



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

Concepto y delimitación del dolo. Teoría de las condiciones para el conocimiento

Armando Sánchez Málaga Carrillo

ADVERTIMENT. La consulta d'aquesta tesi queda condicionada a l'acceptació de les següents condicions d'ús: La difusió d'aquesta tesi per mitjà del servei TDX (www.tdx.cat) i a través del Dipòsit Digital de la UB (diposit.ub.edu) ha estat autoritzada pels titulars dels drets de propietat intel·lectual únicament per a usos privats emmarcats en activitats d'investigació i docència. No s'autoritza la seva reproducció amb finalitats de lucre ni la seva difusió i posada a disposició des d'un lloc aliè al servei TDX ni al Dipòsit Digital de la UB. No s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX o al Dipòsit Digital de la UB (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant al resum de presentació de la tesi com als seus continguts. En la utilització o cita de parts de la tesi és obligat indicar el nom de la persona autora.

ADVERTENCIA. La consulta de esta tesis queda condicionada a la aceptación de las siguientes condiciones de uso: La difusión de esta tesis por medio del servicio TDR (www.tdx.cat) y a través del Repositorio Digital de la UB (diposit.ub.edu) ha sido autorizada por los titulares de los derechos de propiedad intelectual únicamente para usos privados enmarcados en actividades de investigación y docencia. No se autoriza su reproducción con finalidades de lucro ni su difusión y puesta a disposición desde un sitio ajeno al servicio TDR o al Repositorio Digital de la UB. No se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR o al Repositorio Digital de la UB (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al resumen de presentación de la tesis como a sus contenidos. En la utilización o cita de partes de la tesis es obligado indicar el nombre de la persona autora.

WARNING. On having consulted this thesis you're accepting the following use conditions: Spreading this thesis by the TDX (www.tdx.cat) service and by the UB Digital Repository (diposit.ub.edu) has been authorized by the titular of the intellectual property rights only for private uses placed in investigation and teaching activities. Reproduction with lucrative aims is not authorized nor its spreading and availability from a site foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository. Introducing its content in a window or frame foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository is not authorized (framing). Those rights affect to the presentation summary of the thesis as well as to its contents. In the using or citation of parts of the thesis it's obliged to indicate the name of the author.



Facultad de Derecho
Doctorado de Derecho y Ciencia Política
Departamento de Derecho Penal y Ciencias Penales

Tesis Doctoral
**“Concepto y delimitación del dolo.
Teoría de las condiciones para el conocimiento”**

Armando Sánchez Málaga Carrillo

Directora: Dra. Mirentxu Corcoy Bidasolo

Barcelona, junio de 2017.

RESUMEN

En esta tesis doctoral, presento el estado actual de la discusión acerca del dolo en la teoría general del delito, a partir del análisis de las principales teorías planteadas en el Derecho penal continental, especialmente por autores alemanes y españoles, así como de los criterios jurisprudenciales de inferencia de los estados mentales establecidos en el Derecho penal anglosajón, especialmente por las cortes de Reino Unido. He abordado planteamientos de dos tradiciones jurídicas distintas porque en ellas se evidencian dos distintos niveles de análisis del problema: el nivel conceptual y el nivel aplicativo. Mi finalidad es plantear una teoría procesal de determinación del dolo, que se ajuste a los principios del Estado social y democrático de Derecho.

En ese sentido, la *teoría de las condiciones para el conocimiento* aproxima la teoría del delito al proceso penal. De acuerdo a mi propuesta, el dolo es un juicio subjetivo-normativo de imputación del conocimiento, que se aplica cuando el juzgador verifica tres condiciones objetivas que indican que, en el contexto social y personal de su acción, el imputado tenía un deber limitado de conocer un riesgo específico, la posibilidad efectiva de conocimiento de dicho riesgo y la imposibilidad de confiar *ex ante* en la no realización de dicho riesgo. Es esta última condición la que permite distinguir las formas de imputación dolosa de la imprudencia. La teoría planteada es, a su vez, una teoría de límites al razonamiento judicial y al proceso de inferencia de los elementos subjetivos del injusto, ya que permite reducir el riesgo de que el juzgador incurra en generalizaciones, aplique máximas de experiencia o recurra a su intuición para resolver un caso. Es a partir de la valoración conjunta de los indicadores objetivos planteados (indicadores de riesgo, evitabilidad, contexto específico, experiencia previa del autor, rol efectivamente asumido, actos específicos y motivos racionales del autor) que el juez penal estará en condiciones de efectuar un adecuado proceso de inferencia de las condiciones para el conocimiento.

ABSTRACT

In this doctoral thesis, I describe the current state of the discussion about *mens rea* in criminal law, based on the analysis of the main theories raised in continental criminal law, especially by German and Spanish authors, as well as on the inference rules of the mental states established in Anglo-Saxon criminal law, especially by the United Kingdom courts. I have approached two different legal traditions because they apply two different standards of analysis: conceptual and practical. My aim is to propose a procedural theory, which allows to establish and prove intent and advertent recklessness, in the context of the rule of law principles.

In this sense, the *theory of knowledge conditions* brings criminal law closer to criminal prosecution. According to my proposal, “dolo” (which includes intention and advertent recklessness) is a subjective and normative imputation process of knowledge, which is applied when the judge verifies three objective conditions that indicate, in the social and personal context of his/her action, the accused had a limited duty to know an specific risk, the actual possibility of knowing about such risk and the impossibility to trust on the non-fulfillment of such risk. It is this latter condition that makes it possible to distinguish between forms of “dolo” and negligence. My proposal is also a theory of judicial reasoning limits, since it allows to reduce the risk that the judge falls into generalizations, applies rules of experience or uses his/her intuition to solve a case. The use of objective indicators (risk, avoidance, specific context, author previous experience, role, specific acts and rational motives) allows the criminal judge to make an adequate inference process of the knowledge conditions.

RESUM

En aquesta tesis doctoral, presento l'estat actual de la discussió del dol dins de la teoria general del delictes tot partint de l'anàlisi de les principals teories plantejades al Dret Penal continental, especialment per autors alemanys i espanyols, així com també els criteris jurisprudencials d'inferència dels estats mentals establert al Dret Penal anglosaxó, especialment per les Corts del Regne Unit. He estudiat plantejaments de dues tradicions jurídiques diferents perquè en elles es poden veure dos nivells d'anàlisi del problema: el nivell conceptual i el nivell aplicatiu. La meua finalitat és plantejar una teoria processal de determinació del dol que s'ajusti als principis de l'Estat social i democràtic de Dret.

En aquest sentit, la *teoria de les condicions per al coneixement* apropa la teoria del delictes al procés penal. D'acord a la meua proposta, el dol és un judici subjectiu-normatiu d'imputació del coneixement, que s'aplica quan el jutge verifica tres condicions objectives que indiquen que, dins del context social i personal de la seva acció, l'imputat tenia un deure limitat de conèixer un risc específic, la possibilitat efectiva de coneixement d'aquest risc i la impossibilitat de confiar *ex ante* en la no realització d'aquest risc. És aquesta darrera condició la que permet diferenciar les formes d'imputació dolosa de les imprudents. La teoria plantejada és una teoria de límits al raonament judicial i al procés d'inferència dels elements subjectius de l'injust, ja que permet reduir el risc que el jutgador incorri en generalitzacions, apliqui màximes d'experiència o recorri a la seva intuïció per resoldre un cas. És a partir de la valoració conjunta dels indicadors objectius plantejats (indicadors de risc, possibilitat d'evitar el fet, context específic, experiència prèvia de l'autor, paper assumit, actes específics i motius racionals de l'autor) que el jutge penal estarà capacitat per realitzar un adequat procés d'inferència de les condicions per al coneixement.

A mi padre, mi mejor amigo.

CONTENIDO

Resumen.....	III
Índice de abreviaturas	XI
Lista de figuras	XIII
Introducción.....	1
Primer capítulo: Marco teórico.....	7
1. Introducción.....	7
2. Modelo de Estado: el constitucionalismo penal	9
2.1. Modelos estatales autoritarios	15
2.2. Modelo de la democracia plebiscitaria	18
2.3. Modelo de la democracia constitucional y principios limitadores de la potestad punitiva del Estado	20
2.4. Sistema jurídico del modelo de la democracia constitucional	51
3. El Derecho penal del Estado social y democrático de Derecho	65
3.1. Fines del Derecho penal	67
3.2. Concepciones de la conducta penalmente relevante.....	71
3.3. Fines de la pena	75
4. El sistema de delito del Estado social y democrático de Derecho.....	102
4.1. De la teoría de las normas jurídicas al sistema finalista de delito ..	103
4.2. Ontologismo versus normativismo	117
4.3. Funcionalismo.....	119
4.4. Delito como imputación de lesión de norma objetiva de conducta.	132
4.5. La influencia de las neurociencias en la concepción de delito	140
5. Conclusiones preliminares del capítulo. Consecuencias del marco teórico planteado para una teoría del dolo	144
5.1. Consecuencia de asumir el modelo de la democracia constitucional y su concepción abierta de sistema jurídico.....	146
5.2. Consecuencia de asumir una concepción del Derecho penal basado en el acto. Problemática del dolo de peligro.....	149
5.3. Consecuencia de asumir la versión restringida de la teoría de la prevención general positiva.....	158
5.4. Consecuencia de asumir el enfoque funcionalista moderado de la teoría del delito.....	171
Segundo capítulo: Evolución del concepto de dolo en el Derecho penal continental.....	173
1. Introducción.....	173
2. Niveles de análisis.....	175
3. Antecedentes.....	184

3.1.	Elementos subjetivos del delito en el Código de Hammurabi	185
3.2.	Aristóteles y el concepto de conducta voluntaria	187
3.3.	El concepto de dolo en las distintas etapas del Derecho romano..	190
3.4.	La influencia del Derecho romano en la Edad Media y la tesis del dolo indirecto.....	197
3.5.	Feuerbach.....	206
3.6.	Balance	210
4.	Cuatro grandes enfoques acerca del dolo.....	211
4.1.	Introducción y precisiones iniciales	211
4.2.	Enfoque psicológico volitivo	214
4.3.	Enfoque psicológico cognitivo.....	244
4.4.	Teorías en desavenencia.....	276
4.5.	Progresivo abandono de los enfoques psicológicos del dolo.....	282
4.6.	Enfoque normativo volitivo	284
4.7.	Enfoque normativo cognitivo.....	298
4.8.	Propuestas alternativas al sistema	343
5.	Conclusiones preliminares del capítulo. Síntesis de los aportes más relevantes de la dogmática penal para el tratamiento del problema del dolo	354
5.1.	Balance y estado actual del problema	354
5.2.	Premisas dogmáticas de la teoría de las condiciones para el conocimiento.....	358
Tercer capítulo: La prueba de los estados mentales en el Derecho penal inglés		369
1.	Introducción.....	369
2.	Características generales del sistema penal inglés.....	376
2.1.	Fuentes del Derecho.....	376
2.2.	Concepción de la pena y del delito	380
2.3.	Sistema bipartito de delito.....	390
2.4.	Principios generales de la intervención penal	404
3.	Aproximación al tratamiento jurisprudencial de los elementos subjetivos del delito	412
3.1.	Criterios de determinación de los estados mentales.....	412
3.2.	Supuestos de responsabilidad objetiva.....	466
4.	Problemática procesal	477
4.1.	Breve referencia al procedimiento penal inglés	477
4.2.	Caso Woolmington v DPP (1935)	480

5. Conclusiones preliminares del capítulo. Síntesis de los aportes más relevantes de la jurisprudencia penal inglesa para el tratamiento del problema del dolo	491
Cuarto capítulo: Teoría de las condiciones para el conocimiento	499
1. Introducción	499
2. Análisis previo	510
2.1. Enfoques psicológicos del dolo	510
2.2. Enfoques normativos del dolo	525
3. Presupuestos de la teoría de las condiciones para el conocimiento	532
3.1. Juicio de imputación: Tesis subjetivo-normativa	535
3.2. Referente de significado: Conocimiento	547
3.3. Condiciones de imputación: Disposición del conocimiento	558
4. Indicadores de las condiciones para el conocimiento	575
4.1. Razonamiento judicial y proceso de inferencia	580
4.2. Generalizaciones y riesgos del proceso de inferencia	583
4.3. Las generalizaciones y la valoración de la prueba	589
4.4. Indicadores como límites del proceso de inferencia	594
5. Distinción entre dolo e imprudencia	610
5.1. Concepción unitaria de dolo	611
5.2. Criterios normativos de distinción	617
5.3. Ignorancia deliberada	641
6. Teoría del delito y proceso penal	655
6.1. Dolo y rol de la acusación en el proceso penal	658
6.2. Dolo y rol del imputado en el proceso penal	660
6.3. Dolo y rol del juez en el proceso penal	663
Conclusiones	675
Bibliografía	701
Relación de sentencias de Reino Unido	727
Relación de sentencias de España y de otras jurisdicciones	729
Relación de normas legales	731

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

AAVV	varios autores
a.C	antes de Cristo
AC	Appeal Cases
ADPCP	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales
All ER	All England Law Reports
art.	artículo
BGH	Tribunal Supremo alemán
BGHSt	sentencia del Tribunal Supremo alemán
c.	contra
CCR	Crown Cases Reserved
CDJ	Cuadernos de Derecho Judicial
CE	Constitución Española
Cfr.	confróntese
CLJ	The Cambridge Law Journal
coord.	coordinador
coords.	coordinadores
CP	Código Penal
CPC	Cuadernos de Política Criminal
CPE	Código Penal español
Cr App R	Criminal Appeal Reports
d.C.	después de Cristo
dir.	director
dirs.	directores
DPP	Director of Public Prosecutions
DRAE	Diccionario de la Real Academia Española
ECHR	European Court of Human Rights
EHRH	European Human Rights Reports
Ed.	Editorial
ed.	edición
eds.	editores
et al	y otros
etc.	etcétera
ER	English Reports
EWCA Crim	Court of Appeal (Criminal Division)
InDret Penal	InDret Penal Revista para el Análisis del Derecho
JCLC	Journal of Criminal Law and Criminology
JICJ	Journal of International Criminal Justice
KB	Law Reports, King's Bench
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LLR	Louisiana Law Review
LR	Law Reports

MLR	Modern Law Review
MPC	Código Penal Modelo
n.	nota
Nº	número
N.A.	nota del autor
OJLS	Oxford Journal of Legal Studies
OSJCL	Ohio State Journal of Criminal Law
p.	página
passim.	a lo largo de
p. ej.	por ejemplo
PE	Parte Especial
PG	Parte General
pp.	páginas
QB	Law Reports, Queen's Bench
QBD	Law Reports, Queen's Bench Division
reimpr.	reimpresión
RDPC	Revista de Derecho Penal y Criminología
RJCat	Revista Jurídica de Catalunya
RPDJP	Revista peruana de doctrina y jurisprudencia penales
sent.	sentencia
SALJ	South African Law Journal
ss.	siguientes
STC	sentencia del Tribunal Constitucional español
STEDH	sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
StGB	Código Penal alemán
STS	sentencia del Tribunal Supremo español
t.	tomo
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
trad.	traducción
Trat.	Tratado
TSE	Tribunal Supremo español
UKHL	United Kingdom House of Lords
UKSC	United Kingdom Supreme Court
v	versus
vol.	volumen
VVAA	varios autores
WL	Westlaw Transcripts
WLR	Weekly Law Reports

LISTA DE FIGURAS

- Figura 1.1 Marco teórico de la tesis
- Figura 1.2 Influencia del modelo de Estado en normas de conducta y reglas de imputación
- Figura 1.3 Consecuencia del constitucionalismo penal
- Figura 1.4 Principios limitadores del *ius puniendi*
- Figura 1.5 Elementos del sistema penal del Estado social y democrático de Derecho
- Figura 1.6 Concepciones de la teoría del delito
- Figura 1.7 Sistemas de delito en la dogmática penal
- Figura 1.8 Efectos del marco teórico planteado
-
- Figura 2.1 Clasificación de enfoques del dolo según niveles de análisis
- Figura 2.2 Antecedentes de las teorías contemporáneas del dolo
- Figura 2.3 Agrupación de teorías según cuatro enfoques del dolo
-
- Figura 3.1 Sistema penal inglés
- Figura 3.2 Estructura del delito en el Derecho penal anglosajón
- Figura 3.3 Criterios jurisprudenciales de inferencia de los estados mentales
- Figura 3.4 Formas de homicidio en el Derecho penal inglés
- Figura 3.5 Formas de temeridad en la jurisprudencia penal inglesa
- Figura 3.6 Clases de error en el Derecho penal inglés
- Figura 3.7 Evolución de la presunción de *mens rea* en el Derecho penal inglés
- Figura 3.8 Primera instancia del proceso penal inglés
- Figura 3.9 Sistema de impugnaciones del proceso penal inglés
-
- Figura 4.1 El dolo según la *teoría de las condiciones para el conocimiento*
- Figura 4.2 Esquema del juicio de imputación subjetivo normativo
- Figura 4.3 Deberes de conocimiento en delitos dolosos y delitos imprudentes
- Figura 4.4 Proceso de inferencia de las condiciones para el conocimiento
- Figura 4.5 Clases de generalizaciones de acuerdo a su fiabilidad
- Figura 4.6 Inferencia de las condiciones para el conocimiento a partir de indicadores

INTRODUCCIÓN

El concepto, el contenido, los límites y la forma de determinación de los elementos subjetivos de la conducta humana son problemas que la ciencia jurídica ha intentado abordar y resolver desde hace mucho tiempo, y que forman parte central de la construcción del sistema de Derecho penal. La dogmática tradicional postula que “lo subjetivo” es aquello que diferencia la responsabilidad penal de otras formas de responsabilidad legal. De ahí la importancia de definir lo subjetivo y de establecer cuál debe ser su tratamiento legal en el caso concreto.

La asimilación de lo subjetivo a elementos internos de la conducta del sujeto, como son los pensamientos, los móviles y las intenciones, plantea una problemática compleja. No sólo por las evidentes dificultades probatorias marcadas por la inexistencia de un método adecuado para determinar con precisión qué pensaba el sujeto al momento de realizar la conducta, sino por los problemas de legitimidad de un Derecho penal que pretenda ingresar a la intimidad psíquica del autor. Así, mientras a nivel de consecuencias, cabe objetar la imposibilidad de probar lo que efectivamente sucedió en la mente del sujeto, a nivel de principios, cabe formularse la pregunta de si es legítimo que el Estado se inmiscuya en la mente del sujeto e incurra en un Derecho penal de autor.

Ante tales dificultades, surgen soluciones más o menos normativas al problema del dolo, que plantean la imposibilidad de probar en el proceso penal la existencia de un estado mental en el sujeto activo del delito, por lo que debe resolverse normativamente el asunto, a partir de la imputación o atribución jurídica del dolo. Estas soluciones se plantean en las dos grandes concepciones jurídicas del mundo occidental: la continental de tradición romana y la anglosajona del *common law*. Sin embargo, las teorías normativas de dolo son muy diversas y muchas veces se enfrentan entre sí. Puede afirmarse que el punto central de discusión es hasta qué extremo puede y debe llegarse en el proceso de normativización del dolo. Existen desde propuestas de imputación del dolo que toman como referente la realidad hasta aquellas que rechazan toda valoración ontológica, formulan presunciones de dolo e invierten la carga de la prueba. Incluso en el Derecho anglosajón se sancionan supuestos de responsabilidad objetiva. La pregunta más actual en esta materia es entonces hasta qué punto cabe analizar los aspectos subjetivos de la conducta y, específicamente, cómo los aspectos individuales influyen en el juicio de antijuridicidad.

Es objetivo de la presente tesis evaluar el estado actual de la discusión acerca del dolo en la teoría del delito de ambas tradiciones jurídicas del mundo occidental; plantear un concepto unitario y –en la medida de lo posible- neutro de dolo que permita establecer una distinción viable con relación a la imprudencia; y, en especial, materializar una teoría procesal de determinación

del dolo en el caso concreto, que se ajuste a los principios esenciales de un Estado social y democrático de Derecho, y se aleje de modelos de Estado autoritario: la *teoría de las condiciones para el conocimiento*. Con tal fin, abordaré el tratamiento de la problemática del dolo tanto en el Derecho penal continental, que es el de mayor tradición dogmática, como en el Derecho penal inglés, manifestación del Derecho penal anglosajón en la que ha existido un mayor énfasis en la creación jurisprudencial de herramientas probatorias de los estados mentales del autor.

La presente investigación tendrá en cuenta dos distintos niveles de análisis. Por un lado, el nivel conceptual, que se refiere al contenido del dolo y que comprende los aspectos conceptuales y de delimitación frente a la imprudencia. Aquí cobra relevancia la discusión acerca de qué es el dolo y qué elementos lo conforman. Por otro lado, el nivel aplicativo o de determinación del dolo en el caso concreto. En este nivel, interesa sobre todo el enfoque que se utilice para abordar el problema. Al respecto, más allá del contenido específico del dolo, se discute si lo viable y trascendente es descubrir el dolo del sujeto entendido como una realidad psicológica, pretendiendo ingresar a su interior a fin de conocer qué pensaba y quería al momento de actuar, o si más bien debemos enfocar el problema desde una perspectiva normativa, en la que lo definitivo sea determinar cuándo imputar una estructura de responsabilidad dolosa a la conducta desplegada por un determinado sujeto en base a la utilización del lenguaje prescriptivo y cumpliendo el Derecho penal la función de reducir complejidad, mediante la creación de criterios de imputación subjetiva. Es fin de la presente investigación demostrar que sólo la combinación de ambos niveles de análisis permitirá dar una respuesta satisfactoria al problema del dolo.

Más allá de la división en dos niveles de análisis, que me permitirá plantear una clasificación de las teorías más relevantes, considero importante hacer una precisión inicial acerca de mi planteamiento. Entiendo que el dolo no es un elemento ontológico que debe ser probado en el proceso penal. Ello será materia de amplia fundamentación en esta tesis. Sin embargo, tampoco considero preciso sostener que el dolo es un elemento ontológico que debe ser inferido a partir de determinadas reglas o criterios. Desde mi perspectiva, el dolo no es algo que existe en la mente del sujeto al momento de delinquir. Por el contrario, el dolo es un juicio normativo o un conjunto de reglas que permiten al juez inferir un referente de significado -en mi opinión, el conocimiento- a partir de la conducta desplegada por un sujeto y aplicarle en el caso concreto la sanción penal más grave prevista para el delito doloso.

No se trata de un asunto meramente terminológico. Cuando se sostiene que el dolo es algo que se infiere, la atención se centra en la definición y contenido de aquello que es objeto de la inferencia, esto es, se brinda primacía al nivel conceptual frente a cualquier consideración de orden aplicativa. En cambio, si se

entiende que el dolo es el conjunto de criterios o reglas para formular determinadas inferencias, la atención está puesta en el establecimiento de los criterios o reglas para establecer la inferencia del aludido estado mental, cobrando relevancia el nivel de determinación del dolo en el caso concreto. Ahora bien, un riesgo latente de esta perspectiva consiste en que el objeto del juicio normativo no constituya necesariamente un referente obligado, con lo que el proceso de normativización del dolo puede ser absoluto y carente de límites. En esa medida, se plantean desde tesis que exigen que el resultado del juicio normativo esté constituido por la imputación de la efectiva presencia de un estado mental (grado de normativización relativa o moderada) hasta propuestas que sostienen que resulta suficiente con la potencial presencia del estado mental (grado de normativización absoluta). A efectos de evitar dicho riesgo, en la presente tesis asumo una férrea defensa de un modelo de Estado altamente garantista y de una concepción del Derecho penal limitada por las garantías del modelo, lo que tendrá consecuencias al momento de plantear la *teoría de las condiciones para el conocimiento* y su grado de normativización.

Acerca de la utilidad de la presente investigación, considero necesario brindar herramientas para trazar un límite entre dolo e imprudencia. La distinción es relevante si tenemos en cuenta las diversas consecuencias en materia de pena que prevé la ley: mayores sanciones para las conductas dolosas, menores sanciones o impunidad para las conductas imprudentes, distintas modalidades del proceso, generación de antecedentes penales, términos de prescripción distintos de la acción penal. Por otro lado, trazar un límite entre dolo e imprudencia –si es posible- permitiría establecer cuáles son los elementos cuya concurrencia resulta imprescindible a fin de imputar subjetivamente una conducta, sea a título de dolo o de imprudencia. Ahora bien, la teoría que trace el límite entre dolo e imprudencia deberá trascender lo conceptual y proporcionar herramientas prácticas para su delimitación en concreto en el proceso judicial. Una teoría como la que propongo cobra especial relevancia entonces si se tiene en cuenta que entre los juristas no existe acuerdo alguno acerca de los aspectos conceptuales del dolo y, al menos a corto plazo, no se avizora una solución al problema.

El método seguido en este trabajo es dogmático. La presente investigación ha implicado la revisión y análisis de bibliografía acerca de la materia estudiada, su análisis comparativo y su presentación desde una perspectiva crítica. He tratado de abordar, dentro de lo posible, una selección de textos pertinentes que, sobre el problema del dolo y su determinación procesal, se han elaborado en el Derecho penal continental (básicamente en Alemania y España). En cuanto al Derecho penal anglosajón, he dado prioridad a la jurisprudencia penal en materia de imputación subjetiva de Reino Unido, que es un claro ejemplo de la fuente primaria de Derecho en dicha tradición.

En cuanto a la estructura de la tesis, luego de la presente introducción, esta se desarrolla en cuatro capítulos. En el primer capítulo, expongo el marco teórico de la investigación. Fundamento mi opción por el modelo de Estado social y democrático de Derecho defendido en España por el maestro MIR PUIG; por un sistema jurídico abierto a las orientaciones político criminales; por un concepto de Derecho penal de acto y no de culpa o de autor; por una concepción preventiva de la pena; y por una concepción de la norma penal como norma de determinación. A partir de ello, efectúo una revisión de los principales sistemas de delito y los efectos que en el tratamiento del dolo conlleva la opción dogmática que se siga.

En el segundo capítulo, abordo la evolución del concepto del dolo y las teorías acerca de su determinación en el Derecho penal continental. Planteo que en esta tradición dogmática la problemática del dolo es abordada desde dos niveles de análisis, el conceptual y el aplicativo, y cómo la relación entre ambos niveles da lugar a cuatro formas de abordar el asunto: el enfoque psicológico volitivo, que, para afirmar el dolo, exige probar la efectiva existencia de los elementos cognitivo y volitivo en la mente del autor; el enfoque psicológico cognitivo, que únicamente requiere la prueba del elemento cognitivo; el enfoque normativo volitivo, que no pretende probar la efectiva concurrencia de los elementos del dolo en la mente del sujeto, sino que establece criterios para imputarle el conocimiento y voluntad de realizar el tipo; y el enfoque normativo cognitivo, que elabora criterios de atribución del conocimiento para calificar una conducta como dolosa. Asimismo, prestaré atención a aquellas propuestas que, fuera del ámbito de la tradición, proponen desde el tratamiento del dolo como elemento objetivo hasta su supresión como elemento autónomo del delito.

En el tercer capítulo, presentaré el tratamiento que en el Derecho penal inglés se hace de los elementos mentales del delito (*mens rea*) y, específicamente, de las herramientas procesales de determinación de los mismos en el caso concreto. Se podrá constatar que en el Derecho penal inglés, la vinculación entre teoría del delito y proceso es aún mayor, por lo que el problema del dolo es abordado a partir de precedentes jurisprudenciales que distinguen diversas formas de imputación (intención directa, intención oblicua, conocimiento actual, ignorancia deliberada, temeridad subjetiva, temeridad objetiva, negligencia, responsabilidad objetiva, etc.) y que, a partir de las características del caso concreto, definen los criterios de inferencia de los elementos subjetivos.

Finalmente, en el cuarto capítulo desarrollaré la *teoría de las condiciones para el conocimiento*, según la cual el dolo es un juicio subjetivo-normativo de imputación del conocimiento, al verificarse determinadas condiciones objetivas que indican que, en el contexto social y personal de su acción, puede imputarse al sujeto un deber limitado de conocer un riesgo específico, la posibilidad efectiva de conocimiento de dicho riesgo y la imposibilidad de confiar *ex ante* en la no

realización de dicho riesgo o en la no afectación del interés protegido. En suma, se trata de un juicio de imputación de la efectiva disposición del conocimiento del riesgo típico y de la imposibilidad de negar válidamente el ejercicio de dicho conocimiento en el caso concreto.

Mi tesis tiene como finalidad constituir una teoría de límites al razonamiento judicial y, específicamente, al proceso de inferencia de los elementos subjetivos del injusto. Como explicaré luego, el proceso de inferencia de las condiciones para el conocimiento está a cargo de un juez penal o de un jurado popular, lo que implica riesgos de incurrir en generalizaciones, de aplicar máximas de experiencia o incluso de recurrir a la intuición del juzgador. Estos riesgos no pueden ser eliminados por completo, pero sí pueden ser atenuados a partir de la aplicación de una serie de indicadores objetivos -riesgo, evitabilidad, contexto específico, experiencia previa del autor, rol efectivamente asumido, actos específicos, motivos racionales, entre otros- cuya valoración conjunta permite canalizar adecuadamente el proceso de inferencia y delimitar en la medida de lo posible los casos de imputación dolosa, en los que se verifican las tres condiciones para el conocimiento, de los casos de imputación imprudente, en los que se verifica un defecto del conocimiento.

En suma, el enfoque adoptado por la *teoría de las condiciones para el conocimiento* pone en evidencia la necesidad de acercar la teoría del delito al proceso penal. Se trata de una propuesta con contenido dogmático, en lo que se refiere a la definición y fundamentación de las tres condiciones para el conocimiento, y, al mismo tiempo, con claras referencias a los aspectos de determinación del dolo y a los criterios de inferencia a ser aplicados en el caso concreto.

PRIMER CAPÍTULO: MARCO TEÓRICO

1. Introducción

El objeto de este primer capítulo es exponer el marco teórico en el que se inscribe mi propuesta de criterios para la determinación del dolo, la *teoría de las condiciones para el conocimiento*. Las premisas fijadas en este capítulo son el referente de legitimidad y coherencia de la tesis.

La presente investigación parte de la premisa de que la asunción de un determinado modelo de Estado determina la concepción de Derecho penal y en específico, de las instituciones de la teoría del delito y de la teoría de la pena. Como bien explica FLETCHER, la pena es el ejercicio del poder estatal y, por ende, “el castigo de un individuo particular debe ser situado en una teoría general del Estado y de sus propósitos”¹. Por ello, en el segundo apartado de este capítulo, fundamentaré mi opción por el método del constitucionalismo penal y, específicamente, por el modelo del Estado social y democrático de Derecho desarrollado por el maestro MIR PUIG². La elección de dicho modelo de Estado implica, por lo menos, cuatro consecuencias. En primer lugar, valorar negativamente los modelos autoritarios de Estado, como son los modelos de Derecho penal autoritario, los modelos de proceso penal autoritario y los modelos punitivos irracionales. En segundo lugar, confirmar la insuficiencia del modelo de la democracia plebiscitaria, en atención a su formalismo y a que se centra únicamente en el criterio de la mayoría. En tercer lugar, asumir un modelo de democracia constitucional que parta de un orden social legítimo con la capacidad de generar principios vinculantes que limiten la potestad punitiva del Estado. En cuarto lugar, exigir que el sistema jurídico de este modelo de Estado sea uno abierto a las orientaciones político criminales.

Una vez definidas las características esenciales del modelo de Estado asumido, en un tercer apartado, presentaré los lineamientos generales del sistema penal de dicho Estado, lo que implica dar una respuesta fundamentada a la pregunta de por qué se impone la sanción penal en dicho modelo. Como punto de partida, definiré cuál es el fin del Derecho penal. Prestaré entonces especial atención al supuesto conflicto existente entre los fines de garantía y de eficacia. A partir de ello, abordaré dos asuntos trascendentales de cara a delinear la concepción de Derecho penal. En primer lugar, me preguntaré frente a qué clase de circunstancias (conductas, situaciones, eventos, etc.) debe intervenir el Derecho penal de un Estado social y democrático de Derecho. Presentaré entonces tres concepciones de Derecho penal: el Derecho penal de autor, el Derecho penal de

¹ FLETCHER, *Gramática del Derecho penal*, Hammurabi, 2008, p. 252.

² Esta fórmula aparece en la Constitución alemana de la postguerra y es el punto de partida de la Constitución española de 1978. Al respecto, ver MIR PUIG, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Ed. Ariel, 1994, p. 30.

actitud y el Derecho penal de acto. En segundo lugar, abordaré la cuestión de la función que debe cumplir la sanción penal que imponga el Derecho penal de acto. Para ello, analizaré si una perspectiva deontológica o una perspectiva consecuencialista es más adecuada a los lineamientos del modelo de Estado adoptado.

En el cuarto apartado, abordaré la problemática de cómo el Derecho penal –y, específicamente, la dogmática penal- debe construir un sistema de responsabilidad penal. Bajo el entendido de que la norma jurídica penal es el elemento de enlace entre los fines del Derecho penal y las categorías del delito, realizaré una revisión de los principales sistemas de delito defendidos por la dogmática jurídico penal, especialmente aquellos que conciben el delito como violación de una norma, como imputación de la lesión de un bien jurídico penal y como imputación de la defraudación de una expectativa normativa. Analizaré luego dos corrientes que cuestionan los planteamientos de la denominada dogmática tradicional tanto a nivel de injusto como de culpabilidad. En primer término, la teoría que concibe el delito como imputación de la lesión de una norma objetiva de conducta y, en particular, la relevancia de las incumbencias en la construcción del injusto. En segundo término, el planteamiento de las neurociencias y su cuestionamiento de la idea de libertad como presupuesto de la culpabilidad.

Finalmente, en el último apartado de este capítulo describiré los efectos que las ideas planteadas en los primeros tres apartados surten en el tratamiento del dolo y que serán tenidos en cuenta como premisas de la *teoría de las condiciones para el conocimiento*. En esa línea, fundamentaré que, como consecuencia de asumir el modelo de la democracia constitucional y su concepción abierta de sistema jurídico, la teoría del dolo que se proponga tendrá que estar regida por la vigencia y primacía del principio deontológico de culpabilidad. En segundo lugar, explicaré que, como consecuencia de asumir una concepción del Derecho penal basado en el acto, la teoría del dolo que se proponga tendrá que considerar que el objeto del dolo es la conducta típica realizada por el autor del delito, de lo que a su vez se deriva la suficiencia del elemento cognitivo del dolo y la falta de necesidad de una clasificación tripartita del dolo. A partir de ello, presentaré la problemática del dolo de peligro. En tercer lugar, detallaré que, como consecuencia de asumir una versión restringida de la teoría de la prevención general positiva, así como de entender que es posible defender al mismo tiempo un principio deontológico -como fundamento de la pena- y un principio consecuencialista no utilitarista -como justificación de los efectos y funciones que cumple la pena-, la teoría del dolo que se proponga tendrá que establecer el criterio de evitabilidad como presupuesto del juicio de imputación subjetiva y, específicamente, del modelo procesal de determinación del dolo. Explicaré también que esto último a su vez trae como consecuencia asumir una concepción imperativa de la norma jurídico penal, que opere como norma de

determinación y que obligue a situar el dolo a nivel del injusto, lo que no tendrá por qué impedir que determinadas alteraciones psíquicas puedan influir en el injusto. Finalmente, plantearé que, como consecuencia de asumir el enfoque funcionalista moderado de la teoría del delito, la teoría del dolo que se proponga deberá atribuir y justificar la mayor gravedad de la conducta dolosa frente a la imprudente, con los efectos consiguientes para la imposición de las penas correspondientes.

El siguiente cuadro ilustra el contenido general del presente capítulo:

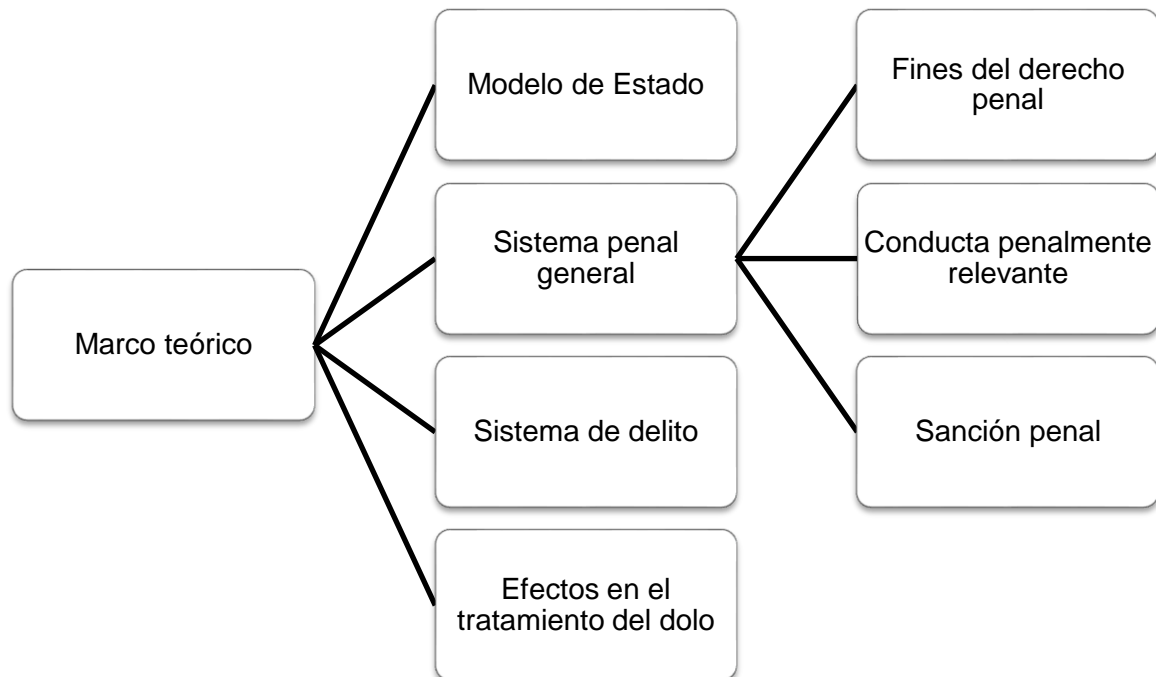


Figura 1.1 Marco teórico de la tesis

2. Modelo de Estado: el constitucionalismo penal

A través del Derecho penal, que implica la restricción del derecho fundamental a la libertad individual, el Estado despliega una reacción violenta contra el ciudadano. El establecimiento de normas de conducta, que pretenden fungir de guía del comportamiento de los ciudadanos, así como la fijación de reglas de imputación, que disponen cuándo y bajo qué requisitos una conducta debe ser sancionada penalmente, están directamente vinculados con los niveles de afectación de la libertad individual de los ciudadanos. Por ello, el concepto de dolo y las reglas para atribuir la penalidad del dolo a una determinada conducta son niveles de análisis estrechamente dependientes de la concepción de Estado que se maneje. El modelo de Estado que se adopte influirá de manera determinante en las normas de conducta, que atienden a la cuestión de qué conductas dolosas deben ser desvaloradas, así como en las reglas de

imputación, que atienden a la cuestión de cómo imputar el dolo a un sujeto en específico.

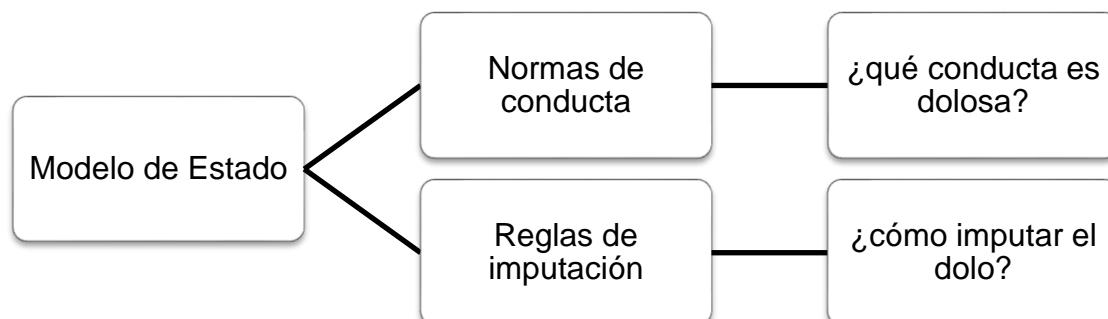


Figura 1.2 Influencia del modelo de Estado en normas de conducta y reglas de imputación

La importancia de adoptar un modelo de Estado como parámetro de la teoría del dolo que propongo parte de la premisa establecida por CORCOY BIDASOLO, cuando advierte de los efectos del prevencionismo exclusivamente consecuencialista defendido por un sector cada vez más amplio de la doctrina penal:

“Desde la perspectiva de la víctima ya no es posible definir el Derecho penal como “carta magna” del delincuente. Principios como el *in dubio pro reo* y la presunción de inocencia se van convirtiendo paulatinamente en un *in dubio pro víctima* y en una presunción de culpabilidad. Se pone énfasis en las finalidades preventivas, esencialmente intimidatorias pero también positivas, sin tomar en consideración los límites que deben regir, en un Estado social y democrático de Derecho, respecto de las referidas finalidades preventivas de la pena. Es posible que el prevencionismo defendido por la doctrina penal mayoritaria, y asumido por los diferentes gobiernos, esté en el origen de la expansión y el endurecimiento. El hecho de que se hayan olvidado los límites (legalidad, proporcionalidad, culpabilidad, utilidad, humanidad...) o al menos que no estén en un primer plano puede estar en el origen de las diversas concepciones retributivas, no principialistas sino consecuencialistas”³.

³ CORCOY BIDASOLO, “Protección de la seguridad ciudadana. Un ejemplo de la expansión del Derecho penal y de la crisis de las garantías constitucionales”, ponencia presentada en el X Congreso internacional de Derecho penal, llevado a cabo en Lima los días 14, 15 y 16 de noviembre de 2016. Al respecto, ver también CORCOY BIDASOLO, “Crisis de las garantías constitucionales a partir de las reformas penales y de su interpretación por los tribunales”, en MIR PUIG, CORCOY (dirs.), *Constitución y sistema penal*, Marcial Pons, 2012, pp. 153 y ss.

A partir del análisis preciso de CORCOY BIDASOLO, el objetivo de la presente investigación es proponer una teoría sobre la determinación del dolo, que se enmarque en un modelo de Estado que, sin olvidar el enfoque consecuencialista necesario para un Derecho penal que pretende ser eficaz, no deje de lado la esencia principialista de la dogmática clásica.

El punto de partida de esta investigación está marcado por la idea de que la Constitución es el fundamento del Derecho penal. Comparto así la propuesta de BRICOLA, quien ve en la Constitución y en las fuentes jurídicas superiores a la ley ordinaria “no sólo un límite, sino también un fundamento del Derecho penal”⁴. DONINI, quien adopta la teoría de BRICOLA, sostiene que en la Constitución:

“(…) no sólo hay vínculos y prohibiciones hacia el Parlamento (una especie de obstáculos que éste siempre tendrá que sortear) sino que allí está escrito el «rostro constitucional» del delito: ciertas líneas guía de un diseño que la ley ordinaria tiene que concretar, condicionando con disposiciones taxativas la aplicación judicial”⁵.

Existe una importante diferencia entre considerar a la Constitución un mero límite o el fundamento del Derecho penal. Cuando se limita el entendimiento de la Constitución y del conjunto de principios que en ella se declaran a la cualidad de meros límites de la potestad punitiva del Estado, nos encontramos en el terreno de la gestión política de lo penal, mientras que, si consideramos que la Constitución es además –y sobretodo- fundamento del Derecho penal, podremos entender que se trata de una norma prescriptiva, que manda y proscribire acciones concretas al legislador, siempre orientadas a la tutela de garantías que tienen como finalidad proteger la libertad individual del ciudadano frente a la intervención estatal que significa el ejercicio de la potestad punitiva. En esa línea, DONINI recuerda que la exposición de motivos del Código Penal español lo define como una Constitución negativa⁶:

“Si se ha llegado a definir el ordenamiento jurídico como conjunto de normas que regulan el uso de la fuerza, puede entenderse fácilmente la importancia del Código Penal en cualquier sociedad civilizada. El Código Penal define los delitos y faltas que constituyen los presupuestos de la aplicación de la forma suprema que puede revestir el poder coactivo del Estado: la pena criminal. En consecuencia, ocupa un lugar preeminente en el conjunto del ordenamiento, hasta el punto de que, no sin razón, se

⁴ Al respecto, ver BRICOLA, *Teoría General del Delito* (trad. Restrepo Rodríguez), B de F, 2012. Por su parte, en el mundo anglosajón, FLETCHER, *Gramática del Derecho penal*, p. 150, considera que, en la segunda mitad del siglo XX, el Derecho constitucional se ha convertido en un componente significativo del Derecho penal.

⁵ DONINI, “La herencia de Bricola y el constitucionalismo penal como método. Raíces nacionales y desarrollos supranacionales”, prólogo a BRICOLA, *Teoría General del Delito*, B de F, 2012, pp. XXI-XXII, quien considera que el discurso de BRICOLA es pionero en Italia y sostiene: “Bricola es un fundador, Ferrajoli un sistematizador”.

⁶ DONINI, “La herencia de Bricola y el constitucionalismo penal como método...”, p. XLV.

ha considerado como una especie de «Constitución negativa». El Código Penal ha de tutelar los valores y principios básicos de la convivencia social. Cuando esos valores y principios cambian, debe también cambiar. En nuestro país, sin embargo, pese a las profundas modificaciones de orden social, económico y político, el texto vigente data, en lo que pudiera considerarse su núcleo básico, del pasado siglo. La necesidad de su reforma no puede, pues, discutirse. A partir de los distintos intentos de reforma llevados a cabo desde la instauración del régimen democrático, el Gobierno ha elaborado el proyecto que somete a la discusión y aprobación de las Cámaras. Debe, por ello, exponer, siquiera sea de modo sucinto, los criterios en que se inspira, aunque éstos puedan deducirse con facilidad de la lectura de su texto. El eje de dichos criterios ha sido, como es lógico, el de la adaptación positiva del nuevo Código Penal a los valores constitucionales⁷.

En efecto, comparto la idea de que el Código penal (y el Derecho penal) no se limitan a definir los delitos y faltas, sino que al hacerlo fijan los presupuestos para el ejercicio del mayor poder coactivo con que cuenta el Estado: la sanción penal. En ese sentido, BAJO FERNÁNDEZ sostiene que existen principios constitucionales que “fundamentan y limitan el Derecho penal sustantivo, penitenciario y procesal porque los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”⁸.

La idea de constitucionalismo implica la superación del Estado de Derecho legislativo y la introducción de un procedimiento efectivo de control de constitucionalidad de las leyes⁹. NINO postula la idea de que el constitucionalismo es un gobierno limitado¹⁰. Esto implica que el constitucionalismo penal como método va más allá de la mera existencia de un texto constitucional. Incluso podría prescindirse de la Constitución como documento, ya que lo realmente importante es la existencia de principios y mecanismos en el Estado que limiten su potestad punitiva y protejan los derechos de sus ciudadanos que se consideran fundamentales para la convivencia. Entiendo entonces el constitucionalismo como una concepción de limitación del poder estatal antes que como la consagración de principios en un texto de rango superior¹¹. En el

⁷ Disponible en:

http://www.boe.es/legislacion/codigos/abrir_pdf.php?fich=038_Codigo_Penal_y_legislacion_complementaria.pdf [consulta: 06 de enero de 2017].

⁸ BAJO FERNÁNDEZ, “El Derecho penal: concepto y función”, en LASCURAÍN (coord.), *Introducción al Derecho penal*, S.L. Civitas Ediciones, 2011, pp. 42-43.

⁹ PRIETO SANCHÍS, *Constitucionalismo y Positivismo*, 2ª ed., Distribuciones Fontamara, 1999, p. 15.

¹⁰ NINO, *La constitución de la democracia deliberativa*, 1ª ed., 1ª reimp., Ed. Gedisa, 2003, p. 15.

¹¹ Esta idea resulta de particular importancia para los temas que serán objeto del tercer capítulo de esta tesis, en el que se abordará el tratamiento del dolo en el sistema penal inglés y, específicamente, los criterios de prueba y de determinación de los elementos subjetivos del delito por parte de las cortes inglesas. Como veremos, la existencia de un sistema monárquico y no democrático (esto es, la inexistencia formal de una Constitución propia de una Democracia Constitucional) no impide necesariamente la configuración de principios que limiten la potestad punitiva estatal. En ese sentido, se plantea la existencia de una “Constitución del Derecho penal”,

caso del Derecho penal y de las instituciones de la teoría del delito, como el dolo, entendemos que el constitucionalismo penal -como configuración limitada del poder punitivo del Estado- debe ser la guía interpretativa fundamental.

El efecto directo de asumir el constitucionalismo penal como método es reconocer el claro predominio de la Constitución o de los principios constitucionales y supralegales respecto de la tradicional repartición sistematizadora de tipo meramente analítico fundada en categorías dogmáticas. En palabras de DONINI, a una dogmática clásica de categorías se une una dogmática constitucional de los principios, la cual asume una clara prevalencia sobre la primera¹². El mismo autor explica que la dogmática de principios es mucho más capaz de unificar las distintas tradiciones que una dogmática de categorías, ya que cuenta con profundidad político-criminal y valorativa. Un ejemplo de ello se encuentra en el desarrollo del Derecho penal europeo.

La propuesta del constitucionalismo penal no es ajena a sistemas jurídicos distintos del español, como es el caso del anglosajón. Al respecto, FLETCHER advierte:

“(...) los penalistas americanos son escépticos respecto a lo que en la legislación de cada Estado pueda considerarse como Derecho penal. Lo que realmente les importa a la hora de determinar cuándo un proceso tiene o no carácter penal es si son aplicables las Enmiendas V y VI de la Constitución. Y esta cuestión afecta también al carácter de la sanción aplicable”¹³.

Justamente ambas enmiendas de la Constitución de Estados Unidos de Norteamérica hacen referencia a principios limitadores de la potestad punitiva estatal. La Enmienda V¹⁴ contiene los derechos de las personas relacionados a la formulación de cargos por el Gran Jurado, el principio de *ne bis in idem*, autoincriminación y debido proceso; mientras que la Enmienda VI¹⁵ hace

que es entendida como la existencia de una constitución o de jurisprudencia que establecen algún tipo de restricciones o límites a la actuación del Estado. Al respecto, ver DUFF, FARMER, MARSHALL, RENZO, TADROS (eds.), *The Constitution of the Criminal Law*, Oxford University Press, 2013, pp. 1 y ss.

¹² DONINI, “La herencia de Bricola y el constitucionalismo penal como método...”, p. XXIX y XL.

¹³ FLETCHER, *Gramática del Derecho penal*, p. 118.

¹⁴ La Enmienda V a la Constitución de Estados Unidos de Norteamérica proclama: “No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation”. Disponible en: http://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#amdt_5_1791 [consulta: 13 de enero de 2017].

¹⁵ La Enmienda VI a la Constitución de Estados Unidos de Norteamérica proclama: “In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of

referencia a los derechos del acusado en los procesos penales y a las garantías de publicidad e imparcialidad del juzgamiento, así como al contenido del derecho de defensa.

Asumir el constitucionalismo penal implica consecuencias¹⁶.

En primer término, conlleva que valoremos negativamente un modelo estatal autoritario, en el que los poderes públicos sean totales y no se encuentren limitados por la ley o en el que la ley funja de simple mecanismo de legitimación y no de límite del poder estatal.

En segundo término, implica establecer requisitos materiales al modelo de democracia, la cual no podrá sustentarse únicamente en el principio de legalidad formal.

En tercer término, el constitucionalismo penal obliga a asumir un modelo de democracia constitucional, en el que existan límites al poder estatal que tengan como finalidad proteger los derechos individuales de todos los ciudadanos. Dicho modelo deberá partir de un orden social legítimo con la capacidad de generar principios vinculantes que limiten la potestad punitiva del Estado.

Finalmente, el constitucionalismo penal exige que el sistema jurídico sea uno abierto a las orientaciones político criminales y cree espacios para el disenso. A continuación, desarrollo cada una de estas consecuencias.

the State and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the Assistance of Counsel for his defence". Disponible en: http://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#amdt_5_1791 [consulta: 13 de enero de 2017].

¹⁶ PRIETO SANCHÍS, *Constitucionalismo y Positivismo*, p. 23, considera que, entre dichas consecuencias, se encuentran que el legislador deje de ser el dueño absoluto del Derecho, asumiendo un rol más activo el juez.

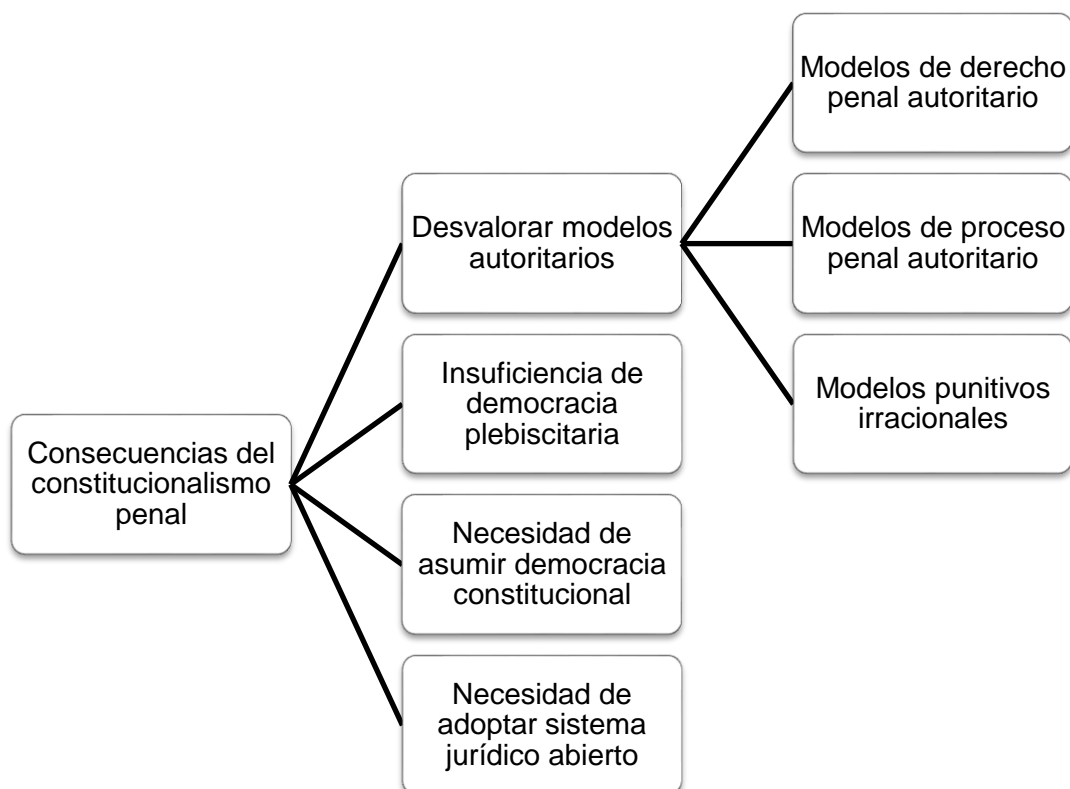


Figura 1.3 *Consecuencias del constitucionalismo penal*

2.1. Modelos estatales autoritarios

Defender el constitucionalismo penal implica, en primer lugar, descartar la vigencia de un modelo de Estado absoluto o totalitario, que es aquel en el que todas las atribuciones inherentes a la soberanía (legislar, gobernar, juzgar) son ejercidas de modo indivisible por el monarca, quien se sitúa por encima del Derecho y no está sometido a límites¹⁷.

A efectos de presentación, resulta ilustrativa la clasificación que hace FERRAJOLI al sostener que la configuración de un Estado autoritario se advierte de la presencia de modelos de Derecho penal autoritario, de proceso penal autoritario o punitivos irracionales. Veamos en qué consiste cada uno¹⁸.

En primer lugar, en los modelos de Derecho penal autoritario, la propia configuración del Derecho penal sustantivo evidencia la inexistencia o precariedad de los límites al poder punitivo del Estado. FERRAJOLI distingue tres casos. Un primer caso es el de los sistemas objetivistas, que configuran un

¹⁷ GONZALEZ ALONSO, "Del Estado absoluto al Estado constitucional", en *Manuscripts: revista d'història moderna*, N° 4-5, 1987, p. 84.

¹⁸ El detalle de la clasificación se encuentra en FERRAJOLI, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, 1995, pp. 98-103.

Derecho penal sin culpabilidad e imputan responsabilidad penal objetiva, colectiva o por hechos ajenos. Un segundo caso es el de los sistemas subjetivistas, que configuran un Derecho penal sin acción y sin ofensa, castigando actitudes, situaciones subjetivas de inmoralidad, de peligrosidad o de hostilidad al ordenamiento, sin exigir su exteriorización. El tercer caso es el de los modelos vejatorios, en los que se dictan prohibiciones penales injustificadas por ser en sí mismas lesivas de derechos fundamentales, por ser de imposible ejecución, por no estar establecidas para la tutela de ningún bien jurídico o por ser convenientemente sustituibles con prohibiciones civiles o administrativas; y además penas injustificadas por ser excesivas, no pertinentes o desproporcionadas respecto de la relevancia del bien jurídico tutelado.

En segundo lugar, en los modelos de proceso penal autoritario también puede advertirse la existencia de un Estado autoritario. En estos modelos, se restringe o elimina el derecho de defensa. Al respecto, CORCOY BIDASOLO hace referencia a la inversión de las reglas interpretativas positivas de *favor libertatis* e *in dubio pro reo*, reemplazándolas por dos nuevas reglas que denomina *favor securitatis* e *in dubio contra reo*. Explica que estas reglas adquieren cada vez mayor auge a partir de la teorización del “Derecho penal del Enemigo” por parte de autores como JAKOBS, potenciada por la sensación de inseguridad provocada por el terrorismo y otros delitos graves, que ha derivado en prácticas que obvian todas las garantías penales propias de un Estado de Derecho. Cita como ejemplos no solo el incremento desmesurado de las penas, la interpretación formalista y extensiva a favor de la seguridad y las presunciones *iure et de iure* de la legislación penal, sino especialmente a nivel procesal la inversión de la carga de la prueba, lo que colisiona con el derecho de defensa, existiendo una tendencia condicionada, en parte, “por el miedo a la opinión pública que afecta a jueces y a políticos”, quienes adoptan una línea dura para incrementar su caudal de votos¹⁹.

En tercer lugar, en los modelos punitivos irracionales se advierte también la existencia de un Estado autoritario. FERRAJOLI distingue tres casos: los sistemas sin delito o modelos de mera prevención, en los que la sanción penal es una medida preventiva de la desviación anterior a la ocurrencia del hecho; los sistemas sin juicio o modelos de Estado policial; y los sistemas sin ley.

En estos tres modelos se presenta un “Derecho penal máximo”, que persigue la certeza de que “ningún culpable resulte impune, a costa de la incertidumbre de

¹⁹ CORCOY BIDASOLO, “La interpretación en Derecho penal. Favor liberatis versus favor securitatis. In Dubio pro reo versus in dubio contra reo”, en LUZÓN PEÑA (dir.), *Derecho penal del Estado social y democrático de Derecho. Libro homenaje a Santiago Mir Puig*, La Ley, 2010, pp. 170-171.

que también algún inocente pueda ser castigado²⁰. Cabe preguntarse entonces si dicho “Derecho penal máximo” resulta compatible con el constitucionalismo penal. Sin duda que un modelo autoritario de Estado, que no tiene como prioritaria finalidad la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos, no puede ser coherente con el constitucionalismo penal. Sin embargo, esto no implica postular un modelo de Estado en el que el Derecho penal resulte inoperativo, como podría ocurrir si se lleva el postulado de FERRAJOLI hasta el extremo. En ese sentido, más allá de no compartir su enfoque “volitivo”, resulta atendible lo expuesto por ORTS BERENGUER:

“El derecho a la presunción de inocencia no exige la demostración de la verdad absoluta, sino la culpabilidad del imputado más allá de toda duda razonable, de la verdad procesal, en definitiva. No se trata de deducir lo que pasó por la mente de una persona a partir de lo que hizo –empresa difícil de armonizar con las exigencias dimanantes de la presunción de inocencia-, sino de fijar la intencionalidad con la que procedió, mediante la confrontación de la acción realizada por ella, interpretada de conformidad con las reglas sociales, con las normas jurídico-penales, teniendo muy presente en todo ese proceso lo que sabía, las competencias y las técnicas y conocimientos que dicha persona dominaba (extremo que, en gran medida, en vista de su comportamiento, es posible inferir y establecer) y lo que quería”²¹.

Puede coincidirse entonces con la propuesta de que la presunción de inocencia es principalmente un mecanismo procesal probatorio para proteger a las personas del peligro de ser condenadas injustamente y evitar así las lesivas consecuencias que dichas condenas podrían implicar para el individuo y para la sociedad. Asimismo, puede afirmarse que la presunción de inocencia no es una regla epistémica sino un principio normativo, que implica que una persona es considerada inocente salvo que la fiscalía tenga éxito en probar que es culpable de acuerdo a determinados estándares y no en descubrir la verdad de lo ocurrido. En esa medida, ningún sistema legal puede proteger de forma absoluta al ciudadano de ser condenado incorrectamente, pero sí puede prevenir la

²⁰ FERRAJOLI, *Derecho y Razón...*, p. 106, quien defiende en cambio un modelo de “Derecho penal mínimo”; el cual persigue la certeza de que ningún inocente sea castigado, a costa de la incertidumbre de que también algún culpable pueda resultar impune. Una perspectiva distinta es la expuesta por RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Bosch, 1999, pp. 336-342, quien hace alusión a los postulados en esta materia de HOYER y STEIN.

²¹ ORTS BERENGUER, “Consideraciones sobre los elementos subjetivos de algunos tipos de acción”, en CARBONELL MATEU, GONZÁLEZ CUSSAC et al (coords.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal: (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, vol. 2, Tirant lo Blanch, 2009, p. 1499. Acerca de la presunción de inocencia, ver también JACKSON, SUMMERS, *The Internationalisation of Criminal Evidence*, Cambridge University Press, 2012, pp. 199-240, quienes distinguen la presunción de inocencia como una regla de prueba según la cual corresponde a la fiscalía probar la culpabilidad del acusado a un alto nivel, como un derecho sustantivo de las personas a ser tratadas como inocentes hasta que su culpabilidad haya sido probado y como las circunstancias bajo las cuales el Estado debe condenar a una persona y sólo a aquella que es propiamente culpable.

arbitrariedad. La presunción de inocencia es justamente el principio que coadyuva a la protección de la libertad del ciudadano y, al mismo tiempo, le otorga poderes a este último frente al Estado²².

2.2. Modelo de la democracia plebiscitaria

Una segunda consecuencia de asumir el método del constitucionalismo penal es el establecimiento de requisitos materiales al modelo de democracia y, en consecuencia, la insuficiencia de un modelo formal de democracia. A los fines de la presente tesis, quiero destacar dos concepciones claramente diferenciadas de democracia²³, que entienden de forma distinta la función del poder punitivo del Estado. Se trata del modelo de la democracia plebiscitaria, que concibe al principio de mayoría como rector de toda decisión política que pueda incluso involucrar afectaciones a derechos fundamentales, y el de la democracia constitucional, que adopta el constitucionalismo y se vincula a un modelo de orden garantista de la libertad del ciudadano. Nuestra opción por el constitucionalismo penal genera que descartemos el primer modelo.

Un elemento común que comparten a nivel formal la democracia plebiscitaria y la democracia constitucional es que ambas reconocen la regla de la mayoría²⁴, según la cual las decisiones del poder tienen como fuente la voluntad de la mayoría de los gobernados. Se entiende entonces que en democracia, en

²² HOCK LAI HO, "The Presumption of Innocence as a Human Right", en ROBERTS, HUNTER (eds.), *Criminal Evidence and Human Rights. Reimagining Common Law Procedural Traditions*, Hart Publishing, 2012, pp. 259-281. Ver también SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho Penal*, Marcial Pons, 2012, pp. 36-37, quien sostiene que más que una presunción se trata de un hecho real y cierto, que hace posible el proceso y evita su degradación a mero ritual.

²³ Se trata de un asunto amplio y debatido, ya que existen diversos postulados y clasificaciones de democracia. Para una mayor información al respecto, altamente ilustrativa es la clasificación de DWORKIN, *Liberalismo, Constitución y Democracia*, Ed. La isla de la luna, 2003, pp. 49 y ss., quien entiende la democracia como acción colectiva y distingue la acción colectiva estadística de la comunitaria. Por otro lado, RAWLS, *Teoría de la Justicia*. 2ª ed. en español, 1ª reimp., Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 325 y ss., enmarca la regla de mayorías en su Teoría de la Justicia, sosteniendo que "no sirve, por tanto, la idea de que lo que desea la mayoría es correcto, de hecho ninguna de las concepciones tradicionales de la justicia ha sostenido esta doctrina, manteniendo, por el contrario, que el resultado de la votación está sujeto a principios políticos. Aunque, en circunstancias determinadas es justificable que la mayoría (adecuadamente definida y delimitada) tenga el derecho constitucional de hacer las leyes, esto no implica, sin embargo, que las leyes promulgadas sean justas". Respecto de la teoría de la justicia de RAWLS, ver también: KAUFMANN, A., *Filosofía del Derecho*, Universidad Externado de Colombia, 1999, pp. 480 y ss. Por su parte, NINO, *La constitución de la democracia deliberativa*, 1ª ed., 1ª reimp., Ed. Gedisa, 2003, pp. 101 y ss., defiende la democracia deliberativa, y clasifica las concepciones de la democracia en aquellas que suponen los intereses de las personas como inalterables (enfoque utilitarista, de análisis económico, elitista, pluralista y consensual) y en aquellas que entienden la democracia como transformadora de las preferencias de las personas (enfoques de la soberanía popular, perfeccionistas, dialógicos).

²⁴ BOBBIO, *Teoría General de la Política*, 3ª ed., Trotta, 2009, pp. 462 y ss., quien presenta un exhaustivo estudio sobre la regla de la mayoría.

principio, “la mayoría lo puede todo²⁵”. Ahora bien, la democracia plebiscitaria se diferencia en dos aspectos sustanciales de la democracia constitucional.

En primer lugar, la democracia plebiscitaria se rige exclusivamente por el criterio de la mayoría. Se reduce a este elemento para definir un régimen como democrático, postulando “la omnipotencia de la mayoría, o bien de la soberanía popular²⁶”, lo que la lleva a descalificar los límites al Poder Ejecutivo expresado por la mayoría, a defender la idea de que el consenso legitima todo abuso, a rechazar el sistema de controles de la democracia constitucional, a postular una connotación antiparlamentaria de la democracia y de defensa del presidencialismo. En segundo lugar, la democracia plebiscitaria se corresponde con el modelo de mera legalidad, según el cual la ley es legitimante pero no legitimada, por lo que la violencia consentida por dicha ley no es legítima respecto del modelo constitucional del Estado de derecho²⁷.

Siguiendo a HÄBERLE, debo destacar que el principio de mayoría se encuentra en tensa relación con la protección de las minorías, por lo que una democracia centrada únicamente en el principio de mayoría no toma en cuenta que el Estado constitucional debe constituirse a partir de los ciudadanos y encontrarse a su servicio²⁸. Para HÄBERLE, puede tolerarse el principio de mayoría en la medida en la que exista “una protección (escalonada) de las minorías primordialmente a través de la ‘supremacía de la Constitución’ y la protección de los derechos fundamentales²⁹”. Sin embargo, la simple aplicación de la regla de la mayoría no tiene la capacidad de maximizar la libertad o el consenso³⁰.

En este punto, cabe citar a PAWLIK, quien sostiene que la perspectiva de vivir seguro y en paz tiene más relevancia, en lo que se refiere a la libertad, que el derecho a la participación democrática. En esa medida, el Estado democrático tiene que ser primero un Estado que garantice la paz. Se trata de un planteamiento que se remonta a HOBBS y que será explicado a continuación.

²⁵ KAUFMANN, A., *Filosofía del derecho*, p. 517.

²⁶ FERRAJOLI, *El garantismo y la filosofía del derecho*, Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 155.

²⁷ FERRAJOLI, *El garantismo y la filosofía del derecho*, p. 95.

²⁸ HÄBERLE, *El Estado constitucional*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003, p. 198. Por su parte, KAUFMANN, A., *Filosofía del Derecho*, p. 517, sostiene que la ley de la mayoría “no puede eliminar el propio principio de mayoría, y con él la democracia, y no puede abolir los derechos humanos fundamentales, pues éstos valen pre-estatalmente, el Estado no los otorga, sino únicamente los protege”. Con relación a los derechos humanos, HOCK LAI HO, “The Presumption of Innocence as a Human Right”, p. 261, sostiene que tienen dos características básicas. Por un lado, son mínimos en el sentido de que establecen los límites mínimos sobre la conducta humana tolerable. Por otro lado, son fundamentales en el sentido de que protegen aspectos esenciales de la dignidad humana y aseguran intereses humanos cruciales. En esa línea, la presunción de inocencia como derecho humano consiste en un conjunto de derechos contra el Estado.

²⁹ HÄBERLE, *El Estado constitucional*, p. 198.

³⁰ BOBBIO, *Teoría General de la Política*, p. 470.

Sin embargo, PAWLIK va más allá y entiende que es errónea la convicción conforme a la cual el mantenimiento del orden externo se puede lograr exclusivamente mediante una red eficiente de instancias estatales, por lo que debe existir una compensación mediante una autodisciplina de los miembros de la comunidad en Derecho. En términos sencillos, concluye que, a quien quiere hacer uso de las libertades del orden del Estado de Derecho se le exige que también contribuya a la preservación y defensa de estas libertades, concerniéndole una corresponsabilidad jurídica por la continuidad del estado de libertades en el que vive³¹.

Sin compartir la teoría neoretributiva de la pena que PAWLIK plantea a partir de dichas premisas y que será abordada más adelante³², puedo afirmar que el punto de partida de su análisis de la relación entre el Estado y los ciudadanos es correcto, aunque su desarrollo es incompleto. En mi opinión, no es suficiente constatar el deber de contribución del ciudadano para el mantenimiento de la vigencia normativa. A ello debe añadirse qué límites existen al ejercicio del poder del Estado cuando exige la cooperación del ciudadano (a través de normas de determinación o a través de la pena). El modelo de PAWLIK no proporciona dichos límites y, menos aún, su fundamento. Como veremos a continuación, por mi parte, encuentro dichos límites en el principio de personalidad innata del ser humano como base de la construcción de un Estado social y democrático de Derecho.

2.3. Modelo de la democracia constitucional y principios limitadores de la potestad punitiva del Estado

Frente a los modelos expuestos, resulta más acorde con el constitucionalismo penal el modelo de la democracia constitucional³³. El principio de mayoría proporciona una base objetiva para la toma de decisiones en el marco del Estado. Sin embargo, se trata de un mínimo, que no resulta suficiente para

³¹ PAWLIK, *Ciudadanía y derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades*, Atelier, 2016, pp. 40-58.

³² Vid. *Infra* Capítulo I, 3.3.3.

³³ A nivel constitucional, España asume el paradigma de la Democracia constitucional. Evidencia de ello es el artículo 1.1 de la CE, que establece que “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”. Asimismo, el artículo 10.1 de la misma norma proclama que “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”. Finalmente, el artículo 10.2 añade que “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. Disponible en: http://www.lamoncloa.gob.es/documents/constitucion_es1.pdf [consulta: 03 de marzo de 2017]. No existe entonces una Constitución normativa en el sentido de LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, 2ª ed., Ed. Ariel, 1979.

conformar un Estado plenamente respetuoso de los derechos de sus integrantes³⁴. Al respecto, NINO explica:

“(…) la democracia significa, como mínimo, la regla de la mayoría, mientras que los derechos individuales suponen aceptación unánime o decisiones tomadas por funcionarios no electos democráticamente, tales como los jueces y otras instituciones ‘minoritarias’³⁵”.

Entonces, se pregunta cómo sería posible justificar simultáneamente las reglas de la mayoría y de la minoría y trazar los límites apropiados entre ambas. Elaborar la respuesta a dichas interrogantes es justamente la tarea que emprende el modelo de la democracia constitucional.

Se trata de establecer límites al principio de la mayoría. Al respecto, LANDA sostiene que “los límites constitucionales al gobierno democrático de la mayoría deben basarse en el respeto de los derechos fundamentales y en la defensa de la división del poder con justicia social³⁶”. En el mismo sentido, HÄBERLE indica:

“El ‘pueblo’ no es una magnitud unitaria que ‘emana’ (solamente) el día de las elecciones, y que como tal otorgue legitimación democrática. Como magnitud pluralista, el pueblo no se encuentra menos presente respecto de las interpretaciones en el proceso constitucional ni tampoco es menos legitimador: ‘como’ partido político, como opinión científica, como grupo de interés, como ciudadano³⁷”.

Desde dicha perspectiva, los derechos fundamentales son pieza fundamental de la legitimación democrática. Como bien señala BOBBIO, en la democracia moderna el soberano no es el pueblo, sino todos los ciudadanos. Por ello, en la base de las democracias modernas se encuentran las declaraciones de los derechos del hombre y del ciudadano. Añade a ello que la libertad y la igualdad son el punto de llegada de la democracia, el ideal al que todo sistema democrático aspira³⁸.

³⁴ BOBBIO, *Teoría General de la Política*, pp. 459 y ss., sostiene, en cambio, que la concepción procedimental de la democracia, que se rige por la regla de la mayoría, es una definición mínima y realista de democracia. Aunque entiende que se trata de un significado restringido de democracia, sostiene que es mejor que así sea a contar con un significado amplio y vago, como aquel que proclama que la democracia es “el gobierno del pueblo y para el pueblo”. Sin embargo, la propuesta de BOBBIO no se asimila a la de la democracia plebiscitaria, ya que reconoce la necesidad de que existan límites de aplicación de la regla de la mayoría, reconociendo entre estos los derechos inviolables del hombre y del ciudadano (pp. 478-479).

³⁵ NINO, *La constitución de la democracia deliberativa*, p. 25.

³⁶ LANDA, *La forma de gobierno en el Perú. Texto adaptado del libro Tribunal Constitucional y Estado Democrático*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999, pp. 421-440.

³⁷ HÄBERLE, *El Estado constitucional*, p. 201.

³⁸ BOBBIO, *Teoría General de la Política*, pp. 411 y 455.

En la presente tesis, se asume entonces una concepción de democracia constitucional, que exige la defensa de un sistema progresivo del modelo normativo del Estado de derecho, elemento que no puede ser suprimido en democracia y que conlleva una doble valencia, hacia arriba, como sistema de límites jurídicos impuestos al poder, y hacia abajo, como técnica de igualación de las expectativas de los ciudadanos³⁹. En esa medida, en el modelo de la democracia constitucional, los deberes de cooperación del ciudadano –como se verá cuando se haga referencia a la problemática de las incumbencias⁴⁰– siempre deberán ser limitados. Este tema es de especial relevancia para la *teoría de las condiciones para el conocimiento*, toda vez que se deberá evaluar si el ciudadano tiene deberes o incumbencias de conocimiento, cuya infracción puede permitir la imputación de un delito doloso o la exclusión de una situación de error.

Ahora bien, ¿en qué se fundamenta este sistema progresivo del modelo normativo del Estado de derecho?

En primer lugar, debo señalar que este sistema está directamente vinculado con la distinción que el modelo de democracia constitucional efectúa entre dos planos: el de su facticidad y el de su legitimidad⁴¹. La propuesta de la democracia constitucional, presente en las exposiciones de BRICOLA y FERRAJOLI, a la que he venido haciendo referencia, constituye un paso fundamental en la construcción del constitucionalismo penal. Sin duda su mayor conquista es la de haber establecido que existen fuentes jurídicas superiores (como la Constitución) que –en base a un conjunto de principios y derechos– limitan y de algún modo determinan el contenido de las normas de inferior jerarquía. Sin embargo, cabe objetar –en especial a la propuesta de FERRAJOLI– su alto grado de formalismo

³⁹ FERRAJOLI, *El garantismo y la filosofía del derecho*, pp. 87-88.

⁴⁰ Vid. *Infra* Capítulo I, 4.4.2 y 4.4.3.

⁴¹ Al respecto, ver HABERMAS, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, 2ª ed., Trotta, 2000. Este planteamiento puede tener efectos en el plano de la teoría del derecho, en el que se asume un modelo de estricta legalidad, en el que la existencia de normas inválidas se explica distinguiendo las dimensiones de vigencia de los actos normativos y de validez o constitucionalidad. Este modelo positivista de democracia constitucional regida por el principio de legalidad sustancial también surte efectos en otros planos. Así, en el plano de la teoría de la interpretación y de la aplicación de la ley, varía la naturaleza de la jurisdicción, ya que el juez no se sujeta estrictamente a lo dispuesto por la ley, sino que realiza una función crítica y de interpretación constitucional de lo dispuesto por las leyes. Por otro lado, en el plano de la meta teoría del derecho, el papel de la ciencia jurídica varía, ya que abandona la mera función descriptiva, para asumir una más bien crítica y prescriptiva⁴¹. Al respecto, ver FERRAJOLI, “El Derecho como sistema de garantías”, en *Themis Revista de Derecho*, N° 29, 1994, pp. 122-125. En el plano de la teoría política, a través de las normas sustanciales de la Constitución, ya no sólo se determina el “quién” y el “cómo” de las decisiones, sino “qué” puede ser decidido por la mayoría y que no⁴¹. En FERRAJOLI, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 2ª ed., Trotta, 2005, pp. 371-372. Finalmente, el modelo de la democracia constitucional implica que el Derecho no debe ser nunca utilizado como instrumento de mero reforzamiento de la moral y que la moral, si cuenta con una adhesión sincera, no requiere, sino que más bien excluye y rechaza, el soporte heterónomo y coercitivo del derecho. Ver más en FERRAJOLI, *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, Trotta, 2006, p. 17.

positivista, así como la carencia de un mayor fundamento material que explicita por qué el contenido de principios y derechos constitucionales es uno y no otro, más allá del planteamiento de la Constitución rígida⁴². Por ejemplo, por qué se privilegia la protección de los derechos de libertad frente a los derechos de justicia o por qué se atiende a proteger prioritariamente los derechos individuales y no se prioriza como tarea del Estado lograr la igualdad legal y material de sus ciudadanos, entre otros asuntos de fundamental importancia.

La falta de respuesta al problema de legitimidad (o de validez) que nos proporciona la opción positivista no implica proponer de ningún modo el retorno a una visión iusnaturalista, sino más bien recurrir a las fuentes y revisar los antecedentes que permitieron la creación y legitimaron el orden social hoy existente e imperante en modelos constitucionales como el español. Al respecto, considero pertinente abordar dos tesis específicas de dos teóricos contractualistas del Estado que pueden servir de fundamento colectivo (HOBBS) y de fundamento individual (KANT) de la intervención penal del Estado y, a partir de ello, abordar brevemente la evolución desde el positivista Estado de derecho hasta la confirmación del Estado social y democrático de Derecho, para, finalmente, exponer el fundamento material de los principios que, desde este último modelo, limitan el poder punitivo del Estado.

2.3.1. Origen del Estado

Las teorías contractualistas⁴³ tienen como objeto establecer los fundamentos de la constitución del Estado. En ese marco, el contrato social es la explicación del origen de un determinado ordenamiento, aunque no constituye su único sustento, ya que éste parte también necesariamente del derecho. Debe tenerse en cuenta la anotación de ALLER cuando sostiene que propuestas como las de

⁴² ATIENZA, "Constitucionalismo y Derecho penal", en MIR PUIG, CORCOY (dirs.), *Constitución y sistema penal*, Marcial Pons, 2012, pp. 22 y 38-39, hace referencia a la existencia de teorías postpositivistas, como las de DWORKIN, NINO o ALEXY, las cuales añaden a la dimensión autoritativa del Derecho una de carácter valorativo, a la que otorgan cierto grado de prioridad. Asimismo, propone que en la construcción de la dogmática penal se necesita partir de la distinción entre reglas y principios; mientras que la aplicación judicial requiere de instrumentos argumentativos que no se limiten a la subsunción, sino que reconozcan un papel limitado a la ponderación.

⁴³ Existen diversas corrientes dentro del contractualismo. KANT y HOBBS consideraron que el estado anterior al contrato social era el estado de guerra en el que no existían derechos, los cuales debieron ser creados por el contrato. En cambio, autores de corte liberal, como LOCKE y FEUERBACH, afirmaban que el estado previo al contrato era de paz y de ejercicio natural de los derechos, celebrándose el contrato sólo para reasegurar su ejercicio. Otras posiciones distintas a las dos primeras son la de MARAT, quien señalaba que era necesario concertar un contrato sobre base igualitaria, y la de GODWIN y STIRNER, quienes negaban la conveniencia del contrato. Ver más en: ZAFFARONI, ALIAGA, SLOKAR. *Manual de Derecho penal Parte General*, Ediar, 2006, pp. 211-212. En virtud a dichas consideraciones parece aventurada la afirmación que establece como punto común de toda teoría del contrato social al presupuesto individualista. Al respecto, ver DE VEGA, "En torno a la legitimidad constitucional", en *Estudios en homenaje al Doctor Héctor Fix Zamudio*, Universidad Autónoma de México, 1988, p. 258.

HOBBS, GROCIÓ, PUFENDORF, ROUSSEAU, KANT, entre otros, “deben ser consideradas en el contexto de la sociedad que a ellos les tocó vivir, sobre la cual se cernía la caduca sombra de la monarquía y los pujantes movimientos libertarios europeos e independentistas americanos⁴⁴”.

A los fines de la presente tesis, me interesa abordar brevemente dos propuestas específicas que tienen su origen en las tesis contractualistas de dos distintos autores⁴⁵: la tesis del origen del Estado de HOBBS y la tesis de la personalidad innata del ser humano de KANT. La primera tesis planteada por HOBBS nos ayudará a fundamentar la idea de que es necesario que exista un Estado que intervenga en la libertad de sus ciudadanos (por ejemplo, a través del Derecho penal y la imposición de penas) siempre y cuando dicha intervención tenga como finalidad proteger aquella libertad y tutelar los derechos necesarios para la convivencia de los seres humanos que forman parte de una determinada sociedad y que han otorgado, para el cumplimiento de dichos fines, el poder al Estado. Incluso que abogue por la existencia de deberes limitados de cooperación de los ciudadanos. Por su parte, en la tesis de KANT, encuentro el límite sustancial a la potestad punitiva estatal, el cual se encuentra en la personalidad innata del ser humano. Sólo es legítimo entonces el orden social (el sistema constitucional) que, por un lado, garantiza la convivencia en sociedad y, por otro lado, lo hace teniendo en cuenta en cada intervención la personalidad innata del ser humano. El modelo de democracia constitucional que atienda a ambos principios es, entonces, un modelo no sólo formalmente apropiado, sino materialmente legítimo. Se encuentra entonces así el correctivo a propuestas como la de PAWLIK y el complemento al constitucionalismo positivista de los antes citados autores italianos.

2.3.1.1. Hobbes

En su obra “Leviatán. O la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil”⁴⁶, HOBBS sostiene que el origen del Estado está en el pacto por medio del cual todos los seres humanos renuncian a su libertad absoluta a favor del soberano (el Estado), quien –a cambio de un poder ilimitado (limitado, en todo caso, por el cumplimiento de su función)- garantiza la seguridad de sus súbditos.

⁴⁴ ALLER, “El Derecho penal del enemigo y la sociedad del conflicto”, en CANCIO MELIÁ, GÓMEZ-JARA (eds.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, vol. II, Edisofer S.L., 2006, pp. 113-114.

⁴⁵ BOBBIO, *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*, Trotta, 2011, p. 125, sintetiza la diferencia sustancial entre las teorías de HOBBS y KANT, sosteniendo que para la primera el derecho es enteramente positivo, salvo en el procedimiento de legitimación, mientras que para la segunda el derecho es enteramente natural.

⁴⁶ Las referencias a la teoría de HOBBS corresponden a HOBBS, *Leviatán. O la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, 2ª ed. en español, 14ª reimp., Fondo de Cultura Económica, 2006. A efectos de una lectura más sencilla, indico entre paréntesis el número de la página del libro en la que se encuentra la explicación de lo expuesto.

Según explica HOBBS, los seres humanos se guían por apetitos y aversiones. El apetito es el esfuerzo del ser humano que se dirige hacia algo que lo causa, mientras que la aversión se produce cuando dicho esfuerzo se traduce en el apartamiento de algo (40-41). La discordia y sus causas (competencia, desconfianza⁴⁷, gloria) son inherentes a la naturaleza del ser humano. Por ello, cuando los seres humanos gozan de plena igualdad, aquellos que desean la misma cosa se vuelven enemigos y tratan de aniquilarse o sojuzgarse uno a otro (101).

Mientras que no exista un poder que limite las causas de dicha discordia, los seres humanos viven en el estado de naturaleza, que es un estado de guerra latente permanente, donde cada ser humano se guía por sus apetitos y aversiones, y por un afán incontrolado de poder, a través del cual pretende satisfacer sus impulsos. En el estado de naturaleza no existe la ley ni la noción de derecho. El estado de guerra latente permanente no es sostenible, ya que las propias pasiones de los seres humanos, como el temor a la muerte, el deseo de las cosas que son necesarias para una vida confortable y la esperanza de obtenerlas por medio del trabajo, los llevan a la paz (102-105).

Por ello, a partir de la razón se elaboran las leyes de la naturaleza, normas generales establecidas por la razón, que determinan el surgimiento del pacto o contrato social que configura el Estado. La primera ley de la naturaleza ordena a cada ser humano a esforzarse por la paz, la segunda ley implica la necesidad de que todos renunciemos al estado de guerra para acceder a la paz y la tercera ley manda que todos cumplamos los pactos que se han celebrado. Todas las leyes pueden resumirse en una sola regla: "No hagas a otro lo que no querrías que te hicieran a ti". En Derecho penal: respeta las esferas de libertad ajenas. Aún más específico: no realices conductas que sabes que afectan a terceros (107-129).

HOBBS encuentra la razón de la existencia del contrato social en la causa final del ser humano, que es el cuidado de su propia conservación y el deseo de abandonar la condición de guerra (137). Y justamente la manera de salir de dicho Estado de guerra es conferir todo su poder y fortaleza a un hombre o a una asamblea de hombres, todos los cuales, por pluralidad de votos, puedan reducir sus voluntades a una voluntad (140). Al ser humano le conviene entregar su libertad al soberano, a fin de que proteja su seguridad y le proporcione paz. Aun cuando su libertad sufra restricciones, la mayor incomodidad que en cualquier forma de gobierno pudiera suceder no es comparable con las miserias y calamidades que acompañan a una guerra civil (150) .

⁴⁷ Acerca del concepto de desconfianza en HOBBS, ver RISTROPH, "Hobbes on "Diffidence" and the Criminal Law, en DUBBER (ed.), *Foundational Texts in Modern Criminal Law*, Oxford University Press, 2014, pp. 23 y ss.

Ahora bien, la teoría de HOBBS no se limita a fundamentar el sometimiento de los individuos al soberano, sino que postula la prioridad del individuo frente a la comunidad cuando exige la existencia de un contrato que requiere de su consentimiento⁴⁸. Entonces, la legitimidad del soberano -y, por consiguiente, del Estado- dependerá de que cumpla con su misión de salvaguardar la seguridad de sus súbditos -de los ciudadanos-. Como contrapartida, la obligación de los ciudadanos con respecto al Estado sólo durará lo que dure el poder mediante el cual tiene capacidad para protegerlos (180). Así, un Estado que no brinda paz, no es legítimo; un Estado que manda arbitrariamente ejecutar a un ciudadano, tampoco es legítimo; y frente a aquellos HOBBS admite la desobediencia. No postula entonces una tiranía o un régimen sin libertades, ya que su teoría puede ser interpretada en el sentido de que el soberano legítimo es el que otorga bienestar a todos sus súbditos, que genera paz y permite la convivencia de todos los hombres. En ese sentido, un tirano arbitrario que sojuzga a sus súbditos no brinda paz y menos aún seguridad.

2.3.1.2. Kant

En este punto uno la teoría de HOBBS con una propuesta concreta de KANT, aquella que tiene que ver con la personalidad innata del ser humano⁴⁹. Se trata de la dignidad humana como el “deber ser básico del que emanan los valores y los derechos que sostienen la democracia”⁵⁰. Una disposición del Estado que ponga en peligro la personalidad innata de un ser humano que se encuentre bajo su gobierno sería incompatible con los postulados del contrato social⁵¹. En esta propuesta concreta estaría el correctivo a tesis como las de PAWLICK y el límite a los deberes de cooperación del ciudadano, entre los que se encuentran los supuestos deberes de conocimiento. Precisamente este último aspecto es sumamente relevante para la presente tesis.

⁴⁸ RISTROPH, “Hobbes on “Diffidence” and the Criminal Law”, en DUBBER (ed.), *Foundational Texts in Modern Criminal Law*, Oxford University Press, 2014, pp. 25-26.

⁴⁹ Extraer una idea de la teoría de KANT no implica asumir su complejo teórico, menos aún su concepción de la pena, que será explicada más adelante. Como bien sostiene FLETCHER, *Gramática del Derecho penal*, pp. 281 y ss., en la actualidad no podemos seguir a KANT si nuestro objetivo es elaborar un Código Penal -un sistema penal, diría yo- sensible con el problema de los derechos humanos; sin embargo, la mezcla de las teorías morales y jurídicas de KANT ofrece una fecunda fuente de nuevas posiciones.

⁵⁰ PECES-BARBA, *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, Dykinson, 2002, pp. 64-67, quien precisa que la dignidad humana debe formularse desde dos perspectivas: una más formal de raíz kantiana y otra más de contenidos de carácter humanista y renacentista. Sobre el principio de dignidad, ver también NINO, *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación*, Ariel Derecho, 1989, pp. 282-291, quien, en oposición al determinismo, lo concibe como prescripción de que los hombres deban ser tratados según sus decisiones, intenciones o manifestaciones de consentimiento.

⁵¹ De una opinión distinta es GRACIA MARTÍN, *La modernización del Derecho penal y el Derecho penal del enemigo*, Ed. IDEMSA, 2007, p. 221 y ss., quien sostiene que “tal vez sea en HOBBS donde podamos encontrar la diferenciación de un Derecho penal del enemigo con perfiles tan definidos que permitirían ver una anticipación del discurso del presente”.

En su obra “Fundamentación de la metafísica de las costumbres”⁵², sostiene KANT que todo ser racional existe como fin en sí mismo y no sólo como medio, por lo que debe ser considerado siempre como fin en las acciones dirigidas a sí mismo y a los demás seres racionales. Lo que diferencia al ser humano de las cosas es que la existencia de éstas últimas no descansa en la voluntad, sino en la naturaleza, por lo que tienen un valor relativo. El ser humano -y no una construcción meramente jurídica- es, por el hecho de ser tal, titular de una personalidad innata que hace necesario e imperativo tratarlo como fin en sí mismo y no instrumentalizarlo como si fuera del mundo de las cosas. En ese sentido, el ser humano no podrá ser instrumentalizado para proveer seguridad a otros o para mantener una situación de orden y estabilidad social. El concepto de ser humano no es entendido como objeto de consideración a partir del derecho (persona), sino que se refiere explícitamente a un concepto naturalístico.

Para KANT, la libertad individual es aquello que caracteriza al ser humano y que le permite autodeterminarse y regirse por sus propias leyes. El ser humano es entonces aquel sujeto cuyas acciones son susceptibles de imputación⁵³, idea que resulta fundamental al analizar los elementos del delito, como es el caso del dolo. Al respecto, KANT sostiene:

“(…) la personalidad moral no es, por tanto, otra cosa que la libertad de un ser racional bajo leyes morales, mientras que la personalidad psicológica es la mera capacidad del ser consciente de la identidad de su existencia en los distintos estados vitales; de donde se deduce que una persona no está sometida a otras leyes que aquellas que ella misma se da, bien sola o bien, al menos, de consuno con otras⁵⁴”.

Sostiene también KANT que, a través de la libertad, concebida como autodeterminación racional⁵⁵, “el hombre deja de ser cosa entre cosas, escapa

⁵² KANT, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* (edición de Luis Martínez de Velasco), 16ª ed., Espasa Calpe S.A., 2004, pp. 101-102.

⁵³ Acerca de la diferencia que hace KANT entre imputación, cuya premisa es la libertad del ser humano, y atribución, que puede formularse frente a inimputables, ver PAWLIK, “La legítima defensa según KANT y HEGEL”, en MAÑALICH (coord.), *La antijuridicidad en el Derecho penal. Estudios sobre las normas permisivas y la legítima defensa*, B de F, 2013, pp. 27 y ss.

⁵⁴ KANT, *Introducción a la teoría del derecho*, Marcial Pons, 1997, p. 39.

⁵⁵ KANT, *Introducción a la teoría del derecho*, pp. 55-56, en el siguiente pasaje, evidencia su idea respecto de la libertad individual: “Libertad –independencia del arbitrio compulsivo de otra persona-, siempre que se concilie con la libertad de los demás según una ley general, es este único derecho originario, el cual corresponde a todo hombre por virtud de su propia humanidad. La libertad innata, es decir, el derecho a no ser vinculado por otros o más de aquello a lo que uno puede también vincularlos recíprocamente; por consiguiente, la cualidad del hombre de ser dueño de sí mismo (*sui iuris*), así como de ser tenido por hombre recto (*iusti*), siempre que, desde el punto de vista del Derecho, no haya causado lesión a nadie; finalmente, la facultad de hacer en relación con otros todo aquello que en sí no menoscaba los derechos de éstos, y siempre que ellos mismos no los tomen en sus manos; asimismo, el derecho de comunicar a otros sus pensamientos, contándoles o prometiéndoles algo, bien sea verdad y sincero, bien sea incierto e insincero (...), ya que sólo de los otros depende el que lo quieran creer o no: todas estas

al dominio de los sentidos y de las circunstancias, y adquiere rango de personalidad⁵⁶". Por el contrario, una cosa no es susceptible de imputación. Así, "todo objeto del arbitrio libre que carece, a su vez, de libertad, se denomina, por eso, cosa (res corporalis)⁵⁷". La cosa es entonces justamente lo contrario a la persona: un cuerpo (no un ser) sin libertad y sin la posibilidad de autodeterminarse y regirse por sus propias leyes.

El derecho es concebido por KANT como el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede ser compatible con el arbitrio del otro, según una ley general de libertad. Se trata de un mecanismo por medio del cual se permite que los seres humanos sean tratados como fines y las cosas como medios. Al respecto, GONZÁLEZ VICEN cita una carta remitida por KANT a H.J. JUNG-STILLING, en la que expresa que "la libertad no debe ser limitada por leyes coactivas caprichosas, sino sólo por aquellas sin las cuales no puede existir la sociedad civil y que, por eso, son absolutamente indispensables en ella⁵⁸".

La pena sólo se aplica a quien es susceptible de imputación, por ende no se aplica ni a las cosas ni a lo que es tratado como cosa en general. La pena sólo se aplica a los seres humanos, a quienes se imputan las buenas consecuencias de acciones meritorias y las malas consecuencias de acciones ilícitas. Por ello, imputación en sentido moral es el juicio por el cual "alguien es considerado como autor (causa libera) de una acción, que entonces se llama hecho (factum), y que se halla situada bajo leyes⁵⁹". Pero las consecuencias del proceso de imputación nunca pueden ser imputadas a las cosas que son objetos sin libertad. En todo caso, más allá de la discusión respecto de si el carácter de persona es de origen natural e inherente al ser humano o si se trata de una atribución del ordenamiento jurídico, para KANT sólo son materia del Derecho punitivo las acciones realizadas por las personas, no pudiendo la pena actuar sobre aquello que el ordenamiento jurídico "trata" como cosa.

Como balance de esta tesis kantiana, JAKOBS ha sostenido:

"(...) el postulado de KANT de que el autor no debe ser confundido entre los objetos del Derecho de cosas sigue siendo una conquista válida hasta la actualidad, que aunque no se pueda entender como absoluta sí que ha tenido una amplia aceptación⁶⁰".

facultades están ya comprendidas en el principio de la libertad innata y no pueden verdaderamente distinguirse de ella, en tanto que miembros de una división bajo el concepto superior del Derecho".

⁵⁶ GONZÁLEZ VICEN, "La filosofía del Estado en Kant", en KANT, *Introducción a la teoría del derecho*, Marcial Pons, 1997, p. 93.

⁵⁷ KANT, *Introducción a la teoría del derecho*, p. 39.

⁵⁸ GONZÁLEZ VICEN, "La filosofía del Estado en Kant", p. 103.

⁵⁹ KANT, *Introducción a la teoría del derecho*, p. 42.

⁶⁰ JAKOBS, *El fundamento del sistema jurídico penal*, ARA Editores, 2005, p. 32. Cito a JAKOBS puesto que se trata de un autor cuya teoría del Derecho penal del enemigo pareciera negar la

De forma más clara, BOBBIO plantea que la justificación de la democracia se encuentra en el presupuesto de que “el individuo, como persona moral y racional, es el mejor juez de sus propios intereses”⁶¹. Se trata de una tesis que ha tenido también gran impacto en el Derecho penal anglosajón, en el que se sostiene que “la dignidad designa el valor supremo de los seres humanos, los marca como fines en sí mismos y exige una actitud de respeto”⁶².

Finalmente, cabe acotar que el planteamiento de KANT pone en el tapete la discusión entre liberalismo, que prioriza los derechos individuales frente a todo tipo de intereses o fines colectivos, y comunitarismo, que prioriza en cambio el bien de la comunidad⁶³, cuyo conflicto –como veremos en los temas que siguen– será la regla en el Estado social y democrático de Derecho. Por lo pronto cabe citar a ALCÁCER GUIRAO, quien hace referencia a la diferencia esencial entre el liberalismo y el comunitarismo en los siguientes términos :

“(…) en el primero, el mandato de la autonomía política exige que el ordenamiento jurídico, tanto sus normas como sus medios, sea susceptible de reconocimiento por el acuerdo de todos los intervinientes en el tráfico jurídico-social, para lo que es preciso que el Derecho esté asentado en presupuestos susceptibles de una aceptación racional y que responda a los intereses de los ciudadanos”⁶⁴.

2.3.2. Estado de derecho y su evolución al Estado social de Derecho

La obra de BECCARIA “Tratado de los delitos y de las penas” da inicio al Derecho penal moderno⁶⁵. En ella, sintetiza el postulado liberal y expone el fundamento político de la potestad punitiva del Estado. Según MIR PUIG, a diferencia de la concepción absolutista del Estado, el planteamiento liberal, “al replantear la legitimidad y los límites del poder político frente al pueblo, concedió importancia nuclear a la legitimación del Estado para privar al ciudadano, por medio de la pena, de sus derechos más elementales”⁶⁶. El postulado liberal tiene tres características básicas.

En primer lugar, sostiene que la ley es el elemento central de la vida en sociedad y la garantía esencial de los ciudadanos. En palabras de BECCARIA:

tesis de KANT, a pesar de lo cual admite la fuerza argumentativa y el carácter legitimador de la teoría del filósofo alemán.

⁶¹ BOBBIO, *Teoría General de la Política*, p. 457.

⁶² DAN-COHEN, “Dignity, Crime, and Punishment: A Kantian Perspective”, en DUBBER (ed.), *Foundational Texts in Modern Criminal Law*, Oxford University Press, 2014, p. 109.

⁶³ Acerca del comunitarismo, ver FLETCHER, *Gramática del Derecho penal*, pp. 237 y ss.

⁶⁴ ALCÁCER GUIRAO, “Prevención y garantías: conflicto y síntesis”, en *Doxa*, N° 25, 2002, p. 160.

⁶⁵ Un estudio de la obra de BECCARIA en HARCOURT, “Beccaria’s On Crimes and Punishments: A Mirror on the History of the Foundations of Modern Criminal Law”, en DUBBER (ed.), *Foundational Texts in Modern Criminal Law*, Oxford University Press, 2014, pp. 39 y ss.

⁶⁶ MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, 2ª ed., B de F, 2003, p. 103.

“Las leyes son las condiciones con que los hombres independientes y aislados se unieron en sociedad, cansados de vivir en un continuo estado de guerra y de gozar una libertad que les era inútil en la incertidumbre de conservarla. Sacrificaron por eso una parte de ella para gozar la restante en segura tranquilidad. El conjunto de todas estas porciones de libertad, sacrificadas al bien de cada uno, forma la soberanía de una nación, y el soberano es su administrador y legítimo depositario”⁶⁷.

En segundo lugar, concibe que el fundamento de la potestad punitiva del Estado reside en las porciones de libertad que los miembros de la sociedad han cedido a favor del Estado a cambio de la protección de sus derechos y del bienestar. Al respecto, BECCARIA sostiene que las penas son más justas cuanto es más sagrada e inviolable la seguridad y mayor la libertad que el soberano conserva a los súbditos. Concluye entonces que el derecho de castigar está formado por la suma de todas las pequeñas porciones de libertad cedidas por los ciudadanos y todo ejercicio de poder que exceda a ello es abuso y no justicia; es hecho y no Derecho⁶⁸. En ese sentido, para BECCARIA el castigo debe estar limitado al mínimo necesario y debe corresponder al daño ocasionado por el delito y no a la intención del autor⁶⁹.

En tercer lugar, los principios que fundamentan la potestad punitiva del Estado implican que sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos; que el contrato social obliga a todo miembro particular y a la sociedad, siendo necesario que un tercero (magistrado) juzgue cualquier desavenencia; y que las penas inútiles son contrarias al contrato social⁷⁰.

Como bien reseña MIR PUIG, el Derecho penal construido sobre las bases del Estado liberal fue concebido como Derecho al servicio de la defensa de las garantías de los eventuales delincuentes, antes que como instrumento dirigido a la contención de los delitos. Sin embargo, la segunda mitad del siglo XIX dio lugar al paso del Estado liberal clásico al Estado social de derecho, el cual conlleva una concepción intervencionista del Estado y se considera obligado a incidir en la organización de lo social⁷¹. La potestad punitiva del Estado se

⁶⁷ BECCARIA, *Trat. de los delitos y de las penas*, Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pp. 19.

⁶⁸ BECCARIA, *Trat. de los delitos y de las penas*, p. 20, quien también plantea que, a efectos preventivos, es prioritaria la certeza (infalibilidad) del castigo frente a su dureza. Al respecto, ver HARCOURT, “Beccaria’s On Crimes and Punishments:..”, p. 47.

⁶⁹ HARCOURT, “Beccaria’s On Crimes and Punishments:...”, 2014, p. 46.

⁷⁰ BECCARIA, *Trat. de los delitos y de las penas*, pp. 21-22, quien textualmente señala: “cuando se probase que la atrocidad de las penas, si no inmediatamente opuesta al bien público y al fin mismo de impedir los delitos, fuese a lo menos inútil, también en este caso sería no solo contraria a aquellas virtudes benéficas que son el efecto de una razón iluminada, que prefiere mandar a hombres felices más que a una tropa de esclavos, en la cual circule incesante la medrosa crueldad, sino que se opondría a la justicia y a la naturaleza del mismo contrato social”.

⁷¹ MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, 2ª ed., p. 104.

ejergería ahora también como instrumento de prevención de delitos y de protección de bienes jurídicos.

El proceso de consolidación del Estado social de derecho, que da inicio a la conformación de la moderna democracia constitucional, supuso un conflicto entre los derechos de libertad y los derechos de justicia, conflicto que no era más que la manifestación de dos distintas visiones de la sociedad y de dos concepciones distintas del hombre⁷². Se plantearía, a partir de ello, la permanente discusión (o tensión) entre el individualismo metodológico, fundamento metodológico de aquellos que defienden la supremacía de los derechos de libertad, y el holismo metodológico, fundamento de las posiciones que se sustentan en los derechos de justicia.

El individualismo se expresará fundamentalmente en el modelo de Estado democrático que consagra en la carta constitucional la autonomía del hombre como el presupuesto de ejercicio de cualquier derecho fundamental⁷³. Así, el individualismo metodológico surge como una regla relacionada al método de las ciencias sociales, que resulta básica para comprender el papel del hombre en una sociedad cuya estructura básica es sostenida por los principios de autonomía y libre determinación de los seres humanos. Según ZOLO, el individualismo conlleva que toda explicación:

“(…) se limite a conceptos de primer orden, es decir, de individuos humanos, incluyendo sus orientaciones subjetivas en la acción –sus esperanzas, temores, creencias, deseos, y valores respectivos-, como asimismo sus expectativas referidas a las acciones de otros individuos humanos”⁷⁴.

A efectos del Derecho penal, la concepción individualista entiende que cada norma jurídico penal debe partir de considerar cómo afectaría la libertad de cada ser humano individualmente considerado, libertad que le es inherente y que le permite desempeñar su rol de ser humano.

El holismo se expresa, en cambio, como una postura epistemológica que, en términos puros, considera que las relaciones concretas entre individuos son epifenoménicas respecto de las explicaciones sociales. Al respecto, FARINETTI sostiene:

⁷² ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Ed. Trotta, 2005, p. 75-76.

⁷³ ZOLO, “Libertad, propiedad e igualdad en la teoría de los “Derechos Fundamentales”. A propósito de un ensayo de Luigi Ferrajoli”, en FERRAJOLI, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Ed. Trotta, 2005, p. 77.

⁷⁴ NAISHAT, “Las tensiones del Individualismo Metodológico en Max Weber”, en NAISHAT (ed.), *Max Weber y la cuestión del individualismo metodológico en las ciencias sociales*, EUDEBA, 1998, p. 61.

“(…) las categorías sociales globales –como el capitalismo, el Estado, el cristianismo- no son traducibles a procesos de nivel individual. Los individuos adquieren en este marco explicativo el status de “soportes” de los procesos de macronivel (...). En suma, se postula la irreductibilidad de los enunciados acerca de fenómenos sociales a enunciados que tengan por referente a individuos”⁷⁵.

A efectos del Derecho penal, la concepción holista entiende que, al nacer, el ser humano se adhiere a un orden social preexistente. Son los derechos de justicia los que regulan la existencia del ser humano, el cual será libre en la medida que actúe a favor de preservar el orden social.

Es en la obra de VON LISZT que encuentro la síntesis a esta tensión, es decir una propuesta de co-existencia conflictiva de ambas concepciones. Dicho autor no renunció al individualismo liberal ni propuso tampoco la conversión a un modelo exclusivamente comunitarista propio del holismo metodológico, sino que creyó compatible el liberalismo con un Derecho penal que interviniese activamente en la vida social⁷⁶. En esa línea, atribuyó a la ciencia penal una dualidad de métodos. Así, según explica ROXIN, VON LISZT distinguía la política criminal, en la que incluía la misión social del Derecho penal consistente en la lucha contra el delito, de la dogmática penal, a la que le correspondía la función liberal de asegurar la igualdad en la aplicación del Derecho y proteger la libertad individual frente a la intervención del Estado⁷⁷.

Según anota MIR PUIG:

“(…) la concepción social e intervencionista del Derecho penal nació cuando el Estado de Derecho parecía consolidado definitivamente. Preocupaba a la dirección de la política criminal solamente la ineficacia del Derecho penal liberal clásico, creyéndose asegurada y a salvo su función de garantía. No temía que la nueva concepción intervencionista del Derecho penal pudiese ser utilizada en perjuicio de las libertades del individuo. Se buscaba, más bien, proteger mejor al ciudadano mediante un Derecho penal más efectivo en la tutela de los bienes jurídicos”⁷⁸.

MIR PUIG advierte que los estados totalitarios de la mitad del siglo XX concibieron un Estado social autoritario, que se alejó de los principios que inspiraron a

⁷⁵ FARINETTI, “¿De qué hablamos cuando hablamos de Individualismo Metodológico? Una discusión en torno a Weber y Elster”, en NAISHAT (ed.), *Max Weber y la cuestión del individualismo metodológico en las ciencias sociales*, EUDEBA, 1998, p. 111.

⁷⁶ MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, 2ª ed., p. 199.

⁷⁷ ROXIN, *Política criminal y sistema del derecho penal* (trad. MUÑOZ CONDE), 2ª ed., 1ª reimpr., Hammurabi, 2002, p. 32. Sin embargo, MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, 2ª ed., p. 203, distingue distintas fases en el pensamiento de VON LISZT y anota que toda su obra se caracteriza “por una progresiva disminución de la estimación del papel que atribuyó al método dogmático, en beneficio del método empírico.

⁷⁸ MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, 2ª ed., p. 106.

autores como VON LISZT. Ante ello, reflexiona el maestro español acerca de la necesidad de que el principio de necesidad de protección de la sociedad se incorpore al modelo de Estado, aunque precisa que el Derecho penal social no ha de sustituir, sino completar la unilateralidad del Derecho penal liberal. A ello añade la necesidad actual de alcanzar un Derecho penal democrático, que imponga sus límites propios a la potestad punitiva del Estado⁷⁹. Sienta así las bases de un modelo acorde con el constitucionalismo penal defendido al inicio de este capítulo: el Estado social y democrático de Derecho.

2.3.3. Principios del Estado social y democrático de Derecho

MIR PUIG defiende en España el modelo de Estado social y democrático de Derecho como el propio de una democracia constitucional. Se trata de un modelo que combina la idea de Estado de derecho, adoptada del Estado liberal en contraposición al Estado absoluto, que propugna que el Estado debe ser gobernado por el Derecho emanado de la voluntad general que expresan los representantes del pueblo; la idea de Estado social, que implica el intento de derrumbar las barreras que en el Estado liberal separaban al Estado de la sociedad; y la idea de orientar la actuación del Estado hacia la democracia real, estableciéndose una síntesis del Estado social y del Estado de derecho⁸⁰.

Siguiendo en la línea de la teoría de MIR PUIG, la principal utilidad que reviste el estudio del fundamento de la potestad punitiva del Estado es que de aquel derivan límites a su ejercicio⁸¹. Se trata de los denominados principios limitadores de la potestad punitiva estatal que conforman el “Derecho penal subjetivo”. Según el mismo autor, los tres componentes del modelo de Estado (de derecho, social y democrático) sirven de base a los distintos límites que a su juicio deben respetar el legislador y los demás órganos encargados de ejercer la función punitiva. Explica así cómo cada componente de dicho modelo Estado implica una limitación a la potestad punitiva:

“El principio de **Estado de derecho** impone el postulado de un sometimiento de la potestad punitiva al Derecho, lo que dará lugar a los límites derivados del *principio de legalidad*. La idea del **Estado social** sirve para legitimar la función de prevención en la medida en que sea necesaria para proteger a la sociedad. Ello implica ya varios límites que giran en torno a la exigencia de la *necesidad social de la intervención penal*. Por último, la concepción del **Estado democrático** obliga en lo posible a poner el Derecho penal al servicio del ciudadano, lo que puede verse como fuente de ciertos límites que hoy se asocian al respeto de

⁷⁹ MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, 2ª ed., p. 107.

⁸⁰ MIR PUIG, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, pp. 31-34.

⁸¹ MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, 2ª ed., p. 108.

principios como los de *dignidad humana, igualdad y participación del ciudadano*⁸²”.

En una primera clasificación⁸³, MIR PUIG distingue dos clases de límites del derecho subjetivo del Estado a imponer penas. En primer lugar, se encuentran los límites derivados del fundamento funcional del Derecho penal subjetivo. Se trata de los principios de subsidiariedad del Derecho penal, fragmentariedad del Derecho penal y protección de bienes jurídicos. En segundo lugar, están los límites derivados del fundamento político del Derecho penal subjetivo, que se dividen en dos grupos. Por un lado, los límites derivados del Estado de derecho, que se refieren al principio de legalidad y sus correspondientes garantías (criminal, penal, jurisdiccional y de ejecución). Por otro lado, los límites derivados del Estado democrático, que se distinguen según el momento en el que operan. Así, en el momento de conminación penal legislativa, destacan los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos, proporcionalidad y culpabilidad, que también operan en el momento de aplicación judicial de la pena. Finalmente, en el momento de ejecución de la pena, opera el principio de resocialización.

En una clasificación desarrollada en su Trat.⁸⁴, MIR PUIG vincula de forma más precisa los principios o límites al poder punitivo del Estado según cada aspecto del modelo de Estado asumido, aunque precisa que se trata de una valoración opinable, ya que cada principio podría fundarse en más de uno de dichos aspectos. Así, vincula el principio de legalidad al Estado de derecho; al Estado social, los principios de utilidad, subsidiariedad del Derecho penal, fragmentariedad del Derecho penal y exclusiva protección de bienes jurídicos; y al Estado democrático, los principios de humanidad, culpabilidad, proporcionalidad y resocialización⁸⁵.

⁸² MIR PUIG, *Derecho penal Parte General*, 10ª ed., Reppertor, 2015, p. 114.

⁸³ MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, 2ª ed., pp. 108 y ss.

⁸⁴ MIR PUIG, *Derecho penal Parte General*, 10ª ed., p. 114.

⁸⁵ Posterior a la propuesta de MIR PUIG es la teoría de FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, pp. 91 y ss., quien también en el marco de la democracia constitucional, propone un modelo garantista de Estado que cuente con un “Derecho penal mínimo”, el cual se caracterizaría por presentar diez condiciones, límites o prohibiciones que operasen como garantías del ciudadano contra el arbitrio o el error penal. Se trata de principios similares a los trabajados por MIR PUIG, que son clasificados de forma particular. Dichos axiomas comprenden tres clases de garantías. En primer lugar, se encuentran las garantías de la pena, que son aquellos axiomas que responden a las interrogantes de cuándo y cómo castigar, y limitan el poder punitivo estatal en las etapas de criminalización de la conducta, configuración del procedimiento de determinación de responsabilidad penal, formulación de la imputación y ejecución de la consecuencia penal. Se trata de los principios de retributividad (no hay pena sin delito), legalidad (no hay delito sin ley) y necesidad (no hay ley penal sin necesidad). En segundo lugar, se encuentran las garantías del delito, que son aquellos axiomas que responden a las interrogantes de cuándo y cómo prohibir, y que limitan el poder punitivo estatal en las etapas de formulación de la imputación y de aplicación en el procedimiento penal de una consecuencia penal. Se trata de los principios de lesividad (no hay necesidad sin lesividad), materialidad (no hay lesividad sin acción) y culpabilidad (no hay acción sin culpa). En tercer lugar, están las garantías del proceso, que son aquellos axiomas que responden a las interrogantes de cuándo y cómo juzgar, y que limitan el poder punitivo estatal en las etapas de formulación de la

Por su parte, GARCÍA RIVAS parte de la idea de que el peligro de instrumentalización política del Derecho penal es contrarrestado gracias a la concreción en la Constitución de una serie de garantías del ciudadano que cumplen el papel de límites al ejercicio del *ius puniendi*. Existe entonces para este autor un Programa penal de la Constitución, que “sirve de partitura para la composición de los límites en el ejercicio del *ius puniendi* estatal”. En consecuencia, no es democrático el sistema punitivo que no asume las garantías de legalidad, lesividad, intervención mínima, culpabilidad y resocialización. Sostiene, asimismo, que es preferible no efectuar una clasificación cerrada de los principios, a efectos de no aislar el principio de legalidad atribuyéndole una naturaleza formal, sino más bien considerar su vertiente material y su relación con el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos⁸⁶.

Más allá de la pertinencia de uno u otro criterio para la clasificación de los principios que limitan la potestad punitiva del Estado, en esta tesis entiendo que existe una dinámica progresiva de los principios, en la medida que su mayor o menor desarrollo (y, por ende, su mayor o menor vínculo a uno o más de los tres componentes de la fórmula del Estado social y democrático de Derecho) está directamente vinculado a la mayor o menor protección de las libertades del ciudadano frente al poder estatal. Su dinámica progresiva permite presentarlos en un esquema circular, en el sentido de que todos coadyuvan a la consolidación del Estado social y democrático de Derecho, y su desarrollo no es conflictivo sino más bien complementario a efectos de proveer mayores esferas de libertad al ciudadano y, a la vez, limitar sus deberes de “cooperación”.

Bajo dicha premisa, presentaré a continuación los principios que entiendo fundamentales: el principio de legalidad y las garantías materiales de legalidad, el principio de necesidad o utilidad del Derecho penal, el principio de culpabilidad como derivación de la dignidad del ser humano, el principio de proporcionalidad de las penas y las garantías procesales que protegen la libertad del ser humano sometido a la justicia. Valga la aclaración de que no se trata de un lista cerrada de principios, sino que el progresivo desarrollo de las libertades ciudadanas permite la incorporación de nuevos principios. Asimismo, se trata de principios que, aun cuando pudiesen entrar en conflicto, siguen siendo válidos, debiendo aplicarse la ponderación⁸⁷. El siguiente cuadro lo ilustra:

imputación y aplicación en el procedimiento penal de una consecuencia penal. Se trata de los principios de jurisdiccionalidad (no hay culpa sin juicio), acusatorio (no hay juicio sin acusación), de verificación (no hay acusación sin prueba) y del contradictorio (no hay prueba sin defensa). La ausencia de estos axiomas determina la configuración de los sistemas autoritarios a los que ya hemos hecho alusión.

⁸⁶ GARCÍA RIVAS, *El poder punitivo en el Estado democrático*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 1996, pp. 43-46.

⁸⁷ Al respecto, ver PRIETO SANCHÍS, *Constitucionalismo y Positivismo*, 2ª ed., Distribuciones Fontamara, 1999, pp. 20-21. Acerca de la ponderación como el inevitable establecimiento de una



Figura 1.4 Principios limitadores del ius puniendi

2.3.3.1. Principio de legalidad material

El principio de legalidad tiene origen legal en la declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1879, en cuyo artículo 8° se dispuso:

“Artículo 8.- La Ley sólo debe establecer penas estricta y evidentemente necesarias, y tan sólo se puede ser castigado en virtud de una Ley establecida y promulgada con anterioridad al delito, y aplicada legalmente”⁸⁸.

Fue FEUERBACH quien acuñó la frase *nulla poena sine lege* para hacer referencia al principio de legalidad. Si bien no incluyó la referencia al *nullum crimen sine lege*, su propuesta es interpretada en el sentido de que también la abarca⁸⁹.

ROXIN sintetiza el significado del principio de legalidad al sostener que “por mucho que una conducta sea en alto grado socialmente nociva y reveladora de necesidad de pena, el Estado sólo podrá tomarla como motivo de sanciones

jerarquía axiológica móvil entre dos principios, ver GUASTINI, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, Trotta - UNAM, 2008, pp. 86 y ss.

⁸⁸ Disponible en: http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf [consulta: 11 de enero de 2017].

⁸⁹ HÖRNLE, “PJA von Feuerbach and his Textbook of the Common Penal Law”, en DUBBER (ed.), *Foundational Texts in Modern Criminal Law*, Oxford University Press, 2014, p. 132.

jurídico penales si antes lo ha advertido expresamente en la ley⁹⁰. Por su parte, MIR PUIG recuerda que, en su sentido actual, el principio de legalidad se deriva de la teoría del contrato social y del principio de la división de poderes. Al respecto, indica:

“(...) el ciudadano sólo admite el paso del estado de naturaleza al estado civil en virtud de un pacto -contrato social- en el que asegura su participación y control de la vida política de la comunidad. Tal participación tiene lugar por medio del Poder Legislativo, que representa -al menos teóricamente- al pueblo. Sólo de él puede emanar la ley”⁹¹.

Siguiendo a MIR PUIG, entiendo que el principio de legalidad tiene una doble vertiente. Por un lado, es una exigencia de seguridad jurídica, que permite la posibilidad de conocimiento previo de los delitos y las penas. En tal sentido, el principio de legalidad conlleva la existencia de cuatro garantías, las cuales están recogidas actualmente por el Código Penal español: garantía criminal⁹², garantía penal⁹³, garantía jurisdiccional⁹⁴ y garantía de ejecución⁹⁵. Por otro lado, es una garantía para el ciudadano, el cual no podrá verse sometido por parte del Estado ni de los jueces a penas que no admita el pueblo.

Al respecto, GARCÍA RIVAS sostiene que el principio de legalidad abarca tres exigencias garantísticas para la norma jurídica que las concreta: la irretroactividad de la ley penal, la exigencia de taxatividad o mandato de determinación de la ley penal (con la consiguiente prohibición de analogía de la

⁹⁰ ROXIN, *Derecho penal, Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito* (trad. de la 2ª ed. alemana y notas de Luzón Peña y Díaz, García Conlledo y De Vicente Remesal), Civitas, 1997, p. 137. El mismo autor (pp. 144-147) hace referencia a cuatro puntos de partida distintos aunque conexos en cuanto a la fundamentación del principio de legalidad: el liberalismo político y su exigencia de vinculación del poder ejecutivo y del poder judicial a leyes formuladas de modo abstracto; el principio de la democracia basada en la división de poderes; la prevención general como función de la pena; y el principio de culpabilidad y, en específico, el criterio de evitabilidad.

⁹¹ MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, 2ª ed., p. 126. Imprescindible en esta materia MONTIEL (ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho Penal: ¿decadencia o evolución?*, Marcial Pons, 2012.

⁹² CE: “Artículo 1. 1. No será castigada ninguna acción ni omisión que no esté prevista como delito por ley anterior a su perpetración”. Disponible en: http://www.lamoncloa.gob.es/documents/constitucion_es1.pdf [consulta: 03 de marzo de 2017].

⁹³ CE: “Artículo 2. 1. No será castigado ningún delito con pena que no se halle prevista por ley anterior a su perpetración. Carecerán, igualmente, de efecto retroactivo las leyes que establezcan medidas de seguridad”. Disponible en: http://www.lamoncloa.gob.es/documents/constitucion_es1.pdf [consulta: 03 de marzo de 2017].

⁹⁴ CE: “Artículo 3. 1. No podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad sino en virtud de sentencia firme dictada por el Juez o Tribunal competente, de acuerdo con las leyes procesales”. Disponible en: http://www.lamoncloa.gob.es/documents/constitucion_es1.pdf [consulta: 03 de marzo de 2017].

⁹⁵ CE: “Artículo 3. 2. Tampoco podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad en otra forma que la prescrita por la Ley y reglamentos que la desarrollan, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto. La ejecución de la pena o de la medida de seguridad se realizará bajo el control de los Jueces y Tribunales competentes”. Disponible en: http://www.lamoncloa.gob.es/documents/constitucion_es1.pdf [consulta: 03 de marzo de 2017].

ley penal en perjuicio del reo) y la reserva de ley⁹⁶. Se trata de las exigencias de *lex praevia*, *lex stricta* y *lex scripta*.

En primer lugar, con relación a la exigencia de una *lex praevia*, MIR PUIG explica que expresa la prohibición de retroactividad de las leyes que castigan nuevos delitos o agravan su punición, ya que “es preciso que el sujeto pueda saber en el momento en que actúa si va a incurrir en algún delito o en alguna nueva pena”⁹⁷. Se trata de proteger la seguridad jurídica, pero también la libertad individual. En esa medida, no se prohíbe la retroactividad de la ley penal cuando es más favorable al reo.

Al respecto, ROXIN sostiene que el hecho de que el cumplimiento de la exigencia de la *lex praevia* genere que en alguna ocasión pueda quedar impune “una conducta especialmente refinada, socialmente nociva y por ello merecedora de pena, es el precio que ha de pagar el legislador por la falta de arbitrariedad y la seguridad jurídica”⁹⁸.

En segundo lugar, con relación a la exigencia de una *lex scripta*, queda excluida la costumbre como posible fuente de delitos y penas, así como se exige que la ley penal tenga rango de ley emanada del Poder Legislativo, lo cual afecta el sentido de garantía política del principio de legalidad⁹⁹. Hace ya mucho tiempo, fue BECCARIA quien señaló:

“Sin leyes escritas una sociedad no tendrá jamás una forma estable de gobierno, en donde la fuerza sea un efecto del todo y no de las partes, y en donde las leyes, inalterables salvo para la voluntad general, no se corrompan pasando por el tropel de los intereses particulares”¹⁰⁰.

Ahora bien, cabe preguntarse por qué, a partir de la formulación de FEUERBACH, se insiste en que el mandato de *lex scripta* implica que los delitos y las penas deban ser establecidos por una ley penal y no por la jurisprudencia, como sucede en el *common law*. HÖRNLE enumera tres posibles argumentos al respecto¹⁰¹. En primer lugar, se sostiene que el sistema democrático moderno establece al Parlamento como el órgano más representativo de la voluntad popular y, por ende, como el más apropiado para tomar decisiones relativas a la restricción de la libertad. Se trata de un argumento plausible desde el punto de vista político (específicamente de un modelo de gobierno), pero no vital de cara a una teoría preventiva de la pena. En segundo lugar, se arguye que, a través de la ley penal escrita, se podría garantizar de mejor manera una justa advertencia a sus

⁹⁶ GARCÍA RIVAS, *El poder punitivo en el Estado democrático*, p. 68.

⁹⁷ MIR PUIG, *Derecho penal Parte General*, 10ª ed., p. 116.

⁹⁸ ROXIN, *Derecho penal. Parte general...*, p. 138.

⁹⁹ MIR PUIG, *Derecho penal Parte General*, 10ª ed., p. 117.

¹⁰⁰ BECCARIA, *Trat. de los delitos y de las penas*, p. 24.

¹⁰¹ HÖRNLE, “PJA von Feuerbach and his Textbook of the Common Penal Law”, pp. 137-138.

destinatarios, mientras que el *case law* sería de más difícil acceso. Se trata de un argumento que hoy resulta frágil, toda vez que, al tiempo que existen los medios para sistematizar y difundir ambos tipos de fuentes, existen también realidades en que el acceso a ambas fuentes es difícil. Finalmente, se sostiene como argumento la conocida propuesta de FEUERBACH en el sentido de que los jueces deberían ser sólo los sirvientes de la ley (*Diener des Gesetzes*) y no del poder político. Este último argumento puede también ser relativizado, toda vez que la interferencia política puede ocurrir tanto a nivel judicial como legislativo.

En la medida de lo expuesto, puede entenderse que la exigencia de *lex scripta* hace referencia a la existencia de una fuente cierta de la ley penal, que permita el acceso de los ciudadanos para evitar incurrir en la conducta prohibida. Una comprensión amplia de esta exigencia es la clave, además, para acercar el sistema continental al sistema anglosajón, tema de interés que abordaré en el tercer capítulo de la presente tesis.

Finalmente, el requisito de *lex stricta* exige un grado de precisión a la ley penal, excluyendo la analogía cuando perjudica al reo. Según BECCARIA:

“Cuanto mayor fuere el número de los que entendieren y tuvieran entre las manos el código sagrado de las leyes, tanto menos frecuentes serán los delitos, porque no hay duda de que la ignorancia y la incertidumbre de las penas ayudan la elocuencia de las pasiones”¹⁰².

Por su parte, ROXIN sostiene que “la prohibición de leyes penales y penas indeterminadas permite reconocer qué características ha de tener la conducta punible”¹⁰³. MIR PUIG explica entonces que este postulado da lugar al «mandato de determinación», que exige que la ley determine de forma suficientemente diferenciada las conductas punibles y las penas. Detalla que éste constituye:

“(…) un aspecto *material* del principio de legalidad que trata de evitar la burla del significado de seguridad y garantía de dicho principio, burla que tendría lugar si la ley penal previa se limitase a utilizar *cláusulas generales* absolutamente indeterminadas. El «mandato de determinación» se concreta en la teoría del delito a través de la exigencia de tipicidad del hecho, y en la teoría de la determinación de la pena obliga a un cierto legalismo que limite el por otra parte necesario *arbitrio judicial*”¹⁰⁴.

Por su parte, para JAKOBS, mientras en la Parte General del Código Penal están permitidas complementaciones de los preceptos legales en tanto que no los contradigan, en la Parte Especial, sólo están permitidas las complementaciones que amplíen el ámbito de lo punible en tanto que se correspondan con los

¹⁰² BECCARIA, *Trat. de los delitos y de las penas*, p. 24.

¹⁰³ ROXIN, *Derecho penal. Parte general...*, p. 141.

¹⁰⁴ MIR PUIG, *Derecho penal Parte General*, 10ª ed., p. 117.

preceptos legales, por lo que “no cabe introducir nuevas regulaciones no determinadas legalmente sino sólo hacer aplicables las existentes”¹⁰⁵.

En resumen, siguiendo a ROXIN¹⁰⁶, pueden distinguirse cuatro consecuencias del principio de legalidad planteadas en formas de prohibiciones. Dos se dirigen al juez y consisten en la prohibición de analogía y en la prohibición de recurrir al derecho consuetudinario para fundamentar o agravar la pena. Las otras dos prohibiciones se dirigen al legislador y se tratan de la prohibición de retroactividad desfavorable al reo y de la prohibición de leyes penales indeterminadas o imprecisas.

Puedo concluir que el principio de legalidad es el cimiento de la democracia constitucional. Su no vigencia es síntoma del modelo autoritario de Estado. Ejemplo de ello fue el régimen nacionalsocialista, en el que se permitía castigar con pena un hecho que la ley declaraba punible o que mereciera pena “de acuerdo con la idea básica de una ley penal y el sano sentimiento del pueblo”. Se trataba de la consagración legal de una analogía en perjuicio del reo. Las terribles consecuencias de la aplicación de este tipo de preceptos son conocidas por todos¹⁰⁷.

2.3.3.2. Principio de necesidad

MIR PUIG sostiene que, si el fundamento funcional del Derecho penal es la necesidad de protección de la sociedad por medio de penas o medidas de seguridad, el primer límite del *ius puniendi* debe encontrarse en esa misma necesidad¹⁰⁸. En ese sentido, en una democracia constitucional, sólo es legítima la pena útil. Así, el Derecho penal pierde su justificación si su intervención se demuestra inútil, lo cual conlleva que el ejercicio de potestad punitiva del Estado se restrinja al mínimo necesario que se traduce en un principio de mínima intervención del Derecho penal¹⁰⁹. Este principio se materializa a través de tres postulados.

En primer lugar, a través de la naturaleza subsidiaria del Derecho penal o de la naturaleza de *ultima ratio*. Bajo este postulado, se entiende que el Derecho penal debe ser el último recurso del Estado para reaccionar frente al conflicto social,

¹⁰⁵ JAKOBS, *Derecho penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación* (trad. Cuello Contreras y Serrano Gonzalez de Murillo), 2ª ed., Marcial Pons, 1997, p.91.

¹⁰⁶ ROXIN, *Derecho penal. Parte general...*, p. 140.

¹⁰⁷ GÓMEZ MARTÍN, *El Derecho penal de Autor*, Tirant lo Blanch, 2007, pp. 139-140.

¹⁰⁸ MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, 2ª ed., pp. 108-109.

¹⁰⁹ MIR PUIG, *Derecho penal Parte General*, 10ª ed., pp. 127-128. Sin embargo, el desarrollo del Derecho penal económico, manifestaciones del denominado Derecho penal simbólico y la legislación del mal denominado Derecho penal del enemigo son expresión de que el principio de mínima intervención del Derecho penal no rige con toda intensidad. Acerca de la expansión del Derecho penal, ver SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Euros Editores S.R.L., 2006.

utilizando la sanción penal solo cuando no existan disponibles otros mecanismos de control social menos lesivos para el ciudadano.

En segundo lugar, la mínima intervención implica reconocer el carácter fragmentario del Derecho penal. Esto significa que la intervención penal debe limitarse a los ataques más graves contra los intereses tutelados. El Derecho penal no intervendrá frente a cualquier afectación de un bien jurídico penal protegido, sino únicamente frente a las formas más graves de ataque.

En tercer lugar, desde un paradigma garantista, algunos autores plantean que la subsidiariedad y fragmentariedad del Derecho penal convergen en el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos¹¹⁰. Al respecto, MIR PUIG señala que “el Derecho penal de un Estado social no ha de ocuparse en respaldar mandatos puramente formales, valores puramente morales, ni intereses no fundamentales que no comprometen seriamente el funcionamiento del sistema social¹¹¹”.

Siguiendo a MIR PUIG, el concepto de bien jurídico capaz de limitar al legislador no debe buscarse en la realidad naturalística ni en la valoración subjetivo-moral, sino en el terreno de lo social:

“(…) bienes jurídicos son las condiciones necesarias, según la observación empírica, de un correcto funcionamiento de los sistemas sociales. Pero para evitar una concepción poco respetuosa para con el individuo, que lo contemple sólo desde la perspectiva de su utilidad social, conviene requerir que tales condiciones se traduzcan en concretas posibilidades de participación del individuo en los procesos de interacción y comunicación social”¹¹².

Ahora bien, la institución del bien jurídico en sí misma no es suficiente para concretar el principio de mínima intervención del Derecho penal. Al respecto, DONINI sostiene que el bien jurídico es necesario para construir un sistema, aunque no resulta suficiente, ya que puede servir tanto para extender como para restringir la aplicación de una norma. Explica que el bien jurídico no tiene la vocación delimitadora del área penal que es propia del principio de lesividad, a lo que añade que todos los principios constitucionales, y no sólo el de la necesaria lesividad, deben servir para limitar o regular su uso¹¹³. En esa medida, considero correcta la apreciación de FERNANDO CÓRDOBA cuando sostiene que

¹¹⁰ Según BAJO FERNÁNDEZ, “El Derecho penal: concepto y función”, pp. 36 y ss., el bien jurídico cumple una función política, obediente a la necesidad de protección de la libertad personal frente a la arbitrariedad del poder; una función dogmática, que exige que el Derecho penal sólo desapruebe conductas en cuanto lesionen o pongan en peligro un bien jurídico; y una función metodológica, como instrumento interpretativo de los delitos de la PE.

¹¹¹ MIR PUIG, *Derecho penal Parte General*, 10ª ed., p. 132.

¹¹² MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, 2ª ed., p. 123.

¹¹³ DONINI, “La herencia de Bricola y el constitucionalismo penal como método...”, p. LV.

las conductas lesivas a las que se refiere el principio de lesividad no son las que ya han lesionado a terceros, sino las que tienen aptitud para hacerlo¹¹⁴.

Más allá de la discusión acerca de la capacidad de rendimiento del concepto de bien jurídico, que abordaré más adelante, lo cierto es que el modelo de la democracia constitucional debe cuidar que la acción del Estado no afecte innecesariamente las libertades del ciudadano. En esa línea, HASSEMER menciona el principio *in dubio pro libertate*, que es “el lema de una legislación penal limitada exclusivamente a la criminalización de conductas socialmente dañosas”¹¹⁵.

Lamentablemente, como señala SILVA SÁNCHEZ, es el expansionismo y no la mínima intervención la corriente que marca el curso del Derecho penal contemporáneo¹¹⁶.

2.3.3.3. Principio de culpabilidad

El principio de culpabilidad¹¹⁷ es, en mi opinión, la columna vertebral del Derecho penal de una democracia constitucional. Sin principio de culpabilidad, resulta

¹¹⁴ CÓRDOBA, F. “Evitabilidad individual y lesividad en la teoría del ilícito”, en *InDret Penal* n° 3, 2015, pp. 7-9, quien propone reformular el criterio del riesgo permitido utilizado a nivel de la imputación objetiva en “deberes de evitar”, lo que simplifica la comprensión de la relación entre el riesgo permitido y el deber de cuidado de adquirir conocimiento que caracteriza también a la imprudencia. Al respecto, explica que “si el autor no tiene el deber de evitar porque el comportamiento es un riesgo permitido, entonces tampoco tiene deber alguno de procurarse conocimiento; y si ya lo poseyera, ese conocimiento sería irrelevante, se trataría de conocimientos especiales”. Ahora bien, a la inversa, “puede suceder que la adquisición de conocimiento, en las circunstancias dadas, ya no sea exigible, pero que sí sea exigible evitar, es decir, que exista aún el deber de evitar, si se dispone del conocimiento para ello. El ejemplo más claro lo proporcionan los casos de principio de confianza”.

¹¹⁵ HASSEMER, *Fundamentos del Derecho penal*, Bosch, 1984, p. 39.

¹¹⁶ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., B de F, 2010, p. 54., quien distingue el expansionismo normativo o prescriptivo, que considera que el Derecho penal debe ampliar su objeto e intensidad para hacer frente a las nuevas realidades de la criminalidad, del expansionismo descriptivo o prospectivo, que pronostica que el Derecho penal tenderá a crecer al haber asumido funciones de orientación social.

¹¹⁷ Resulta importante distinguir la culpabilidad como principio limitador de la potestad punitiva del Estado de la culpabilidad como elemento del delito, toda vez que el debilitamiento de este último a partir de las teorías que ponen en cuestión el axioma del libre albedrío no debe afectar el principio constitucional. Al respecto, GARCÍA RIVAS, *El poder punitivo en el Estado democrático*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 1996, p. 58, entiende que “el principio de culpabilidad, o mejor, el conjunto de garantías que abarca, es irrenunciable por mucho que quiebre la fundamentación metafísica de la culpabilidad”. MIR PUIG, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, pp. 172 y ss., distingue entre la idea de culpabilidad en sentido amplio, que se identifica con la total gravedad del delito imputable a su autor, y la idea de culpabilidad en sentido estricto, que se utiliza en el contexto de la teoría del delito y se contrapone a la antijuridicidad. Por otra parte, COUSO SALAS, *Fundamentos del Derecho penal de culpabilidad. Historia, teoría y metodología*, Tirant lo Blanch, 2006, pp. 45-47, hace referencia a la teoría de ACHENBACH, según la cual pueden distinguirse tres niveles en los que se plantea la cuestión de la culpabilidad: 1) nivel de la “idea de la culpabilidad”, que corresponde al de la garantía de rango constitucional que dicta que “no hay pena sin culpabilidad”; 2) nivel de la culpabilidad en la medición de la pena; y 3) nivel de la culpabilidad como fundamento de la

imposible hablar de Derecho penal. Se trataría, en todo caso, de mera violencia o de abuso de poder. El “carácter personal del ilícito penal” es, según BRICOLA, el elemento diferenciador del delito frente a los ilícitos extrapenales:

“(…) de la Constitución surge la clasificación del delito como ilícito personal, lo que debe entenderse en el sentido de que su imputación a un sujeto debe estar siempre condicionada por la posibilidad de éste de conocer la norma incriminatoria y por la presencia de un coeficiente subjetivo identificable al menos con la culpa”¹¹⁸.

Como bien explica SILVA SÁNCHEZ, el principio de culpabilidad es la expresión de la “síntesis” de varias finalidades del Derecho penal, preventivas y garantísticas¹¹⁹. En ese sentido, en mi opinión, el principio de culpabilidad comparte dos premisas. Una primera es la dignidad humana o, en palabras de KANT, la personalidad innata del ser humano, base de la estructura del modelo de la democracia constitucional. El principio de culpabilidad, siguiendo a ROXIN, “forma parte de los mismos fundamentos del Derecho penal alemán” y según el BVerfG emanaría de la garantía de la dignidad humana, que está consagrada en la Ley Fundamental, Constitución alemana (art. 1)”¹²⁰. En España, MIR PUIG sostiene que “todos los principios derivados de la idea general de culpabilidad se fundan en buena parte en la dignidad humana, tal como debe entenderse en un Estado democrático respetuoso del individuo”¹²¹.

Otra premisa del principio de culpabilidad es la libertad individual, concebida como derecho fundamental de los seres humanos que viven en sociedad y como requisito para que el Estado esté en condiciones de exigir el cumplimiento de las normas jurídicas. SÁNCHEZ OSTIZ¹²² sostiene que hablar de libertad es hablar de conducta, la cual puede ser considerada en prospectiva (cuando está por realizarse) y en retrospectiva (cuando ya se realizó). Asimismo, diferencia la libertad innata, que es aquella que corresponde al ser humano por ser tal, de la libertad adquirida, que es aquella que depende del ejercicio, de la atribución o reconocimiento. Combinando ambas clasificaciones, distingue cuatro tipos de libertad. En primer lugar, la *libertad básica o antropológica*, que es innata y

imposición o de la exclusión de la pena, que corresponde a la categoría específica de la culpabilidad dentro del sistema jurídico penal.

¹¹⁸ BRICOLA, *Teoría General del Delito*, pp. 194 y 224-225.

¹¹⁹ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 1ª ed., Bosch, 1992, p. 262.

¹²⁰ ROXIN, “El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania”, en *InDret Penal* n° 4, 2012, p. 9.

¹²¹ MIR PUIG, *Derecho penal Parte General*, 10ª ed., p. 136. Por su parte, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 1ª ed., p. 261, entiende que el principio de exclusión de la responsabilidad objetiva (principio de dolo o culpa) así como el de responsabilidad por el hecho (exclusión del Derecho penal de autor), entre otras garantías, derivan de la idea de dignidad humana, vetando la imposición de la sanción penal a supuestos en que la realización del presupuesto de la misma es inevitable.

¹²² SÁNCHEZ-OSTIZ, “La libertad del Derecho penal: ¿de qué hablamos cuando decimos libertad?”, en *InDret Penal* n° 1, 2014, pp. 8-22.

orientada a la prospectiva, ya que posibilita la acción. Explica SÁNCHEZ OSTIZ que se trata de la concepción de libertad que se halla en la base de la idea misma de Derecho, como presupuesto de la capacidad de obedecer las normas. En segundo lugar, la *volición*, que es innata y orientada a la retrospectiva. Constituye el ejercicio más básico de la libertad antropológica y se define como la elección al menos entre dos opciones, sin perjuicio de que puedan existir más. A este nivel, se imputa el hecho como conocimiento y volición. En tercer lugar, la *voluntariedad*, que es adquirida y orientada a la retrospectiva. Explica que saber y voluntariedad son integrantes de la elección moral. Se trata de una libertad plena, que permite imputar el hecho como meritorio o responsable. Finalmente, las *libertades políticas*, que son adquiridas y orientadas a la prospectiva, ya que se ejercen y pueden ser limitadas, operando como ámbitos de acción en cuanto abren posibilidades de intervenir en la vida social.

A través del principio de culpabilidad, la pena apela a la autonomía y responsabilidad de un sujeto racional. Como explica MIR PUIG, al limitar la pena al injusto culpable, la instrumentalización del delincuente encuentra un importante paliativo, ya que se hace recaer la pena en el delincuente “sólo cuando éste ha decidido cometer el hecho con arreglo a su capacidad de autodirección normal, consciente de que el delinquir iba a suponerle el riesgo de ser castigado”¹²³.

SÁNCHEZ LÁZARO, siguiendo a ALEXY, parte de la distinción entre reglas, como normas que prescriben de forma definitiva, y principios, como mandatos susceptibles de realización graduable, a efectos de afirmar que la culpabilidad es un principio. Al respecto, explica que el juicio de culpabilidad consiste en un mandato de optimización, de observar en la mayor medida posible el principio de dignidad¹²⁴.

DONINI precisa que se trata de un principio jurídico y no de una mera directiva política, cuyas consecuencias se extienden a todo el sistema penal¹²⁵. Se trata, en consecuencia, de un mandato de optimización que tiene como finalidad abrir espacios de libertad para los ciudadanos y protegerlos de la violencia que puede ser ejercida por parte del Estado¹²⁶. Es, en suma, un principio constitucional que tiene directa incidencia en la construcción del ilícito penal. BRICOLA, haciendo

¹²³ MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, 2ª ed., p. 139.

¹²⁴ SÁNCHEZ LÁZARO, “El principio de culpabilidad como mandato de optimización”, en *InDret Penal* nº 4, 2011, pp. 3-4.

¹²⁵ DONINI, *Teoría del Reato. Una Introduzione*, Cada Editrice Dott. Antonio, 1996, pp. 252-255.

¹²⁶ GUASTINI, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, pp. 74-77, sostiene que en principio toda norma que presenta dos características fundamentales. En primer lugar, se trata de una norma fundamental, que caracteriza al sistema jurídico del que se trata, da fundamento axiológico a otras normas del sistema y no se exige a su vez ningún fundamento o justificación ético política. En segundo lugar, se trata de una norma estructuralmente indeterminada, que es genérica y derrotable, puesto que no establece exhaustivamente los hechos condicionantes o no enumera todas las excepciones.

referencia al artículo 27° inciso 1° de la Constitución italiana, que prescribe el carácter personal de la responsabilidad penal, sostiene que dicha norma:

“(…) asume un particular significado en la reconstrucción del rostro “constitucional” del ilícito penal. (...) En su contenido mínimo, la disposición constitucional afirma la prohibición de la responsabilidad penal por hechos ajenos, o sea, la prohibición de instrumentalizar la libertad personal del hombre para la consecución de objetivos de política criminal, prescindiendo de un comportamiento criminal suyo”¹²⁷.

Añade a ello que la función reeducativa de la pena, “conectada al momento retributivo lógicamente ineliminable- (...) se opondría *prima facie* a una responsabilidad penal por hechos que no sean psíquicamente reconducibles, al menos con la forma de la culpa, al sujeto a “reeducar””¹²⁸.

La materialización del principio de culpabilidad tiene consecuencias de suma importancia para el modelo del constitucionalismo penal. MIR PUIG expone en su Trat. las cuatro principales¹²⁹:

- 1) Principio de personalidad de las penas, el cual implica que en una democracia constitucional las personas no pueden ser hechas penalmente responsables por los delitos ajenos. Se proscribe también la responsabilidad colectiva, en la medida que no se hace responsable al ser humano por una conducta individual que no le pertenece.
- 2) Principio de responsabilidad por dolo o culpa¹³⁰, el cual implica que los casos fortuitos no se sancionan penalmente en una democracia constitucional. Como sostenía ENGISCH, el mero azar o el infortunio no constituyen supuestos en los que pueda verificarse la presencia de culpabilidad¹³¹. En ese sentido, no deberían existir formas de responsabilidad penal objetiva. Según FLETCHER, la búsqueda de criterios propios de la responsabilidad penal se ha convertido en una de las principales fuentes de los principios del Derecho penal. En esa medida, sostiene que “los principios positivos requieren la presencia de ciertos “estados mentales” de intención o percepción del riesgo a la hora de justificar una condena”¹³².

¹²⁷ BRICOLA, *Teoría General del Delito*, pp. 189-190.

¹²⁸ BRICOLA, *Teoría General del Delito*, pp. 199-200.

¹²⁹ MIR PUIG, *Derecho penal Parte General*, 10ª ed., pp. 136 y ss.

¹³⁰ En una obra anterior, MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, 2ª ed., p. 136, precisa que la necesidad de dolo o imprudencia como presupuesto de la pena no se deriva del principio democrático, sino de la función de la pena.

¹³¹ ENGISCH, *La teoría de la libertad de voluntad en la actual doctrina filosófica del Derecho penal*, B de F, 2006, p. 117.

¹³² FLETCHER, *Gramática del Derecho penal*, p. 45.

- 3) Principio de imputación personal o principio de culpabilidad en sentido estricto, que establece que únicamente existirá responsabilidad penal cuando un hecho delictivo pueda ser personalmente atribuido a una determinada persona. En esa línea, se establece una prohibición de reificación o de cosificación, que implica que, “en el momento de atribuir responsabilidad penal por un hecho, ésta no puede ir más allá del poder individual del sujeto en el caso concreto”¹³³. Añade MIR PUIG que el principio de culpabilidad en sentido estricto deriva del fundamento político de la sanción penal y explica al respecto:

“(…) un Derecho penal democrático tiene que respetar la dignidad humana del ciudadano y ésta impide que pueda ser castigado por un hecho quien no es culpable del mismo. La culpabilidad supone la atribuibilidad del injusto a su autor, y en esto coincide ampliamente la actual doctrina, por encima de las discordancias existentes en cuanto al concreto criterio que permite tal atribuibilidad”¹³⁴.

- 4) Principio de responsabilidad por el hecho, el cual conlleva que en una democracia constitucional no se sancionan penalmente las formas de ser o la personalidad del autor. Siguiendo a JAKOBS en este punto, “sin su ámbito privado, el ciudadano no existe”¹³⁵. En otras palabras, está proscrito el denominado Derecho penal de autor¹³⁶. En ese sentido, FEIJOO apunta que, en un sistema de libertades como el que es propio de una democracia constitucional:

“(…) el ciudadano tiene libertad para decidir si se comporta de acuerdo a la norma y cuáles son las razones por las que lo hace. Sus razones o motivos son un asunto particular y, por tanto, indiferentes para el Estado de Derecho”¹³⁷.

En el mismo sentido, PUPPE es contundente:

“Un Derecho penal liberal y propio de un Estado de Derecho debe proteger a los acusados de que su íntegra personalidad, su carácter, sus opiniones desvinculadas del hecho, su actitud frecuente por ejemplo hacia la violencia, su vida previa y su conducta posterior al hecho, se conviertan en objeto de una valoración judicial cuya razón es decidir si merecen la pena más grave del delito doloso, la más moderada del imprudente o si no deben ser en absoluto castigados. Esta idea vale también incluso

¹³³ VARELA, *Dolo y error. Una propuesta para una imputación auténticamente subjetiva*, Bosch, 2016, p. 51.

¹³⁴ MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, 2ª ed., p. 138.

¹³⁵ JAKOBS, “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, en JAKOBS (coord.), *Estudios de Derecho penal*, Civitas, 1997, p. 297.

¹³⁶ Al respecto, ver GÓMEZ MARTÍN, *El Derecho penal de Autor*, 2007.

¹³⁷ FEIJOO SÁNCHEZ, “Derecho penal y Neurociencias. ¿Una relación tormentosa?”, en *InDret Penal* nº 2, 2011, p. 36.

cuando en un caso concreto esta valoración tiene efectos favorables para el sujeto activo (...). El principio de culpabilidad por el hecho exige una determinación concluyente de aquellos hechos que fundamentan o excluyen el reproche de culpabilidad propio del dolo y requiere una legitimación de todos aquellos concretos hechos que son fundamento de tal reproche”¹³⁸.

Íntimamente vinculado al principio de culpabilidad, y específicamente al principio de responsabilidad penal por el hecho, se encuentra el denominado criterio o principio de evitabilidad¹³⁹. GARCÍA RIVAS sostiene al respecto que “nadie puede ser hecho responsable por consecuencias de su actuación no controlables; sólo quien sea capaz de gobernar el acontecer lesivo puede ser juzgado como responsable del mismo y del evento subsiguiente”¹⁴⁰. Este punto será materia de mayor desarrollo al plantear los indicadores de las condiciones del conocimiento en el cuarto capítulo de la presente tesis.

2.3.3.4. Principio de proporcionalidad

De acuerdo al principio de proporcionalidad, la gravedad de la sanción penal debe ser proporcional a la gravedad del hecho cometido o la peligrosidad del sujeto (en caso se trate de una medida de seguridad). Como bien precisa MIR PUIG, el principio de proporcionalidad se distingue del principio de culpabilidad en la medida que el primero afecta al injusto del hecho¹⁴¹. En ese sentido, sostiene que no debe confundirse la exigencia de cierta proporción entre la pena y la gravedad del delito con el principio de culpabilidad en sentido amplio, ya que este último no indica la cuantía de la gravedad del mal (gravedad del hecho antijurídico) que sirve de base para la graduación de la pena¹⁴². De opinión distinta es SILVA SÁNCHEZ, quien parte de la constatación de que el principio de proporcionalidad de las penas tiene rango constitucional y postula que dicho principio no incide sólo en la categoría sistemática del injusto sino en todas las categorías¹⁴³.

Más allá de dicha discusión, debe tenerse en cuenta que el principio de proporcionalidad es también una exigencia del Estado democrático. En opinión de GARCÍA RIVAS, aun cuando el criterio básico de mensurabilidad de la reacción penal del Estado sea el injusto y de forma secundaria la culpabilidad, la proporcionalidad de las consecuencias jurídicas debe situarse en la esfera del principio de culpabilidad. Al respecto, precisa:

¹³⁸ PUPPE, “Perspectivas conceptuales del dolo eventual”, en *El Derecho penal como ciencia. Método, teoría del delito, tipicidad y justificación*, B de F, 2014, p. 315.

¹³⁹ Al respecto, ver GARCÍA CAVERO, “La imputación subjetiva y el proceso penal”, en *Derecho Penal y Criminología*, N° 26, 2005, p. 133.

¹⁴⁰ GARCÍA RIVAS, *El poder punitivo en el Estado democrático*, p. 59.

¹⁴¹ MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, 2ª ed., p. 141.

¹⁴² MIR PUIG, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, pp. 178-179.

¹⁴³ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 1ª ed., pp. 260-261.

“La autonomía del principio de culpabilidad frente al elemento estructural del delito que lleva su mismo nombre pasa, creo, por asegurar su propia supervivencia al margen de él; a lo que coadyuva extraordinariamente situar esta limitación al ejercicio del poder punitivo –que afecta sobre todo al injusto- en el seno del principio de culpabilidad”¹⁴⁴.

2.3.3.5. Garantías procesales

Por lo expuesto hasta ahora, el Derecho penal de una democracia constitucional se encuentra limitado por principios clave: el principio de legalidad material, el principio de necesidad de la intervención penal y el principio de culpabilidad (que incluye el criterio o principio de evitabilidad). No se trata de los únicos principios, ya que existen otros fundamentales que por motivos de espacio me es imposible desarrollar, como el principio de humanidad de las penas y la resocialización del condenado¹⁴⁵. Ahora bien, en una democracia constitucional no sólo el Derecho penal material se encuentra limitado, sino que su plasmación en actividad jurisdiccional debe ser también circunscrita. Así, existen una serie de principios o garantías procesales, que tienen como finalidad proteger la libertad individual de las personas que forman parte de un Estado que se ciñe al modelo de la democracia constitucional. Quisiera destacar tres, sin perjuicio de señalar que existen otros principios más como el de jurisdiccionalidad y el acusatorio.

En primer lugar, el principio *favor libertatis* es presentado por CORCOY BIDASOLO, quien explica que dicho principio se fundamenta en la interpretación que hace el Tribunal Constitucional del art. 21.1 de la CE, el cual “obliga a interpretar la normativa de forma que se respeten al máximo los derechos fundamentales”¹⁴⁶. En esa línea, se exige una interpretación conforme a la Constitución, que se produce cuando existen varias posibilidades interpretativas de las cuales por lo menos una conduce a la conformidad de la norma a la Constitución y otra a la inconstitucionalidad de la norma¹⁴⁷. En términos del modelo de la democracia constitucional, ello implica que, frente a la posibilidad de intervención o no del Derecho penal, debe optarse por la segunda vía, que es la menos lesiva para la libertad del ciudadano.

En segundo lugar, el principio de verificación o prueba exige que no pueda existir acusación (y, menos aún, condena) sin prueba de cargo válida y suficiente. Al respecto, ROXIN sostiene que “en el proceso penal, como consecuencia de la

¹⁴⁴ GARCÍA RIVAS, *El poder punitivo en el Estado democrático*, pp. 60-61.

¹⁴⁵ MIR PUIG, *Derecho penal Parte General*, 10ª ed., p. 140.

¹⁴⁶ CORCOY BIDASOLO, “La interpretación en Derecho penal. Favor liberatis versus favor securitatis. In Dubio pro reo versus in dubio contra reo”, p. 170.

¹⁴⁷ KUHLEN, *La interpretación conforme a la Constitución de las leyes penales*, Marcial Pons, 2012, p. 24.

máxima de la instrucción, rige el principio de que todos los hechos que de algún modo son importantes para la decisión judicial deben ser probados¹⁴⁸”.

A los fines de la presente tesis y de la propuesta de determinación del dolo que desarrollaré en el cuarto capítulo, debo destacar que el principio de verificación implica a su vez la materialización de dos principios: la prohibición de ficción y el principio de *in dubio pro reo*. Con relación al primero, quisiera destacar lo señalado por CORCOY BIDASOLO, para quien “tan importante o más que la interpretación de las normas es la interpretación-valoración de las pruebas y, consecuentemente, de los hechos”¹⁴⁹. En esa línea, se enmarca el criterio o principio de “prohibición de ficción” presentado por PUPPE, quien sostiene:

“No se puede introducir en el hecho por vía interpretativa, conforme a un código determinado normativamente, ningún hecho que se considere presupuesto necesario del reproche de culpabilidad. El paradigma de la teoría de la comunicación conforme al cual el delito es una conducta interpretada, tiene su lugar en la teoría general del sentido de la pena y aporta elementos necesarios, aunque no todos. No pertenece al contexto de la solución de problemas dogmáticos concretos o al enjuiciamiento de un caso particular. Aquí se debe defender el viejo principio de la dogmática jurídico penal de la prohibición de la ficción de hechos”¹⁵⁰.

Explica entonces que la prohibición de ficción se refiere a los hechos objetivos y subjetivos, “esto es, también a los presupuestos de hecho de la culpabilidad así como a los de la imprudencia y del dolo”¹⁵¹.

Con relación al principio de *in dubio pro reo*, HASSEMER¹⁵² explica que el objetivo de averiguar la verdad acerca del hecho imputado es uno de los principios básicos del derecho procesal penal, ya que la condena debe poder referirse a una base fáctica indubitable. Prosigue señalando que una teoría del conocimiento llevaría a suponer que la verdad implica el conocimiento reflejo de la realidad, lo cual no es posible debido a diversas razones que explica el mismo autor. En primer lugar, no existe ningún objeto que no esté constituido por el conocimiento subjetivo, por lo que el conocimiento de la verdad se refiere al sujeto cognoscente, a las circunstancias particulares del proceso cognoscitivo y a las cuestiones específicas que se dirigen a la “realidad”. En segundo lugar, un

¹⁴⁸ ROXIN, *Derecho procesal penal*, Editores del Puerto S.R.L., 2000, p. 186.

¹⁴⁹ CORCOY BIDASOLO, “La interpretación en Derecho penal. Favor liberatis versus favor securitatis. In Dubio pro reo versus in dubio contra reo”, p. 149. Acerca de la valoración del dolo como hecho, ver también CORCOY BIDASOLO, GÓMEZ MARTÍN (dirs.), *Manual de Derecho penal, económico y de empresa. Parte General y Parte Especial. T. 2*, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 88 y ss.

¹⁵⁰ PUPPE, “El Derecho penal como comunicación”, en *El Derecho penal como ciencia. Método, teoría del delito, tipicidad y justificación*, B de F, 2014, p. 126.

¹⁵¹ PUPPE, “El Derecho penal como comunicación”, p. 128.

¹⁵² HASSEMER, *Crítica al derecho penal de hoy*, Universidad Externado de Colombia, 1998, pp. 77-81.

procedimiento penal de un Estado de derecho conoce limitaciones a la averiguación de la verdad, como son el derecho a no declarar del imputado y el derecho a no autoincriminarse del testigo. Finalmente, debe hablarse de verdad forense y no de verdad objetiva, con lo que el deber del tribunal no es buscar la verdad objetiva sino apoyar una condena sobre aquello que indubitablemente puede darse por comprobado.

En esa medida, el principio *in dubio pro reo* se aleja del término justicia, en el sentido de lo alegado por la víctima del delito. Al respecto, en el derecho anglosajón, como garantía de un debido proceso, se hace referencia al término *fairness*, de difícil traducción al español, pero que explica aquel proceso en el que las partes tienen las mismas oportunidades. Según FLETCHER:

“(…) el compromiso particular que la cultura angloamericana tiene con el concepto de *fairness* se debe al énfasis que el *common law* puso siempre en el cumplimiento de las reglas procesales como un valor en sí, independiente del valor justicia en el caso individual”¹⁵³.

Finalmente, quisiera hacer alusión al principio del contradictorio, vinculado al derecho de defensa. Este principio puede ser resumido a partir de la máxima de la imputación necesaria. Al respecto, MAIER postula:

“(…) para que alguien pueda defenderse es imprescindible que exista algo de que defenderse: esto es, algo que se le atribuya haber hecho u omitido hacer, en el mundo fáctico, con significado en el mundo jurídico, exigencia que en materia procesal penal se conoce como imputación”¹⁵⁴.

La imputación necesaria es, entonces, la premisa del ejercicio del derecho de defensa en una democracia constitucional¹⁵⁵.

Por otro lado, en una democracia constitucional, se proscriben las especulaciones o el arribo a conclusiones que parten de premisas no acreditadas. Así, están proscritas las “preguntas-habría”. Al respecto, explica PUPPE que no disponemos de leyes generales sobre cómo determinadas personas se hubiesen comportado en situaciones determinadas en las que nunca se han encontrado, por lo que dichas preguntas no pueden ser respondidas al tratarse de situaciones que no constan objetivamente¹⁵⁶. En el Derecho penal anglosajón, KESSLER FERZAN

¹⁵³ FLETCHER, *Gramática del Derecho penal*, p. 197.

¹⁵⁴ MAIER, *Derecho Procesal Penal. I. Fundamentos*, 2ª ed., 2ª reimposición, Editores del Puerto, 2002, p. 553.

¹⁵⁵ En un sentido crítico, FLETCHER sostiene que el estilo inquisitorial del sistema procesal continental europeo trata al acusado como fuente de información, mientras que el sistema americano considera al acusado como el verdadero responsable de su defensa. Al respecto, ver FLETCHER, *Gramática del Derecho penal*, p. 275.

¹⁵⁶ PUPPE, “Comprobar, imputar, valorar: reflexiones semánticas sobre la fundamentación de sentencias penales y la posibilidad de su revisión jurídica”, en *InDret Penal*, n° 3, 2013, p. 7.

apunta que no puede sancionarse a las personas en base a predicciones de lo que hubieran hecho, sino en base a las elecciones culpables que han realizado¹⁵⁷.

Quedan entonces establecidos los cimientos del edificio de una democracia constitucional que forma parte de un orden social legítimo, en el que el ejercicio de la potestad punitiva del Estado se encuentra limitada por una serie de principios que emanan del propio modelo de Estado y sin los cuales este no podría cumplir su legítima función. Concluyo este acápite con una cita de HASSEMER, quien sostiene que los instrumentos del Derecho penal “son tan peligrosos que una sociedad civilizada debe asegurarlos de distintas formas y protegerlos de tal modo que no caigan en manos indebidas y sean utilizados sólo por las debidas en forma cuidadosa, igualitaria y proporcionada”¹⁵⁸. En esa línea, los deberes de cooperación de los ciudadanos surgidos del contrato social estarán siempre supeditados a la protección de su libertad y sujetos a los límites que el modelo de Estado social y democrático de Derecho ha consagrado.

2.4. Sistema jurídico del modelo de la democracia constitucional

Una última consecuencia de defender el constitucionalismo penal implica asumir un sistema jurídico abierto a las orientaciones político criminales como única forma de incorporar los principios y garantías que protegen al ciudadano frente al ejercicio de la potestad punitiva del Estado.

En la actualidad, las concepciones funcionales del Derecho y su entendimiento como “sistema” son reflejo de la influencia que ejercen en el Derecho penal las ciencias sociales y, en especial, las teorías sistémicas y las teorías discursivas¹⁵⁹. A los fines de la presente investigación, me interesa destacar que, desde dicha perspectiva, existen dos formas distintas de concebir al sistema jurídico. Una, que entiende al Derecho como un sistema cerrado y autorreferencial, sin ninguna influencia del sistema político más allá del acoplamiento estructural. Otra, que entiende que en el sustrato del Derecho existe una función de orden político, un motivo ‘por el que’ y ‘para el que’ existe el Derecho.

¹⁵⁷ KESSLER FERZAN, “Opaque Recklessness”, en *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 91, Issue 3 Spring, p. 623.

¹⁵⁸ HASSEMER, *Crítica al derecho penal de hoy*, p. 19.

¹⁵⁹ Al respecto, una explicación detallada la presenta PORTILLA CONTRERAS, “La influencia de las ciencias sociales en el Derecho penal: la defensa del modelo ideológico neoliberal en las teorías funcionalistas y en el discurso ético de Habermas sobre selección de los intereses penales”, en ARROYO, NEUMANN, NIETO (coords.), *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003, p. 99 y ss.

2.4.1. Sistema jurídico como sistema autopoietico

Algunos autores conciben el derecho como un sistema autopoietico, que se produce a sí mismo¹⁶⁰. Este postulado se deriva de la teoría de sistemas de LUHMANN, quien sostiene que la comunicación reduce la complejidad de la sociedad, a través del descubrimiento de aquello que es esperable. Explica que la sociedad se sobresaturaría si existiera un solo sistema general para reducir complejidad, por lo que se generan subsistemas autónomos (jurídico, económico, político) que son distinguidos por el código binario con el que ordenan sus comunicaciones. Cada subsistema subsiste por su orden estructural interno, que hace previsible las comunicaciones que se seguirán de cada comunicación dentro del sistema, es decir, genera expectativas de expectativas, que solucionan la doble contingencia: no sólo se espera conducta de uno mismo o del otro, sino que también se espera que cada parte maneje el mismo criterio rector de las expectativas de las dos partes. Se trata de una teoría de orden procesal y no propiamente una teoría de la justicia, ya que el principal interés es que el sistema funcione, mientras reduzca complejidad social¹⁶¹. Resumo en cinco puntos los postulados básicos de esta teoría:

- 1) La teoría de sistemas postula que todos los fenómenos sociales se reducen a la comunicación. Prescinde así de los conceptos tradicionales de acción y de sujeto individual¹⁶², reduciendo todo fenómeno social a comunicación, entendida ésta en un sentido sistémico. La sociedad es entonces un sistema que engloba todas las comunicaciones y que “se reproduce autopoieticamente mediante el entrelazamiento recursivo de las comunicaciones y produce comunicaciones siempre nuevas y distintas¹⁶³”. En palabras de LUHMANN, “la sociedad no se compone de personas, sino de comunicaciones entre personas¹⁶⁴”. Entonces, los seres humanos son parte del entorno de la sociedad y su función se limita a servir al acoplamiento estructural entre sistemas psíquicos y sociales¹⁶⁵. La persona pasa a un plano secundario y abandona su papel central en la configuración de la sociedad y de sus instituciones¹⁶⁶.

¹⁶⁰ GÓMEZ-JARA, *Culpabilidad y Derecho penal en una teoría constructivista del Derecho penal*, ARA Editores, 2007, p. 18.

¹⁶¹ KAUFMANN, A., *Filosofía del derecho*, pp. 471 y 478.

¹⁶² FEIJOO SÁNCHEZ, *La normativización del Derecho penal. ¿Hacia una teoría sistémica o hacia una teoría intersubjetiva de la comunicación?*, ARA Editores, 2007, p. 24.

¹⁶³ FEIJOO SÁNCHEZ, *La normativización del Derecho penal...*, p. 26.

¹⁶⁴ LUHMANN, *Politische Theorie im Wohlfahrtsstaat*, Manchen/Wien, G. Olzog, 1981, p. 20. Traducción en: GARCÍA AMADO, *La Filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann*, Universidad Externado de Colombia, 1997, p. 113.

¹⁶⁵ FEIJOO SÁNCHEZ, *La normativización del Derecho penal...*, p. 34.

¹⁶⁶ IZUZQUIZA entiende que la ausencia de referencia antropológica presente en la teoría de LUHMANN no es más que la forma de plantear una reivindicación del valor del sujeto humano. En: IZUZQUIZA, introducción al libro LUHMANN, *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*, Ediciones Paidós Ibérica S.A., 1990, pp. 33 y ss.

- 2) En segundo lugar, la sociedad está dividida en sistemas cerrados y autopoieticos, que se diferencian claramente de su entorno. LUHMANN explica que el sistema se puede “organizar por sí mismo y puede construir su propio orden¹⁶⁷”. Los sistemas que se producen en la sociedad son cerrados, no se vinculan y funcionan por sí mismos, en referencia a sí mismos, a través de sus propias herramientas y para cumplir una función¹⁶⁸. Por ejemplo, el sistema jurídico trata con expectativas a través de su código binario legal/ilegal, sin intervención de consideraciones de orden político, propias del sistema político, o de orden económico, propias del sistema económico. Se produce entonces la “diferenciación funcional” de cada subsistema, mediante la cual “la sociedad ya no ‘pertenece’ a ese sistema funcional, sino que se ‘convierte’ en su entorno¹⁶⁹”. Así, según LUHMANN, los sistemas operativamente cerrados son los únicos que pueden construir una alta complejidad propia, “la cual puede servir para especificar bajo qué aspectos el sistema reacciona a las condiciones de su entorno, mientras que desde los demás aspectos se puede permitir indiferencia gracias a su autopoiesis¹⁷⁰”. Es decir que cada sistema social es único: su función es cumplida de manera exclusiva por él mismo y no puede ser cumplida por otro sistema, ni tampoco puede cumplir las funciones de un sistema distinto.
- 3) El Derecho es uno de los sistemas cerrados y autopoieticos. Se trata de un sistema social parcial autónomo¹⁷¹ y funcionalmente diferenciado dentro de la sociedad. Según LUHMANN, sólo el Derecho puede determinar qué es legal o ilegal¹⁷². Es decir que el sistema jurídico se determina a sí mismo y no requiere de la intervención de otro sistema (como el político) para su funcionamiento. No existe otro sistema que pueda cumplir la función que cumple el sistema jurídico, ni siquiera complementarla, menos aún orientarla

¹⁶⁷ LUHMANN, DE GEORGI, *Teoría de la sociedad*, Dirección de Publicaciones de la Universidad de Guadalajara, 1993, p. 39.

¹⁶⁸ Según explica RODRÍGUEZ, la teoría de LUHMANN forma parte del paradigma constructivista, de acuerdo al cual “el conocimiento es una construcción interna de un sistema”. Por su parte, según ARNOLD, para el constructivismo, “la realidad se produce desde observaciones y no preexiste a ellas”. Ambos en RODRÍGUEZ, ARNOLD, *Sociedad y teoría de sistemas*, 4ª ed., Editorial Universitaria S.A., 2007, pp. XI - XXXII. Al respecto, GÓMEZ-JARA lleva a sus extremos la aplicación de la teoría de sistemas al Derecho penal, al abogar “por un concepto autorreferencial de comunicación siguiendo los dictados más ortodoxos de la filosofía operativo-constructivista”, y al postular como sustento de un sistema jurídico penal al constructivismo operativo, que es una corriente epistemológica y filosófica en la que se enmarca el paradigma de los sistemas sociales autopoieticos y en la que “la referencia al sujeto se reemplaza por la referencia a un sistema empíricamente observable, operativamente cerrado y autorreferencial”. En GÓMEZ-JARA, *Culpabilidad y pena en una teoría constructivista del Derecho penal*, pp. 10-30.

¹⁶⁹ GÓMEZ-JARA, *Culpabilidad y pena en una teoría constructivista del Derecho penal*, p. 42.

¹⁷⁰ LUHMANN, DE GEORGI, *Teoría de la sociedad*, p. 41.

¹⁷¹ También son sistemas sociales parciales autónomos el económico, el político, el científico, el educacional, el religioso, el artístico, el familiar, el de la salud, etc. Ver más en RODRÍGUEZ, ARNOLD, *Sociedad y teoría de sistemas*, 4ª ed., pp. 167 y ss.

¹⁷² LUHMANN, “El Derecho como sistema social”, en *Teoría de sistemas y Derecho penal. Fundamentos y posibilidad de aplicación*, Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 104-105.

o determinarla. Así, para la función que tiene que desempeñar el Derecho no puede haber ningún equivalente funcional¹⁷³.

Se trata de un Derecho formal, entendido como un sistema que crea sus propios mecanismos de producción. Entonces, según GARCÍA AMADO, el sistema jurídico no es “ni la totalidad de los actos jurídicos acontecidos, ni de las expectativas vigentes, ni un conjunto de normas, ni una jerarquía formal: es el modo como el Derecho se puede crear únicamente a partir del propio Derecho¹⁷⁴”.

- 4) La función del Derecho es estabilizar las expectativas sociales. Su problema central es el conflicto, que se traduce en lo que la teoría sistémica denomina expectativas, que son las comunicaciones que previsiblemente se siguen de otras comunicaciones dentro del sistema. La función que cumple el Derecho para esta teoría es entonces la estabilización racional de las expectativas sociales. Al respecto, explica APONTE:

“Es imprescindible para el Derecho presuponer (...) la existencia de un consenso sin el cual es de hecho socialmente imposible el funcionamiento del sistema jurídico. (...) Dicho consenso se puede traducir en un hecho fundamental: el principio de confianza. Si el Derecho es un modelo de estabilización de expectativas sociales de conducta, la expectativa individual es apenas una parte del juego social del Derecho, para que éste se complete, es necesario que la expectativa circule en doble vía: es decir, un individuo se comporta de tal manera frente a otro, en la medida en que sabe que el otro se comportará frente a él de la misma manera¹⁷⁵”.

Al respecto, debe tenerse en cuenta la diferencia entre expectativas cognitivas y normativas¹⁷⁶, siendo que para el mantenimiento de las

¹⁷³ GÓMEZ-JARA, *Culpabilidad y pena en una teoría constructivista del Derecho penal*, p. 43.

¹⁷⁴ GARCÍA AMADO, *La Filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann*, Universidad Externado de Colombia, 1997, p. 134.

¹⁷⁵ APONTE, “Derecho penal del enemigo vs. Derecho penal del ciudadano. Günther Jakobs y los avatares de un Derecho penal de la enemistad”, en CANCIO MELIÀ, GÓMEZ-JARA (eds.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, vol. I, Edisofer S.L., 2006, pp. 199-202.

¹⁷⁶ JAKOBS, *Derecho penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed., pp. 10-11, distingue las expectativas cognoscitivas de las normativas. Respecto de las primeras, sostiene que en su caso “sólo se espera de la otra parte en el contacto social que su estado o situación siga las reglas de la naturaleza, pero no que respete las normas jurídicas” y “en caso de decepción se ha errado el cálculo y hay que volver a aprender, o sea calcular mejor pro futuro – llegar a ser juicioso por medio de la experiencia”. Respecto de las expectativas normativas, alude a que “una decepción específica en el ámbito de los contactos sociales afecta a aquellas expectativas que se derivan de la pretensión frente a la otra parte de que respetará las normas vigentes, pudiendo la pretensión contradecir al juicio cognitivo. (...) A una expectativa normativa no se ha de renunciar ni siquiera en casos de decepción, sino que ésta puede mantenerse (contrafácticamente), si como fallo decisivo no se define la expectativa del decepcionado, sino la infracción de las normas por parte del que decepciona”. Luego nos explica que las expectativas normativas estables pueden referirse a dos ámbitos de objetos distintos: “Por una parte, es necesaria una expectativa de que todos mantengan en orden su círculo de organización, para que no se produzcan efectos exteriores mediante los que podrían resultar dañados otros. (...) La

segundas existe el Derecho, pues se trata de expectativas que no pueden ser modificadas por los actos de los particulares. La función de la norma jurídico penal –y, en general, del Derecho penal- parte justamente de la decepción de dichas expectativas y consiste en estabilizar la estructura social que ha sido vulnerada. Al respecto, LUHMANN sostiene que “el Derecho procesa (...) las expectativas normativas capaces de mantenerse a sí mismas en situaciones de conflicto¹⁷⁷”.

- 5) No tiene incidencia alguna el sistema político (ni ningún otro sistema) en el sistema jurídico. Se trata de sistemas absolutamente diferenciados, sin ningún vínculo de comunicación entre sí, más allá del acoplamiento estructural¹⁷⁸. Al respecto, en su libro “Complejidad y modernidad”, LUHMANN sostiene que “los sistemas acoplados no son sólo diferentes, sino que son sistemas autopoieticos operativamente cerrados, que se presuponen e irritan mutuamente, pero que no pueden determinarse unos a otros¹⁷⁹”. Añade GÓMEZ-JARA que “el mundo externo –el entorno del sistema- no contiene ninguna información. No existe ninguna transmisión de información del entorno al sistema¹⁸⁰”. Lo que existe es la información que el propio sistema se genera.

Para RODRÍGUEZ y ARNOLD, bajo la teoría sistémica, “el Derecho debe dejar de operar sobre la base del Derecho natural o sobre la base de un supuesto consenso social; debe positivizarse, y con ello apartarse de los aspectos morales y despolitizarse¹⁸¹”. Sin embargo, lo expuesto no implica ni siquiera para LUHMANN una clausura total del sistema jurídico, quien sostiene que “clausura autopoietica no significa aislamiento¹⁸²”.

En ese sentido, GARCÍA AMADO explica:

decepción de la expectativa conduce a delitos que se denominan delitos de dominio (...) o delitos en virtud de la responsabilidad por organización (...). Por otra parte, es necesaria una expectativa de que las instituciones elementales funcionen ordenadamente. (...) La decepción de esta expectativa conduce a delitos que se denominan delitos de infracción de un deber (...) o delitos en virtud de la responsabilidad institucional”.

¹⁷⁷ LUHMANN, “El Derecho como sistema social”, p. 105.

¹⁷⁸ Al respecto, FEIJOO SÁNCHEZ, *La normativización del Derecho penal...*, p. 33., citando a LUHMANN, sostiene que “los acoplamientos estructurales proporcionan interpenetraciones e irritaciones. (...) Por ‘interpenetración’ debe entenderse que un sistema autopoietico presupone las realizaciones complejas de la autopoiesis de otro sistema y puede tratarlas como una parte del propio sistema. Así, toda comunicación confía en las capacidades de atención y expresión de las conciencias participantes, si bien no puede intervenir en sus sistemas. Por ‘irritación’ debemos entender que un sistema autopoietico percibe en su propia pantalla perturbaciones, ambigüedades, decepciones e inconsistencias, y lo hace en formas tales que puede continuar operando (...)”.

¹⁷⁹ Traducción en: FEIJOO SÁNCHEZ, *La normativización del Derecho penal...*, p.33.

¹⁸⁰ GÓMEZ-JARA, *Culpabilidad y pena en una teoría constructivista del Derecho penal*, p. 66.

¹⁸¹ RODRÍGUEZ, ARNOLD, *Sociedad y teoría de sistemas*, 4ª ed., p. 176.

¹⁸² LUHMANN, “Closure and Openess; on Reality on the World of Law”, en TEUBNER (ed.), *Autopoietic Law: a New Approach to Law and Society*, De Gruyter, 1988, p. 342. Traducción en: GARCÍA AMADO, *La Filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann*, p. 136.

“(…) la autonomía del sistema no es su independencia total respecto del medio exterior a él, sino la autorregulación por el sistema mismo de sus dependencias e independencias respecto de ese medio: es el sistema jurídico mismo el que determina qué componentes y circunstancias de un comportamiento individual son relevantes y cuáles indiferentes a la hora de calificarlo, por ejemplo, como delito¹⁸³”.

Lo que sí es innegable es que, para esta teoría, la legitimación de las actuaciones del sistema debe provenir del propio sistema y no puede ser producto del consenso o la conformidad con determinadas valores morales¹⁸⁴.

La teoría sistémica plantea una visión institucional contraria a una perspectiva individualista del Derecho¹⁸⁵, por lo que se aleja del planteamiento de la presente tesis, que encuentra la base fundacional del modelo de Estado defendido en la teoría del contrato social que legitima el orden social imperante. Sin perjuicio de esta conclusión, veamos dos críticas de sustancial importancia que se han planteado a esta teoría.

2.4.2. Críticas al sistema jurídico cerrado

En primer lugar, cabe cuestionar la posición marginal que otorga al Derecho la teoría sistémica. Al respecto, HABERMAS explica que LUHMANN neutraliza bajo una descripción objetivista el fenómeno de la validez del Derecho, quedando este reducido a su función aplicativa y dejando de lado la conexión que existe entre el Derecho y la organización que en el Estado democrático de derecho se produce de la aparición, adquisición y empleo del poder político¹⁸⁶. En esa medida, el Derecho deja de intervenir ante los problemas sociales más importantes y sólo reacciona frente a sus propios problemas. El Derecho no sería entonces efectivo para afrontar el real problema de la criminalidad, que no se limita a lo jurídico, sino que tiene vertientes sociales, económicas y políticas.

En segundo lugar, se cuestiona a la teoría de LUHMANN que se centre en aspectos formales del Derecho y que no atienda a cuestiones de legitimidad de las normas jurídicas. Según explica PORTILLA CONTRERAS¹⁸⁷, no existe una referencia a la legitimación externa del Derecho penal y no se discute su validez, ya que sólo interesa su facticidad, es decir, la producción del Derecho conforme a criterios de funcionalidad que pueden ser contrarios a una referencia de justicia. Esto tiene como consecuencia aceptar de manera acrítica las normas y genera un

¹⁸³ GARCÍA AMADO, *La Filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann*, pp. 136-137.

¹⁸⁴ GARCÍA AMADO, *La Filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann*, p. 164.

¹⁸⁵ FEIJOO SÁNCHEZ, *La normativización del Derecho penal...*, p. 89.

¹⁸⁶ HABERMAS, *Facticidad y validez...*, 2ª ed., pp. 112-114.

¹⁸⁷ PORTILLA CONTRERAS, “La influencia de las ciencias sociales en el Derecho penal:...”, p. 107.

estado de tecnicismo jurídico permanente en el que se confunde la cientificidad con la legitimidad del Derecho.

2.4.3. Sistema jurídico abierto

Frente a la teoría de sistemas, cuya capacidad de rendimiento es exigua en el modelo del constitucionalismo penal, están aquellos que conciben al Derecho como un sistema abierto, que constituye una herramienta de cambio social, a través de la materialización de pautas y decisiones de orden político en el sistema jurídico. Este postulado se condice con la teoría del discurso de HABERMAS¹⁸⁸, quien sostiene que existe sociedad porque existe el lenguaje que permite el entendimiento entre los sujetos.

La teoría del discurso defiende el principio de la ética discursiva, según el cual el acuerdo que resulta de un discurso racional expresa contenidos con los que todos podemos estar de acuerdo¹⁸⁹. En esa línea, el Derecho es un medio de regulación de la convivencia en un escenario político de discusión racional. Al respecto, HABERMAS sostiene:

“(...) sólo puede valer como legítimo aquello sobre lo cual están en condiciones de ponerse libremente de acuerdo quienes toman parte en la deliberación desde una situación de igualdad de derechos, es decir, aquello que recoge el asentimiento de todos bajo condiciones de un discurso racional¹⁹⁰”.

En la teoría del discurso se distingue el “mundo de la vida” como la fuente de legitimidad del “sistema”¹⁹¹. Mientras que el “sistema” es entendido como racionalidad instrumental, que conlleva la determinación del funcionamiento de la sociedad y consiste en la poiesis, la lógica de producción del propio ente que puede desligarse de la voluntad de los individuos; el “mundo de la vida” es entendido como racionalidad intersubjetiva (o comunicativa), que se encuentra ligada a la actividad política, a la praxis, al discurso. El “mundo de la vida” se articula en tres elementos: cultura, sociedad y personalidad. Al respecto, FEIJOO

¹⁸⁸ El desarrollo de la teoría del discurso y su aplicación al Derecho, en HABERMAS, *Facticidad y validez...*, 2ª ed., 2000. Una perspectiva crítica de HABERMAS, especialmente con referencia a que su teoría sería una de la justicia, más no de la validez jurídica, en GARCÍA AMADO, *La Filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann*, p. 22.

¹⁸⁹ No se trata de un consenso fáctico, sino el que se alcanzaría si se dieran todos los presupuestos del procedimiento racional y se respetaran todas sus reglas. Al respecto ver GARCÍA AMADO, *La Filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann*, pp. 75 y ss.

¹⁹⁰ HABERMAS, “El Estado de Derecho democrático: ¿Una unión paradójica de principios contradictorios?”, en HABERMAS, *Tiempo de transiciones*, Ed. Trotta, 2004, p. 150.

¹⁹¹ Sin embargo, HABERMAS “El Estado de Derecho democrático: ¿Una unión paradójica de principios contradictorios?”, pp. 150 y ss. advierte que, en la época contemporánea, se viene produciendo una colonización del “mundo de la vida” por el “sistema”. Frente a ello, nos invita a relativizar la validez de la racionalidad instrumental y a entender el valor de la racionalidad comunicativa.

SÁNCHEZ explica que cultura es el acervo de saber del que los agentes se proveen de interpretaciones susceptibles de consenso; la sociedad está constituida por los órdenes legítimos, de donde los agentes al entablar relaciones interpersonales, extraen una solidaridad apoyada en pertenencia a grupos; y personalidad hace referencia a las competencias adquiridas que convierten a un sujeto en capaz de lenguaje y de acción¹⁹². Entonces, la idea de HABERMAS sobre el “mundo de la vida” implica la necesaria consideración de la participación del ser humano en el discurso, en la dinámica de la sociedad y en su funcionamiento.

En base a estas premisas, la teoría del discurso postula que el Derecho sólo cumplirá con su función de integración social si es que las normas que lo constituyen son legítimas. Una norma es legítima cuando sus destinatarios pueden sentirse, en su conjunto, como autores racionales de la misma. En otras palabras, cuando en la materia necesitada de regulación se tienen en cuenta los intereses de todos los afectados¹⁹³. Dicho en el lenguaje “habermasiano”: cuando el procedimiento de creación de normas reproduce el procedimiento argumentativo y consensual de la razón comunicativa.

Para hacer posible el principio discursivo, se requiere la materialización de ciertos derechos: margen de libertad para la acción privada, libertad igual para todos e institucionalización de los procedimientos democráticos. Y justamente el poder político se legitima cuando actúa como medio para establecer y proteger los derechos fundamentales de todos los participantes del discurso. Al respecto, GARCÍA AMADO explica que “el derecho es tanto más válido, tanto más justo, cuanto más institucionaliza las procedimientos decisorios del discurso moral¹⁹⁴”.

2.4.4. Valoración crítica de la teoría del discurso

Si bien la propuesta de HABERMAS evidencia, por un lado, el formalismo de la teoría de LUHMANN y, por otro lado, las debilidades de las teorías del delito construidas en base a la teoría de sistemas, que dejan fuera elementos importantes para comprender el funcionamiento de las sociedades modernas y de las instituciones jurídicas; la teoría del discurso no está exenta de críticas.

Al respecto, PORTILLA CONTRERAS apunta que “no existen relaciones de reconocimiento que no sean simultáneamente relaciones de poder y no cabe la uniforme y generalizada interpretación de la justicia¹⁹⁵”, a lo que se añade el hecho de que ningún consenso sería permanente. Ahora bien, la crítica más trascendente es aquella que apunta al hecho de que no todas las personas

¹⁹² FEIJOO SÁNCHEZ, *La normativización del Derecho penal...*, p. 109.

¹⁹³ GARCÍA AMADO, *La Filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann*, p. 83.

¹⁹⁴ GARCÍA AMADO, *La Filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann*, p. 89.

¹⁹⁵ PORTILLA CONTRERAS, “La influencia de las ciencias sociales en el Derecho penal:...”, p. 113.

gozan de autonomía comunicativa, esto es, no todos los miembros de la sociedad están en capacidad de participar del procedimiento democrático.

Cabe recordar que para HABERMAS la legitimidad de las normas no depende de una racionalidad objetiva de contenido, sino del hecho de haber sido creadas a través de un procedimiento democrático sin distorsiones. KINDHÄUSER, quien ha plasmado los postulados de HABERMAS en su propuesta de teoría del delito, sostiene que existe culpabilidad material si el autor “goza de autonomía comunicativa, esto es, si él ocupa una posición que le permite intervenir en ese procedimiento democrático sin distorsiones”¹⁹⁶.

Sin embargo, esta propuesta no toma en cuenta que existen muchas personas que no gozan de tal autonomía. Es más, podría afirmarse que la gran mayoría de los condenados por un delito forman parte de una población al margen del “procedimiento democrático”. Al respecto, COUSO SALAS anota que la teoría del discurso y su aplicación al Derecho penal:

“(...) pasa(n) por alto que la gran mayoría de los individuos condenados por un delito se encuentra en buena medida socialmente marginada, y no ha contado con poder político y social real para participar en el proceso de génesis normativa; las normas son para ellos, en gran medida, mandatos heterónomos. Así, el individuo termina debiendo fidelidad al Derecho en base a ciertas facultades (comunicativas, es decir, políticas) que se le reconocen idealmente, pero de las que no dispone en la práctica”¹⁹⁷.

Existen en la sociedad diversos grupos que no gozan de autonomía comunicativa. Por ejemplo, es el caso de aquellos que nunca han participado de un proceso electoral, los inmigrantes en situación irregular que no participan de las decisiones de la sociedad en la que viven, los menores de edad, entre otros. Bajo la premisa de la teoría del discurso, aquel que no goza de autonomía comunicativa, no debe lealtad comunicativa, no debe fidelidad al Derecho. Sin embargo, dicha conclusión, que negaría la responsabilidad penal de personas que han cometido delitos de forma culpable, no sería razonable. Frente a dicha crítica, se postula la alternativa de que a aquellos que no cuentan con autonomía comunicativa, podrá exigírseles lealtad comunicativa cuando sus intereses se encuentren regulados de forma justa por el ordenamiento jurídico. Sin embargo, esta solución corre el riesgo de implicar un regreso al Derecho natural¹⁹⁸.

¹⁹⁶ Citado por COUSO SALAS, *Fundamentos del Derecho penal de culpabilidad...*, p. 261.

¹⁹⁷ COUSO SALAS, *Fundamentos del Derecho penal de culpabilidad...*, p. 262.

¹⁹⁸ PAWLIK, *Ciudadanía y derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades*, pp. 36 y 70, cuestiona la exaltación de la teoría de la justicia propia del planteamiento del discurso, específico en la teoría penal de GÜNTHER, y plantea que la situación del ciudadano que, sin participar en los procesos de deliberación democrática, disfruta de la protección del Estado, se debe tener en cuenta en el marco de la determinación de la pena.

Pasando a otro punto, algunos sostienen que la teoría de HABERMAS se enmarca en una corriente de teorías constructivistas que se deshacen de la suposición realista de que los actores humanos, a través de sus acciones intencionales, configuran los elementos básicos de la sociedad¹⁹⁹. Ahora bien, ello no quiere decir que la idea de “sistema” en HABERMAS aniquile la personalidad del individuo y la defensa de su dignidad, como si pareciera ocurrir en el sistema autopoietico planteado por LUHMANN. Como explica TEUBNER, es preciso distinguir el aspecto de la construcción teórica, que en HABERMAS puede ser entendido como anti-individualista, del aspecto de las opciones político morales²⁰⁰.

Es decir que el imputado anti-individualismo de la teoría de HABERMAS se entiende a nivel de construcción teórica (en el entendido de lo que predomina en la configuración de la sociedad son los sistemas, los cuales para HABERMAS, a diferencia de LUHMANN, son abiertos y no autopoieticos), lo que no obsta para que exista la máxima valoración del individuo y su dignidad en los demás niveles del discurso, como es el caso del teórico político²⁰¹. Así, si bien opera un cierto “reemplazo del individuo autónomo por procesos comunicativos²⁰²”, esto ocurre a nivel de construcción teórica de la sociedad, pero no está vinculado a la concepción del individuo y su dignidad, que opera a nivel de teoría política.

En esa medida, resulta válido rescatar al mismo tiempo –como se hace en esta tesis- el entendimiento de un sistema jurídico abierto como el postulado por HABERMAS, cuando se hace referencia al nivel de construcción teórica de un ordenamiento, y la dignidad de la persona humana como medida de legitimidad de las normas jurídicas que forman parte de dicho sistema, cuando se hace referencia al nivel de teoría política.

La presente tesis asume el modelo de la democracia constitucional y, en tal sentido, entiende el sistema jurídico como uno abierto a valoraciones de orden

¹⁹⁹ El constructivismo entiende que la realidad es construida por el conocimiento. Según TEUBNER, *El Derecho como sistema autopoietico de la sociedad global*, ARA Editores, 2005, pp. 24-25, para el constructivismo, “es el Derecho el que, como sujeto epistémico autónomo, construye su propia realidad social (...) el que, como proceso comunicativo, crea actores humanos como artefactos semánticos a través de sus operaciones jurídicas”.

²⁰⁰ TEUBNER, *El Derecho como sistema autopoietico de la sociedad global*, pp. 23-24, apunta que, “dada la orientación humanista de la teoría crítica, podría resultar extraño el caracterizar esta teoría como anti-individualista. Sin embargo, no nos estamos refiriendo a opciones político-morales, sino a construcciones teóricas. Dicha teoría es anti-individualista en los siguientes órdenes: (1) en su crítica al individualismo metodológico de las teorías económicas y del actor racional, (2) en el reemplazo de las teorías monológicas de la formación de la norma por las teorías dialogales (3) en su ubicación del discurso en el centro de la cognición y no en el clásico sujeto epistemológico (...)”.

²⁰¹ Además debe tenerse en cuenta que el individualismo metodológico sigue siendo una corriente influyente. Al respecto, debe recordarse que “incluso algunos teóricos sociales que buscan enfoques estructuralistas y sistémicos, se sienten compelidos a corregirlos con una infusión de individualismo²⁰¹”. En: TEUBNER, *El Derecho como sistema autopoietico de la sociedad global*, p. 27.

²⁰² TEUBNER, *El Derecho como sistema autopoietico de la sociedad global*, p. 28.

político, lo que implica asumir desde una perspectiva teórica la validez del estudio del orden social efectuado por tesis constructivistas como la de HABERMAS. Sin embargo, ello no impide defender, desde una perspectiva política, inherente al concepto de sistema abierto expuesto, la influencia de una idea de origen individualista como la expuesta en la teoría de KANT, que postula el respeto de la dignidad humana como base de legitimidad de las normas jurídicas. Este límite es la fuente de los principios del Estado social y democrático de Derecho, que se consolidan como una barrera a la “construcción” de deberes de cooperación del ciudadano, como son los deberes de adquirir conocimiento, e impiden que estos terminen convirtiendo al ser humano en un instrumento del mantenimiento del orden social.

Así, lo que para TEUBNER es un defecto de la teoría de HABERMAS, es decir la evitación a toda costa de la paradoja consistente en la circularidad de un sistema autopoietico, para esta tesis constituye justamente la virtud del postulado del sistema abierto: la apertura del sistema jurídico permite que la influencia de lo político consista en la inclusión de la dignidad humana -y de los principios de la democracia constitucional que se derivan de aquella- como patrón de legitimidad del contenido de las normas jurídicas que forman parte del aludido sistema jurídico²⁰³.

2.4.5. Sistema jurídico abierto y Derecho penal

La preocupación por la política criminal y su relación con el Derecho penal aparecen en la obra de VON LISZT, quien hace más de un siglo planteó que el Estado debía combatir el delito con mayor conciencia de sus objetivos y que el Derecho penal debía constituirse en la infranqueable barrera de la política criminal²⁰⁴. MIR PUIG ha sido rotundo y preciso al sostener que la forma de hacer frente a las críticas de que la dogmática es políticamente reaccionaria y se halla alejada de la realidad, es atendiendo a la política criminal:

“(…) la única dirección acertada es la de quienes vienen propugnando una Dogmática íntimamente impregnada de las exigencias político-criminales, *única vía por la que puede realizarse convenientemente la labor creadora que he destacado para aquélla*”²⁰⁵.

²⁰³ Por el contrario, para TEUBNER, *El Derecho como sistema autopoietico de la sociedad global*, p. 36, la teoría de LUHMANN “trata estas paradojas de la autorreferencialidad de manera diferente: no hay que evitar las paradojas, sino hacer un uso productivo de las mismas”, a lo que agrega que “la aplicación recursiva de las operaciones a los resultados de estas mismas operaciones no conduce necesariamente al bloque paradójico de la paradoja o a la mera arbitrariedad, sino que, bajo ciertas condiciones, conduce a que surjan los valores propios”. Al respecto, cabe preguntarse cómo ocurre dicho proceso, asunto que no queda claro en la exposición del sistema como construcción autopoietica.

²⁰⁴ Al respecto, ver MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, 2ª ed., pp. 198 y ss.

²⁰⁵ MIR PUIG, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, p. 24.

La necesidad de un sistema jurídico abierto se puede explicar en dos grandes ideas. La primera es que el contenido de las normas jurídicas no puede ser determinado por criterios meramente jurídicos, es decir no pueden decidirse los contenidos con los mismos criterios, bajo los mismos procedimientos y únicamente desde la perspectiva con la que se crea la norma, sino que debe acudir a conocimientos de carácter extrajurídico (de origen externo al derecho: necesidades sociales, posibilidades económicas, factores políticos, aspectos demográficos, etc.), que deberán ser canalizados en normas jurídicas a través de los medios que el derecho proporciona²⁰⁶. En esa línea, se postula que las perspectivas política y social no se encuentran aisladas del Derecho²⁰⁷, en la medida que, como señala BACIGALUPO, “se reconoce que los puntos de partida para el conocimiento del Derecho penal vigente requieren decisiones y se procura racionalizarlos en la medida de lo posible²⁰⁸”. SCHÜNEMANN, por su parte, afirma que, “en lugar de un sistema axiomático, ni realizable ni deseable, en la Ciencia del Derecho debe darse, por tanto, un ‘sistema abierto’, de modo que el sistema no obstaculice el desarrollo social y jurídico, sino que lo favorezca o, al menos, se adapte a él²⁰⁹”.

Una segunda idea que explica la necesidad del sistema jurídico abierto es aquella que plantea que este último está supeditado a dos niveles de análisis de la norma claramente distintos: uno de validez y otro de legitimidad. Este último necesariamente trasciende lo jurídico. En esa línea, SILVA SÁNCHEZ sostiene que “la dogmática, en la representación más generalizada de la misma, no se reduce a los aspectos lógico-estructurales, sino que entra en cuestiones de contenido, de las que es imposible excluir la valoración o, en todo caso, su vinculación a una determinada forma de ver el mundo²¹⁰”.

Quienes defienden la necesidad de que el sistema jurídico sea abierto, encuentran en dicho planteamiento un mecanismo para evitar la circularidad del Derecho. Al respecto, SCHÜNEMANN plantea que, si los conceptos del sistema jurídico fueran deducidos exclusivamente del sistema jurídico mismo, sin tomar conocimiento de las verdades del mundo natural y sin estar en una conexión

²⁰⁶ Por ejemplo, una norma penal que sanciona el delito ambiental utiliza los medios que el Derecho proporciona en lo que a tipificación, punibilidad y procedimientos para aplicar la pena se refiere, pero recurre a criterios de la biología, química y otras especialidades para determinar cuál es la conducta (contenido de la norma) que atenta contra el medio ambiente y que es sancionada penalmente.

²⁰⁷ Por ejemplo, GÜNTHER intenta aplicar la teoría del discurso de HABERMAS al Derecho penal. Al respecto ver PORTILLA CONTRERAS, “La influencia de las ciencias sociales en el Derecho penal:...” , p. 108.

²⁰⁸ BACIGALUPO ZAPATER, *Derecho penal Parte General*, ARA Editores, 2004, p. 73.

²⁰⁹ SCHÜNEMANN, *Cuestiones básicas del Derecho penal en los umbrales del tercer milenio*, IDEMSA, 2006, p. 20.

²¹⁰ SILVA SÁNCHEZ, “Retos científicos y retos políticos de la ciencia del Derecho penal”, en ARROYO, NEUMANN, NIETO (coord.), *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, Ediciones de la Universidad de Castilla – La Mancha, 2003, p. 26.

funcional con fines sociales concretos, entonces los conceptos jurídicos podrían ser creados sólo de un modo circular²¹¹. Por el contrario, SCHÜNEMANN sostiene que debe abandonarse la “dogmática sin consecuencias”, que no es más que “pura política de intereses meramente disfrazada de ciencia²¹²”. Así, se evita que el decisionismo se encargue de los contenidos de las normas jurídicas y que el Derecho se reduzca a operar como simple mecanismo formal de producción de normas. En ese sentido, para SCHÜNEMANN, por un lado, el punto de partida debe ser normativo y no debe ser reemplazado por ninguna estructura ontológica, y, por otro lado, la valoración no puede existir por sí misma, sino siempre en relación a un supuesto de hecho que está siendo valorado²¹³. Es decir que el objeto de toda norma jurídica es siempre un hecho, una situación, un problema que acontece en la realidad y que requiere de la orientación y sistematización que le proporciona el sistema jurídico. Por ello concluye que la valoración de una norma jurídica necesariamente involucrará elementos externos a lo jurídico, principalmente sociales, económicos y políticos. A ello añade SILVA SÁNCHEZ que sólo un sistema abierto “puede asumir nuevos contenidos que provengan de los resultados de las investigaciones de las ciencias sociales, sin constituirse en obstáculo a la evolución social general”²¹⁴. Este es un punto de partida básico para la *teoría de las condiciones para el conocimiento*.

Ya hace varias décadas, fue ROXIN quien –en un “retorno a VON LISZT”- postuló la tesis de la necesidad de abrir la dogmática penal a la realidad social a través de la inserción de valoraciones políticas en su aplicación. Propuso entonces la apertura a valoraciones político-criminales para acercar la dogmática penal a la realidad social²¹⁵. Según BOTERO BERNAL, pretendió ROXIN centrar y aclarar la orientación neokantiana a los valores culturales y reemplazarla por un criterio de sistematización específicamente penal, que estuviera constituido por las bases político-criminales de la moderna teoría de los fines de la pena. En palabras del propio ROXIN:

“(…) la idea de estructurar las categorías sustentadoras del Derecho penal bajo aspectos político-criminales permite hacer fructíferos para la dogmática penal postulados socio-políticos, así como también hallazgos empíricos y datos criminológicos especiales. Si se procede de esta manera, el sistema jurídico-penal deja de ser sólo un todo ordenado conceptualmente de conocimientos con validez general, y se abre al

²¹¹ SCHÜNEMANN, *Cuestiones básicas del Derecho penal en los umbrales del tercer milenio*, pp. 145-146.

²¹² SCHÜNEMANN, *Cuestiones básicas del Derecho penal en los umbrales del tercer milenio*, p. 96.

²¹³ SCHÜNEMANN, *Cuestiones básicas del Derecho penal en los umbrales del tercer milenio*, p. 157.

²¹⁴ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 1ª ed., p.146.

²¹⁵ BOTERO BERNAL, “Visión crítica de la metodología de las sistemáticas teleológicas en el Derecho penal”, en VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ (coord.), *Derecho penal liberal y dignidad humana. Libro homenaje al Dr. Hernando Londoño Jiménez*, Temis, 2005, pp. 136-137.

desarrollo social, desarrollo con el cual también tiene que ver la Criminología al explicar y controlar la delincuencia²¹⁶.

El punto de partida de ROXIN es la idea de construir una teoría del delito desde la perspectiva de la política criminal, motivo por el cual los objetivos del sistema y la elaboración de cada una de las instituciones jurídicas debe ser de tipo político-criminal²¹⁷. En esa línea, entiende que la dogmática penal debe desarrollar “las pautas valorativas rectoras que deban extraerse de la ley y la Constitución, y que los resultados concretos recién saldrían a la luz al pasar por la materia jurídica, la cual, a su vez, les daría forma diferenciada y adecuada al sustrato²¹⁸”.

Para ROXIN, la apertura del sistema jurídico se manifiesta a nivel del injusto y de la culpabilidad. Con relación al primero, señala que:

“(…) cuando se concibe la acción típica como realización de un riesgo no permitido, se deriva el acontecimiento penalmente relevante de la tarea del Derecho penal de evitar los riesgos socio-políticamente intolerables para el particular y la sociedad. La idea del riesgo va (...) más allá de la dogmática penal y toca problemas fundamentales de la sociedad moderna y de su control. Su elaboración dogmática posibilita y exige la inclusión de planteamientos político-criminales y empíricos, y conduce a la dogmática, encerrada por las viejas concepciones sistemáticas en su estructura conceptual, hacia una apertura a la realidad²¹⁹”.

Se trata de una dogmática que –si bien tiene un punto de partida normativo- no elimina todo elemento de realidad (ontológico) de su análisis, puesto que concibe que el Derecho, a través de la norma, tiene como objeto de valoración el hecho social (la realidad), y no es la norma el propio objeto de valoración. Este será un punto importante a tener en cuenta al momento de plantear las condiciones del conocimiento como estructura de imputación del dolo.

Con relación a la apertura a nivel de culpabilidad, sostiene que el merecimiento de pena, que es resultado del juicio de culpabilidad, no resulta suficiente para la imposición de la misma, ya que debe acudir a un concepto de responsabilidad, que sea el concurso de la culpabilidad del sujeto con la necesidad preventiva de pena para el ordenamiento jurídico. En esa línea, sostiene que las reflexiones preventivas sólo deben legitimar una rebaja de culpabilidad, más aún si la dogmática penal debe atender la tarea de transportar los derechos fundamentales a su ámbito²²⁰.

²¹⁶ ROXIN, *Dogmática penal y política criminal*, IDEMSA, 1998, p. 25.

²¹⁷ ROXIN, *La teoría del delito en la discusión actual*, Ed. Grijley, 2007, p. 42.

²¹⁸ ROXIN, *La teoría del delito en la discusión actual*, p. 57.

²¹⁹ ROXIN, *Dogmática penal y política criminal*, p. 28.

²²⁰ ROXIN, *Dogmática penal y política criminal*, p. 41.

En conclusión, el modelo de la democracia constitucional no es compatible con un sistema jurídico cerrado, ajeno a su entorno y afecto al decisionismo. Por el contrario, el constitucionalismo penal implica la exigencia de que el contenido de la norma jurídica no sólo sea internamente coherente, sino que provenga de un procedimiento democrático de creación de normas, en el que hayan sido partícipes todos los miembros de la sociedad (o al menos se vean reflejados sus intereses), y que de como resultado el ejercicio limitado del *ius puniendi* estatal. En esa medida, toda norma jurídico penal, que es ejercicio de la potestad punitiva del Estado y, al mismo tiempo, limitación de las libertades de las personas, debe contar en una democracia constitucional con referentes externos que la legitimen. Esos referentes se extraen de elementos externos a la norma, como son los vínculos sociales de convivencia (contrato social) y la personalidad innata del ser humano (que se deriva del carácter social del ser humano).

Ahora bien, no puede ocultarse que la decisión política es parte de la sociedad y del Derecho, no pudiendo éste aislarse sin tener la peligrosa consecuencia de ocultar en un presunto sistema “puro” la existencia de un “soterrado” decisionismo, entendido éste o bien como la configuración de un Derecho para estabilizar el ejercicio de un determinado grupo de poder político o bien como la mera arbitrariedad no sujeta más que a reglas jurídicas producto de la misma arbitrariedad. En virtud de dicha consideración, el Derecho deberá intervenir tanto en el procedimiento de creación de las normas jurídicas cuanto en la determinación de sus contenidos, pero utilizando –para esta última tarea- la información que le proporcionan los demás sistemas distintos al jurídico, que son los que evidencian la realidad que necesita ser regulada. Pero dicha utilización será pública, regulada, delimitada y establecida por el Derecho.

No se trata tampoco de invertir los términos del problema y abogar por la “colonización” de la política por parte del Derecho, sino que éste último sirva como parámetro de delimitación de la acción política, la cual necesariamente habrá de intervenir en el proceso de creación de contenidos de las normas jurídicas. Como explica GARCÍA RIVAS, en una democracia constitucional, el Derecho penal no puede ser instrumentalizado por la política, toda vez que dicho peligro “queda contrarrestado en buena medida gracias a la concreción en la Carta Magna de una serie de garantías del ciudadano que cumplen el papel de límites al ejercicio del *ius puniendi*²²¹”.

3. El Derecho penal del Estado social y democrático de Derecho

Una vez definidas las características esenciales del modelo de la democracia constitucional, me corresponde ahora presentar la concepción general del

²²¹ GARCÍA RIVAS, *El poder punitivo en el Estado democrático*, p. 43.

Derecho penal propio del modelo adoptado. Ello implica dar respuesta a la pregunta de por qué creo que se impone la sanción penal²²².

Como punto de partida, en el acápite 3.1, definiré cuáles son los fines del Derecho penal, cuyas premisas han sido adelantadas en el primer apartado, al destacar que el Derecho penal de la democracia constitucional es limitado, de mínima intervención y respetuoso de la personalidad innata del ser humano. Ahora prestaré especial atención al supuesto conflicto que existe entre los fines de garantía y de eficacia. Justificaré por qué considero correcta la posición que sostiene que una concepción de Derecho penal debe asumir dicho conflicto y orientarse a reducir la violencia en dos niveles. Por un lado, reducir la violencia del delito a través de su persecución eficaz y, por otro lado, reducir la violencia del ejercicio de la potestad punitiva estatal a través de la tutela de las garantías de las personas sometidas a la justicia penal.

Dicho marco general sacará a la luz que los fines del Derecho penal deben materializarse tanto a nivel de definición de la conducta penalmente relevante como a nivel de las consecuencias jurídicas del delito.

A nivel de definición de la conducta penalmente relevante, en el acápite 3.2, analizaré brevemente las concepciones del Derecho penal de autor, del Derecho penal de la actitud y del Derecho penal de acto, a efectos de explicar por qué esta última es la única acorde con el modelo del constitucionalismo penal, al no enfocarse en el fuero interno del sujeto, ámbito que es ajeno a la regulación de las normas jurídico penales. Asimismo, defenderé la perspectiva del delito como infracción de la norma y, en específico, la necesidad de contemplar el acto desde una perspectiva *ex ante*. Al respecto, detallaré la explicación de por qué la evitación del posible resultado es el objetivo de la prohibición, pero sólo la conducta voluntaria y consciente puede constituir el objeto de dicha prohibición.

A nivel de las consecuencias jurídicas del delito, en el acápite 3.3, abordaré la función que debe cumplir la sanción penal impuesta por un Derecho penal de acto. Plantearé entonces que la pena se justifica desde dos planos distintos. Desde el plano deontológico, la pena se justifica frente a quien es sujeto de pena mediante el respeto de su personalidad innata y de los principios limitadores de la potestad punitiva estatal que de ello derivan. Desde el plano consecuencialista no utilitarista, la pena se justifica por sus efectos de prevención general positiva:

²²² En esta tesis, parto de la premisa de que el Derecho penal es un instrumento necesario para la convivencia y el mantenimiento del orden social. Sin embargo, existen perspectivas distintas, como el libertarismo, que proponen una versión minimalista del Estado, e incluso algunos, como los abolicionistas, argumentan que no existe necesidad alguna del Derecho penal. Al respecto, es ilustrativa la explicación de FLETCHER, *Gramática del Derecho penal*, pp. 221 y ss. Por su parte, autores como NOZICK plantean que la reparación de daños debe constituir el instrumento principal de solución del conflicto penal. Al respecto, ver NOZICK, *Anarchy, State and Utopia*, Basic Books, 1974.

reforzamiento de la confianza de la población en el funcionamiento de un sistema penal respetuoso de los límites propios del contrato social y generación del efecto de pacificación social que produce la adecuada aplicación del Derecho. Veremos que ambos planos de justificación pueden coexistir en la medida que los efectos de prevención general positiva de la pena encuentran su límite en el respeto del principio deontológico.

El siguiente cuadro presenta el esquema de los temas a ser desarrollados a continuación.

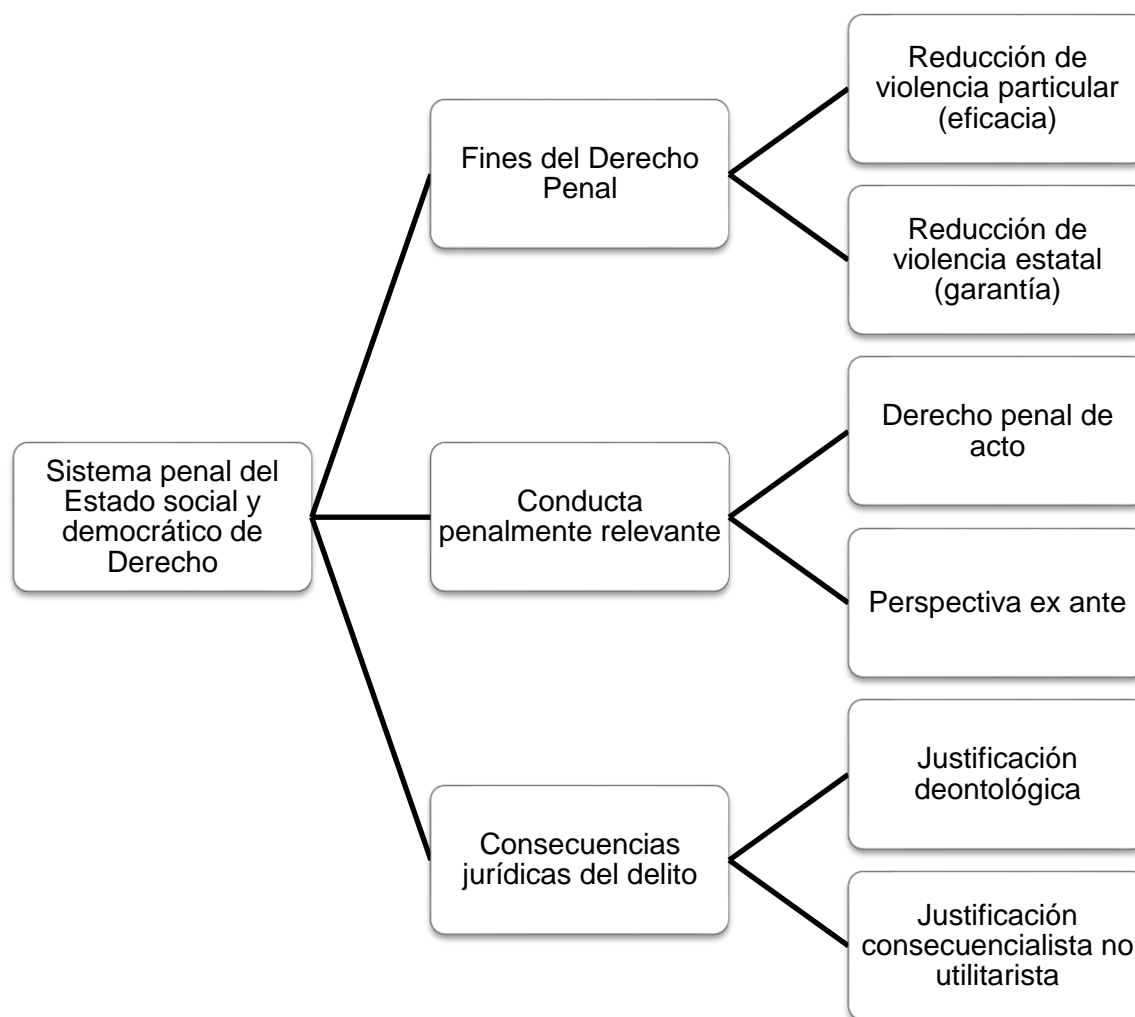


Figura 1.5 Elementos del sistema penal del Estado social y democrático de Derecho

3.1. Fines del Derecho penal

Como punto de partida, comparto la idea de que el Derecho penal no se limita a imponer sus consecuencias -la pena o la medida de seguridad-, sino que dirige normas de conducta que prohíben u ordenan determinados comportamientos a

los ciudadanos²²³. En esa medida, la función del Derecho penal debe reflejarse tanto en las penas o medidas de seguridad que impone el juez (normas secundarias) como en las normas que prohíben la comisión de delitos a los ciudadanos (normas primarias).

SILVA SÁNCHEZ²²⁴ entiende que la legitimación del Derecho penal no puede abordarse satisfactoriamente tomando como único punto de partida el de las teorías de la pena, ya que el Derecho penal no sólo se explica por la pena, ni reduce sus fines en sociedad a los que éstas puedan cumplir (por ejemplo, eficacia en la prevención de los delitos). En esa medida, se justifica que se haga referencia en primer término a los fines del Derecho penal para luego tratar las cuestiones relativas a la legitimación de la intervención jurídico-penal, que involucran tanto a las consecuencias jurídicas del delito como a la propia concepción de delito.

En el primer apartado, se fundamentó por qué el Derecho penal de la democracia constitucional debe ser un derecho limitado, de mínima intervención y respetuoso de la personalidad innata del ser humano. En ese marco, corresponde preguntarnos cuáles es el fin que está llamado a cumplir dicho Derecho penal. Podría afirmarse, en primer término, que el Derecho penal es una herramienta de persecución eficaz del delito, es decir, de prevención. Bajo dicha visión, la tutela de los derechos fundamentales de las personas sometidas al *ius puniendi* estatal queda –en el mejor de los casos- en un segundo plano. En otro extremo, podría sostenerse, desde una perspectiva distinta, que el fin del Derecho penal es garantizar la tutela de derechos de las personas sometidas a la justicia penal. Evocando la expresión de VON LISZT, se trataría de un Derecho penal en el que “el Código Penal es la Magna Charta del delincuente”.

La premisa de la que parto es que la determinación de los fines del Derecho penal se encuentra íntimamente vinculada con el modelo de Estado que se adopte. Al respecto, siguiendo la explicación de SILVA SÁNCHEZ, podemos entender que el Estado policial totalitario es consecuencia de atender sin limitación a la exigencia de una protección frente a abusos particulares, lo que implicaría una extensión ilimitada de la pena estatal y de la persecución penal. Por el contrario, si se atiende sin limitación a la protección de los ciudadanos frente a las intervenciones estatales, sería necesaria una completa abolición de la pena estatal, con la consecuencia de un estado de anarquía²²⁵. Incluso desde el punto de vista de la democracia plebiscitaria, un Derecho penal eficaz que atiende a los intereses de la mayoría, podría ser admisible, aun cuando afecte derechos de minorías.

²²³ Al respecto, ver MIR PUIG, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, p. 155.

²²⁴ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 1ª ed., p. 180.

²²⁵ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 1ª ed., p. 185.

Interesa entonces saber qué fin es más acorde con el modelo de la democracia constitucional: la eficacia o la garantía. ¿Será posible una fusión de ambos fines aun cuando traducen a nivel penal el conflicto constitucional entre los fines de libertad (garantía) y de seguridad (eficacia)? Como bien anota ALCÁCER GUIRAO, a mayor prevención mayor detrimento de las garantías y a mayor maximización de las garantías menor funcionalidad preventiva de la pena en su cometido de protección de esferas de libertad²²⁶.

Con relación al fin de prevención, no cabe duda que no tendría razón de ser un Derecho penal cuyo objetivo no fuera la persecución efectiva del delito y, en general, la reducción del crimen. Sin embargo, ello no significa que la seguridad deba ser el objetivo político criminal central (y, muchas veces, el único) del Estado. Cuando ello ocurre, nos encontramos frente al denominado Derecho penal de defensa frente a peligros, que se manifiesta, como indica SILVA SÁNCHEZ, en la proliferación de leyes contra delincuentes sexuales violentos habituales, la difusión de teorías de la inocuización selectiva y la consolidación de las leyes “three strikes”²²⁷.

La experiencia evidencia que este tipo de legislaciones no atienden al postulado de un Derecho penal limitado, de intervención mínima, sino que su punto de partida es justamente el opuesto. Hace buen tiempo MIR PUIG alertó que un Derecho penal concebido para ser meramente eficaz es un arma peligrosa, por lo que la pena preventiva debe estar sometida a un control riguroso. Recordaba entonces que “el principio intervencionista, rector del Estado social, podía conducir, y así sucedió en algunos países, a un Derecho penal más preocupado por la eficacia de sí mismo que por servir a todos los ciudadanos”²²⁸. Ante ello, resulta claro que, en el marco de la democracia constitucional, que tiene como uno de sus pilares la protección de la personalidad innata de todos los seres humanos, no es de recibo un Derecho penal orientado únicamente a la eficacia.

Con relación al fin de garantía, este implica la visión de un Derecho penal limitado. COUSO SALAS defiende esta concepción:

“Definir el aspecto garantista como fin del Derecho penal (y no como límite) es preferible, porque conecta al Derecho penal con fines superiores (constitucionales), trascendentes a él, evitando la “miopía teleológica” de las concepciones que entienden todo fin del Derecho penal referido a los puros fines de la pena (la prevención)”²²⁹.

²²⁶ ALCÁCER GUIRAO, “Prevención y garantías: conflicto y síntesis”, pp. 139-140.

²²⁷ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., B de F, 2010, p. 56.

²²⁸ MIR PUIG, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, pp. 36-37.

²²⁹ COUSO SALAS, *Fundamentos del Derecho penal de culpabilidad...*, p. 33.

Ahora bien, defender una concepción garantista del Derecho penal no tiene por qué implicar negar su fin de eficacia. Al respecto, BAJO FERNÁNDEZ sostiene que el Derecho nace para asegurar una dosis razonable de orden en la vida de la comunidad y, en la medida que el Derecho sirve al hombre, solo es tal si cumple con unos valores de justicia mínimos²³⁰. Como explica HASSEMER, no es un problema que el Estado de Derecho deba ser eficiente en prevenir el delito, lo cual resulta una obvia necesidad, sino más bien que “la contraposición entre conformidad al Estado de derecho y energía (dicho de manera tradicional, entre formalidad de la justicia y eficiencia) se oculta en beneficio de la idea de un Derecho penal eficiente”²³¹.

Por lo expuesto, podemos entender que eficacia y garantía no tienen por qué mantener una relación de conflicto sin solución en el marco de la democracia constitucional. Siguiendo a HASSEMER:

“(…) una comprensión más exigente de la eficiencia, que incluya al afectado por el Derecho penal y se pregunte qué efectos tienen determinadas medidas penales sobre la conciencia de la población, en muchos casos podría llegar a la conclusión de que sólo el Derecho penal conforme con el Estado de Derecho y el derecho procesal resultan eficientes a largo plazo: minimizan las consecuencias negativas y fomentan las buenas consecuencias”²³².

En esa medida y en el marco del modelo de la democracia constitucional, propone SILVA SÁNCHEZ que aquello que legitima al Derecho penal “sería su capacidad para reducir al mínimo posible el grado de violencia —en sentido amplio— que se genera en una sociedad”²³³. Así, tanto a nivel de definición del delito como a nivel de consecuencias jurídicas del delito corresponde adoptar una concepción de Derecho penal orientado a reducir la violencia del delito, al ser eficaz en su persecución, y al mismo tiempo orientado a reducir la violencia que implica la propia reacción estatal²³⁴, cautelando los derechos de las personas sometidas a la justicia penal.

²³⁰ BAJO FERNÁNDEZ, “El Derecho penal: concepto y función”, p. 35.

²³¹ HASSEMER, *Crítica al derecho penal de hoy*, p. 73.

²³² HASSEMER, *Crítica al derecho penal de hoy*, p. 75.

²³³ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 1ª ed., pp. 181-183, quien hace referencia a los tres principios fundamentales que, según NINO, son esenciales en una concepción utilitarista del Derecho penal: necesidad, eficacia y subsidiariedad..

²³⁴ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 1ª ed., p. 211, sostiene la tesis que toma como primer punto de partida una consideración utilitarista, la de que lo único que puede legitimar la intervención punitiva del Estado es la evitación o, mejor dicho, el mantenimiento en unos niveles razonables, de los delitos y de las reacciones (informales) desencadenadas frente a los mismos en el seno de la sociedad. A ello añade que el Derecho penal, que debe cumplir el fin de reducción de la violencia social, ha de asumir también el fin de reducir la propia violencia punitiva del Estado, reducción que tiene lugar sobre la base del principio utilitarista de la intervención mínima y sobre la base de principios garantísticos individuales.

Lo expuesto pone en evidencia la necesidad de explicar cómo se materializan estos fines del Derecho penal tanto a nivel de concepción de la conducta penalmente relevante como a nivel de las consecuencias jurídicas del delito.

3.2. Concepciones de la conducta penalmente relevante

Podemos definir el Derecho penal desde un punto de vista objetivo como la estructura normativa o conjunto de normas jurídicas que cumplen la función de calificar y regular las conductas que, en el marco de una democracia constitucional, se consideran delictivas, así como la función de fijar las correspondientes sanciones penales²³⁵.

Se distingue la definición objetiva de Derecho penal de la subjetiva, que se refiere a la potestad del Estado para definir delitos, conminar penas y aplicarlas²³⁶. Ahora bien, aquella definición objetiva no establece cuál es el contenido del Derecho penal. En otras palabras, no responde a la pregunta de por qué se impone la sanción penal a una determinada conducta que es calificada como antijurídica. Siguiendo a FLETCHER²³⁷, existen tres posibles formas de responder a esta pregunta, que corresponden a tres concepciones distintas del Derecho penal. La pena se puede imponer por el suceso del homicidio, al culpable del homicidio o al homicida, según se asuma una concepción del Derecho penal como Derecho penal basado en el acto, Derecho penal basado en la culpa o Derecho penal basado en el autor. Veamos cada una de estas concepciones y su relación con la democracia constitucional.

Una primera concepción del Derecho penal es aquella que se basa en el autor del delito. Para esta línea de pensamiento, la responsabilidad penal no depende de la ocurrencia de un hecho o de su valoración, sino que se centra en la persona del delincuente. Como bien señala FLETCHER, si el Derecho penal se centra en la persona del delincuente, entonces ya no hay por qué continuar exigiendo que este cometa un delito para poder internarlo. Explica el autor norteamericano que, según el planteamiento de un Derecho penal de autor, un delincuente potencial es alguien que tiene un carácter negativo o peligroso, pero que aún no ha cometido un hecho delictivo, y, a pesar de ello, puede aplicársele una medida de internación. Se admiten entonces las medidas de seguridad pre delictuales²³⁸.

²³⁵ Hace más de un siglo, VON LISZT, *Tratado de Derecho penal*, vol. I, Reus, 1999, p. 5, definió al Derecho penal como el “conjunto de las reglas jurídicas establecidas por el Estado, que asocian el crimen, como hecho, a la pena, como legítima consecuencia”.

²³⁶ BAJO FERNÁNDEZ, “El Derecho penal: concepto y función”, p. 31.

²³⁷ La clasificación que se expone enseguida tiene como fuente principal a FLETCHER, *Gramática del Derecho penal*, pp.64-83.

²³⁸ Acerca de las medidas de seguridad en Derecho penal, ver SANZ MORÁN, *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho penal*, Lex Nova, 2003; SILVA SÁNCHEZ, “¿Adiós a un concepto unitario de injusto en la teoría del delito?: A la vez, una breve contribución a la teoría de las medidas de seguridad”, en *InDret Penal* n° 3, 2014.

Determinante para comprender esta concepción del Derecho penal es la obra de GÓMEZ MARTÍN²³⁹, quien parte de la constatación de que los estados contemporáneos recurren a un Derecho penal que pone en cuestión las garantías propias de un Estado liberal, con la finalidad de hacer frente a los graves problemas de criminalidad organizada e inseguridad ciudadana. Entre dichas garantías se encuentra el principio de culpabilidad, en su vertiente de responsabilidad por el hecho, que hemos considerado más arriba como base fundamental del sistema penal de una democracia constitucional.

GÓMEZ MARTÍN distingue por lo menos tres formas de Derecho penal de autor. En primer lugar, un Derecho penal de autor en sentido amplio, que es el propio de la teoría de los tipos de autor y que se encuentra presente en el famoso Programa de Marburgo presentado en 1882 por VON LISZT²⁴⁰. Para esta concepción, no basta tener en cuenta el hecho cometido a efectos de graduación de la pena, sino también determinadas circunstancias personales del autor. En segundo lugar, un Derecho penal de autor intermedio, que es el que caracteriza la “concepción sintomática” del delito defendida por autores como TESAR o KOLLMAN, y que sostiene que el hecho es el síntoma de culpabilidad del autor, sin perder de vista que la punibilidad tiene como presupuesto el hecho cometido. En tercer lugar, se encuentra el Derecho penal de autor en sentido estricto, para el cual lo determinante no es el hecho cometido, sino la peligrosidad del autor, que depende de los pensamientos, el carácter o la actitud del autor frente al ordenamiento jurídico. Esta concepción se manifestó claramente en el Derecho penal nacionalsocialista y actualmente en las legislaciones del denominado “Derecho penal del enemigo”.

El Derecho penal de autor resulta inaceptable en una democracia constitucional, ya que conlleva la instrumentalización del ser humano, cuya personalidad innata es desconocida por el Estado. Como bien señala GARCÍA RIVAS, “la responsabilidad, atribuibilidad o, sencillamente, culpabilidad se refiere, en todo caso, a la comisión de un hecho. Se propugna con ello la necesidad de configurar un Derecho penal de hecho, repudiando por completo la doctrina del *Täterstrafrecht* o Derecho penal de autor”²⁴¹.

Una segunda concepción del Derecho penal es aquella que se basa en la actitud o en la culpabilidad del autor. Esta visión del Derecho penal asigna responsabilidad en aquellos casos en los que se aprecia una disposición subjetiva del delincuente al delito. Como explica FLETCHER²⁴², la culpabilidad

²³⁹ Al respecto, ver GÓMEZ MARTÍN, *El Derecho penal de Autor*.

²⁴⁰ Al respecto, ver VON LISZT, *La idea del fin en el Derecho penal* (trad. Aimone Gibson), Edeval, 1984.

²⁴¹ GARCÍA RIVAS, *El poder punitivo en el Estado democrático*, p. 56.

²⁴² FLETCHER, *Gramática del Derecho penal*, pp. 72-74.

puede ser entendida para estos efectos como la responsabilidad jurídica por haber cometido un delito, como un sentimiento efectivo y esperable que tiene el delincuente tras haber cometido el delito o como una cuestión de tipo procesal, en el sentido de que el delincuente debe ser castigado de acuerdo con la ley. Se trata de un modelo de responsabilidad penal que está dirigido más a la sociedad que a las acciones que el sujeto pueda haber realizado. Al fundamentar la pena no en el acto cometido, sino en la mente del que lo ha cometido, contraviene el principio de culpabilidad y el mandato de que la responsabilidad penal debe ser por el hecho cometido y evitable.

FLETCHER hace un apunte interesante acerca de la valoración de las concepciones del Derecho penal basadas en el autor y en la culpabilidad. Explica que estas expresiones, mientras que en el idioma alemán tienen una carga política indudable al haber sido utilizadas por el nacionalsocialismo; en el sistema americano, no tienen tales connotaciones negativas y son contenidas en parte en el sistema del Derecho penal en los Estados Unidos de América²⁴³.

La tercera concepción es la del Derecho penal de acto, única que se ajusta sin cuestionamiento a los lineamientos de la democracia constitucional. Bajo esta concepción, la pena se impone por la comisión de un hecho antijurídico. Al respecto, FLETCHER explica que existen dos formas de pensar la antijuricidad²⁴⁴. La primera considera al delito *mala in se*, es decir, algo malo en sí mismo. Así, el delito es intrínsecamente antijurídico, sin tener en cuenta la norma que lo castiga. La segunda forma considera al delito *mala prohibita*, es decir, algo que es incorrecto porque está prohibido. Así, la antijuricidad es una consecuencia de la infracción de la norma creada por el legislador. Ambas formas pueden estar presentes en el Derecho penal de acto.

Esta concepción del Derecho penal se ajusta, en principio, a la exigencia de responsabilidad por el hecho propia del principio de culpabilidad. Ahora bien, una vez asumida esta concepción, la discusión no es pacífica. En el Derecho penal basado en el acto, existen por lo menos tres puntos de referencia para decidir cuándo el acto debe ser considerado delictivo. Así, el acto (o, mejor dicho, la conducta antijurídica) puede ser concebido como violación de un deber, como causación de un daño o como infracción de una norma.

Al concebir el delito como violación de un deber, “la noción de deber conduce (...) a una teoría del delito basada en la antijuricidad inherente a la transgresión de un deber moral o jurídico²⁴⁵”. El problema que algunos observan a esta visión es que la aludida transgresión podría producirse sin que sean afectados los intereses de un tercero. Un ejemplo de delito concebido como violación de un

²⁴³ FLETCHER, *Gramática del Derecho penal*, p. 65.

²⁴⁴ FLETCHER, *Gramática del Derecho penal*, pp. 65-67.

²⁴⁵ FLETCHER, *Gramática del Derecho penal*, pp. 77-78.

deber podría encontrarse en el tipo penal de omisión del deber de socorro, en el que no se exige la producción de un daño a la víctima para la consumación.

En cambio, si se concibe el delito como causación de un daño, se privilegia la función de protección de bienes jurídicos penales y, en específico, la tutela de la víctima del delito. Como bien señala FLETCHER, esta concepción entiende por “daño” “el impacto irreversible en los intereses de otro, especialmente de otra persona, y se asocia a la tradición utilitarista, que considera que el fin de la pena es proteger los intereses de la sociedad”²⁴⁶.

Finalmente, si se entiende el delito como infracción de las normas, puede sostenerse, con FLETCHER, que, desde una perspectiva más refinada, el punto de partida para analizar el injusto penal ya no es simplemente “causar un daño”, sino “causarlo en determinadas circunstancias”²⁴⁷, que son las circunstancias previamente establecidas en la norma jurídica. Ahora bien, esta propuesta se acerca al causalismo del Derecho penal continental, que formulaba un mirada *ex post* del hecho delictivo, centrando su atención en el desvalor del resultado.

Dicha forma de concebir el hecho penalmente relevante no es de recibo. Como explica MIR PUIG, la función de prevención “impone contemplar el hecho *ex ante*, desde el momento de emprender la acción y no *ex post*, a partir de la constatación de que se ha producido un resultado”²⁴⁸. Ello no implica asumir el postulado finalista, que ciertamente también centra su atención en el desvalor de acción, pero lo hace desde un punto de vista subjetivista, que aquí no se comparte. Como señala MIR PUIG, el fuero interno no es ámbito de regulación de la norma penal, que debe centrarse en cambio en los procesos de interacción social, es decir, en la efectiva exteriorización de una conducta²⁴⁹. En esa medida, la prohibición de delinquir sólo tiene sentido si se entiende dirigida al ciudadano antes de que haya delinquido, ya que debe poder ser captada por el ciudadano en el momento de actuar, si es que se pretende que la pena incida en su conducta²⁵⁰. A ello se añade el hecho de que “la evitación del posible resultado (*ex ante*) es el objetivo de la prohibición, pero sólo la conducta voluntaria y consciente puede constituir el objeto de dicha prohibición, sólo ella puede considerarse lo prohibido, lo injusto”²⁵¹. Ahora bien, ello no implica negar que la

²⁴⁶ FLETCHER, *Gramática del Derecho penal*, pp. 79-80.

²⁴⁷ FLETCHER, *Gramática del Derecho penal*, p. 82.

²⁴⁸ MIR PUIG, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, p. 57.

²⁴⁹ MIR PUIG, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, p. 59.

²⁵⁰ MIR PUIG, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, p. 95. Cita varios ejemplos al respecto, como el caso de la culpa inconsciente, cuyo castigo no podría fundarse adecuadamente como retribución *ex post* del hecho, ya que no es posible probar que el sujeto hubiera podido advertir el peligro, mientras que sí es posible dirigirle *ex ante* el mandato de advertir el peligro y sancionarlo por la inobservancia de aquel deber. Ver más en MIR PUIG, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, pp. 104-105.

²⁵¹ MIR PUIG, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, p. 193.

producción del resultado típico –supuesto que sólo puede ser constatado *ex post*- cumpla funciones político-criminales, limitando la punibilidad del hecho²⁵².

3.3. Fines de la pena²⁵³

Si se entiende que los fines del Derecho penal son la eficacia y la garantía, orientados ambos a la reducción de violencia, y que el Derecho penal debe ser uno que sancione conductas evitables, cabe preguntarse si la sanción penal debe limitarse a cumplir una función retributiva o si debe apelar a criterios de prevención o a otros principios limitadores de la potestad punitiva estatal. Como bien señala FRISCH, “la teoría de la pena y el concepto de delito constituyen una unidad: el concepto de delito y sus presupuestos conceptuales deben estar configurados de un modo tal que aquellos legitimen la imposición de la pena”²⁵⁴. Trato entonces a continuación cuál debe ser la función que cumpla la sanción penal que imponga el Derecho penal de acto propio de un Estado social y democrático de Derecho.

3.3.1. *Consecuencialismo no utilitarista*

Antes de abordar las específicas teorías que se han planteado en torno a la función de la pena, es importante tener en cuenta que el ejercicio de la potestad punitiva del Estado puede ser evaluado tanto desde una perspectiva deontológica como desde una perspectiva consecuencialista²⁵⁵. En esa medida, resulta necesario establecer si alguna de dichas perspectivas es más adecuada a los lineamientos del modelo de Estado adoptado.

El principio deontológico evalúa una conducta -o una institución como la sanción penal- a partir de sus propiedades intrínsecas. Así, la conducta es buena o mala en sí misma, sin interesar sus consecuencias. El juicio depende entonces de razones de principio. Bajo esta perspectiva, el fin bueno jamás podrá justificar un medio malo. Siguiendo a CHIESA, independientemente de que el fin que se pretenda sea laudable, la filosofía moral kantiana vedaría la consecución de este

²⁵² MIR PUIG, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, p. 102.

²⁵³ Sobre el concepto de pena, ver HART, H.L.A., *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*, Oxford University Press, 1968.

²⁵⁴ FRISCH, “Pena, delito y sistema del delito en transformación”, en *InDret Penal*, n° 3, 2014, p. 21.

²⁵⁵ También corresponde tomar en consideración que las teorías de la pena descansan en una concepción del ser humano (*Menschenbild*) y en una idea acerca de que motiva a los seres humanos a actuar. Al respecto, HÖRNLE, “PJA von Feuerbach and his Textbook of the Common Penal Law”, p. 123, sostiene que pueden distinguirse tres aproximaciones al ser humano: como agente moral, como agente racional (*homo oeconomicus*) y agente emocional (resaltándose los aspectos irracionales y emocionales de su conducta).

objetivo mediante conductas que supongan utilizar la vida de un ser humano como vehículo para obtener el resultado deseado²⁵⁶.

En el ámbito del Derecho, se recurre con frecuencia al principio deontológico. Un ejemplo se encuentra en la argumentación del Tribunal Constitucional alemán en el famoso caso de la Ley de la Seguridad Aérea, en el que negó que la autoridad pudiera invocar un estado de necesidad justificante para derribar un avión comercial secuestrado por terroristas aunque ello fuera necesario para salvar la vida de miles de personas, ya que dicha decisión contravendría la dignidad humana de los pasajeros inocentes que viajan en el avión en vista de que se estaría utilizando sus vidas como medio para lograr un fin²⁵⁷.

El principio consecuencialista, en cambio, evalúa la conducta -o una institución como la sanción penal- por sus consecuencias. En esa medida, a diferencia de las teorías éticas deontológicas, “el consecuencialismo no puede admitir que por razones de principio se excluya la existencia de situaciones en las que la lesión de ciertos bienes, por importantes que sean, sea la conducta más adecuada”²⁵⁸. A mayor explicación, ORTIZ DE URBINA observa que es usual definir el consecuencialismo como una teoría que “define lo correcto en términos de lo bueno: lo correcto, aquello que debe hacerse, es aquello que maximiza lo bueno”²⁵⁹.

Un argumento de naturaleza consecuencialista se encuentra en los comentarios al precepto en que se codifica la eximente de estado de necesidad justificante del Código Penal Modelo de Estados Unidos de Norteamérica. CHIESA cita a los redactores de dichos comentarios, quienes expresan lo siguiente:

“(...) el estado de necesidad justificante debe poder invocarse como causa de exclusión de responsabilidad aun cuando el delito imputado es homicidio, siempre y cuando la conducta del actor haya salvado más vidas que las sacrificadas”²⁶⁰.

ALCÁCER GUIRAO vincula el principio consecuencialista con el fin de prevención del Derecho penal y el principio deontológico con el fin de garantía. Así, sostiene que la prevención parte de una racionalidad teleológica, cuyo único criterio de corrección es la consecución de los fines asignados, mientras que la garantía

²⁵⁶ CHIESA, “Caso La Mignonette”, en SÁNCHEZ-OSTIZ (coord.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal*, La Ley, 2011, p. 100.

²⁵⁷ CHIESA, “Caso La Mignonette”, p. 101. Al respecto, ver también CANO PAÑOS, “Caso de la Luftsicherheitsgesetz”, en SÁNCHEZ-OSTIZ (coord.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal*, La Ley, 2011, pp. 927 y ss., en el que se hace referencia también al conocido caso de Jakob von Metzler.

²⁵⁸ ORTIZ DE URBINA, “Caso de los dos psiquiatras en el III Reich”, en SÁNCHEZ-OSTIZ (coord.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal*, La Ley, 2011, p. 189.

²⁵⁹ ORTIZ DE URBINA, “Caso de los dos psiquiatras en el III Reich”, p. 187.

²⁶⁰ CHIESA, “Caso La Mignonette”, p. 101.

ostenta una racionalidad deontológica, cuyo criterio de corrección parte de la adecuación de la acción individual o social a determinados valores o principios, con independencia respecto a la satisfacción de resultados²⁶¹. A continuación postula la necesidad de efectuar una ponderación de ambas racionalidades²⁶², a fin de legitimar el Derecho penal y, en consecuencia, la pena.

¿Es posible conciliar ambos principios o racionalidades? Sí, siempre y cuando tengamos en cuenta que existen diversas manifestaciones de la teoría consecuencialista y establezcamos cuál nos permite efectuar la conciliación más adecuada. Una de las más conocidas manifestaciones de la teoría consecuencialista es la utilitarista, la cual según ORTIZ DE URBINA surge de la conjunción del “bienestarismo”, que establece que las situaciones son más o menos valiosas según el bienestar que exista en ellas, y del criterio consecuencialista de decisión, según el cual las conductas han de ser juzgadas conforme a sus consecuencias. Añade a ello que el utilitarismo no reconoce a las personas excepto como fuente de utilidad, negando así la noción de autonomía. Ahora bien, como apunta ORTIZ DE URBINA existen otros planteamientos consecuencialistas, que no nos tienen por qué llevar a los cuestionados resultados de la teoría utilitarista. El problema se encuentra en que muchos penalistas confunden el género (consecuencialismo) con la especie (utilitarismo)²⁶³.

Mientras que para el utilitarismo el fin justifica los medios, el consecuencialismo se expresa en la siguiente máxima: “la consecución de fines superiores justifica la toma de medidas que afectan a fines inferiores”²⁶⁴. En esa medida, es posible que, desde una perspectiva consecuencialista no utilitarista, se defienda un catálogo de intereses similares a los de una teoría ética que defienda un principio deontológico.

Por lo expuesto, cabe llegar a dos conclusiones previas al estudio de las teorías sobre la función de la pena. La primera es que el principio deontológico es una premisa indisponible del constitucionalismo penal, en la medida que el principio de dignidad humana es el cimiento del Estado social y democrático de Derecho. Ahora bien, ello no significa que la capacidad de rendimiento de una teoría sobre la función de la pena se limite únicamente a verificar que esta sea acorde al principio deontológico, esto es, que no instrumentalice al ser humano, lo cual es un requisito necesario pero no suficiente. Por ello, la segunda conclusión que adelanto sostiene que el consecuencialismo no utilitarista puede ser coherente

²⁶¹ ALCÁGER GUIRAO, “Prevención y garantías: conflicto y síntesis”, p. 140.

²⁶² ALCÁGER GUIRAO, “Prevención y garantías: conflicto y síntesis”, p. 141.

²⁶³ ORTIZ DE URBINA, “Caso de los dos psiquiatras en el III Reich”, pp. 187-188. Una explicación detallada sobre el utilitarismo en FLETCHER, *Gramática del Derecho penal*, pp. 266 y ss. Básico en torno al utilitarismo BENTHAM, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation (1789)* (eds. Burns y Hart), Athlone Publishers, 1970, reimpr. 1982.

²⁶⁴ ORTIZ DE URBINA, “Caso de los dos psiquiatras en el III Reich”, p. 189.

con premisas deontológicas (como el principio de dignidad humana). En esa medida, la sanción penal puede fundamentarse en un principio deontológico (como la justicia o la dignidad del ser humano) y al mismo tiempo justificarse en determinados principios consecuencialistas no utilitaristas (como el restablecimiento de la vigencia normativa, la pacificación de la sociedad, etc.), si bien no en cualquier principio consecuencialista (la protección de la seguridad de terceros frente a sujetos peligrosos o la inocuidad son difícilmente conciliables con la protección de la dignidad humana).

Lo importante es que, al tratarse de la justificación del ejercicio de la potestad punitiva estatal, el principio deontológico siempre constituirá un límite frente a los principios consecuencialistas.

3.3.2. Teorías absolutas de la pena

Las teorías absolutas de la pena suelen ser asimiladas con la defensa de un exclusivo principio deontológico. Para estas teorías, el único fundamento de la pena es la justicia. La pena es justa si existe equivalencia entre el mal perpetrado por el delincuente y el mal que el Estado le impone para compensar el primero. Las teorías absolutas entienden a la pena como un fin en sí mismo y no como un medio para concretar una finalidad distinta²⁶⁵. Bajo esta perspectiva, no puede acudirse a principios consecuencialistas que justifiquen la reacción penal. En general, estas teorías niegan la posibilidad de que la pena sea utilizada como un medio para fomentar otro bien, bajo el argumento de que se estaría utilizando al delincuente como un instrumento para lograr un fin que le es ajeno: la utilidad de la pena dentro de la sociedad.

La pena es justa en la medida que haya existido una conducta culpable y, en específico, un mal uso de la libertad del sujeto al que se le impone. Las teorías absolutas están íntimamente vinculadas a la idea de libre albedrío como fundamento de la culpabilidad²⁶⁶. Una primera expresión de las teorías absolutas, vinculada a la concepción de culpabilidad moral, es la teoría de la expiación. Según esta, la pena tiene para el delincuente un efecto de expiación²⁶⁷, que trae como consecuencia “la limpieza del delito cometido” y una

²⁶⁵ Según explica ROXIN, se denominan teorías “absolutas”, en la medida que entienden que el fin de la pena está desvinculado de su efecto social. Ver ROXIN, *Derecho penal Parte General...*, p. 82.

²⁶⁶ VILLAVICENCIO, *Derecho penal Parte General*, Grijley, 2006, p. 48.

²⁶⁷ Respecto de la expiación, BURDESE señala que “la colectividad ciudadana se preocupa esencialmente de que no pueda perturbarse la *pax deorum*, o sea la situación de *amicitia* entre los dioses y los hombres, de ahí que el culpable sea sancionado a título de sacrificio expiatorio, dirigido a sanar el estado de impureza colectiva y a restaurar la *pax deorum*. (...) Con ella (con la pena) se atribuía su persona (*consecratio capitis*) y eventualmente también sus bienes (*consecratio bonorum*) a una determinada divinidad, ofendida por su comportamiento, y se resolvía en el sacrificio del culpable y, en su caso, en la devolución de sus bienes a la divinidad,

vida tranquila luego de tal proceso. Comparto el punto de vista crítico de LESCH, quien sostiene que esta teoría sólo puede ser defendida desde la base de una concepción metafísica, lo que colisiona con problemas de legitimación insuperables en un Estado secularizado y neutral²⁶⁸. Del mismo modo, FRISCH arguye que “infligir a una persona sufrimiento única y exclusivamente para que con ello sufra queda extramuros de las funciones estatales legítimas”²⁶⁹. No es propia entonces del modelo de la democracia constitucional.

Distinto al concepto de expiación es el de retribución, que es al que apuntan las denominadas teorías retributivas de la pena, posiblemente la expresión más difundida de las teorías absolutas. Los dos grandes defensores de estas teorías han sido KANT, desde el retribucionismo ético, y HEGEL, desde el retribucionismo jurídico.

KANT entiende que la pena es un imperativo categórico²⁷⁰. Partiendo del principio de dignidad humana, sostiene que la pena:

“(…) no puede nunca servir simplemente como medio para fomentar otro bien, sea para el delincuente mismo sea para la sociedad civil, sino que ha de imponérsele sólo porque ha delinquido; porque el hombre nunca puede ser manejado como medio para los propósitos de otro ni confundido entre los objetos del derecho real (Sachenrecht); frente a esto le protege su personalidad innata, aunque pueda ciertamente ser condenado a perder la personalidad civil²⁷¹”.

Si bien resulta cuestionable la idea de justicia retributiva subyacente a la teoría de KANT, debe rescatarse de la misma su férrea defensa de la dignidad humana, al cerrar las puertas a la instrumentalización del ser humano.

Por su parte, HEGEL concibe el injusto penal como la lesión del derecho, como la voluntad particular del delincuente que afirma el injusto, mientras que la pena impone la negación del delito y la reafirmación del Derecho. En palabras de HEGEL, el ordenamiento jurídico representa:

a título de purificación expiatoria (*piaculum*)”. En: BURDESE, *Manual de Derecho público romano* (trad. Martínez Carrión), Bosch, 1972, p. 297; y pp. 301-302.

²⁶⁸ LESCH, *La función de la pena*, Dykinson, 1999, p. 8.

²⁶⁹ FRISCH, “Pena, delito y sistema del delito en transformación”, en *InDret Penal*, n° 3, 2014, p. 8.

²⁷⁰ KANT, *La Metafísica de las Costumbres*, Tecnos, 1989, p. 166. KANT distingue entre el imperativo hipotético, que representa la necesidad práctica de una acción posible como medio de conseguir otra cosa que se quiere (o que es posible que se quiera), y el imperativo categórico, que es aquel que representa una acción por sí misma como objetivamente necesaria sin referencia a ningún otro fin. En KANT, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, 16ª ed., Espasa Calpe S.A., 2004, p. 83.

²⁷¹ KANT, *La Metafísica de las Constumbres*, p. 166.

“(…) la voluntad general que, vía la imposición de la pena jurídica, niega la voluntad especial del delincuente, manifiesta en el delito, el cual ha de rechazarse no como la producción de un mal, sino como la vulneración del Derecho, como Derecho que requiere ser reafirmado²⁷²”.

Para HEGEL, el delito presenta como real algo que en verdad no lo es. Si el delito quedara sin pena, arruinaría a la sociedad, por lo que es necesario mostrar expresamente que el delito no tiene vigencia. En esa medida, al imponerse la pena, el autor del delito es tratado como una persona racional y no es degradado a causa de sus impulsos²⁷³. Según ROXIN, HEGEL se distingue de KANT al sustituir el principio del Talión (“ojo por ojo”, “diente por diente”) por la idea de equivalencia de delito y pena²⁷⁴. A diferencia de KANT, HEGEL adscribe al acto de retribución un contenido de sentido positivo²⁷⁵.

Bajo mi perspectiva, deben formularse dos críticas a las teorías absolutas de la pena. Una primera parte de la insuficiencia de este tipo de teorías²⁷⁶. Al respecto, FLETCHER, en el Derecho penal anglosajón, observa que “la precipitada conclusión de que el Estado está legitimado para castigar a los delincuentes que «merecen» una pena, es una de las desafortunadas banalidades del Derecho penal de nuestro tiempo”²⁷⁷. Bajo la concepción de Estado social como elemento del modelo de constitucionalismo penal adoptado, se exige además una justificación externa de la pena, es decir, una justificación frente a la sociedad que trascienda a su mera imposición. Según explica FERRAJOLI, las teorías absolutas eluden la tarea de justificación externa de la pena y confunden dos problemas completamente distintos, el del “fin general justificador” de la pena, que no puede ser sino utilitario y mirar hacia el futuro, y el de su ‘distribución’, que tiene lugar sobre bases retributivas y mira hacia el pasado²⁷⁸. Es decir que confunden la función que cumple la pena -que es eminentemente retributiva- con su finalidad -que no puede concretarse en la pena misma, que es medio, sino que debe ser externa a ella-. En otras palabras, se centran en la fundamentación deontológica de la pena, pero no atienden a su justificación consecuencialista no utilitarista, que es la propia de un Estado social.

²⁷² HEGEL, *Filosofía del Derecho*, Ed. Claridad, 1955, p. 106.

²⁷³ LESCH, *La función de la pena*, pp. 16-18.

²⁷⁴ ROXIN, *Derecho penal Parte General...*, p. 83.

²⁷⁵ PAWLIK, *Ciudadanía y derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades*, p. 53.

²⁷⁶ Ver también PAWLIK, *Ciudadanía y derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades*, p. 52, quien alude a la laguna de fundamentación en la teoría kantiana, al no explicar en qué consiste la prestación de restablecimiento (*Wiederherstellung*) de la pena retributiva.

²⁷⁷ FLETCHER, *Gramática del Derecho penal*, p. 217. En otra sección de su obra (pp. 315 y ss.), FLETCHER aboga por un lenguaje impersonal de la condena y cuestiona la personalización de la pena propia de las teorías absolutas.

²⁷⁸ FERRAJOLI, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, p. 256. Por lo expuesto antes, considero más adecuado hacer referencia a un fin “consecuencialista” y no “utilitario” como se expresa en la obra de FERRAJOLI.

Esta primera crítica no implica, claro está, dejar de lado el aporte positivo de las teorías retributivas, que consiste en la limitación que dicha teoría impone a la pena: “la retribución se opone a que se castigue más allá de la gravedad del hecho cometido”²⁷⁹. En esa medida, el aporte de las teorías absolutas reside en la perspectiva deontológica como fundamento de la pena y en la prohibición de instrumentalización del ser humano que ella implica.

Una segunda crítica reside en que las teorías absolutas no son conformes al Derecho penal de acto de una democracia constitucional. Como se ha visto, este sólo debe hacer responsable a las personas por los hechos cometidos y sancionar conductas evitables desde una perspectiva *ex ante*. Por el contrario, las teorías absolutas pueden atender o bien a un Derecho penal basado en la actitud (expiación) o bien a un Derecho penal que sanciona resultados sin valorar su evitabilidad (retribución). Al respecto, MIR PUIG señala que, “en cuanto la retribución en sí misma sólo mira al pasado, sólo se presenta como una respuesta *ex post* al hecho ya producido, y no aparece como instrumento dirigido a regular las conductas de los ciudadanos”²⁸⁰. Entonces, si bien es correcto sostener que las teorías retributivas establecen el límite de la pena en la culpabilidad del autor, lo cual constituye un extremo del principio de culpabilidad, también es verdad que este principio –en el marco de la democracia constitucional- es más amplio y exige que la responsabilidad penal se atribuya únicamente frente a hechos evitables desde una perspectiva *ex ante*. En el Estado social y democrático de Derecho, no se trata entonces de una culpabilidad interna (moral) como proponen las teorías retributivas, sino de un principio de culpabilidad material que está íntimamente vinculado con la función que cumple la norma penal (regulación de conductas evitables). Así, con MIR PUIG, puedo afirmar que “el único modo de hacer posible la coexistencia democrática de todos los grupos sociales es renunciar a imponer coactivamente exigencias meramente éticas, como la de Justicia, y limitarse a evitar la lesión de los bienes sociales”²⁸¹.

3.3.3. Neoretribucionismo

En los últimos tiempos, diversos autores han pretendido retomar el planteamiento retributivo en vista de los problemas de aplicabilidad que plantean las teorías relativas de la pena, esto es, aquellas que entienden que la pena se justifica en la medida que cumpla alguna determinada función (intimidación, integración, educación, resocialización, inocuización, etc.)²⁸². Los

²⁷⁹ MIR PUIG, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, p. 118.

²⁸⁰ MIR PUIG, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, p. 96.

²⁸¹ MIR PUIG, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, p. 117.

²⁸² FLETCHER, *Gramática del Derecho penal*, p. 333, propone agrupar estas teorías bajo la rúbrica general de “protección social” como fin de la pena.

planteamientos neoretributivos tienen en común rechazar los fines preventivos y proporcionar supuestamente una mayor seguridad jurídica.

Destaca la teoría de PAWLIK, cuyo punto de partida consiste en plantear que el Derecho penal “hace posible al individuo, evidentemente bajo el presupuesto de una reciprocidad estricta, una configuración de su propia existencia que esté libre de un temor paralizante y de una heterodeterminación abrumadora”²⁸³. En otras palabras, el Estado garantiza al ciudadano el ejercicio de su libertad. Sin embargo, le exige en reciprocidad un deber de cooperación. Explica entonces PAWLIK que el autor del delito “lesiona su deber de ciudadano de cooperar al mantenimiento del estado existente de libertades”²⁸⁴. En consecuencia, su deber primario de cumplimiento de las normas se convierte en un deber secundario de tolerancia, por lo que “tiene que soportar que se confirme a su costa la indisolubilidad del vínculo entre disfrute de la libertad y cumplimiento del deber de cooperación”²⁸⁵. Sin negar la defensa de un modelo retributivo, PAWLIK sostiene que existe gran proximidad entre las teorías de la prevención general actualmente defendidas y las teorías retributivas que aún hoy son defendibles²⁸⁶. Esta última afirmación debe ser destacada, aunque no libra a la teoría de PAWLIK de un reproche mayor: justifica la pena finalmente en la infracción de deberes de cooperación del ciudadano con el Estado. Si bien puede señalarse que se trata de una cooperación a favor de la protección de su libertad, esta propuesta –como ya se adelantó en el apartado anterior- no expone cuáles serían los límites para el establecimiento de los aludidos deberes, lo cual no es de recibo en la democracia constitucional que limita al máximo el poder punitivo del Estado.

Adelanto que, en mi opinión, las propuestas neoretribucionistas distintas a la de PAWLIK deben también ser descartadas por la pretensión –que no está necesariamente en la versión de PAWLIK- de atribuir a la retribución una capacidad que no le es propia. Como se ha visto, la retribución puede ofrecer una justificación deontológica de la pena como acto particular (“se justifica la imposición de la pena al condenado porque es la justa consecuencia de su culpabilidad”) o incluso frente a la colectividad (“se justifica la imposición de la pena porque es aplicación de principios de justicia”). Ahora bien, cualquier justificación (frente al condenado o frente a la colectividad) que vaya más allá de la imposición de la pena en sí misma no puede ser ofrecida por la retribución. Constituirá en todo caso una referencia a la utilidad de la pena (frente al condenado o frente a la colectividad) o a una función que cumple más allá de su propia imposición (prevención). Estamos en el terreno entonces de la justificación consecuencialista (y no deontológica) de la pena, esto es, una justificación en base a los efectos que la pena genera en el condenado (por

²⁸³ PAWLIK, *Ciudadanía y derecho penal...*, p. 36.

²⁸⁴ PAWLIK, *Ciudadanía y derecho penal...*, p. 56.

²⁸⁵ PAWLIK, *Ciudadanía y derecho penal...*, p. 57.

²⁸⁶ PAWLIK, *Ciudadanía y derecho penal...*, p. 63.

ejemplo, resocializarlo) o sobre la sociedad (por ejemplo, restablecer su confianza en la vigencia normativa). Como es evidente y lo demuestran las obras de KANT y HEGEL, las teorías retributivas no tienen la capacidad -ni la pretensión- de ofrecer esta justificación consecuencialista de la pena ni frente al condenado ni frente a la colectividad. Sin embargo, las propuestas neoretribucionistas, a pesar de tomar como punto de partida la negación de todo “efecto preventivo” de la pena, le atribuyen a esta última funciones que son impropias de la retribución. Lo que sucede es que, en el fondo, en el marco de un Estado social, no es atendible limitar la justificación de la sanción penal al principio deontológico sino que esta se justifica en gran medida en atención a principios consecuencialistas no utilitaristas. En esa línea, SCHÜNEMANN sostiene:

“(…) las teorías neo-absolutas no pueden tener éxito en transformar la condición necesaria de legitimación frente al afectado, puesta de relieve por ellas de manera extremadamente sutil, en una condición suficiente de la pena estatal, desplazando cada consideración de utilidad sobreviniente”²⁸⁷.

Ello es patente en las propuestas de autores como LESCH y GÓMEZ-JARA. En primer lugar, LESCH propone una teoría funcional retributiva y compensadora de la culpabilidad, en la que se unifiquen el fundamento y el fin de la pena, adquiriendo “no sólo una dimensión dialéctico-hegeliana, sino también práctico-utilitarista”²⁸⁸. Define entonces la pena como “un mal que se causa a una persona en un procedimiento público-general, llevado a cabo por el Estado, formal y querido, en tanto en cuanto se ha producido la lesión de una regla jurídica, si esta lesión se tiene que imputar a esa persona a modo de reproche”²⁸⁹. Para este autor, el sistema penal se encarga de atender y canalizar las defraudaciones de expectativas. Aclara que no se trata de una teoría de la prevención general positiva, ya que no atiende a fines preventivos como la evitación futura de comportamientos. Sin embargo, en algunos pasajes parece acercarse a postulados preventivo generales, cuando sostiene que es necesario demostrar, “no sólo para la persona que ha sido defraudada en el caso concreto, sino también para todo ciudadano, para toda la sociedad, que el fallo se produjo en el comportamiento del autor, y que en el futuro uno se encuentra de todas formas en consonancia con el Derecho cuando atiende a la expectativa garantizada mediante la norma penal, aunque esta expectativa fuese ya en una ocasión defraudada”²⁹⁰.

Se evidencia aquí la crítica que formulamos al inicio. LESCH pretende negar toda función preventiva a la pena, pero al mismo tiempo sostiene la necesidad de

²⁸⁷ SCHÜNEMANN, “Aporías de la teoría de la pena en la filosofía. Pensamientos sobre Inmanuel Kant”, en *InDret Penal*, n° 2, 2008, p. 5.

²⁸⁸ LESCH, *La función de la pena*, Dykinson, 1999, p. 50.

²⁸⁹ LESCH, *La función de la pena*, p. 4.

²⁹⁰ LESCH, *La función de la pena*, p. 48.

demostrarle a la sociedad, a través de la pena, que el delito corresponde al autor y que la norma estatal se mantiene vigente (pretensiones distintas a los fines de justicia). Así, asigna a la pena una función que va más allá de la mera retribución: el mantenimiento de las expectativas sociales de la comunidad. Si la aplicación de la pena se justifica también en el cumplimiento de esta función, ello significa que la pena no sólo se justifica deontológicamente en la retribución, sino que apela a una justificación consecuencialista (entiendo yo que no utilitarista) propia de las teorías de la prevención.

Por su parte, GÓMEZ-JARA plantea una teoría de la retribución comunicativa. Inicia su planteamiento sosteniendo que la pena no se orienta ni al pasado ni al futuro, sino al presente, ya que “confirma la configuración actual, la configuración presente”²⁹¹. Entiende delito y pena como comunicaciones acompañadas de “dolor” como constructo normativo. En ese sentido, la imputación del delito significa el cuestionamiento de la vigencia de la norma y la imputación de la pena conlleva su negación en el sentido de confirmación de la identidad normativa de la sociedad. Es el dolor el constructo comunicativo que otorga cierta paridad a delito y pena en el plano comunicativo²⁹². Explica entonces que el dolor psicologicista no juega un papel por sí mismo. Es más bien la comunicación normativa sobre el dolor la que despliega efectos comunicativos, por lo que “el dolor sólo forma parte del concepto de la pena en la medida en la que la comunicación sobre el dolor – no el dolor en sí- sea considerado, normativamente, como relevante; lo cual, por supuesto, va variando con la evolución de la sociedad”²⁹³.

Nuevamente se evidencia en esta teoría la crítica formulada al neoretribucionismo. Al considerar normativamente relevante la comunicación del dolor, ello podría implicar que la pena cumple una función que va más allá de la mera imposición del dolor (retribución). Así, asigna a la pena una función que va más allá de la mera retribución: la comunicación y confirmación de la identidad normativa de la sociedad. Si la aplicación de la pena se justifica también en el cumplimiento de esta función, ello significa que la pena no sólo se justifica deontológicamente en la retribución (imposición del dolor), sino que apela a una justificación consecuencialista propia de las teorías preventivas.

Más reciente es la propuesta de MAÑALICH, quien niega la distinción que se efectúa entre ética deontológica de las teorías de la retribución y ética consecuencialista de las teorías de la prevención, la cual se fundaría según él

²⁹¹ GÓMEZ-JARA DÍEZ, “La retribución comunicativa como teoría constructivista de la pena: ¿El dolor penal como constructo comunicativo?”, en *InDret Penal* n° 2, 2008, p. 10.

²⁹² GÓMEZ-JARA DÍEZ, “La retribución comunicativa como teoría constructivista de la pena:...”, p. 20.

²⁹³ GÓMEZ-JARA DÍEZ, “La retribución comunicativa como teoría constructivista de la pena:...”, p. 16.

en una confusión de los conceptos de consecuencialismo y utilitarismo²⁹⁴. Postula, en cambio, que retribución y prevención se encuentran en el terreno del consecuencialismo. Al respecto, concuerdo con MAÑALICH en que efectivamente existe una confusión entre el género (consecuencialismo) y la especie (utilitarismo). Salvada dicha confusión puede entenderse, como ya fue expresado, que los principios consecuencialistas no utilitaristas no tienen por qué ser incompatibles con la defensa de un principio deontológico. Sin embargo, ello no implica confundir dos planos de análisis distintos: el de la pena (o institución) en sí misma y el de sus efectos. La retribución dirige su mirada hacia la pena en sí misma, mientras que la prevención hacia sus efectos. En ese sentido señalar que la retribución se encuentra en el terreno del consecuencialismo implica, en mi opinión, confundir ambos planos.

Volviendo a la argumentación de MAÑALICH, este autor suscribe la teoría de BELING, quien propuso que la retribución era la protección de un único bien jurídico, la autoridad del Estado, que debía observar un principio de estricta proporcionalidad a efectos de evitar “enterrar su autoridad” con una reacción injusta. A partir de ello, defiende la idea de que la legitimidad de la pena fundamentada retributivamente tiene que descansar en un juicio de merecimiento personalizado, ya que de ello depende que el padecimiento de la reacción punitiva estatal no haya de ser interpretada como un sacrificio altruista que se espera del responsable, sino que esa reacción pueda ser entendida como una respuesta individualmente merecida. En consecuencia, la retribución punitivamente adecuada a la medida de la culpabilidad personal del hecho fundamenta una prohibición de exceso, aunque no una prohibición de defecto, toda vez que se reconoce al Estado las prerrogativas soberanas de gracia²⁹⁵.

La propuesta de MAÑALICH es más coherente con el punto de visto retributivo. Sin embargo, más allá de la observación efectuada líneas arriba, puede entrañar un peligro aún mayor. Las teorías absolutas partían del reconocimiento de la personalidad innata del ser humano, el cual no podía ser instrumentalizado por el Estado, debiendo asignársele la pena justa de acuerdo a su culpabilidad. Este “principio retributivo” es, en cambio, presentado por MAÑALICH desde la perspectiva de la teoría de BELING, lo que implica asumir que es la autoridad del Estado (y su denominada “legitimidad”) aquello que limita la reacción estatal. Si bien esta argumentación puede apuntar a una prohibición de exceso, como en efecto lo hace MAÑALICH, no resulta claro que esta se produzca en el marco de

²⁹⁴ MAÑALICH, “Retribucionismo consecuencialista como programa de ideología punitiva. Una defensa de la teoría de la retribución de Ernst Beling”, en *InDret Penal*, n° 2, 2015, pp. 4-5. De opinión distinta es PÉREZ BARBERÁ, “Problemas y perspectivas de las teorías expresivas de la pena. Una justificación deontológica de la pena como institución”, en *InDret Penal*, n° 4, 2014, p. 6, quien sostiene que el principio retributivo y el principio preventivo son derivados del principio deontológico y del principio consecuencialista, respectivamente.

²⁹⁵ MAÑALICH, “Retribucionismo consecuencialista como programa de ideología punitiva...”, pp. 13-18.

las garantías del Estado social y democrático de Derecho que, de hacerlo, esté exenta del uso arbitrario del poder estatal.

Distinto es el caso de PÉREZ BARBERÁ, quien reconoce las dificultades anotadas al principio y plantea una vía alternativa, consistente en la “reconstrucción” del principio retributivo. Define la pena como una respuesta institucionalizada que se manifiesta desaprobatoriamente a través de la irrogación de un mal. En consecuencia, la pena contiene dos elementos: la desaprobación, que es siempre una reacción que se dirige hacia el pasado, y la irrogación de un mal. La retribución es una “reacción merecida”, que contiene un elemento descriptivo (la reacción) y un elemento normativo (el merecimiento). Así, mientras el elemento descriptivo de la retribución pertenece al concepto de pena, el elemento normativo forma parte de su justificación. Plantea entonces la tesis de que la pena, en tanto acto particular y en tanto práctica o institución, debe ser justificada frente al autor del delito y frente a la sociedad. Explica que, para la justificación de la pena frente al autor del delito, sólo tiene validez el principio deontológico, mientras que para la justificación de la pena frente a la sociedad, rige únicamente el principio consecuencialista²⁹⁶.

PÉREZ BARBERÁ, si bien tiene como punto de partida una concepción retributiva de la pena, termina proponiendo una “teoría mixta” al señalar lo siguiente:

“(…) el hecho de que ni siquiera los más enérgicos defensores de la retribución estén dispuestos a reconocer que sea admisible que la pena estatal se desentienda por completo de fines y de consecuencias es, sin dudas, una buena señal para una teoría mixta como la que aquí pretendo desarrollar”²⁹⁷.

Para este autor, la comprensión correcta del principio retributivo “se agota en una prohibición de castigo al inocente” y “la comprensión correcta del principio preventivo se agota por su parte en un mandato de castigar sólo si ello puede generar consecuencias valiosas en ese sentido”. Añade que, si se cruzan ambas ideas, “lo que se obtiene es que nunca es admisible imponer pena a un inocente y que sí es admisible no imponer pena a un culpable”²⁹⁸.

A continuación, sostiene que, conforme explican las teorías expresivas de la pena, la irrogación de un mal es necesaria para transmitir la desaprobación de manera eficaz y, en ocasiones, es el único y el mejor medio del que dispone el Estado para comunicar con autoridad al autor del delito, a la víctima y a la sociedad que es su voz –y no la del delincuente- la única que debe ser

²⁹⁶ PÉREZ BARBERÁ, “Problemas y perspectivas de las teorías expresivas de la pena...”, pp. 3 y 8-9.

²⁹⁷ PÉREZ BARBERÁ, “Problemas y perspectivas de las teorías expresivas de la pena...”, p. 11.

²⁹⁸ PÉREZ BARBERÁ, “Problemas y perspectivas de las teorías expresivas de la pena...”, p. 13.

escuchada²⁹⁹. En el marco de la teoría mixta de PÉREZ BARBERÁ, la retribución tiene que ser vista como la expresión de un principio moralmente correcto. Sin embargo, la retribución sólo puede ofrecer una justificación deontológica de la pena como acto particular y no como institución, debiendo ser una teoría expresiva de la pena la que ofrezca esta última justificación. A criterio del autor, las teorías expresivas de la pena disponibles no han podido lograrlo, por lo que propone abordar la solución desde las perspectivas discursivas³⁰⁰.

En mi opinión, si bien se trata de una propuesta plausible, no se desarrolla la implicancia de asumir la teoría del discurso, ni las críticas que esta conlleva en los casos de personas que no gozan de autonomía comunicativa. Entiendo que dicha dificultad –a todas luces superable- puede ser salvada con la versión restringida de la teoría de la prevención general positiva que defenderé luego.

3.3.4. *Teorías relativas de la pena*

A diferencia de las teorías absolutas, que conciben la pena como un fin en sí mismo, las teorías relativas atienden al fin de la pena y le asignan una utilidad social³⁰¹. Se trata de doctrinas que atienden a principios consecuencialistas, considerando la pena como un medio para la realización del fin de prevención de futuros delitos³⁰².

Las teorías relativas justifican la sanción penal en los efectos que –hacia el futuro- esta puede generar y centran su atención en la prevención. Acogen así el cuestionamiento descrito por BECCARIA:

“El fin de las penas no es atormentar y afligir a un ente sensible, ni deshacer un delito ya cometido (...). El fin, pues, no es otro que impedir al reo causar nuevos daños a sus ciudadanos y retraer a los demás de la comisión de otros iguales. Luego deberán ser escogidas aquellas penas y aquel método de imponerlas, que guardada la proporción hagan una impresión más eficaz y más durable sobre los ánimos de los hombres, y la menos dolorosa sobre el cuerpo del reo³⁰³”.

²⁹⁹ PÉREZ BARBERÁ, “Problemas y perspectivas de las teorías expresivas de la pena...”, pp. 26-27.

³⁰⁰ PÉREZ BARBERÁ, “Problemas y perspectivas de las teorías expresivas de la pena...”, p. 35.

³⁰¹ VILLAVICENCIO, *Derecho penal Parte General*, p. 54. Según COUSO SALAS, *Fundamentos del Derecho penal de culpabilidad...*, pp. 139-140, existe alguna relación entre la crisis ideológica del Derecho penal retributivo de culpabilidad y la corriente político-criminal surgida en Alemania Federal en los años sesenta, que se identifica con el Proyecto Alternativo de 1966. En dicho marco, se parte de que la pena no es retribución metafísica de la culpabilidad individual, sino una “amarga necesidad en una sociedad de seres imperfectos que son los hombres”.

³⁰² FERRAJOLI, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, p. 253, quien hace referencia a un fin “utilitario”. En mi concepto, ratifico que es más adecuado hacer referencia a un fin “consecuencialista no utilitarista”.

³⁰³ BECCARIA, *De los delitos y de las penas. Con el comentario de Voltaire*, Alianza Editorial, 2004, p. 51.

De la cita de BECCARIA, se desprenden las dos grandes manifestaciones de las teorías relativas. Por un lado, las teorías de la prevención especial, que justifican la pena en los fines que ha de cumplir sobre las personas que ya cometieron un delito. Por otro lado, las teorías de la prevención general, que justifican la pena en atención a los efectos que tiene sobre la sociedad y, específicamente, frente a aquellos que no han cometido un hecho delictivo.

Como advierte FLETCHER, ambos grupos de teorías tienden a suprimir dos importantes principios de justicia: “primero, que sólo el culpable debe sufrir la condena y la pena; segundo, que la extensión de la pena debe ser proporcional a la gravedad del delito cometido”³⁰⁴.

3.3.4.1. Prevención especial

Las teorías de la prevención especial conciben que la sanción penal está dirigida al sujeto que ha delinquido. Es sobre él que la pena puede ejercer efectos y es en estos que reside su justificación. Se atiende entonces a la peligrosidad del sujeto antes que a la comisión de un hecho peligroso, partiendo muchas veces de criterios biológicos ligados a la idea del tratamiento necesario. Al respecto, ZUGALDÍA explica que estas teorías sostienen que la comisión del delito “revela en el autor la amenaza de la posible comisión de nuevos delitos; por tanto, la pena debe servir para evitar esos futuros delitos actuando sobre la persona de su autor”³⁰⁵.

El punto de partida de las teorías de la prevención especial se encuentra en la obra de VON LISZT, quien postuló que la pena era “prevención mediante represión”, siendo necesario distinguir entre los delincuentes corregibles y los delincuentes incorregibles. En el Programa de Marburgo³⁰⁶, VON LISZT diferencia tres casos distintos. En primer lugar, se encuentran los delincuentes primarios y corregibles, en quienes la pena debe operar como una advertencia o recordatorio. En segundo lugar, los delincuentes habituales pero corregibles, frente a quienes la pena debe cumplir un función de corrección y resocialización. Finalmente, se encuentran los delincuentes incorregibles, frente a quienes la pena no puede más que cumplir un función inocuizadora, de aislamiento de la sociedad por el peligro que significan.

Puede afirmarse entonces que, frente a los delincuentes corregibles, la pena cumple una función de prevención especial positiva (resocialización, reeducación, reinserción a la sociedad), mientras que, frente a los delincuentes incorregibles, la pena se sustenta en una teoría de la prevención especial

³⁰⁴ FLETCHER, *Gramática del Derecho penal*, p. 334.

³⁰⁵ ZUGALDÍA ESPINAR, *Derecho penal, Parte General*, Tirant Lo Blanch, 2002. p. 63.

³⁰⁶ Al respecto ver VON LISZT, *La idea del fin en el Derecho penal*.

negativa (inocuidad). La privación de la libertad a perpetuidad es característica de esta última forma de concebir la prevención especial.

Desde una perspectiva crítica, LESCH explica que las teorías de la prevención especial no hacen otra cosa más que eliminar al individuo como persona libre y amoldarlo a las convicciones generales de forma coactiva³⁰⁷. Con relación a la prevención especial positiva, cabría añadir que resulta poco coherente esperar que la resocialización se produzca en un ambiente altamente desocializado como es la cárcel y que existen delincuentes –como los económicos- que no requieren de un tratamiento o de una resocialización. Con relación a la prevención especial negativa, constituye sin lugar a dudas la renuncia al Estado social, al contradecir abiertamente el principio de mínima intervención del derecho, y al Estado democrático, al postular la perpetuidad de la pena, lo que es contrario al principio de humanidad de las penas. En ambos casos, la pena podría además sobrepasar el límite máximo de culpabilidad del autor, en atención a exigencias de resocialización o de protección frente al sujeto peligroso. Resulta difícil, en consecuencia, asignar a las teorías de la prevención especial una justificación consecuencialista no utilitarista que sea al mismo tiempo coherente con el principio deontológico de no instrumentalización del ser humano para la consecución de fines ajenos a su personalidad (imposición de valores, protección de terceros, etc.).

Sin embargo, existen algunos autores como DONINI que evalúan favorablemente la teoría de la prevención especial positiva, en la medida que contendría un “fundamento ético de la pena”, ya que, sólo mirando a la resocialización del reo, “el Estado demuestra que se preocupa de su destino y deviene creíble como guardián de los valores que son capaces de afirmarse sin instrumentalizar al hombre más allá de los límites aceptables y respetando su dignidad”³⁰⁸. En mi opinión, aquello a lo que DONINI hace referencia no es la justificación de la pena, sino más bien una exigencia que en la democracia constitucional se formula al Estado: el principio de humanidad de las penas. En esa misma línea, MIR PUIG sostiene que las múltiples objeciones que se dirigen contra las teorías de la prevención especial deben ser tenidas en cuenta, “pero no para rechazar de pleno la resocialización, sino para concebirla de forma adecuada”³⁰⁹, lo cual exige limitar sus pretensiones y aumentar sus medios. Más radicales –y, sin duda, realistas- son las expresiones de SILVA SÁNCHEZ:

“(…) en una sociedad en la que crecen la marginalidad y la precariedad, la apelación a la plena autorresponsabilidad del delincuente en todo caso tiene algo de cínico (...), el compromiso resocializador del Derecho penal se manifiesta como reconocimiento implícito de que la dinámica social

³⁰⁷ LESCH, *La función de la pena*, p. 34.

³⁰⁸ DONINI, *Teoría del Reato. Una Introducción*, p. 90.

³⁰⁹ MIR PUIG, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, p. 145.

tiene efectos de marginación y exclusión (de desocialización) que, en parte, conducen al delito y que han de ser compensados”³¹⁰.

En esa medida, como lo indiqué en el segundo apartado de este capítulo, la resocialización –al igual que el principio de humanidad de las penas, que deriva de la dignidad humana del preso- operan como principios limitadores de la potestad punitiva del Estado y no como justificación de la pena. En esa medida, toda privación de libertad en un Estado social y democrático de Derecho deberá ajustarse a unas condiciones mínimas acordes con la dignidad del preso y proporcionarle -no imponerle- la posibilidad de resocialización. Esta posibilidad no implica la aplicación de un tratamiento obligatorio y necesariamente médico, sino brindar al reo oportunidades para su vida luego de la privación de la libertad.

3.3.4.2. Prevención general

Como bien sostiene SILVA SÁNCHEZ, las dificultades que ofrecen las fundamentaciones retributiva y resocializadora “han determinado que el lugar central en orden a la legitimación del «ius puniendi» lo ocupe la fundamentación preventivo-general”³¹¹. Las teorías de la prevención general centran su atención en el mantenimiento del sistema jurídico y en la influencia que la pena ejerce sobre la sociedad. Según DONINI, la prevención general justifica la pena políticamente:

“En un ordenamiento en el que la justicia es administrada no en nombre de Dios, sino en nombre del pueblo, la amenaza penal es considerada necesaria para tutelar algunos intereses fundamentales de la persona, de la colectividad y del Estado frente a agresiones intolerables. Una vez cometido el delito, a la amenaza debe (aunque no necesariamente) seguir la pena para asegurar la “credibilidad” total del sistema”³¹².

ROXIN precisa que, para las teorías de la prevención general, la pena debe actuar “no especialmente sobre el condenado, sino generalmente sobre la comunidad”³¹³. Podemos distinguir, a su vez, entre la prevención general negativa y la prevención general positiva.

3.3.4.2.1. Prevención general negativa

La teoría de la prevención general negativa, a través del uso de la pena como mecanismo de intimidación, busca inhibir la comisión de delitos en la sociedad. En la época de la ilustración, fue FEUERBACH quien postuló la teoría de la

³¹⁰ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., p. 49.

³¹¹ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 1ª ed., p. 200.

³¹² DONINI, *Teoría del Reato. Una Introduzione*, p. 89.

³¹³ ROXIN, *Derecho penal. Parte general...*, pp. 89-90.

coacción psicológica, según la cual la finalidad de la pena era frenar los impulsos de los ciudadanos hacia la comisión de delitos³¹⁴.

Esta versión negativa de la prevención general puede ser sometida a diversas críticas³¹⁵. En primer lugar, con relación a la teoría de FEUERBACH, cuestiona LESCH el hecho de que no constituye propiamente una teoría de la pena, sino una teoría de la amenaza penal mediante leyes penales³¹⁶. Ahora bien, en contra de la prevención general negativa, más allá de la versión de FEUERBACH, se opone el argumento de que no todas las personas con tendencia a la criminalidad cometen el hecho con tanto cálculo que pudieran ser afectadas por la intimidación que implica la pena, más aún cuando no sería la magnitud de la pena aquello que intimida, sino la dimensión del riesgo de ser atrapados³¹⁷. En Reino Unido, por ejemplo, se ha establecido que el incremento de las sanciones penales no tiene efecto preventivo alguno frente a los delincuentes persistentes (*persistent offenders*), que básicamente suelen ser ladrones de tiendas (*shoplifters*)³¹⁸. En esa medida, se corre el riesgo de que esta concepción de la pena no establezca límites a su imposición. Así, con la finalidad de intimidar a los potenciales delincuentes, se corre el riesgo de generar penas exorbitantes y, en suma, terror estatal propio de un Estado autoritario y no de una democracia constitucional³¹⁹.

Finalmente, quizás la crítica más contundente contra las teorías de la prevención general negativa reside en que se sustentan en una instrumentalización del individuo sometido a la sanción penal. Este es utilizado para lograr un fin que le es ajeno y sometido a la potestad punitiva del Estado incluso por encima de los límites de su responsabilidad penal. Al respecto, ROBLES destaca que, “de las tendencias delictivas ajenas no puede hacersele responder al autor de una infracción”³²⁰. En esa medida, no es aceptable en el modelo de la democracia constitucional este tipo de justificación de la sanción penal³²¹.

³¹⁴ Al respecto, ver FEUERBACH, *Tratado de Derecho penal común vigente en Alemania* (trad. de la 14ª ed. alemana – Giessen, 1847 por Zaffaroni y Hagemeyer), Hammurabi, 1989.

³¹⁵ Al respecto, ver HÖRNLE, “PJA von Feuerbach and his Textbook of the Common Penal Law”, pp. 128-131.

³¹⁶ LESCH, *La función de la pena*, p. 23. En sentido contrario, ROXIN entiende que la teoría de la coacción psicológica constituye también, por la acción de su efecto, una teoría de la imposición y de la ejecución de la pena, puesto que de esto depende la eficacia de su amenaza. Ver ROXIN, *Derecho penal Parte General...*, p. 90.

³¹⁷ ROXIN, *Derecho penal Parte General...*, p. 91. Un estudio acerca de la poca eficacia de la pena como intimidación en VON HIRSCH et al, *Criminal Deterrence and Sentence Severity. An analysis of recent research*, University of Cambridge, 1999.

³¹⁸ CARREÑO AGUADO, “Crime and punishment in the UK”, en *InDret Penal*, N° 1, 2007, p. 4.

³¹⁹ VILLAVICENCIO, *Derecho penal Parte General*, p. 59.

³²⁰ ROBLES PLANAS, *Estudios de dogmática jurídico-penal. Fundamentos, teoría del delito y Derecho penal económico*, B de F, 2014, p. 60.

³²¹ PÉREZ MANZANO, “Fundamento y fines del Derecho penal. Una revisión a la luz de las aportaciones de la neurociencia”, en *InDret Penal* n° 2, 2011, p. 32, sostiene además que tanto la prevención general de intimidación como la prevención especial, tomadas como fines exclusivos de la pena, son incapaces de realizar una fundamentación legítima del Derecho penal,

3.3.4.2.2. Prevención general positiva

La teoría de la prevención general positiva busca reforzar, a través de la pena, un determinado conjunto de valores frente a la sociedad. Pueden distinguirse dos vertientes distintas de esta teoría, una versión que entiende a la prevención general como fundamentadora y ampliatoria de la intervención penal (versión fundamentadora) y otra que concibe a la prevención general positiva como límite de la prevención general intimidatoria y de la prevención especial³²² (versión restrictiva).

Por un lado, la versión fundamentadora de la teoría de la prevención general positiva tiene como antecedente a WELZEL, para quien la pena debía conformar valores en la colectividad. Se trata de una propuesta cuya premisa era que el objeto de conocimiento consistía en estructuras lógico objetivas y, en Derecho penal, sustancialmente en la acción final. En esa medida, su teoría de la pena estaba directamente vinculada a la confirmación de los valores derivados de dichas estructuras. Fue JAKOBS, discípulo de WELZEL, quien, desde una perspectiva distinta que parte de un enfoque normativo y no ontológico, como el de su maestro, planteó que la pena es siempre reacción ante la infracción de una norma. En esa medida, la misión de la pena es reafirmar la vigencia de la norma, mantenerla como modelo de orientación para los contactos sociales³²³. El efecto de la sanción penal no es entonces la intimidación, sino la tranquilidad que proporciona el saber que la norma se encuentra vigente y que ha sido fortalecida a través de la imposición de una pena. En esa línea, para JAKOBS, “el castigo representa la contradicción de la negación de la norma y por su remedio se pretende fortalecer la estabilidad social y la fidelidad al derecho³²⁴”. En palabras de JAKOBS, debe recurrirse a la intimidación:

“(...) pero no según la medida de las inclinaciones delictivas de otras personas, sino según la medida del incentivo que el hecho cometido, y sólo él, ha podido generar. Se puede hablar de una prevención general positiva, confirmativa (y no correctiva)”³²⁵.

FRISCH entiende que, para esta versión fundamentadora de la prevención general positiva, la sanción penal se muestra como legítima porque se recurre al autor

ya que ambas acuden a las fundamentaciones retributivas en cierta y diversa medida. Explica entonces que las teorías de la prevención general necesitan la retribución para justificar la pena frente al sujeto que se le impone y como requisito de su propia eficacia funcional, mientras que las teorías de la prevención especial recurren al fundamento retributivo para no desbordar los límites derivados de los principios del hecho y legalidad inherentes al Estado de Derecho.

³²² MIR PUIG, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, p. 132.

³²³ JAKOBS, *Derecho penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed., pp. 8 y 13-14.

³²⁴ BELOFF, *Determinación Judicial De La Pena*, Editores del Puerto, 1993. p. 63.

³²⁵ JAKOBS, *El Derecho penal como disciplina científica*, Civitas, 2008, p. 99.

“únicamente para conjurar el peligro de erosión de la norma que precisamente él provoca a través de su cuestionamiento de la vigencia del Derecho, que aparece como necesario y adecuado y le había sido previamente anunciado”³²⁶.

Por otro lado, la versión restrictiva de la prevención general positiva es presentada por ROXIN, quien propone lograr una prevención “integradora”, que sea respetuosa del límite de culpabilidad, el cual es sobrepasado por la prevención general negativa. ROXIN sostiene que pueden distinguirse tres fines y efectos distintos de la pena:

“(...) el efecto de aprendizaje, motivado socio-pedagógicamente; el ‘ejercicio en la confianza del Derecho que se origina en la población por la actividad de la justicia penal; el efecto de confianza que surge cuando el ciudadano ve que el Derecho se aplica; y, finalmente, el efecto de pacificación, que se produce cuando la conciencia jurídica general se tranquiliza, en virtud de la sanción”³²⁷”.

Desde un punto de vista crítico que comparto, MIR PUIG sostiene que “la misión del Derecho penal no debe ser, en un Estado atento a la dignidad humana, el incidir en la conciencia ético-social de los ciudadanos”³²⁸. Ello no es propio de un Derecho penal de acto, sino más bien de un Derecho penal de la actitud interna o, incluso, de un Derecho penal de autor. Asimismo, al prestar atención únicamente a las necesidades de funcionamiento del sistema y negar la función limitadora de referentes materiales, como el bien jurídico y el principio de proporcionalidad, esta teoría aparece como más peligrosa que las teorías retributivas liberales³²⁹. LESCH añade:

“(...) el autor, mediante la punición ejemplarizante para el mantenimiento de la confianza en la norma de otras personas no es tratado como sujeto, sino como objeto de un interés definido heterónomamente, como un simple instrumento de un mecanismo de motivación”³³⁰.

Así, según la versión fundamentadora de esta teoría, podría llegarse al absurdo de justificar la imposición de una pena elevada en un delito de poca importancia pero que se realiza con frecuencia y también la imposición de una pena reducida

³²⁶ FRISCH, “Pena, delito y sistema del delito en transformación”, en *InDret Penal*, n° 3, 2014, p. 17.

³²⁷ ROXIN, *Derecho penal Parte General...*, pp. 91-92. Con posterioridad, ROXIN se acerca más bien a una defensa de criterios de prevención especial. Así ha sostenido que, “en contra de la tendencia del momento, a la prevención especial le sigue correspondiendo un papel central en la teoría de los fines de la pena, mientras que la prevención general (...), si bien también es importante, para la teoría de los fines de la pena tal importancia se ve relativizada por el hecho de que sus métodos y su campo de acción se encuentran mayormente fuera del Derecho penal”. Ver más en ROXIN, “Cambios en la teoría de los fines de la pena”, en ROXIN, *La teoría del delito en la discusión actual*, Ed. Grijley, 2007, pp. 87-88.

³²⁸ MIR PUIG, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, p. 138.

³²⁹ MIR PUIG, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, pp. 138-139.

³³⁰ LESCH, *La función de la pena*, p. 30.

en un delito grave pero con reducido peligro de contagio. Como advierte ALCÁCER GUIRAO, “desde la versión de la prevención general positiva que pretende *fundamentar* sus propios límites, toda garantía para el individuo desaparece en aras de la maximización funcional del fin de estabilización”³³¹.

Distinto es el caso de la versión restrictiva de la prevención general positiva, la cual, al no hacer depender cualquier consideración garantista del fin de estabilización normativa, puede ser adecuada al modelo del Estado social y democrático de Derecho. Según ALCÁCER GUIRAO, para la versión restrictiva, la estabilidad no puede obtenerse a cualquier precio, por lo que el respeto al principio de culpabilidad ha de mantenerse aun a costa de la inestabilidad a corto plazo, lo que no sucede en la versión fundamentadora, la cual parte de una concepción comunitarista antes que liberal y admite la anulación del derecho individual (libertad) para lograr el interés colectivo (estabilidad)³³².

Al respecto, MIR PUIG sostiene que, mientras que la retribución no puede ofrecer una legitimación válida de la pena, la prevención legitima la pena cuando se ejerce en la forma adecuada. Propone entonces un modelo de prevención limitada, que implica atender a la fórmula de la prevención especial dentro del marco que permita la prevención general. Sin embargo, dicho modelo debe limitar la prevención según los principios del Estado social y democrático de Derecho, que implica anteponer otros medios de combatir la delincuencia no menos eficaces que la pena si resultan más favorables para el afectado³³³. En mi opinión, se trata de una solución plausible. En la misma línea, creo que es posible defender una versión mixta, que atienda a la justificación deontológica y consecuencialista de la sanción penal o, en palabras más exactas, a una versión restringida de la teoría de la prevención general positiva con correctivos de naturaleza deontológica, conforme expondré más adelante.

3.3.5. Teorías mixtas de la pena

Según SILVA SÁNCHEZ, “las dudas acerca de la viabilidad de un modelo «puro» de legitimación de la intervención penal han determinado que los últimos tiempos se hayan caracterizado por una proliferación de tesis mixtas o eclécticas”³³⁴. Las teorías mixtas de la pena consideran posible combinar la idea de la pena justa de las teorías absolutas con la idea de la utilidad de las teorías relativas. Se trata de teorías eclécticas, en las que debe ser tratado el conflicto entre pena justa (justicia) y pena útil (utilidad). En la mayor parte de tratados de Derecho penal se distinguen dos teorías de la unión.

³³¹ ALCÁCER GUIRAO, “Prevención y garantías: conflicto y síntesis”, p. 155.

³³² ALCÁCER GUIRAO, “Prevención y garantías: conflicto y síntesis”, p. 160.

³³³ MIR PUIG, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, pp. 119-126.

³³⁴ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 1ª ed., p. 201.

Por un lado, la teoría aditiva de la unión, para la cual la pena se fundamenta en la culpabilidad del autor y, dentro del marco de la pena justa, es lícito perseguir fines preventivos. Así, siguiendo a ZUGALDÍA, la utilidad de la pena puede contemplarse legítimamente siempre y cuando ello no requiera ni exceder ni atenuar la pena justa³³⁵. Desde un punto de vista crítico, podemos sostener que la teoría aditiva de la unión es en realidad la presentación “maquillada” de una teoría retributiva. Así, la idea de justicia o retribución es el único fundamento de la pena, mientras que los principios deontológicos no utilitaristas (la prevención) son presentados como meros correctivos de la pena dentro de los márgenes fijados por la pena justa.

Por otro lado, la teoría dialéctica de la unión propone que la pena es legítima cuando tiene una utilidad que, a su vez, se encuentra limitada por la pena justa. Esta teoría combina los fines de la prevención general y de la prevención especial. Así, ROXIN explica que, en el momento de la amenaza penal, rige la fundamentación basada en la prevención general; en el momento de la imposición de la pena, rige principalmente la prevención general aunque también hay algo de prevención especial, que se ha de limitar con la medida de culpabilidad; y en el momento de la ejecución de la pena, rige la prevención especial positiva³³⁶. Desde un punto de vista crítico, cabe sostener que esta teoría no especifica cómo se verifican las tres fases de cumplimiento de las respectivas funciones preventivas y retributivas, y cómo la pena influencia en cada una de dichas fases.

En general, contra las teorías de la unión, JAKOBS sostiene que aquellas constituyen “cajones de sastres” y no teorías, ya que “ven en permanente armonía lo que es merecido y lo que es funcional a los fines, o bien quieren hacer prevalecer lo uno o lo otro según la situación”³³⁷.

Una propuesta alternativa es la teoría consensual de la pena propuesta por NINO. Explica que la concepción utilitarista o preventiva de la pena proporciona una razón para su imposición, que es la protección de la sociedad contra males mayores que los que la pena involucra, pero carece de un principio de distribución que justifique la imposición de la pena a ciertos individuos. Por su parte, la concepción retributiva padece del defecto inverso, toda vez que no proporciona una razón de por qué habría que imponer en general penas. Propone entonces la conveniencia de combinar los aspectos positivos del utilitarismo y del retribucionismo, evitando sus correspondientes defectos. Así, complementa la justificación utilitarista basada en la protección social, con un criterio de distribución de derechos y obligaciones, que deriva del principio de

³³⁵ ZUGALDÍA ESPINAR, *Derecho penal Parte General*, Tirant lo Blanch, 2002, p. 66

³³⁶ ROXIN, *Derecho penal. Parte general...*, pp. 95 y ss.

³³⁷ JAKOBS, *El Derecho penal como disciplina científica*, p. 34.

dignidad de la persona³³⁸. Justifica su teoría a partir de la figura del consentimiento y sostiene que “un individuo que comete voluntariamente un delito, sabiendo que él implica como consecuencia normativa necesaria la asunción de cierta responsabilidad penal, consiente esa consecuencia”³³⁹. Finaliza explicando que el consentimiento se puede producir respecto de la responsabilidad penal, siempre que se cumplan tres condiciones: que el individuo realice un acto voluntario, que sepa que la asunción de cierta responsabilidad penal es una consecuencia necesaria de su acto voluntario y que la responsabilidad penal lo sea por actos cuyas omisiones no importen restricciones, cargos o sacrificios o, si lo hacen, que se encuentran justificados más allá del consentimiento³⁴⁰.

Mención aparte merece la propuesta de ROBINSON, quien parte de las consecuencias y sostiene:

“(…) un Derecho penal que distribuye la responsabilidad penal y la pena de manera que la comunidad lo percibe como justo, consigue credibilidad moral en la comunidad, lo que se traduce en un mayor respeto, apoyo y cooperación con el sistema de justicia penal”³⁴¹.

A continuación, plantea que, si el merecimiento de pena es concebido como un merecimiento “empírico” y no como uno “deontológico”, el retribucionismo y el utilitarismo no tienen por qué ser incompatibles. De hecho, plantea que es posible que hacer justicia sea la mejor manera de luchar contra la delincuencia. Frente al temor de algunos autores a la creación de normas draconianas a partir de un Derecho penal que se configure conforme a las opiniones de la comunidad, sostiene ROBINSON que, en la práctica, los modernos programas que generan condenas injustas con penas sumamente elevadas no reflejan las opiniones de la comunidad sobre la justicia. Advierte, finalmente, que las opiniones de la comunidad deben tener influencia en la configuración de las normas sobre la responsabilidad penal y la pena, más no en la resolución de casos individuales³⁴².

3.3.6. Opción personal

Considero pertinente citar dos ideas ajenas antes de postular mi opción personal sobre la justificación de la sanción penal. La primera idea es de MIR PUIG, quien

³³⁸ NINO, *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación*, pp. 454-455.

³³⁹ NINO, *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación*, p. 296.

³⁴⁰ NINO, *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación*, pp. 456-457.

³⁴¹ ROBINSON, “El papel que corresponde a la comunidad en la determinación de la responsabilidad penal y de la pena”, en MIR PUIG, CORCOY (dirs.), *Constitución y sistema penal*, Marcial Pons, 2012, p. 41.

³⁴² ROBINSON, “El papel que corresponde a la comunidad en la determinación de la responsabilidad penal y de la pena”, pp. 54, 59 y 63. Ver también, ROBINSON, *Principios distributivos del Derecho penal*, Marcial Pons, 2012.

sostiene que la pena constituye “una forma limitada de prevención, sometida a garantías ya irrenunciables en un Estado social y democrático de Derecho”³⁴³. Este último aspecto es el que quiero resaltar. Sea cual fuere la concepción de pena que se asuma, esta siempre deberá estar limitada por los principios propios de una democracia constitucional. Al respecto, es importante tener en cuenta que ninguna teoría de la prevención general “está capacitada para limitarse a sí misma, por lo que todas precisan de límites externos a las mismas, si no se quiere renunciar a la protección del individuo frente a la colectividad y al poder estatal”³⁴⁴.

La segunda idea es de PUPPE, quien sostiene que, para poder justificar la pena frente al autor como imposición de un mal, aquélla tiene que ser tanto justa como útil. Sostiene entonces que la justicia sin utilidad es incompleta y pretenciosa, mientras que la utilidad sin justicia es contraria a la dignidad humana:

“(…) es dudoso que sea deseable liberar precisamente a la pena, la forma más incisiva de ejercicio de fuerza estatal contra los ciudadanos, de este doble postulado para proporcionarle una legitimación basada en uno sólo de esos fundamentos”³⁴⁵.

Teniendo como marco el modelo de Estado asumido, para dar respuesta a la interrogante de por qué se impone la sanción penal, considero indispensable ir un paso más allá de la propuesta de PUPPE y distinguir dos planos distintos de análisis del problema: el plano de justificación deontológica (de la pena en sí misma) y el plano de justificación consecuencialista no utilitarista (de los efectos de la pena). No se trata de plantear una teoría de la unión, en el sentido de “combinar” las ideas de la retribución y de la prevención. Tampoco se trata de establecer los “momentos” en los que la pena es retribución o cumple una función de prevención. Se trata, por el contrario, de entender el problema de la justificación de la pena y, en fin, de la justificación de la intervención penal, desde dos perspectivas distintas de análisis.

Desde el plano de la justificación deontológica, la imposición de la pena se fundamenta frente a quien es sujeto de pena mediante el respeto de su personalidad innata. Así, el imperativo categórico kantiano constituye el límite de cualquier acción estatal en el marco de su potestad punitiva. Dicha limitación se materializa en prescripciones concretas derivadas básicamente del principio de

³⁴³ MIR PUIG, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, p. 128.

³⁴⁴ ALCÁCER GUIRAO, “Prevención y garantías: conflicto y síntesis”, p. 161. Ahora bien, según SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 1ª ed., p. 202, “la concepción más difundida es la que, sobre un fundamento preventivo-general, ha dado cabida en su seno a consideraciones derivadas del pensamiento retributivo (en términos garantísticos), así como a la necesidad (reconocida en la Constitución) de que las penas mantengan una vertiente que posibilite la resocialización”.

³⁴⁵ PUPPE, “El Derecho penal como comunicación”, pp. 118-119.

culpabilidad, que considero que es la materialización del principio de dignidad humana en el ámbito penal. Estas prescripciones incluyen la exigencia de un Derecho penal de acto, la evitabilidad como presupuesto de la intervención penal y la proporcionalidad de la reacción penal. Entonces, debe exigirse como premisa que el límite de la pena sea la culpabilidad jurídica del autor, en el marco de un Derecho penal que sanciona hechos y no actitudes internas. Así, será dentro del marco de pena que la culpabilidad proporcione que podrán cumplirse los fines consecuencialistas de la teoría que a continuación se defiende.

La diferencia de planos queda evidenciada en la propuesta de HRUSCHKA, quien sostiene que más allá de la teoría sobre la función de la pena (entiendo yo, en el plano de la justificación consecuencialista no utilitarista), existen cuatro proposiciones fundamentales que limitan la posible pena (desde una perspectiva deontológica o principialista): ninguna pena sin un hecho de los que deben ser sancionados, ninguna pena sin ley, ninguna pena sin hecho antijurídico, ninguna pena sin culpabilidad³⁴⁶. Cada uno de estos principios se vincula además a un elemento del delito: acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. Estos principios limitarían las teorías de la pena, en los siguientes términos:

“(...) la idea de retribución permitiría aplicar una pena también sobre la base de la mera causación de un resultado lesivo; la de prevención general no excluiría sancionar a un familiar en lugar del delincuente; y la de prevención especial prescindiría de la conducta delictiva que en el pasado haya realizado el procesado”³⁴⁷.

Desde el plano de la justificación consecuencialista no utilitarista, defiende una versión restringida de la teoría de la prevención general positiva³⁴⁸, que es tal en la medida que no incide negativamente en los principios limitadores propios de la justificación deontológica de la pena. Por el contrario, su incidencia es positiva y promotora de la limitación del *ius puniendi* estatal. A continuación, formulo algunas consideraciones sobre esta concepción de la pena.

En el marco de la democracia constitucional, tomo como punto de partida la propuesta de ROXIN cuando defendía una versión restrictiva de la prevención general positiva como justificación de la sanción penal³⁴⁹. Dicho autor distingue

³⁴⁶ HRUSCHKA, “¿Puede y debería ser sistemática la dogmática jurídico-penal?”, en *Imputación y Derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, 2ª ed., B de F, 2009, p. 339.

³⁴⁷ HRUSCHKA, “¿Puede y debería ser sistemática la dogmática jurídico-penal?”, pp. 339-340, quien además sostiene un punto de vista que no compartimos, esto es, que los cuatro postulados que restringen la posibilidad de la pena son en términos lógicos independientes respecto de las llamadas teorías de la pena, a partir de lo cual propone que el concepto de delito ni siquiera deriva de las teorías de la pena.

³⁴⁸ FLETCHER, *Gramática del Derecho penal*, p. 340, sin perjuicio de plantear una perspectiva crítica de esta teoría, confirma que la prevención general positiva revela vínculos tanto con las teorías deontológicas como con las utilitaristas.

³⁴⁹ Más recientemente, ROXIN se inclina a una defensa más fuerte de la prevención especial positiva.

tres fines de la pena: aprendizaje, confianza en el Derecho y pacificación³⁵⁰. Frente a tal propuesta, en mi opinión, la pena se justifica porque origina en la ciudadanía la confianza en el Derecho, específicamente, en el funcionamiento de un sistema penal propio de la democracia constitucional. En otros términos, la actividad de la justicia penal, cuando se realiza de acuerdo a los principios propios de un Estado social y democrático de Derecho, genera un estado de confianza en la ciudadanía que puede ser testigo de la aplicación de un derecho respetuoso de los límites propios del contrato social en el que ha cedido su libertad y se ha sometido al ejercicio racional del poder estatal. El efecto de esta situación de confianza es, sin lugar a dudas, la pacificación que produce la adecuada aplicación del Derecho.

La ventaja principal de asumir la tesis de la prevención general positiva es que constituye la teoría de la pena que se sustenta en un principio consecuencialista no utilitarista y comparte una racionalidad teleológica, pero al mismo tiempo es coherente con el principio deontológico y permite así efectuar la síntesis entre los fines de prevención y garantía. Como sostiene ALCÁCER GUIRAO, la tesis de partida de la teoría de la prevención general positiva es que sólo la pena ajustada a la culpabilidad puede ser aceptada socialmente y cumplir su misión de mantener la confianza y ejercer la fidelidad en el ordenamiento jurídico. Por ello:

“(...) a juicio de sus defensores, la prevención general positiva incorpora en sus fines su propia limitación y consigue evitar la tendencia al terror penal propia de la prevención de intimidación, ya que la punición de inimputables o la imposición de penas que superaran lo ajustado a la culpabilidad irían en detrimento de la aceptación del Derecho como orden justo por la comunidad”³⁵¹.

Sin embargo, cabe preguntarse si es propio de un Estado democrático que la sanción penal tenga como finalidad además generar un efecto de aprendizaje en sus ciudadanos (y generar la consiguiente “fidelidad” al Derecho). ¿No se acerca acaso esta idea a la criticada propuesta de JAKOBS, en el sentido de que la pena generaría fidelidad de los ciudadanos hacia el Derecho? Al respecto, MILTON PERALTA sostiene que con la pena se obtiene de todas formas un efecto moralizante indirecto, tanto en el momento de su conminación como en el de su amenaza. Sin embargo, añade que dicho “efecto inevitable de la pena” no puede ser el justificativo de su utilización. Comparto dicho punto de vista, aunque no creo correcto sostener, como lo hace el mencionado autor, que la prevención general positiva deba ser entendida como una teoría de la prevención-educación, en la que la pena dirige sus efectos al individuo sometido a la justicia penal, y no como una teoría de la prevención-integración, en la que la pena dirige

³⁵⁰ ROXIN, *Derecho penal Parte General...*, pp. 91-92.

³⁵¹ ALCÁCER GUIRAO, “Prevención y garantías: conflicto y síntesis”, p. 148.

sus efectos a toda la sociedad³⁵². Resulta pertinente hacer algunas anotaciones al respecto.

La prevención-educación postula que el Estado, a través de la sanción penal, debe generar que los ciudadanos aprendan o comprendan algo. Distingue MILTON PERALTA que, según esta concepción, la sanción penal puede o bien fomentar una coincidencia por parte del sujeto con el valor contenido en la norma o bien comunicar el valor de la norma por sí misma, “porque ella pertenece a un sistema normativo, independientemente de la opinión que se tenga sobre el valor concreto en ella contenido”³⁵³. A continuación, propone que la prevención-educación es una finalidad admisible de la pena, siempre y cuando la educación sea entendida de la segunda forma, esto es, en relación al Derecho y no a los valores contenidos detrás de cada norma³⁵⁴. Añade a ello la siguiente argumentación:

“Lo que se quiere enseñar a través de la comunicación del valor de la norma es algo a lo que cada ciudadano, como miembro de la sociedad, ya ha, de todos modos, asentido: el respeto frente al orden jurídico como tal, mientras su punto de vista tenga un lugar igual que el del resto cuando se realiza el balance de razones para la creación de la norma”³⁵⁵.

Comparto plenamente la idea de que es inaceptable una concepción que plantee que la sanción penal se justifica porque fomenta la coincidencia del sujeto con el valor contenido de la norma. Se trata de una concepción contraria a la democracia constitucional, en la que el disenso de las minorías debe ser protegido lo máximo posible y, sobre todo, en la que las actitudes internas (en este, caso, la actitud del sujeto frente al concreto interés protegido por la norma) no deben ser sancionadas³⁵⁶. Defiendo más bien la concepción de un Derecho penal de acto, en el que se sancione penalmente el enfrentamiento objetivo del sujeto (expresado en una conducta evitable *ex ante*) con un valor protegido por el ordenamiento jurídico. Lo que no puedo compartir es el planteamiento de que la sanción penal enseña o, mejor dicho, ratifica la enseñanza de algo que el sujeto ya ha aceptado: el respeto frente al orden jurídico. Esto último sólo sería admisible si se cumplieran dos premisas que en realidad no operan. La primera premisa es expuesta por MILTON PERALTA cuando sostiene que la función de la

³⁵² La distinción entre prevención-integración y prevención-educación es presentada por MILTON PERALTA, “Prevención general positiva como respeto por el orden jurídico”, en *InDret Penal* n° 2, 2008, pp. 4-8.

³⁵³ MILTON PERALTA, “Prevención general positiva como respeto por el orden jurídico”, pp. 5-6.

³⁵⁴ MILTON PERALTA, “Prevención general positiva como respeto por el orden jurídico”, p. 26.

³⁵⁵ MILTON PERALTA, “Prevención general positiva como respeto por el orden jurídico”, p. 15.

³⁵⁶ Es cierto entonces lo señalado por el mismo autor en el sentido de que del concepto de la prevención general positiva como prevención-educación no se pueden derivar ni los bienes jurídicos que deben ser protegidos ni el monto de pena. Sin embargo, resulta cuestionable que, a partir de ello, se plantee la necesaria complementación de aquella teoría con la teoría de los bienes jurídicos y con la teoría de la prevención general negativa. En MILTON PERALTA, “Prevención general positiva como respeto por el orden jurídico”, p. 26.

pena como comunicación del valor de la norma se justifica en la participación de cada ciudadano en la creación de la norma³⁵⁷. Sin embargo, dicha afirmación no es de recibo. Como ya se vio al hacer alusión a la teoría del discurso de HABERMAS, existen grandes sectores de la población (especialmente aquellos sometidos a la justicia penal) que no participan del proceso comunicativo de creación de las normas, con lo que mal haría el Estado si pretende imponer un proceso educativo de respeto a la norma sobre personas que no han tenido la oportunidad de participar en su creación. La segunda premisa que tampoco se cumple es la existencia de algún tipo de conexión subjetiva entre la norma (que incluye a la sanción penal) y su destinatario, a partir de la cual opera la función “educativa”.

Una concepción de la pena propia del modelo de Estado que he asumido parte de considerar que el Derecho cumple una función de coordinación y es la única herramienta para vivir en sociedad. La finalidad de la sanción penal en ese marco debe ser entendida en el sentido de la versión restringida de la teoría de la prevención general positiva con algunos correctivos. En ese sentido, considero que el efecto de aprendizaje, si se entiende como aprendizaje de valores no sólo no debe ser considerado, sino que debiera ser combatido a través de los principios limitadores de la potestad punitiva estatal; y, si se entiende como aprendizaje del respeto frente al orden jurídico, debe ser en todo caso considerado como una consecuencia accesoria, eventual e inevitable de la sanción penal, más no como un elemento que la justifique. En consecuencia, aquello que justifica la imposición de la sanción penal –desde la perspectiva consecuencialista no utilitarista- es únicamente el mantenimiento de un estado objetivo de confianza de la ciudadanía, que es medido a partir del funcionamiento de un sistema penal respetuoso de los límites propios del contrato social que fundamenta el ejercicio del poder punitivo estatal, lo que trae consigo el consiguiente efecto de pacificación por la adecuada aplicación del Derecho.

Valga una aclaración final. Cuando se hace referencia a la confianza de la ciudadanía en el Derecho, no se está pensando en una confianza subjetiva (un hecho psicológico), sino en la situación objetiva que permite concluir que todos los ciudadanos están en condiciones de ver reflejados los principios de la democracia constitucional en el ejercicio de la potestad punitiva del Estado. No es suficiente entonces la ilusión de que todos los ciudadanos han participado del proceso de creación de las normas penales, sino que debe centrarse la atención en que la pena se justifica cuando el Estado respeta los límites garantistas a la potestad punitiva, lo que genera confianza de los ciudadanos en el funcionamiento del sistema penal, incluso la de aquellos que no han podido gozar de autonomía comunicativa, pero cuyos intereses son objetivamente

³⁵⁷ MILTON PERALTA, “Prevención general positiva como respeto por el orden jurídico”, pp. 12 y 26.

tutelados por el Estado. Como bien apunta ALCÁCER GUIRAO, “la *estabilidad* del Derecho penal, es decir, el respeto a sus normas, dependerá en gran medida de su *legitimidad*, es decir, del libre reconocimiento de esa legitimidad por parte de sus destinatarios”³⁵⁸.

4. El sistema de delito del Estado social y democrático de Derecho

En los dos apartados anteriores, he definido el modelo de Estado del que parte mi *teoría de las condiciones para el conocimiento*, así como la función que debe cumplir el Derecho penal y específicamente la sanción penal. Corresponde ahora preguntarse cuál es la clase de conductas que sanciona el Derecho penal de acto propio de tal modelo y cómo el Derecho penal debe tratarlas. En otras palabras, cómo el Derecho penal –y, específicamente, la dogmática penal³⁵⁹– construye un sistema de responsabilidad penal denominado “teoría del delito”.

En este apartado, partiré de la definición de norma jurídica penal como elemento de enlace entre los fines del Derecho penal (y de la sanción penal) y las categorías del delito. A partir de ello, realizaré una revisión de los principales sistemas de delito defendidos por la dogmática jurídico penal, especialmente aquellos que conciben el delito como violación de una norma (positivismo, finalismo), como imputación de la lesión de un bien jurídico penal (funcionalismo moderado), como imputación de la defraudación de una expectativa normativa (funcionalismo sistémico) y como imputación de la lesión de una norma objetiva de conducta. El establecimiento del sistema de delito más acorde con el modelo de Estado asumido me permitirá establecer el tratamiento que ha de merecer la teoría de determinación del dolo que propondré más adelante.

³⁵⁸ ALCÁCER GUIRAO, “Prevención y garantías: conflicto y síntesis”, p. 156.

³⁵⁹ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 1ª ed., p. 166, sostiene que la dogmática, “como disciplina práctica, necesariamente ha de ocuparse de «fundamentar», esto es, de «argumentar positivamente» la corrección de las propias propuestas de solución. Esta argumentación, por su parte, no puede tener otra finalidad que la de alcanzar para tales propuestas una vigencia intersubjetiva, es decir, obtener un consenso en la generalidad de miembros de la comunidad científica: hacer «intersubjetivo» lo que nació como «subjetivo-valorativo»”.

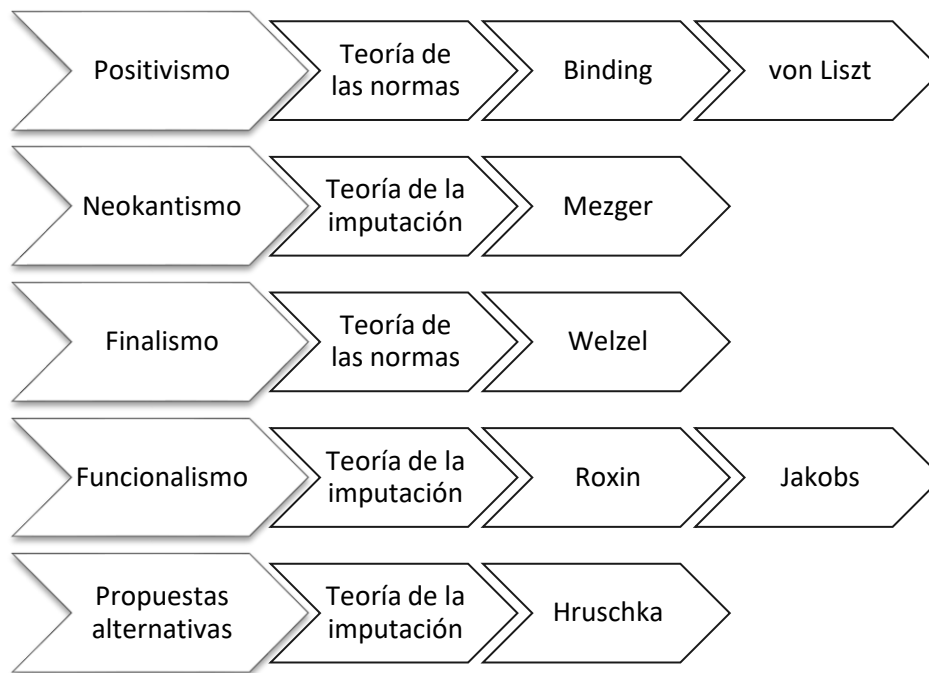


Figura 1.6 *Concepciones de la teoría del delito*

El esquema anterior no tiene pretensión de exhaustividad. Su finalidad es mostrar la evolución de las principales corrientes de la dogmática penal y los representantes de algunas de las teorías del delito y sus instituciones que más adelante desarrollaré.

4.1. De la teoría de las normas jurídicas al sistema finalista de delito

Efectúo a continuación una breve revisión de cómo se ha enfocado el estudio de la teoría del delito desde el positivismo del siglo XIX hasta las propuestas funcionalistas contemporáneas. Para algunos autores³⁶⁰, es posible distinguir dos claras tendencias. Por un lado, el enfoque desde la teoría de las normas, que concibe al delito como infracción de una norma³⁶¹, la cual funge de enlace entre los fines del Derecho penal y las categorías del delito. Al respecto, MIR PUIG explica, por ejemplo, que entender la pena como medio de prevención, al servicio de la protección efectiva de los ciudadanos, “supone atribuir un significado directivo (en este sentido, “imperativo”), de regulación social, a la norma jurídico-

³⁶⁰ VARELA, *Dolo y error...*, pp. 71 y ss.

³⁶¹ SILVA SÁNCHEZ, ¿“Adiós a un concepto unitario de injusto en la teoría del delito? A la vez, una breve contribución a la teoría de las medidas de seguridad”, pp. 5-6, distingue cuatro conceptos distintas de norma en la discusión actual: como prohibición de causación de una lesión o mandato de evitación de ésta, como baremo de valoración, como directiva de conducta para imputables e inimputables y como directiva de conducta dirigida sólo a imputables. Por su parte, ROBLES PLANAS, “La construcción del sistema del delito en la Aproximación al Derecho penal contemporáneo”, en ROBLES PLANAS, SÁNCHEZ-OSTIZ (coord.), *La crisis del Derecho penal contemporáneo*, Atelier, 2010, pp. 46 y ss., apunta que desde BINDING la práctica totalidad de los planteamientos dogmáticos se concentra en la pregunta por la infracción de la norma y no por la fundamentación o legitimación de la norma.

penal, asignándole la función de crear expectativas sociales que motiven a la colectividad en contra de la comisión de delitos”³⁶².

Por otro lado, se encuentra el enfoque desde la teoría de la imputación, que se centra en el estudio de la acción y los criterios de imputación de responsabilidad. Según explica FRISCH, en el siglo XVIII y principios del siglo XIX, logró un amplio reconocimiento la comprensión del delito como un suceso indeseado imputable fáctica y jurídicamente a su autor: Para dicho sistema, “constituía únicamente delito aquello que *de facto* le podía ser imputado al agente como su obra, pues era precisamente en la persona en dónde residía el poder para que aquello que había sucedido no hubiera tenido lugar”³⁶³.

El naturalismo y positivismo jurídico del siglo XIX dejó a un lado dicha comprensión del delito, para atender a una concepción fáctico-objetiva del hecho punible, entendido como menoscabo descrito típicamente de un bien jurídico recogido en una ley penal. Esta tendencia se consolida sobre la base de la teoría de la retribución³⁶⁴. Serán, en cambio, el neokantismo, de forma más moderada, y luego el funcionalismo, las corrientes que pongan sobre la mesa la perspectiva de la imputación.

En mi opinión, no es posible entender que existe una relación de oposición entre las teorías de las normas y las teorías de la imputación. Se trata, más bien, de propuestas complementarias en torno a dos elementos distintos. Mientras que la norma -como norma de determinación- puede entenderse como la fundamentación de la teoría del delito y cómo tiene que llevarse a cabo su interpretación, la imputación es el instrumento que se utiliza en la teoría del delito para asignar responsabilidad penal.

4.1.1. Positivismo

El positivismo nace con el modelo postrevolucionario del Estado de Derecho, el que conlleva la separación de poderes, la codificación y el imperio de la ley sobre el juez³⁶⁵. Más allá de ello, creo necesario dedicar algunas líneas a aquello que se entiende como positivismo. Al respecto, resulta ilustrativa la obra de BOBBIO, quien explica que positivismo jurídico puede ser entendido desde tres planos distintos. En primer lugar, como un modo de acercarse al estudio del Derecho, según el cual objeto de investigación científica es el Derecho positivo vigente y no el Derecho ideal, natural o racional. En segundo lugar, puede entenderse como una teoría o concepción del Derecho, que vincula el fenómeno jurídico a

³⁶² MIR PUIG, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, p. 46.

³⁶³ FRISCH, “Pena, delito y sistema del delito en transformación”, en *InDret Penal*, n° 3, 2014, p. 3.

³⁶⁴ FRISCH, “Pena, delito y sistema del delito en transformación”, pp. 3-4 y 12.

³⁶⁵ PRIETO SANCHÍS, *Constitucionalismo y Positivismo*, 2ª ed., p. 8.

la formación del Estado que tiene el poder soberano capaz de ejercitar la coacción. Finalmente, se entiende el positivismo como una ideología de la justicia, confiriendo al Derecho, por el solo hecho de existir, un valor positivo, sin vincularlo al Derecho ideal³⁶⁶.

Según BOBBIO, frente al monismo del positivismo jurídico, que se constituía como una teoría de la exclusividad del Derecho positivo, se presenta el dualismo del iusnaturalismo, que plantea la superioridad del Derecho natural sobre el Derecho positivo. El mismo autor distingue tres formas de iusnaturalismo. En primer lugar, el iusnaturalismo escolástico, que establece que el Derecho natural es el conjunto de principios éticos primeros en los que el legislador debe inspirarse para formular el Derecho positivo. En segundo lugar, el iusnaturalismo racionalista, que distingue el Derecho preceptivo (natural) y el Derecho perentorio (positivo). Finalmente, el iusnaturalismo hobbesiano, según el cual el Derecho natural es el fundamento de todo el orden jurídico positivo³⁶⁷.

En este debate, en el siglo XIX predomina la defensa del positivismo jurídico³⁶⁸. Como explica BOBBIO, la crítica historicista negó la existencia de principios éticos con valor absoluto. Frente a ello, ganaron terreno las teorías que planteaban la posibilidad de múltiples interpretaciones de las leyes naturales, como fue el caso de las teorías realistas y de las teorías democráticas. Sin embargo, la distinción de los tres planos de entendimiento del positivismo permite que ambos planteamientos no resulten irreconciliables. Al respecto, BOBBIO sostiene que positivismo y iusnaturalismo únicamente son plenamente irreconciliables si son concebidos como ideologías extremas. Ello no sucede si se adoptan versiones moderadas de ambas: una ideología positivista según la cual las leyes deben ser obedecidas porque la legalidad garantiza la realización del valor de la paz social y una ideología iusnaturalista según la cual las leyes injustas deben ser obedecidas salvo en caso extremo. Por otro lado, en el plano de la teoría, representan dos polos extremos entre los que existe lugar para propuestas intermedias. Finalmente, en el plano del objeto de estudio, resultan compatibles, ya que el iusnaturalismo opera en el plano de valoración de la justificación de las leyes con miras a su reforma, mientras que el positivismo opera en el plano de la interpretación de las leyes con miras a una mejor sistematización teórica³⁶⁹.

Más específicamente, con relación a la dogmática penal, podemos afirmar que el positivismo jurídico del siglo XIX se caracterizó por concebir al Derecho positivo como su objeto³⁷⁰. Ahora bien, según MIR PUIG, la ciencia penal alemana

³⁶⁶ BOBBIO, *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*, pp. 103-110.

³⁶⁷ BOBBIO, *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*, pp. 123-129.

³⁶⁸ Esto varía sustancialmente durante el siglo XX, en el que el positivismo jurídico es reemplazado progresivamente por el Constitucionalismo, al que ya hicimos referencia. Al respecto, ver PRIETO SANCHÍS, *Constitucionalismo y Positivismo*, 2ª ed., p. 8.

³⁶⁹ BOBBIO, *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*, pp. 126 y 129-137.

³⁷⁰ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 1ª ed., p. 51.

de la primera parte del siglo XIX, si bien contempló como objeto de estudio al Derecho positivo, no puede ser calificada como positivista en el sentido estricto de la palabra (entiendo yo, desde el punto de vista ideológico). Fue recién hacia 1870 que se produjo el triunfo del positivismo, corriente que “negó la licitud de introducir juicios de valor o referencias a la realidad metajurídica en la tarea dogmática”³⁷¹. En ese marco, fue promulgado en 1871 el primer Código penal alemán de ámbito general y destacaron las obras de tres penalistas: BINDING, MERKEL y, fundamentalmente, VON LISZT.

MIR PUIG recuerda que es en la obra de BINDING, último gran representante del llamado Derecho penal liberal³⁷², donde aparecen con claridad las características y el significado político del método positivista-normativista. En ese sentido, “la exclusión de todo elemento extraño a la ley preside su obra, y basa ésta en la perspectiva liberal”³⁷³. BINDING, fundador de la teoría de las normas³⁷⁴,

³⁷¹ MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, 2ª ed., p. 188.

³⁷² MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, 2ª ed., p. 195, n. 109, recuerda que BINDING representa el Estado de Derecho autoritario, surgido del compromiso de la burguesía con el Estado militar alemán de la segunda mitad del siglo XIX. La concepción de culpabilidad y, específicamente, de dolo de BINDING se encuentra en BINDING, *La culpabilidad en Derecho penal* (trad. Cancio Meliá), B de F, 2009, pp. 33 y ss.

³⁷³ MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, 2ª ed., p. 191.

³⁷⁴ MAÑALICH, “El delito como injusto culpable. Sobre la conexión funcional entre el dolo y la conciencia de la antijuridicidad en el Derecho penal chileno”, en *Revista de Derecho*, vol. XXIV, n° 1, julio 2011, pp. 91-92, en el marco de la teoría de las normas, efectúa una interesante distinción entre las normas de comportamiento y las normas de sanción. Al respecto, sostiene que estas comparten tres diferencias fundamentales. En primer lugar, en atención a su estructura, la norma de comportamiento es un estándar categórico de comportamiento jurídicamente correcto, mientras que la norma de sanción es una regla condicional que condiciona la aplicabilidad de una consecuencia punitiva a la realización de un supuesto de hecho. En segundo lugar, en atención a sus destinatarios. Mientras que la norma de comportamiento se dirige a cualquier persona que pueda llegar a estar en posición de abstenerse de ejecutar la acción prohibida o de realizar la acción ordenada, la norma de sanción no constituye una norma que imponga directamente un deber, sino una proposición jurídica afirmativa que configura derechos punitivos y determina su contenido, en interés del titular del *ius puniendi* y de la persona en contra de la cual ese derecho es ejercido. En tercer lugar, en atención a sus criterios de legitimación material, la finalidad de la norma de comportamiento consiste en la evitación de menoscabos para un bien jurídico, mientras que la finalidad de la norma de sanción se encuentra en el establecimiento concluyente de determinados derechos y deberes punitivos a consecuencia del quebrantamiento imputable de la norma de comportamiento. En MAÑALICH, *Norma, causalidad y acción. Una teoría de las normas para la dogmática de los delitos de resultado puros*, Marcial Pons, 2014, pp. 18 y ss., pp. 24-26, con relación a las normas de comportamiento, distingue dos casos: cuando se trata del tipo de un delito comisivo, la norma de comportamiento está constituida por una norma de prohibición, que es una razón perentoria para la omisión de acciones de cierta clase; mientras que cuando se trata del tipo de un delito omisivo, la norma de comportamiento está constituida por una norma de requerimiento, que es una razón perentoria para la ejecución de acciones de cierta clase. Explica, asimismo, que para que una norma se encuentre asegurada depende de que esta sea “subjétivamente reconocida” como tal por su respectivo destinatario. No es entonces suficiente que la norma exhiba el estatus de una razón “objetivamente existente”, ya que, si el destinatario de una norma de prohibición no está situacionalmente capacitado para omitir la acción prohibida a modo de conclusión de una inferencia práctica, entonces no cabe imputarle el quebrantamiento de la norma a título de una infracción de deber, toda vez que “deber implica poder” (*ultra posse nemo obligatur*)³⁷⁴. Acerca de la diferencia entre mandato y prohibición, ver BINDING, *La culpabilidad en Derecho penal*, pp. 23 y ss.

plantea como tesis fundamental la independencia conceptual entre norma y ley penal³⁷⁵. Concibe a la norma como un puro imperativo que no pertenece al Derecho penal sino al Derecho público general, mientras que la ley penal dirigida al juez establece la amenaza de pena frente a la infracción de la norma³⁷⁶. El imperativismo de BINDING lo llevó a entender el delito como desobediencia de la norma. Concibió así un deber de obediencia que sólo corresponde a los imputables. Desde un punto de vista crítico, MIR PUIG expresa la capacidad expansiva de esta teoría de BINDING, ya que “concebir el Derecho penal como apéndice sancionador del ordenamiento jurídico puede conducir, por el contrario, a la tendencia a buscar continuamente el apoyo sancionador del Derecho penal”³⁷⁷.

MERKEL no abandonó el planteamiento positivista, pero percibió la necesidad de “un Derecho penal más atento a las exigencias político-criminales (...) de la nueva época”³⁷⁸. Así, en su obra se da un primer paso para llegar a los planteamientos que otorgan, frente a la dogmática penal, un rol trascendente a la política criminal.

Según MIR PUIG, fue VON LISZT el máximo representante del positivismo naturalista, que se caracterizó por “la traslación a la ciencia penal de los métodos propios de las ciencias empíricas”. El mismo autor sostiene que la aparición del positivismo naturalista estuvo determinada, por un lado, por la crisis del Estado liberal clásico y su sustitución por el Estado social intervencionista y, por otro lado, por el apogeo de las ciencias de la naturaleza y del evolucionismo de DARWIN. Ahora bien, VON LISZT no renunció al individualismo liberal, sino que lo creía compatible con un Derecho penal que interviniera activamente en la vida social³⁷⁹. En esa línea, atribuyó a la ciencia penal una dualidad de métodos. Así, según ROXIN, VON LISZT distingue la política criminal, en la que incluye la misión social del Derecho penal consistente en la lucha contra el delito, de la dogmática penal, a la que le corresponde la función liberal de asegurar la igualdad en la aplicación del Derecho y proteger la libertad individual frente a la intervención del Estado³⁸⁰. Podemos distinguir varias fases en el pensamiento de VON LISZT, ya que su obra se caracteriza “por una progresiva disminución de la estimación del papel que atribuyó al método dogmático, en beneficio del método empírico”³⁸¹.

VON LISZT apela a la lógica formal para la construcción dogmática, por lo que se enmarca en una perspectiva positivista que, según MIR PUIG, repudia la

³⁷⁵ ROBLES PLANAS, *Estudios de dogmática jurídico-penal...*, p. 31.

³⁷⁶ COUSO SALAS, *Fundamentos del Derecho penal de culpabilidad...*, pp. 67-68.

³⁷⁷ MIR PUIG, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, pp. 160-161.

³⁷⁸ MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, 2ª ed., p. 195.

³⁷⁹ MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, 2ª ed., pp. 196-199.

³⁸⁰ ROXIN, *Política criminal y sistema del Derecho penal* (trad. MUÑOZ CONDE), 2ª ed., 1ª reimpr., Hammurabi, 2002, p. 32.

³⁸¹ MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, 2ª ed., p. 203.

contemplación ontológica por considerarla metafísica y prefiere la observación externa formal de los objetos de conocimiento. Construye el concepto clásico de delito, que es un concepto material (delito como lesión de un bien jurídico) y con una visión analítica que lo define como la suma de notas –principalmente: acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad- perfectamente separadas, y a un mismo nivel lógico, unas de otras^{382/383}. Para SILVA SÁNCHEZ, el modelo analítico-clasificador del delito propuesto por VON LISZT y desarrollado por la dogmática convencional responde al paradigma científico general del siglo XIX y “se halla asentado básicamente sobre una ordenación binaria”³⁸⁴ (castigo o no-castigo, antijuridicidad o justificación, dolo o imprudencia, error de tipo o de prohibición, etc.). Según COUSO SALAS, el comienzo de la teoría del delito puede observarse en el sistema clásico de delito de LISZT-BELING, acuñado a fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX, sistema caracterizado por distribuir los elementos objetivos y externos del delito en el injusto y los elementos subjetivos e internos en la culpabilidad³⁸⁵.

4.1.2. Neokantismo

Fue el neokantismo la corriente que buscó hacer frente a la problemática planteada por la antigua metodología positivista. Según constata MIR PUIG, las tres categorías centrales de la teoría del delito –acción, antijuridicidad y culpabilidad- no encontraban una explicación satisfactoria de acuerdo a la metodología positivista. Por ello, la escuela neoclásica debió enfrentar diversos problemas. En primer lugar, la comprensión naturalística de la acción por parte del positivismo como modificación causal del mundo exterior (VON LISZT, BELING) no estaba en condiciones de concebir a la omisión, ya que la esencia de ésta no era negativo-naturalística, sino negativo-normativa. En segundo lugar, el positivismo no explicaba satisfactoriamente la antijuridicidad, que se agotaba en la causación de la lesión al bien jurídico a constatar empíricamente. Al respecto,

³⁸² MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, 2ª ed., p. 205.

³⁸³ Una visión distinta es la de MERKEL. Al respecto, PAWLIK, *La libertad institucionalizada, Estudios de filosofía jurídica y Derecho penal*, Marcial Pons, 2010, pp. 122-123, sostiene que “MERKEL había puesto en tela de juicio la posibilidad en general de la existencia de una categoría de injusto independiente de la culpabilidad”, a lo que añade que MERKEL incluye en el injusto el atributo de la imputabilidad en sí, ya que “sólo alguien, que el Derecho reconoce como competente desde un punto de vista comunicativo –con capacidad de imputabilidad-, está en condiciones de actuar de una forma relevante en contra de los mandatos y prohibiciones del Derecho”. Por otro lado, HRUSCHKA hace referencia a la “teoría de los elementos negativos del tipo”, cuya autoría es atribuida por MAURACH a MERKEL y según la cual “el dolo no se limita a la conciencia de las circunstancias que colman un tipo delictivo, sino que también incluye la no representación de las circunstancias justificantes”. Ver más en HRUSCHKA, “¿Realmente es “limitada” la teoría “imitada” de la culpabilidad?”, en *Imputación y Derecho penal...*, 2ª ed., pp. 172 y ss. Una visión crítica de esta teoría fue sustentada en su época por BINDING. Al respecto, ver BINDING, *La culpabilidad en Derecho penal*, pp. 39 y ss.

³⁸⁴ SILVA SÁNCHEZ, “Dimensiones de la sistematicidad de la teoría del delito”, en *El sistema integral del Derecho penal, Delito, determinación de la pena y proceso penal* (Wolter J., Freund G. Eds.), Madrid-Barcelona, 2004, p. 16.

³⁸⁵ COUSO SALAS, *Fundamentos del Derecho penal de culpabilidad...*, pp. 72 y 76.

MIR PUIG explica que, bajo la metodología positivista, no era posible descubrir el contenido de desvalor inherente a dicha contrariedad normativa, ni siquiera bajo el concepto de antijuridicidad material acuñado por VON LISZT. En tercer lugar, la metodología positivista planteaba el inconveniente de no permitir la inclusión de elementos subjetivos en la antijuridicidad. Acerca de ello, MIR PUIG afirma que al entender la antijuridicidad como lesión causal de un bien jurídico, los elementos subjetivos no tenían intervención alguna en la presencia de dicha lesión, que podría concurrir aunque aquellos faltasen. Finalmente, la metodología positivista tampoco explicaba satisfactoriamente la culpabilidad. Así, sostiene MIR PUIG que dicha metodología cerró las puertas a una concepción unitaria de la culpabilidad, toda vez que el pensamiento causal naturalístico identificaba la culpabilidad con el dolo o la culpa. Bajo tal concepción, la imputabilidad y las causas de exclusión de la culpabilidad no encontraban un lugar adecuado, ya que no afectaban a la relación psicológica del autor con su hecho. La metodología positivista no podía tampoco explicar satisfactoriamente la culpa inconsciente, ya que en dicha figura faltaba una relación psicológica entre el autor y el resultado producido. Es más, la concepción psicológica de la culpabilidad no podía explicar adecuadamente ninguna de las modalidades de la culpa, al no tener en cuenta el factor normativo de la infracción de la norma de cuidado³⁸⁶.

Ante tal estado de cosas, los neokantianos construyeron el concepto neoclásico de delito que, según JESCHECK, se estructuró a partir de los fines perseguidos por el Derecho penal y los juicios de valor que le sirven de base³⁸⁷. Siguiendo a SILVA SÁNCHEZ, puedo afirmar que el neokantismo sustituyó el método jurídico formal del positivismo e introdujo consideraciones axiológicas y materiales³⁸⁸. Según MIR PUIG, a diferencia del historicismo, que distinguía las ciencias naturales de las ciencias del espíritu en función del objeto, el neokantismo formulaba la distinción en función del método. El concepto de realidad era idéntico para los positivistas y los neokantianos, aunque estos últimos introdujeron lo subjetivo. El mismo autor añade que el neokantismo partía de la premisa de que el conocimiento científico estaba condicionado por categorías *a priori* de la mente del sujeto, teniendo ello como consecuencia que los valores no residiesen en el objeto mismo, sino que constituían el resultado de la aplicación a él de las categorías *a priori* del sujeto: “los valores no provienen del objeto, sino del método, y, lo que es más importante, no son objetivos, sino subjetivos”³⁸⁹.

³⁸⁶ MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, 2ª ed., pp. 207-210.

³⁸⁷ JESCHECK-WEIGEND, *Tratado de Derecho penal, Parte General*, 5ª ed., Comares, 2003, p. 220.

³⁸⁸ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., B de F, 2010, p. 88.

³⁸⁹ MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, 2ª ed., pp. 212, 219 y 226.

Ahora bien, lo cierto es que la introducción del concepto neoclásico de delito no implicó la anulación definitiva de los antiguos postulados del positivismo³⁹⁰. Para MIR PUIG, el concepto neoclásico de delito es una mezcla de dos componentes difícilmente conciliables: orígenes positivistas y revisión neokantiana. Con relación a los primeros, destacan el concepto causal de acción; la separación de antijuridicidad y culpabilidad como parte objetiva y parte subjetiva del hecho; y la permanencia del dolo, la culpa y el caso fortuito en la culpabilidad³⁹¹. Por su parte, la revisión neokantiana generó la introducción de elementos valorativos en la teoría general del delito. SILVA SÁNCHEZ explica que, “al convertirse el valor en rector del contenido de las categorías sistemáticas, la elaboración conceptual se distancia (...) de la concepción de la ley como dogma”³⁹². Ello permitió que, en la teoría general del delito, se fundamentara:

“(...) la introducción de elementos valorativos en la causalidad (antes física), de elementos subjetivos en el tipo (antes objetivo), de consideraciones materiales en la antijuridicidad (antes básicamente formal) y de normativas en la culpabilidad (antes entendida como relación de causalidad psicológica)”³⁹³.

En la misma línea, MIR PUIG³⁹⁴ enumera aquellos postulados que fueron fruto de la introducción de la metodología referida a valores, entre los que se encuentran la concepción de la acción como comportamiento humano para aprehender el sentido de la omisión; la comprensión de un tipo de injusto que sea vehículo de expresión del juicio de desvalor propio de la antijuridicidad; la inclusión de elementos subjetivos en el injusto³⁹⁵; la comprensión de antijuridicidad y culpabilidad como dañosidad social y como reprochabilidad por la motivación contraria a la norma.

MEZGER fue un representante destacado de la escuela neoclásica. Definió la norma jurídica penal como un juicio objetivo sobre determinados acontecimientos y estados desde el punto de vista del Derecho. Para MEZGER, una acción era antijurídica cuando contradecía las normas objetivas del Derecho, cuando lesionaba el ordenamiento jurídico. Sostenía además que la delimitación

³⁹⁰ SCHÜNEMANN, *Cuestiones básicas del Derecho penal en los umbrales del tercer milenio*, p. 47, sostiene que “a pesar de que el pensamiento neokantiano, por comparación con el naturalismo, supuso una verdadera revolución en el sistema y el método de la ciencia del Derecho penal, sus consecuencias en cuanto a la clasificación y sucesión de los cuatro niveles fundamentales del sistema del Derecho penal fueron sorprendentemente limitadas”.

³⁹¹ Mayor detalle en MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, 2ª ed., pp. 221-222.

³⁹² SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., p. 91

³⁹³ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., p. 91

³⁹⁴ MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, 2ª ed., pp. 221-222.

³⁹⁵ Acerca del descubrimiento de los elementos subjetivos del tipo, desarrolla las aportaciones de HANS FISCHER y AUGUST HEGLER, DÍAZ-ARANDA, *Dolo. Causalismo-finalismo-funcionalismo y la reforma penal en México*, Ed. Porrúa, 2000, pp. 26 y ss. Por su parte, LAPORTA, *El dolo y su determinación en Casación. Normativización y ubicación estructural en una concepción personal del injusto*, Lexis Nexis, 2007, pp. 17 y ss., hace referencia a la concepción de dolo en la teoría de los elementos negativos del tipo.

fundamentalmente objetiva del Derecho frente al injusto no era obstáculo para que en dicha delimitación pudieran ser determinantes en algunos casos ciertas características anímicas de la persona del agente. Así citaba el caso de los delitos de intención (mutilados de dos actos), los delitos de tendencia (en los que incluía los delitos de resultado cortado) y los delitos de expresión³⁹⁶. MEZGER distinguió las normas objetivas de valoración de las normas subjetivas de determinación, dirigidas éstas últimas a traducir los juicios objetivos en términos de deberes jurídicos personales³⁹⁷. MEZGER sostenía que, de las normas objetivas de valoración, se deducían las normas subjetivas de determinación dirigidas al concreto súbdito del Derecho y añadía que la lesión de estas normas era de importancia decisiva, no para la determinación del injusto, pero sí para la de la culpabilidad:

“(…) el deslinde conceptual entre la norma jurídica como norma de valoración que se dirige “a todos” y la norma de deber como norma de determinación que se dirige “sólo” al personalmente obligado, hace posible, en consecuencia, el necesario y claro contraste entre los dos presupuestos básicos del delito, entre la antijuridicidad objetiva y la reprochabilidad personal”³⁹⁸.

4.1.3. *Finalismo*

La introducción de la dogmática finalista implicó un cambio decisivo frente al positivismo formalista y el relativismo axiológico neokantiano³⁹⁹. WELZEL, fundador indiscutible del finalismo, sostuvo que el verdadero sentido de la acción finalista era el restablecimiento de la función ético-social del Derecho penal y la superación de las tendencias naturalistas-utilitaristas en la ciencia del Derecho penal⁴⁰⁰. Para el finalismo, la dogmática no debía ocuparse de lo contingente ni debía tener por objeto esencial el Derecho positivo ni debía atender a valoraciones de contenido variable en función de la diversidad de sujetos o de

³⁹⁶ MEZGER, *Tratado de Derecho penal* (nueva edición revisada y puesta al día por RODRÍGUEZ MUÑOZ), T. I, Madrid, 1946, pp. 328, 339-346 y 357-358. Ver también DÍAZ-ARANDA, *Dolo. Causalismo-finalismo-funcionalismo y la reforma penal en México*, Ed. Porrúa, 2007, p. 27.

³⁹⁷ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 1ª ed., p. 223, identifica la norma de valoración con un juicio de valor, cuyo contenido se va internalizando en los procesos de socialización, y la norma de determinación con un imperativo, que dirige sus directrices de conducta a los ciudadanos, tratando de motivarlos en contra de la realización de delitos, mediante la intimidación con el mal de la pena para el caso de que no atiendan a la referida motivación.

³⁹⁸ MEZGER, *Tratado de Derecho penal*, I, p. 343. Según LAURENZO COPELLO, *Dolo y conocimiento*, Tirant lo Blanch, 1999, pp. 58-59, MEZGER construyó su sistema del delito en base a la distinción entre lesión de la norma de valoración, que implicaba la antijuridicidad (contrariedad objetiva del hecho con el ordenamiento jurídico) y el incumplimiento del deber personal de atención al Derecho, que fundamentaba el juicio de reproche dirigido al autor. Sin embargo, la doctrina posterior entiende fundamentalmente que tanto la norma de valoración como la norma de determinación influyen en la antijuridicidad. Al respecto, ver MIR PUIG, “Valoraciones, normas y antijuridicidad penal”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 06-02, 2004.

³⁹⁹ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª. ed., p. 92.

⁴⁰⁰ WELZEL, *La teoría de la acción finalista*, Astrea, 1951, p. 18.

las condiciones culturales; sino que debía ser una dogmática sistemática cuyo objeto básico fuera lo permanente, lo supranacional, lo suprapositivo de la materia jurídica⁴⁰¹.

WELZEL cuestionó al causalismo el haber reducido el objeto del Derecho penal al resultado de factores causales ciegos, incapaces de captar el papel específico del ser humano en la configuración de la vida social⁴⁰². Explicaba WELZEL que prohibir todas las lesiones de bienes jurídicos como injusto objetivo implicaría detener toda vida social⁴⁰³. Señalaba entonces que la teoría causal de la acción, al centrar su objeto en el resultado causado, no conducía a la valoración jurídica, sino que se alejaba de ella y hasta bloqueaba su acceso⁴⁰⁴.

Criticó sobretodo WELZEL la antigua comprensión del concepto de lo injusto que partía de la distinción objetivo-subjetivo⁴⁰⁵. Para WELZEL, era cuestionable que la teoría causalista continuara incluyendo el dolo del delito consumado en la culpabilidad cuando al mismo tiempo reconocía que en la tentativa, la decisión delictual del autor no era un mero elemento de la culpa, sino un elemento del injusto⁴⁰⁶. Ante ello, en tono crítico se preguntaba “cómo podría depender de que el disparo dé o no en el blanco, el que el dolo sea un elemento de lo injusto o de la culpabilidad”⁴⁰⁷. Asimismo, cuestionó WELZEL la concepción de culpabilidad como relación psíquica del autor con el resultado, ya que dicha elaboración llevaba al fracaso de intentar dar una explicación a la culpa inconsciente y no permitía una graduación del dolo⁴⁰⁸.

Frente a ello y a diferencia del causalismo, WELZEL entendía el mundo de lo social como “un orden dotado por sí mismo de sentido, esto es, como una estructura óptica ordenada en función de criterios de sentido y de valor”⁴⁰⁹, en la que la teoría del delito se concebía como un sistema estructurado sobre “estructuras lógico-objetivas”. Al respecto, SILVA SÁNCHEZ sostiene que, para el finalismo, la realidad ya tenía incorporada la dimensión de sentido, que consistía en una dimensión ontológica, no epistemológica, del ser y no de su conocimiento⁴¹⁰. En esa línea, MIR PUIG señala que, mientras que los neokantianos elevaron a

⁴⁰¹ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª. ed., pp. 92-93.

⁴⁰² LAURENZO COPELLO, *Dolo y conocimiento*, p. 75.

⁴⁰³ WELZEL, *Estudios de Derecho penal* (trad. Eduardo Aboso – Tea Low), Montevideo-Buenos Aires, 2002, p. 49.

⁴⁰⁴ WELZEL, *Estudios de filosofía del Derecho y Derecho penal*, B de F, 2004, p. 11.

⁴⁰⁵ Respecto de la antigua doctrina objetiva del injusto y los problemas que presentaba, ver FRISCH, W.: “El error como causa de exclusión del injusto y/o como causa de exclusión de la culpabilidad”, en FRISCH, W. y otros, *El error en Derecho Penal*, Ad-Hoc, 1999, pp.14 y ss.

⁴⁰⁶ WELZEL, *La teoría de la acción finalista*, p. 30.

⁴⁰⁷ WELZEL, *El nuevo sistema del Derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista* (versión castellana de la edición alemana de 1961 y notas por CEREZO MIR), Barcelona, 1964, p. 63.

⁴⁰⁸ WELZEL, *La teoría de la acción finalista*, pp. 31-32.

⁴⁰⁹ LAURENZO COPELLO, *Dolo y conocimiento*, p. 75.

⁴¹⁰ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª. ed., p. 95.

máxima fundamental el principio según el cual el método, y no el objeto, determina el conocimiento, WELZEL invirtió el planteamiento y afirmó que el objeto determinaba el método⁴¹¹.

Para el finalismo, la estructura lógico-objetiva por excelencia era la acción finalista⁴¹². Según WELZEL, la acción humana era ejercicio de la actividad finalista⁴¹³ y no un acontecimiento meramente causal. En su Trat. de Derecho penal alemán, explicó WELZEL que el hombre, gracias a su saber causal, podía prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su acción, ponerse fines diversos y dirigir su actividad a la consecución de los mismos⁴¹⁴. En otro lugar señaló, en la misma línea, que la voluntad consciente del objetivo que dirige el acontecimiento causal era la espina dorsal de la acción finalista. Para WELZEL, la voluntad finalista se extendía a todas las consecuencias que el autor debía realizar para la obtención del objetivo, lo que incluía el objetivo que quería alcanzar, los medios que debía emplear para alcanzarlo y las consecuencias secundarias vinculadas al empleo de dichos medios⁴¹⁵. LAURENZO apunta que en la teoría finalista era “la previsión del suceso” el criterio que, en términos ontológicos, diferenciaba lo meramente causado de lo configurado por la voluntad, teniendo como consecuencia que todos aquellos efectos que el sujeto hubiera tenido en cuenta como parte de ese conjunto debían atribuirse a su voluntad de realización⁴¹⁶.

Según explicó WELZEL, la dirección final de una acción se llevaba a cabo en dos etapas. La primera ocurría en la esfera del pensamiento e incluía la anticipación del fin, la selección de los medios de la acción para la consecución del fin y la

⁴¹¹ MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, 2ª ed., p. 229.

⁴¹² La teoría de la acción finalista ha sido objeto de diversas críticas. Entre ellas, destacan las de MAYER y ENGISCH. Ambas se dirigen a sostener la existencia de una cierta inconsecuencia en la teoría de WELZEL, al supuestamente sostener que no realiza acción alguna aquél que obra sin dolo. Así, se hace referencia al ejemplo de la enfermera que coloca al enfermo una inyección prescrita por el médico sin saber que aquél ha colocado veneno en la jeringa, la cual según WELZEL –sostienen los críticos– “no actúa”. Frente a dicha crítica, WELZEL sostiene que todo parte de una confusión –usual en la lengua alemana– entre el dolo y el dolo de la realización del tipo. Agrega el autor que todo dolo del tipo es una voluntad finalista de acción, pero no toda voluntad finalista de acción es un dolo del tipo. Así, dolo en el sentido técnico del Derecho penal es sólo la voluntad de acción dirigida a la realización de un tipo de delito. En consecuencia, la enfermera del caso, si bien realiza una acción finalista de poner una inyección, no realiza ninguna acción finalista de matar. Al respecto, ver WELZEL, *Estudios de filosofía del Derecho y Derecho penal*, pp. 4-5.

⁴¹³ WELZEL, *La teoría de la acción finalista*, p. 19.

⁴¹⁴ WELZEL, *Derecho penal alemán. Parte General*, 11ª ed., 4ª ed. castellana (traducción del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez), Editorial Jurídica de Chile, reimpr., 1997, p. 39.

⁴¹⁵ WELZEL, *La teoría de la acción finalista*, pp. 20-21. MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, 2ª ed., p. 232, entiende que la acción siempre es causal y final. Sucede entonces que, mientras las ciencias naturales contemplan la realidad en su aspecto causal, la dogmática jurídica penal del finalismo se refiere a acciones humanas caracterizadas por la “intencionalidad” o “finalidad”, pudiendo así WELZEL afirmar que la acción final es un concepto prejurídico, una “estructura lógico-objetiva”.

⁴¹⁶ LAURENZO COPELLO, *Dolo y conocimiento*, p. 81.

consideración de los efectos concomitantes. En la segunda etapa, el autor efectuaba su acción en el mundo real, poniendo en movimiento, conforme a su plan, los medios de acción (factores causales) escogidos con anterioridad, cuyo resultado era el fin junto con los efectos concomitantes que se habían incluido en el complejo total a realizar⁴¹⁷. Todo ello llevó a WELZEL a plantear un concepto personal de lo injusto y la primacía del desvalor de acción, con la consecuencia de ubicar el dolo en el tipo subjetivo. Esto último merecerá mayor desarrollo en el segundo capítulo.

Con relación a la concepción de la norma jurídico penal, WELZEL sostuvo que la estructura final de la acción era constitutiva para las normas del Derecho penal, ya que estas no podían dirigirse a procesos causales ciegos, sino “sólo a acciones, que tienen la capacidad de configurar finalmente el futuro”⁴¹⁸. En la línea de lo expuesto por SILVA SÁNCHEZ, para el finalismo, el Derecho no está constituido por simples normas de valoración, sino que tiene la misión de influir sobre el comportamiento humano y, por tanto, dirige a sus destinatarios mandatos y prohibiciones de conducta⁴¹⁹. Según LAURENZO, para los finalistas, la función de las normas penales es influir sobre el ser humano en tanto éste es capaz de orientar el acontecer conforme a fines, por lo que sólo las acciones finales pueden constituirse en objeto de las prohibiciones. Agrega la misma autora:

“(…) si las normas penales tienen por objeto una «actividad dirigida conscientemente en función del fin», su consecuencia inmediata será que todos los elementos que forman parte de ella serán necesarios para considerar infringida la prohibición, es decir, para calificar el hecho de antijurídico”⁴²⁰.

Es por ello que, para el finalismo, el dolo y la culpa se integran a lo ilícito y ya no se ubican más en la culpabilidad. Al respecto, MIR PUIG sostiene que la necesidad de situar el dolo en el tipo se deriva de la estructura lógico-objetiva de la finalidad del actuar humano⁴²¹. Explica que, si la acción es final y el legislador sólo puede prohibir –u ordenar- acciones finales, “la finalidad deberá formar parte del objeto de la prohibición o mandato jurídico-penal, esto es, del tipo de injusto”⁴²².

Esta nueva ubicación del dolo y la culpa propuesta por el finalismo trajo como consecuencia significativos cambios en la teoría del delito. Así, la conciencia de

⁴¹⁷ WELZEL, *Derecho penal alemán. Parte General*, 11ª ed., 4ª ed. castellana, pp. 40-41.

⁴¹⁸ WELZEL, *Derecho penal alemán. Parte General*, 11ª ed., 4ª ed. castellana, p. 44.

⁴¹⁹ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª. ed., p. 99.

⁴²⁰ LAURENZO COPELLO, *Dolo y conocimiento*, pp. 78-80

⁴²¹ En la misma línea, JESCHECK-WEIGEND, *Tratado de Derecho penal, Parte General*, 5ª ed., Comares, p. 227, sostienen que, de la estructura final de la acción, se deduce la consecuencia de que el dolo, junto con otros elementos subjetivos del injusto, debe pertenecer al tipo.

⁴²² MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, 2ª ed., p. 235.

la antijuridicidad se escindió del dolo, convirtiéndose en el factor central de la culpabilidad; se diferenció el error de tipo que excluía el dolo del error de prohibición que sólo negaba la conciencia de la antijuridicidad; y la participación en el delito sólo podría existir ahora en caso de que el hecho principal fuera doloso⁴²³.

En mi opinión, la pertenencia del dolo al tipo de injusto fue la consecuencia dogmática más relevante del finalismo⁴²⁴, que ha ejercido además una trascendental influencia en la dogmática penal. Al respecto, en la década de 1970, MIR PUIG sostuvo con claridad que, más allá de las críticas, el finalismo consiguió que su consecuencia dogmática más importante –la pertenencia del dolo al tipo de injusto y la consiguiente adición en éste del “desvalor de la acción” junto al “desvalor del resultado”- pudiera considerarse dominante en los tratados y manuales alemanes⁴²⁵. SCHÜNEMANN, por su parte, sostiene que el sistema finalista:

“(...) (desarrolló eficazmente) descubrimientos ya asentados en el pensamiento jurídico-penal neokantiano, posibilitó, por otro lado, el establecimiento de diferenciaciones antes ignoradas de modo general, y, en suma, redefinió de modo mucho más profundo las cuatro categorías sistemáticas, conocidas desde el naturalismo, de la acción, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, delimitándolas recíprocamente de nuevo”⁴²⁶.

⁴²³ JESCHECK-WEIGEND, *Tratado de Derecho penal, Parte General*, 5ª ed., p. 227.

⁴²⁴ Díez Ripollés, *Los elementos subjetivos del delito. Bases metodológicas*, 2ª ed., B de F, 2007, pp. 62 y ss., recoge planteamientos de autores como Krauss, quien intenta mostrar cómo el contenido subjetivo del dolo depende de decisiones dogmáticas previas como es el lugar sistemático de la teoría del delito en el que se decide incluirlo. Al respecto, entiende que su inclusión en lo injusto “conduce a una “objetivación” del dolo: al igual que los restantes elementos subjetivos de lo injusto ha de ajustarse a un Derecho penal del hecho orientado en la protección de bienes jurídicos. Eso implica que su contenido se precisa a tenor de las categorías valorativas de las concepciones sociales y no de análisis científico-naturales de la estructura motivacional”.

⁴²⁵ Mir Puig, *Introducción a las bases del Derecho penal*, 2ª ed., p. 257. Por su parte, Schünemann, *Cuestiones básicas del Derecho penal en los umbrales del tercer milenio*, pp. 54-55, entiende que entre los éxitos especiales del finalismo debe mencionarse el rechazo de la teoría del dolo y la defensa de la teoría de la culpabilidad por parte de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Federal en el año 1952, que además fue acogida legalmente en 1975; la acogida en el CP alemán de la doctrina relativa a que no cabe participar en un hecho principal no doloso; así como la nueva configuración del injusto imprudente a partir de la infracción del deber objetivo de cuidado acogida por el Pleno de la Sala de lo Civil en una sentencia de 1957. En la misma línea, Roxin, “El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania”, p. 3, sostiene que la doctrina final de la acción ha dejado “hondas y perdurables huellas en la Dogmática jurídico-penal”. Destaca que hoy en Alemania son planteamientos dominantes el reconocimiento del dolo como parte del tipo subjetivo y la idea de que el injusto penal se compone de un desvalor de acción y de un desvalor de resultado. Asimismo, apunta a la influencia del finalismo en la legislación, muestra de lo cual es la distinción entre error de tipo y error de prohibición, así como la limitación de la participación a un hecho doloso. Explica, sin embargo, que la teoría de la acción penal no se ha impuesto, debido a sus evidentes deficiencias, como son la imposibilidad de explicar los delitos imprudentes y los delitos omisivos a partir de la finalidad del actuar del autor.

⁴²⁶ Schünemann, *Cuestiones básicas del Derecho penal en los umbrales del tercer milenio*, p. 53.

Sin embargo, debo precisar que la inclusión del momento subjetivo de desobediencia en el centro del injusto es consecuencia de la concepción imperativa de la norma penal punitiva y no necesariamente de asumir el postulado finalista⁴²⁷. Así, no es lícito afirmar que todo aquel que incluye el dolo en el tipo es, por esto solo, “finalista”, de la misma forma que no basta reconocer el carácter “final” de la acción para ser tratado como tal. MIR PUIG cita el caso de MEZGER, representante del neokantismo, quien se mostró decididamente a favor del concepto final de acción, distanciándose del posterior postulado del finalismo en las premisas metodológicas⁴²⁸. En la misma línea, CEREZO MIR sostiene:

“La pertenencia del dolo al tipo de lo injusto no cabe deducirla, sin embargo, de consideraciones ontológicas, concretamente de la estructura finalista de la acción humana (...). Viene exigida por la existencia de los restantes elementos subjetivos de lo injusto (...) viene exigida, además, por la punición de la tentativa (...) viene exigida también por la presencia en algunos tipos delictivos de conductas inequívocamente finalistas, que no pueden ser comprendidas de un modo puramente causal (...)”⁴²⁹.

Comparte CEREZO MIR la idea de que la pertenencia del dolo al tipo de lo injusto es una consecuencia obligada de la concepción de la antijuridicidad como infracción de normas de determinación. Sin embargo, apunta que, bajo su perspectiva, aunque se concibiese la antijuridicidad como infracción de una norma de valoración:

“(...) el dolo habría de pertenecer al tipo de lo injusto de los delitos dolosos en un Código penal, como el nuestro, en que sea preciso apreciar la existencia de elementos subjetivos de lo injusto, se castigue la tentativa de delito y aparezcan tipos configurados de un modo finalista”⁴³⁰.

⁴²⁷ Al respecto, ver MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, 2ª ed., pp. 45-46. Asimismo, debe recordarse que la reubicación del dolo en el tipo es postulada por autores anteriores al finalismo, como VON WEBER, WOLF, LANGE y MAYER. Al respecto, ver DÍAZ-ARANDA, *Dolo. Causalismo-finalismo-funcionalismo y la reforma penal en México*, pp. 36 y ss. Así, COUSO SALAS, *Fundamentos del Derecho penal de culpabilidad. Historia, teoría y metodología*, Tirant lo Blanch, 2006, p. 129, acierta al sostener que “la sistemática finalista (...) se impone más por la acogida que encuentran sus consecuencias sistemáticas, por ejemplo en materia de regulación de error de tipo y de prohibición, que por su corrección metodológica”.

⁴²⁸ MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, 2ª ed., p. 228.

⁴²⁹ CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español, Parte General, II. Teoría jurídica del delito*, 6ª ed., Tecnos, 2004, pp. 123 y ss.

⁴³⁰ CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español, Parte General, II. Teoría jurídica del delito*, 6ª ed., pp. 123 y ss. Acerca de los argumentos a favor de la inclusión del dolo como desvalor de acción en el injusto, efectúa un importante resumen LUZÓN PEÑA, *Lecciones de Derecho penal Parte General*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, 2012, pp.180-181. Dicho autor, además de los argumentos presentados por MIR PUIG y CEREZO MIR, destaca que no hay injusto sin desvalor de acción, aunque se cause un desvalor del resultado, y que el dolo supone una conducta objetivamente más peligrosa para el bien jurídico que la imprudencia.

Si bien hoy el finalismo se considera un planteamiento superado, hace no muchos años en Latinoamérica SANCINETTI ha defendido que el centro de gravedad del ilícito es la acción con tendencia al menoscabo del bien jurídico. Así, explica que la razón de la imputación se encuentra en los actos del sujeto, que es aquello que puede dominar. Precisa que el sistema de la teoría de las normas que está en la base de sus puntos de vista es la posición de A. KAUFMANN y sostiene que tanto la norma de valoración como la norma de determinación tienen el mismo objeto: la conducta. Considera entonces como una falacia naturalista que se califique como más grave un homicidio consumado que el intentado por el hecho de que haya un muerto, ya que “la condición de muerto, como tal, es precisamente un proceso natural, que puede ser valorado, pero que no puede ser normado. Normada está sólo la acción dirigida a matar o a poner en peligro la vida”⁴³¹.

4.2. Ontologicismo versus normativismo

Una discusión que está muy presente hasta hoy alrededor de la concepción y los elementos del delito es la que ocurre entre aquellos que tienen una perspectiva ontológica (altamente subjetivista) y aquellos que se inclinan a una perspectiva normativa (antes que objetiva, intersubjetiva). Según SILVA SÁNCHEZ, las teorías ontologicistas parten de que la realidad dada conlleva de modo necesario una determinada valoración jurídica que vincula al observador, mientras que las teorías normativistas entienden que la valoración jurídica la aporta el observador, atendiendo a criterios de “deber ser”. Así, prosigue explicando que para el ontologicismo, el “ser” conlleva un determinado “deber ser”, mientras que para el normativismo, que es relativista, el “deber ser” no deriva de un “ser”, sino que es producto de una atribución, debiendo producirse una argumentación (valorativa) que justifique el porqué de la asignación o imputación. Existen además posturas intermedias, que admiten cierta vinculación de las estructuras de la realidad sobre la valoración jurídica⁴³². Para SCHÜNEMANN:

“(…) en el inicio de cualquier intento de construir un sistema del Derecho penal se halla la cuestión de si los materiales de dicho sistema han de tomarse del lenguaje descriptivo o del prescriptivo, esto es, de si los elementos de dicho sistema están constituidos por valores o por estados descriptibles empíricamente. Mientras que el naturalismo y el finalismo tomaron como punto cardinal del sistema las estructuras ónticas (esto es, preexistentes a la valoración jurídico-penal), desde el punto de vista neokantiano o teleológico el punto de partida debe venir dado por un valor

⁴³¹ SANCINETTI, *Subjetivismo e imputación objetiva en derecho penal*, Universidad Externado de Colombia, 1996, pp. 24, 37, 45 y 51.

⁴³² SILVA SÁNCHEZ, *Medio siglo de dogmática penal alemana (Un punto de vista iberoamericano)*, Universidad Externado de Colombia, 2013, pp. 50-52.

o un fin (esto es, un objetivo reconocido como valioso y, por ello, digno de ser perseguido)”⁴³³.

Advierte PUPPE que “el precio de la normativización de los elementos del tipo penal consiste en que el fundamento fáctico del reproche por el delito deviene cada vez más escaso”. En esa línea, hace alusión a la existencia de una “pendiente resbaladiza de la normativización”, en la que “el comportamiento real del autor como señal para el significado de que una norma ha sido infringida, se vuelve cada vez más débil y exiguo hasta que, si no se detiene ese descenso, sólo queda el movimiento corporal”⁴³⁴.

En esa pendiente, podemos distinguir dos corrientes muy distintas⁴³⁵. Por un lado, el funcionalismo radical, que es un normativismo holista y de base consecuencialista. Por otro lado, el normativismo liberal individualista de base deontológica y consecuencialista (también conocido como el funcionalismo moderado). El primero se encuentra estrechamente vinculado a la versión fundamentadora de la prevención general positiva (que se sustenta exclusivamente en principios consecuencialistas)⁴³⁶. El segundo, en cambio, parte del consenso de los individuos en sociedad como fuente de normatividad y se encuentra estrechamente vinculado a las teorías de la prevención limitada, de un Derecho penal garantista y, en fin, a la versión restrictiva de la prevención general positiva que hemos expuesto en el apartado anterior. Ahora bien, en ambos casos, las propuestas se mantienen en el ámbito de la dogmática penal concebida sistemáticamente. Como bien refiere SILVA SÁNCHEZ, se trata de un “debate de familia”. Sin embargo, apunta la existencia de un sector doctrinal alemán que se separa de la dogmática concebida sistemáticamente y promueve su abandono en aras de la internacionalización y de la europeización del Derecho penal. Es el caso, por ejemplo, de la obra de VOGEL⁴³⁷. Pero también de propuestas como la de la teoría de que concibe el delito como imputación de la lesión de una norma objetiva de conducta y que concede una particular relevancia a las *incumbencias* en la construcción del injusto, así como del

⁴³³ SCHÜNEMANN, Cuestiones básicas del Derecho penal en los umbrales del tercer milenio, p. 75.

⁴³⁴ PUPPE, “El Derecho penal como comunicación”, pp. 122-125.

⁴³⁵ SILVA SÁNCHEZ, *Medio siglo de dogmática penal alemana (Un punto de vista iberoamericano)*, p. 52.

⁴³⁶ También está vinculado a las teorías neoretribucionistas, que pretenden fundamentarse exclusivamente en el principio deontológico, pero que en realidad encubren un utilitarismo ilimitado.

⁴³⁷ SILVA SÁNCHEZ, *Medio siglo de dogmática penal alemana (Un punto de vista iberoamericano)*, pp. 45-47, sostiene que las razones –para este autor, sin fundamento– de la propuesta “anti-sistema” son que el modelo científico alemán no ha influido en los países en los que se ha gestado la democracia y el Estado de Derecho, como Francia, Inglaterra y Estados Unidos, ni en naciones poderosas como Rusia y China; que donde ha existido influencia se advierten críticas a la dogmática como expresión de una aristocracia penal, a la que debería oponerse una perspectiva más democrática; que la ciencia jurídico-penal alemana únicamente está interesada en la “exportación jurídica”, sin estar dispuesta a recibir doctrina extranjera; que la doctrina alemana no publica en inglés aludiendo que las construcciones dogmáticas solo pueden expresarse de un modo limitado en dicha lengua.

planteamiento de las neurociencias y su cuestionamiento de la idea de libertad como presupuesto de la culpabilidad. Trataré ambas corrientes más adelante.

4.3. Funcionalismo

El funcionalismo es un “intento de construir las categorías del sistema orientándolas a los fines del Derecho penal”⁴³⁸. Su antecedente se encuentra en la sistemática teleológica del neokantismo. COUSO SALAS explica:

“(…) a partir de la dogmática jurídico penal neokantiana se puede hablar de un principio de superación, al interior del Derecho penal, de los dos “positivismos” que limitan las posibilidades de la dogmática en el sistema de V. LISZT: el positivismo jurídico, que deduce los conceptos de la ley, sin mediación alguna, y el positivismo científico-naturalista, que reduce la realidad relevante para el Derecho a lo que es empíricamente observable”⁴³⁹.

El funcionalismo surte efectos tanto en la teoría de la pena como en la teoría general del delito. Al respecto, MAÑALICH sostiene que, en el ámbito de la teoría de la pena, el funcionalismo se traduce en la consolidación de la teoría de la prevención general positiva y, en el ámbito de la teoría del delito, en la “voraz” propagación de la teoría de la imputación objetiva⁴⁴⁰. Añade a ello SILVA SÁNCHEZ la idea de que el dominio actual de las concepciones funcionalistas se manifiesta en la discusión metodológica sobre la normativización de los conceptos y categorías, así como sobre sus límites. Cita, entre otros casos, las discusiones sobre delitos especiales, conductas neutras, posiciones de garantía, conceptos

⁴³⁸ SILVA SÁNCHEZ, *Medio siglo de dogmática penal alemana (Un punto de vista iberoamericano)*, p. 24.

⁴³⁹ COUSO SALAS, *Fundamentos del Derecho penal de culpabilidad. Historia, teoría y metodología*, p. 85.

⁴⁴⁰ MAÑALICH, “El delito como injusto culpable...”, p. 89. SILVA SÁNCHEZ, *Medio siglo de dogmática penal alemana (Un punto de vista iberoamericano)*, pp. 28-29, hace alusión a las críticas principales que se dirigen contra el funcionalismo en los siguientes términos: “se ha señalado que el sistema propugnado por los funcionalistas adolece de una menor científicidad, de inseguridades y de un carácter “nacional” (por su vinculación a un ordenamiento constitucional), que se oponen radicalmente a las pretensiones científicas y transnacionales de la dogmática; en definitiva, que conduce a la arbitrariedad. (...) se ha observado que (...) conduce a la confusión de las categorías, retro trayendo a la dogmática al estado previo al naturalismo, esto es, a las viejas teorías de la imputación. Por último, se alude también a que, políticamente, las teorías funcionalistas se prestan a ser utilizadas en sentido autoritario y contrario a las garantías del Estado liberal de Derecho”. Por su parte, en Latinoamérica SANCINETTI, *Subjetivismo e imputación objetiva en Derecho penal*, pp. 30 y ss., manifiesta su escepticismo frente al funcionalismo, al sostener que ni las teorías absolutas ni las teorías relativas de la pena permiten establecer si la estructura del hecho punible se decide a partir del desvalor de acción o del desvalor del resultado. Añade que lo máximo que un Derecho penal preventivo podría lograr para la protección de bienes jurídicos sería poder evitar toda tentativa. Así, la justificación de la sanción penal como medio para la protección de bienes jurídicos no dice nada a favor de la relevancia del desvalor de resultado.

cognitivo-normativos del dolo, revisión del concepto de culpabilidad a la luz de las neurociencias⁴⁴¹.

4.3.1. Funcionalismo radical⁴⁴²

Esta versión del funcionalismo concibe al delito como imputación de la defraudación de una expectativa normativa⁴⁴³. Se le denomina también funcionalismo sistémico o simbólico-comunicativo, en atención a que aplica algunas variables de la teoría de sistemas⁴⁴⁴ a la configuración del sistema jurídico penal. Más allá de la discusión acerca de si la propuesta de JAKOBS se ajusta a los lineamientos de la teoría de sistemas, existe un elemento que extrae

⁴⁴¹ SILVA SÁNCHEZ, *Medio siglo de dogmática penal alemana (Un punto de vista iberoamericano)*, pp. 50-51.

⁴⁴² JAKOBS, máximo representante del funcionalismo radical, fue discípulo de WELZEL, para quien la misión del Derecho penal era proteger los valores elementales de la vida en comunidad. Postuló WELZEL que “se impide el desvalor material o de resultado mediante la punición del desvalor de acto. Así asegura la vigencia de los valores de acto ético-sociales de carácter positivo, como el respeto a la vida ajena, a la salud, a la libertad, a la propiedad, etc.”. A ello agrega el máximo representante del finalismo, para quien el Derecho penal cumplía una significativa función de formación ética, que “la misión primaria del Derecho penal no es la protección actual de bienes jurídicos, esto es, la protección de la persona individual, de su propiedad, etc. Pues, cuando entra efectivamente en acción, por lo general ya es demasiado tarde. Más esencial que la protección de determinados bienes jurídicos concretos es la misión de asegurar la real vigencia (observancia) de los valores de acto de la conciencia jurídica; ellos constituyen el fundamento más sólido que sustenta al Estado y la sociedad”. Ver más en: WELZEL, *Derecho penal alemán. Parte General*, 11ª ed., 4ª ed. castellana, p. 2 y ss. En la revisión de la última edición del Manual de Derecho penal de WELZEL, que éste encargó a JAKOBS, éste último se distanció de los postulados de su maestro, radicalizando el normativismo y elaborando su propio manual de Derecho punitivo. El extremo del abandono de los postulados de WELZEL se da en JAKOBS al postular el *Derecho penal del enemigo*, el cual hubiera resultado inviable en el sistema penal propuesto por WELZEL, quien sostenía que “sería igualmente dudoso debilitar en la actualidad el Derecho penal de fundamento ético-social y circunscrito a tipos determinados, en beneficio de un Derecho general de seguridad”. En: WELZEL, *Derecho penal alemán. Parte General*, 11ª ed., 4ª ed. castellana, p. 10.

⁴⁴³ Se trata de una teoría que encuentra raíces en HEGEL, cuya teoría absoluta de la pena no difiere mucho de la concepción de JAKOBS, ya que, según PEÑARANDA, SUÁREZ, CANCIO, “Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs”, en JAKOBS, *Estudios de Derecho penal*, Editorial Civitas S.A., 1997, pp. 24-25, “la diferencia estribaría propiamente en que el punto de referencia en la fundamentación hegeliana de la pena es el concepto abstracto de Derecho, mientras que en JAKOBS ese punto de referencia viene constituido por las condiciones de subsistencia de la sociedad, de una determinada sociedad”. Los mismos autores sostienen que existe un parentesco de la teoría de JAKOBS con los postulados de CARRARA, máximo representante de la “scuola classica italiana”, quien, apoyado en planteamientos políticos liberales de la Ilustración, desarrolló una teoría de los fines de la pena, según la cual “el fin de la pena no es que se haga justicia, ni que el ofendido sea vengado, ni que sea resarcido el daño por él padecido; ni que el delincuente expie su delito; ni que se obtenga su enmienda. Todas estas cosas (...) pueden ser consecuencias accesorias de la pena (...), pero (...) el fin primario de la pena sería, más bien, ‘el reestablecimiento del orden externo de la sociedad’”.

⁴⁴⁴ Al respecto, son importantes las monografías de GARCÍA AMADO (“¿Dogmática penal sistémica? Sobre la influencia de Luhmann en la teoría penal”), PEÑARANDA RAMOS (“Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del delito”) y PRIETO NAVARRO (“Teoría de sistemas, funciones del derecho y control social. Perspectivas e imposibilidades para la dogmática penal”), todas publicadas en: DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, GARCÍA AMADO (eds.), *Estudios de filosofía del Derecho penal*, 1ª ed., Universidad Externado de Colombia, 2006.

de esta última, al concebir la autonomía del sistema jurídico y entender el delito en el marco del constructivismo⁴⁴⁵. En ese sentido, FEIJOO SÁNCHEZ destaca la importancia de la concepción sistémica del Derecho en la teoría de JAKOBS. Así, cuando hace alusión a la normativización de los elementos de la teoría general del delito, postula que “el Derecho tiene plena autonomía como subsistema social para otorgarle significado o sentido a la realidad que percibimos (constructivismo)⁴⁴⁶”.

Como punto de partida, JAKOBS descarta el punto de vista de la conciencia individual y sostiene que el Derecho penal está orientado a garantizar la identidad normativa, la constitución y la sociedad. El Derecho penal regula hechos sociales y constituye un instrumento para la estabilización del sistema. Su función es contradecir a su vez la contradicción de las normas determinantes de la identidad de la sociedad, confirmando así la identidad social⁴⁴⁷. No es su función, en cambio, la protección de bienes jurídicos. PEÑARANDA explica que JAKOBS efectúa una distinción entre bien jurídico como objeto de protección y bien jurídico penal, que sería el aseguramiento de las expectativas normativas esenciales frente a sus defraudaciones⁴⁴⁸.

La pena tiene en la teoría de JAKOBS la función de reafirmar la vigencia de la norma. Asume entonces una comprensión comunicativa del delito y de la pena. Así, el delito lo concibe como afirmación que contradice la norma y la pena como respuesta que confirma la norma. La pena no es entonces solo un medio para mantener la identidad social, sino que es el fin (el mantenimiento de la identidad social) y significa una autocomprobación⁴⁴⁹. En consecuencia, defiende JAKOBS una versión fundamentadora de la teoría de la prevención general positiva, en la medida que el logro de finalidades sociales (la funcionalidad de la pena) está por

⁴⁴⁵ Debe anotarse que, desde un sector de la doctrina, existe escepticismo respecto de la fidelidad y los alcances y contenidos de la interpretación que hace JAKOBS de LUHMANN. Al respecto, ver APONTE, “Derecho penal del enemigo vs. Derecho penal del ciudadano. Günther Jakobs y los avatares de un Derecho penal de la enemistad”, en CANCIÓ MELIÁ, GÓMEZ-JARA DÍEZ (coord.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, EDISOFER S.L., 2006, pp. 163 y ss. El propio JAKOBS efectúa un deslinde con la teoría de sistemas, aunque ello no niega que en sus postulados existan algunos elementos de la teoría de LUHMANN. Al respecto, ver JAKOBS, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, Civitas, 1996, p. 16, donde explica: “La exposición más clara de la diferenciación entre sistemas sociales y psíquicos, que tiene consecuencias para el sistema jurídico, si bien con una enorme distancia con respecto del Derecho penal, se encuentra en la actualidad en la teoría de los sistemas de LUHMANN. Sin embargo, un conocimiento superficial de esta teoría permite advertir rápidamente que las presentes consideraciones no son en absoluto consecuentes con dicha teoría, y ello ni tan siquiera en lo que se refiere a todas las cuestiones fundamentales”.

⁴⁴⁶ FEIJOO SÁNCHEZ, *La normativización del Derecho penal. ¿Hacia una teoría sistémica o hacia una teoría intersubjetiva de la comunicación?*, pp. 37-38.

⁴⁴⁷ JAKOBS, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, pp. 15 y 18.

⁴⁴⁸ PEÑARANDA, SUÁREZ, CANCIO, “Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs”, en JAKOBS, *Estudios de Derecho penal*, p. 22.

⁴⁴⁹ JAKOBS, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, p. 18.

encima de consideraciones de orden individual (principios deontológicos, como la culpabilidad). Al respecto, sostiene:

“(...) la pena que es útil para la consecución de sus fines sociales, si no está limitada por el principio de culpabilidad, trata como cosa a la persona que va a ser sometida a ella, pero la pena que se ve limitada por la culpabilidad de una manera más que marginal pierde su funcionalidad⁴⁵⁰”.

En el pasado, JAKOBS llegó a sostener que también era función del Derecho penal lograr la fidelidad al derecho de la ciudadanía⁴⁵¹.

La perspectiva social de la teoría de JAKOBS influye de forma determinante en sus concepciones de injusto y de culpabilidad.

Con relación a su concepción de injusto, al adoptar un punto de vista simbólico-comunicativo, el funcionalismo radical concibe el injusto como el cuestionamiento de la vigencia de la norma. El injusto personal no es un injusto teñido de subjetividad, sino el injusto de un sujeto que desarrolla un rol⁴⁵². Según JAKOBS, “el fundamento legitimante para entender el hecho como injusto ya no es la peligrosidad del individuo ni su equivocada autoconducción, sino la ruptura del rol: el delincuente se aparta de su rol como ciudadano fiel al derecho”⁴⁵³. Esta teoría permite ampliar el objeto de protección del Derecho penal y sus condiciones de afectación. Según SILVA SÁNCHEZ, “las normas pueden integrar, además de bienes jurídicos, “objetivos de organización política, económica y social”, en los que no se protege a víctimas concretas, sino funciones”⁴⁵⁴.

Desde un punto de vista crítico, ROXIN sostiene que se suprime la dimensión real de la criminalidad al separar el hecho típico de la realidad social y disiparlo en una mera adscripción de significado. Asimismo, advierte la contradicción que significa, por un lado, negar que el Derecho penal esté dirigido a proteger bienes jurídicos, y, por otro lado, plantear que la tarea última de la pena sea el

⁴⁵⁰ JAKOBS, *El fundamento del sistema jurídico penal*, ARA Editores, 2005, p. 76.

⁴⁵¹ Sin embargo, en la teoría de JAKOBS se han ido produciendo variantes en lo que significa el concepto de “ejercicio de la fidelidad en el Derecho”, así “en su escrito sobre ‘Culpabilidad y prevención’ tal aspecto está fuertemente destacado, hasta el punto de que JAKOBS pretende identificarlo con el entero contenido de la prevención general que él mismo mantiene (...). En cambio en su Tratado, JAKOBS expone su concepción de la prevención general de forma más compleja y articulada. [Ahora] la función de la pena estatal para garantizar las expectativas sociales esenciales se resume en producir ‘prevención general a través del ejercicio en el reconocimiento de la norma’”. En: PEÑARANDA, SUÁREZ, CANCIO, “Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs”, en JAKOBS, *Estudios de Derecho penal*, pp. 18-19.

⁴⁵² JAKOBS, *Estudios de Derecho penal*, p. 7.

⁴⁵³ JAKOBS, *El Derecho penal como disciplina científica*, p. 89.

⁴⁵⁴ SILVA SÁNCHEZ, *Medio siglo de dogmática penal alemana (Un punto de vista iberoamericano)*, p. 59.

aseguramiento cognitivo y garantizar una vida libre de peligros en sociedad, lo que implica justamente la protección de bienes jurídicos⁴⁵⁵.

Con relación a la concepción de culpabilidad del funcionalismo sistémico, al imponerse la perspectiva social en el injusto, sucede lo mismo en la culpabilidad, por lo que “la falta de disposición para cumplir la norma, que constituye la culpabilidad, se determina de manera objetiva⁴⁵⁶”. JAKOBS parte del postulado de que en la sociedad actual, en la que los contactos anónimos son la regla, no es posible constituir a la persona mediante la suma de “individualidad” y “dignidad”, sino que consiste en un centro de derechos y obligaciones construido por la sociedad. Así, para JAKOBS, quien es culpable, no presta la fidelidad al Derecho que el ordenamiento jurídico exige⁴⁵⁷. Distingue entonces el defecto volitivo del defecto cognitivo en los siguientes términos:

“(…) un defecto volitivo –no tener “ganas” de cumplir las normas jurídicas- lleva por consiguiente a una culpabilidad plena, mientras que en el caso de un defecto cognitivo aun completamente evitable –“imprudencia”- se puede contar con cierta indulgencia”⁴⁵⁸.

Precisa entonces que, en los casos de defectos cognitivos, su determinación no debe ser psicológica, sino normativa. Así, por ejemplo, cuando el autor no quiere saber, esto es, “cuando el déficit cognitivo tiene su origen en un defecto volitivo, en los casos de indiferencia, no hay ninguna razón para la indulgencia”⁴⁵⁹. Se deriva entonces el tratamiento doloso de los casos de ignorancia deliberada, a los que haré referencia al postular la *teoría de las condiciones para el conocimiento*.

Desde un punto de vista crítico, se sostiene que la teoría de JAKOBS tiene como efecto el “vaciado” del contenido anterior de la culpabilidad y su “relleno con la prevención general”⁴⁶⁰, dejando además de lado la valoración del sujeto libre. Al respecto, JAKOBS sostiene que la valoración del sujeto estará presente exactamente en la medida en que sea transmitido por la comunicación, ya que, sin una sociedad en funcionamiento, faltan las condiciones empíricas de la subjetividad y no hay nada más que un cúmulo casual de individuos humanos que al carecer de algo común de carácter vinculante, no conocen mundo objetivo⁴⁶¹.

⁴⁵⁵ ROXIN, “El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania”, pp. 16-18.

⁴⁵⁶ JAKOBS, *Estudios de Derecho penal*, p. 7.

⁴⁵⁷ JAKOBS, *El Derecho penal como disciplina científica*, pp. 90-96.

⁴⁵⁸ JAKOBS, *El Derecho penal como disciplina científica*, p. 92.

⁴⁵⁹ JAKOBS, *El Derecho penal como disciplina científica*, p. 93.

⁴⁶⁰ COUSO SALAS, *Fundamentos del Derecho penal de culpabilidad...*, p. 234.

⁴⁶¹ JAKOBS, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, pp. 29-32.

4.3.2. Crítica al funcionalismo radical

La crítica central que se formula al funcionalismo radical es su apartamiento de la política criminal y su neutralidad, que no hace más que convertirla en una teoría altamente conservadora. Al respecto, algunos autores cuestionan que la teoría de JAKOBS no incluya entre los fines de la norma penal el de influir en el comportamiento de los ciudadanos⁴⁶². Otro autores apuntan a que se trata de una concepción en la que la dogmática se reduce a un mecanismo de sistematización de las reglas de imputación, sin pretensiones político-criminales trascendentes⁴⁶³. Otros acusan al funcionalismo sistémico de incurrir en una falacia normativista, consistente en pretender fundamentar el ‘deber ser’ en el ser, con lo que incurre en un voluntarismo científico⁴⁶⁴. Asimismo, es criticada la relatividad del concepto de sujeto y el abandono de lo que es consustancial del hombre, esto es, su autonomía, autodeterminación y libertad⁴⁶⁵.

En suma, se cuestiona el hecho de que la teoría funcionalista sistémica no tenga un referente valorativo distinto al propio sistema penal. Así, intenta describir la función de conceptos esenciales como el de culpabilidad en todo sistema social sin que la descripción sea condicionada por elementos o aspectos coyunturales vinculados a una sociedad determinada⁴⁶⁶. Al respecto, PORTILLA CONTRERAS sostiene que una de las características esenciales del sistema penal de JAKOBS es “la ausencia de referentes externos al Derecho positivo desde los que analizar críticamente las normas”⁴⁶⁷. En esa medida, FEIJOO SÁNCHEZ anota que la teoría de sistemas no es útil para una teoría del Derecho penal, motivo por el cual en muchos puntos decisivos de su teoría JAKOBS abandona a LUHMANN y vuelve su mirada hacia HEGEL⁴⁶⁸.

Finalmente, es rotunda la crítica de PUPPE, por lo que me permito transcribir la cita completa:

⁴⁶² BLANCO LOZANO, *Tratado de Política Criminal. Tomo I. Fundamentos científicos y metodológicos de la lucha contra el delito*, Bosch, 2007, T. I, p. 110.

⁴⁶³ SILVA SÁNCHEZ, “Retos científicos y retos políticos de la ciencia del Derecho penal”, en ARROYO ZAPATERO, NEUMANN, NIETO MARTÍN (coord.), *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, Ediciones de la Universidad de Castilla, 2003, p. 36.

⁴⁶⁴ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Política criminal*, Ed. COLEX, 2002, p. 120.

⁴⁶⁵ PORTILLA CONTRERAS, “Los excesos del formalismo jurídico neofuncionalista en el normativismo del Derecho penal”, en *Mutaciones de Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*, Ediciones Akal S.A., 2005, p. 62.

⁴⁶⁶ FEIJOO SÁNCHEZ, *La normativización del Derecho penal. ¿Hacia una teoría sistémica o hacia una teoría intersubjetiva de la comunicación?*, ARA Editores, 2007, p. 76.

⁴⁶⁷ PORTILLA CONTRERAS, “Los excesos del formalismo jurídico neofuncionalista en el normativismo del Derecho penal”, p. 65. En el mismo sentido, SILVA SÁNCHEZ, “Retos científicos y retos políticos de la ciencia del Derecho penal”, p. 37.

⁴⁶⁸ FEIJOO SÁNCHEZ, *La normativización del Derecho penal. ¿Hacia una teoría sistémica o hacia una teoría intersubjetiva de la comunicación?*, p. 62.

“Una sociedad que no se compromete para lograr también en el plano fáctico, al menos parcialmente, la observancia de sus normas, sino que solamente aprovecha el motivo que le otorga la infracción de la norma para llevar a cabo un ritual de autorreconocimiento de que las normas continúan vigentes, se vuelve inverosímil, cuando no ridícula. Una sociedad que ni siquiera intenta proteger a los ciudadanos frente a las infracciones de las normas cometidas por otros, no puede exigir de los ciudadanos el cumplimiento de las normas y tampoco una confianza en éstas. Lo primero sería una exigencia desconsiderada, lo segundo una torpeza. El ciudadano tiene un fundamento racional para interpretar la pena como signo de que la norma infringida por el autor continúa vigente cuando presume que la pena es idónea para impedir futuras infracciones de esta norma por parte de este autor o de otros”⁴⁶⁹.

Como bien señala GÓMEZ MARTÍN, explicar el delito como la mera infracción de la norma implica “una concepción del injusto penal excesivamente reduccionista y formal que no alcanza a aprehender la esencia material del delito”⁴⁷⁰.

4.3.3. *Funcionalismo moderado*

Esta versión del funcionalismo concibe al delito como imputación de la lesión de un bien jurídico penal. Se le denomina también funcionalismo teleológico o de orientación político criminal. Su máximo representante es ROXIN, quien coincide con JAKOBS en la crítica al punto de partida ontológico del finalismo⁴⁷¹. Se distancia, sin embargo, al sostener que la política criminal debe penetrar en el sistema dogmático⁴⁷²:

“(…) el camino acertado sólo puede consistir en dejar penetrar las decisiones valorativas político-criminales en el sistema del Derecho penal, en que su fundamentación legal, su claridad y legitimación, su combinación libre de contradicciones y sus efectos no estén por debajo de las aportaciones del sistema positivista de LISZT. La vinculación al Derecho y la utilidad político-criminal no pueden contradecirse, sino que tienen que compaginarse en una síntesis, del mismo modo que el Estado

⁴⁶⁹ PUPPE, “El Derecho penal como comunicación”, pp. 112-113.

⁴⁷⁰ GÓMEZ MARTÍN, *El Derecho penal de Autor*, p. 281.

⁴⁷¹ PORTILLA CONTRERAS, “El Concepto Jurídico de Delito”, en ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), PÉREZ ALONSO (coord.), *Derecho penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, 2002, p. 373.

⁴⁷² Según SILVA SÁNCHEZ, la propuesta de ROXIN implica evitar el apriorismo y avalar la argumentación político-criminal. Ver más en SILVA SÁNCHEZ, “Retos científicos y retos políticos de la ciencia del Derecho penal”, p. 31. El propio ROXIN es altamente crítico con la propuesta de JAKOBS ya que desacredita como ‘naturalismo’ cualquier recurso a lo empírico, y no reconoce datos previos que proporcionan un contenido concreto a las valoraciones deducidas de las necesidades sociales de estabilización o que puedan estorbar a estas valoraciones”. En ROXIN, “Política criminal y dogmática penal hoy en día”, en ROXIN, *La teoría del delito en la discusión actual*, Ed. Grijley, 2007, p. 57.

de Derecho y el Estado Social no forman en verdad contrastes irreconciliables, sino una unidad dialéctica⁴⁷³”.

Opta entonces por un sistema jurídico abierto y precisa que la política criminal no busca combatir la criminalidad a cualquier precio, sino con medios de un Estado de Derecho, formando parte de la misma los componentes limitadores de la intervención penal. Estos son hechos dogmáticamente fructíferos a través de la utilización como parámetros interpretativos y sistematizadores del principio “nullum crimen sine lege”, la teoría de la imputación objetiva, los principios ordenadores de las causas de justificación, el principio de culpabilidad y los derechos fundamentales como medios influyentes en la necesidad de pena⁴⁷⁴.

Con relación a las teorías de la pena, señala ROXIN que, si se parte de que el Derecho penal debe garantizar una libre y segura convivencia en la sociedad, entonces estas “determinan las vías por las cuales puede alcanzarse este objetivo: influyendo en los propios delincuentes (prevención especial) o en todos los miembros de la sociedad (prevención general), o mejor, a través de ambas al mismo tiempo⁴⁷⁵”.

Con relación a la función del Derecho penal, ROXIN sostiene que esta reside en asegurar a los ciudadanos “una vida en común pacífica y libre, bajo la salvaguarda de todos los derechos humanos reconocidos internacionalmente”⁴⁷⁶. Esto lo logra el Derecho penal a través de la protección subsidiaria de bienes jurídicos, los cuales son definidos por el maestro alemán como circunstancias o finalidades útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema. De esta concepción de bien jurídico, deriva las siguientes tesis: las conminaciones penales arbitrarias no protegen bienes jurídicos, las finalidades puramente ideológicas no protegen bienes jurídicos, las meras inmoralidades no lesionan bienes jurídicos y los preceptos penales que crearan o aseguraran la desigualdad entre los seres humanos no protegerían ningún bien jurídico⁴⁷⁷.

Siguiendo a FEIJOO SÁNCHEZ, la teoría del bien jurídico se encuentra en el centro de tres cuestiones de la teoría del Derecho penal: la función del Derecho penal,

⁴⁷³ ROXIN, *Política criminal y sistema del Derecho penal*, 2ª ed., Ed. Hammurabi, 2000, p. 49.

⁴⁷⁴ ROXIN, “Política criminal y dogmática penal hoy en día”, en ROXIN, *La teoría del delito en la discusión actual*, Ed. Grijley, 2007, pp. 50-53.

⁴⁷⁵ ROXIN, “Política criminal y dogmática penal hoy en día”, pp. 42-43. En el mismo sentido, ROXIN, “El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania”, p. 6.

⁴⁷⁶ ROXIN, “El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania”, pp. 4-5.

⁴⁷⁷ ROXIN, *Parte general. T. I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, 1ª ed., pp. 56-57.

el concepto material de delito y la legitimación de criminalizaciones concretas⁴⁷⁸. Para ROXIN, la importancia del bien jurídico reside en que “proporciona un criterio de enjuiciamiento que hay que desarrollar en la materia jurídica y que el legislador y el aplicador del Derecho tienen que consultar en la creación e interpretación de cada precepto concreto⁴⁷⁹”. Así, concluye que:

“El punto de partida correcto consiste en reconocer que la única restricción previamente dada para el legislador se encuentra en los principios de la Constitución. Por tanto, un concepto de bien jurídico vinculante políticamente sólo se puede derivar de los cometidos, plasmados en la Ley Fundamental, de nuestro Estado de Derecho basado en la libertad del individuo, a través de los cuales se le marcan sus límites a la potestad punitiva del Estado⁴⁸⁰”.

Estos planteamientos sobre el Derecho penal y la pena de ROXIN influyen de forma determinante en sus concepciones de injusto y de culpabilidad.

Con relación a su concepción de injusto, ROXIN adopta un punto de vista empirista y define el injusto como la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico penal. El resultado de esta concepción político-criminal de injusto deriva en la teoría de la imputación objetiva. Al respecto, sostiene ROXIN:

“(…) para cumplir la misión de proteger los bienes jurídico penalmente protegidos debe prohibirse la creación de riesgos no permitidos para tales bienes e imputar al autor de la acción típica la realización de tales riesgos en un resultado lesivo para un bien jurídico⁴⁸¹”.

Recientemente, ROXIN ha sostenido que la teoría de la imputación objetiva – columna vertebral de su modelo de injusto- ha sido desarrollada hacia un sistema de imputación general, en el que “criterios como creación del riesgo, disminución del riesgo, riesgo permitido, fin de la protección de la prohibición de creación de riesgos y realización del riesgo, se conforman a su vez como elementos teóricos independientes⁴⁸²”. Un ejemplo de la influencia de la teoría de los bienes jurídicos podemos encontrarlo en el caso de la contribución a la autolesión responsable o a la autopuesta en peligro responsable, contribución que no es imputable pues no supone lesión alguna de bienes jurídicos ajenos.

⁴⁷⁸ FEIJOO SÁNCHEZ, “Sobre la crisis de la teoría del bien jurídico”, en *InDret Penal* n° 2, 2008, p. 3.

⁴⁷⁹ ROXIN, *Parte general. T. I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, 1ª ed., p. 58.

⁴⁸⁰ ROXIN, *Parte general. T. I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, 1ª ed., pp. 55-56.

⁴⁸¹ ROXIN, “El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania”, p. 9. En el mismo sentido, SCHÜNEMANN, “El propio sistema de la teoría del delito”, en *InDret Penal*, n° 1, 2008, p. 15.

⁴⁸² ROXIN, “El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania”, p. 7.

HASSEMER explica que el concepto de bien jurídico es obra del pensamiento de la Ilustración, habiendo sido formulado por FEUERBACH como arma contra la concepción moralizante del Derecho penal. Asimila HASSEMER el concepto de bien jurídico a un Derecho penal orientado a las consecuencias. Así, afirma que, con la máxima de que la conducta humana solamente puede ser injusto punible si lesiona un bien jurídico, reaparece la víctima, “tras siglos de haber permanecido oculta por los principios de reprochabilidad, de antijuricidad y de referencia exclusiva a la conducta del delincuente”⁴⁸³.

Se ha acusado a la teoría de los bienes jurídicos de incurrir en una falacia naturalista. Al respecto, SANCINETTI sostiene que concebir la lesión del bien jurídico como “lesión de un objeto físico” implica una interpretación naturalista, que deriva conclusiones éticas (infracción de una norma) a partir de premisas fácticas (un daño)⁴⁸⁴. También se ha cuestionado el carácter unidimensional de la teoría del bien jurídico. Al respecto, PAWLIK señala que esta teoría describe la dañosidad social y el merecimiento de pena como una lesión de objetos externos a los que la sociedad les adjudica valor, con lo que se “ensombrece” el horizonte social del derecho y su vinculación con las interacciones sociales⁴⁸⁵.

Sin embargo, en mi opinión, la crítica más seria es aquella que niega la naturaleza liberal de la teoría del bien jurídico y su capacidad de establecer límites al Derecho penal⁴⁸⁶. En ese sentido, se han pronunciado diversos autores. Es el caso de PAWLIK, quien cuestiona a aquellos que elogian el pensamiento del bien jurídico como “el fruto más maduro de la ilustración” y sostiene que es incorrecto atribuirle una liberalidad intrínseca. Explica que nada prueba mejor la flexibilidad de contenido de la teoría del bien jurídico que “la facilidad con la que aquélla se adaptó a las circunstancias políticas a partir del año 1933, con la toma del poder por parte de Hitler”. Desde su perspectiva, el concepto de bien jurídico se limita a recordar la necesidad de comprobar de vez en cuando si aquello que goza de protección jurídico-penal como un estado valioso, posee realmente dicho rango de valor; requerimiento que podría expresarse sin referencia al concepto de bien jurídico⁴⁸⁷. Por su parte, PÉREZ DEL VALLE sostiene que la teoría de los bienes jurídicos no resuelve problemas de

⁴⁸³ HASSEMER, *Fundamentos del Derecho penal*, Bosch, 1984, p. 37.

⁴⁸⁴ SANCINETTI, *Subjetivismo e imputación objetiva en Derecho penal*, p. 53.

⁴⁸⁵ PAWLIK, “El delito, ¿lesión de un bien jurídico?”, en *InDret Penal* n° 2, 2016, p. 9.

⁴⁸⁶ Frente al “vago estándar” de la teoría del bien jurídico, ya FEUERBACH planteó que, a través del Derecho penal, se sancionaba las lesiones de los derechos de terceros, lo que para algunos tiene un gran potencial crítico de la legislación penal. Al respecto, ver HÖRNLE, “PJA von Feuerbach and his Textbook of the Common Penal Law”, en DUBBER (ed.), *Foundational Texts in Modern Criminal Law*, Oxford University Press, 2014, p. 137.

⁴⁸⁷ PAWLIK, “El delito, ¿lesión de un bien jurídico?”, pp. 3-7. Este autor destaca la obra de AMELUNG, a quien apunta como uno de los mayores conocedores de la teoría del bien jurídico. Al respecto, ver también AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft: Untersuchungen zum Inhalt und zum Anwendungsbereich eines Strafrechtssprinzips auf dogmengeschichtlicher Grundlage ; zugleich ein Beitrag zur Lehre von der "Sozialschädlichkeit" des Verbrechens*, Athenäum-Verlag, 1972.

legitimación “negativa” del Derecho penal y recuerda que, en su origen, la teoría de los bienes jurídicos pretendía una legitimación “positiva”. Añade a ello que esta teoría no puede sustentar la legitimación material del Derecho penal por sí misma. Es más, señala que ni el apoyo en la norma constitucional, ni en el denominado “principio del daño” permiten resolver dicha cuestión⁴⁸⁸. Del mismo modo, ROBLES recoge la crítica que alude a la existencia de una elevada dosis de circularidad conceptual del bien jurídico, con lo que no estaría realmente en capacidad de establecer los límites de las prohibiciones y mandatos del Derecho penal⁴⁸⁹. En la misma línea, FEIJOO SÁNCHEZ hace alusión a las críticas que indican que la teoría del bien jurídico tiene un carácter expansivo, al encerrar, por ejemplo, cierta inercia a la anticipación de la protección de bienes jurídicos⁴⁹⁰. Aun más radical es WOHLERS, quien concluye que en el actual marco constitucional, la teoría del bien jurídico no aporta por sí sola criterio relevante alguno, siendo preciso apelar a otros criterios, que sólo podrían ser inferidos de la Constitución o fundamentados filosóficamente⁴⁹¹.

Con relación a la concepción de culpabilidad del funcionalismo moderado, sostiene ROXIN que se deriva de los fines de la imposición individual de la pena y precisa de una ampliación en aras de acoger puntos de vista preventivos, toda vez que la sanción penal depende no solo de la culpabilidad, sino también de las necesidades preventivas. Así, explica el maestro alemán que el principio de culpabilidad cumple con lo que llevan a cabo la teoría del bien jurídico y de la imputación objetiva en la categoría del injusto: “establece un límite a la potestad estatal de castigar y conserva frente a los intereses de seguridad del Estado y en favor del ciudadano un espacio adecuado de libertad personal”⁴⁹². Añade ROXIN que lo novedoso de su teoría es que la categoría de la culpabilidad no se compone únicamente de culpabilidad, sino también de necesidad preventiva de sanción. Ambas forman la categoría de la responsabilidad. Ahora bien, la culpabilidad es siempre para ROXIN el límite máximo de la pena. En esa línea, ROXIN se opone a la funcionalización de la culpabilidad a las necesidades preventivo-generales⁴⁹³.

4.3.4. Opinión personal

Debo ahora justificar tres asuntos fundamentales: por qué considero que debe optarse por un modelo funcionalista y, específicamente, funcionalista moderado;

⁴⁸⁸ PÉREZ DEL VALLE, “En el punto de mira. La crítica a la teoría de los bienes jurídicos”, en *InDret Penal*, n° 4, 2006, pp. 3 y 15.

⁴⁸⁹ ROBLES PLANAS, *Estudios de dogmática jurídico-penal...*, p. 33.

⁴⁹⁰ FEIJOO SÁNCHEZ, “Sobre la crisis de la teoría del bien jurídico”, en *InDret Penal* n° 2, 2008, p. 14.

⁴⁹¹ En HEFENDEHL (ed.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, 2007, p. 424.

⁴⁹² ROXIN, “El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania”, pp. 9-10.

⁴⁹³ COUSO SALAS, *Fundamentos del Derecho penal de culpabilidad...*, p. 223.

cómo afronto la problemática de la teoría del bien jurídico a partir de la cual se construye el injusto y la culpabilidad en el modelo funcionalista moderado; y qué papel cumplen bajo mi perspectiva los principios de la democracia constitucional en este modelo. Las respuestas a estos tres asuntos evidenciarán mi posición personal sobre los lineamientos generales de la teoría del delito y me proporcionarán la base para exponer en el cuarto y último apartado de este primer capítulo cómo se inserta la problemática del dolo en esta discusión.

Con relación al primer asunto, puedo afirmar que una teoría del delito propia de la democracia constitucional debe adoptar un punto de partida normativista y rechazar la visión exclusivamente ontológica, que propone que la realidad conlleva de modo necesario una determinada valoración jurídica. Así, como expresa SILVA SÁNCHEZ, no es propia de un Derecho penal de acto sujeto a los límites provenientes del modelo de Estado social y democrático de Derecho una dogmática como la finalista, la cual se caracteriza por obtener teorías en virtud de operaciones lógico-abstractas, prescindiendo de sus repercusiones sobre la realidad, lo que provoca una ruptura entre dogmática y necesidades reales. En cambio, la perspectiva funcionalista es propia de un Derecho penal limitado por el principio de culpabilidad y, en ese marco, legitimado por la consecución de principios consecuencialistas no utilitaristas; siempre y cuando se trate de un funcionalismo moderado, que permita superar las barreras existentes entre el Derecho penal y la política criminal, a partir de la orientación de la dogmática a los fines del Derecho penal⁴⁹⁴.

¿Por qué un funcionalismo moderado y no radical? Como explica SILVA SÁNCHEZ, la diferencia entre una y otra propuesta se encuentra en las referencias funcionales en virtud de las cuales se asigna contenido a los conceptos de la teoría del delito. Mientras que el funcionalismo moderado apela a los fines del Derecho penal en general (principios consecuencialistas no utilitaristas) y toma en cuenta de forma determinante los principios garantísticos (principio deontológico), el funcionalismo radical acude a las necesidades sistémicas en función de las cuales debe conformarse el sistema dogmático del Derecho penal. Específicamente, el modelo de JAKOBS es uno de carácter “sociológico”, en el que la construcción dogmática pierde toda autonomía valorativa⁴⁹⁵. Se trata de un modelo que sitúa en un papel secundario al ser humano, quien es finalmente el destinatario que sufre las consecuencias penales. Además, se trata de una propuesta que se centra en la idea del sistema jurídico cerrado a consideraciones de orden político criminal y, en su tarea de legitimación del sistema penal, parece fomentar el consenso social y sancionar el disenso⁴⁹⁶. A partir del modelo de JAKOBS, pueden hacerse realidad las críticas que tildan al modelo funcionalista de reaccionario y sujeto a la arbitrariedad. En cambio, es probablemente en el

⁴⁹⁴ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 1ª ed., pp. 68-69.

⁴⁹⁵ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 1ª ed., p. 70.

⁴⁹⁶ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Política criminal*, Ed. Colex, 2002, p. 120.

modelo del funcionalismo moderado en el que estamos “muy cerca de hallar el verdadero *status* de la dogmática, tanto tiempo difuminado entre pretensiones de una desmedida científicidad o neutralidad que no estaba en condiciones de ofrecer”⁴⁹⁷.

Con relación al segundo asunto, al asumir un modelo funcionalista moderado entra en cuestión la problemática de la teoría de los bienes jurídicos. ¿Es acaso función del Derecho penal su protección? ¿Se trata realmente de una teoría liberal que facilita la limitación del poder punitivo del Estado? En mi opinión, siguiendo a AMELUNG, puedo sostener que el concepto de bien jurídico, entendido como objeto de protección de la norma de conducta, es “un instrumento polivalente de la argumentación jurídico-penal”. En palabras del autor alemán:

“El postulado de que las normas de conducta penalmente protegidas siempre deben proteger un objeto “detrás de ellas”, postulado que se apoya en la idea de protección de bienes jurídicos, exige que tales normas tengan una utilidad que vaya más allá del mantenimiento de su vigencia fáctica. En qué ha de consistir tal utilidad es una cuestión que, dentro de los límites constitucionales, se deja al juicio de valor del legislador. En esta caracterización, la teoría de la protección de bienes jurídicos es un dogma que, por un lado, niega la legitimación a las normas penales inútiles pero, por el otro, es tan flexible que toma en consideración la facultad del legislador de decidir qué ha de considerarse útil y digno de protección”⁴⁹⁸.

En ese sentido, debemos entender que la teoría del bien jurídico no está en capacidad de indicarnos qué debe proteger el Derecho penal o cuál debe ser el contenido del injusto. Sin embargo, sí está en condiciones de mostrarnos la doble faceta del Derecho penal a la que hice mención en el primer apartado de este capítulo: vigencia y legitimidad. Esto es, que no es suficiente con que exista una norma penal que reúna requisitos formales para justificar la intervención del Derecho penal. Se requiere que la norma cumpla una utilidad (principio consecuencialista) que vaya acorde con las exigencias constitucionales según el modelo de Estado adoptado (principio deontológico)⁴⁹⁹.

⁴⁹⁷ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 1ª ed., p 71.

⁴⁹⁸ En HEFENDEHL (ed.), *La teoría del bien jurídico...*, p. 264.

⁴⁹⁹ Una propuesta novedosa es la de ROBLES PLANAS, *Estudios de dogmática jurídico-penal...*, pp. 35 y ss., quien sostiene que los bienes jurídicos cobran una dimensión mucho más profunda si se los pone en relación con la autonomía y con la teoría de las normas: “están al servicio y son medio de desarrollo de la autonomía individual”. Según explica dicho autor, la autonomía tiene una triple dimensión: autonomía como libertad negativa, autonomía como seguridad y autonomía como bienestar. Propone entonces abordar las cuestiones de legitimación de la intervención penal a partir de los principios rectores que subyacen a las causas de justificación: el principio de responsabilidad y el de solidaridad. En primer lugar, el principio de responsabilidad (lógica de la legítima defensa) fundamenta las normas que prohíben aquellas conductas que suponen la más drástica lesión de los derechos de libertad (autonomía como libertad negativa). Así, frente al afectado por la prohibición puede esgrimirse que ésta se fundamenta en su plena responsabilidad por la agresión. En segundo lugar, el principio de responsabilidad atenuado

Más allá de ello, debo indicar que la idea de que el fundamento del injusto penal es la lesión a un bien jurídico permite diferenciar el plano de las meras motivaciones del sujeto activo del plano del dolo o la imprudencia bajo la que actúa. Al respecto, GRECO es claro al sostener que el dolo y la imprudencia “tienen que ver con el riesgo creado por el autor”⁵⁰⁰, lo que no sucede con las motivaciones. Este punto será retomado en el cuarto capítulo, al defender una concepción estrictamente cognitiva de dolo como base de la *teoría de la condiciones para el conocimiento*.

Con esto llego al tercer y último punto referido al rol de los principios de una democracia constitucional en este modelo. SILVA SÁNCHEZ ha defendido la construcción de un sistema dogmático cuyas premisas valorativas estén constituidas por el conjunto de valores y principios contenidos en la Constitución, en la que se expresa el consenso axiológico de una sociedad⁵⁰¹. Añade entonces que las cuestiones básicas del Derecho penal, como los principios del ejercicio legítimo del *ius puniendi* y las premisas valorativas de la atribución de responsabilidad penal son una materia propia de la filosofía jurídica. Sin embargo, entiendo yo que es el concreto modelo del constitucionalismo penal expuesto el que establece las bases que fundamentan dichas cuestiones básicas. Así, la estructura del Estado democrático –que evidentemente se sustenta en cuestiones propias de la filosofía jurídica- fundamenta en sí misma el principio de culpabilidad y establece los demás principios que han de aplicarse para su materialización: Derecho penal de acto, no sanción de las ideas, entre otras. Sigo entonces la propuesta de CORCOY BIDASOLO cuando sostiene que hay que volver a las posturas integradoras que establecen una serie de límites que restringen la intervención penal, límites entre los que se encuentran los de subsidiariedad, *ultima ratio* y fragmentariedad⁵⁰².

4.4. Delito como imputación de lesión de norma objetiva de conducta

Si bien es cierto que las teorías de ROXIN y JAKOBS aparecen como antagónicas, lo cierto es que ambas se mantienen dentro de los márgenes sistemáticos de la

(lógica del estado de necesidad defensivo) fundamenta las normas que prohíben conductas que suponen el origen de peligros que convierten en incierto o inseguro para la víctima o víctimas potenciales el uso de sus derechos. Finalmente, el principio de solidaridad (lógica del estado de necesidad agresivo) fundamenta las normas que prohíben las conductas desleales con las instituciones que producen y mantienen la libertad. Se impone aquí al afectado por la norma un deber positivo, un mandato, en base al cual le incumbe un deber de colaboración, de fomento o solidaridad.

⁵⁰⁰ GRECO, “Comentario al artículo Ramon Ragués”, en BOUVIER (dir.), *Discusiones*, N° XIII, EdiUNS, 2013, p. 74.

⁵⁰¹ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 1ª ed., pp. 112-114.

⁵⁰² CORCOY BIDASOLO, “Crisis de las garantías constitucionales a partir de las reformas penales y de su interpretación por los tribunales”, en MIR PUIG, CORCOY (dirs.), *Constitución y sistema penal*, Marcial Pons, 2012, p. 160.

dogmática penal (acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad como elementos del delito). Existe, por otra parte, una tendencia de algunos autores a entender el delito como una estructura de imputación de la lesión de la norma objetiva de conducta. Así, retomando la corriente iniciada por BINDING⁵⁰³, se plantea una nueva visión del delito. Sin duda la propuesta de HRUSCHKA y su desarrollo en España por parte de SÁNCHEZ OSTIZ son un buen ejemplo de esta corriente. Según estos autores, no vale el esquema posclásico de delito, constituido por las estructuras de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. Proponen, en cambio una estructura delictiva tripartita que resulta de la diferencia entre reglas de comportamiento y reglas de imputación y que incluye:

“1) la imputación en el primer nivel de imputación por la que son imputados el hecho y las circunstancias del hecho que son relevantes para emitir eventualmente el juicio de antijuridicidad; 2) el propio juicio de antijuridicidad, si y en la medida en que resulte de la aplicación de las reglas de comportamiento en su función de baremo de medición; y 3) la imputación en el segundo nivel de imputación por la que se imputa el hecho antijurídico a la culpabilidad”⁵⁰⁴.

Los siguientes cuadros evidencian la diferencia entre la sistemática de la dogmática penal neoclásica y la propuesta alternativa de la teoría de la imputación de HRUSCHKA.

⁵⁰³ ROBLES PLANAS, *Estudios de dogmática jurídico-penal...*, p. 30.

⁵⁰⁴ HRUSCHKA, “Reglas de comportamiento y reglas de imputación”, en *Imputación y Derecho penal...*, 2ª ed., p. 29.

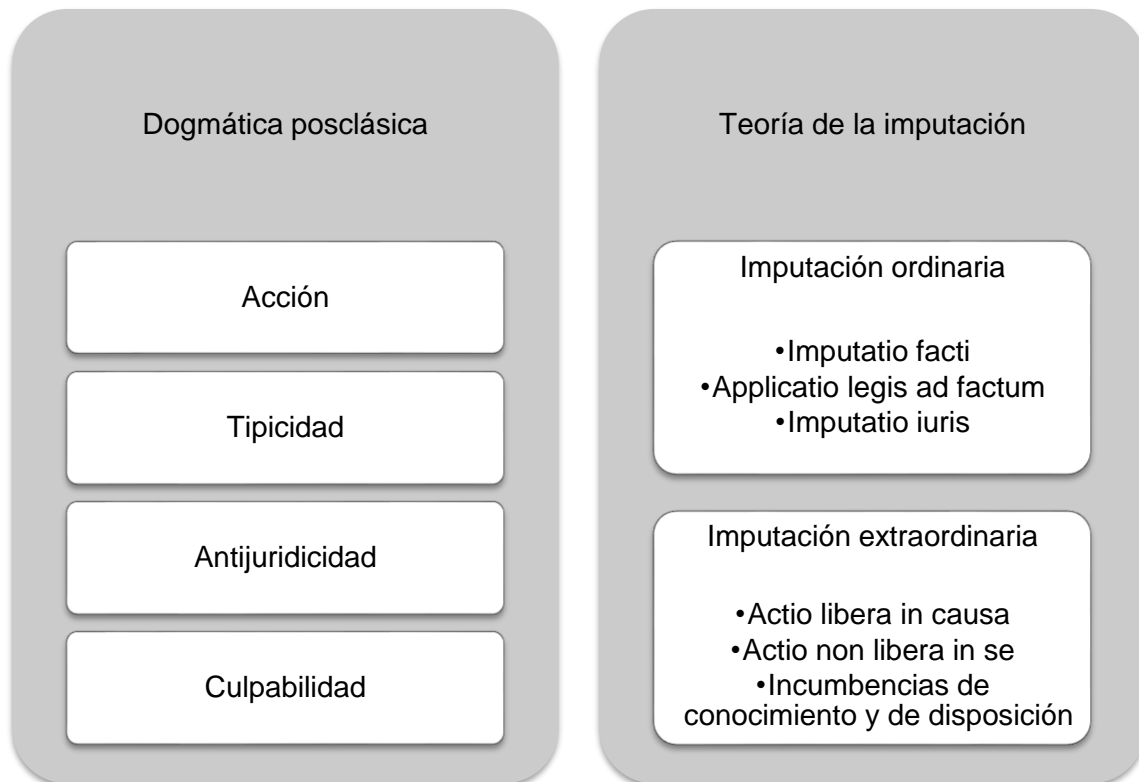


Figura 1.7 *Sistemas de delito en la dogmática penal*

Es preciso entonces analizar la distinción entre reglas de comportamiento y reglas de imputación, para luego entender cómo estas son aplicadas.

4.4.1. Reglas de comportamiento y reglas de imputación

En el derecho anglosajón, FLETCHER distingue entre el injusto o conducta injusta (*wrongful conduct*) y la atribución (*attribution*). El injusto se define como la violación de una norma prohibitiva modificada por todas las defensas que crean excepciones a la norma. El análisis de la atribución, en cambio, centra su atención en un conjunto distinto de normas, que no proveen directivos de conductas, sino criterios para hacer responsables a las personas por sus actos⁵⁰⁵. Por su parte, ROBINSON distingue también las reglas de conducta, que proporcionan a la población en general la orientación *ex ante* de lo que pueden, deben y no deben hacer; de los principios de adjudicación, que otorgan a los encargados de la toma de decisiones (fiscales, jurados y jueces) orientación en la evaluación *ex post* de la culpabilidad de un individuo por la violación de las reglas. Según ROBINSON, no todos los elementos objetivos del delito forman parte de las reglas de conducta. Así, las reglas de conducta se dirigen a la conducta

⁵⁰⁵ FLETCHER, *Rethinking Criminal Law*, Oxford University Press, 2000, p. 458.

del autor y no a su resultado, ya que las reglas pueden influir únicamente en la conducta, mientras que el resultado pertenece a los principios de adjudicación⁵⁰⁶.

En la doctrina continental, y específicamente alemana, la distinción entre reglas de comportamiento y reglas de atribución puede tratarse a partir de los sujetos que son sus destinatarios. Mientras que las reglas de comportamiento pueden estar dirigidas tanto a los ciudadanos sometidos a las normas como al juzgador, las normas de atribución se dirigen únicamente a este último.

HRUSCHKA atribuye dos funciones a las reglas de comportamiento, según si el punto de vista es prospectivo o retrospectivo: configuración, por un lado, y baremo de medición, por el otro. Vistas en la prospectiva, las reglas de comportamiento poseen una función de configuración, ya que son prescripciones o prohibiciones dirigidas al sujeto sometido a la norma que le indican lo que debe hacer o dejar de hacer; o son reglas permisivas dirigidas al sujeto sometido a la norma que le indican lo que le está permitido hacer o dejar de hacer. En cambio, vistas en la retrospectiva, las reglas de comportamiento poseen una función de baremo de medición y se trata de tipos delictivos o de justificación dirigidos al juzgador, que contienen una valoración de la que resulta la antijuridicidad o no de la conducta⁵⁰⁷.

Con relación a las reglas de imputación, MAÑALICH explica que se trata de “condiciones de las cuales depende la efectiva capacidad de seguimiento de la norma por parte de su destinatario”⁵⁰⁸. Siguiendo a HRUSCHKA, las reglas sobre la imputación solo poseen una función en la retrospectiva, estando dirigidas principalmente a la persona que juzga con posterioridad el hecho⁵⁰⁹.

A partir de la obra de DARIÉS, HRUSCHKA distingue dos niveles de imputación. El primer nivel de imputación es denominado *imputatio facti* y consiste en la imputación de una acción u omisión a un determinado sujeto. En palabras del autor alemán, se trata de la imputación de “un proceso como ejecución de una acción o de una inactividad como omisión de una acción, en la respectiva situación relevante según los tipos contenidos en la “lex””. En otras palabras, es la declaración de que el sujeto es *causa moralis* del hecho comisivo u omisivo. Siguiendo a KANT, la imputación sólo se produce cuando el hecho “es imputado a una persona” o, dicho de otro modo, cuando es “concebido como originado en la libertad”⁵¹⁰. Este primer nivel de imputación es excluido en tres supuestos⁵¹¹:

⁵⁰⁶ ROBINSON, “Rules of Conduct and Principles of Adjudication”, en *Faculty Scholarship*, paper 617, 1990, pp. 731-734 Disponible en: http://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/617 [consulta: 03 de marzo de 2017].

⁵⁰⁷ HRUSCHKA, *Imputación y Derecho penal...*, 2ª ed., p. 13.

⁵⁰⁸ MAÑALICH, “El delito como injusto culpable...”, p. 94.

⁵⁰⁹ HRUSCHKA, *Imputación y Derecho penal...*, 2ª ed., p. 15.

⁵¹⁰ HRUSCHKA, *Imputación y Derecho penal...*, 2ª ed., pp. 15-17.

⁵¹¹ HRUSCHKA, *Imputación y Derecho penal...*, 2ª ed., pp. 20-21.

- Cuando la ejecución de la acción era físicamente imposible (*impossibilium nulla est imputatio*).
- Cuando el sujeto se encontraba bajo la incidencia de una necesidad física (*necessariorum nulla est imputatio*).
- Cuando el sujeto no ha tenido conocimiento de la situación relevante o de la alternativa que le era dada al proceso o a la inactividad de la que se trata (*ignoratorum nulla est imputatio*).

El segundo nivel de imputación es denominado *imputatio iuris* e implica la alabanza o el reproche (al que sigue la pena) de la conducta, en atención a lo establecido por la ley. El sujeto al que se le efectúa esta imputación también ha de ser libre, ya que, “por una parte, tuvo un motivo para omitir la acción prohibida o para ejecutar la acción prescrita y, por otra parte, no tuvo ningún contramotivo comprensible que le impidiera el cumplimiento de su deber”⁵¹².

Finalmente, entre la *imputatio facti* y la *imputatio iuris*, se produce la *applicatio legis ad factum*, que implica la aplicación de las reglas de comportamiento en su función de baremo de medición del hecho imputado. Esta aplicación consiste en tres posibles juicios: el hecho es ajustado a la regla, el hecho es contrario a la regla o el hecho va más allá de lo que se exige por la regla de conducta⁵¹³.

4.4.2. Clases de imputación y la función de las incumbencias en el Derecho penal

La teoría de la imputación penal distingue dos clases de imputación. Siguiendo a MAÑALICH⁵¹⁴, el criterio para distinguirlas consiste en que el destinatario de la norma de comportamiento se haya encontrado situacionalmente capacitado para omitir la acción prohibida o ejecutar la acción requerida. Si lo estuvo, la imputación será “ordinaria” y, si no lo estuvo y su incapacidad fue producto de la falta de adopción de una medida de cuidado que el sujeto era capaz de adoptar para asegurar su capacidad situacional, la imputación será “extraordinaria”. En ambos casos, existe una falta de reconocimiento subjetivo de la norma.

HRUSCHKA efectúa la distinción entre los casos de *actio libera in se*, en los que se aplica una imputación ordinaria, ya que “la persona en cuestión, en el momento decisivo, (estaba) en condiciones de evitar la producción del suceso de realizar la acción en cuestión”⁵¹⁵, y los casos de *actio libera in causa*, en los

⁵¹² HRUSCHKA, *Imputación y Derecho penal...*, 2ª ed., pp. 15-22.

⁵¹³ HRUSCHKA, *Imputación y Derecho penal...*, 2ª ed., pp. 6-7.

⁵¹⁴ MAÑALICH, *Norma, causalidad y acción...*, pp. 26-27.

⁵¹⁵ HRUSCHKA, “La imputación ordinaria y extraordinaria en Pufendorf”, en *Imputación y Derecho penal...*, 2ª ed., p. 55. Ver también JOSHI JUBERT, *La doctrina de la “Actio Libera in Causa” en Derecho penal (Ausencia de acción o inimputabilidad provocadas por el sujeto)*, Bosch, 1992, p. 142, quien sostiene que mientras la infracción de un deber da lugar a una imputación ordinaria

que se aplica una imputación extraordinaria, ya que “en efecto concurre una tal causa de exclusión de la imputación y, sin embargo, precisamente por ello, se hace responsable al autor”⁵¹⁶. Por el contrario, la imputación se excluye cuando se cumplen las condiciones del *impossibilium et necessariorum nulla est imputatio* o del *ignoratorum nulla est imputatio* del primer nivel de imputación o las condiciones de las causas de exculpación del segundo nivel de imputación, salvo que “el autor haya producido él mismo “*mala fide*” la situación que excluye la imputabilidad o que sea responsable de ella por otras razones”⁵¹⁷. El antecedente de esta forma de imputación lo encuentra HRUSCHKA en la obra de PUFENDORF:

“No solamente pueden ser imputados aquellos sucesos respecto a los cuales esté a nuestro alcance en el momento presente el que acontezcan o no, sino también aquellos cuya producción estuvo en un momento anterior en nuestro radio de acción, en caso de que hayamos perdido esa posibilidad por nuestra propia culpa. Lo mismo sirve para aquellas cosas cuya realización le resulta imposible a una persona en su estado actual en el caso de que ella haya tenido la culpa de no poder ya realizarlas”⁵¹⁸.

En consecuencia, para PUFENDORF puede imputarse aquello que estaba al alcance de la capacidad del sujeto en sí mismo (*actio libera in se*) o en su causa (*actio libera in sua causa*), mientras que una acción que no ha sido libre ni considerada en sí misma ni en su causa no puede ser imputada a una persona (*quaelibet actio quae neque in se neque in sua causa libera fuit, non potest (homini) imputari*)⁵¹⁹.

A mayor detalle, SÁNCHEZ-OSTIZ sostiene que la imputación extraordinaria opera en aquellos casos en los que se produce en el sujeto "un defecto que impide la imputación (ordinaria), pero se restablece esta en ciertas ocasiones: en aquellas en las que hacemos responsable al propio sujeto del defecto en cuestión”⁵²⁰. ¿Por qué se hace responsable al sujeto del defecto en cuestión? MAÑALICH lo expresa a partir de la noción de incumbencia⁵²¹:

del resultado producido, la lesión de una obligación fundamenta, para algunos, una imputación extraordinaria del resultado a su autor. Asimismo, explica que la lesión de una obligación no puede fundamentar por sí sola un reproche autónomo de culpabilidad, sino sólo bloquear la posibilidad de invocar la exculpación.

⁵¹⁶ HRUSCHKA, *Imputación y Derecho penal...*, 2ª ed., p. 23.

⁵¹⁷ HRUSCHKA, *Imputación y Derecho penal...*, 2ª ed., p. 23.

⁵¹⁸ PUFENDORF, *Elementa*, Lib. II, axioma I, ss 7, citado por HRUSCHKA, *Imputación y Derecho penal...*, 2ª ed., p. 54.

⁵¹⁹ HRUSCHKA, *Imputación y Derecho penal...*, 2ª ed., pp. 56-59.

⁵²⁰ SÁNCHEZ-OSTIZ, “¿Incumbencias en Derecho penal?.- Depende”, en *InDret Penal*, N°1, 2016, p. 7.

⁵²¹ El término incumbencia es la traducción acuñada por los autores que tratan el tema del término alemán *obliegenheit*.

“(...) la ejecución de la acción precedente asume la forma de la infracción de una *incumbencia*, que ha de ser expresiva de un déficit de fidelidad al Derecho por parte del destinatario de la norma de cuya preterición a través de la correspondiente norma permisiva se trata”⁵²².

En el mismo sentido, MONTIEL sostiene que la imputación se restablece por el incumplimiento de “la incumbencia de hacerse de los conocimientos jurídicos y fácticos o de la capacidad de acción o culpabilidad necesaria para evitar un resultado típico”⁵²³.

HRUSCHKA extrae el concepto de incumbencia de la noción de culpa presente en la obra de PUFENDORF (Elementa, lib. II, obs. IV, ss 8):

“(...) “la recta razón le dice al hombre que tiene que cuidar de sí mismo de tal modo que no turbe a la sociedad humana”. De esta “*lex fundamentalis*”, PUFENDORF deduce que de toda persona se espera que omita todo lo que menoscaba el uso de la razón o que ocasiona daño o deterioro al cuerpo. (...) “Dado que está absolutamente prohibido cometer delitos, hay que evitar todas las ocasiones que, contempladas *ex ante*, podrían conducir a un delito”⁵²⁴.

Según MONTIEL, la caracterización de las incumbencias que defiende HRUSCHKA coincide en lo esencial con la “teoría del presupuesto”, según la cual el cumplimiento de la incumbencia es un presupuesto objetivo para mantener cierto derecho o ciertas ventajas, por lo que –en Derecho de seguros- su infracción no acarrea un resarcimiento por daños, sino la liberación de la aseguradora de cumplir con una prestación a su cargo.

Ello trasladado al Derecho penal, prosigue MONTIEL, implica entender que el cumplimiento de la incumbencia es el presupuesto para que quien afectó un bien jurídico pueda descargarse de la imputación, alegando, por ejemplo, un error. Así, se interpreta la lesión de la incumbencia no como la lesión de un mandato o de una prohibición, sino “como caducidad de una posibilidad de defensa”⁵²⁵.

⁵²² MAÑALICH, *Norma, causalidad y acción...*, pp. 143-144.

⁵²³ MONTIEL, “¿Existen las *Obliegenheiten* en el Derecho penal?”, en *InDret Penal*, n° 4, 2014, p. 5.

⁵²⁴ HRUSCHKA, *Imputación y Derecho penal...*, 2ª ed., pp. 56-59.

⁵²⁵ MONTIEL, “¿Existen las *Obliegenheiten* en el Derecho penal?”, p. 9. Con relación a los supuestos fundamentos desde los cuales sostener los efectos aflictivos de la inobservancia de las incumbencias en el Derecho penal, VARELA, *Dolo y error...*, pp. 146-149, hace referencia a diversos principios generales del Derecho, entre los que se encuentran los que dictan que nadie puede alegar su propia torpeza en su beneficio o como descargo, que nadie puede ir en contra de sus propios actos, que nadie puede beneficiarse de ventajas obtenidas de forma impropia y que nadie puede ejercer abusivamente sus derechos.

4.4.3. *Discusión crítica sobre la doctrina de las incumbencias y opinión personal*

Desde una perspectiva crítica, MONTIEL alude al uso inflacionario en el Derecho penal del término incumbencia, proveniente del Derecho civil y, específicamente, del Derecho de seguros. Cuestiona su uso por parte de JAKOBS, quien recurre a dicho concepto en ámbitos distintos como la participación, la responsabilidad por el resultado y la fundamentación de las medidas de aseguramiento para delincuentes imputables peligrosos. En esa línea, llega al extremo de postular una “*obliegenheit* de una autorepresentación no amenazante”, que indicaría a todo ciudadano fiel a Derecho que le incumbe “conducir su vida de un modo adecuado”. Por otro lado, MONTIEL cuestiona el hecho de que es discutible que todos los casos de incumbencias caigan bajo la fórmula de una “obligación frente a uno mismo”, así “si nos preguntamos por los intereses que pretenden ser tutelados al momento de la imposición de la *Obliegenheiten* no resulta nada difícil afirmar que prevalecen los de terceros o de la comunidad en su conjunto”⁵²⁶. Asimismo, cuestiona el hecho de considerar como imperativos hipotéticos a las incumbencias:

“(...) la adquisición de la información antes de iniciar un curso de acción riesgoso o el evitar la creación de una situación de necesidad para bienes jurídicos son conductas que resultan objetivamente necesarias, con independencia de la finalidad perseguida por el sujeto”⁵²⁷.

En consecuencia, niega el carácter neutro del comportamiento contrario a una *Obliegenheit*. Critica además que se pase por alto que la principal consecuencia de infringir una incumbencia es la imposición de una pena o de una medida de seguridad⁵²⁸.

SÁNCHEZ-OSTIZ responde a las críticas formuladas por MONTIEL a partir de las diferencias que existen entre el deber y la incumbencia. Al respecto, sostiene que el mensaje al destinatario es más concreto en el deber que en la incumbencia; que el deber puede exigirse directa o indirectamente, mientras que la incumbencia no es exigible hasta que se materialice en el momento de cumplir el deber; y que la infracción del deber se halla prevista como sanción, mientras que la consecuencia de infringir la incumbencia será el restablecimiento de la imputación⁵²⁹.

⁵²⁶ MONTIEL, “¿Existen las *Obliegenheiten* en el Derecho penal?”, pp. 6-7 y 16. Postula que el sistema normativo del Derecho penal se encuentra concebido sobre la base de incumbencias, VARELA, *Dolo y error...*, p. 125. Ver también, SILVA SÁNCHEZ, “Honeste vivere”, en *InDret Penal*, Editorial, n° 3, 2010.

⁵²⁷ MONTIEL, “¿Existen las *Obliegenheiten* en el Derecho penal?”, p. 7.

⁵²⁸ MONTIEL, “¿Existen las *Obliegenheiten* en el Derecho penal?”, pp. 18-19.

⁵²⁹ SÁNCHEZ-OSTIZ, “¿Incumbencias en Derecho penal?.- Depende”, p. 22.

En mi opinión, no puede negarse la función que las incumbencias vienen desempeñando en distintos modelos contemporáneos de la teoría del delito. Incluso cabe señalar que su capacidad de rendimiento es satisfactoria al tratarse de supuestos de imputación extraordinaria, como los expuestos por HRUSCHKA. Desde mi perspectiva, lo importante es limitar su aplicación. Un buen punto de partida es el indicado por SÁNCHEZ-OSTIZ, cuando sostiene que las incumbencias deben operar únicamente en el ámbito de la imputación extraordinaria, en el que sirven de fundamento para restablecer la imputación provisionalmente interrumpida⁵³⁰. Ahora bien, más importante aún es que el sistema de delito que se asume proporcione los mecanismos para impedir un uso indiscriminado de la figura de las incumbencias y evitar lo que sucede en teorías como la de JAKOBS, en la que se recurre a dicho concepto para fundamentar medidas de aseguramiento para delincuentes imputables peligrosos. A mi parecer, la única forma de limitar este uso desmedido del concepto de incumbencia es situando el sistema de delito en el modelo de Estado asumido en esta tesis. Dicho modelo y específicamente el principio de culpabilidad, a partir de la exigencia de evitabilidad, constituyen una barrera adecuada a la exacerbación de esta figura. Este modelo exige considerar como imperativo categórico al principio de dignidad humana, mientras que cualquier formulación a partir de incumbencias tendrá siempre un carácter de imperativo hipotético. Dicha formulación deberá ser evaluada por una teoría de deberes limitados de adquirir conocimiento (para el caso de ignorancia deliberada, por citar un caso) como la que desarrollo en el cuarto capítulo de esta tesis.

4.5. La influencia de las neurociencias en la concepción de delito

Otra corriente que cuestiona las bases sistemáticas de la dogmática penal⁵³¹ es aquella de impronta determinista que pretende sustentarse en los supuestos descubrimientos de las neurociencias.

Como anota FRISCH, uno de los principios centrales del Derecho penal contemporáneo ha sido la vinculación de la pena a la culpabilidad del autor⁵³². Sin embargo, siguiendo a GARCÍA RIVAS, si se pone en cuestión el axioma del libre albedrío del hombre, el problema de la búsqueda de un fundamento a la

⁵³⁰ SÁNCHEZ-OSTIZ, “¿Incumbencias en Derecho penal?.- Depende”, p. 21.

⁵³¹ Según LUZÓN PEÑA, “Libertad, culpabilidad y neurociencias”, en *InDret Penal* n° 3, 2012, p. 19, la doctrina dominante contemporánea reprocha el hecho antijurídico al sujeto que actuó libremente y que pudo haber actuado de otro modo, sea porque se parte del indeterminismo y se comparte la posición filosófica y ética de la existencia del libre albedrío en el ser humano, o sea porque se considera que la libertad humana es una premisa normativa de la que parten todos los ordenamientos jurídicos, a no ser que en el sujeto concreto concurren circunstancias excepcionales que demuestren o pongan seriamente en tela de juicio la anulación o exclusión de su libertad.

⁵³² FRISCH, “Sobre el futuro del Derecho penal de la culpabilidad”, en FEIJOO SÁNCHEZ (ed.), *Derecho penal de la culpabilidad y neurociencias*, Civitas Thomson Reuters-Aranzadi, 2012, p. 19.

imposición de la pena estatal debe variar su ángulo de enfoque desde el plano metafísico hacia el plano social de la función del Derecho penal^{533/534}.

Más allá de la vieja polémica entre los partidarios del libre albedrío y los partidarios del determinismo⁵³⁵, en la actualidad, los denominados neurojuristas cuestionan la tesis del libre albedrío del ser humano y plantean que los contenidos de las decisiones adoptadas por una persona estarían determinados por las experiencias y modelos de decisión almacenados en el cerebro⁵³⁶. Esta propuesta parte del experimento de LIBET, quien solicitó a un grupo de personas que decidieran si querían mover la mano o el dedo de la mano y que recordaran con ayuda de las rayas de un disco de osciloscopio giratorio en cuál de las rayas habían tomado su decisión. El resultado del experimento fue que siempre era medible un corto espacio de tiempo antes del momento en que la persona creía haber tomado la decisión con respecto al movimiento de la mano o del dedo⁵³⁷.

⁵³³ GARCÍA RIVAS, *El poder punitivo en el Estado democrático*, p. 56. Acerca de la relación entre el determinismo y las teorías de la pena, ver también NINO, *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación*, pp. 273 y ss. Según PÉREZ MANZANO, "Fundamento y fines del Derecho penal. Una revisión a la luz de las aportaciones de la neurociencia", pp. 2 y ss., la concepción retributiva del Derecho penal aparece vinculada a la imagen del ser humano como sujeto libre, mientras que la prevención general de intimidación parece compatible con un modelo determinista de ser humano. En cambio, FEIJOO SÁNCHEZ, "Derecho penal y Neurociencias. ¿Una relación tormentosa?", p. 15, entiende que las neurociencias otorgan la razón a los que defienden una teoría de la prevención general positiva.

⁵³⁴ Acerca de la discusión sobre el libre albedrío en el Derecho penal anglosajón, ver KENNY, *Freewill and Responsibility*, Routledge and Kegan Paul, 1978.

⁵³⁵ Acerca de la polémica entre los defensores del libre albedrío y los del determinismo, resulta fundamental la obra de ENGISCH, *La teoría de la libertad de voluntad en la actual doctrina filosófica del Derecho penal*, pp. 58-64, quien resume los postulados de los "clásicos" representados por BINDING, quienes defendían la naturaleza retributiva de la pena, que sólo podía ser aplicada a quien había obrado ilícitamente a pesar de haber podido actuar conforme a Derecho; los "modernos" representados por v. LISZT, que entendían que el obrar humano estaba psíquicamente causado; y MERKEL, quien defendía una tesis ecléctica. Acerca del determinismo, ver también NINO, *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación*, pp. 269-273, quien distingue los determinismos de tipo ético, teológico, lógico, psicológico, físico y social.

⁵³⁶ FRISCH, "Sobre el futuro del Derecho penal de la culpabilidad", pp. 29-30. Con relación a la concepción de la mente, se han planteado distintos modelos. Uno de ellos es el planteado por el **realismo**, que propugna un modelo dualista proveniente de DESCARTES y afirma la existencia de dos mundos ontológicamente distintos consistentes en la esfera material y la espiritual. A partir de ello, se plantea que la mente es una entidad con existencia real e incluso autónoma frente al cerebro. Al respecto, ver DÍAZ ARANA, "Las mentes libres en el Derecho penal. Neurociencias y libertad desde una perspectiva funcional de la mente", en *InDret Penal* n° 1, 2016, pp. 8-9. Frente al realismo, se opone el **materialismo eliminativo**, que parte de la idea de que la mente es el cerebro. Así, no existe una mente en el sentido de la psicología popular, sino únicamente como una facultad propia del sistema nervioso. Al respecto, ver PARDO, PATTERSON, "Fundamentos filosóficos del Derecho y la neurociencia", en *InDret Penal* n° 2, 2011, pp. 9 y ss., quienes en un sentido crítico sostienen que el error fundamental del eliminativismo es el intento de reducir un comportamiento a "teoría" y luego argumentar que la teoría es defectuosa porque no puede "explicar el funcionamiento interno de la persona" (p. 40). Por su parte, el **conductismo o disposicionalismo** plantea que la mente no es una entidad autónoma con existencia real ni independiente del cerebro, sino que es la manifestación exterior (el comportamiento) del cerebro. Al respecto, ver DÍAZ ARANA, "Las mentes libres en el Derecho penal...", pp. 12-13.

⁵³⁷ Una detallada explicación del experimento en FRISCH, "Sobre el futuro del Derecho penal de la culpabilidad", pp. 26 y ss.

Un caso importante para la investigación neurocientífica fue el de Phineas Gage, quien, como capataz ferroviario, se interpuso en la trayectoria de una barra de hierro que violentamente atravesó su cráneo, tras lo cual sobrevivió con algunos cambios patentes en su personalidad⁵³⁸.

ROTH, quien para algunos representa “una especie de vuelta al Programa de Marburgo de VON LISZT”⁵³⁹, sostiene:

“(…) como consecuencia de la concatenación de la amígdala, el hipocampo y el nudo ventral y dorsal, la memoria emocional de la experiencia (que trabaja de modo inconsciente) tiene la primera y la última palabra en lo que concierne a la aparición de deseos e intenciones, de modo que las decisiones adoptadas ocurren en el sistema límbico uno o dos segundos antes de que podamos percibir las de modo consciente”⁵⁴⁰.

A partir de ello, concluye que la libertad de voluntad (el antiguo libre albedrío) es una institución social que no se corresponde con la realidad que puede ser demostrada con la ciencia.

Esta corriente “neo determinista” ha suscitado las más encendidas críticas de los representantes de la dogmática “tradicional”. Al respecto, FRISCH ha sostenido que los argumentos alegados por algunos neurocientíficos no aportan una prueba convincente contra la existencia del libre albedrío, ya que buscan demostrar la inexistencia de un estado de cosas que “quizás se sustrae totalmente a la observación”⁵⁴¹. LUZÓN PEÑA, por su parte, ha indicado que existe igual indemostrabilidad empírica del determinismo⁵⁴². HASSEMER ha aludido a la existencia de un error categorial en el planteamiento de los neurocientíficos, ya que suponen que las ciencias de método empírico pueden enjuiciar científicamente si otras ciencias –como el Derecho- están autorizadas a desarrollar un concepto de libertad⁵⁴³.

⁵³⁸ DÍAZ ARANA, “Las mentes libres en el Derecho penal...”, p. 5.

⁵³⁹ FEIJOO SÁNCHEZ, “Derecho penal y Neurociencias. ¿Una relación tormentosa?”, pp. 10-11, quien además sostiene que “sus grandes aportaciones en el campo del funcionamiento del cerebro se convierten en teorías ingenuas cuando intentan intervenir en el ámbito de las Ciencias sociales”.

⁵⁴⁰ Citado por DEMETRIO CRESPO, “Libertad de voluntad, investigación sobre el cerebro y responsabilidad penal. Aproximación a los fundamentos del moderno debate sobre Neurociencias y Derecho penal”, en *InDret Penal* n° 2, 2011, pp. 6-7.

⁵⁴¹ FRISCH, “Sobre el futuro del Derecho penal de la culpabilidad”, p. 52.

⁵⁴² LUZÓN PEÑA, “Libertad, culpabilidad y neurociencias”, pp. 22-24, quien añade que la aceptación de la libertad de voluntad como base de la culpabilidad tiene un doble fundamento. Por un lado, un fundamento empírico, ya que la aceptación de la libertad de decisión y actuación humana corresponde a la común experiencia humana cotidiana; y, por otro lado, un fundamento normativo, ya que existe una regulación jurídica absolutamente universal, que parte de la libertad y responsabilidad de los hombres.

⁵⁴³ HASSEMER, “Neurociencias y culpabilidad en Derecho penal”, en *InDret Penal*, n° 2, 2011, p. 8.

Desde un punto de vista intermedio, ROXIN ha pretendido dejar abierto el concepto jurídico-penal de culpabilidad tanto a la hipótesis determinista como a la indeterminista, al sostener lo siguiente:

“(…) cuando un hombre es “asequible normativamente”; esto es, puede orientarse en principio por las normas, entonces, el hecho que lleva a cabo sin coacción y que se corresponde con sus deseos le es imputable a su acción libre, aun cuando aquél esté condicionado por las estructuras de su cerebro”⁵⁴⁴.

Una propuesta interesante es la planteada por PARDO y PATTERSON, quienes entienden que el realismo cartesiano supone una excesiva carga de compromisos ontológicos inaceptables, mientras que el enfoque de las neurociencias conlleva a un excesivo reduccionismo fisicalista⁵⁴⁵. Sostienen que los neurojuristas incurrir en una “falacia mereológica”, que “consiste en atribuir la capacidad o la función a una parte que sólo es atribuible correctamente al conjunto de la que aquélla forma parte”⁵⁴⁶. Al respecto, explican:

“Los atributos psicológicos no se encuentran en la concomitante actividad neuronal del cerebro, sino que se manifiestan esencialmente en el comportamiento, en las reacciones y en las respuestas de los seres humanos vivos en el curso vital. Esta es la clave de la falacia mereológica y del colapso de los impulsos reduccionistas de los neurojuristas. El comportamiento es algo de lo que sólo participan seres humanos (u otros animales). Las funciones y actividades cerebrales no son comportamientos (y las personas no son sus cerebros). En efecto, para que un sujeto adopte un comportamiento es preciso que tenga un cerebro. Pero la reducción de un atributo psicológico a un atributo cortical es un paso falaz del todo a una parte”⁵⁴⁷.

Concluyen que, si bien la actividad neuronal puede ser una condición necesaria, no es una condición suficiente para la valoración que realiza el Derecho de la conducta humana. Señalan como ejemplo de la falacia mereológica la identificación de las intenciones o del conocimiento con la actividad neuronal. Con relación a las intenciones, explican que no se trata de procesos internos del cerebro ni de sentimientos, ya que, vistas en primera persona, pueden o no estar formadas por una deliberación o por un razonamiento, y, desde el punto de vista de un tercero, las palabras y otros comportamientos personales proporcionan

⁵⁴⁴ ROXIN, “El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania”, p. 10. Varias décadas antes, ENGISCH, *La teoría de la libertad de voluntad en la actual doctrina filosófica del Derecho penal*, p. 77, planteó que se adhería a la opinión de NOWAKOWSKI al afirmar que la polémica en torno a la existencia de la libertad de la voluntad no podía ser decidida científicamente.

⁵⁴⁵ DÍAZ ARANA, “Las mentes libres en el Derecho penal...”, p. 16.

⁵⁴⁶ PARDO, PATTERSON, “Fundamentos filosóficos del Derecho y la neurociencia”, p. 16.

⁵⁴⁷ PARDO, PATTERSON, “Fundamentos filosóficos del Derecho y la neurociencia”, p. 17.

evidencias criterioales (revocables) de las mismas⁵⁴⁸. Con relación al conocimiento, explican lo siguiente:

“(…) los criterios para la adscripción del conocimiento se corresponden con diversos tipos de criterios lingüísticos y de comportamiento, no estados cerebrales. El conocimiento se manifiesta, por ejemplo, afirmando proposiciones y evidencias verdaderas, identificando y corrigiendo errores, y actuando adecuadamente (intencionadamente) en función de lo que se sabe. Es por tanto incoherente suponer que el conocimiento está “almacenado” o “localizado” en el cerebro. Igual que sucede con las mentiras y engaños, la neurociencias puede proveer evidencia inductiva, y posiblemente incluso identificar las condiciones necesarias para el dolo o el conocimiento, pero no puede proporcionar condiciones suficientes para ninguno de los dos”⁵⁴⁹.

Proponen entonces una concepción alternativa de la mente, según la cual ésta se entiende como el conjunto diverso de habilidades ejercidas por una persona, que implican una amplia gama de categorías psicológicas, incluyendo “sensaciones, percepciones, la cognición (p. ej., conocimiento, memoria), la cogitación (p. ej., creencias, pensamientos, imaginación, imaginaria mental), y la volición (p. ej., intenciones, acciones voluntarias)”⁵⁵⁰.

En mi opinión, comparto el criterio de aquellos que afirman que, si bien es cierto que las ciencias naturales no tienen por qué determinar los conceptos jurídicos, también lo es que “el Derecho no puede vivir al margen de los conocimientos neurocientíficos”⁵⁵¹. Lo cierto es que la propia regulación de los Códigos Penales se sustenta en un modelo de regla-excepción, en el que la culpabilidad no se regula de modo afirmativo, sino negativo, en base a causas de exculpación⁵⁵². Ahora bien, se trata de un asunto propio de la culpabilidad, que sólo puede tener un impacto indirecto en lo que a la problemática del injusto se refiere y en aquellos casos, que trataré en el siguiente acápite, en los que alguna condición de la culpabilidad pueda influir de forma relativa en el juicio de imputación dolosa.

5. Conclusiones preliminares del capítulo. Consecuencias del marco teórico planteado para una teoría del dolo

En este último apartado describo los efectos que las ideas planteadas en los anteriores tres apartados surten en el tratamiento del dolo. Estos efectos serán

⁵⁴⁸ PARDO, PATTERSON, “Fundamentos filosóficos del Derecho y la neurociencia”, p. 26.

⁵⁴⁹ PARDO, PATTERSON, “Fundamentos filosóficos del Derecho y la neurociencia”, p. 27.

⁵⁵⁰ PARDO, PATTERSON, “Fundamentos filosóficos del Derecho y la neurociencia”, p. 7.

⁵⁵¹ PÉREZ MANZANO, “Fundamento y fines del Derecho penal. Una revisión a la luz de las aportaciones de la neurociencia”, p. 8. Por su parte, DÍAZ ARANA, “Las mentes libres en el Derecho penal...”, p. 7, propone no preguntarse si las neurociencias tienen o no razón, sino en qué medida sus investigaciones pueden ser tomadas en cuenta en el Derecho.

⁵⁵² DEMETRIO CRESPO, “Libertad de voluntad, investigación sobre el cerebro y responsabilidad penal...”, p. 25.

tenidos en cuenta como premisas de la *teoría de las condiciones para el conocimiento* que es materia de la presente tesis. Quiero destacar cuatro efectos concretos:

- 1) Como consecuencia de asumir el modelo de la democracia constitucional y su concepción abierta de sistema jurídico, la teoría del dolo que se propone tendrá que estar regida por la vigencia y primacía del principio deontológico de culpabilidad.
- 2) Como consecuencia de asumir una concepción del Derecho penal basado en el acto, la teoría del dolo que se propone tendrá que considerar que el objeto del dolo es la conducta típica realizada por el autor del delito, de lo que a su vez se deriva la suficiencia del elemento cognitivo del dolo y la falta de necesidad de una clasificación tripartita del dolo.
- 3) Como consecuencia de asumir una versión restringida de la teoría de la prevención general positiva, así como de entender que es posible defender al mismo tiempo un principio deontológico (como fundamento de la pena) y un principio consecuencialista no utilitarista (como función de la pena), la teoría del dolo que se propone tendrá que establecer el criterio de evitabilidad como presupuesto del juicio de imputación subjetiva y, específicamente, del modelo procesal de determinación del dolo.

Esto a su vez trae como consecuencia asumir una concepción imperativa de la norma jurídico penal, que opera como norma de determinación y que obliga a situar el dolo a nivel del injusto. Ello no tiene por qué impedir que determinadas alteraciones psíquicas (consideraciones de la culpabilidad) influyan en el injusto.

- 4) Como consecuencia de asumir el enfoque funcionalista moderado de la teoría del delito, la teoría del dolo que se propone deberá atribuir y justificar la mayor gravedad de la conducta dolosa frente a la imprudente, con los efectos consiguientes para la imposición de las penas correspondientes.

El siguiente esquema resume los efectos, que expondré a continuación y que constituyen las premisas conceptuales de la *teoría de las condiciones para el conocimiento*.

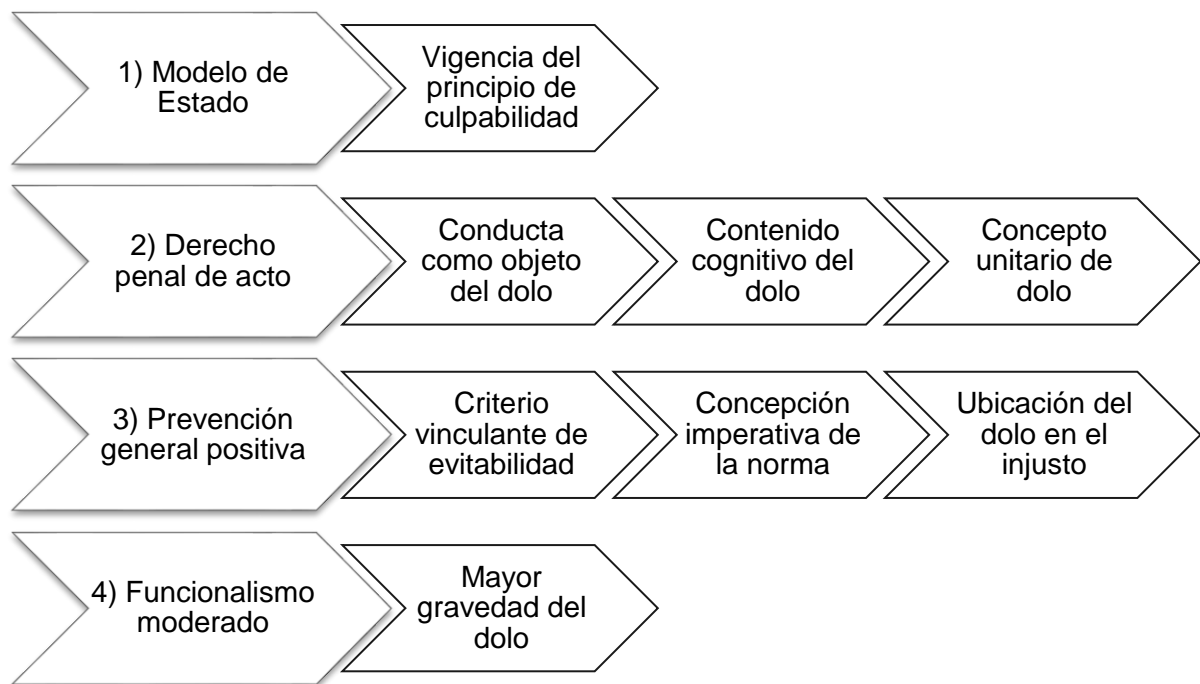


Figura 1.8 Efectos del marco teórico planteado

5.1. Consecuencia de asumir el modelo de la democracia constitucional y su concepción abierta de sistema jurídico

Como acabo de señalar, el primer efecto de las ideas planteadas consiste en la vigencia y primacía del principio deontológico de culpabilidad. Ello es consecuencia directa de asumir el modelo de la democracia constitucional y su concepción abierta de sistema jurídico. Así lo entiende además la regulación vigente en España, que consagra a nivel legislativo el principio de responsabilidad subjetiva, que exige que toda conducta penalmente relevante deba ser realizada con dolo o, al menos, con imprudencia⁵⁵³, a lo que se añade el requisito de proporcionalidad entre la gravedad de la pena y el grado de desvalor subjetivo de la acción⁵⁵⁴. Así, el artículo 5º del Código Penal indica que no hay pena sin dolo o imprudencia y el artículo 10º dicta que son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley. Se trata de

⁵⁵³ La directa incidencia del principio de culpabilidad en los elementos de la teoría del delito es puesta en evidencia por MIR PUIG, "Sobre el tipo subjetivo del concurso de delitos. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 1985 (Recurso nº 1761-85: Ponente: Sr. Hijas)", en *ADPCP*, T. XL, fascículo I, enero-abril 1987, quien sostiene que para imputar un concurso de delitos dolosos no es suficiente la suma de dos hechos aisladamente considerados, sino que se requiere el conocimiento de aquellos datos situacionales que permiten apreciar conjuntamente dos o más delitos, esto es, el tipo subjetivo del concurso de delitos.

⁵⁵⁴ Cfr. SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, *Dolo e imprudencia en el Código penal español. Análisis legal y jurisprudencial*, Tirant lo Blanch, 2007, pp. 33 y ss.

la consagración formal del principio de culpabilidad o de responsabilidad penal subjetiva, del cual se deriva la prohibición de imputar al ciudadano consecuencias penales en base a meros criterios de responsabilidad objetiva. De igual forma, se extrae de la norma una vertiente negativa de la responsabilidad penal subjetiva, que es el denominado principio de *cogitationis poenam nemo patitur*. Este último principio, que establece el límite dentro del cual resulta legítimo otorgar relevancia al aspecto interno del delito, dicta que “el lado subjetivo del hecho, esto es, el pensamiento o voluntad criminal, en sí mismo considerado y en tanto no se manifiesta a través del comportamiento externo, resulta penalmente irrelevante”⁵⁵⁵.

Más allá de su reconocimiento legal (lo cual es siempre contingente), considero que la primacía del principio de culpabilidad se sustenta específicamente en lo siguiente:

- En la teoría del contrato social, que fundamenta la existencia del Estado y legitima su poder punitivo únicamente cuando tenga como finalidad proteger la libertad de los ciudadanos y tutelar los derechos necesarios para la convivencia de los seres humanos que forman parte de una determinada sociedad y que han otorgado, para el cumplimiento de dichos fines, el poder al Estado. La responsabilidad penal objetiva por hechos o circunstancias que una persona no estaba en condiciones de evitar no sólo es innecesaria al cumplimiento de los aludidos fines, sino que además constituye un ejercicio arbitrario del poder estatal que atenta contra la libertad de los ciudadanos que le han conferido dicho poder.
- En la dignidad humana, que es el cimiento sobre el cual ha sido construido el modelo de la democracia constitucional y dispone que un orden social es legítimo cuando, por un lado, garantiza la convivencia en sociedad y, por otro lado, lo hace teniendo en cuenta en cada intervención la personalidad innata del ser humano. Hacer responsable al ser humano por hechos o circunstancias inevitables es instrumentalizarlo al servicio de intereses ajenos.
- En el Estado democrático, que obliga a colocar el Derecho penal al servicio de los ciudadanos. En esa medida, la imputación de responsabilidad penal no es una potestad que el Estado ejerce para protegerse a sí mismo, sino que lo hace para servir a los intereses de los ciudadanos, incluidos los del penado. Así, una sanción penal que no sea respetuosa del principio de culpabilidad –y en consecuencia, que no sea acorde con la dignidad humana- es contraria a dicho modelo de Estado.

⁵⁵⁵ SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, *Dolo e imprudencia en el Código penal español. Análisis legal y jurisprudencial*, p. 81.

- En el principio de la autonomía comunicativa, cuya materialización exige no sólo el respeto del principio de libertad para todos los ciudadanos, sino además la institucionalización de los procedimientos democráticos. Estos, en sede penal, implican la introducción de exigencias subjetivas como garantía de imputación de la responsabilidad penal. En otras palabras, el principio de culpabilidad, al hacer responsable penalmente únicamente por conductas plenamente evitables, permite mantener la exigencia de lealtad comunicativa incluso a aquellos que no participaron del proceso deliberativo previo, en la medida que sus intereses se encuentran regulados de forma justa por el ordenamiento jurídico y sus derechos (en especial, el de libertad) protegidos frente al tratamiento arbitrario por parte del Estado.
- En la necesidad de diferenciar materialmente las conductas penalmente ilícitas, que merecen sanciones que incluyen la privación de la libertad, de otro tipo de conductas ilícitas, que merecen sanciones de menor incidencia en los derechos del sancionado. Es el carácter personal y subjetivo del ilícito aquello que permite efectuar tal distinción. Sin principio de culpabilidad, sería insostenible un modelo diferenciador.

En suma, el principio de culpabilidad determina la frontera entre el ejercicio legítimo de la potestad punitiva del Estado y la expresión de mera violencia o de abuso de poder. Sin embargo, quizás el factor más determinante del contexto social actual es la puesta en cuestionamiento de la vigencia del principio de culpabilidad y de la institución misma de la imputación subjetiva. Así, la aparente hegemonía del principio de responsabilidad penal subjetiva y la consiguiente prohibición de responsabilidad penal objetiva están siendo puestas hoy en cuestión por la doctrina. Alerta al respecto HASSEMER, quien sostiene que “el principio de culpabilidad está siendo hoy amenazado, tanto en la teoría como en la praxis, por los intereses de una política criminal eficaz”⁵⁵⁶.

En su texto “¿Crisis del lado subjetivo del hecho?”, sostiene CANCIO MELIÁ que, si bien el principio de responsabilidad subjetiva se encuentra fundamentado teóricamente y trasladado a la realidad legislativa, la situación aparentemente afianzada de dicho principio “se halla –de modo prácticamente subterráneo- en un proceso de lenta transformación”. Confirma dicho autor la existencia de un proceso de normativización, que implica:

⁵⁵⁶ HASSEMER, *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho penal* (trad. Muñoz Conde y Díaz Pita), Tirant lo Blanch, 1999, p. 117, quien añade que es válido defender las misiones irrenunciadas asignadas al principio de culpabilidad: posibilidad de imputación subjetiva, exclusión de la responsabilidad por azar, diferenciar y valorar la participación interna en el suceso externo y garantizar la proporcionalidad de las consecuencias jurídico-penales.

“(…) el abandono de la idea de la constatación de elementos subjetivo-individuales (especialmente, el llamado elemento “volitivo” del dolo) y la aproximación a una concepción de la imprudencia, y también del dolo, como formas de imputación en las que se atribuye externamente una determinada actitud del agente”⁵⁵⁷.

5.2. Consecuencia de asumir una concepción del Derecho penal basado en el acto. Problemática del dolo de peligro

Un segundo efecto para la teoría del dolo deriva de asumir una concepción de Derecho penal de acto. A partir de dicha premisa, el objeto del dolo habrá de ser la conducta típica realizada por el autor, de lo que a su vez se derivará la suficiencia del elemento cognitivo como contenido del dolo y la falta de necesidad de establecer una clasificación tripartita de dolo.

Al concebir el Derecho penal legítimo como aquel que reduce al mínimo posible el grado de violencia tanto social como estatal, se descarta cualquier concepción de Derecho penal que no exija la concurrencia de un hecho como presupuesto para la intervención sancionatoria (como ocurre en el caso del Derecho penal de autor), así como cualquier concepción de Derecho penal que se sustente exclusivamente en la actitud del autor y no en aquello que objetivamente ha realizado (como ocurre en el caso del Derecho penal de actitud). Se impone entonces una concepción de Derecho penal de acto, en la que únicamente se habilita la respuesta penal del Estado frente a la comisión de hechos con relevancia jurídica.

Ahora bien, esta concepción de Derecho penal se enmarca en el Estado social y democrático de Derecho, lo que implica incorporar una serie de principios limitadores, entre los que se encuentran la exigencia de evitabilidad de la ocurrencia del hecho, derivada del principio de culpabilidad, y la exigencia de lesividad del hecho, derivada de los principios de mínima intervención, subsidiariedad y fragmentariedad. Estos principios obligan a descartar una concepción del delito como mera violación de deber, que podría no implicar lesividad penalmente relevante, o como mera causación de un daño, que podría implicar la sanción de consecuencias inevitables para el autor.

Ante ello, he defendido ya la propuesta de que el Derecho penal de acto debe concebir al delito como infracción de normas que son propias de un sistema democrático constitucional, esto es, que se ajustan a los principios limitadores de la potestad punitiva estatal. En ese sentido, el Derecho penal de acto ha de valorar la conducta delictiva desde un punto de vista *ex ante*, esto es, desde el punto de vista de quien actúa (valorado objetivamente, según las circunstancias

⁵⁵⁷ CANCIO MELIÁ, *Estudios de Derecho penal*, Ed. Palestra, 2010, pp. 157-158.

del hecho y no según su propia subjetividad) antes de realizar la conducta. A partir de ello, el único elemento del hecho que resulta evitable para el autor es la realización de una conducta riesgosa (la conducta prohibida). En esa línea, todos los elementos de imputación del hecho deberán centrarse en dicha conducta. Así, el elemento subjetivo del hecho (el dolo) tendrá como objeto aquello que es evitable para el autor: la realización de la conducta desde un punto de vista *ex ante*. El objeto del dolo es entonces únicamente la conducta típica (el desvalor de acto) y nunca el resultado típico (el desvalor de resultado) u otras circunstancias que no sean posibles de evitar desde una perspectiva *ex ante* del autor.

Ahora bien, debo precisar que el objeto del dolo no se limita a los elementos objetivos del tipo indiciario o estricto, sino que también debe abarcar la ausencia de los elementos objetivos de las causas de justificación (dolo negativo). Al plantear las cosas así, se considera que tanto el error sobre los elementos del tipo indiciario o estricto como el error sobre la presencia de los elementos objetivos de una causa de justificación deben ser valorados como error de tipo. En ambos casos se trata de un error sobre “hechos” y no sobre el “derecho”.

Lo hasta aquí expuesto no implica negar toda función al desvalor de resultado. Al respecto, siguiendo la tesis de LA PORTA, puedo afirmar que la ausencia del resultado (verificada *ex post*) puede hacer menos necesaria la prevención general positiva, ya que la sociedad se encontraría más dispuesta a perdonar un hecho ilícito en los casos de ausencia de lesión. Lo afirmado no contradice la idea de que el resultado no incide directamente en la consideración del injusto. Más bien establece que el resultado influye en la punibilidad de la conducta⁵⁵⁸.

En mi opinión, esta opción acerca del objeto del dolo tiene a su vez efectos en la discusión acerca del contenido del dolo, aquella que se refiere a los elementos o “componentes psicológicos”⁵⁵⁹ del dolo, y permite defender la suficiencia del elemento cognitivo. Al respecto, debo comenzar señalando que la legislación española no establece de forma explícita cuáles son los elementos que deben ser tomados en cuenta a fin de calificar una conducta como dolosa⁵⁶⁰. El Código penal español vigente –así como muchos otros códigos penales del entorno– no establece una definición de lo que es o debe ser el dolo, sino que se limita a postular el principio de responsabilidad penal subjetiva y la consiguiente proscripción de la responsabilidad penal objetiva. Distinto es el caso, por ejemplo, del Código penal italiano, en cuyo artículo 43° se establecen las

⁵⁵⁸ LAPORTA, *El dolo y su determinación en Casación...*, pp. 29-30.

⁵⁵⁹ LAURENZO COPELLO, *Dolo y conocimiento*, p. 13.

⁵⁶⁰ CORCOY BIDASOLO, “En el límite entre dolo e imprudencia (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1983)”, en *ADPCP*, t. XXXVIII, fascículo III, septiembre-diciembre 1985, p. 965, resalta la decisiva influencia que tienen las concepciones mantenidas acerca del contenido del dolo e imprudencia en los criterios de distinción entre ambas figuras.

definiciones de los delitos dolosos, preterintencionales y culposos. Algo similar sucede con el Código penal colombiano⁵⁶¹.

Ahora bien, que el Código penal español no formule una definición del dolo no implica que no pueda hacer alusión a cuáles son sus elementos. Así, en su artículo 14° establece que el error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal, a lo que agrega que si el error fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente. A partir de ello, puede interpretarse siguiendo a RAGUÉS I VALLÈS que “el dolo deberá implicar, por lo menos, la realización de un hecho constitutivo de infracción penal con correcto conocimiento de las circunstancias que integran el tipo de dicha infracción⁵⁶²”. Ahora bien, nada dice dicha norma acerca del grado de conocimiento que debe existir para que se configure un delito doloso, ni si el dolo está constituido también por un elemento volitivo, como lo afirma un gran sector de la doctrina. Así, por ejemplo, el profesor MIR PUIG sostiene que el dolo típico “exige el conocimiento y voluntad del hecho típico⁵⁶³”. MUÑOZ CONDE y DÍAZ PITA afirman que “para actuar dolosamente no basta con el mero conocimiento de los elementos objetivos del tipo, es necesario, además, querer realizarlos⁵⁶⁴”.

Algunos autores, como RAGUÉS I VALLÈS, plantean la innecesaridad del elemento volitivo. Sostiene dicho autor que la adición del elemento volitivo se suele justificar a través de la etimología del vocablo “dolo”, lo que sucede en el caso alemán con la expresión *vorsatz*, cuyo uso cotidiano va ligado a la idea de voluntad, propósito o intención. El mismo autor, en sentido crítico, apunta que el discutido elemento volitivo no debe confundirse con la voluntariedad de la acción

⁵⁶¹ El CP italiano establece que “Il delitto: è doloso, o secondo l'intenzione, quando l'evento dannoso o pericoloso, che è il risultato dell'azione od omissione e da cui la legge fa dipendere l'esistenza del delitto, è dall'agente preveduto e voluto come conseguenza della propria azione od omissione; è preterintenzionale, o oltre l'intenzione, quando dall'azione od omissione deriva un evento dannoso o pericoloso più grave di quello voluto dall'agente; è colposo, o contro l'intenzione, quando l'evento, anche se preveduto, non è voluto dall'agente e si verifica a causa di negligenza o imprudenza o imperizia, ovvero per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline. La distinzione tra reato doloso e reato colposo, stabilita da questo articolo per i delitti, si applica altresì alle contravvenzioni, ogni qualvolta per queste la legge penale faccia dipendere da tale distinzione un qualsiasi effetto giuridico”. Por su parte, el CP colombiano en su artículo 22 define al dolo de la siguiente manera: “La conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización. También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar”. El artículo 23 define a la culpa: “La conducta es culposa cuando el resultado típico es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo”. Y el artículo 24 la preterintención: “La conducta es preterintencional cuando su resultado, siendo previsible, excede la intención del agente”. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2000/ley_0599_2000.html [consulta: 06 de junio de 2013].

⁵⁶² RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 28.

⁵⁶³ MIR PUIG, *Derecho penal, Parte General*, 10ª ed., p. 267.

⁵⁶⁴ LUZÓN PEÑA (Dir.), *Enciclopedia Penal Básica*, Comares, 2002, p. 628. Algunos autores cuestionan la estructura monista del dolo y postulan que el CPE exige la presencia de un elemento volitivo en el dolo.

y que, observando los tipos penales de la PE, el conocimiento y la voluntad no pueden tener el mismo alcance como pretende la doctrina mayoritaria⁵⁶⁵. Por su parte, otros autores cuestionan la estructura monista del dolo y postulan que el Código penal español exigiría la presencia de un elemento volitivo. Es el caso de ROMEO CASABONA, quien sostiene que la definición del dolo como conciencia y voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo es la única compatible con el Código penal español vigente. Así, concuerda con autores como RAGUÉS I VALLÈS en el sentido de que, de la regulación positiva del error de tipo, se extrae la conclusión de que la conciencia es un requisito necesario del dolo. Sin embargo, señala que es un elemento necesario, pero no suficiente para configurar una conducta dolosa, que exige además un elemento volitivo. Extrae dicha conclusión a partir de la regulación de la tentativa y del desistimiento⁵⁶⁶:

“(...) tanto la tentativa como el desistimiento ponen de relieve cómo no se puede captar plenamente su relevancia típica si nos limitamos a delimitar el plano cognitivo: éste nada aporta a la exigencia legal de que se desista de continuar lo ya ejecutado o de que en la no producción del resultado no haya intervenido la voluntad del sujeto. Y si el aspecto volitivo es legalmente trascendente en la tentativa de delito no hay razón para negarlo en el delito consumado”⁵⁶⁷.

Esta discusión encuentra una solución, desde mi perspectiva satisfactoria, si se asume una concepción de Derecho penal de acto, en la que el Derecho penal únicamente centre su atención en la conducta evitable desde la perspectiva *ex ante* del autor. Si ese es el caso, cabe defender la suficiencia del elemento cognitivo del dolo y la innecesaridad de valorar jurídicamente elementos volitivos adicionales, aunque estos pudieran formar parte de la conducta dolosa desde un punto de vista naturalista. En términos sencillos, puede sostenerse que el autor que –desde una perspectiva *ex ante*– tiene conocimiento de la peligrosidad de la conducta que va a realizar, una vez que la realiza a pesar de tener dicho conocimiento, actúa con dolo en el sentido de que quiere realizarla. En otras palabras, si yo conozco el peligro de lo que hago y, a pesar de ello, decido hacerlo, entonces lo quiero. Si se prueba entonces el conocimiento, el elemento volitivo resulta una consecuencia innegable⁵⁶⁸. En esa medida, si bien el

⁵⁶⁵ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, pp. 30 y ss.

⁵⁶⁶ Dicho razonamiento también ha sido planteado en otros ordenamientos jurídicos, como es el caso del CP de Perú en cuyo artículo 16° se señala que “en la tentativa el agente comienza la ejecución de un delito, que decidió cometer, sin consumarlo”. Para HURTADO POZO, PRADO SALDARRIAGA, *Manual de Derecho penal, Parte General*, 4ª ed., Ed. Idemsa, 2011, I, p. 439, cuando “se hace referencia a la ejecución del delito que el autor “decidió cometer” resulta evidente que se alude a la voluntad”.

⁵⁶⁷ ROMEO CASABONA, “Sobre la estructura monista del dolo. Una visión crítica”, en *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Madrid, p. 939.

⁵⁶⁸ HRUSCHKA, *Imputación y Derecho penal...*, 2ª ed., p. 183, quien sostiene que existe una relación de dependencia entre el elemento cognitivo y el elemento volitivo del dolo, según la cual, siempre que un autor lleva a cabo una determinada conducta bajo unas determinadas circunstancias, conociendo el carácter de la acción y las circunstancias, quiere también realizar tanto la conducta como las circunstancias en cuestión.

elemento volitivo sería propio de la conducta dolosa, su valoración jurídica resulta innecesaria, toda vez que la valoración del elemento cognitivo desde la perspectiva *ex ante* de un Derecho penal de acto resulta suficiente.

Otra consecuencia de asumir que el objeto del dolo es la conducta típica realizada por el autor consiste en la falta de necesidad de establecer una clasificación tripartita de dolo. Al respecto, mantiene vigencia en la mayoría de autores la tradicional clasificación tripartita del dolo, que no es privativa de una de las teorías sobre el concepto de dolo. Así, suele distinguirse entre dolo directo, dolo de consecuencias necesarias y dolo eventual⁵⁶⁹. La doctrina mayoritaria asimila el dolo directo a la intención. En el dolo directo⁵⁷⁰, el agente tiene como fin lo que el agente se proponía. Es el caso del sujeto que dispara un arma de fuego en la sien de otro sujeto, ocasionándole la muerte instantánea. En este caso, el dolo contendría tanto un elemento cognitivo como uno volitivo. En segundo lugar, la doctrina engloba como supuestos de dolo de segundo grado o de consecuencias necesarias los casos en que el sujeto se representa con seguridad que su conducta va a generar determinadas consecuencias no queridas, a pesar de lo cual prosigue con su acción. En este caso, “el resultado no es el que el agente se proponía conseguir, pero en su representación aparece como necesariamente unida a aquél”⁵⁷¹. Ejemplo de esta segunda clase de dolo es el “caso Thomas” (1875), en el que el autor hizo cargar un explosivo en un barco para cobrar el seguro de hundimiento, sabiendo que sería inevitable que la tripulación moriría, aunque no tenía ningún interés en causar ninguna muerte⁵⁷². La doctrina mayoritaria otorga a este tipo de dolo el mismo tratamiento que al dolo directo, a pesar de que en el dolo de consecuencias necesarias no se exige la valoración de un elemento volitivo. Al respecto, CORCOY BIDASOLO observa la poca coherencia que muestra la doctrina mayoritaria cuando exige el

⁵⁶⁹ No es la única tipología del dolo que se encuentra en la doctrina. Como bien refiere JIMÉNEZ DE ASÚA, *Principios de Derecho penal. La ley y el delito*, Buenos Aires, 1990, p. 365, los clásicos distinguían el dolo por su intensidad y duración, en dolo de ímpetu, dolo repentino, dolo con simple deliberación y dolo premeditado. Por su parte, los italianos distinguieron el dolo en directo, indirecto, alternativo y eventual. FONTAN BALESTRA, *Tratado de Derecho penal, t. II, Parte General*, 2ª ed., Abeledo Perrot, 1970, p. 265, hace referencia también a la distinción entre dolo específico y dolo genérico. Otros autores distinguen entre dolo de autoría y dolo de participación. Al respecto, ver MIRÓ LLINARES, “Caso Motassadeq y los atentados del 11-S”, en SÁNCHEZ-OSTIZ (coord.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal*, La Ley, 2011, pp. 747 y ss.

⁵⁷⁰ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 179, sostiene que es falso el argumento según el cual determinados tipos penales de la PE exigen que la conducta del autor deba ser realizada con dolo directo. Al respecto, explica que “el mantenimiento del adverbio “intencionadamente” en ciertos preceptos del Código no es más que un vestigio del antiguo modelo de imputación subjetiva. De acuerdo con éste, resultaba en principio típica tanto la realización dolosa como la imprudente de cualquier infracción, de tal modo que, cuando se quería dejar fuera del ámbito de lo punible una realización imprudente, esta voluntad tenía que hacerse patente recurriendo a expresiones como “intencionadamente” o “de propósito”. Estas matizaciones carecen de sentido en un sistema de *numerus clausus* para la incriminación de la imprudencia”.

⁵⁷¹ ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, 2ª ed. anotada y puesta al día por Hernández Guijarro y Beneytez Merino, Ed. Akal, 1986, p. 225.

⁵⁷² MIR PUIG, *Derecho penal, Parte General*, 10ª ed., p. 271.

elemento volitivo en el dolo directo y en el dolo eventual, pero no lo hace en el caso del dolo de consecuencias necesarias⁵⁷³. Finalmente, según GIMBERNAT, el último grado del dolo es el dolo eventual; más allá de él, empieza la imprudencia⁵⁷⁴. La doctrina mayoritaria comprende como casos de dolo eventual aquellos en los que el sujeto se representa como posible la producción del resultado⁵⁷⁵. RAGUÉS I VALLÈS sostiene que en estos casos no concurre en el sujeto propiamente la voluntad de realizar el tipo penal, pero la conducta parece merecedora de la pena asignada a la infracción dolosa⁵⁷⁶.

La problemática de la clasificación tripartita del dolo⁵⁷⁷ muestra que, más allá de la discusión acerca de si el elemento volitivo es requisito exigible en la conducta dolosa (discusión en la que hemos asumido la respuesta negativa), lo cierto es que el elemento cognitivo es el denominador común de las tres clases de dolo que propone un sector de la doctrina. Parece entonces que el dolo eventual – con algún grado de voluntad o ninguno- debe ser la base mínima o común de la que se parta para definir el dolo⁵⁷⁸. En efecto, el dolo eventual reúne el mínimo común que se exige a una conducta para ser calificada como dolosa y constituye además la frontera con la imprudencia. Es justamente a partir de la definición del dolo eventual que pueden establecerse los criterios para diferenciar la conducta merecedora de la sanción prevista para el delito doloso de aquella conducta que no merece sanción o, en el peor de los casos, se hace acreedora de la sanción prevista para el delito imprudente, lo que ocurre sólo en los casos expresamente previstos en el Código penal. Al respecto, MAURACH y ZIPF sostenían tiempo atrás:

⁵⁷³ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, 2ª ed., B de F, 2008, p. 257.

⁵⁷⁴ GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios de Derecho penal*, 2ª ed. ampliada, Civitas, 1981, p. 175.

⁵⁷⁵ En esa línea, el DRAE define al dolo eventual como “el que concurre en el autor de un delito que no pretende cometerlo directamente, aunque ha considerado su posibilidad como resultado de su acción”.

⁵⁷⁶ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 49.

⁵⁷⁷ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, pone en tela de juicio la clasificación tripartita del dolo. Señala que (pp. 184-185) “dicha clasificación puede conservar parte de su razón de ser en las teorías de la voluntad (...). Sin embargo, cuando en relación con el dolo eventual se concluye que el elemento volitivo no tiene que desempeñar papel alguno y, a la vez, que para dicha modalidad de dolo basta con que el sujeto atribuya a su conducta la capacidad de realizar un tipo penal, la clasificación tripartita pierde todo su sentido”. El mismo autor (p. 186, n. 491) califica como atinado el razonamiento de algunos autores que, como CORCOY BIDASOLO, sostienen que el dolo eventual es la modalidad básica de dolo, siendo los supuestos de dolo directo casos de dolo cualificado; aunque RAGUÉS I VALLÈS propone dar el último paso en dicho razonamiento, esto es, advertir que de dicha cualificación no se derivan consecuencias jurídicas. Cfr. CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, 2ª ed.

⁵⁷⁸ CORCOY BIDASOLO, “En el límite entre dolo e imprudencia (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1983)”, p. 965. Sostener que el dolo eventual es el dolo básico no tiene efectos en lo que a la punición de la tentativa se refiere, ya que, como bien afirma FARRÉ TREPAT, *La tentativa de delito. Doctrina y jurisprudencia*, 2ª ed., B de F, 2011, p. 115, la punibilidad no depende ni está condicionada por el hecho de que la tentativa se realice con dolo directo de primer grado, de segundo grado o eventual, sino que resulta de la peligrosidad *ex ante* que la misma crea para el bien jurídico.

“(...) especial importancia adquiere la determinación del dolo eventual, debido a que de él depende la limitación respecto de la culpa consciente (y con ello, consecuencias de vasto alcance tanto para la punibilidad como para la magnitud de la pena (...))”⁵⁷⁹.

Mención aparte merece la problemática del dolo de peligro. Un argumento para defender la relevancia del elemento volitivo del dolo (que en nuestro modelo ha sido descartada) es la supuesta función que cumpliría como criterio diferenciador del dolo de lesión y del dolo de peligro. Al respecto, destaca la extensa tesis de RODRÍGUEZ MONTAÑÉS⁵⁸⁰, quien observa que la doctrina mayoritaria ha venido defendiendo la existencia de un concepto único de dolo y postula que una teoría estrictamente cognitiva del dolo llevaría a la identificación del dolo de peligro, el dolo eventual de lesión y la imprudencia consciente; lo que implicaría una excesiva ampliación del ámbito del dolo, así como la confusión de los delitos de lesión con los delitos de peligro, con la práctica inaplicabilidad de estos últimos⁵⁸¹.

En la fundamentación de su teoría, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS parte de la afirmación de que el dolo de lesionar implica necesariamente el dolo de poner en peligro, toda vez que el peligro tiene un carácter relacional respecto de la lesión y es un estadio previo a ella⁵⁸². A partir de ello, se pregunta si el que actúa con dolo de peligro respecto de un cierto objeto del bien jurídico posee necesariamente dolo respecto de la eventual lesión de aquél⁵⁸³. Explica entonces que existen teorías identificadoras, que afirman que existe identidad entre ambas formas de dolo, y teorías diferenciadoras, que niegan tal identidad y a las que esta autora se adhiere⁵⁸⁴. Distingue dos grupos de teorías diferenciadoras.

⁵⁷⁹ MAURACH, ZIPF, *Derecho penal, Parte General 1. Teoría general del Derecho penal y estructura del hecho punible*, Astrea, 1994, p. 384.

⁵⁸⁰ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Universidad Complutense de Madrid, 1994, pp. 41 y ss.

⁵⁸¹ En un sentido distinto, BAIGÚN, *Los delitos de peligro y la prueba del dolo*, B de F, 2007, pp. 25 y ss., defiende la idea de que, en el territorio particular del dolo, ninguna diferencia cabe anotar entre los delitos de lesión y los delitos de peligro.

⁵⁸² RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, pp. 48 y ss. Explica que, en cambio, para BINDING, el dolo de lesión y el dolo de peligro se excluyen entre sí ya que ambos tienen como objeto el mismo bien jurídico; mientras que para VON LISZT, ambos tipos de dolo son compatibles siempre que al menos uno sea eventual.

⁵⁸³ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, pp. 51 y ss.

⁵⁸⁴ Distingue tres grupos de teorías identificadoras. En primer lugar, las teorías que parten de una concepción cognitiva del dolo, como es el caso de la teoría de SCHMIDHÄUSER, quien sostiene que si la puesta en peligro de un objeto no es otra cosa que la posibilidad de su lesión, entonces el dolo de peligro es cualitativamente también siempre dolo de lesión (y a la inversa); y la teoría de ZIELINSKI, quien defiende la idea de que los delitos imprudentes abarcan sólo las acciones de infracción del deber de cuidado inconsciente, por lo que la tradicional culpa consciente es idéntica al dolo eventual. Al respecto, ver ZIELINSKI, *Dolo e imprudencia. Comentario a los SS 15 y 16 del Código Penal alemán*. (trad. SANCINETTI), Hammurabi, 2003, p. 34. En segundo lugar, se encuentran las teorías de autores como HORN y WOLTER, quienes identifican el dolo de peligro con el dolo de lesión aun admitiendo la existencia de un elemento volitivo en el dolo. Dichos autores parten de un concepto de peligro, según el cual cualquier circunstancia que abra posibilidades de salvación excluye el peligro concreto. A partir de ello, plantean que existe dolo

Por un lado, se encuentran aquellas teorías que efectúan la distinción a partir del elemento volitivo del dolo⁵⁸⁵. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS se adhiere a estas, aunque precisa que no basta entender la diferencia como mera contraposición de voluntad de lesionar frente a voluntad de poner en peligro, sino que la cuestión clave es la de determinar las posibilidades objetivas en las que el sujeto puede basar su confianza y el distinto marco de confianza admisible respecto del peligro y respecto de la lesión⁵⁸⁶.

Por otro lado, se encuentran aquellas teorías que efectúan la distinción desde un enfoque cognitivo del dolo. Al respecto, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS distingue dos variantes: las teorías que incluyen en el momento intelectual una especial actitud

respecto de dicho peligro cuando el sujeto conoce que carece de una posibilidad seria de evitación, lo que implica que no puede confiar fundamentalmente en la no producción del resultado lesivo y, por tanto, que el dolo de peligro implica, en sí mismo, dolo eventual de lesión. Al respecto, ver RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, p. 69. Finalmente, existen autores que identifican el dolo de peligro, el dolo eventual de lesión y la imprudencia consciente como integrantes de una categoría intermedia entre el dolo y la imprudencia. Se trata de propuestas de *lege ferenda* que elaboran autores como ESER, WEIGEND y SCHÜNEMANN. Al respecto, ver RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, pp. 72 y ss.

⁵⁸⁵ GALÁN MUÑOZ, "El denominado "dolo alternativo": un caso entre el concurso de leyes y el de delitos", en MUÑOZ CONDE (dir.), *Problemas actuales del Derecho penal y de la criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 309 y ss., sostiene que la perspectiva volitiva del dolo permite diferenciar el dolo de peligro del dolo de lesión, cuya distinción "desaparecía, o por lo menos se relativizaba enormemente, en sus concepciones meramente cognitivas". Para este autor dicha distinción resulta altamente relevante a efectos de tratar la problemática del dolo alternativo. Así, señala que en estos supuestos se produce una actuación realizada con varios dolos de peligro pero con uno solo de lesión, a diferencia del caso del dolo acumulativo, en el cual existen varios dolos de lesión. Acerca del dolo alternativo, ver también SERRANO GONZÁLEZ DE MURRILLO, "Consideraciones en torno a las consecuencias jurídicas del denominado "dolo alternativo"", en CORTES BECHIARELLI et al (eds.), *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 1049 y ss., quien efectúa una propuesta de *lege ferenda*, a fin de que se incluya en el CPE la siguiente norma (pp. 1067-1068): "si el responsable de un delito duda sobre cuál de los posibles delitos que se representa, y cuya realización simultánea es imposible, se va a concretar, responderá por el marco penal comprendido entre el límite superior correspondiente al delito más grave y el límite inferior más alto de entre los correspondientes a los referidos delitos. Si duda acerca de en qué objeto, de entre los homogéneos que considera posibles, se va a concretar la acción típica, sólo responderá por un delito consumado o, en su caso, intentado". Ver también FARRÉ TREPAT, *La tentativa de delito. Doctrina y jurisprudencia*, 2ª ed., pp. 138-150, quien destaca las tres soluciones propuestas por la dogmática alemana para la problemática del dolo alternativo (punición por un solo delito con preferencia del delito consumado, punición por el delito más grave de los representados por el autor y concurso ideal de delitos) y argumenta que la solución del concurso ideal entre los diversos hechos típicos se presenta, en principio, como la solución dogmáticamente más correcta.

⁵⁸⁶ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, p. 78.

o toma de posición del autor⁵⁸⁷ y las teorías que trasladan el problema de delimitación de los tipos de dolo al tipo objetivo⁵⁸⁸.

En mi opinión, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS incurre en una imprecisión conceptual cuando afirma que el dolo de lesión y el dolo de peligro no son conceptos idénticos, toda vez que el dolo de poner en peligro no implica necesariamente el dolo de lesionar. Al respecto, hace ya varias décadas BUSTOS RAMIREZ calificaba como mal uso del lenguaje hacer referencia al “dolo de peligro”, puesto que aquello que existe son tipos de peligro que pueden ser realizados por dolo o culpa⁵⁸⁹. Si bien es cierto que nos encontramos frente a situaciones distintas, no se trata en estricto de dos clases distintas de dolo. Hemos ya defendido la concepción unitaria de dolo, que se deriva de la suficiencia del elemento cognitivo y de la concepción de Derecho penal de acto esbozada. En ese sentido, el dolo es uno sólo y lo que puede cambiar es la configuración objetiva del tipo (si es de lesión o es de peligro, por ejemplo) como objeto del dolo. Por ende, el cambio en el objeto del conocimiento (del dolo) no tiene por qué generar que existan dos conocimientos distintos, aunque sí dos conductas (globalmente consideradas, incluyendo sus elementos objetivos y subjetivos) distintas.

En esa medida, se confirma la falta de necesidad de acudir al elemento volitivo como criterio diferenciador de ambas situaciones. Por el contrario, la solución adecuada es la aportada por las teorías que efectúan la distinción desde un enfoque cognitivo del dolo. Valga la precisión además que no se trata de teorías que trasladen el problema de delimitación de los tipos de dolo al tipo objetivo, sino que mantienen el problema en el lugar del que nunca debió salir. En términos más convencionales: la distinción entre un tipo de peligro y un tipo de lesión corresponde al tipo objetivo, mientras que la valoración del dolo (que es uno sólo: juicio de imputación del conocimiento) corresponde al tipo subjetivo.

⁵⁸⁷ Es el caso de la propuesta JAKOBS, quien defiende la idea de que un dolo de peligro sin dolo de lesión sólo es posible si el autor conoce el juicio de peligro objetivo, cuando el peligro no es de una densidad o proximidad relevante en la decisión. Al respecto, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, pp. 78 y ss., entiende que su teoría no difiere mucho de la de JAKOBS, pero que el juicio de peligro al que hace referencia este autor en realidad equivale al elemento volitivo que propone la autora española. También es el caso de la teoría de FRISCH, quien postula que el dolo de lesión y el dolo de peligro se diferencian en que en el primero el autor parte de que su comportamiento entraña un cierto riesgo –objetivamente ya no tolerable- de lesión, mientras que en el dolo de peligro el autor parte de que su comportamiento entraña un riesgo –objetivamente no tolerable- de crear una situación de “peligro”. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS sostiene que este intento de diferenciación resulta curioso ya que para la concepción de FRISCH en realidad todo dolo sería dolo de peligro.

⁵⁸⁸ Es el caso de la teoría de HERZBERG, quien entiende que la representación de un peligro concreto cubierto significa mero dolo de poner en peligro, mientras que la representación de un peligro concreto no cubierto, significa dolo de lesión. También sería el caso de la teoría de PUPPE, quien afirma que el criterio decisivo es el grado de probabilidad, ya que para el dolo de peligro es suficiente un probabilidad de producción del resultado significativamente menor que para el dolo eventual. En RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, pp. 96-99.

⁵⁸⁹ BUSTOS RAMIREZ, “Política criminal y dolo eventual”, en *RJCat*, año LXXXIII, N° 1, 1984, p. 35, n. 16.

5.3. Consecuencia de asumir la versión restringida de la teoría de la prevención general positiva

Como consecuencia de asumir una versión restringida de la teoría de la prevención general positiva, así como de entender que es posible defender al mismo tiempo un principio deontológico -como fundamento de la pena- y un principio consecuencialista no utilitarista -como función de la pena-, la teoría del dolo que se proponga tendrá que establecer el criterio de evitabilidad como presupuesto del juicio de imputación subjetiva y, específicamente, del modelo procesal de determinación del dolo. Esto a su vez trae como consecuencia asumir una concepción imperativa de la norma jurídico penal, que opera como norma de determinación y que obliga a situar el dolo a nivel del injusto. Asimismo, ello no tiene por qué impedir que determinadas alteraciones psíquicas (consideraciones de la culpabilidad) influyan en el injusto. Desarrollo a continuación cada uno de estos aspectos.

Como se ha fundamentado anteriormente, esta tesis parte de la premisa de que la pena debe ser tanto justa como útil. Esto no conlleva asumir un modelo mixto, sino más bien distinguir dos planos distintos de análisis del problema: el plano de la justificación deontológica -de la pena en sí misma- y el plano de la justificación consecuencialista no utilitarista -de los efectos de la pena-. Como ya lo señalé, entiendo que, desde el plano de la justificación deontológica, la imposición de la pena se fundamenta frente a quien es sujeto de pena mediante el respeto de su personalidad innata. Es el principio de dignidad humana entonces el límite de la actuación punitiva del Estado. De ello se deriva inmediatamente que el criterio de evitabilidad deba ser presupuesto de la intervención penal: sólo cabe imputar responsabilidad penal frente a actos evitables. Por otro lado, desde el plano de la justificación consecuencialista no utilitarista, definiendo una versión restringida de la teoría de la prevención general positiva, que concibe a la pena como herramienta de pacificación social, a través del restablecimiento de la vigencia normativa, que significa la confirmación de la confianza de la ciudadanía en el funcionamiento de un sistema penal que protege las libertades derivadas del contrato social.

Ahora bien, si la aplicación de la sanción penal tiene proscrito instrumentalizar al individuo y su función ha de ser al mismo tiempo restablecer la vigencia normativa y, en específico, la confianza de la ciudadanía en el funcionamiento de un sistema penal garantista, esto implica que sólo cabe imputar dolo y, en consecuencia, una eventual responsabilidad penal, a una determinada conducta cuando esta resulta no sólo objetivamente evitable, sino también subjetivamente evitable. Dicha evitabilidad subjetiva puede ser concebida desde dos puntos de vista radicalmente opuestos. Por un lado, puede ser entendida como una circunstancia psicológica, que implica que el sujeto específico cuenta con la

posibilidad de ser motivado por la norma y posee las capacidades físicas e intelectuales para evitar la realización dolosa de la conducta prohibida. Por otro lado, puede ser entendida desde un punto de vista normativo, como evitabilidad desde las circunstancias sociales, por ejemplo, a partir del criterio del hombre medio. Entre ambos puntos de vista, existen diversas propuestas intermedias⁵⁹⁰. Este planteamiento nos introduce a un tema mucho más complejo, que es el vinculado a la determinación del dolo en el proceso penal, punto central en la propuesta de esta tesis.

En la evolución del concepto de dolo puede observarse que, de la tradicional discusión que he referido líneas arriba entre la necesidad o no de valorar un elemento volitivo que se adicione al elemento cognitivo, la doctrina dirige hoy su mirada a determinar qué enfoque debe utilizarse para abordar el problema del dolo⁵⁹¹. Se discute entonces si lo trascendente es la tarea de descubrir el dolo del sujeto, esto es, ingresar a su interior a fin de conocer qué pensaba y quería al momento de actuar, o si más bien debe enfocarse el problema desde una perspectiva normativa, en la que lo definitivo sea determinar cuándo imputar el dolo a una determinada conducta⁵⁹². Se trata de una problemática que trasciende a toda la teoría general del delito.

Tradicionalmente, se ha asimilado lo subjetivo del delito a elementos internos de la conducta del sujeto, como son los móviles y las intenciones. El dolo ha sido considerado entonces como un fenómeno espiritual, lo que trae no sólo dificultades probatorias, sino problemas de legitimidad al pretender ingresar a la intimidad psíquica del autor; temas que serán abordados en el cuarto capítulo. Frente a dicha perspectiva, se propone considerar el dolo no como un fenómeno de la realidad a ser probado, sino como un elemento normativo que es imputado al sujeto, luego de verificarse determinadas circunstancias objetivas. Según tal visión, los hechos psíquicos en sí mismos ya no tienen significado propio para el Derecho penal. Al respecto, CANCIO MELIÁ sostiene que, para la perspectiva normativa, los hechos psíquicos *per se* no significan nada en absoluto, pues el

⁵⁹⁰ CÓRDOBA, F., "Evitabilidad individual y lesividad en la teoría del ilícito", en *InDret Penal* n° 3, 2015, pp. 5 y ss., quien concibe que el dolo y la imprudencia no pertenecen al ilícito en tanto hechos psíquicos, sino como "síntomas de que la conducta es evitable".

⁵⁹¹ FEIJOO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 65, n. 86. También publicado en FEIJOO SÁNCHEZ, "La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo", en *CPC*, N° 65, 1998, pp. 269 y ss.

⁵⁹² GONZÁLEZ CUSSAC, "Dolus in re ipsa", en CARBONELL MATEU, GONZÁLEZ CUSSAC et al, *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, Tirant lo Blanch, 2009, pp. 827 y ss. Por su parte, RAGUÉS I VALLÉS, "La determinación del conocimiento como elemento del tipo subjetivo (Comentario a la STS 24 de noviembre de 1995)", en *ADPCP*, t. XLIX, fascículo II, mayo-agosto 1996, p. 816, sostiene que diversos autores se han replanteado la naturaleza del juicio de constatación de los elementos subjetivos del delito, "entendiéndolo no como un proceso de reconstrucción de fenómenos psicológicos irrepetibles, sino como la imputación al autor de dichos elementos a partir de la aplicación a los indicios de una regla de valoración".

requisito de la imputación subjetiva ha de poder explicarse de modo inmanente al sistema jurídico-penal en cuanto estructura de imputación⁵⁹³.

No se trata de una opción cerrada, ya que el grado de normativización puede ser distinto, según se considere que los elementos ontológicos operan o no algún tipo de influencia en la decisión normativa de imputación del dolo. La cuestión a resolver es, entonces, hasta qué extremo puede y debe llegarse en dicho proceso de normativización⁵⁹⁴. Podemos distinguir distintas intensidades en el proceso de normativización, desde propuestas que sustentan la necesidad de efectuar un juicio de imputación subjetiva hasta otras que la niegan y proponen una absoluta objetivación del dolo. Destaco a continuación algunas manifestaciones de este proceso de normativización, que serán analizadas a detalle en el segundo capítulo:

- 1) En un primer nivel de intensidad del proceso de normativización, se encuentran aquellas concepciones normativas que deducen el elemento interno del delito -sea cognitivo o volitivo- a partir de sus circunstancias externas. Los autores que siguen esta opción efectúan una labor deductiva a partir de lo sucedido, del contexto y de la forma cómo se produjo la acción típica. No se necesita entonces ni la confesión del delincuente, ni acudir a presunciones contrarias a la presunción de inocencia. Son los propios hechos, los elementos externos a los que los sentidos del ser humano, en este caso del juez, tienen pleno acceso, los que ponen en evidencia el elemento interno del delito.
- 2) En este primer nivel de intensidad del proceso de normativización, destaca la teoría del *dolus ex re*, que propone deducir el dolo (elemento interno) de lo acontecido (elemento externo). Esta figura fue definida en 1825 por VON WEBER en los siguientes términos:

“(...) aquel dolo delictivo que, sin que el delincuente mismo lo reconozca y sin que sea necesaria una confesión, ya puede deducirse de forma segura a partir de la clase y el modo de comisión del delito y de las circunstancias externas de la acción concreta”⁵⁹⁵.

Sin embargo, sus antecedentes se remontan a Roma⁵⁹⁶ y específicamente al Digesto, en el que se señalaba que “si algo ha sucedido con dolo se deduce

⁵⁹³ CANCIO MELIÁ, *Estudios de Derecho penal*, pp. 175-176.

⁵⁹⁴ Al respecto, ver HRUSCHKA, *Imputación y Derecho penal...*, 2ª ed., pp. 181 y ss.

⁵⁹⁵ HRUSCHKA, *Imputación y Derecho penal...*, 2ª ed., pp. 188-189.

⁵⁹⁶ Ver más en GÓMEZ ROYO, “Reflexiones sobre el dolo en Grecia y Roma”, en CARBONELL MATEU, GONZÁLEZ CUSSAC et al (coord.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, Tirant lo Blanch, 2009, p. 797.

de lo sucedido”⁵⁹⁷, a lo que se añadía que “conviene que se pruebe el dolo a partir de los indicios externamente perceptibles”⁵⁹⁸. En la actualidad, la teoría normativa de RAGUÉS I VALLÈS propone una fórmula que guarda relación con el razonamiento del *dolus ex re*, ya que entiende que existe dolo cuando, a partir del sentido social de un hecho y de las circunstancias que lo acompañan, puede afirmarse de modo inequívoco que un sujeto ha llevado a cabo un comportamiento objetivamente típico atribuyéndole la concreta capacidad de realizar un tipo penal⁵⁹⁹.

- 3) La jurisprudencia española no ha sido ajena a la perspectiva del *dolus ex re*, en especial cuando acude a la prueba de indicios. La imposibilidad de probar el elemento interno ha sido recogida, por ejemplo, por el Tribunal Supremo Español en su sentencia del 10 de febrero de 1982 (A. 644), en la que se señala:

“(…) ante la infranqueabilidad e impenetrabilidad del intelecto humano, donde yacen recónditamente las intenciones, es preciso indagar o inquirir cuál fue el verdadero propósito del sujeto activo, acudiendo, para desentrañar tan ardua cuestión, a los actos exteriorizativos, de naturaleza objetiva, que, siendo anteriores, coetáneos o posteriores al suceso, esto es, acompañándolo, circundándolo o aureándolo, revelen esa incógnita intención”⁶⁰⁰.

En la misma línea, en su sentencia del 14 de junio de 1991 señala que el elemento subjetivo “no se exterioriza de la misma forma que el objetivo. Ha de deducirse del comportamiento externo, es decir, de las circunstancias que anteceden, rodean y siguen al acontecer delictivo configurándolo”⁶⁰¹.

- 4) En segundo lugar en la escala de intensidad del proceso de normativización, podemos ubicar a la teoría del dolo indirecto, según la cual un resultado puede ser considerado como producido dolosamente “si la acción proyectada tiene tendencia a extenderse, con una cierta probabilidad, a este resultado”⁶⁰². Fue en el siglo XVI DIEGO DE COVARRUBIAS quien propuso considerar queridos –aunque indirectamente– todos aquellos resultados que, sin constituir el fin del autor, se derivaban normalmente de su acción⁶⁰³, dejando fuera de la voluntad los casos fortuitos, con lo que se distanciaba de

⁵⁹⁷ Digesto, 44.4.1.2 y Codex, 2.20(21).6, citado por HRUSCHKA, *Imputación y Derecho penal...*, 2ª ed., p. 188.

⁵⁹⁸ Codex, 4.44.8, citado por HRUSCHKA, *Imputación y Derecho penal...*, 2ª ed., 2009.

⁵⁹⁹ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 353.

⁶⁰⁰ Citada por FARRÉ TREPAT, “Dolo eventual, imprudencia y formas de imperfecta ejecución (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1982)”, en *ADPCP*, t. XXXIX, fascículo I (enero-abril), 1986. p. 269.

⁶⁰¹ DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, Tirant lo Blanch, 1994, p. 54, numeral 16.

⁶⁰² MEZGER, *Derecho penal, Libro de Estudio, Parte General* (traducción de la 6ª ed. alemana por CONRADO A. FINZI), t. I, Buenos Aires, 1957, p. 235.

⁶⁰³ LAURENZO COPELLO, *Dolo y conocimiento*, p. 31.

la fórmula del *versari in re illicita*⁶⁰⁴. Un siglo después, BENEDIKT CARPZOV planteó que quien se inmiscuía en algo ilícito debía ser vinculado a todo aquello que se seguía de su intención y de su voluntad, cuando se tratara claramente de la causa habitual y tendiera a inmediatos delitos subsiguientes, de tal manera que el autor hubiera considerado probable o hubiera podido considerar o por lo menos debió de haber pensado en lo que sencillamente iba a suceder⁶⁰⁵.

- 5) La teoría del dolo indirecto ha tenido impacto posteriormente. Así, a inicios del siglo XX, algunos autores postularon teorías objetivas del dolo cercanas a la propuesta del “dolo indirecto”. Fue el caso de KLEE, para quien existía dolo cuando el sujeto había condicionado un riesgo de producción del resultado y había sido consciente de aquellas circunstancias del hecho cuya concurrencia, según la opinión general, engendraba un peligro de dicha producción⁶⁰⁶. Más recientemente, la teoría del dolo de PUPPE sostiene que debe ser el Derecho, y no el autor, el competente para decidir sobre la relevancia jurídica del peligro de realización del tipo de que es consciente dicho autor, distinguiendo entonces entre peligros de dolo y peligros de imprudencia⁶⁰⁷.
- 6) En un nivel más intenso de normativización podemos ubicar aquellas teorías que tratan el problema del dolo a nivel del tipo objetivo del injusto. Con cierta precaución, cabría citar el caso de la teoría de HERZBERG, quien propone distinguir a partir de consideraciones fácticas dos modalidades de riesgos no permitidos⁶⁰⁸: el peligro cubierto o protegido, frente al cual se imputa la imprudencia, y el peligro descubierto, frente al cual se imputa el dolo, al no existir para el agente fundamentos objetivos para la confianza racional en la no realización del tipo penal. Se trata además de una teoría que aborda la problemática poco desarrollada de la confianza irracional en la no realización del tipo penal, sosteniendo que la calidad objetiva del peligro traza la línea entre aquellos casos en que se puede confiar y aquéllos en los que no, aporte que debe ser destacado y que será desarrollado en el segundo capítulo.

⁶⁰⁴ ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, 2ª ed., p. 56, define al “*versari in re illicita*” como aquella fórmula en virtud de la cual se atribuyen al autor del hecho ilícito “las consecuencias de su conducta, aunque no fueran queridas ni previsibles”.

⁶⁰⁵ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 55; quien cita a CARPZOV, *Practica nova imperialis Saxonica rerum criminalium*, Quaestio I, n. marg. 29.

⁶⁰⁶ Citado por RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 72.

⁶⁰⁷ Al respecto, ver PUPPE, *La distinción entre dolo e imprudencia*, Buenos Aires, Hammurabi, 2010.

⁶⁰⁸ Al respecto, ver RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, pp. 92-93.

- 7) Seguramente más radical es la propuesta de LESCH, quien niega la necesidad de un juicio de imputación subjetiva referida al sistema psicofísico del hombre, toda vez que el injusto se basa realmente en la antinormatividad⁶⁰⁹.
- 8) Finalmente, en un grado de normativización mucho más intenso y “objetivizante” del dolo, se encuentran las concepciones que proponen la incorporación –legal o jurisprudencial- de presunciones de dolo. Con relación a las presunciones de dolo, estas pueden ser establecidas en preceptos legales, según los cuales, una vez probada la configuración de los elementos objetivos del delito, se tendrá también por probado el elemento subjetivo (dolo). Es el caso por ejemplo del artículo 43 del Código Bávaro de 1813, en el que se indica:

“Cuando se haya probado un hecho ilícito cometido por una persona, legalmente se considerará que dicha persona ha actuado con dolo antijurídico siempre que a partir de las circunstancias específicas no pueda obtenerse la certeza o la probabilidad de lo contrario”⁶¹⁰.

Esta opción es acusada de colisionar con el principio de presunción de inocencia, contravenir el principio de culpabilidad y relevar a la acusación de la carga de la prueba del extremo subjetivo del ilícito penal.

- 9) Ahora bien, las presunciones de dolo no sólo están presentes en preceptos legales, sino que pueden constituir también una cuestionable práctica jurisprudencial. Según CORCOY BIDASOLO, ello ocurre, por ejemplo, en la sentencia de Tribunal Supremo Español del 23 de abril de 1992, recaída con ocasión del caso del Aceite de Colza⁶¹¹. Para esta autora, dicha sentencia realiza una interpretación como mínimo analógica de lo que puede entenderse como dolo:

“(…) partiendo de que el dolo es exclusivamente conocimiento lo que no es admisible es presumir ese conocimiento tal y como se realiza en la referida sentencia. Postura que en la actualidad se está adoptando por el Tribunal Supremo a través del concepto de “ignorancia deliberada”. Ello supone extender el concepto de dolo incluso más allá de lo que podríamos calificar como imprudencia. Circunstancia que se agrava en el presente caso a partir de que ni tan siquiera se sabe sobre qué circunstancia o dato debe recaer ese conocimiento”⁶¹².

⁶⁰⁹ LESCH, *Injusto y culpabilidad en Derecho penal*, Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 13.

⁶¹⁰ HRUSCHKA, *Imputación y Derecho penal...*, 2ª ed., p. 191, numeral 16.

⁶¹¹ Una visión crítica de esta sentencia en PAREDES CASTAÑÓN, “Caso del Aceite de Colza”, en SÁNCHEZ-OSTIZ (coord.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal*, 2ª ed., La Ley, 2011, pp. 425 y ss.

⁶¹² CORCOY BIDASOLO, “L’insegnamento dell’esperienza spagnola, dal caso della colza ai giorni nostri”, en *La Sicurezza Agroalimentare nella prospettiva europea. Prevenzione, Prevenzione, Repressione* (a cura di Foffani, Doval, Castronuovo), Giuffrè Editore, Milán, 2014, pp. 433-456.

La evolución expuesta de modo muy resumido –y que será materia de amplio desarrollo en el siguiente capítulo- da cuenta de la existencia de un proceso de normativización de los elementos subjetivos del delito, que atiende a una progresiva objetivación de los conceptos. Ello plantea la discusión acerca de si dicho proceso de normativización puede conllevar la anulación de los principios de responsabilidad subjetiva (principio de culpabilidad, criterio de evitabilidad, principio de proporcionalidad de las penas), su flexibilización o su simple adaptación a los nuevos tiempos. ¿Puede concebirse que la pena cumple su función integradora y preventiva si se exceden los límites del principio deontológico? En el modelo de Estado asumido, la respuesta debe ser negativa. Sin embargo, ello no significa asumir un enfoque psicológico, que –como se verá a detalle más adelante- implique la anulación no sólo del principio de culpabilidad, sino de las garantías procesales encabezadas por la presunción de inocencia. Vista entonces la necesidad de normativización, el problema es entonces establecer hasta qué extremo resulta posible normativizar el concepto de dolo a fin de lograr una satisfactoria delimitación con la imprudencia. Al respecto, un buen punto de partida es el propuesto por CORCOY BIDASOLO, quien sostiene que la normativización del dolo supone objetivación, pero “ello no debería llevar aparejado que el dolo se deduzca directamente de los datos objetivos sin prueba alguna respecto del conocimiento que el sujeto tenía de estos”⁶¹³.

En el camino, no puede dejarse de lado el hecho de que la prohibición absoluta de la responsabilidad objetiva ha sido puesta hoy en duda en diversos ordenamientos jurídicos⁶¹⁴. CANCIO MELIÁ cita el caso de la *responsabilité matérielle* del ordenamiento francés, que se aplica a las faltas en las que para hacer responsable penalmente al sujeto no se exige ningún presupuesto en materia de dirección de la conducta. También hace alusión al caso de la *absolute liability* y de la *strict liability* del Derecho penal inglés, que serán desarrolladas en el tercer capítulo y en las que no se exige la prueba de uno, varios o todos los elementos subjetivos del delito⁶¹⁵. Finalmente, se encuentra la institución de la ignorancia deliberada, que permite sustituir el elemento subjetivo del

⁶¹³ CORCOY BIDASOLO, GÓMEZ MARTÍN (dirs.), *Manual de Derecho penal, económico y de empresa. Parte General y Parte Especial. t. 2*, p. 88.

⁶¹⁴ MOCCIA, “El problema de la responsabilidad objetiva: entre el principio de tipicidad y el principio de culpabilidad”, en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, ZUGALDÍA ESPINAR (coords.), *Dogmática y ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, Marcial Pons, 2004, pp. 539 y ss., efectúa un detallado listado de hipótesis de responsabilidad objetiva existentes en el ordenamiento penal italiano, entre los que se encuentran el delito cualificado por el resultado o el delito preterintencional, las condiciones objetivas de punibilidad “intrínsecas”, la responsabilidad por posición, etc. Concluye este autor que (p. 548) “resulta escandaloso que nuestro ordenamiento conserve en su interior supuestos de responsabilidad objetiva indignos en el plano de la civilidad”.

⁶¹⁵ CANCIO MELIÁ, *Estudios de Derecho penal*, p. 168.

conocimiento por el de la ignorancia voluntaria⁶¹⁶. Podría añadirse a la lista la responsabilidad penal de las personas jurídicas, que forma parte del ordenamiento jurídico español. Todos estos ejemplos no deben implicar que se abandone la defensa del criterio de evitabilidad, sino más bien ser conscientes de la necesidad de que toda teoría del dolo conciba la evitabilidad desde un punto de vista realista que permita plantear instrumentos procesales viables para la determinación del dolo en el caso concreto.

Pasando a otro asunto vinculado, hemos señalado más arriba que defender la vigencia del criterio de evitabilidad como presupuesto del juicio de imputación subjetiva y, específicamente, del modelo procesal de determinación del dolo, conlleva defender una determinada concepción de norma jurídico penal. Se trata de aquella concepción que entiende que las normas son imperativas y que desempeñan una función de determinación de las conductas de sus destinatarios. A su vez, concebir las normas penales como normas de determinación implica que la teoría del dolo que se proponga lo ubique a nivel del injusto y no de la culpabilidad.

Al respecto, hasta hace pocas décadas, la controversia acerca de los elementos subjetivos del delito se centraba justamente en el punto de referencia que debía tener el dolo, “particularmente si éste debía incluir el carácter antijurídico de la conducta o únicamente los elementos del tipo”⁶¹⁷. Así, el causalismo concibió el dolo como una forma de culpabilidad y lo definió como “*dolus malus*”, que incluía el conocimiento de la antijuridicidad de la conducta⁶¹⁸. Frente a ello, el finalismo y su concepto de injusto personal postularon que el dolo era parte del tipo subjetivo y que no incluía el conocimiento de la antijuridicidad de la conducta, que era más bien un elemento de la culpabilidad⁶¹⁹. Con relación al tratamiento del error, se produjo también una intensa polémica entre los defensores de la teoría del dolo y los de la teoría de la culpabilidad⁶²⁰. El triunfo del concepto

⁶¹⁶ Un detallado estudio acerca del tema en RAGUÉS I VALLÈS, *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, Ed. Atelier, 2008.

⁶¹⁷ LAURENZO COPELLO, *Dolo y conocimiento*, p. 13.

⁶¹⁸ Es la definición que persiste en el DRAE, en el cual una de las acepciones de dolo es “voluntad deliberada de cometer un delito a sabiendas de su ilicitud”.

⁶¹⁹ Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal, Parte General*, 10ª ed., pp. 267 y ss.. Ahora bien, debe hacerse referencia también a la doctrina de la doble posición del dolo que es importante en Alemania. Al respecto, SILVA SÁNCHEZ sostiene que esta doctrina no es plenamente unitaria y que existe una concepción formal, que entiende que “todo” el dolo se ubica en el injusto y en la culpabilidad, y una concepción material que postula que los elementos cognoscitivos y, de ser el caso, volitivos del dolo se ubican en el injusto, mientras que los elementos emocionales se sitúan en la culpabilidad. En SILVA SÁNCHEZ, *Medio siglo de dogmática penal alemana (Un punto de vista iberoamericano)*, pp. 18-19.

⁶²⁰ Cfr. CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español, Parte General, II. Teoría jurídica del delito*, 6ª ed., Ed. Tecnos, 1998. Acerca de las distintas vertientes de las teorías del dolo y de la culpabilidad, defendiendo la teoría estricta de la culpabilidad, ver CÓRDOBA RODA, *El conocimiento de la antijuridicidad en la teoría del delito*, Bosch, 1962, pp. 105 y ss. Ver también MUÑOZ CONDE, *El error en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, 1989. Si bien no es posible abordar en la presente tesis la discusión específica acerca del error, puedo brevemente afirmar que hoy

normativo de culpabilidad ocurrido a mediados del siglo XX implicó el abandono de la división objetivo-subjetiva del delito y el concepto causalista de culpabilidad⁶²¹, de acuerdo al cual el dolo y la imprudencia expresaban puras relaciones psicológicas hacia un injusto definido en términos objetivos. A partir de ello, el dolo “se considera una modalidad de dirección de la conducta que penetra en el núcleo del concepto de injusto”⁶²². Ahora bien, la imposición

la doctrina mayoritaria (la legislación y la jurisprudencia, podría añadir) se decanta a favor de la teoría de la culpabilidad, que distingue entre el error que recae sobre los elementos típicos (error de tipo) y el que recae sobre la antijuridicidad de la conducta (error de prohibición). Sin embargo, existe un sector doctrinal que, desde premisas distintas a las del causalismo, defiende la teoría del dolo. En esa línea se encuentra FAKHOURI GÓMEZ, *Delimitación entre error de tipo y error de prohibición. Las remisiones normativas: un caso problemático*, Civitas, 2009, pp. 489 y ss., quien sostiene que el análisis de la aplicación práctica de la teoría de la culpabilidad revela que la ubicación de los errores sobre las remisiones normativas en una u otra de las clases de error no es pacífica. Indica que resulta cuestionable que se otorgue el tratamiento del error de tipo al desconocimiento de la norma de complemento en los casos de leyes con elementos normativos y el tratamiento de error de prohibición en los casos de tipos penales en blanco. Explica que, al margen de la efectiva posibilidad de delimitar entre elemento normativo y norma penal en blanco (recuerda la polémica en torno al delito fiscal del CPE), la exigencia de conocimiento diferente en cada caso no deriva de decisión alguna del legislador, quien incluye elementos normativos para evitar la formulación casuística de los tipos penales y las leyes penales en blanco para permitir un rápida adaptación a las reformas legislativas, motivos ajenos a la valoración de la culpabilidad del autor. FAKHOURI detalla que, ante tales dificultades, existen hoy sectores de la doctrina que se alejan de la teoría de la culpabilidad. Así, por ejemplo, hay autores que proponen la aplicación de la teoría del dolo exclusivamente para los casos de Derecho penal accesorio, arguyendo que dichas normas no tienen un correlato en una norma moral que goce de reconocimiento social. Otros autores, menos radicales, proponen otorgar un amplio margen de actuación a la inevitabilidad del error de prohibición en materia penal accesorio. A fin de proponer su tesis, FAKHOURI intenta demostrar que existen diversas excepciones en las que se exige el conocimiento de la prohibición para afirmar el dolo, las que dejarían sin efecto la teoría de la culpabilidad en el ámbito del Derecho penal accesorio. Ahora bien, la autora va más allá y cuestiona la premisa según la cual la delimitación entre error de tipo y error de prohibición resulta factible con carácter general. Postula entonces la necesidad de operar con un concepto de dolo como *dolus malus*, ya que sólo de ese modo podría afirmarse que el sujeto conoce, junto a ciertas relaciones causales, hechos sociales con relevancia jurídica cuando se le imputa su actuación a título de dolo. En resumen, para FAKHOURI es indiferente, en relación con el objeto del dolo, si el legislador decide introducir una remisión normativa o no, puesto que el autor debe conocer en todo caso la prohibición. Finalmente, la autora pretende armonizar su propuesta con el CPE, sosteniendo que el error del autor sobre los hechos constitutivos de la infracción penal o sobre las circunstancias pertenecientes al tipo excluiría el dolo de acuerdo a lo dispuesto en el art. 14.1. Por su parte, el art. 14.3 debería ser valorado como una regla de determinación de la pena del delito doloso en los supuestos en que el autor, si bien conoce que su conducta está prohibida, no es consciente de que la misma lleva aparejada una sanción penal. Una versión resumida de esta tesis en FAKHOURI GÓMEZ, “Teoría del dolo vs. Teoría de la culpabilidad. Un modelo para afrontar la problemática del error en Derecho penal”, en *InDret Penal* n° 4, 2009. Ver también, FAKHOURI GÓMEZ, “Valoración crítica a la determinación del objeto del dolo conforme a la delimitación entre error de hecho y error de Derecho penal y extrapenal desde los tiempos del RG hasta la actualidad”, en *InDret Penal*, N° 3, 2011.

⁶²¹ En Italia, ocurrió algo distinto. Como bien refiere DONINI, “El caso de la ignorancia invencible”, en SÁNCHEZ-OSTIZ (coord.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal*, La Ley, 2011, pp. 343-344, fue recién a partir de la sentencia de 23-24 de marzo de 1988, n. 364, que la Corte Constitucional italiana introdujo una idea “revolucionaria” consistente en que pueden existir, técnicamente, el dolo o la culpa, sin que haya culpabilidad.

⁶²² CANCIO MELIÁ, *Estudios de Derecho penal*, pp. 156-157, quien también sostiene que en los últimos años (pp. 162 y ss.) “se ha iniciado una nueva línea de acuerdo con la cual no solo la culpabilidad no debe determinarse con parámetros exclusivamente psíquicos, sino que no puede siquiera aprehenderse sin referencia a una teoría de la pena”.

mayoritaria de la idea de que el dolo es parte del tipo y no de la culpabilidad⁶²³ no implica necesariamente una adhesión al postulado finalista, sino más bien la consecuencia del predominio en la doctrina de una concepción imperativa de la norma jurídico penal, como la que aquí se defiende. Según SILVA SÁNCHEZ:

“(…) la inclusión del dolo en el tipo de injusto se argumenta con razones no ontológicas, sino básicamente valorativas: el sentido de los tipos, el carácter imperativo de las normas, la mayor peligrosidad que la presencia de dolo confiere a la conducta, etc.”⁶²⁴.

No debe dejarse de mencionar los argumentos que un sector de la doctrina contemporánea presenta a favor de ubicar el dolo en la culpabilidad. Al respecto, FAKHOURI sostiene:

“(…) el análisis de las cuestiones relativas a la imputación subjetiva en el nivel de la culpabilidad permitiría evitar la contradicción sistemática en la que se incurre cuando se aprecia la legítima defensa o se exige responsabilidad civil frente al sujeto que actúa inmerso en un error de tipo invencible –o cuando se aplican medidas de seguridad al sujeto

⁶²³ Ahora bien, varios autores sostienen que en Alemania hoy es mayoritaria la teoría de la doble posición del dolo. FEIJOO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, p. 41, n. 52, indica como predominante la variante de esta teoría que mantiene el elemento intelectual del dolo en el injusto y tiene en consideración en la culpabilidad los elementos emocionales o volitivos que fundamentan una mayor responsabilidad penal. En sentido inverso, SCHMIDHÄUSER concibe la voluntad como intencionalidad, que sitúa en el injusto; y el componente intelectual junto a la conciencia de antijuridicidad los ubica como parte de la culpabilidad. Cfr. MORILLAS CUEVAS, “La doble posición del dolo y de la imprudencia en la perspectiva de una teoría unitaria del delito”, en *CPC*, segunda época, N° 91, 2007, pp. 27 y ss., quien parte de la idea del dolo como un todo y se adhiere en España a la idea de la doble función del dolo y de la imprudencia en la teoría jurídica del delito, sosteniendo que el dolo, “por un lado, es un elemento constitutivo del injusto típico, como factor directivo de la conducta realizada, pues la dirección lesiva de aquellas delimita su contenido, contribuyendo de esta manera a resaltar los perfiles de la tipicidad; por otro, como elemento autónomo de la culpabilidad, supone un postulado básico para concretar el juicio de reproche que supone la culpabilidad”. El dolo del tipo es, para este autor, un indicio para la imputación subjetiva en la culpabilidad. Propone, asimismo, un tratamiento unitario del error, con ubicación sistemática diferenciada de la antijuridicidad y de la culpabilidad. Puede encontrarse una crítica a la teoría de la doble posición del dolo en MAURACH-ZIPF, *Derecho penal, Parte General. Teoría general del Derecho penal y estructura del hecho punible* (trad. de la 7ª ed. alemana por BOFILL GENZSCH-AIMONE GIBSON), vol. I, Ed. Astrea, 1994, pp. 377 y ss. Asimismo, en España, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., p. 648, señala que “la doctrina dominante actualmente en Alemania no es precisamente la que sostiene la ubicación del dolo en el ámbito de lo injusto, sino la favorable a la doble posición del dolo en el injusto y en la culpabilidad. La concepción de la doble posición del dolo puede sostenerse en dos versiones: una formal y otra material. La primera entiende que es el dolo en toda su globalidad el que se contempla tanto desde la perspectiva del injusto como desde la de la culpabilidad; la segunda, por su parte, mantiene los aspectos cognoscitivos (y, si acaso, volitivos) en el injusto, mientras que los emocionales pasan a contemplarse en la culpabilidad. A mi juicio, sin embargo, la inclusión del dolo en el ámbito sistemático de la culpabilidad es sistemáticamente innecesaria si se trata de volver a contemplar el dolo típico desde nuevas perspectivas, y sospechosa de otorgar relevancia a actitudes internas, si se trata de extraer un dudoso aspecto emocional del dolo típico y ubicarlo en la culpabilidad”.

⁶²⁴ SILVA SÁNCHEZ, *Medio siglo de dogmática penal alemana (Un punto de vista iberoamericano)*, p. 17.

inimputable que actúa en estas circunstancias. La concurrencia, desde esta perspectiva, de un hecho típico y antijurídico posibilitaría además castigar la conducta del partícipe, también cuando concurriera un error de tipo en el autor principal, sin necesidad de recurrir a figuras tales como la autoría mediata para evitar la impunidad”⁶²⁵.

Frente a dichas alegaciones, para la mayoría de la doctrina resultan consistentes los argumentos a favor de mantener la ubicación del dolo en el injusto. En esa línea, en Alemania FRISCH defiende la existencia de un injusto de la decisión:

“(…) la fundamental legitimación de la punibilidad de la tentativa inidónea (y, con ella, su cualificación como injusto) deriva del hecho de que incluso un Derecho penal dirigido a la protección de bienes jurídicos sólo puede lograr tal protección a través de la contención o la supresión de determinados actos de decisión”⁶²⁶.

El Derecho penal se dirige entonces contra ciertos estilos de decisión. En palabras de FRISCH:

“Tanto el delito intentado como el consumado contienen, de acuerdo con ello, una forma del injusto subjetivo que probablemente se puede designar del modo más exacto como injusto de la decisión: el autor se decide a favor de una determinada conducta, pese a asignarle la dimensión decisiva para su –respectiva- tipicidad. (...) Para que la decisión manifestada en el acto pueda ser caracterizada como un injusto actual de la decisión (...) quien se decide por la conducta típica no puede suponer al mismo tiempo la concurrencia de una situación que, en caso de existir realmente, daría lugar a que el ordenamiento autorizara su decisión. Sería sencillamente inconsecuente permitir a alguien la realización de una determinada conducta (típica) cuando se presenta cierta situación y calificar al mismo tiempo como decisión a favor de una conducta incorrecta (...) una resolución que tiene su origen en la suposición de que concurriría una situación semejante. Lo único en verdad consistente es admitir, más bien, que no se da entonces el injusto de la decisión”⁶²⁷.

En consecuencia, si la concepción de pena adoptada implica que toda imputación de dolo se sustente en el criterio de la evitabilidad, ello implica que la función de la norma jurídico penal no puede limitarse a valorar positiva o negativamente las conductas, esto es, a operar como una simple norma de valoración, sino que debe partir de dicha función valorativa y cumplir a su vez una función de determinación en sus destinatarios. No se trata de un efecto psíquico, sino de una finalidad político criminal: la norma jurídico penal establece

⁶²⁵ FAKHOURI GÓMEZ, *Delimitación entre error de tipo y error de prohibición. Las remisiones normativas: un caso problemático*, pp. 498-499.

⁶²⁶ FRISCH, “El error como causa de exclusión del injusto y/o como causa de exclusión de la culpabilidad”, en VVAA, *El error en Derecho penal*, Ed. AD-HOC, 1999, p. 63.

⁶²⁷ FRISCH, “El error como causa de exclusión del injusto y/o como causa de exclusión de la culpabilidad”, pp. 64-65.

pautas de orientación a efectos de determinar cuál es la conducta conforme a derecho y la sanción penal es un mecanismo de restablecimiento de la vigencia de la norma y de ratificación de la confianza de la ciudadanía en su operatividad, siempre en el marco del respeto del principio deontológico fundamental (la personalidad innata del ser humana) y de las garantías que limitan la potestad punitiva del Estado.

Siguiendo a STRATENWERTH en este punto, al asignar el dolo al injusto, no puede formar parte de él simultáneamente la consciencia del injusto, ya que, de ser ese el caso, el dolo tendría que referirse a sí mismo⁶²⁸. Sin embargo, este planteamiento no implica concluir que la culpabilidad en sentido estricto (como elemento del delito) sea ajena a la configuración del dolo. Por el contrario, existen determinadas alteraciones psíquicas que influyen directamente en el injusto. Al respecto, según SILVA SÁNCHEZ, la concurrencia o no de culpabilidad afecta a la medida del injusto, ya que un injusto no culpable es menos injusto que un injusto culpable. Prosigue explicando que las alteraciones o anomalías psíquicas pueden tener relevancia normativa en niveles sistemáticos anteriores a la culpabilidad, lo cual se debe a que las anomalías psíquicas constituyen déficits en la imputación del hecho como obra de un agente. Sostiene, sin embargo, que donde existe un elemento de imputación (agencia moral), no puede hablarse de un fenómeno de la naturaleza, sino de “un hecho con sentido”⁶²⁹. Esto será materia de mayor desarrollo en el cuarto capítulo.

Sólo basta anotar que da un paso más MAÑALICH quien sostiene que “el injusto que no alcanza a constituir un injusto culpable carece de relevancia jurídico-penal, porque recién la culpabilidad por el injusto fundamenta el carácter reprochable de ese injusto”⁶³⁰. Explica entonces:

“(…) una adscripción de dolo que no llega a fundamentar (...) una adscripción del correspondiente conocimiento de la antijuridicidad, no es más que la adscripción de un dolo estéril, (...) que carece de relevancia, al menos directa, para el reproche de culpabilidad”⁶³¹.

Para finalizar, siguiendo a PUPPE, quiero indicar que el delito puede concebirse como la lesión del Derecho y al autor como “culpable de una lesión del Derecho”⁶³². Ello lleva a concluir que no es posible efectuar una división estricta entre la parte objetiva y la parte subjetiva del delito⁶³³. Así, la distinción entre tipo

⁶²⁸ STRATENWERTH, *Derecho Penal. Parte General I. El hecho punible*, Thomson Civitas, 2000, p. 147.

⁶²⁹ SILVA SÁNCHEZ, ¿“Adiós a un concepto unitario de injusto en la teoría del delito? A la vez, una breve contribución a la teoría de las medidas de seguridad”, pp. 3-4 y 13.

⁶³⁰ MAÑALICH, “El delito como injusto culpable...”, p. 96.

⁶³¹ MAÑALICH, “El delito como injusto culpable...”, p. 102.

⁶³² PUPPE, “La construcción del delito”, en *El Derecho penal como ciencia. Método, teoría del delito, tipicidad y justificación*, B de F, 2014, p. 188.

⁶³³ Vid. *Infra* Capítulo II, 4.8.2.

objetivo y tipo subjetivo es irrealizable y antinatural, ya que “el mismo comportamiento del autor no constituye un hecho puramente objetivo, porque es el comportamiento de una persona”⁶³⁴. Añade PUPPE:

“(…) la distinción entre tipo objetivo y tipo subjetivo fracasa completamente en la imprudencia, pues el deber de cuidado cuya lesión se le reprocha al autor como imprudencia también se define mediante los conocimientos personales de este último. Este solamente se disfraza de manera insuficiente cuando, para definir este deber, se coloca en la posición del autor a un llamado observador objetivo que tiene que constituir o descubrir el deber de cuidado de aquél, pues a este observador objetivo se lo dota de los llamados conocimientos especiales del autor. Ahora bien, conocimientos especiales es todo aquello que el autor sabe efectivamente y que, en cambio, el observador objetivo no sabe”⁶³⁵.

PUPPE propone entonces la construcción lógica de la realización del tipo en los siguientes términos:

“Hay que partir de una acción final del autor y de sus conocimientos individuales reales. Con esa base, hay que construir el deber de cuidado al que está sujeto el autor en la realización de su proyecto de acción. Después, hay que averiguar qué comportamientos ha manifestado el autor y en qué medida éstos son incompatibles con su deber de cuidado. Estos comportamientos del autor con sus características de contrariedad a cuidado deben haber causado un resultado típico, es decir, aquellas características del comportamiento del autor que convierten a tal comportamiento en contrario a cuidado han de aparecer plenamente en la verdadera explicación causal del resultado que se ha producido. El próximo paso en la pregunta de si el autor tenía dolo de causar ese resultado. Y el autor tuvo ese dolo solamente si fue consciente de la posibilidad de causar el resultado, en la medida en que, más allá del peligro de imprudencia, generó un peligro cualificado de que se produjera el resultado; el delito doloso está consumado cuando el curso causal hacia el resultado coincide con esta representación en tantos factores como son necesarios para la fundamentación de un peligro de dolo. Ésta es la realización del peligro de dolo”⁶³⁶.

Finalmente, con relación a los efectos que el error de derecho (situado en la culpabilidad) puede tener sobre la existencia del dolo como elemento del injusto, cabe distinguir dos supuestos. Por un lado, cuando se produce un error sobre la prohibición penal, ello no afectará la imputación de una conducta dolosa. Distinto es el caso si el error recae sobre normas ajenas al Derecho penal. Si su conocimiento es parte de la conducta típica, podrá negarse la imputación del

⁶³⁴ PUPPE, “La construcción del delito”, p. 192.

⁶³⁵ PUPPE, “La construcción del delito”, p. 196.

⁶³⁶ PUPPE, “La construcción del delito”, pp. 203-204.

dolo. Como explica WEIGEND, en un mundo determinado tanto por normas como por hechos, una persona puede ser fácilmente eximida por no estar familiarizada con todas las normas indirectamente relevantes para la legalidad de su conducta. Sin embargo, ello no ocurre tan fácilmente cuando se trata de normas de Derecho penal que resultan básicas para la vida social⁶³⁷.

5.4. Consecuencia de asumir el enfoque funcionalista moderado de la teoría del delito

Como consecuencia de asumir el enfoque funcionalista moderado de la teoría del delito, la teoría del dolo que se proponga deberá atribuir y justificar la mayor gravedad de la conducta dolosa frente a la imprudente, con los efectos consiguientes para la imposición de las penas correspondientes.

Según lo señalado líneas arriba, una teoría del delito propia de la democracia constitucional debe adoptar un punto de partida normativista y rechazar la visión exclusivamente ontológica. La perspectiva funcionalista moderada tiene como punto de partida la orientación de la dogmática a los fines del Derecho penal y debe tomar en cuenta los principios garantísticos. Esto implica resaltar la relevancia del principio de proporcionalidad en el modelo de la democracia constitucional⁶³⁸. En un sistema funcionalista de delito, que tiene como preocupación central el cumplimiento de los fines del Derecho penal a partir del respeto de la personalidad innata del ser humano, la reacción punitiva del Estado debe ser acorde a la gravedad del injusto. Esto implica diferenciar grados de lesividad de las conductas y, a nivel subjetivo, distinguir también los estados mentales según su gravedad. En el caso del Derecho español, ello implica fundamentar la distinta gravedad (y, por ende, penalidad) de los supuestos de dolo y de imprudencia⁶³⁹.

Para SILVA SÁNCHEZ, el dolo no sólo aparece en el injusto subjetivo por una necesidad derivada de la naturaleza imperativa de las normas primarias y de su función motivatoria, sino que además el dolo incide en la gravedad objetiva de la conducta, hasta el punto de que puede condicionar la relevancia penal de la

⁶³⁷ WEIGEND, "Subjective elements of criminal liability", en DUBBER, HÖRNLE, *The Oxford Handbook of Criminal Law*, Oxford University Press, 2014, pp. 504-505.

⁶³⁸ En la actualidad, el legislador olvida el requisito de proporcionalidad y existen supuestos, como el blanqueo de capitales, en que puede llevar aparejada una mayor pena el hecho imprudente que el doloso. Así, el artículo 301.1 del CPE prevé un pena de seis meses a seis años para el autor doloso del delito de blanqueo de capitales, mientras que el artículo 301.3 del mismo cuerpo normativo impone una pena de prisión de seis meses a dos años para el autor imprudente. Puede darse entonces el caso en el que se verifique alguna de las circunstancias atenuantes del artículo 21 del CPE y el autor doloso reciba una pena inferior a los seis meses de prisión de acuerdo a lo previsto en el artículo 66 incisos 1 y 2 del mismo código, mientras que el autor imprudente puede recibir la pena máxima de dos años de prisión.

⁶³⁹ En el Derecho penal inglés, por ejemplo, ello implicaría fundamentar la distinta gravedad y penalidad de más estados mentales: intención, intención oblicua, temeridad subjetiva, conocimiento, etc.

misma⁶⁴⁰. En ese sentido, con relación a la distinción entre dolo e imprudencia, explica el mismo autor que un menor peligro “objetivo” más el dolo podría generar la relevancia penal que en el delito imprudente es preciso que genere el peligro objetivo por sí solo.

RAGUÉS I VALLÈS⁶⁴¹ hace un completo recuento de las doctrinas que han pretendido explicar la diferencia de pena entre imprudencia y dolo. Por ello, en este lugar baste con hacer una breve referencia. Una de dichas doctrinas –de corte claramente psicológico- es la que fundamenta la diferencia en la maldad y egoísmo del autor doloso, quien antepone sus intereses a los bienes jurídicos penalmente protegidos. Otra doctrina es que la sostiene que el autor doloso merece una pena más grave porque le es más fácil evitar la realización del tipo. También hay autores que defienden la idea de que la mayor punibilidad de los actos dolosos radica en que estos expresan una decisión del autor contra los bienes jurídicos, doctrina que no termina de alejarse, según RAGUÉS I VALLÈS, de las más antiguas que justifican la mayor pena del delito doloso en la maldad del autor. Existe otro grupo de autores, entre los que destaca MIR PUIG, quienes defienden la idea de que el hecho doloso implica una mayor peligrosidad para los bienes jurídicos⁶⁴². También están aquellos que sustentan la mayor penalidad del delito doloso desde la perspectiva de la prevención general, señalando que el sujeto que actúa con dolo realiza una conducta más necesitada de respuesta por parte del Estado, al haber negado con su conducta la vigencia de la norma infringida.

En mi opinión, la mayor gravedad de la conducta dolosa se sustenta en criterios de prevención general, aunque con el matiz dictado por la concepción de bien jurídico como instrumento polivalente de la argumentación jurídico-penal. En ese sentido, la conducta dolosa resulta más necesitada de respuesta penal por parte del Estado, en atención a que el autor del delito ha negado con su conducta la vigencia de una norma penal útil, en el sentido de que cumple una utilidad (principio consecuencialista) que es acorde a las exigencias constitucionales según el modelo de Estado adoptado (principio deontológico).

⁶⁴⁰ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 1ª ed., p. 388.

⁶⁴¹ RAGUÉS I VALLÈS, *La prueba del dolo en el proceso penal*, pp. 33-43.

⁶⁴² Cfr. MIR PUIG, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, pp. 69 y ss. En otro sentido, DONINI, *Teoría del Reato. Una Introduzione*, p. 94, sostiene que la razón principal aunque no exclusiva de la mayor penalidad del dolo parece residir en un juicio axiológico de proporcionalidad retributiva, antes que en uno instrumental y preventivo. La conducta dolosa, para este autor, tiene una mayor gravedad objetiva en términos de peligrosidad y una mayor culpabilidad social. Solo de forma subordinada a dichos criterios ingresan las razones preventivas.

SEGUNDO CAPÍTULO: EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE DOLO EN EL DERECHO PENAL CONTINENTAL

1. Introducción

El objeto de este segundo capítulo es exponer de manera general la evolución del concepto de dolo en el Derecho penal continental, haciendo especial énfasis en las teorías planteadas por la dogmática alemana y por la dogmática española, que son ciertamente las que con mayor profundidad y acierto han tratado los asuntos de la Parte General del Derecho penal. Más allá de brindar un panorama descriptivo de la evolución, la finalidad principal de este capítulo consiste en destacar cuáles han sido los niveles de análisis detrás de cada teoría del dolo. Así, procuraré diferenciar el nivel de análisis conceptual del nivel de análisis aplicativo de cada teoría, en cuanto sea posible, a efectos de corroborar hacia dónde se ha orientado la evolución del dolo en esta parte del mundo.

Si logro con cierto éxito el objetivo trazado, estimo que al final del capítulo podré confirmar que el desarrollo de la teoría del dolo en el Derecho penal continental se ha orientado principalmente a un nivel conceptual, fundamental para la comprensión y aplicación de las instituciones jurídicas. Si bien varias teorías -sobre todo las más recientes- hacen referencia a la importancia de abordar el nivel de determinación del dolo, veremos que son pocas las propuestas que profundizan en ello o que se orientan predominantemente al análisis aplicativo. En esa medida, se justificará abordar en el tercer capítulo -como complemento del desarrollo dogmático continental- los criterios que la jurisprudencia inglesa ha desarrollado en materia de inferencia de los estados mentales del imputado.

Además de esta breve introducción, este capítulo presenta cuatro apartados. En un primer apartado, expondré en qué consisten los dos niveles de análisis desde los que puede abordarse la problemática del dolo. En primer lugar, haré referencia al nivel conceptual, cuyo desarrollo ha sido extenso y profundo en el Derecho penal continental, lo que no ha ocurrido de igual manera en el Derecho penal anglosajón y, específicamente, en el Derecho penal inglés. En segundo lugar, expondré en qué consiste el nivel aplicativo, el cual centra su atención en el proceso de determinación del dolo en un caso concreto y se esfuerza en desarrollar criterios de inferencia de los estados mentales.

En un segundo apartado, presentaré los antecedentes de la discusión contemporánea acerca del dolo. Con brevedad, aunque apuntando a los aspectos fundamentales, abordaré el tratamiento de los elementos subjetivos del delito en el Código de Hammurabi; el concepto de conducta voluntaria en la teoría de ARISTÓTELES; el concepto de dolo en las distintas etapas del Derecho romano; la influencia del Derecho romano en la Edad Media y la tesis del dolo indirecto; y la teoría de FEUERBACH en el inicio de lo que conocemos como

Derecho penal clásico. La finalidad de tratar estos antecedentes estriba en descubrir cómo algunas teorías contemporáneas sientan sus bases en planteamientos de hace varios siglos. En esa medida, el regreso a las fuentes puede constituir una herramienta práctica para el análisis que se pretende.

En el tercer apartado, que es el más extenso de esta tesis, he intentado sintetizar las concepciones más recientes acerca de la problemática del dolo en el Derecho penal continental. Con fines metodológicos, propongo clasificar las teorías a partir de dos variables. Por un lado, la variable del contenido que los diferentes autores atribuyen al dolo. Estas teorías básicamente se han desarrollado en torno a la discusión sobre cómo delimitar los casos de dolo eventual de los casos de imprudencia consciente. Al respecto, se enfrentan aquellos autores que atribuyen un contenido exclusivamente cognitivo al dolo con aquellos otros que además le atribuyen un contenido volitivo. Por otro lado, la variable del enfoque desde el que los diferentes autores observan el asunto del dolo en un caso concreto. Al respecto, se enfrentan aquellos autores que adoptan un enfoque psicológico, que exige acreditar la existencia efectiva de un estado mental doloso a efectos de aplicar las consecuencias sancionatorias previstas para el delito doloso, con aquellos otros que mantienen un enfoque normativo del problema y entienden que el dolo no es algo que debe ser descubierto, sino que se trata de un proceso de imputación o de atribución a un determinado sujeto.

La combinación de las propuestas antagónicas de ambas variables me permite establecer la existencia de cuatro grandes enfoques de la problemática del dolo. El primer enfoque es el psicológico volitivo y en él incluyo la teoría del libre albedrío de CARRARA, las teorías de la voluntad, la teoría del consentimiento, la teoría de la indiferencia, la teoría del dolo de MEZGER y las teorías modificadas de la voluntad. El segundo enfoque es el psicológico cognitivo y en él comprendo a la teoría determinista, la teoría de la representación, la teoría de la probabilidad, la teoría de la posibilidad, la concepción del dolo en la teoría finalista de WELZEL y las propuestas de KAUFMANN y de MIR PUIG. Entre las exposiciones del segundo y del tercer enfoque haré referencia brevemente a algunas teorías en desavenencia, básicamente aquellas que proponen o bien equiparar el dolo eventual con la imprudencia consciente o bien concluir en la imposibilidad de su delimitación.

El tercer enfoque es el normativo volitivo y en él incluyo la teoría de la decisión contra el bien jurídico de ROXIN, la teoría de los indicadores del dolo de HASSEMER y las propuestas de SCHÜNEMANN, DÍAZ PITA y RODRÍGUEZ MONTAÑÉS. Finalmente, en el enfoque normativo cognitivo abordo las teorías planteadas por destacados penalistas alemanes y españoles contemporáneos: FRISCH, CORCOY BIDASOLO, SILVA SÁNCHEZ, FEIJOO SÁNCHEZ, HRUSCHKA, RAGUÉS I VALLÈS, JAKOBS, HERZBERG y PUPPE.

Una vez expuestos los cuatro enfoques, hago referencia a las propuestas alternativas al sistema, esto es, a aquellas teorías que, o bien niegan la posibilidad de distinguir los elementos objetivos de los elementos subjetivos del delito, o bien simplemente proponen omitir la valoración de los elementos subjetivos, poniendo en cuestión dos siglos de desarrollo dogmático. Expongo entonces las propuestas de KINDHÄUSER, PÉREZ BARBERÁ, PORCIÚNCULA y LESCH.

Finalmente, en el último apartado, expongo a modo de conclusión del presente capítulo, una síntesis de los aportes más relevantes de la dogmática penal para el tratamiento del problema del dolo, los que constituyen la base para construir la *teoría de las condiciones para el conocimiento*.

2. Niveles de análisis

Decisivo es el enfoque que se utilice para concretar la tarea de construcción del sistema de Derecho penal, ya que de ello dependerán las consecuencias a las que se arrije. Como explica SCHÜNEMANN:

“En el inicio de cualquier intento de construir un sistema del Derecho penal, se halla la cuestión de si los materiales de dicho sistema han de tomarse del lenguaje descriptivo o del prescriptivo, esto es, de si los elementos de dicho sistema están constituidos por valores o por estados descriptibles empíricamente”⁶⁴³.

A lo largo de la historia de la ciencia jurídico penal continental, el lenguaje descriptivo ha sido un material de referencia constante para la dogmática penal. Así, a la hora de estudiar los elementos subjetivos de la conducta humana y, específicamente, definir el concepto de dolo, la constatación de los estados mentales como la intención, la malicia y el conocimiento ha jugado un rol central. Prueba de ello es que durante décadas el debate entre las teorías de la voluntad (específicamente, la del consentimiento) y las teorías de la representación (en sus distintas versiones de la probabilidad) haya prácticamente monopolizado la discusión sobre el dolo. Al respecto, FEIJOO SÁNCHEZ detalla que la concepción doctrinal del dolo viene determinada por la polémica entre la teoría de la representación y la teoría de la voluntad, aunque en realidad exista una multitud de variantes de ambas teorías⁶⁴⁴. Acerca de dicha discusión, MIR PUIG afirma que las teorías de la voluntad suelen responder que el conocimiento no es suficiente, lo que conlleva efectos al delimitar el dolo de la imprudencia, exigiendo para el dolo una actitud interna, que debe ser acreditada, de aprobación, consentimiento o, al menos, aceptación del hecho. Por otro lado, las teorías del conocimiento o de la representación niegan la necesidad de añadir al

⁶⁴³ SCHÜNEMANN, *Cuestiones básicas del Derecho penal en los umbrales del tercer milenio*, p. 75.

⁶⁴⁴ FEIJOO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, pp. 14-15,

conocimiento ninguna actitud interna⁶⁴⁵, limitándose a exigir la necesidad de acreditar la probabilidad -subjetiva u objetiva, según el caso- de realización del hecho.

Otra prueba del intenso uso del lenguaje descriptivo en el Derecho penal es que hasta la fecha muchos autores y, especialmente los tribunales de justicia, continúan sumergidos en la tarea de descubrir cuál es el *elemento* -algo ontológico, material, que se verifica en la conducta humana- que permitiría diferenciar la conducta dolosa de la conducta imprudente. Según MIR PUIG, la doctrina dominante se inclina por exigir tanto el conocimiento como la voluntad, aunque en época reciente gana terreno la opinión que considera suficiente el conocimiento. Al respecto, postula:

“(…) el hecho doloso presupone un comportamiento humano que, en cuanto tal, requiere “voluntariedad”. Asimismo es obvio que dicha voluntariedad no es suficiente para el dolo, como lo prueba el hecho de que también la imprudencia presupone un comportamiento humano voluntario. Pero la cuestión es si para el dolo basta o no añadir a dicha voluntariedad general el conocimiento de la situación típica”⁶⁴⁶.

Si bien el lenguaje descriptivo ha ejercido importante influencia en la construcción del concepto del dolo, desde siempre han existido –y hoy con más fuerza- voces críticas que aluden a la necesidad de asumir una perspectiva normativa, que construya conceptos a partir del lenguaje prescriptivo y centre su mirada en el problema de determinación (o, mejor dicho, atribución) en el caso concreto de los elementos subjetivos de la conducta humana, más allá del de su conceptualización. Así, se ha puesto de relieve que la antigua e interminable discusión acerca de los elementos del dolo no es más que un debate conceptual y específicamente terminológico que no brinda herramientas útiles para solucionar en el caso concreto la problemática acerca de la determinación del dolo.

Comencé esta investigación convencido de que la actividad dogmática va más allá de los dispositivos legales y tiene como objeto fundamental lo que ROBLES denomina “el Derecho desde un punto de vista abstracto”, al vincular los presupuestos generales del delito “a la teoría sobre el fin y sentido de la pena, a

⁶⁴⁵ MIR PUIG, *Derecho penal, Parte General*, 10ª ed., p. 268. El mismo autor (p. 274), advierte que un sector de la doctrina alemana mantiene una postura ecléctica y exige, por una parte, que “el sujeto “tome en serio” la posibilidad del delito y, por otra, que el mismo “se conforme” con dicha posibilidad, aunque sea a disgusto. Tomar en serio la posibilidad del delito equivaldría a “no descartar” que se pueda producir: a “contar con” la posibilidad del delito”. Conformarse con la posible producción del delito significa, por lo menos, “resignarse” a ella, siquiera sea como consecuencia eventual desagradable cuya posibilidad no consigue hacer desistir al sujeto de su acción”.

⁶⁴⁶ MIR PUIG, *Derecho penal, Parte General*, 10ª ed., p. 268. Ver también FEIJOO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, p. 14.

su fundamento de legitimación”⁶⁴⁷. En esa línea, las teorías acerca del dolo han ido adoptando una perspectiva material que se vale del lenguaje prescriptivo y que se vincula necesariamente a la teoría de la responsabilidad penal. En ese sentido, ROXIN afirma que “las concepciones actualmente dominantes en la doctrina del Derecho penal alemán no orientan su sistema a realidades ontológicas previas como la causalidad o la finalidad, sino a los cometidos y finalidades del Derecho penal”⁶⁴⁸. Ahora bien, ello no implica que la discusión conceptual del dolo no tenga importancia.

Acojo entonces el planteamiento de que todo objeto de conocimiento debe cumplir con dos características básicas. Al respecto, HALPIN sostiene que debe haber una manera uniforme de reconocer lo que se sabe entre los entendidos, lo que denominaré nivel conceptual, y lo que se sabe debe ser capaz de aplicarse a la materia sobre la que se profesa el conocimiento, lo que denominaré nivel aplicativo⁶⁴⁹.

Lo hasta aquí expuesto nos exige plantear el objeto del presente capítulo teniendo en cuenta que existen dos niveles distintos de análisis del problema del dolo. El primer nivel de análisis es el **nivel conceptual**, que se refiere al contenido del dolo y que comprende los aspectos conceptuales y de delimitación frente a la imprudencia. Aquí la discusión acerca de qué es el dolo y qué elementos lo conforman -cognitivos, volitivos, emocionales, etc.- cobra relevancia. En este nivel de análisis, podemos diferenciar dos grandes grupos de teorías:

- Las teorías volitivas, de la voluntad o de la intencionalidad, que son aquellas que postulan que el dolo está contenido por elementos cognitivos y volitivos, siendo estos últimos los que permiten diferenciarlo de la imprudencia.
- Las teorías cognitivas, de la representación o del conocimiento, que son aquellas que postulan que el dolo está únicamente constituido por elementos cognitivos, que son suficientes para diferenciar la conducta dolosa de la imprudente.

El segundo nivel de análisis es el **nivel aplicativo o de determinación del dolo** en el caso concreto. En este nivel, interesa sobre todo el enfoque que se utilice para abordar el problema. Al respecto, más allá del contenido específico del dolo, se discute hoy si lo viable y trascendente es descubrir el dolo del sujeto entendido como una realidad material (ontológica), pretendiendo ingresar a su interior a fin de conocer qué pensaba y quería al momento de actuar, o si más bien debemos

⁶⁴⁷ ROBLES PLANAS, *Estudios de dogmática jurídico-penal. Fundamentos, teoría del delito y Derecho penal económico*, pp. 25 y 17.

⁶⁴⁸ ROXIN, “El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania”, p. 4.

⁶⁴⁹ HALPIN, *Definition in the Criminal Law*, Hart Publishing, 2004, pp. 76-77.

enfocar el problema desde una perspectiva normativa, en la que lo definitivo sea determinar cuándo imputar una estructura de responsabilidad (dolosa) a la conducta desplegada por un determinado sujeto⁶⁵⁰ en base a la utilización del lenguaje prescriptivo y cumpliendo el Derecho penal la función de reducir complejidad, mediante la creación de criterios de imputación subjetiva. Siguiendo a PÉREZ MANZANO, en este segundo nivel, podemos diferenciar al menos dos grandes grupos de teorías⁶⁵¹:

- Las teorías psicológicas, las cuales conciben al dolo como “una realidad natural de carácter psicológico, una vivencia subjetiva, un estado mental o fenómeno psíquico, de modo que se configura como un hecho, un facto que ha de ser objeto de prueba en el proceso penal”⁶⁵². Se trata de teorías con un enfoque ontológico, el cual tiene como punto de referencia la estructura de la acción que se encuentra en la base del delito, por lo que “el contacto psicológico propio del delito doloso aparece como una cuestión predeterminada por el objeto sobre el que actúa el Derecho penal, por la realidad que éste regula”⁶⁵³. Para este primer enfoque, resulta fundamental la discusión acerca del concepto y contenido (material, ontológico) del dolo. Esta es la concepción que primó antes del siglo XIX y que seguirá imponiéndose durante varias décadas del siglo XX, aunque enfrentando cada vez más voces críticas.
- Las teorías normativas, las cuales entienden el dolo como “un término que designa una entidad o realidad normativa, de modo que su existencia y significado son estrictamente jurídicos”⁶⁵⁴. Desde este enfoque, el problema del dolo se vincula directamente con los cometidos y finalidades del Derecho penal. Por ello, LAURENZO entiende que las concepciones normativas centran su atención “en la función del dolo como elemento fundamentador de un grado especial de desaprobación jurídico penal”⁶⁵⁵. Aunque a primera vista pudiera parecernos lo contrario, para el enfoque normativo el contenido del dolo también tiene importancia. La diferencia es que no busca dicho contenido en la realidad material (natural, ontológica), sino que lo infiere del sentido y fines del ordenamiento penal concreto. En ese sentido, para

⁶⁵⁰ GONZÁLEZ CUSSAC, “Dolus in re ipsa”, pp. 827 y ss.

⁶⁵¹ Díez RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos del delito...*, 2ª ed., pp. 129 y ss., más allá de la teoría psicológica y de la teoría normativa, hace referencia a la existencia de una “teoría psicológico-colectiva”, que se acerca al planteamiento normativo, tomando como base los conocimientos suministrados por el psicoanálisis, a fin de averiguar cómo perciben los miembros de la sociedad los sucesos psíquicos ajenos; y de una “teoría interaccionista”, que explica la criminalidad como un fenómeno interactivo entre el autor y los otros miembros de la sociedad.

⁶⁵² PÉREZ MANZANO, “Dificultad de la prueba de lo psicológico y naturaleza normativa del dolo”, en GARCÍA VALDÉZ et al (coords.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, t. II, Edisofer, 2008, p. 1456.

⁶⁵³ LAURENZO COPELLO, *Dolo y conocimiento*, p. 208.

⁶⁵⁴ PÉREZ MANZANO, “Dificultad de la prueba de lo psicológico y naturaleza normativa del dolo”, p. 1456.

⁶⁵⁵ LAURENZO COPELLO, *Dolo y conocimiento*, p. 207.

fundamentar los límites del dolo en criterios normativos aceptables es necesario responder a la pregunta de “cuál es la razón que justifica el que en nuestro Derecho penal se incrimine de un modo más grave el comportamiento doloso que el imprudente”⁶⁵⁶. Veremos más adelante cómo la teoría normativa irá ganando poco a poco terreno en la discusión sobre el dolo.

Un ejemplo de la vida cotidiana presentado por GRECO ilustra la diferencia entre las teorías psicológicas y las teorías normativas. Se trata del caso de un universitario que no estudió y, en la víspera del examen, salió de fiesta, bebió y no durmió. Llegó directo de la discoteca a rendir la prueba, la cual suspendió. El estudiante sinceramente lamenta lo sucedido y señala: “mi intención no era suspender”. Sin embargo, un amigo honesto le responde: “no reclames, tu quisiste ser reprobado”. Mientras que el alumno universitario utiliza el término intención en sentido psicológico descriptivo, su amigo lo hace en sentido atributivo normativo⁶⁵⁷.

Según PÉREZ MANZANO, existen también teorías mixtas, para las que:

“La afirmación de la esencia normativa del dolo no implica la exclusión de todo aspecto fáctico-psicológico en su composición, (...) puesto que existiría una realidad psicológica, sometida al estatuto de lo fáctico, a la que habría que referirse de forma descriptiva, aunque fuera de forma aproximativa”⁶⁵⁸.

En mi opinión, más que teorías mixtas lo que existe es un proceso de normativización de los enfoques, en los cuales el grado de normativización puede ser distinto, de acuerdo a dos factores. Por un lado, según se considere que los elementos ontológicos operan o no algún tipo de influencia en la decisión normativa de imputación del dolo. Por otro lado, según se mantenga o no la distinción entre elementos subjetivos y objetivos del delito (proceso de objetivización del dolo). La cuestión a resolver es entonces hasta qué extremo puede y debe llegarse en dicho proceso de normativización.

Como apunta RAGUÉS I VALLÈS, “en pocos ámbitos de discusión sobre los diversos elementos de la estructura del delito puede hallarse un número tan

⁶⁵⁶ HASSEMER, “Los elementos característicos del dolo”, en *ADPCP*, t. XLIII, Fascículo III, septiembre-diciembre 1990, p. 915.

⁶⁵⁷ GRECO, “Dolo Sem Vontade”, en SILVA DIAS (coord.), *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito*, Almedina, 2009, p. 887.

⁶⁵⁸ PÉREZ MANZANO, “Dificultad de la prueba de lo psicológico y naturaleza normativa del dolo”, p. 1456. En similar sentido, LAURENZO, *Dolo y conocimiento*, p. 213, propone que “una aplicación adecuada del enfoque normativo no implica sustitución alguna del contenido óntico de la conducta humana por meros juicio de valor, sino sólo la selección de determinados aspectos de ese contexto ontológico tomando como punto de referencia las normas y los fines del Derecho penal”.

elevado de opiniones aparentemente discrepantes como en el que se refiere al concepto de dolo”⁶⁵⁹. Ello ha ocurrido sobre todo en la ciencia jurídica penal continental, que es aquella que sigue la tradición romana y adopta la codificación como fuente principal de Derecho. En mi opinión, más allá de la específica perspectiva de cada autor y de singularidades de orden básicamente terminológico, podemos sintetizar las opiniones en torno a tres preguntas que, a lo largo de los siglos, la dogmática penal –con matices distintos- ha intentado responder:

- 1) ¿Qué es el dolo? o, dicho de otro modo, ¿qué contiene el dolo?
- 2) ¿Cómo se delimita el dolo de la imprudencia? Dicho de otro modo, ¿qué contiene el dolo que lo diferencia de la imprudencia?
- 3) ¿Cómo se determina el dolo en un caso concreto?

Las preguntas 1) y 2) están íntimamente vinculadas y se refieren al primer nivel de análisis, el **nivel conceptual**. Ambas interrogantes atienden a aspectos conceptuales y apuntan a establecer cuáles son los elementos que conforman la conducta dolosa y que, en consecuencia, permiten distinguirla de la conducta imprudente. La pregunta 3), por su parte, se refiere al segundo nivel de análisis, el **nivel aplicativo** o de determinación del dolo en el caso específico. La respuesta (o incluso la falta de respuesta) a la pregunta 3) determina necesariamente las respuestas a las dos primeras preguntas. Así, una visión tradicional del problema del dolo que asuma un enfoque estrictamente psicológico de determinación del mismo preferirá centrarse en dar respuesta a las dos primeras preguntas, dejando un vacío acerca de los aspectos de determinación en el caso del dolo. Por el contrario, un enfoque normativo de determinación del dolo centrará sus esfuerzos en dar respuesta a la pregunta 3) y, de dicha respuesta, dependerá lo que se diga con relación a las preguntas 1) y 2). Este esquema demuestra nuevamente que ambos niveles de análisis, el de contenido y el de determinación del dolo, se encuentran íntimamente vinculados y son interdependientes.

La secuencia histórica que presento en el siguiente apartado ratifica que ambos niveles de análisis no deben ni pueden estar desvinculados. Al contrario, ambos deben ser tenidos en cuenta al momento de abordar el problema del dolo. La formulación del concepto y contenido de dolo, así como la posibilidad (o no) de diferenciarlo de la imprudencia, dependerán del enfoque de determinación que se asuma. Al respecto, creo oportuno citar a PUPPE⁶⁶⁰, quien nos demuestra que el significado de un concepto varía según el nivel de análisis que se asuma. Así es el caso del concepto “voluntad” (término con el que siempre el dolo ha sido vinculado), que puede tener dos significados totalmente distintos: un significado

⁶⁵⁹ RAGUÉS I VALLES, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 25.

⁶⁶⁰ PUPPE, *La distinción entre dolo e imprudencia*, pp. 53 y ss.

de carácter descriptivo-psicológico y un significado de carácter de imputación normativa. En el primer sentido, la expresión “el autor quiso el resultado” significa que lo buscó a propósito, que actuó tendiendo a ese fin, sea porque le era deseable o porque lo empleó como medio para otros fines deseados. En el segundo sentido, la expresión “el autor quiso el resultado” significa que, para eximirse, no puede invocar que no lo quiso en el sentido psicológico. El dolo se entiende como la decisión del autor a favor del resultado, citando PUPPE el ejemplo del dolo de segundo grado.

La singularidad de la secuencia histórica de mi tesis consiste en que no presenta las teorías acerca del dolo de forma cronológica, sino más bien atendiendo al cruce de ambos niveles de análisis (que son también planos de valoración) y a cuatro posibles combinaciones que de ello se derivan:

- 1) Teorías con un **enfoque psicológico volitivo**, que, para afirmar el dolo, exigen probar la efectiva existencia de los elementos cognitivo y volitivo en la mente del autor. Las teorías que agrupo en torno a este enfoque reúnen dos características básicas:
 - A **nivel conceptual**, para estas teorías, la conducta dolosa implica una relación subjetiva del autor con el resultado típico del delito. Es concebida como una conducta intencional para producir un resultado típico. Con relación a este punto, se produce una evolución desde una concepción estricta de dolo limitado a la intencionalidad directa de producir el resultado a una concepción relativa de dolo que admite la figura del dolo eventual, que defiende una relación subjetiva del autor con el resultado, aun cuando este no fuera perseguido intencionalmente⁶⁶¹.
 - A **nivel aplicativo**, el dolo es un elemento interno, una actitud del sujeto activo frente al delito, que debe ser probada en el proceso.
- 2) Teorías con un **enfoque psicológico cognitivo**, que únicamente exigen probar la efectiva existencia de un elemento cognitivo en la conducta dolosa. Las teorías que agrupo en torno a este enfoque también reúnen dos características básicas:
 - A **nivel conceptual**, la intencionalidad de producir el resultado no juega un rol relevante, sino más bien el nivel de representación (subjetiva) que tiene el autor frente a la probabilidad de producir el

⁶⁶¹ BINDING, *La culpabilidad en Derecho penal*, p. 56 y pp. 138-139, sostiene que lo mejor sería abandonar la expresión *dolus eventualis* y hablar sólo de dolo en casos de duda, concluyendo que las “antijuridicidades cuya causación era dudosa para el autor en el momento de su acción” se le deben imputar a título de dolo.

resultado. Con relación a este punto, veremos que se produce una evolución hacia una concepción objetiva de la probabilidad, en la que lo importante ya no es el nivel de representación subjetiva del autor, sino la característica objetiva de aquello que se representa (el peligro).

- A **nivel aplicativo**, al igual que las teorías anteriores, conciben al dolo como un elemento interno, una actitud del sujeto frente al delito, que debe ser probada en el proceso.
- 3) Teorías con un **enfoque normativo volitivo**, las cuales no pretenden probar la efectiva concurrencia de los elementos del dolo, sino establecer criterios para imputar al sujeto el conocimiento y voluntad de realizar el tipo penal. Las teorías que agrupo en torno a este enfoque reúnen dos características básicas:

- A **nivel conceptual**, conciben a la conducta dolosa como aquella que se realiza con conocimiento y voluntad.
- A **nivel aplicativo**, el dolo es un juicio normativo de atribución que se realiza a partir de indicadores externos de la conducta del sujeto activo del delito. Este juicio normativo viene determinado por los fines del Derecho penal, en el marco de una concepción funcionalista.

En el juicio normativo de imputación, no es suficiente la valoración del plano cognitivo de la conducta dolosa, sino que debe atenderse también la decisión en contra del Derecho del sujeto activo del delito (elemento volitivo del dolo).

- 4) Teorías con un **enfoque normativo cognitivo**, las cuales se limitan a elaborar criterios de atribución del conocimiento para calificar la conducta como dolosa. Las teorías que agrupo en torno a este enfoque reúnen dos características básicas:

- A **nivel conceptual**, estas teorías entienden que el elemento volitivo del dolo es un componente de menor rango que el elemento cognitivo. Plantean así que, cuando alguien realiza un hecho siendo consciente de tal realización y de sus circunstancias relevantes, no puede sostener que no quiso realizarlo. En consecuencia, si existen elementos para imputar el conocimiento, resulta ya innecesario imputar una determinada voluntad o intencionalidad.
- A **nivel aplicativo**, al igual que para las teorías anteriores, el dolo es un juicio normativo de imputación que se realiza a partir de indicadores externos de la conducta del sujeto activo del delito. Este juicio

normativo también viene determinado por los fines del Derecho penal, en el marco de una concepción funcionalista.

En el juicio normativo de imputación, resulta suficiente con atender a los indicadores objetivos del conocimiento en la conducta dolosa, siendo irrelevante la actitud o voluntad del sujeto activo del delito.

Con relación a este último enfoque, debo añadir que, en las últimas décadas, hemos asistido a un proceso más acentuado de intensificación del grado de normativización de las teorías cognitivas del dolo, llegando al extremo de encontrar planteamientos que van más allá de los postulados iniciales y cuestionan la división objetiva-subjetiva del delito, que consideran al dolo desde la perspectiva del tipo objetivo o que, incluso, consideran innecesaria la institución del dolo en la sistemática del delito. Esto será materia de desarrollo más adelante.

Como se podrá observar a continuación, estos cuatro grupos de teorías no constituyen necesariamente bloques sólidos y cerrados. Por el contrario, he intentado agrupar las más importantes propuestas de la dogmática penal continental en torno a la vinculación de los dos criterios o niveles de análisis que me interesa destacar para los fines de esta investigación. El siguiente cuadro ilustra la clasificación que propongo en la presente tesis:

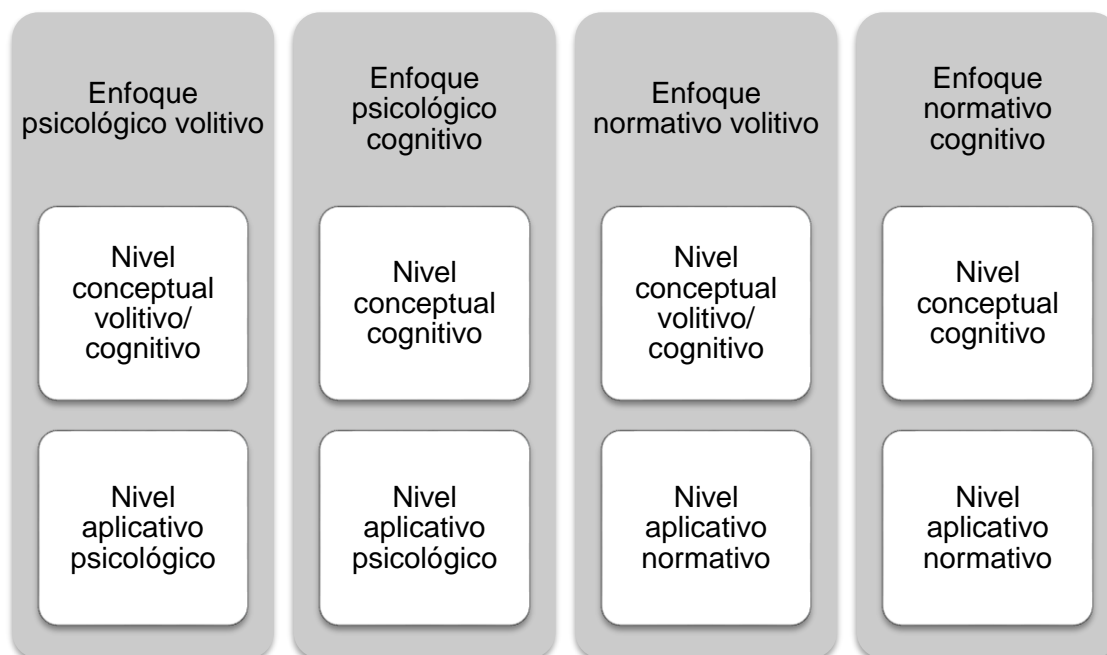


Figura 2.1 Clasificación de enfoques del dolo según niveles de análisis

Antes de desarrollar cada uno de dichos enfoques y la discusión más reciente acerca del dolo, creo importante hacer mención a cinco antecedentes que, a mi criterio, deben ser tomados en cuenta a fin de comprender la discusión actual acerca del dolo. Tales antecedentes son la existencia de elementos subjetivos en el Derecho arcaico de Mesopotamia; el concepto de conducta voluntaria en la filosofía de Aristóteles; el surgimiento del concepto de dolo en Roma y, en particular, la elaboración de la figura del *dolus ex re*; la teoría escolástica del dolo indirecto en el contexto de transición de la Edad Media a la Edad Moderna; y el desarrollo de presunciones de dolo en los inicios del periodo clásico del Derecho penal (FEUERBACH). Dicha revisión permitirá constatar que, en todo momento histórico, de distintas formas se ha intentado dar respuesta a la pregunta de qué es el dolo o, dicho de otra forma, qué elementos subjetivos debe reunir la conducta humana para ser pasible de responsabilidad penal. Ahora bien, la revisión histórica también permitirá verificar que la discusión no se ha limitado a aspectos conceptuales del dolo, sino que desde Roma ha trascendido a la pregunta de cómo aplicar el concepto postulado en un proceso judicial. Prueba de esto último es que, en la propia discusión conceptual, se ha visto la necesidad de elaborar conceptos intermedios -dolo indirecto, dolo eventual, etc.- y recurrir a sucedáneos de la voluntad -consentimiento, juicio de probabilidad, etc.-, que han pretendido operar como alternativas a problemas no meramente conceptuales, sino aplicativos acerca de cómo acreditar el dolo en un caso concreto.

3. Antecedentes

La mayor parte de la discusión acerca del problema del dolo se centra en las teorías del denominado periodo clásico del Derecho penal, que se remonta a inicios del siglo XIX. Ahora bien, siguiendo a WIGMORE⁶⁶², parto de la idea de que ninguna concepción puede entenderse excepto a través de su historia. Específicamente en el campo del Derecho penal, comparto además la idea de CHERRY, en el sentido de que es notable la gran similitud que existe en las instituciones tempranas del Derecho penal de distintos orígenes⁶⁶³. Por ello, el objetivo de la presente sección es exponer algunos antecedentes que se remontan casi tres milenios atrás y hacen referencia al Derecho penal de la Edad Antigua, la Edad Media y la Edad Moderna. El siguiente cuadro ilustra los antecedentes que serán abordados:

⁶⁶² WIGMORE, "Responsibility for Tortious Acts: Its History", en *Select Essays in anglo-american legal history by various authors, compiled and edited by a committee of the Association of American Law Schools*, vol. III, Cambridge at the University Press, 1909, p. 474.

⁶⁶³ CHERRY, *Lectures on the Growth of Criminal Law in ancient communities*, London Macmillan and Co. and New York, 1890.

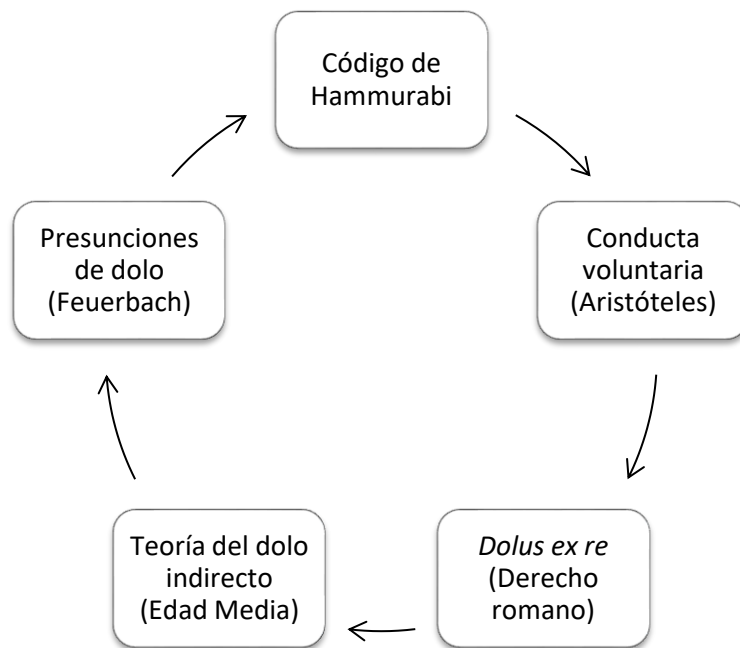


Figura 2.2 Antecedentes de las teorías contemporáneas del dolo

De dicha revisión, se constata la primacía durante dichas épocas del concepto de dolo vinculado al estado mental de la intención de producir un resultado típico. Sin embargo, se verá que desde hace mucho tiempo han surgido voces críticas que entienden que un concepto tan restringido de dolo no es de recibo.

3.1. Elementos subjetivos del delito en el Código de Hammurabi

MOHAMED ELEWA BADAR, en un extenso estudio comparado sobre el concepto de tipo subjetivo en el Derecho penal internacional, constata que, con el desarrollo del Estado, la responsabilidad penal objetiva dejó de ser la regla⁶⁶⁴. Es lo que precisamente ocurrió con los babilonios a partir del año 2270 a.C., en quienes surgió la preocupación sobre los aspectos subjetivos de la responsabilidad. Dicha preocupación dio lugar más adelante a la elaboración del Código de Hammurabi, que fue un conjunto de leyes de Mesopotamia, que data del siglo XVIII a.C. y que fue plasmado en una estela de piedra por el Rey de Babilonia, Hammurabi. El Código contenía 282 leyes, que establecían reglas de conducta y sanciones, cuya finalidad fue homogeneizar jurídicamente el reino⁶⁶⁵. Si bien el Código no efectuaba una distinción entre ramas del Derecho, varias de sus leyes estaban dedicadas al Derecho penal. De la lectura de estas últimas, puedo afirmar que se trataba de normas escritas y públicas, que describían las conductas que trasgredían la ley así como las sanciones que su comisión implicaba, las que iban desde penas pecuniarias, pasando por castigos físicos,

⁶⁶⁴ MOHAMED ELEWA BADAR, *The Concept of Mens Rea in International Criminal Law: The Case for a Unified Approach*, Hart Publishing, 2013, p. 15.

⁶⁶⁵ Disponible en: <http://www.historiaclasica.com/2007/05/el-codigo-de-hammurabi.html> [consulta: 19 de septiembre de 2016].

hasta la pena de muerte. Asimismo, se trataba de normas penales que distinguían las categorías de víctima y agresor, según se tratase de hombres libres o de esclavos.

La aplicación de la “ley del talión” es quizás el elemento más conocido del Código de Hammurabi. En efecto, existían en él una serie de leyes que establecían una sanción homogénea al delito cometido (“ojo por ojo”, “hueso por hueso”, “diente por diente”). Era el caso de la ley 196, que establecía como pena vaciar el ojo del hombre libre que vació el ojo de otro hombre libre; la ley 197, que disponía la sanción de quebrar un hueso al hombre que había quebrado el hueso de otro hombre; y la ley 200, que ordenaba arrancar el diente del hombre que había arrancado el diente a otro⁶⁶⁶. Un ejemplo más de la aplicación de la ley del talión se encontraba en la sanción prevista para el constructor que edificaba de forma impropia una casa, cuyo derrumbe mataba al propietario o al hijo del propietario. En el primer caso, la sanción era la pena de muerte para el constructor, mientras que en el segundo caso la sanción era la pena de muerte para el hijo del constructor. Así lo establecían las leyes 229 y 230.

Ahora bien, el Código de Hammurabi no se limitaba a establecer normas basadas en la “ley del talión”, sino que preveía otro tipo de sanciones, como las penas pecuniarias. Así, por citar dos ejemplos, la ley 203 sancionaba al hijo de un hombre libre que había abofeteado al hijo de otro hombre libre al pago de una mina de plata, mientras que la ley 209 sancionaba al hombre libre que había golpeado a la hija de un hombre libre y la había hecho abortar, a pagar diez siclos de plata por lo perdido.

Si bien de la lectura de las 282 leyes que contenía el Código de Hammurabi no encontramos una mención expresa al dolo, sí existen regulaciones en torno a elementos subjetivos del delito, que son relevantes para la *teoría de las condiciones para el conocimiento*, ya que indican que hace casi tres milenios la responsabilidad penal podía ser graduada según el nivel de culpabilidad del autor, aunque no se hiciera explícita referencia al mismo.

- El primer elemento es la valoración del juramento del acusado de no haber actuado con conocimiento de causa y, por ende, intencionalmente, caso en el cual el Código de Hammurabi permitía la aplicación de una pena pecuniaria. Así, la ley 206 disponía que “si, durante una riña, un hombre golpea a otro y lo hiere, entonces el primer hombre deberá jurar, “yo no lo he herido a sabiendas” y pagará la atención del médico”.

⁶⁶⁶ Las normas citadas en este y en los párrafos que siguen se encuentran traducidas al inglés y disponibles en: <http://avalon.law.yale.edu/sire.ub.edu/ancient/hamframe.asp> [consulta: 20 de septiembre de 2016].

- El segundo elemento es la mención a conductas imprudentes como infracciones sancionadas por el Código de Hammurabi. Es el caso de la ley 267 que establecía que, si el pastor “pasaba por alto algo”, y un accidente ocurría en el establo, entonces el pastor estaba en falta por el accidente que había causado en el establo, y él debía compensar al dueño por el ganado u oveja.

El Código de Hammurabi constituyó entonces un primer y lejano antecedente de la valoración de los elementos subjetivos de la conducta de quien infringía una norma del Estado.

3.2. Aristóteles y el concepto de conducta voluntaria

Según explica GÓMEZ ROYO, en el siglo VII a.C., en Atenas se formuló un documento legislativo que sintetizaba la antigua praxis consuetudinaria vigente, otorgaba al Estado la competencia para sancionar al que cometía un homicidio y valoraba “la intención del agens, al diferenciar entre homicidio voluntario y no-voluntario”⁶⁶⁷. En esa línea, BADAR sostiene que el Código atribuido a Draco reflejaba con claridad:

“(…) el marco puramente legal de los griegos en el reconocimiento de diferentes grados de homicidio relacionados al estado mental del autor. Estos grados distinguían entre homicidio premeditado, homicidio involuntario en una competencia atlética, homicidio bajo provocación y homicidio en legítima defensa”⁶⁶⁸.

Sin embargo, fue realmente ARISTÓTELES quien, más adelante, fijó principios fundamentales en lo que se refería a la valoración de la conducta voluntaria. BADAR resume el postulado de ARISTÓTELES en el principio de que no debe existir castigo si la ignorancia inocente ha sido la causa del actuar, siempre y cuando la ignorancia no haya sido provocada por una conducta previa del propio autor⁶⁶⁹.

En la “Ética para Nicómaco” y específicamente en el libro III, que trata acerca de la responsabilidad moral y las virtudes, ARISTÓTELES hacía referencia a la voluntariedad de las acciones como presupuesto de la responsabilidad y concluía:

“(…) las acciones, cuyos principios están en nosotros, también dependerán ellas de nosotros y serán voluntarias. Y en favor de esto parecemos testificar cada uno de nosotros en particular y también los propios legisladores: en efecto, éstos castigan y exigen reparación a cuantos cometen malas acciones (si es que no lo hacen a la fuerza o por

⁶⁶⁷ GÓMEZ ROYO, “Reflexiones sobre el dolo en Grecia y Roma”, pp. 802-803.

⁶⁶⁸ MOHAMED ELEWA BADAR, *The Concept of Mens Rea in International Criminal Law: ...*, p. 16.

⁶⁶⁹ MOHAMED ELEWA BADAR, *The Concept of Mens Rea in International Criminal Law: ...*, p. 16.

una ignorancia de la que no son ellos culpables), mientras que a quienes realizan buenas acciones les conceden honores”⁶⁷⁰.

A fin de llegar a tal afirmación, ARISTÓTELES formuló los siguientes principios⁶⁷¹:

- 1) Una acción es involuntaria si se produce a la fuerza o por ignorancia. Es forzoso aquello cuyo inicio es externo y en lo cual no colabora el sujeto agente o paciente.
- 2) La acción involuntaria, que es aquella que implica aflicción, es diferente a la acción no-voluntaria, que es aquella en la que únicamente existe ignorancia. Al respecto, explicaba el filósofo griego:

“(…) todo lo que se produce por ignorancia es no-voluntario, pero es involuntario lo que se da con aflicción y con arrepentimiento. En efecto, el que ha realizado cualquier acción por ignorancia, sin que sienta disgusto por su acción, no la ha realizado voluntariamente ya que, desde luego, no era consciente, pero tampoco, involuntariamente, ya que ciertamente no siente disgusto”⁶⁷².

- 3) Únicamente la ignorancia de las circunstancias en las que se produce la acción exime de responsabilidad. Por ende, la ignorancia no implica necesariamente ausencia de responsabilidad:

“(…) la calificación de “involuntario” no suele aplicarse cuando alguien ignora lo que le conviene, pues no es la ignorancia que se da en la elección la responsable del acto involuntario (sino del vicio), ni la ignorancia en general (pues los hombres reciben reproches por ésta, desde luego), sino la que se refiere a los casos particulares, es decir, la ignorancia de las circunstancias en las que se produce la acción y en relación con las cosas en que se produce. Porque en éstos hay compasión y perdón, ya que quien obra ignorando alguna de estas circunstancias lo hace involuntariamente”⁶⁷³.

Como prueba de sus afirmaciones, citaba ARISTÓTELES aquellas leyes que castigaban por el propio hecho de ignorar.

⁶⁷⁰ ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco* (introducción, traducción y notas de José Luis Calvo Martínez), 1ª ed., Alianza Editorial, 2001, p. 106.

⁶⁷¹ ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, pp. 94 y ss., quien además precisa que “los actos que en sí mismos son involuntarios, aunque elegidos en un momento dado y por una razón dada –y el inicio está en el agente–, son involuntarios en sí mismos sí, pero en ese momento dado y a cambio de esa cosa dada son voluntarios y se parecen más a los voluntarios. Y es que las acciones se dan en lo particular y estos actos particulares son voluntarios”.

⁶⁷² ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, pp. 96-97.

⁶⁷³ ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, pp. 97 y 106-107.

- 4) La elección, que es lo que dirige nuestra acción, es distinta al deseo. En esa línea, ARISTÓTELES proponía que el deseo tiene que ver con el fin, mientras que la elección lo es de aquello que conduce al fin. Citaba entonces el ejemplo de que los seres humanos tenemos deseo de estar sanos, pero elegimos aquello por lo que sanamos⁶⁷⁴.
- 5) La elección lo es de algo voluntario, aunque no todo lo voluntario es objeto de elección. Se trata entonces de algo que se ha deliberado previamente. ARISTÓTELES se preguntaba entonces si los hombres deliberan acerca de todo y si todo es objeto de deliberación. Respondía indicando que deliberamos acerca de las cosas que dependen de nosotros y son realizables, pero no deliberamos acerca de todas las cosas humanas. No hay deliberación sobre las ciencias exactas y autosuficientes, pero sí sobre todas aquellas cosas que se producen por agencia nuestra y no siempre de la misma manera. Entonces la deliberación “se da en aquellas cosas que suceden por lo general, pero que es incierto cómo van a resultar y en aquellas en las que es indefinido el resultado”⁶⁷⁵.

A partir de dichas premisas, construyó ARISTÓTELES la siguiente argumentación:

“El hombre es el inicio de las acciones, que la voluntad se refiere a las cosas que son realizables por uno mismo, y que las acciones son con vistas a otra cosa. No sería, por tanto, objeto de deliberación el fin, sino lo que conduce a los fines, ni tampoco, claro está, los hechos particulares (...). El objeto de la deliberación y el de la elección son el mismo, sólo que ya ha sido determinado previamente lo que se elige, puesto que aquello que se elige es lo que ha sido seleccionado como consecuencia de la deliberación. (...) Como el fin es objeto del deseo y, en cambio, las cosas que conducen al fin son objeto de deliberación y elección, las acciones referentes a éstos se dan conforme a elección y son voluntarias. Y las actividades de las virtudes se dan en éstas; por consiguiente, también la virtud depende de nosotros; e igualmente el vicio. En efecto, en lo que depende de nosotros el actuar, también depende el no actuar, y en lo que hay un no, también hay un sí. De tal manera que, si depende de nosotros el obrar cuando es bueno, también dependerá de nosotros el no obrar cuando es malo. Y si el no obrar, cuando es bueno, depende de nosotros, también depende de nosotros el obrar cuando es malo. Y si depende de nosotros realizar buenas y malas acciones, e igualmente el no realizarlas (y esto era el ser buenos o malos), entonces dependerá de nosotros el ser virtuosos o viciosos”⁶⁷⁶.

Según HRUSCHKA, la obra de ARISTÓTELES y su recepción en la Edad Media y en la Edad Moderna son la fuente de la actual concepción de dolo como “conocer y

⁶⁷⁴ ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, p. 100.

⁶⁷⁵ ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, pp. 102-103.

⁶⁷⁶ ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, pp. 103-106.

querer la realización de un tipo delictivo”, aunque será recién con KANT que el concepto de *dolus malus* se diluye y la conciencia de la antijuridicidad se desprende del concepto de dolo⁶⁷⁷.

3.3. El concepto de dolo en las distintas etapas del Derecho romano

Si bien no puedo afirmar que el origen del elemento subjetivo del delito se produce en Roma, lo cierto es que el antecedente directo de un concepto de dolo podría encontrarse en el Derecho romano tardío, en el que se plantea un concepto restringido de dolo, que lo limitaba a las conductas de intención directa. Al respecto, JESCHECK y WEIGEND sostienen que, a diferencia del Derecho común, que conservó la idea de la responsabilidad por el resultado, “el concepto de dolo se remonta al Derecho romano tardío y fue una de sus grandes aportaciones”⁶⁷⁸. Por su parte, MEZGER entiende que, en el Derecho romano, el dolo como voluntad contraria a la ley constituyó “la base de la culpabilidad y de la pena”⁶⁷⁹.

Según JIMÉNEZ DE ASÚA, en las sociedades arcaicas de Grecia y Roma primó la responsabilidad objetiva⁶⁸⁰. Era entonces irrelevante el elemento intencional del delito. No existía una autoridad que pudiera valorarlo ya que primaba la venganza privada, en la que la ira del ofendido –ímpetus- se generaba a partir del mal padecido⁶⁸¹.

El origen de Roma, simbolizado en la victoria de Rómulo frente a Remo el año 753 a.C., dio lugar a dos siglos de Monarquía. Fueron tiempos de conflictos, estableciéndose finalmente una ciudad conformada por pobladores latinos, sabinos y etruscos. En dicho periodo, habría sido Anco Marcio, cuarto monarca, el fundador de la primera cárcel romana⁶⁸². Sin embargo, tiempo antes, Numa Polpilius, segundo rey de Roma, habría escrito ya que, si alguien mataba un hombre libre con conocimiento y con intención maligna, debía ser considerado homicida. En cambio, si el homicidio había sido accidental, el autor estaba únicamente obligado a compensar a la familia de la víctima mediante el pago de un carnero⁶⁸³.

⁶⁷⁷ HRUSCHKA, “¿Realmente es “limitada” la teoría “imitada” de la culpabilidad?”, en *Imputación y Derecho penal...*, pp. 158-159.

⁶⁷⁸ JESCHECK, WEIGEND, *Tratado de Derecho penal, Parte General*, p. 313.

⁶⁷⁹ MEZGER, *Tratado de Derecho penal* (traducción de la 2ª edición alemana de 1933 y notas de Derecho español por RODRÍGUEZ MUÑOZ, J.A.), t. II, Madrid, 1949, p. 89.

⁶⁸⁰ JIMÉNEZ DE ASÚA, *Principios de Derecho penal. La ley y el delito*, p. 359, sostiene que “en el Derecho romano de la primera época y en el primitivo Derecho germánico, los castigos se descargaban por el mero resultado, sin tener en cuenta la intención del agente”.

⁶⁸¹ GÓMEZ ROYO, “Reflexiones sobre el dolo en Grecia y Roma”, p. 797.

⁶⁸² Disponible en: <http://www.historia-roma.com/> [consulta: 20 de septiembre de 2016].

⁶⁸³ MOHAMED ELEWA BADAR, *The Concept of Mens Rea in International Criminal Law :...*, p. 18.

El año 509 a.C. se fundó la República, gobernada por los patricios, jefes de familias notables, que eran elegidos por la asamblea de plebeyos para ocupar cargos públicos, el Senado y la magistratura. Durante los cinco siglos de duración de la República, se produjo un proceso de reformas “encaminado a un cierto reconocimiento de los derechos de los plebeyos y a la limitación del poder de los magistrados mediante la consignación escrita y pública de las leyes”⁶⁸⁴. Es en ese contexto que, entre los años 451 y 450 a.C, un conjunto de sabios romanos -los decenviros- designados por el Senado y supuestamente inspirados en la legislación griega de Solón, que consagraba el principio de igualdad ante la ley⁶⁸⁵, realizó una compilación del derecho existente y elaboró la “ley de las doce tablas”, primer conjunto de normas escritas y públicas de Roma, que otorgaron cierta seguridad jurídica a los plebeyos en la medida de que, entre otras cosas, se tipificaban conductas prohibidas y sus correspondientes sanciones.

Según CHERRY, la “ley de las doce tablas” permitía que la víctima de la ofensa sancionara directamente al agresor, salvo que este último estuviera en condiciones de librarse de la venganza a través de una compensación monetaria. Se promovía así en diversos casos el arreglo económico del conflicto, a fin de prevenir el desorden⁶⁸⁶. Si bien los textos originales de la “ley de las doce tablas” fueron destruidos por el saqueo de los galos ocurrido en Roma hacia el año 390 d.C., con posterioridad se ha intentado reconstruir el contenido de estas normas. En el siglo XIX en España, el profesor ANTEQUERA publicó una serie de ediciones de su libro de historia de la legislación romana, en cuyos apéndices incluyó la reconstrucción del texto de la “ley de las doce tablas” traducido al español⁶⁸⁷. A los efectos de la presente tesis, me interesa revisar la tabla dedicada a los delitos, que, según ANTEQUERA, rezaba lo siguiente (la transcripción es textual):

1. “Si algún animal causase daño en campo ageno, su dueño resarcirá al propietario, ó dará el mismo animal en noxa, si prefiriese hacerlo así.
2. Si alguno con determinada intención causa daño...
3. Pero si fuese por casualidad, bastará que lo repare, ó satisfaga su importe.

⁶⁸⁴ RUIZ CASTELLANOS (ed.), *Ley de las doce tablas*, Ediciones Clásicas, 1992. Disponible en: <http://search.proquest.com.sire.ub.edu/docview/1300478910?accountid=15293> [consulta: 03 de marzo de 2017].

⁶⁸⁵ Disponible en: <http://www.derechoromano.es/2015/06/ley-xii-tablas.html> [consulta: 03 de marzo de 2017]. Sin embargo, ORTOLAN, *The History of Roman Law, from the text of Ortolan's "Histoire de la Législation romaine et généralisation du droit"* (ed. 1870) (trad. T. PRICHARD y D. NASMITH), Londres, 1871, p. 98, sostiene que no existe evidencia clara acerca de si realmente existió una comisión de patricios que viajaron a Grecia a tomar conocimiento de sus leyes. En todo caso, si bien la “ley de las doce tablas” tuvo alguna influencia de la normativa griega, lo cierto es que según ORTOLAN la base del Derecho civil romano es original y tiene sus características propias.

⁶⁸⁶ CHERRY, *Lectures on the Growth of Criminal Law in ancient communities*, p. 61.

⁶⁸⁷ La traducción al inglés del texto original y completo de la “ley de las doce tablas” presentada por ORTOLAN se encuentra en: ORTOLAN, *The History of Roman Law...*, pp. 99 y ss.

4. El que por medio de encantamientos ó sortilegios hiciese...
5. El que cortase la plantas industriales ó producidas por el cultivo, será ahorcado, ofreciéndole en sacrificio a la Diosa Ceres.
6. Si fuera impúbero, será azotado a arbitrio del Pretor, y resarcirá el duplo del daño causado.
7. El que entrase apacentar ganados en campo ageno
8. El que quemase de intento la casa de labor o los montones de trigo puestos junto a ella, será azotado y quemado; si le hubiese acaecido sin intención y por caso fortuito, solo estará obligado a resarcir el daño; y si además fuese insolvente, se le impondrá otra pena menor.
9. Si alguno infiriese a otro injuria leve de hecho o de palabra, le pagará veinte y cinco ases.
10. Si alguno difamase á otro públicamente ó escribiese algún libelo infamatorio contra su opinión será azotado.
11. Si alguno rompiese a otro algún miembro, queda sujeto a la pena del talión, a no ser que pactasen otra cosa el ofensor y el ofendido.
12. El que rompiese un diente a un hombre libre, le pagará trescientos ases; y si fuese a un esclavo, ciento y cincuenta.
13. El que siendo llamado sirviese de testigo ó de libripende en algún acto, y después no quisiere prestar en juicio el testimonio que de aquel acto se le pida, quedará declarado infame, y no podrá nunca servir de testigo, ni exigir de nadie que le sirva de tal en asuntos suyos.
14. Si alguno diese falso testimonio, será arrojado de la roca Tarpeya.
15. Si alguno matare a sabiendas y con dañada intención a un hombre libre, será declarado reo de crimen capital.
16. El que trastornase o matare a otro por medio de sortilegios y encantamientos, o hiciese o le propinase veneno, será castigado como el parricida.
17. El que mate a su padre será arrojado al agua con la cabeza envuelta y metida en un cuero.
18. Si el autor procede con dolo en el manejo de la tutela, cualquiera podrá acusarlo de sospechoso; y concluido el tiempo de ella, y en efecto hubiese defraudado los...
19. Si el patrono defraudase los intereses del cliente que se hubiese puesto bajo su protección, será condenado como infame á la execración pública, y a cualquiera será lícito matarlo”⁶⁸⁸.

A partir de la lectura de dicho texto, puedo confirmar que el elemento subjetivo del delito se encontraba presente en la “ley de las doce tablas”. La falta de intencionalidad (“por casualidad”, “sin intención y por caso fortuito”) implicaba entonces el reemplazo de la sanción penal por la necesidad de resarcir el daño,

⁶⁸⁸ Los subrayados son nuestros. Fuente: ANTEQUERA, *Historia de la Legislación Romana desde los tiempos más remotos hasta nuestros días*, 3ª ed., P. Infante, 1874, pp. 278-280. Con relación a la pena del talión, cabe anotar que esta perdería vigencia con el desarrollo del Imperio Romano. Así, por ejemplo en el Título IV del Libro IV de las “Instituta” de Justiniano, se dispuso: “(...) 7. La pena de las injurias, según la ley de las Doce Tablas, era la del Talión; (...). Pero posteriormente permitieron los pretores a los que habían recibido la injuria que hiciesen ellos mismos la apreciación de ella, a fin de que el juez condenase a culpable a pagar toda la suma que pedía el ofendido, o menos cantidad si le parecía conveniente”. Al respecto, ver JUSTINIANO, *Instituciones*, Cultural Cuzco, 2002, p. 252.

mientras que la existencia de una conducta dolosa o el intento de su realización (“de intento”, “a sabiendas”, “con dañada intención”) implicaban la aplicación de una pena (azotes, quema, muerte)⁶⁸⁹. GÓMEZ ROYO analiza la norma y entiende que existen situaciones fácticas en las que no tenía importancia el elemento volitivo del *agens*, pero había otras en las que la inexistencia del elemento subjetivo entendido como “voluntad de dañar” permitía la expiación ante las divinidades⁶⁹⁰.

En el año 149 a.C. se promulgó la *Lex Calpurnia de Repetundis*, norma que estableció en Roma el primer tribunal criminal permanente (“*Quaestio Perpetua*”), cuyo objetivo era sancionar la indebida apropiación de fondos públicos por parte de los gobernadores provinciales. Siete décadas más tarde, bajo la dictadura de Lucius Cornelius Sulla Felix, fueron emitidas las “*Leges Corneliae*” que establecieron al menos siete tribunales más para sancionar la traición, las injurias personales, el homicidio, el robo, el fraude, la malversación y el adulterio⁶⁹¹. Algunos autores consideran que el cuerpo de ordenanzas de Sulla podría ser caracterizado como la primera codificación posterior a la “ley de las doce tablas” y como la primera codificación penal romana⁶⁹². En el caso de la norma sobre homicidio, se hacía referencia explícita al elemento subjetivo del delito cuando se señalaba que el que mataba a un hombre podía ser absuelto si no había sido su intención matar⁶⁹³. En el año 80 a.C., en su obra “*De inventione*”, Cicerón estudió la “ley de las doce tablas” y sostuvo que “en todas las cosas la intención (*voluntas*) debe ser considerada”⁶⁹⁴.

⁶⁸⁹ BINDING, *La culpabilidad en Derecho penal*, p. 14, anota que, si bien en las doce tablas aún no se encuentra traza de la imprudencia, la figura de la *culpa levis*, que se diferenció de la *culpa magna o lata*, fue descubierta por los romanos y aparece en la *interpretatio* de la *lex Aquilia*.

⁶⁹⁰ GÓMEZ ROYO, “Reflexiones sobre el dolo en Grecia y Roma”, p. 808.

⁶⁹¹ CHERRY, *Lectures on the Growth of Criminal Law in ancient communities*, pp. 57 y 74.

⁶⁹² CHERRY, *Lectures on the Growth of Criminal Law in ancient communities*, p. 74, quien citaba a MOMMSEN y sostenía que la legislación romana de la República ponía en evidencia algunos elementos que permitirían distinguir la tradición jurídica occidental de la anglosajona. Según este autor, el desarrollo del Derecho civil en Roma había sido muy rápido, sobre todo si se comparaba con la lenta construcción de su jurisprudencia criminal. La causa de ello residiría en tres razones: la forma de gobierno, el carácter esencialmente no religioso del pueblo romano y la existencia de esclavitud en Roma. Así, con un gobierno monárquico en Reino Unido, la noción de afectación al Estado a través de la afectación a un individuo (“*injury to the State through an injury to an individual*”) conllevaba que el monarca estuviera en la obligación de sancionar toda falta que se dirigiese contra uno de sus súbditos. Por otro lado, la menor influencia religiosa en el sistema jurídico romano, que distinguía entre pecado y crimen, podría haber generado un desarrollo más lento de un Derecho penal de persecución pública, a lo que se suma el supuesto hecho de que la mayor parte de crímenes eran cometidos por la clase baja de la población, la cual estaba constituida por esclavos a quienes la ley no se dirigía. Estos tres factores habrían generado que la reacción privada frente al delito tuviera mayor influencia durante buen tiempo del periodo romano que el Derecho penal de persecución pública. En: CHERRY, *Lectures on the Growth of Criminal Law in ancient communities*, pp. 75 y ss.

⁶⁹³ CHERRY, *Lectures on the Growth of Criminal Law in ancient communities*, p. 73.

⁶⁹⁴ MOHAMED ELEWA BADAR, *The Concept of Mens Rea in International Criminal Law:...*, p. 18.

La expansión de Roma y las reformas de Cayo Octavio, quien se convertiría posteriormente en el emperador Augusto, dieron lugar al inicio del Imperio Romano en el año 27 d.C., el cual llegó a dominar territorios que iban desde España hasta el Medio Oriente. Luego de una época de oro, se sucedieron tiempos caracterizados por el asedio de los bárbaros y, finalmente, en el año 395 d.C., el emperador Teodosio decidió la división del imperio en dos, uno en occidente prontamente derrotado por las invasiones bárbaras (año 476 d.C.) y otro en oriente, Bizancio.

Entre los años 527 d.C. y 565 d.C., Justiniano gobernó el Imperio Romano de Oriente y llevó a cabo la compilación y codificación del Derecho romano de los siglos anteriores en el “Corpus Iuris Civilis”, que contenía, entre otros libros, las “Institutas” y el “Digesto”⁶⁹⁵. En las “Institutas” de Justiniano⁶⁹⁶ se hacía referencia explícita a los elementos subjetivos del delito. En efecto, el Título I del Libro IV titulado “de las obligaciones que nacen de un delito”, se regulaba el delito de robo y se hacía referencia al conocimiento e intención como elementos subjetivos del mismo:

“Libro IV

Título I: De las obligaciones que nacen de un delito

7. (...) El que toma las cosas a préstamo y las emplea en un uso distinto de aquel para el cual le fueron prestadas, no comete robo si no lo hace sabiendo que es contra la voluntad del propietario, y que éste, si lo supiese, no lo permitiría. Pero si se ha creído cierto del permiso, no hay crimen: distinción muy justa, porque no hay robo sin intención de robar”⁶⁹⁷.
(El subrayado es mío)

Asimismo, en el Título III del Libro IV, referido a la “Ley Aquilia”, se expresaba la necesidad de que mediara dolo o fraude para sancionar la muerte de un esclavo o de un cuadrúpedo:

“14. Es evidente que de la misma manera que no se está obligado, según el primer capítulo, por la muerte del esclavo o del cuadrúpedo, sino en cuanto han sido muertos por dolo o fraude, así en el capítulo tercero está uno obligado por cualquier daño, cuando hay dolo o fraude. (...)”⁶⁹⁸.

El mismo título III del Libro IV distinguía el dolo de la culpa cuando señalaba que “(...) 2. La ley Aquilia no es aplicable a aquel que ha muerto a alguno por acaso, y no habiendo ninguna culpa por su parte; porque de otro modo castigaría la ley

⁶⁹⁵ Una completa descripción y revisión histórica de la normativa de Justiniano en ORTOLAN, *The History of Roman Law...*, pp. 443 y ss.

⁶⁹⁶ JUSTINIANO, *Instituciones*, pp. 235 y ss. Las citas que siguen hacen referencia a esta publicación.

⁶⁹⁷ El subrayado es nuestro.

⁶⁹⁸ El subrayado es nuestro.

Aquilia la culpa no menos que el dolo” y cuando precisa que “(...) 7. La impericia se cuenta también como culpa (...)”.

Por otro lado, en el Título IV del Libro IV, referido a las injurias, se hacía alusión a la culpa como elemento subjetivo y se la distinguía del dolo. Así, señalaba la norma que “injuria, en su acepción general, significa todo acto contra derecho; en un sentido especial quiere decir, ya ultraje (...) ya culpa (...). Otras veces se toma en el sentido de iniquidad e injusticia (...)”, a lo que añadía que estaba obligado por la acción de injurias “(...) no sólo el que ha causado injuria, como, por ejemplo, el que ha dado a otro de golpes, sino también el que lo ha hecho con dolo o ha procurado que se den golpes a alguno”.

GÓMEZ ROYO, citando a JÖRS y KUNKEL, sostiene que la normativa de Justiniano, compilada en el periodo romano tardío, se alejaba de la responsabilidad por daños y valoraba la culpabilidad del autor:

“El itinerario del Derecho romano en materia de responsabilidad por daños va del predominio de la pena al del resarcimiento del daño (...). Como es sabido, la responsabilidad por daños implica que el sujeto a quien se le impute el daño lo haya realmente causado y que sea culpable, porque existe un nexo directo entre el *agens* y el resultado. Obviamente existen dos tipos de culpabilidad, por dolo y culpa, siendo la intencionalidad y voluntariedad rasgos del dolo y la capacidad de prever no puesta en acto, negligencia”⁶⁹⁹.

Existe evidencia entonces de que el origen del dolo como elemento del delito se produce en el Derecho romano tardío⁷⁰⁰. V. LISZT sostuvo hace más de un siglo:

“(...) el Derecho romano, en su último estado de evolución, elevó el *dolus* del agente (“la intención inmoral dirigida a un fin antijurídico”, Pernice, II, 153; Hinschius, V, 921) a característica esencial del delito; mientras que corresponde, enteramente, a la concepción germánica, la responsabilidad por actos fortuitos”^{701/702}.

⁶⁹⁹ GÓMEZ ROYO, “Reflexiones sobre el dolo en Grecia y Roma”, p. 810.

⁷⁰⁰ HRUSCHKA sostiene que Ulpiano advertía de que en lugar de hablar sencillamente de “*dolus*” sería mejor hablar de “*dolus malus*”; sin embargo, los juristas de los dos milenios siguientes no atendieron dicha advertencia. En consecuencia, la comprensión del “*dolus*” romano como “*dolus malus*” tuvo como consecuencia que la conciencia de la antijuridicidad fuera considerada como un elemento del dolo, aun cuando no es claro que ello fuera aceptado por los propios juristas, quienes elaboraron el Digesto, en el cual se establece el principio de que el desconocimiento del Derecho perjudica al autor (*ignorantia iuris nocet*), el cual hace del “*dolus malus*” una fórmula vacía. Ver más en: HRUSCHKA, “¿Realmente es “limitada” la teoría “imitada” de la culpabilidad?”, en *Imputación y Derecho penal...*, pp. 156 y ss.

⁷⁰¹ LISZT, *Tratado de Derecho penal* (traducción de la 20ª edición alemana por JIMENEZ DE ASÚA), 4ª ed., Reus, 1999, II, p. 392.

⁷⁰² ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, 2ª ed., p. 56, afirma que en el Derecho penal germánico “la responsabilidad es, principalmente, objetiva, o sea, fundada en el daño. Así no se castigaba la tentativa y, dado el resultado, se tenía por supuesta la voluntad. No se hacía, pues, la investigación de la culpabilidad en el caso concreto, si bien ciertas acciones que ordinariamente

En la misma línea, ANTÓN ONECA manifiesta:

“(…) frente a la responsabilidad por el daño, típica de los pueblos primitivos, el Derecho penal romano destacó el elemento subjetivo, hasta el punto de que en algún caso se castigaron los actos preparatorios y se equiparó en la penalidad el homicidio intentado y el consumado”⁷⁰³.

Coincido con LAURENZO en la afirmación de que el dolo en el Derecho romano fue identificado con la “mala intención” o malicia en la realización del hecho ilícito, superando así la concepción del ilícito penal como mera causación objetiva de resultados. Como observa esta autora, en Roma la ley penal era concreción de la ley moral, el fundamento de la pena era ético y su función básicamente retributiva, por lo que, además de la capacidad genérica de obrar, se exigía un intenso vínculo anímico entre el hecho y el autor, “puesto que sólo bajo ese presupuesto el sujeto estaba en condiciones de captar en su conciencia la inmoralidad en la que fundamentalmente consistía el delito”⁷⁰⁴. En consecuencia, puedo señalar con ANTÓN ONECA que, en el desarrollo del Derecho romano, el dolo no se limitó a ser un elemento más del delito, sino que llegó a ser concebido como fundamento de la pena⁷⁰⁵.

Ahora bien, lo cierto es que durante mucho tiempo el Derecho romano no asumió la problemática de aquellos hechos no intencionales que no debieran ser imputados como culpa, ya que son equiparables a los directamente perseguidos por el autor, sino que se limitó a plantear un concepto estricto de dolo identificado con la intención directa del autor.

Con relación al tratamiento que se dio en Roma a los problemas de prueba del dolo, siguiendo a LAURENZO, puedo indicar que el concepto romano de dolo fue objeto de alteraciones con el transcurso del tiempo, lo que se debió justamente a las dificultades probatorias que originaba un elemento anímico arraigado en una actitud interna del autor del delito, así como la necesidad de dar una respuesta adecuada a los supuestos de conductas voluntarias cuyos efectos superaban lo inicialmente perseguido por el autor. En el proceso, existieron intentos de regresar hacia la responsabilidad objetiva, aunque la influencia del ideario romano sobre la necesaria culpabilidad por el hecho impidió que se prescindiera de las referencias subjetivas del delito⁷⁰⁶.

son involuntarias (el tiro errado, la cura desafortunada, las lesiones ocasionadas por la corta del árbol) quedaban excluidas de la venganza y de la composición”.

⁷⁰³ ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, 2ª ed., p. 55.

⁷⁰⁴ LAURENZO COPELLO, *Dolo y conocimiento*, pp. 27-28.

⁷⁰⁵ ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, 2ª ed., p. 222.

⁷⁰⁶ LAURENZO COPELLO, *Dolo y conocimiento*, p. 29.

Un aporte decisivo del Derecho romano a la teoría del dolo lo constituye entonces el instituto del *dolus ex re*, según el cual, el dolo como elemento interno del delito se deriva a partir de la génesis externa y la forma del delito. Podría ser visto como un antecedente de las teorías normativas del dolo⁷⁰⁷. Al respecto, RAGUÉS I VALLÈS anota que ya se observan en el Digesto y en textos de los glosadores intentos de ampliar el concepto de dolo más allá de la estricta intención, ensanchando las fronteras del antiguo dolo romano⁷⁰⁸. En el mismo sentido, HRUSCHKA aprecia en las normas de Justiniano referencias al *dolus ex re*:

“Si algo ha sucedido con dolo se deduce de lo sucedido”⁷⁰⁹.

“Conviene que se pruebe el dolo a partir de los indicios externamente perceptibles”⁷¹⁰.

Según sostiene HRUSCHKA, dicho método de prueba del dolo fue conocido como tal hasta bien entrado el siglo XIX. Añade que v. WEBER lo describió en 1825 como aquel dolo que, sin que el delincuente lo reconozca y sin que sea necesaria su confesión, “ya puede deducirse de forma segura a partir de la clase y el modo de comisión del delito y de las circunstancias externas de la acción concreta”⁷¹¹.

3.4. La influencia del Derecho romano en la Edad Media y la tesis del dolo indirecto

Según BADAR⁷¹², el principio que regía los códigos germánicos y anglosajones en la Edad Media temprana fue el de absoluta responsabilidad. Explica entonces que, con anterioridad al siglo XII, en dichos territorios la intención criminal no era un requisito indispensable para la responsabilidad criminal. Distinto fue el caso italiano, en el que se mostró la indiscutible influencia de la tradición romana en el Derecho continental. Como señala GUZMÁN BRITO, en el siglo XI se produjo en Italia “el redescubrimiento del Derecho romano justiniano, conservado en los libros compilatorios que en el s. VI el emperador Justiniano había mandado componer”⁷¹³. Fue una época de gran desarrollo del Derecho, ya que en un siglo,

⁷⁰⁷ Debe tenerse en cuenta que el modelo de Estado en Roma es muy distinto al Estado social y democrático de Derecho de la CE. Sin embargo, resulta interesante analizar cómo algunas propuestas contemporáneas se asemejan a instituciones jurídicas planteadas en momentos históricos y políticos muy distintos al actual.

⁷⁰⁸ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, pp. 53-54.

⁷⁰⁹ Digesto, 44.4.1.2 y Codex, 2.20(21).6, citado por HRUSCHKA, *Imputación y Derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, p. 188.

⁷¹⁰ Codex, 4.44.8, citado por HRUSCHKA, *Imputación y Derecho penal...*, p. 188.

⁷¹¹ Citado por HRUSCHKA, *Imputación y Derecho penal...*, pp. 188-189.

⁷¹² MOHAMED ELEWA BADAR, *The Concept of Mens Rea in International Criminal Law:...*, p. 22.

⁷¹³ GUZMÁN BRITO, “Mositalicus y mosgallicus”, en *Revista de derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, vol. 2, 1978, p. 13. Disponible en: <http://web.archive.org/web/20131217050514/http://historiantigua.cl/wp-content/uploads/2011/12/20-guzman-brito-alejandro-mos-italicus-y-mos-gallicus-121.pdf> [consulta: 03 de marzo de 2017].

el Derecho romano en su forma medieval se extendió a Francia, España y Reino Unido, y en los siguientes siglos a otras partes de Europa; mientras que paralelamente se desarrollaba también el Derecho canónico⁷¹⁴. Los siglos XII y XIII, además, fueron decisivos para la distinción del Derecho penal de otras formas de Derecho, básicamente en atención a la naturaleza pública que adoptó la sanción penal⁷¹⁵.

Se denomina *mos italicus* a la forma del estudio del Derecho que dominó la ciencia jurídica durante por lo menos cuatro siglos de la Edad Media y en la que destacaron dos escuelas, la de los glosadores y la de los comentaristas, cuya influencia se extendería por Europa hasta inicios del siglo XVI. Distinguiré ambas escuelas en atención al distinto tratamiento que dieron a los elementos subjetivos del delito.

La escuela de los glosadores fue fundada por Irnerio y su sede principal fue la Universidad de Bolonia⁷¹⁶, donde se profundizó el estudio de las leyes de Justiniano. Siguiendo a GUZMÁN BRITO, la escuela de los glosadores se sustentó en cuatro fundamentos: un fundamento político que dictaba que el Derecho era uno como uno era el imperio romano; un fundamento dogmático que establecía que el Corpus Iuris de Justiniano era Derecho vigente; un fundamento filosófico que dictaba que el pensar filosófico partía de premisas (teológicas) que se imponían al espíritu que debía confirmarlas a través del instrumento de la razón; y un fundamento científico que implicaba la adopción del método usado por el pensamiento escolástico, que estaba inspirado en la gramática, la retórica y la dialéctica. De acuerdo a la explicación de GUZMÁN BRITO, la glosa -género literario cultivado por los glosadores- tenía como finalidad la exégesis del texto, para “aclarar el sentido de una palabra o frase; y el conjunto de estas aclaraciones o diversos elementos de un mismo texto, proporciona el sentido total de ese texto”⁷¹⁷.

Con relación a la concepción del dolo de los glosadores, se trata de una concepción restringida que limita el dolo a los casos de intención directa. En ese sentido, PÉREZ BARBERÁ encuentra similitud con la concepción del Derecho romano, según la cual el dolo “se limitaba estrictamente a los casos de intención directa (*animus occidendi, dolus malus*)”⁷¹⁸.

⁷¹⁴ PIHLAJAMÄKI, KORPIOLA, “Medieval Canon Law: The origins of modern criminal law”, en DUBBER, HÖRNLE (eds.), *The Oxford Handbook of Criminal Law*, Oxford University Press, 2014, p. 201.

⁷¹⁵ PIHLAJAMÄKI, KORPIOLA, “Medieval Canon Law: The origins of modern criminal law”, p. 203.

⁷¹⁶ ORTOLAN, *The History of Roman Law...*, p. 528.

⁷¹⁷ GUZMÁN BRITO, “Mos italicus y mos gallicus”, pp. 15 y 19. Un mayor detalle del significado del término “glosa” en ORTOLAN, *The History of Roman Law...*, p. 529.

⁷¹⁸ PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*, Hammurabi, 2010, p. 161

STUCKENBERG resume el escenario que planteaba la concepción limitada del dolo en el Derecho romano y que fue transmitida al derecho de la Edad Media. Así, sostiene:

“Como quiera que el antiguo Derecho penal romano confinaba el dolo al ánimo o propósito en el sentido más estricto, y como quiera que los juristas medievales comprendieron el dolo como “voluntatis vitium” o voluntad defectuosa, y la culpa como “vitium intellectus” o conocimiento defectuoso, y como quiera que el gran Bartolus declaró que ‘in poenis corporalibus lata culpa non a equiparatur dolo, sed mitius punitur’ (en relación con el castigo corporal, las faltas graves no deben equipararse con la intención), esto produjo que sólo aquel de quien podía probarse que hubiera matado con intención tenía que sufrir el castigo corporal normal, aquí la pena de muerte”⁷¹⁹. (Traducción libre del autor)

Continúa su explicación STUCKENBERG indicando que, durante siglos, los juristas continentales han intentado corregir este insatisfactorio estado del Derecho:

“Primero a través de la llamada doctrina Bartoli y más tarde a través del concepto de dolo indirecto, el cual cayó en desuso en el siglo diecinueve, cuando la “voluntad” necesaria para el dolo fue mal interpretada como una entidad psicológica, y fue reemplazada por los delitos preterintencionales y el sobreviviente dolo eventual, un término que el jurista alemán del siglo dieciocho Johann Samuel Friedrich von Bohmer acuñó y utilizó indistintamente para denominar al dolo indirecto”⁷²⁰. (Traducción libre del autor)

El fin de la escuela de los glosadores dio lugar al surgimiento de la escuela de los comentaristas -también denominados “post glosadores”-, prácticos que, en el siglo XIII, utilizaron el método dialéctico-escolástico, convirtieron en Derecho científico los materiales de los ordenamientos consuetudinario y municipal y, a diferencia de los glosadores, cuyo método exegético partía del texto aislado, prefirieron asumir conjuntos de materias, procediendo a aplicar una metodología conducente a una verdadera reelaboración, cuyos resultados se vierten en obras

⁷¹⁹ STUCKENBERG, “Problems of ‘Subjective Imputation’ in Domestic and International Criminal Law”, en *J/CJ* (1478-1387), año 2014, vol. 12, iss: 2, p. 314. Texto original en inglés: “since ancient Roman criminal law confined dolus to animus or purpose in the narrowest sense, and since the medieval jurists understood dolus as voluntatisvitium or faulty will, and culpa as intellectus vitium or faulty knowledge and since the great Bartolus declared that ‘in poenis corporalibus lata culpa non a equiparatur dolo, sed mitius punitur’ (with regard to corporal punishment, grave fault must not be equated with intent), it ensued that only he who could be proven to have killed on purpose had to suffer the ordinary, corporal punishment, here the death penalty”.

⁷²⁰ STUCKENBERG, “Problems of ‘Subjective Imputation’...”, p. 314. Texto original en inglés: “first by the so-called doctrina Bartoli and later by the concept of dolus indirectus which fell out of favour in the 19th century, when the ‘will’ necessary for dolus was misunderstood as a psychological entity, and was replaced by praeter-intentional offences and the surviving dolus eventualis, a term that the German 18th century jurist Johann Samuel Friedrich von Bohmer coined and used interchangeably for dolus indirectus”.

que llevan el nombre de “comentarios”⁷²¹. ORTOLAN destaca la figura de BARTOLUS, quien elaboró comentarios al Digesto y al Código de Justiniano, obteniendo gran reputación en Italia, Francia, España y Portugal⁷²².

A diferencia de los glosadores, la escuela de los comentaristas atendió a necesidades político-criminales y probatorias para intentar ampliar el concepto de dolo. Se planteó así por primera vez una teoría del dolo indirecto⁷²³. Al respecto, PÉREZ BARBERÁ sostiene:

“(…) político-criminalmente se tenía por evidente que existían hechos no intencionales que, no obstante, no podían ser imputados como culpa, sino que eran equiparables a los directamente perseguidos por el autor. Y probatoriamente consideraban estos juristas –muy vinculados a la praxis, como es sabido- que existían considerables dificultades para acreditar en el proceso penal la existencia de un *animus occidendi*”⁷²⁴.

A partir del siglo XIV, el Derecho romano y el Derecho canónico comenzaron a ser conocidos como el Derecho común de Europa (“iuscommune”). Como refieren PHILAJAMÄKI y KORPIOLA, se trataba de dos cuerpos del Derecho que permanecieron separados, pero que se complementaban. Los mismos autores sostienen que el fondo de la doctrina del Derecho penal canónica es la suposición de que, en una situación normal, el ser humano puede elegir libremente si comete o no un delito o un pecado. Añaden que los decretistas construyeron el Derecho penal basados en el concepto de culpa, formulando como cuestión fundamental para el caso del perjurio si la intención (“mens rea”) debe ser determinada en función de la objetiva probabilidad de la consecuencia dañosa o de acuerdo a la concepción subjetiva del autor⁷²⁵.

Lo cierto es que en la Edad Media el Derecho penal canónico influenció el Derecho penal secular y el Derecho procesal penal, siendo uno de los mayores aportes el principio de responsabilidad individual que reemplazaba las antiguas nociones de responsabilidad colectiva. Un ejemplo de doctrina jurídica secular influencia por el Derecho penal canónica está en la obra del juez ALBERTO GANDINUS, autor de “Tractatus de maleficis”, quien distinguió, por ejemplo, entre aquellos casos en los que el autor deseaba el resultado de la acción criminal y aquellos casos en los que no. Según narran PHILAJAMÄKI y KORPIOLA, el elemento subjetivo, en este caso, la “culpabilidad”, era decisiva para GANDINUS, ya que concluía que, si el daño resultante había sido deseado, aunque el autor no

⁷²¹ GUZMÁN BRITO, “Mositalicus y mosgallicus”, pp. 24-25 y 28.

⁷²² ORTOLAN, *The History of Roman Law...*, p. 544.

⁷²³ La definición del dolo indirecto de MEZGER, *Derecho penal, Libro de Estudio, Parte General*, 6ª ed., p. 235, resulta muy ilustrativa: “un resultado puede ser considerado como producido dolosamente si la acción proyectada tiene tendencia a extenderse, con una cierta probabilidad, a este resultado”.

⁷²⁴ PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual...*, p. 161

⁷²⁵ PHILAJAMÄKI, KORPIOLA, “Medieval Canon Law: The origins of modern criminal law”, p. 206.

hubiera logrado consumarlo, debía ser sancionado, mientras que si el resultado no había sido deseado, el acusado no debía recibir sanción alguna⁷²⁶.

El apartamiento de la tradición romana de Justiniano coincidió con el ocaso del mundo medieval y se expresó en el humanismo⁷²⁷, que tenía como centro del mundo al hombre y cuyo mayor desarrollo se dio en Francia, conociéndose esta nueva corriente del pensamiento jurídico como *mos gallicus*. Explica GUZMÁN BRITO que “el humanismo, luego de haber abjurado de la autoridad del *Corpus Iuris*, la sustituyó por la nueva autoridad de los autores griegos y latinos clásicos y por la de la antigüedad en general”⁷²⁸. Se buscó así superar las artificiosas distinciones de los glosadores y comentaristas, que habían partido de la errada idea de que el *Corpus Iuris* era una obra sin contradicciones y “producto de un solo acto intelectual”. Los humanistas dejaron entonces de considerar al *Corpus Iuris* como un texto dogmático y lo miraron como una obra histórica. Ello trajo como consecuencia la descalificación del *Corpus* de Justiniano, al resultar que el emperador no había sido el gran legislador de quien el mundo debía estar agradecido por su obra, sino más bien “el causante de que el mundo hubiera perdido la memoria del Derecho clásico”⁷²⁹.

Ahora bien, la cuestión acerca de la limitada concepción del dolo del Derecho romano siguió siendo materia de atención y, en España, DIEGO DE COVARRUBIAS, para dar respuesta a la interrogante acerca de cómo tratar aquellas conductas inmorales que lesionaban un bien jurídico, pero cuya voluntad no estaba dirigida de forma directa a lograr dicha lesión, plantea una primera versión de una teoría del dolo indirecto, que tiene un directo antecedente en la doctrina BARTOLI, según la cual son “queridos –aunque indirectamente- todos aquellos resultados que sin constituir el fin del autor, se derivaban normalmente de la acción”⁷³⁰. Según COVARRUBIAS:

“Aquí entiendo por homicidio voluntario no sólo aquel en el que el homicida explícitamente tiende a la occisión y quiere matar, sino también aquel en el que se quiere voluntariamente un acto del que *per se* e inmediatamente se sigue la muerte, no *per accidens*”⁷³¹.

⁷²⁶ PIHLAJAMÄKI, KORPIOLA, “Medieval Canon Law: The origins of modern criminal law”, pp. 216-217.

⁷²⁷ Una revisión histórica de los principales representantes del humanismo en ORTOLAN, *The History of Roman Law...*, pp. 544-548, quien destaca que el terreno principal para el cultivo de la jurisprudencia romana fue hasta el siglo XVI Italia, cuando pasó a Francia para finalmente llegar a Alemania a inicios del siglo XIX.

⁷²⁸ GUZMÁN BRITO, “Mositalicus y mosgallicus”, p. 31.

⁷²⁹ GUZMÁN BRITO, “Mositalicus y mosgallicus”, p. 36.

⁷³⁰ LAURENZO COPELLO, *Dolo y conocimiento*, p. 31. Destaca la influencia que tuvo la obra de COVARRUBIAS en autores posteriores, ENGELMANN, *Die Schuldlehre der Postglossatoren und ihre Fortentwicklung. Eine historisch-dogmatische Darstellung der jriminellen Schuldlehre der italienischen Juristen des Mittelalters seit Accursius*, Scienta Verlag Aalen, 1965, p. 107.

⁷³¹ PEREDA, *Covarrubias Penalista*, Bosch, 1959, p. 28.

Se trata de actos que se imputan al agente, según la teoría que proviene de SANTO TOMÁS. Se dejan fuera de la voluntad los casos fortuitos, distanciándose así la figura del dolo indirecto de la fórmula del *versari in re illicita*⁷³².

En el siglo XVII, BENEDIKT CARPZOV, quien es considerado por algunos como “el verdadero fundador de una ciencia penal alemana del Derecho Común”⁷³³, desarrolla una nueva versión de la doctrina del dolo indirecto inspirada en los planteamientos de los juristas del *mos italicus*, para quienes –como se ha visto– la influencia romana y esencialmente justiniana era básica (recordemos las citas del Digesto recogidas por el profesor HRUSCHKA), y en la obra de DIEGO DE COVARRUBIAS⁷³⁴. CARPZOV planteó que, para imputar el dolo no debía exigirse necesariamente la representación actual de los posibles efectos del acto. En su obra *Practica nova imperialis Saxonica rerum criminalium* (Nueva Práctica de las asuntos criminales en el Imperio Sajón), se plantea como primera pregunta si, para la pena del homicidio, siempre se requiere la intención de matar, y luego sostiene:

“(...) quien se inmiscuye en algo ilícito debe ser vinculado a todo aquello que se sigue de su intención y de su voluntad, cuando se trata claramente de la causa habitual y tiende a inmediatos delitos subsiguientes, de tal manera que el autor consideró probable o pudo considerar o por lo menos debió de haber pensado en lo que sencillamente iba a suceder”⁷³⁵.

La doctrina de CARPZOV, según anota RAGUÉS I VALLÈS, distingue entonces dos formas de dolo. Por un lado, el *dolus directus*, que es aquél en el que existe “una auténtica intención del sujeto con respecto al resultado causado”, y, por otro lado, el *dolus indirectus*, en el que, “sin querer el autor directamente un resultado, había realizado sin embargo una acción a consecuencia de la cual se derivan habitualmente resultados como el efectivamente acaecido”⁷³⁶.

Siguiendo a ENGELMANN, puede afirmarse que la diferencia entre la teoría del canonista COVARRUBIAS y la de CARPZOV se encuentra en que, mientras el último proponía la pena ordinaria (“poena ordinaria”) para el delito cometido bajo dolo indirecto, el primero proponía un castigo más suave⁷³⁷.

⁷³² ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, 2ª ed., p. 56, define la fórmula del *versari in re illicita* como aquella en virtud de la cual se atribuyen al autor del hecho ilícito “las consecuencias de su conducta, aunque no fueran queridas ni previsibles”.

⁷³³ JAKOBS, *El Derecho penal como disciplina científica*, p. 26.

⁷³⁴ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 54.

⁷³⁵ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 55, quien cita a CARPZOV, *Practica nova imperialis Saxonica rerum criminalium*, quaestio I, n° marg. 29.

⁷³⁶ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 54.

⁷³⁷ ENGELMANN, *Die Schuldlehre der Postglossatoren und ihre Fortentwicklung...*, 1965, pp. 109-111.

En el siglo XVIII, v. BÖHMER acuñó la expresión dolo eventual (*dolus eventualis*), que entiende como sinónimo del dolo indirecto. Sin embargo, como bien refiere RAGUÉS I VALLÈS, la teoría de este autor adoptó un cariz mucho más psicológico, al defender una relación subjetiva del autor con el resultado. No era suficiente entonces para v. BÖHMER la existencia de un conocimiento general de la peligrosidad de la conducta por parte del autor, sino que este debía haber “previsto efectivamente el resultado y sólo en estos casos se afirma que dicho sujeto no puede dejar de quererlo⁷³⁸”. Es decir que la primigenia formulación del dolo eventual efectuada por v. BÖHMER consiste en una subjetivización de la antigua teoría del dolo indirecto, que es justamente la propuesta de la teoría de la voluntad, que veremos más adelante.

Sin embargo, el desarrollo de teorías que giran en torno a los postulados del dolo indirecto ha continuado. Así, por ejemplo, a inicios del siglo XX, algunos autores postularon las teorías objetivas del dolo. Es el caso de KLEE, citado por RAGUÉS I VALLÈS, para quien existe dolo:

“(…) cuando el sujeto ha condicionado un riesgo de producción del resultado y ha sido consciente de aquellas circunstancias del hecho cuya concurrencia, según la opinión general, engendra un peligro de dicha producción (...). Para afirmar si existe o no un peligro que fundamente el dolo, lo determinante no es la opinión subjetiva del autor, sino el juicio general por medio de la ciencia y la experiencia”⁷³⁹.

En términos generales, la tesis del dolo indirecto ha merecido al menos cuatro clases de reacciones en la doctrina. En primer lugar, existen aquellos que han alzado su voz crítica a esta tesis. Nos interesa presentar dos cuestionamientos. Por un lado, según LAURENZO, se cuestiona a la teoría del dolo indirecto que, desde el punto de vista psicológico, la mera previsión del resultado no es suficiente para considerar el resultado como querido. Al respecto, la misma autora señala que los autores de la teoría del dolo indirecto darían la razón a dichos críticos, ya que con su teoría no se intentaba establecer un nexo psicológico entre el sujeto y el resultado, sino sentar las bases de su responsabilidad moral y jurídica. Se elabora en realidad un criterio normativo que relaciona resultado no intencional y voluntad. Se trata de una teoría que imputa o atribuye normativamente el elemento subjetivo al sujeto, no pretendiendo hurgar en la mente del individuo a fin de descubrir el correspondiente elemento ontológico. El criterio normativo utilizado por los defensores de la teoría del dolo indirecto consistía en el deber de evitar el resultado, “lo que permitía hacer responsable a título de dolo a quien voluntariamente no se abstenía de realizar la acción que podía producirlo”, reprochándosele el no haber querido evitar el

⁷³⁸ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 57.

⁷³⁹ Citado por RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 72.

resultado cuando podía y debía hacerlo⁷⁴⁰. Por otro lado, se cuestiona a la teoría del dolo indirecto que la previsibilidad del resultado no implica necesariamente que el autor concreto lo haya previsto, de donde se sigue una inaceptable objetivación del dolo. Al respecto, LAURENZO sostiene que en efecto ésta era una debilidad de la teoría, pero en la aplicación de la tesis se observa que:

“(…) la exigencia de la mera previsibilidad –en lugar de auténtica previsión-, se debió más a una confusión de planos que a la convicción de que el conocimiento no fuese necesario para calificar una conducta como dolosa. En concreto, da la impresión de que las referencias a la previsibilidad del resultado apuntaban antes a la prueba del dolo que a su fundamento”⁷⁴¹.

En segundo lugar, están quienes encuentran en la teoría del dolo indirecto un instrumento de limitación de la primitiva teoría del *versari in re illicita*. Al respecto, RAGUÉS I VALLÈS afirma que el dolo indirecto y el *versari in re illicita* son doctrinas distintas, ya que las tesis de COVARRUBIAS y de CARPZOV sólo incluyen en el dolo del sujeto “los resultados que según la experiencia suelen seguirse de un acto inicial, no los que se producen por mero azar⁷⁴²”, como sí ocurre en el caso del *versari in re illicita*. LAURENZO valora positivamente la doctrina del dolo indirecto y alude a que “los autores coinciden en señalar el efecto beneficioso del *dolus indirectus* como medio para limitar la primitiva versión puramente objetivista del *versari in re illicita*”⁷⁴³. De la misma idea son RODRÍGUEZ DEVESA y SERRANO GÓMEZ cuando apuntan que “la teoría del *dolus indirectus* constituyó un considerable progreso frente al *versari*, porque redujo la imputación a título de dolo a sólo aquellas consecuencias que se derivaban *per se et non per accidens* de la acción del sujeto”⁷⁴⁴. Con más detalle, PUPPE explica que, en el dolo directo, la voluntad de ningún modo se refiere, ni directa ni indirectamente, a aquello que se sigue por casualidad y, en consecuencia, la doctrina de CARPZOV “se esfuerza por distinguir entre efectos colaterales de la lesión querida, meramente casuales, y aquellas otras lesiones que se siguen de ella inmediatamente y *per se*”⁷⁴⁵. Es más, entiende que hoy al *dolus directus* de segundo grado “se le da esta denominación extraña solamente para no admitir que se trata de un caso especialmente claro del antiguo *dolus indirectus*”⁷⁴⁶.

En tercer lugar, están quienes entienden que la polémica surgida alrededor de la figura del dolo indirecto es clara expresión del debate entre concepciones

⁷⁴⁰ Algunos autores consideran la teoría del dolo indirecto como el precedente de la teoría de la probabilidad. Cfr. LAURENZO COPELLO, *Dolo y conocimiento*, pp. 33-34.

⁷⁴¹ LAURENZO COPELLO, *Dolo y conocimiento*, pp. 32 y 35.

⁷⁴² RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 56.

⁷⁴³ LAURENZO COPELLO, *Dolo y conocimiento*, p. 31, n. 15.

⁷⁴⁴ RODRÍGUEZ DEVESA-SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español, Parte general*, 16ª ed., Madrid, 1993, pp. 464-465.

⁷⁴⁵ PUPPE, La distinción entre dolo e imprudencia, p. 46.

⁷⁴⁶ PUPPE, “La construcción del delito”, p. 194.

psicológico-naturalistas y concepciones normativas de los elementos subjetivos del delito. En ese sentido, JAKOBS se ha pronunciado en contra de la ampliamente difundida concepción según la cual la teoría del dolo indirecto servía para eludir dificultades en el ámbito de la prueba y se adhiere a lo sostenido por PUPPE en el sentido de que el abandono de esta modalidad de dolo fue una decisión a favor de un concepto de dolo naturalístico-psíquico y en contra de un concepto normativo⁷⁴⁷. Se entiende que ambos autores contemporáneos defienden una formulación normativa del dolo en la que la propuesta del dolo indirecto encuentra perfecta cabida. Es opinión de un sector de la doctrina que el “espíritu” del dolo indirecto está presente hoy en el juicio de previsibilidad de la imputación objetiva y en las máximas de experiencia que se emplean para la determinación procesal del dolo⁷⁴⁸.

Finalmente, están quienes entienden que la propuesta del dolo indirecto -y, específicamente, la teoría de CARPZOV- plantea por primera vez la posibilidad de que no se exija la presencia de conocimiento efectivo en la conducta del autor doloso. Al respecto, PÉREZ BARBERÁ cuestiona las propuestas de PUPPE y LESCH, quienes apuntan a que la teoría del dolo indirecto constituye un intento de normativizar la voluntad como forma de imputación penal, y, más bien, entiende que:

“En lo que se refiere a la voluntad, en la teoría del *dolus indirectus*, al igual que en la teoría tradicional de la voluntad, no existe ninguna base normativa. (...) El único punto respecto del cual la teoría del *dolus indirectus*, en la versión de Carpzov, se aparta radicalmente de todas las concepciones posteriores sobre el dolo es el referido al conocimiento del autor, no a su voluntad. Nos referimos (...) a (...) la afirmación de que una de las circunstancias que permite equiparar la relación sujeto-hecho a una relación voluntaria se da cuando, pese a la ausencia de conocimiento efectivo de la consecuencia accesoria, no obstante puede decirse, desde un punto de vista objetivo, que el autor pudo o debió conocer esa consecuencia porque ella, según el curso normal de las cosas, se seguía inmediatamente de la acción”⁷⁴⁹.

En efecto, coincidiendo en líneas generales con la idea de que la propuesta del dolo indirecto es un paso en el proceso de normativización del dolo, considero válida la atingencia formulada por PÉREZ BARBERA, en el sentido de que la diferencia entre el dolo indirecto y el dolo eventual -postulado por teorías tradicionales como la de la voluntad- se encuentra en las exigencias en torno al conocimiento -deber objetivo versus verificación efectiva-.

⁷⁴⁷ JAKOBS, *Bases para una teoría funcional del Derecho penal*, Palestra, 2000, p. 152.

⁷⁴⁸ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, pp. 58-59.

⁷⁴⁹ PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual...*, p. 167.

3.5. Feuerbach

Con anterioridad al siglo XIX, el Derecho natural, impulsado por los humanistas, había sido la fuente básica del derecho positivo. A inicios del siglo XIX, la ciencia orientaba su mirada hacia el Derecho positivo como objeto de conocimiento. Según MIR PUIG, fue ANSELM VON FEUERBACH (1775-1833) con su obra y con el Código penal que redactó para Baviera en 1813, quien inició la ciencia penal liberal del siglo XIX, la cual tendió a solucionar la tensión entre Derecho natural y Derecho positivo con la preeminencia del segundo. Sin embargo, no fue una transformación definitiva, sino un proceso, ya que incluso después de la entrada en vigor del Código de FEUERBACH, se mantuvo puesta la mirada en principios jurídicos racionales, “como modo de compensar la falta de unidad legislativa (en Alemania) y de la posibilidad misma de comentar el primer Código liberal (según prohibición expresa del 19 de octubre de 1813)”⁷⁵⁰.

Ya desde el siglo XVIII, la vinculación entre delito y pecado se fue diluyendo. Refiere LAURENZO que “las fundamentaciones puramente morales del dolo paulatinamente fueron dejando paso a otras basadas en los fines y función del Derecho penal”⁷⁵¹. Fue ese el caso de FEUERBACH, para quien la pena debía cumplir una función preventivo general negativa en tanto coaccionaba psicológicamente a los ciudadanos. Al respecto, sostiene en su Tratado que “el objetivo de la conminación de la pena en la ley es la intimidación de todos, como posibles protagonistas de lesiones jurídicas (...), el objetivo de su aplicación es el de dar fundamento efectivo a la conminación legal”⁷⁵².

Con relación al dolo, FEUERBACH retoma la clásica identificación entre dolo e intencionalidad, ya que –desde su perspectiva de la pena- la previsión del resultado era condición general de la culpabilidad penal y no permitía fungir de elemento distintivo del dolo frente a la culpa. Como la esencia de la responsabilidad penal residía en un defecto de la motivación “el mayor grado de culpabilidad debía coincidir con el nivel más elevado de rebelión de la voluntad, esto es, con las situaciones en las que el autor se planteaba como fin la realización del resultado antijurídico”⁷⁵³.

En su Trat. de Derecho penal, FEUERBACH sostiene que un crimen puede ser cometido por dolo, que es “una determinación de la voluntad que tiene como fin una lesión antijurídica, con la consecuencia de la anti legalidad del afán”⁷⁵⁴,

⁷⁵⁰ MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, 2ª ed., pp. 180-187.

⁷⁵¹ LAURENZO COPELLO, *Dolo y conocimiento*, p. 36.

⁷⁵² FEUERBACH, *Tratado de Derecho penal común vigente en Alemania*, p. 61.

⁷⁵³ LAURENZO COPELLO, *Dolo y conocimiento*, pp. 37-38.

⁷⁵⁴ FEUERBACH, *Tratado de Derecho penal común vigente en Alemania*, p. 82. En el art. 39º del Código bávaro de 1813 elaborado por FEUERBACH, se define el dolo antijurídico de la siguiente forma: “Se cometerá un crimen con dolo antijurídico si una persona se ha propuesto la producción del crimen resultante de su acción como fin e intención de esta acción suya, y para ello ha sido

frente a la culpa que define como “una determinación ilícita de la voluntad para una acción u omisión, de la que surge la lesión jurídica, conforme a las leyes de la naturaleza, sin la intención de la persona”⁷⁵⁵. A partir de ello, establece FEUERBACH distintos niveles de punibilidad subjetiva. Sostiene que la regla es que el crimen por dolo es siempre más punible que el crimen por imprudencia, a lo que añade que el dolo se determina siempre por la existencia de “un impulso sensual que impele a la voluntad a querer el acto”⁷⁵⁶. Según el grado de peligrosidad de dicho impulso se determina la mayor o menor pena del delito doloso. Dicho grado de peligrosidad, para FEUERBACH, depende de su intensidad, de su firmeza y de su ámbito (pluralidad de lesiones jurídicas)⁷⁵⁷.

La figura de FEUERBACH resulta altamente relevante a los fines de la presente investigación, ya que, como apunta RAGUÉS I VALLÈS, fue FEUERBACH quien colocó la discusión de la imputación dolosa en términos psicológicos como representación y voluntad del sujeto⁷⁵⁸. Evidencia de ello es que FEUERBACH sostiene en su *Trat.* que “un crimen que se haya cometido por impulsos interiores, bajo incitaciones externas débiles, es más punible que otro al que el hombre haya sido determinado por fuertes estímulos externos accidentales”⁷⁵⁹. Asimismo, en el art. 42º del Código bávaro de 1813 sostiene FEUERBACH:

“A un criminal doloso que, por error o ignorancia sobre ciertos hechos, no conociera alguna característica de su acción que aumente su punibilidad, en forma tal que cometa un crimen más grave que el que quería cometer, se le imputará el hecho con dolo antijurídico sólo hasta donde estaba fundado en su intención”⁷⁶⁰.

Para RAGUÉS I VALLÈS, fue FEUERBACH quien dio fin a la era del dolo indirecto⁷⁶¹. Feuerbach sostuvo que la teoría de los canonistas atribuía a la voluntad del sujeto cosas que éste realmente nunca quiso cuando “una intención indirecta es algo impensable”⁷⁶². Se enmarca entonces FEUERBACH en la corriente de aquellos que defienden la estricta identidad del dolo con la intención⁷⁶³. Al

consciente de la antijuridicidad y de la punibilidad de esta decisión”. Versión completa de la norma en: FEUERBACH, *Tratado de Derecho penal común vigente en Alemania*, pp. 389 y ss.

⁷⁵⁵ FEUERBACH, *Tratado de Derecho penal común vigente en Alemania*, p. 82.

⁷⁵⁶ FEUERBACH, *Tratado de Derecho penal común vigente en Alemania*, p. 118.

⁷⁵⁷ FEUERBACH, *Tratado de Derecho penal común vigente en Alemania*, p. 119.

⁷⁵⁸ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 58.

⁷⁵⁹ FEUERBACH, *Tratado de Derecho penal común vigente en Alemania*, p. 120.

⁷⁶⁰ En FEUERBACH, *Tratado de Derecho penal común vigente en Alemania*, pp. 389 y ss.

⁷⁶¹ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 57. Por su parte, PUPPE, *La distinción entre dolo e imprudencia*, p. 49, va más allá y sostiene que el descrédito del *dolus indirectus* de FEUERBACH se presenta como “un desvío histórico respecto de la doctrina sobre el dolo”, ya que desde entonces “se está a la búsqueda de un fenómeno descriptible y comprobable en la psiquis del autor, que se puede caracterizar como voluntad, aunque no sea precisamente voluntad en el sentido psicológico del lenguaje cotidiano”.

⁷⁶² Citado por RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, pp. 57-58.

⁷⁶³ TAYLOR, “Concepts of Intention in German Criminal Law”, en *OJLS*, vol. 24, N° 1, 2004, pp. 99-127.

respecto, PÉREZ BARBERA denomina a este tipo de tesis como “contrarias al dolo eventual” y cita los casos de STÜBEL, para quien los supuestos de dolo eventual son realmente casos de imprudencia o jurídicamente irrelevantes, y GROLMANN, para quien el dolo se limita a los casos de intención directa hacia el resultado⁷⁶⁴.

Sin embargo, como refiere LAURENZO, FEUERBACH no mantuvo una concepción estricta de la intención, ya que elaboró las teorías del *dolo indeterminado* y de la *culpa dolo determinata*, que se acercaban a la propuesta del dolo indirecto. La misma autora aprecia que las dificultades de FEUERBACH para mantener su concepción teórica:

“(…) ponen de manifiesto lo que podría considerarse una constante en las tesis que a lo largo de la historia han pretendido explicar el dolo a partir de ese dato subjetivo (...) la falta de correspondencia entre la fundamentación teórica inicial y el abanico de conductas que, en los hechos, se reputaban merecedoras del reproche especialmente intenso que lleva implícito el delito doloso”⁷⁶⁵.

Respecto del dolo indeterminado, FEUERBACH sostiene:

“El *dolus* (...) tiene dos clases, según que el resultado ilícito sea el objetivo inmediato y exclusivo de la comisión, o que la intención del criminal se haya dirigido a varias lesiones jurídicas de una misma clase o género. Aquél se llama dolo determinado (*dolus determinatus*), y éste, dolo eventual o indeterminado (*d. indeterminatus s. eventualis*)”⁷⁶⁶.

Según FEUERBACH, el dolo indeterminado sería distinto al dolo indirecto y cita como ejemplo el caso de quien quiere vengarse de un hombre y dispara contra él, no exactamente para matarlo ni tampoco para asustarlo, sino con la general e indeterminada intención de dañarlo, resultándole indiferente cuál sea el resultado que provoque su acción. Al respecto, MEZGER sostiene que se trata de una fórmula superada en el siglo XX ya que “significa un querer indeterminado, de modo que puede darse una responsabilidad jurídico-penal por acción dolosa respecto de este o aquel resultado”⁷⁶⁷.

En cuanto a la *culpa dolo determinata*, FEUERBACH señala:

“(…) hay casos en que el dolo y la culpa se encuentran en la misma acción, especialmente cuando un criminal haya tenido por fin un determinado resultado antijurídico hacia el que haya dirigido la acción, pero haya tenido lugar otro que haya previsto o podido prever como consecuencia posible de su acción. Aquí hay dolo con respecto al fin que

⁷⁶⁴ PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual...*, pp. 170-171.

⁷⁶⁵ LAURENZO COPELLO, *Dolo y conocimiento*, p. 38.

⁷⁶⁶ FEUERBACH, *Tratado de Derecho penal común vigente en Alemania*, p. 85.

⁷⁶⁷ MEZGER, *Derecho penal, Libro de Estudio, Parte General*, I, p. 235.

efectivamente quiso; hay culpa con relación a cualquier efecto que sin intención del autor haya producido una acción dirigida a otro fin antijurídico. Se puede llamar, pues, a una lesión que tenga por causa una determinación de la voluntad de esa naturaleza, una culpa determinada por dolo”⁷⁶⁸.

Al respecto, RAGUÉS I VALLÈS entiende que la *culpa dolo determinata* constituyó “un criterio de imputación a aplicar en los casos en que el sujeto, en la comisión de un delito-base doloso, hubiera causado además un ulterior resultado lesivo previsto como posible, pero no querido”⁷⁶⁹. Se trata de delitos calificados por el resultado.

Respecto de estas figuras propuestas por FEUERBACH, PÉREZ BARBERÁ concluye que dicho autor:

“Extendió el dolo a casos en que no existe una intención directa de cometer el hecho. Pero no llegó a considerar dolosos a aquellos supuestos que hoy usualmente se encuadran en el llamado dolo eventual (en los cuales la acción voluntariamente perseguida es, por lo general, jurídico-penalmente irrelevante)”⁷⁷⁰.

Va mucho más allá HRUSCHKA, para quien FEUERBACH abogó por el establecimiento de una presunción de dolo. Sostiene que en 1801, FEUERBACH resumió sus argumentos con las siguientes palabras:

“Dado que en cualquier acción humana la intención es la primera explicación; dado que, de acuerdo con la naturaleza del espíritu humano y con la experiencia, la actuación intencionada es la regla; y dado que la causación de una determinada consecuencia mediante una acción querida sin que dicha consecuencia sea objeto del querer es solo una excepción que se basa en presupuestos que no son habituales, el efecto antijurídico provocado por las acciones de una persona debe entenderse como fin de la voluntad mientras no aparezcan razones concretas que permitan sostener lo contrario”⁷⁷¹.

Recuerda HRUSCHKA además que el Código Penal bávaro de 1813, elaborado por FEUERBACH, contiene el art. 43^o con una redacción que aparenta constituir un retorno a la responsabilidad objetiva de la antigüedad:

“Cuando se haya probado un hecho ilícito cometido por una persona, legalmente se considerará que dicha persona ha actuado con dolo

⁷⁶⁸ FEUERBACH, *Tratado de Derecho penal común vigente en Alemania*, p. 86.

⁷⁶⁹ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 59.

⁷⁷⁰ PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual...*, p. 173.

⁷⁷¹ HRUSCHKA, *Imputación y Derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, p. 191.

antijurídico siempre que a partir de las circunstancias específicas no pueda obtenerse la certeza o la probabilidad de lo contrario”⁷⁷².

Si bien FEUERBACH no mantuvo su tesis sobre la *praesumptio doli* y en 1848 desapareció dicha figura del Código bávaro⁷⁷³, lo cierto es que su creación es un hito en un proceso de normativización del dolo que incluso cruza las fronteras del principio de culpabilidad y del Estado social y democrático de Derecho.

3.6. Balance

Hasta el siglo XIX, en el primer nivel de análisis, esto es, el **nivel conceptual** del dolo, hemos observado que la discusión de la ciencia jurídica penal estuvo marcada fundamentalmente por dos elementos. En primer lugar, la dogmática se abocó a la elaboración de un concepto estricto de dolo, que estuviera restringido a los casos de intencionalidad directa (dolo de primer grado). En segundo lugar, se planteó el problema de cómo tratar aquellas conductas que lesionan un bien jurídico, pero cuya voluntad no está dirigida de forma directa a lograr dicha lesión, aunque valorativamente merecerían la misma respuesta estatal que se otorga a los casos de intencionalidad directa. Al respecto, se plantearon teorías que, desde el punto de vista conceptual, ampliaban el concepto del dolo más allá de la estricta intención. En esa línea, en el siglo XVIII destaca la elaboración de la figura del “dolo eventual”, que defiende una relación subjetiva del autor con el resultado aun cuando este no fuera perseguido intencionalmente.

En el segundo nivel de análisis, esto es, el **nivel aplicativo** o de determinación del dolo en el caso concreto, hemos visto que el desarrollo hasta el siglo XIX estuvo básicamente dominado por enfoques psicológicos del dolo. Así lo demuestra la práctica jurídica en Roma y en la Edad Media, que tuvo como objeto central probar la intencionalidad -la malicia, el ánimo- del autor del delito doloso. Asimismo, la teoría del dolo eventual, tal y como fue propuesta por v. BÖHMER, se mantiene dentro de los parámetros del enfoque psicológico.

Sin embargo, existieron al menos un par de intentos de normativización que hemos destacado. Por un lado, la figura del *dolus ex re* recogida en el Digesto del emperador romano Justiniano, la cual, frente a los problemas de prueba que evidenciaba la versión psicológica, proponía derivar el dolo a partir de la génesis externa y la forma del delito. Por otro lado, la teoría del dolo indirecto, que, a diferencia de la propuesta del dolo eventual, que es más bien de orden conceptual y subjetiva, proponía imputar el resultado que, según la experiencia, suele seguirse de la conducta realizada por el autor. Esta teoría, si bien fue opacada por la corriente que, con un fuerte sesgo psicológico, planteó a nivel

⁷⁷² HRUSCHKA, *Imputación y Derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, p. 191, n. 16.

⁷⁷³ HRUSCHKA, *Imputación y Derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, p. 192.

conceptual la “solución” del dolo eventual, hoy está siendo rescatada por diversos autores contemporáneos, lo cual será materia de desarrollo más adelante.

4. Cuatro grandes enfoques acerca del dolo

4.1. Introducción y precisiones iniciales

Como hemos adelantado, desde finales del siglo XIX, un gran número de autores se distancia del anterior concepto estricto (y único) de dolo como intención y comienzan a plantearse la necesidad de recurrir a una figura intermedia (dolo eventual). A partir de ello, más allá de una discusión acerca de cuál debe ser el concepto de dolo, lo que ha existido mayoritariamente son propuestas de delimitación entre el dolo eventual y la imprudencia consciente⁷⁷⁴.

Como veremos a continuación, salvo algún caso como la propuesta del profesor BUSTOS RAMÍREZ de equiparar el dolo eventual a la imprudencia consciente⁷⁷⁵, la mayor parte de autores con enfoques psicológicos insistirá en la necesidad de encontrar un criterio de delimitación que se verifique en la conducta específica del autor. Si bien es cierto que existen diversas teorías con matices propios, lo que no permite hablar de categorías estrictas, lo cierto es que, a **nivel conceptual**, puede diferenciarse entre aquellas propuestas dogmáticas que pretenden delimitar el dolo de la imprudencia a partir del elemento volitivo de aquellas que lo hacen a partir del elemento cognitivo. Al respecto, cabe recordar la precisión expuesta por GIMBERNAT en el sentido de que, si bien puede considerarse una simplificación el agrupar a todas las concepciones mantenidas sobre el dolo eventual en sólo dos teorías⁷⁷⁶, prescindiendo de los distintos

⁷⁷⁴ Acerca de la crítica en el sentido de que se plantean teorías exclusivamente abocadas a definir el dolo eventual sin pretensiones de configurar un concepto global de dolo, ver RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 71.

⁷⁷⁵ Vid. *Infra* Capítulo II, 4.4.1.

⁷⁷⁶ GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios de Derecho penal*, 2ª ed. ampliada, pp. 177-178, n. 11. En la misma línea, CORCOY BIDASOLO, “En el límite entre dolo e imprudencia (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1983), pp. 967 y ss., efectúa una detallada síntesis de los diferentes matices que al interior de las teorías tradicionales del dolo se han producido. Distingue cuatro grupos. En primer lugar, la teoría del consentimiento, al interior de la cual destaca la versión hipotética de la misma, que se sirve de la primera fórmula de FRANK, frente a la versión positiva, que acude a la segunda fórmula de FRANK. Asimismo, alude a aquellos autores que parten del conocimiento del sujeto sobre la probabilidad de producción del resultado para apreciar la existencia del consentimiento. En segundo lugar, hace referencia a la teoría del sentimiento, que centra su atención en la actitud interna del sujeto frente a la probable producción del resultado lesivo. En tercer lugar, al interior de la teoría de la probabilidad, distingue la versión estricta de la misma de la defendida por aquellos autores que, a fin de distinguir entre probabilidad y posibilidad, exigen un momento de decisión a favor de la conducta en cuanto peligrosa, siendo el objeto del querer ya no el resultado, sino la conducta. Finalmente, hace alusión a aquella corriente doctrinal que corrige la teoría de la probabilidad partiendo de la existencia del elemento intelectual, pero afirmando la necesidad de que concurra un elemento volitivo (teoría positiva del consentimiento). Otra clasificación es propuesta por LUZON PEÑA, *Lecciones de Derecho penal Parte General*, 2ª ed., pp. 250-251, quien sostiene que, además de

matices y eclecticismos, puede sostenerse que la teoría del consentimiento enfrenta al autor con el resultado, mientras que la teoría de la probabilidad renuncia a establecer un vínculo volitivo entre el autor y el resultado, y afirma la existencia de dolo eventual cuando al sujeto activo del delito le parece sumamente probable la de producción del resultado⁷⁷⁷.

Si bien podría entenderse que la teoría de la voluntad (o del consentimiento) parte siempre de un enfoque psicológico y que la teoría de la representación (o de la probabilidad) se estaría alejando del enfoque psicológico del dolo, veremos a continuación que se trata de una verdad a medias. Ello en atención a que la tradicional teoría de la voluntad sí se enmarca en una concepción psicológica, pero existen propuestas más recientes, como las de ROXIN y HASSEMER, que, partiendo de una concepción volitiva del dolo, proponen un enfoque normativo del problema. Del mismo modo, veremos que la tradicional teoría de la representación, a pesar de renunciar a establecer un vínculo psicológico entre autor y resultado, mantiene un enfoque psicológico al pretender acreditar el juicio subjetivo de probabilidad del sujeto; enfoque que sólo pretenderá ser superado a partir de las modernas teorías del dolo cognitivo. Estas precisiones refuerzan la capacidad de rendimiento de la clasificación en cuatro grupos propuesta en este trabajo.

Antes de abocarme a su desarrollo, no puedo dejar de lado la observación planteada en el sentido de que, en la práctica, no existirían grandes diferencias materiales entre las teorías de la voluntad y las teorías de la representación. Al respecto, PÉREZ BARBERÁ observa que la mayor parte de defensores de las teorías de la voluntad y de la representación no han llevado hasta las últimas consecuencias sus ideas, evidenciando más bien “tesis débiles” que se acercan a lo ecléctico, por lo que “la verdad es que entre ambos grupos de teorías no existen diferencias materiales relevantes; la diferencia es más bien formal o terminológica”⁷⁷⁸. RAGUÉS I VALLÈS defiende, en ese sentido, la existencia de un “consenso divergente” entre los diversos autores que tratan el problema del dolo: “consenso sobre las cuestiones de fondo pese a la divergencia en las

las teorías del consentimiento y de la representación, en sus versiones puras y no puras, y de la teoría del sentimiento o de la indiferencia, existen teorías mixtas o eclécticas, que sostienen que si el sujeto considera realmente probable el hecho, si se lo toma en serio y cuenta con él, por eso mismo también lo acepta y se conforma con el mismo. El mismo autor se muestra crítico frente a esta última propuesta, ya que entiende que no siempre es posible la coincidencia de criterios y resultados entre las teorías del consentimiento y de la probabilidad. Así, explica que el sujeto puede ser consciente de que no hay probabilidad, sino mera posibilidad no elevada del hecho y, a pesar de ello, aceptar su eventual producción. Asimismo, el sujeto puede considerar probable el hecho y sin embargo confiar en su no producción, lo que excluye el dolo para la teoría pura del consentimiento.

⁷⁷⁷ GIMBERNAT ORDEIG, *Ensayos Penales*, Tecnos, 1999, pp. 403-404.

⁷⁷⁸ PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual...*, p. 187.

palabras”⁷⁷⁹. Dicha situación se observa no sólo en la doctrina, sino también en la jurisprudencia alemana:

“(…) de un análisis pormenorizado de las sentencias en que formalmente se utilizó tal teoría se desprende la sospecha de que pocas veces fue aplicada con coherencia: en la práctica la solución estaba más cerca de la teoría de la representación que de la teoría del consentimiento, aunque los tribunales seguían afirmando utilizar esta última”⁷⁸⁰.

Ahora bien, lo cierto es que, conforme podremos observar más adelante al tratar los enfoques normativos del dolo, de una discusión básicamente terminológica limitada a cuáles son los elementos que deben conformar la conducta dolosa se ha pasado a plantear la problemática de si el dolo es algo que debe ser probado -punto de vista psicológico- o imputado -punto de vista normativo-. En este punto debe tenerse en cuenta la advertencia de CORCOY BIDASOLO quien, siguiendo a KINDHÄUSER, sostiene que no tiene ningún sentido exigir un elemento en el dolo que luego no pueda ser apreciado⁷⁸¹. Es decir que no se trata de dos problemas distintos o ajenos, sino íntimamente vinculados: qué es dolo y cómo se prueba el dolo. Estas últimas observaciones refuerzan también la pertinencia de la clasificación aquí propuesta, que parte de la observación de los dos planos distintos de análisis, el conceptual y el aplicativo. En tal sentido, nos permitiremos presentar y distinguir ambos aspectos de cada teoría que expongamos. El siguiente cuadro sintetiza las teorías que abordaré a continuación:

Enfoque psicológico volitivo	Enfoque psicológico normativo	Enfoque normativo volitivo	Enfoque normativo cognitivo	Teorías fuera del sistema
<ul style="list-style-type: none"> • Teoría del libre albedrío de Carrara • Teorías de la voluntad (consentimiento) • Teoría de la indiferencia de Engisch • Teoría de las normas de valoración de Mezger • Teorías modificadas de la voluntad 	<ul style="list-style-type: none"> • Teoría determinista de von Liszt • Teorías de la representación • Teoría finalista de Welzel • Teoría de A. Kaufmann • Teoría de Mir Puig • (Mención a las teorías de Bustos Ramírez y Molina Fernández) 	<ul style="list-style-type: none"> • Teoría de la decisión contra el bien jurídico de Roxin • Teoría de los indicadores de Hassemer • Teoría de Schünemann • Teoría de Díaz Pita • Teoría de Rodríguez Montañés 	<ul style="list-style-type: none"> • Teoría de Frisch • Teoría de Corcoy Bidasolo • Teoría de Silva Sánchez • Teoría de Feijoo Sánchez • Teoría de Hruschka • Teoría de Ragués i Vallès • Teoría de Jakobs • Teoría de Herzberg • Teoría de Puppe 	<ul style="list-style-type: none"> • Teoría de Pérez Barberá • Teoría de Porciúncula • Teoría de Lesch

Figura 2.3 Agrupación de teorías según cuatro enfoques del dolo

⁷⁷⁹ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 81.

⁷⁸⁰ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 76.

⁷⁸¹ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, 2ª ed., p. 264.

4.2. Enfoque psicológico volitivo

Las teorías reunidas en este apartado tiene en común que todas adoptan un enfoque psicológico volitivo, por lo que, para afirmar el dolo, exigen probar la efectiva existencia de los elementos cognitivo y volitivo en la mente del autor del delito. Se trata de teorías para las que, a **nivel conceptual**, el elemento fundamental para delimitar el dolo de la imprudencia es el volitivo, y, a **nivel aplicativo**, el dolo es un elemento interno que debe ser descubierto, toda vez que existe una relación subjetiva entre el autor y el resultado típico del delito. He considerado dentro de este grupo a la teoría de CARRARA y, fundamentalmente, su concepción de la culpabilidad como libre albedrío; la teoría del consentimiento; la teoría de la indiferencia defendida por ENGISCH; la concepción de dolo en la teoría del delito propuesta por MEZGER; y las teorías modificadas de la voluntad propuestas por la doctrina española contemporánea. Veremos que al interior de este grupo de teorías puede detectarse una evolución de una concepción estricta de dolo limitado a la intencionalidad directa de producir el resultado (concepto inicial de dolo de CARRARA) hasta una concepción relativa de dolo que admite la figura del dolo eventual, siempre desde un enfoque psicológico.

4.2.1. *Carrara, la teoría del libre albedrío y el dolo como voluntad*

Aquellos autores que explicaron la culpabilidad desde el libre albedrío y para quienes la voluntad era objeto primordial de reproche son un importante antecedente de las teorías que defienden un concepto de dolo como voluntad. Quizás el más representativo de dichos autores fue CARRARA (1805-1888), para quien “el Derecho penal tiene su génesis y su forma en una ley absoluta, porque constituye el único orden posible de la humanidad según las previsiones y la voluntad del Creador”⁷⁸². Según apunta MIR PUIG, “aunque Carrara adoptó la versión católico-tomista, y no el iusnaturalismo racionalista característico de la Ilustración, el recurso al Derecho natural tenía en la escuela clásica un sentido político liberal inequívoco”⁷⁸³. Procedo a describir el análisis de este autor y distinguir, en consecuencia, el nivel conceptual y el nivel aplicativo en la teoría del dolo de CARRARA.

A **nivel conceptual**, CARRARA definió el dolo como “la intención más o menos perfecta de ejecutar un acto que se sabe que es contrario a la ley” y entendió que la intención surgía “del concurso de la inteligencia y de la voluntad”. Concibió la intención “como un esfuerzo de la voluntad hacia cierto fin; y, en particular,

⁷⁸² MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, 2ª ed., pp. 155-156, quien cita a CARRARA, *Programa del curso de Derecho criminal, I* (trad. de JIMÉNEZ DE ASÚA), 2ª ed., Madrid, 1925, p. 13.

⁷⁸³ MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, 2ª ed., p. 156

como un esfuerzo de la voluntad hacia el delito”. En consecuencia, para CARRARA la esencia del dolo estaba en la voluntad, de la cual era una fase⁷⁸⁴.

CARRARA defendió la preeminencia del elemento volitivo del dolo, lo que iba en coherencia con su explicación de la culpabilidad desde el libre albedrío. LAURENZO explica que, para CARRARA, la esencia de los elementos del delito sólo podía derivarse de aquello que convertía al hecho en contrario a la ley penal y dado que la ley tiene como destinatarios a los seres humanos en tanto seres libres y capaces de decidir sobre sus actos, lo determinante desde el punto de vista subjetivo era siempre la decisión de actuar. Concluyo entonces con LAURENZO que, para CARRARA, sólo la voluntad podía ser objeto del juicio de reproche en el marco de un sistema en el que los elementos subjetivos fundamentaban la culpabilidad basada en el libre albedrío⁷⁸⁵. Confirma dicha observación el propio CARRARA al distinguir la intención, como acto de la voluntad, de la consciencia, como función del entendimiento, y al sostener que “se peca con la voluntad y no se peca con la inteligencia”⁷⁸⁶.

Al respecto, es ilustrativo el tratamiento que CARRARA dio a los casos de homicidio y, en específico a los casos de tentativa, en los que se evidencia su concepto volitivo del dolo y la relevancia que otorga al elemento intencional de la conducta:

“(…) el que da muerte con actos previstos como idóneos para darla, será responsable de homicidio, si en efecto la dieron, por haber buscado ese resultado homicida, ya que, aun cuando no hubiera querido matar precisamente, sin embargo previó que podía hacerlo, y lo hizo. El que no mata, a pesar de haber empleado actos idóneos para hacerlo y de haberlos empleado con el fin determinado de dar muerte, es responsable del título de homicidio intentado, ya que el título de homicidio, si no se basa en el resultado, sí se basa, en contra del agente, en su intención homicida. Pero el que no da muerte ni tuvo intención dirigida a darla, aunque hubiera previsto la posibilidad de ello (no realizada después), no podrá ser responsable del título de homicidio, pues este título ya no se basará en contra suya, ni en el efecto ni en la intención; no en el efecto, porque no fue conseguido; y no en la intención, porque la previsión es distinta de la voluntad, y no equivale a ésta para fines jurídicos, excepto cuando se ha seguido el resultado”⁷⁸⁷.

⁷⁸⁴ Cfr. CARRARA, *Opúsculos de Derecho criminal* (trad. de la 2ª ed. Italiana por Ortega Torres-Guerrero), t. I, Bogotá, 1976, pp. 231-233; CARRARA, *Programa de Derecho Criminal, Parte general* (trad. teniendo en cuenta las 5ª, 6ª y 7ª eds. italianas por ORTEGA TORRES-GUERRERO), t. I, Bogotá, 1956, p. 71.

⁷⁸⁵ LAURENZO COPELLO, *Dolo y conocimiento*, pp. 41 y 45.

⁷⁸⁶ CARRARA, *Opúsculos de Derecho criminal*, I, pp. 234-235. Según JIMENEZ DE ASÚA, *Principios de Derecho penal. La ley y el delito*, p. 362, CARRARA no alude a la voluntad de ocasionar un daño, y sólo se refiere a la voluntad de ejecutar el acto.

⁷⁸⁷ CARRARA, *Programa de Derecho Criminal, Parte especial*, (trad. teniendo en cuenta las 5ª, 6ª y 7ª eds. italianas por Ortega Torres-Guerrero), t. I, Bogotá, 1956, pp. 67-68.

Su concepto volitivo de dolo no llevó a CARRARA a desestimar la relevancia del elemento cognitivo. Si bien concluyó que no era la esencia del dolo, entendió que se trataba de un presupuesto indispensable del mismo. En su opinión, al definir el dolo como consciencia, se definía “el predicado, en lugar de definir el sujeto”⁷⁸⁸. Sin embargo, CARRARA no ocultó la función que la consciencia desempeña en la formación del dolo, ya que al aludir a la intención hacía referencia a “un acto de la voluntad iluminada por el entendimiento”⁷⁸⁹. Lo que hacía entonces era limitar la función del conocimiento a la de “iluminar a la voluntad, proporcionándole los datos que doten de sentido a la decisión de actuar”⁷⁹⁰.

Con relación a la imprudencia, CARRARA mantuvo el concepto volitivo y sostuvo que la culpa era imputable al sujeto porque había tenido su causa justamente en la voluntad del mismo. Justificaba dicha afirmación señalando que, “si la culpa fuera mero vicio de la inteligencia, por lógica consecuencia no sería imputable, ni moral ni políticamente”⁷⁹¹.

A **nivel aplicativo**, CARRARA manejó una concepción psicológica del dolo. Su clasificación del dolo en cuatro grados da fe de ello, máxime si tenemos en cuenta que las clases de dolo se determinaban para CARRARA “en razón inversa del impulso psicológico, y en razón directa de su permanencia”⁷⁹²:

- Dolo de primer grado o delito fríamente premeditado: “Espontaneidad y perseverancia en estado positivo; perseverancia del propósito malvado y ausencia de pasión violenta”.
- Dolo de segundo grado o simple deliberación: “Espontaneidad aminorada; perseverancia en estado positivo. Se tiene la continuación del propósito malvado por un largo intervalo, pero bajo el dominio de pasión vehemente”.
- Dolo de tercer grado o delito voluntario o de resolución imprevista: “Espontaneidad en estado positivo; perseverancia en estado negativo; ánimo exento de la embriaguez de pasión ciega; pero falta de intervalo entre la determinación y la acción”.
- Dolo de cuarto grado o delito cometido bajo el impulso de las pasiones: “Espontaneidad aminorada; perseverancia en estado negativo. Entre la determinación y la acción no hubo intervalo de tiempo, y hubo impulso de pasión ciega”.

⁷⁸⁸ CARRARA, *Opúsculos de Derecho criminal*, I, p. 231.

⁷⁸⁹ CARRARA, *Opúsculos de Derecho criminal*, I, p. 233.

⁷⁹⁰ LAURENZO COPELLO, *Dolo y conocimiento*, p. 42.

⁷⁹¹ CARRARA, *Programa de Derecho Criminal, Parte general*, I, p. 82.

⁷⁹² La clasificación que se cita a continuación se encuentra en CARRARA, *Opúsculos de Derecho criminal*, I, pp. 236-237.

Sobre su clasificación, explicaba CARRARA que una voluntad era más malvada y corrompida, cuanto más larga y tenazmente se sustentara en designios criminales. Asimismo, indicaba que un ánimo era más depravado y perverso, cuanto menos había sido arrastrado al propósito criminal por impulsos apasionados, que excitándolo lo habían llevado fuera del recto camino⁷⁹³. La explicación de CARRARA pone en evidencia su concepción del dolo como un elemento interno de la conducta humana y, específicamente, como intencionalidad directa de producir el resultado, la cual podía ser matizada en base a la existencia de impulsos psicológicos, como la “pasión ciega”.

Puedo afirmar también que CARRARA fue consciente del problema de determinación que planteaba la concepción estricta del dolo como intencionalidad directa de producir el resultado. Al respecto, si bien no postuló una teoría del dolo eventual, en su obra se planteó la existencia de un estado psicológico intermedio -entre el dolo directo y la imprudencia- que pertenecería a la especie del dolo. Se trataba de los casos de intención indirecta positiva -según la denominación de CARRARA- o de dolo indeterminado. Al respecto, en su Programa de Derecho Criminal, CARRARA distinguió los siguientes supuestos⁷⁹⁴:

- Los casos de intención directa en los que “el agente previó el efecto criminal, y lo quiso, considerándolo como consecuencia de los propios actos, los que ejecutó precisamente con el fin de producir, de un modo más o menos cierto, esas consecuencias”.
- Los casos de intención indirecta en los que “el efecto fue solamente una consecuencia posible de los propios actos, no prevista en manera alguna, o prevista sin quererla”. Se denomina intención indirecta “positiva” cuando el autor previó el efecto y, a pesar de ello, quiso los medios, aunque no quisiera precisamente el efecto; y se denomina “negativa” si el efecto posible no sólo no lo quiso el autor, sino que ni siquiera lo previó.

Según LAURENZO, CARRARA identificaba el concepto de voluntad indirecta positiva con la conducta dolosa y el de voluntad indirecta negativa con la imprudencia. Con relación a la primera, LAURENZO explica que, para CARRARA, en la voluntad del medio aparecía implícita la voluntad del resultado previsto, lo que implicaba que, siempre que hubiera previsión del resultado, habría dolo (determinado o indeterminado), puesto que, al ser consciente del riesgo, el agente estaba “integrando el efecto posible en la determinación de su voluntad”⁷⁹⁵. Es más, el propio CARRARA manifestó que, en los casos de intención

⁷⁹³ CARRARA, *Opúsculos de Derecho criminal*, I, p. 237.

⁷⁹⁴ CARRARA, *Programa de Derecho Criminal, Parte general*, I, pp. 71-72.

⁷⁹⁵ LAURENZO COPELLO, *Dolo y conocimiento*, p. 44.

indirecta positiva, por el concurso de la previsión y de la volición, siempre se configuraría “un dolo plenísimo”⁷⁹⁶.

Más adelante, en su libro “Opúsculos de Derecho criminal”, CARRARA efectuó una valoración de la distinción que hacían algunos criminalistas entre dolo determinado, dolo indeterminado y culpa, sosteniendo que, en el dolo determinado, el agente había previsto y querido el efecto más grave; en el dolo indeterminado lo había previsto, pero no lo había querido; y en la culpa ni lo había querido, ni lo había previsto, y solo lo podía prever. Sostuvo además que el dolo indeterminado era un estado intermedio entre el pleno dolo y la culpa, que pertenecía a la especie del dolo por la volición del medio con previsión del efecto, a lo que añadió que el dolo indeterminado se asemejaba a la preterintencionalidad, pero no se identificaba con la misma ya que “el dolo indeterminado exige la prueba de la previsión actual de la consecuencia más grave (...) mientras que la preterintencionalidad se contenta con una previsión presunta de la posibilidad de prever”⁷⁹⁷.

CARRARA aceptó entonces la formulación del dolo indeterminado y lo manifestó así para el caso del homicidio:

“El homicidio puede ser doloso, culposo y preterintencional. Es doloso cuando hay intención de dar muerte, intención que puede ser explícita, como sucede en el dolo determinado; para declarar doloso el homicidio, basta la intención implícita, como sucede en el dolo indeterminado, es decir, cuando se emplean medios que por su naturaleza dejaban prever que habrían podido ocasionar la muerte, aunque ésta no se quisiera como resultado necesario de los propios actos”⁷⁹⁸.

Si bien CARRARA acepta entonces la existencia de supuestos dolosos en los que no habría existido una intencionalidad directa de producir el resultado, exigirá siempre la concurrencia de una intención –al menos- implícita.

4.2.2. Teorías de la voluntad. Especial referencia a la teoría del consentimiento

Siguiendo a CORCOY BIDASOLO, comprendo como teorías de la voluntad a “todas aquellas posiciones doctrinales que otorgan un papel preponderante al elemento volitivo”⁷⁹⁹. Se trata de una tendencia doctrinal que comienza a surgir entre

⁷⁹⁶ CARRARA, *Opúsculos de Derecho criminal*, I, p. 246.

⁷⁹⁷ CARRARA, *Opúsculos de Derecho criminal*, I, pp. 241-242, quien además sostiene que en la práctica ambas nociones no suelen encontrarse en un mismo plano. Así, la figura del dolo indeterminado se aplica frecuentemente en los casos de tentativa, mientras que la preterintencionalidad se aplica sólo al efecto producido (resultado más grave). Por ende, la expresión tentativa preterintencional sería un contrasentido lógico y jurídico.

⁷⁹⁸ CARRARA, *Programa de Derecho Criminal, Parte especial*, I, p. 67.

⁷⁹⁹ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente...*, 2ª ed., p. 256.

finales del siglo XVIII y principios del XIX, “cuando las ideas sobre el dolo como intención psicológica se consolidan”⁸⁰⁰ y que tiene como expresión máxima la teoría del consentimiento, propuesta acogida por diversos autores del siglo XX para delimitar los casos de dolo eventual de los de imprudencia consciente. Procedo a describir el análisis de estas teorías y distinguir, en consecuencia, el nivel conceptual y el nivel aplicativo de las mismas.

A **nivel conceptual**, las teorías de la voluntad plantean que el dolo —en todos los casos— está formado por un elemento cognitivo y otro volitivo⁸⁰¹, otorgando preeminencia a éste último. En consecuencia, para estas teorías, la delimitación entre dolo e imprudencia depende de la presencia de un elemento volitivo en el primero que no existe en el segundo. Asimismo, se trata de un elemento volitivo que se dirige al resultado. Conforme sostiene FONTÁN BALESTRA, para que exista una conducta dolosa, no se trata de haber querido la acción, sino de haber querido el resultado, el cual el autor debe haberse propuesto realizar⁸⁰².

En MAURACH-ZIPF se define al dolo como la “imagen refleja” subjetiva del tipo objetivo. Para dichos autores, el dolo constituye el querer el resultado típico, precisando que dicho querer “presupone, en alguna medida, un saber”. Añaden que la teoría de la voluntad acentúa “la subordinación del elemento intelectual del dolo (la representación del hecho) al elemento emocional o de voluntad (el querer de realización)”⁸⁰³. En Latinoamérica, TOZZINI afirma que “el dolo en el Derecho penal significa toda resolución volitiva consciente hacia el delito, en cualquiera de sus múltiples clases normadas, con plena comprensión de la criminalidad del acto, con perfecta dirección de la acción resultante y con previsión de las consecuencias, de tal acción indebida”⁸⁰⁴.

Tanto a **nivel conceptual** como a **nivel aplicativo**, las teorías de la voluntad centran su atención en la problemática del dolo eventual y su delimitación frente a los casos de imprudencia. Así, las teorías de la voluntad incorporan lo que

⁸⁰⁰ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 60.

⁸⁰¹ DÍAZ-ARANDA, *Dolo. Causalismo-finalismo-funcionalismo y la reforma pena en México*, p. 147, quien sostiene que la voluntad a la que se refieren estas teorías no sólo es la voluntad de realizar una conducta sino la voluntad que abarca, en el sentido de desear el resultado.

⁸⁰² FONTÁN BALESTRA, *Tratado de Derecho penal, T. II, Parte General*, 2ª ed., p. 249.

⁸⁰³ MAURACH-ZIPF, *Derecho penal, Parte General. Teoría general del Derecho penal y estructura del hecho punible*, I, p. 380-382.

⁸⁰⁴ TOZZINI, *Dolo, error y eximentes putativas (desde el punto de vista de la psicología de la forma)*, Ediciones Depalma, 1964, p. 36. El mismo autor (p. 38, n. 37) recoge la explicación que efectúa Santo Tomás acerca de la ejecución voluntaria, en la que se distinguen doce pasos, de los cuales, los cuatro primeros se refieren a la intencionalidad de buscar un fin particular, los cuatro siguientes a la elección de medios y los cuatro últimos a la ejecución del acto voluntario. Este autor defiende además la idea de que el dolo es normativo, mientras que la psicología es explicativa. Al respecto, señala (p. 45) que “el magistrado tiene el deber de juzgar conforme a la conducta tipificada por el legislador; la psicología será su auxiliar siempre que la explicación del fenómeno mental sirva para una mejor adecuación de la sanción que deberá aplicarse en el caso concreto”.

RAGUÉS I VALLÈS denomina acertadamente como “sucedáneos de la voluntad”⁸⁰⁵. Los defensores de estas teorías son conscientes de las limitaciones de una teoría estricta del dolo, que lo limite a casos de directa intencionalidad de producir el resultado. Así, asumen desde un inicio que en determinados casos no es posible afirmar que el sujeto activo haya querido la realización del hecho, a pesar de que se trata de supuestos que merecen la pena del delito doloso y no la del imprudente. Construyen entonces soluciones en base a la figura del dolo eventual y a proponer actitudes internas que permitan –desde una perspectiva psicológica- determinar si el caso concreto configura un supuesto doloso.

Siguiendo a RAGUÉS I VALLÈS, podemos afirmar que las teorías de la voluntad recurren a “ampliaciones del concepto ‘querer’, admitiendo que también quiere el sujeto que, además de representarse como posible la realización del tipo, mantiene una ‘especial relación emocional’ con el resultado o demás circunstancias del hecho que deban abarcarse dolosamente”⁸⁰⁶. El elemento volitivo (“querer”) es reemplazado por los denominados “sucedáneos de la voluntad”.

Se trata entonces de teorías que se alejan de la propuesta de estricta identidad del dolo con la intención defendida por FEUERBACH y algunos de sus contemporáneos, que conforman el grupo de autores que PÉREZ BARBERA denomina como “contrarios al dolo eventual”. Para este último autor, las teorías de la voluntad son más bien “tesis débiles de la voluntad”, que recurren a componentes emocionales -consentir el resultado, aprobar el resultado, aceptar el resultado, estar de acuerdo con el resultado- como correctivos a efectos de ampliar el campo del dolo⁸⁰⁷.

A **nivel conceptual**, ROXIN entiende que la expresión más influyente de la teoría de la voluntad ha sido la teoría de la aprobación o del consentimiento, en la que la característica esencial del dolo eventual es “la aprobación del resultado como una realidad interior autónoma añadida a la previsión de la producción del mismo”⁸⁰⁸. Según GIMBERNAT, para esta teoría “lo que caracteriza al dolo en general (directo de primer grado, directo de segundo grado, eventual) es, se dice,

⁸⁰⁵ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 65.

⁸⁰⁶ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 61.

⁸⁰⁷ PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual...*, pp. 169 y 176-177, quien sostiene que se trata de una tesis débil de la voluntad toda vez que “dicha versión se preocupa por dejar expresamente en claro que no hay voluntad sin representación, con lo cual, en el fondo, sienta las bases para las formulaciones eclécticas (...) y, en segundo lugar (...), para cumplir con el cometido de ampliar el ámbito del dolo más allá de la intención directa acude, básicamente, a dos procedimientos: o bien a una “interpretación amplia” del término “querer” (para justificar la imputación al dolo de ciertas consecuencias ligadas necesariamente a la acción, pero no estrictamente queridas por el autor: dolo directo de segundo grado), o bien a elementos del ánimo, de la actitud interna o emocionales (para justificar la imputación al dolo de ciertas consecuencias posibles de la acción, tampoco estrictamente queridas)”.

⁸⁰⁸ ROXIN, *Derecho penal, Parte general...*, pp. 430-431.

que existe una “voluntad”, es que se quiere el resultado”⁸⁰⁹. En la misma línea, para DÍAZ PITA, la teoría del consentimiento exige que el sujeto, desde un punto de vista interno, haya consentido en la producción del resultado o que haya estado de acuerdo con dicho resultado⁸¹⁰. Por su parte, JESCHECK afirma que dicha teoría “exige que el autor debe haber “aprobado” el resultado, que lo “haya aceptado con su aprobación” o que, finalmente, también hubiera actuado en caso de “conocimiento seguro del mismo”⁸¹¹. En términos generales, MIR PUIG sostiene que para la teoría del consentimiento o de la aprobación “lo que distingue al dolo eventual de la culpa consciente es que el autor consienta en la posibilidad del resultado, en el sentido de que lo apruebe”⁸¹². ROXIN concluye que, de tomarse literalmente el criterio de la aprobación, “se ha de exigir que al autor le agrade el resultado, que se alegre de él”⁸¹³.

A **nivel aplicativo**, siguiendo a CORCOY BIDASOLO, consideramos pertinente distinguir dos postulados claramente diferenciados de la teoría del consentimiento: la teoría hipotética del consentimiento y la teoría positiva del consentimiento⁸¹⁴. Ambos pretenden dar respuesta a la prueba del elemento volitivo. RAGUÉS I VALLÈS, haciendo alusión a la obra de GROSSMANN, sostiene que cada una de las teorías recurre a una de las dos fórmulas planteadas por REINHARD FRANK, quien curiosamente se calificó como partidario de la teoría de la representación⁸¹⁵.

En primer lugar, **la teoría hipotética del consentimiento** se basa en los planteamientos de la primera fórmula de FRANK⁸¹⁶ creada en 1890⁸¹⁷, la cual postula que “concorre el consentimiento necesario para el dolo eventual cuando, habiendo previsto el autor como posible la realización del tipo, puede afirmarse que habría actuado igualmente de haberla previsto como segura”^{818/819}. Habrá, en cambio, culpa consciente “si el autor sólo lleva a cabo su actividad abrazándose a la posibilidad de que no se produzca el delito”⁸²⁰ y dejando de

⁸⁰⁹GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios de Derecho penal*, 2ª ed. ampliada, p. 181.

⁸¹⁰DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, p. 168.

⁸¹¹JESCHECK-WEIGEND, *Tratado de Derecho penal, Parte General*, 5ª ed., p. 324.

⁸¹²MIR PUIG, *Derecho penal, Parte General*, 10ª ed., p. 272.

⁸¹³ROXIN, *Derecho penal, Parte general...*, pp. 431.

⁸¹⁴MEZGER, *Tratado de Derecho penal*, II, p. 160, sostiene que el contraste entre la teoría positiva del consentimiento y la teoría hipotética del consentimiento lo determina, principalmente, la evolución de la teoría de FRANK.

⁸¹⁵RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 62.

⁸¹⁶CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente...*, 2ª ed., p. 257.

⁸¹⁷PÉREZ BARBERA, *El dolo eventual...*, p. 181, anota que esta fórmula ya había sido propuesta en términos similares en 1844 por BREIDENBACH, siendo que el propio FRANK reconoce dicho antecedente.

⁸¹⁸RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, pp. 62-63.

⁸¹⁹Si bien un sector de la doctrina denomina a esta fórmula como teoría del consentimiento, LAURENZO COPELLO, *Dolo y conocimiento*, p. 54, sostiene que “FRANK se ocupó de aclarar que con ella no se pretendía trazar un nexo entre la voluntad y resultado, sino establecer bajo qué condiciones la representación del resultado posible adquiriría la gravedad propia del delito doloso”.

⁸²⁰MIR PUIG, *Derecho penal, Parte General*, 10ª ed., p. 272.

actuar si supiera que ha de tener lugar el resultado delictivo. GIMBERNAT cita la formulación de V. HIPPEL⁸²¹ en los siguientes términos:

“¿Cómo se habría comportado el autor, si hubiese sabido con seguridad que con el resultado perseguido se produce necesariamente el resultado antijurídico? Si, a pesar de ello, hubiese actuado (...) existe *dolus eventualis*; en caso contrario, imprudencia consciente”⁸²².

V. HIPPEL acogió claramente la primera fórmula de FRANK y sostuvo además que contra el autor doloso cabía un reproche ético por su egoísmo al hacer primar sus intereses frente a los lesionados. Para el primero, existía dolo cuando la producción del resultado antijurídico había sido para el autor más querida que la renuncia a su hecho y el egoísmo le había seducido a colocar sus fines por encima de la lesión del ordenamiento jurídico⁸²³. En resumen, existe dolo eventual para esta teoría cuando el autor, que sólo se representa como posible la realización del tipo, habría actuado aun previendo ésta como segura.

Según FEIJOO SÁNCHEZ, la versión hipotética de la teoría del consentimiento carece hoy de relevancia, al ser sus defectos evidentes. Entre estos, alude a que “es imposible saber lo que el autor hubiera hecho, el reproche jurídico-penal debe ir dirigido a lo que el autor efectivamente ha realizado y no tener como punto de referencia lo que el autor quizás hubiera hecho en otras circunstancias”⁸²⁴. Se trata, en mi opinión, no sólo de un enfoque psicológico, sino además de un enfoque que se sustenta en especulaciones.

En segundo lugar, **la teoría positiva del consentimiento** “excluye el dolo cuando el autor espera o se ha persuadido de que el resultado no va a

⁸²¹ Según PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual...*, p. 179, la propuesta de dolo de VON HIPPEL “parte de la idea de que “también las consecuencias indiferentes o desagradables pueden ser queridas, claro que no aisladamente, pero sí pueden ser “co-queridas” junto a las consecuencias deseadas”. Es, entonces, todo el complejo de circunstancias (la meta perseguida *junto* a las demás consecuencias accesorias) al que cabe estimar querido o co-querido”.

⁸²² GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios de Derecho penal*, 2ª ed. ampliada, p. 178.

⁸²³ FEIJOO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, p. 50, quien cuestiona la versión de la teoría elaborada por V. HIPPEL, más allá de su carácter ético, por el hecho de que el egoísmo es una característica que también se puede predicar del autor imprudente. Por su parte, PÉREZ BARBERA, *El dolo eventual...*, pp. 182-183, se pregunta cómo V. HIPPEL, claro representante de la teoría de la voluntad, aplica en su sistema la primera fórmula de FRANK, siendo este último partidario de la teoría de la representación. Al respecto, se responde aludiendo al propio V. HIPPEL, quien aduce que la fórmula de FRANK cobra sentido cuando es empleada como medio de constatación del dolo dentro de la teoría de la voluntad, “pues lo que con ella se consigue es determinar cuándo el autor quiso o no quiso la realización del tipo. (...) la primera fórmula de FRANK resultaba ideal para dar sustento a la posición de V. HIPPEL, pues, según este último, una prueba evidente de que para el sujeto es más importante el logro de sus propios intereses que el respeto a los bienes jurídicos ajenos es proporcionada por la constatación de que “el autor, aun suponiendo una conexión segura de ese resultado con el fin perseguido, *ceteris paribus* hubiese actuado de todos modos”.

⁸²⁴ FEIJOO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, p. 47.

producirse”⁸²⁵, recurriendo a la segunda fórmula de FRANK, la cual en 1929 fue planteada en los siguientes términos: “Si el autor se dijo: sea así o de otra manera, suceda esto o lo otro, en todo caso actúo, entonces su culpabilidad es dolosa”⁸²⁶. Como aprecia RAGUÉS I VALLÈS, en esta segunda fórmula:

“(…) el elemento emocional del consentimiento ya no parece tener una sustancialidad propia, pues la nueva fórmula sólo se basa en la concurrencia de dos elementos: primero, que el autor se represente la posibilidad del resultado (“con independencia de lo que pueda pasar…”) y, segundo, que pese a ello lleve a cabo su conducta (“…en cualquier caso, yo actúo”), esto es, acción acompañada de representación”⁸²⁷.

Va más allá SANCINETTI quien entiende que acoger la segunda fórmula de FRANK implica salirse de los límites de la teoría del consentimiento. Así sostiene que, “o rige la fórmula de FRANK del dolo directo hipotético (fórmula I) cuya absoluta inutilidad está a la vista, o se llega a la teoría de la representación: hay dolo siempre que el autor actúe a pesar de considerar posible el resultado”⁸²⁸.

Según sostiene ROXIN⁸²⁹, la teoría del consentimiento experimenta una interpretación particular en la posguerra, con específica ocasión de la sentencia del Tribunal Supremo alemán⁸³⁰ de 1955 en la que resolvió **el caso de la correa de cuero (Lederriemenfall)**⁸³¹ y condenó por homicidio doloso a dos sujetos en

⁸²⁵ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 63, n. 116.

⁸²⁶ MEZGER, *Tratado de Derecho penal*, II, p. 160, señala que este segundo planteamiento implica el retroceso de la primera fórmula al papel de un simple medio de prueba.

⁸²⁷ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 63.

⁸²⁸ SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, 1ª ed., 2ª reimpr., Hammurabi, 2005, p. 167.

⁸²⁹ ROXIN, *Derecho penal, Parte general...*, p. 432, sostiene que dicha interpretación, en su resultado, conduce a la posición que él defiende.

⁸³⁰ Una completa revisión de la evolución de la teoría del consentimiento en la jurisprudencia alemana en PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual...*, pp. 255 y ss., quien entiende que el desarrollo de dicha jurisprudencia reproduce la polémica entre V. HIPPEL, quien defendía que, para atribuir dolo en los casos de representación como posible de la consecuencia típica, bastaba con una indiferencia relativa del autor respecto de la lesión del derecho, y ENGISCH, quien sostenía que se debía exigir una indiferencia absoluta. Asimismo, acerca de la jurisprudencia actual del Tribunal Supremo Federal alemán, sostiene que “se esfuerza por mantenerse terminológicamente dentro de los márgenes de la teoría de la aprobación o del consentimiento. Pero no carecen de razón dichos autores cuando advierten que, en rigor, los casos se resuelven conforme a los principios de otras teorías (salvo –como dice PUPPE– los relativos a homicidios). (...) Por el momento, queda claro que su insistencia en amoldar los supuestos de dolo eventual a los requisitos propios del dolo directo de primer grado (en eso consiste, básicamente, la pretensión de la teoría de la voluntad), no sólo lo ha obligado a un uso extravagante del lenguaje, sino que ha contribuido a generar malentendidos en lo que atañe a la noción misma de dolo eventual”.

⁸³¹ BGHSt 7, 363. El hecho materia de sentencia es citado por RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, pp. 83 y ss., en los siguientes términos: “el joven de casi 20 años de edad K. había conocido en 1953 al vendedor de seguros M., con quien había accedido a mantener ciertos contactos sexuales, probablemente a cambio de dinero. También por aquellas fechas, el citado K. entabló amistad con J. para poder comprar ropa y pagar el alquiler de una casa habitación, a estos dos últimos sujetos se les ocurrió la idea de sustraer a M. cierta cantidad de dinero, pensando que éste no les denunciaría por temor a que trascendieran sus relaciones homosexuales, por aquel entonces delictivas. Con este fin planearon que, una vez dentro de su

los que no concurrió “la intención” de matar, puesto que la muerte de la víctima implicaba la posibilidad de ser descubiertos en el hurto que estaban cometiendo. La sentencia sostiene entre sus fundamentos lo siguiente: “También puede darse dolo eventual cuando el sujeto no desea la producción del resultado. En sentido jurídico, el mismo aprueba ese resultado pese a todo, cuando, en atención al objetivo perseguido (...), se resigna también a que su acción produzca el resultado en sí indeseado, y por tanto lo quiere en el caso de que se produzca”. Según RAGUÉS I VALLÈS, en esta sentencia pueden identificarse tanto las posturas que siguen exigiendo el elemento volitivo para el dolo como las que consideran superfluo dicho elemento. Así, sostiene:

“El mantenimiento a nivel terminológico del dolo como conocer y querer es un argumento para las primeras, aunque el “aprobar en sentido jurídico” que emplea el BGH para caracterizar el elemento volitivo del dolo eventual queda, sin duda alguna, muy lejos del verdadero querer. La neutralización de las connotaciones emocionales de este segundo elemento (...) es precisamente, un argumento a favor de las teorías cognitivas”⁸³².

La teoría de la voluntad –y en específico la teoría del consentimiento- ha sido objeto de diversas críticas que a continuación resumo y comento:

- 1) Se ha objetado a la teoría del consentimiento el hecho de que colisiona con el principio de culpabilidad, al pretender juzgar la personalidad del autor y no los actos que realiza. Al respecto, MIR PUIG sostiene que la aprobación que exige la teoría del consentimiento distingue el dolo eventual de la culpa consciente no en base a un momento estrictamente volitivo, “sino a una actitud interna del autor que exige más que la voluntad”⁸³³. Va más allá CORCOY BIDASOLO, quien sostiene que la aceptación, la aprobación o la indiferencia ante el resultado suponen “un juicio sobre la personalidad del

vivienda, dejarían a M. inconsciente dándole un golpe con un saco de arena en la cabeza, habiendo descartado antes la posibilidad de hacerlo cortándole la respiración con una correa de cuero por temor a causarle la muerte. El 25 de febrero de 1954 K. y J. convencieron a M. para que les permitiera pasar la noche en su casa, a lo que éste accedió. A las cuatro de la madrugada y de acuerdo con el plan, J. golpeó a M. mientras éste dormía con el saco de arena en la cabeza, acción que sólo sirvió para despertarle. En aquel preciso momento K. recurrió a la correa de cuero, que había llevado consigo, y, con la ayuda de J., consiguió colocarla alrededor del cuello de M., tirando con fuerza de ambos extremos hasta que éste dejó de moverse, procediendo entonces a maniatarlo. Seguidamente, se apoderaron de una serie de objetos y, tras intentar en vano algunas maniobras de reanimación, abandonaron la vivienda. A consecuencia del uso de la correa se produjo la muerte de M.”. Una traducción completa de la sentencia puede encontrarse en PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual...*, pp. 262 y ss. Mayor detalle en RAGUÉS I VALLÈS, “Caso del Cinturón”, en SÁNCHEZ-OSTIZ (coord.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal*, La Ley, 2011, pp. 193 y ss, en el que sostiene que (p. 200) “la sentencia llegó en un momento en el que las doctrinas finalistas se encontraban en pleno apogeo”.

⁸³² RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, pp. 86-87.

⁸³³ MIR PUIG, *Derecho penal, Parte General*, 10ª ed., p. 272.

autor⁸³⁴. En la misma línea, JESCHECK afirma que con esta teoría “no se valora el hecho sino al autor”⁸³⁵. Se trata en consecuencia de una teoría que, aun desde el nivel conceptual, elabora categorías jurídicas no previstas en ninguna ley⁸³⁶, que generan que se valore la personalidad y la esfera íntima del autor, más no el hecho que éste realiza, con lo que colisiona con el principio de culpabilidad⁸³⁷, que prescribe que la responsabilidad penal debe ser de hecho y no de autor.

Evidencia adicional de la colisión de las teorías de la voluntad con el principio de culpabilidad es el hecho de que, para estas teorías, el objeto del dolo sea el resultado y no la conducta del autor⁸³⁸. Si partimos de una concepción imperativa de las normas penales, entendiéndolas como normas de determinación, lo evitable por parte del sujeto activo es la realización de la conducta típica y no la producción del resultado. En ese sentido, el objeto del dolo debe centrarse en la conducta típica y no en el resultado, tal como plantean las teorías objeto de crítica.

- 2) Un segundo grupo de críticas se dirigen al nivel aplicativo de la teoría del consentimiento, ya que la misma exige constatar un hecho que en la realidad no existe, por lo que recurre a una presunción del elemento volitivo. Al respecto, JESCHECK sostiene que la teoría del consentimiento construye el dolo eventual como un dolo directo hipotético⁸³⁹, a lo que CORCOY BIDASOLO apunta que la exigencia del elemento volitivo en el dolo eventual se traduce en un “querer presunto”⁸⁴⁰. En la misma línea, GIMBERNAT precisa que el verdadero problema de la teoría del consentimiento no es que exista un hecho difícil de constatar (la voluntad), sino que dicho hecho que se exige constatar en la realidad no existe. Así, señala que la teoría del consentimiento “exige que se pruebe un hecho que no se ha dado en la realidad: no es que sea difícil probar lo acaecido, es que se quiere probar lo que no ha acaecido”⁸⁴¹. En la misma línea, RAGUÉS I VALLÈS sostiene que “a la primera

⁸³⁴ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente...*, 2ª ed., p. 263. Por su parte, RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 64, refiere que muchos autores entienden que “el juicio se acaba llevando a cabo a partir de la personalidad del sujeto”.

⁸³⁵ JESCHECK-WEIGEND, *Tratado de Derecho penal, Parte General*, 5ª ed., p. 324.

⁸³⁶ A esta crítica puede ir unida una de carácter más bien positivista, aunque válida. Es aquella que sostiene que el derecho positivo “no determina que para imputar un resultado a típico a título de dolo el autor tenga que asumirlo o aceptarlo de alguna manera”. En: FEIJOO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, p. 43.

⁸³⁷ En ese sentido, SILVA SÁNCHEZ, “Observaciones sobre el conocimiento “eventual” de la antijuridicidad”, en *ADPCP*, t. XL Fascículo III, septiembre-diciembre 1987, p. 659.

⁸³⁸ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente...*, 2ª ed., p. 263.

⁸³⁹ JESCHECK-WEIGEND, *Tratado de Derecho penal, Parte General*, 5ª ed., p. 324.

⁸⁴⁰ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente...*, 2ª ed., p. 258.

⁸⁴¹ GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios de Derecho penal*, 2ª ed. ampliada, p. 185. El mismo autor añade que (p. 186) “en realidad, la teoría del consentimiento tiene como presupuesto que el juez se plantee por el sujeto activo lo que éste nunca se planteó (considerar como cierto lo que sólo le pareció probable) y que conteste por ese sujeto lo que éste nunca se contestó a la cuestión por él nunca planteada (si imaginado el resultado como seguro, habría o no actuado)”.

fórmula de FRANK se le reprocha que no fundamente la existencia de dolo en un hecho real, sino en una mera hipótesis: cómo habría actuado el sujeto en caso de saber con certeza que se iba a producir el resultado”⁸⁴². Pero lo cierto es que ese caso -saber con certeza que se iba a producir el resultado- no se ha verificado en la realidad.

Estas dos primeras críticas se dirigen principalmente a la versión hipotética de la teoría del consentimiento. Al respecto, FEIJOO SÁNCHEZ refiere que la teoría del consentimiento es consecuencia de “una visión psicologicista de la imputación que da lugar a resultados arbitrarios”⁸⁴³, ya que hace depender la imputación dolosa de la actitud del autor frente al resultado. En especial, la teoría hipotética del consentimiento y la aplicación de la primera fórmula de FRANK tienen el grave inconveniente de “basar realmente el reproche culpabilístico más en el desvalor del carácter del autor que en el desvalor del hecho”⁸⁴⁴.

- 3) En tercer lugar, la teoría del consentimiento también adolece de problemas vinculados a la seguridad jurídica. Al respecto, KAUFMANN formula las siguientes preguntas que apuntan a evidenciar los problemas de inseguridad jurídica que plantearía adoptar esta teoría:

“¿Cómo podría depender de matices emocionales la diferencia lapidaria que existe entre una muerte dolosa y la causación culposa de muerte?
¿Se convierte la culpa en dolo si el conductor, que por ligereza está a punto de pasar rozando a un peatón, que estima ser su competidor, se dice: “¿Si cojo a ese, no hay nada que lamentar?””⁸⁴⁵

Dichas preguntas evidencian que el planteamiento de la teoría del consentimiento no permite establecer respuestas predecibles a los casos límite, sino más bien abre la puerta a especulaciones presuntivas y a la arbitrariedad.

Los problemas de inseguridad jurídica se observan en la aplicación de la teoría del consentimiento, ya que la misma nos lleva a resultados insostenibles, especialmente en aquellos casos en los que se excluyen recíprocamente el resultado perseguido y el resultado valorado como posible⁸⁴⁶. Al respecto, MIR PUIG cita el caso “Lacmann”, en el que un sujeto apuesta con otro que logrará alcanzar con un disparo el vaso que tiene una

⁸⁴² RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 64. Al respecto, ver también PUPPE, *La distinción entre dolo e imprudencia*, p. 65.

⁸⁴³ FEIJOO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, p. 43.

⁸⁴⁴ FEIJOO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, p. 48.

⁸⁴⁵ KAUFMANN, “El dolo eventual en la estructura del delito” (trad. Suárez Montes), en *ADPCP*, fascículo 2, 1960, p. 202.

⁸⁴⁶ JESCHECK-WEIGEND, *Tratado de Derecho penal, Parte General*, 5ª ed., p. 324.

mujer en la mano; sin embargo, ocasiona la muerte de la mujer⁸⁴⁷. En este supuesto, como en todos los demás casos de apuestas que ponen en riesgo un bien jurídico penal, la primera fórmula de FRANK llevaría a imputar un homicidio imprudente, ya que, de saber seguro que el delito se produciría, el sujeto no habría efectuado el disparo, ya que habría perdido la apuesta, objeto de su acto. Dicho en otras palabras, la teoría del consentimiento “falla estrepitosamente en supuestos en los que el resultado producido es incompatible con los fines del autor o los frustra”⁸⁴⁸. Al respecto, es gráfico también el caso de los mendigos rusos citado por FEIJOO SÁNCHEZ⁸⁴⁹, en el que los mendigos mutilan a los niños con los que realizan su actividad sabiendo que sus vidas corren peligro, pero si supieran que los niños van a morir, preferirían venderlos o explotarlos de una forma distinta, a fin de no perder dinero. De morir uno de los niños, ¿podría calificarse entonces la conducta de los mendigos como homicidio imprudente? Desde la perspectiva de la teoría hipotética del consentimiento, sí; lo que resulta contrario a un mínimo sentido de justicia⁸⁵⁰.

- 4) Se ha sostenido también como crítica que la teoría del consentimiento colisiona con el principio de lesividad y, en específico, atenta contra la función de protección de bienes jurídicos, al sancionar como dolosos supuestos de escaso peligro objetivo y como imprudentes casos de extremo peligro. Al respecto, MIR PUIG sostiene que la teoría del consentimiento afirma la existencia de dolo eventual en casos de conciencia de escaso peligro objetivo, “si el autor no se oponía interiormente al resultado” y estima la existencia de culpa consciente en actividades extremadamente peligrosas, “con tal de que el autor, pese a ser consciente de su gran peligrosidad,

⁸⁴⁷ MIR PUIG, *Derecho penal, Parte General*, 10ª ed., p. 273.

⁸⁴⁸ FEIJOO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, p. 51. En el mismo sentido, PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual...*, p. 184, sostiene que, si aplicáramos la primera fórmula de FRANK, según la propuesta de V. HIPPEL, cabría imputar sólo lesiones imprudentes, ya que “lo decisivo para la acción del muchacho fue la esperanza de no herir a la niña (...); es decir: si hubiese previsto a la lesión como segura, no hubiera disparado. Pero es evidente que, en este caso, el muchacho privilegió su propio interés por sobre el respeto a la integridad física de la víctima, y debiera por tanto ser castigado con la pena del dolo”.

⁸⁴⁹ FEIJOO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, p. 51.

⁸⁵⁰ JIMÉNEZ DE ASÚA, *Principios de Derecho penal. La ley y el delito*, p. 369, en un sentido distinto, señala que en este ejemplo sí funciona la teoría del acogimiento, no siendo necesario acudir a la de la previsibilidad. Explica dicho autor que, al mutilar a los niños, los mendigos ratifican la posibilidad de la muerte, la aceptan como consecuencia de sus maniobras para poner a la criatura en situación de que excite la caridad ajena. En otro sentido, DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, p. 202, n. 134, destaca la solución que PHILIPPS da a este caso, al entender que la decisión de realizar la lesión puede haber sido considerada de tal forma que el resultado muerte no deseado aparezca como la consecuencia de un comportamiento racional. En esa línea, cabría la posibilidad de que los mendigos partiesen de una estrategia más amplia, consistente en comprar muchas víctimas considerando que, incluso cuando uno de cada dos niños muriera, aún obtendrían una ganancia. En consecuencia, en el plan de los mendigos, la muerte de por lo menos un niño está prevista, aun cuando en el caso particular dicho resultado no sea querido y realicen los esfuerzos para que ello no suceda.

desease que no produjese el resultado”⁸⁵¹. En este último supuesto, podemos considerar con FEIJOO SÁNCHEZ que las teorías de la voluntad conducen a privilegiar de forma injustificada al autor especialmente temerario frente a otros más prudentes. En opinión de este autor, el que “tiene el hecho típico ante los ojos” ya no es digno de verse exonerado de responsabilidad por “haber confiado”. Así, según FEIJOO SÁNCHEZ, a diferencia de lo que postulan las teorías de la voluntad, sólo debería ser relevante la confianza en la no producción del resultado cuando el sujeto carece de información suficiente sobre la lesividad de su conducta o cuando emprende medidas de evitación mínimas⁸⁵². La confianza irracional⁸⁵³ o en el azar deben ser entonces irrelevantes.

- 5) Finalmente, RAGUÉS I VALLÈS cuestiona a esta teoría que “sitúa demasiado alto el límite entre el dolo y la imprudencia, desde luego mucho más alto de lo que, desde una perspectiva de merecimiento de pena, se puede aceptar”⁸⁵⁴. En opinión de dicho autor, ello genera que pocas veces haya sido aplicada con coherencia por la jurisprudencia. En esa línea, CORCOY BIDASOLO sostiene que, si bien el TSE se decanta por la teoría del consentimiento, recurriendo generalmente a la primera fórmula de FRANK, ello “se sitúa en el nivel de las “meras declaraciones de principios”. Puesto que, en el momento de resolver sobre el caso concreto, se sirve de criterios, que podemos denominar, de oportunidad o de conveniencia”⁸⁵⁵. Por un lado, criterios de oportunidad extensivos, en aquellos casos de gran significado antisocial en los que no cabe la comisión imprudente y el TS ni siquiera se pregunta por la voluntad de realización del resultado, pasando directamente a enjuiciar la personalidad del autor. Se aplica este criterio sobre todo en los casos de tráfico ilícito de drogas. Por otro lado, existen criterios de oportunidad restrictivos que sigue el TS en los casos de actividades peligrosas aceptadas por su utilidad. En estos supuestos, se excluye de plano la calificación dolosa de los hechos. Caso paradigmático es el del tráfico

⁸⁵¹ MIR PUIG, *Derecho penal, Parte General*, 10ª ed., p. 273.

⁸⁵² FEIJOO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, pp. 31-32.

⁸⁵³ Al respecto, SILVA SÁNCHEZ, “Observaciones sobre el conocimiento “eventual” de la antijuricidad”, p. 652 n. 22, sostiene que, “si la confianza tiene un fundamento racional, de hecho nos hallamos ante una situación de error, pues el sujeto toma nuevos elementos de conocimiento (aunque erróneos) que incorpora a su conocimiento de la realidad. Si los fundamentos son irracionales, en cambio, la cosa es diferente, pues, en tal caso, el sujeto conoce perfectamente la realidad, lo que difícilmente permite hablar de error. Se da aquí, según creo, una situación de dolo eventual, en la que la decisión acerca de la atenuación o no respecto al dolo directo podrá producirse atendiendo a criterios de exigibilidad”. Entiende el mismo autor (p. 654) que la exigibilidad debe desempeñar un papel de cierta trascendencia en la resolución de los casos límite entre dolo eventual y culpa consciente.

⁸⁵⁴ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, pp. 75-76.

⁸⁵⁵ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente...*, 2ª ed., pp. 264-265. En la misma línea, ZUGALDÍA ESPINAR, “La demarcación entre el dolo y la culpa: El problema del dolo eventual”, en *ADPCP*, t. XXXIX, fascículo II, mayo-agosto 1986, pp. 407 y ss.

viario⁸⁵⁶. No es casualidad entonces que las actuales concepciones normativas del dolo, que serán abordadas más adelante, conlleven la calificación como dolosas de conductas en el tráfico viario.

En conclusión, a **nivel conceptual**, para las teorías de la voluntad el elemento esencial del dolo es el volitivo entendido como querer el resultado típico. Dicho elemento es el que permite distinguir la conducta dolosa de la conducta imprudente. A **nivel aplicativo**, las teorías de la voluntad recurren a una concepción psicológica del dolo, ya que para delimitarlo de la culpa en el caso concreto deben verificar la existencia de un elemento interno entendido como aprobación o consentimiento de dicho resultado. Como hemos visto, este enfoque psicológico genera graves problemas de prueba que, especialmente desde la teoría del consentimiento, pretendieron ser solventados a través de las fórmulas de FRANK. Ello no generó más que acrecentar las críticas a la teoría por colisionar con dos principios fundamentales del Estado social y democrático de Derecho. Por un lado, colisionan con el principio de culpabilidad al comprender el dolo eventual como un dolo directo hipotético o querer presunto, exigiendo en su versión hipotética la prueba de un elemento no existente en la realidad y pretendiendo inquirir sobre la actitud interna del autor. Por otro lado, colisionan con el principio de lesividad, ya que sancionan como dolosos supuestos de escaso peligro objetivo y como como imprudentes casos de extremo peligro.

4.2.3. Teoría de la indiferencia

Una tercera propuesta de la dogmática penal que se enmarca en el enfoque psicológico volitivo es la de ENGISCH, quien, en su obra “Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht”, sostiene que para atribuir una conducta dolosa es, en principio, indiferente el grado de representación del autor, si es que ha actuado con intención⁸⁵⁷. Al respecto, PÉREZ BARBERÁ explica que, para ENGISCH, intención dolosa es “la voluntad de realización del resultado típico con representación de la peligrosidad objetiva de la acción elegida para alcanzar ese fin⁸⁵⁸”, la cual se distingue de los meros deseos, que están constituidos por la voluntad de realización sin representación de la peligrosidad objetiva.

Ahora bien, nos interesa sobre todo hacer referencia a los supuestos de “dolo sin intención”, según los denomina el propio ENGISCH. Aquí, siguiendo a PÉREZ BARBERÁ, cabe hacer una distinción entre aquellos casos de muy escasa o de muy alta probabilidad de producción del resultado, a los que ENGISCH “no aplica su tesis de la indiferencia o menosprecio, sino que es partidario de la teoría

⁸⁵⁶ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente...*, 2ª ed., pp. 268-269.

⁸⁵⁷ Cfr. ENGISCH, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, 2ª reimpresión, Scientia, Aalen, 1995.

⁸⁵⁸ PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual...*, p. 232.

clásica de la probabilidad”⁸⁵⁹, y aquellos casos en los que la producción del resultado es posible o probable, a los que sí aplica la tesis de la indiferencia, que desarrollo a continuación y que es, sin lugar a dudas, la propuesta de este autor que más impacto ha generado en la dogmática penal y por lo cual decidimos incluirlo entre aquellos autores que profesan un enfoque psicológico volitivo del dolo. Es nuestra opinión entonces que la propuesta de la teoría de la indiferencia guarda en común con la teoría del consentimiento que ambas apuntan a lo interno como criterio de delimitación del dolo eventual.

A **nivel conceptual**, siguiendo a FEIJOO SÁNCHEZ, la teoría de la indiferencia propuesta por ENGISCH no es más que “una variante más ética y menos restringida de las “teorías del consentimiento”, en la que se priva de relevancia al elemento volitivo por todos los inconvenientes reflejados (por aquella teoría)”⁸⁶⁰. En una línea algo distinta, RAGUÉS I VALLÈS sostiene que ENGISCH postula una tercera vía entre la teoría volitiva y la teoría de la probabilidad. Así, para dicho autor, ENGISCH está de acuerdo con la primera “en que la intención es dolo y, con la segunda, en que también debe existir dolo cuando se actúa en la representación de que existe una probabilidad muy elevada de realización de un tipo”⁸⁶¹. Mi opinión se acerca más a la apreciación de FEIJOO SÁNCHEZ, en la medida de que, si bien ENGISCH acepta la importancia del elemento cognitivo del dolo, como lo hizo también en su oportunidad CARRARA, otorga clara preeminencia al elemento volitivo que es, como veremos a continuación, el que distingue al dolo y permite diferenciarlo de la imprudencia.

A **nivel aplicativo**, podemos afirmar que la teoría de la indiferencia adopta un enfoque psicológico. ROXIN, citando a ENGISCH, sostiene que la teoría de la indiferencia aprecia el dolo eventual cuando el sujeto “da por buenas o recibe con indiferencia las consecuencias accesorias negativas meramente posibles, y sin embargo no cuando considera indeseables esas consecuencias y tiene por ello la esperanza de que no se producirán”⁸⁶². Se trata de una teoría de la indiferencia frente a la posible lesión del bien jurídico penal, que recurre a la primera fórmula de FRANK como instrumento probatorio y sin otorgarle una función conceptual⁸⁶³, y que distingue los casos de indiferencia absoluta (el posible resultado típico le resulta agradable al autor) de aquellos de indiferencia relativa (el posible resultado típico le resulta desagradable al autor). Según explica PÉREZ BARBERÁ, en los casos de consecuencias representadas como posibles o simplemente probables, para afirmar la existencia de una conducta dolosa, deberá acreditarse la existencia de una indiferencia absoluta por la lesión al derecho, ya que la indiferencia relativa sólo es suficiente en los casos de

⁸⁵⁹ PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual...*, p. 240.

⁸⁶⁰ FEIJOO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, p. 49, n. 67.

⁸⁶¹ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 77.

⁸⁶² ROXIN, *Derecho penal, Parte general...*, p. 432.

⁸⁶³ PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual...*, p. 246.

consecuencias representadas como seguras o como muy altamente probables⁸⁶⁴.

Reforzando la idea de que la teoría de ENGISCH parte de un enfoque psicológico, CORCOY BIDASOLO comparte la denominación de “teoría del sentimiento” para la propuesta de ENGISCH en atención a que “juzga la situación emocional del sujeto y, sobre la base de la indiferencia, ante la probable producción de un resultado penalmente relevante, afirma la existencia de dolo”⁸⁶⁵. MEZGER define la teoría del sentimiento como aquella en la que “lo determinante en orden a si un resultado es dolosamente querido es una situación más bien pasiva de los sentimientos del autor frente al resultado pensado como posible”⁸⁶⁶.

Esta teoría ha sido asimilada por algunos autores a la teoría de la aprobación en su versión más estricta⁸⁶⁷, siendo acreedora de diversas críticas, que procedo a resumir:

- 1) Un primer grupo de críticas se dirige al nivel conceptual de la teoría de la indiferencia. Así, se critica a esta teoría el hecho de que no formule una definición del elemento volitivo del dolo. Al respecto, CORCOY BIDASOLO cuestiona el hecho de que la indiferencia respecto a la producción o no del resultado nada dice sobre el elemento volitivo del dolo⁸⁶⁸. Explica dicha autora que la teoría de la indiferencia va más allá del “querer”, toda vez que se puede no querer el resultado, pero sernos éste al mismo tiempo indiferente. Por su parte, PUPPE⁸⁶⁹ sostiene que la teoría de ENGISCH incurre en una confusión conceptual, al utilizar un concepto normativo de indiferencia -sustentado en la valoración que el derecho hace de la situación fáctica sobre la que pesa la indiferencia- para tratar los casos de escasa o alta probabilidad y un concepto descriptivo de indiferencia -la actitud del autor frente a la situación fáctica- para dar solución a los casos de posibilidad o probabilidad.
- 2) En segundo lugar, se cuestiona el hecho de que la teoría de la indiferencia construye un concepto de dolo sustentado en el estado de ánimo del sujeto, con lo que se enmarca en un sistema penal basado en la culpabilidad por el carácter. Al respecto, BUSTOS RAMÍREZ sostiene que esta teoría deja libre el camino a la práctica judicial “para partir de la premisa de que el indiferente es el mal ciudadano y no el buen ciudadano”⁸⁷⁰.

⁸⁶⁴ PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual...*, p. 245.

⁸⁶⁵ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente...*, 2ª ed., p. 258.

⁸⁶⁶ MEZGER, *Tratado de Derecho penal*, II, p. 159.

⁸⁶⁷ ROXIN, *Derecho penal, Parte general...*, p. 432.

⁸⁶⁸ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente...*, 2ª ed., p. 259.

⁸⁶⁹ PUPPE, SS 15, en *Nommos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Nomos, Baden-Baden, vol. I, 1ª ed., 1995, n° m. 65. Traducción en PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual...*, p. 251.

⁸⁷⁰ BUSTOS RAMÍREZ, “Política criminal y dolo eventual”, en *RJCat*, vol. 83, N° 2, 1984, p., p. 314.

En un sentido distinto, DÍAZ PITA defiende el nivel conceptual de la teoría de ENGISCH y manifiesta que dicho autor no pretende afirmar con su teoría que el sujeto indiferente tiene en sí mismo un carácter malo o reprochable, sino que pretende caracterizar una especial toma de postura de dicho sujeto en el momento del hecho ante dichos bienes jurídicos, toma de postura en la que basa una más grave responsabilidad. Ahora bien, aclara la misma autora que, a nivel aplicativo, la teoría de ENGISCH implica un grave peligro, ya que recurre a la primera fórmula de FRANK como medio de constatación del dolo, existiendo el riesgo de que en el caso concreto se enjuicie la personalidad del sujeto⁸⁷¹.

- 3) Finalmente, se plantea otra crítica que tiene incidencia en el nivel aplicativo de la teoría. Así, se sostiene que la indiferencia no es un criterio válido para delimitar los casos de dolo de los de imprudencia, ya que el sujeto que actúa imprudentemente también demostraría indiferencia frente a la lesión del Derecho⁸⁷². Al respecto, existen distintas posiciones.

Por ejemplo, desde un enfoque psicológico, JESCHECK sostiene que ENGISCH plantea correctamente que lo característico de la culpabilidad del autor que actúa con dolo eventual es su indiferencia frente al bien jurídico protegido; sin embargo, no es suficiente que el sujeto se contente con el resultado, sino que la impasibilidad debe conducirlo a conformarse conscientemente con la posibilidad del advenimiento del resultado⁸⁷³.

A favor de la teoría de ENGISCH, DÍAZ PITA señala que la clase específica de indiferencia a la que recurre dicho autor es la que se deriva de la utilización de la primera fórmula de FRANK como medio de investigación. Entiende DÍAZ PITA que un sujeto es indiferente frente a los bienes jurídicos cuando el aplicador del Derecho puede afirmar categóricamente que dicho sujeto habría actuado de todas maneras, aun sabiendo con certeza que el resultado lesivo se iba a producir⁸⁷⁴.

En un sentido distinto, FEIJOO SÁNCHEZ acuña como principal problema de la propuesta de ENGISCH el hecho de que no se haya llevado a cabo un ejercicio de distinción entre la “indiferencia absoluta”, que determinaría la imputación a título de dolo, y la “indiferencia relativa”, que determinaría la imputación a título de imprudencia, dudando acerca de si es posible llevar a cabo dicha delimitación⁸⁷⁵.

⁸⁷¹ DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, p. 180.

⁸⁷² DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, p. 179.

⁸⁷³ JESCHECK-WEIGEND, *Tratado de Derecho penal, Parte General*, 5ª ed., p. 325.

⁸⁷⁴ DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, p. 180.

⁸⁷⁵ FEIJOO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, p. 49, n. 67.

En mi opinión, si bien desde un nivel aplicativo la indiferencia puede ser considerada como un indicio de que el autor se ha resignado al resultado -y así lo asumiré en mi propuesta personal-, la falta de aquella no necesariamente ha de descartar la conducta dolosa. Así lo señalan ROXIN⁸⁷⁶ y RAGUÉS I VALLÈS, afirmando este último autor que el planteamiento de ENGISCH puede llevar a sancionar como imprudente el caso en el que el sujeto, al momento de actuar, se representa una nada despreciable probabilidad de realización del tipo, pero decide actuar pese a que tal realización le resulta indeseable (no agradable ni indiferente)⁸⁷⁷. Sería el caso de la “correa de cuero”, que ENGISCH califica, desde nuestro punto de vista desacertadamente, como “imprudente”⁸⁷⁸.

Representativo de los problemas que se derivan de la aplicación jurisprudencial de esta teoría es el caso “A Cabello, Sebastián”, resuelto el 02 de septiembre de 2005 por la Cámara Nacional de Casación Penal, Sala Tercera, de Argentina y que es materia de comentario en un interesante texto de CORCOY BIDASOLO⁸⁷⁹. En el caso, Sebastián Cabello, en horas de la madrugada, conducía su automóvil “tuneado” a velocidad antirreglamentaria, inusual, impropia y extralimitada para la zona, hora y circunstancias, y, al efectuar una abrupta maniobra, embistió por detrás a otro automóvil, provocando la muerte por carbonización de sus ocupantes, una madre y su menor hija de tres años, a raíz del incendio que produjo en el vehículo el impacto. A Cabello se le imputó homicidio doloso, ya que se representó el resultado como posible y optó por correr al “resultarle indiferente el prójimo y los resultados que –previamente- despreció y asumió, preocupándose luego del luctuoso hecho sólo por el estado dañado de su rodado “Honda” embistente y no de las víctimas”. Para CORCOY BIDASOLO, el tratamiento de este caso se incardina en la teoría del sentimiento y tiene una argumentación que no tiene relación alguna con el dolo ubicado en el injusto y que sólo se podría comprender desde una concepción psicológica de la culpabilidad, ya que valora el dolo a partir de la actitud interna del sujeto. Añade esta autora que el problema de base del caso es que el carácter del autor, su indiferencia o su amor por las personas en nada modifica el desvalor del injusto. Por el contrario, entiende que en el caso existen varios indicios que conducen a negar el dolo: el autor creía que era un buen conductor, lo que implicaría estar frente a un error sobre la capacidad de evitación; no se trata de un caso de conducción suicida; el sujeto frenó cuando advirtió que, tras el adelantamiento, perdía el control del vehículo;

⁸⁷⁶ ROXIN, *Derecho penal, Parte general...*, p. 432.

⁸⁷⁷ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 79.

⁸⁷⁸ PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual...*, p. 251. En un sentido contrario, pero que también evidencia las falencias de la teoría, ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, 2ª ed., p. 227, advierte que esta teoría podría permitir la absorción por el dolo de buena parte de los casos de culpa. Así, sostiene que, “al igualar en el tratamiento penal los hechos intencionales con los que se mantienen en la zona nebulosa de la indiferencia, incurren en una equiparación injusta de lo que ética y jurídicamente debe valorarse de modo diverso”.

⁸⁷⁹ CORCOY BIDASOLO, “Concepto dogmático y procesal de dolo. ¿Puede probarse la existencia de dolo en el tráfico viario?”, en *Jurisprudencia de Casación Penal*, N° 3, Hammurabi, pp. 173-254. Vid. *Infra* Capítulo IV, 5.1.

el vehículo estaba “tuneado”, lo que descartaría que el sujeto “aceptaba” el ocasionar graves daños en su “amado” vehículo. Finaliza CORCOY BIDASOLO sosteniendo que se desconoce por qué el vehículo se incendió inmediatamente después de la colisión, lo cual pudo deberse al mal estado del vehículo, con lo que existiría una concurrencia de riesgos, lo que no fue valorado en la sentencia⁸⁸⁰.

4.2.4. Mezger y la concepción del delito construido sobre la base de normas de valoración

En el marco de las teorías que consideran necesario valorar el elemento volitivo del dolo y presentarlo desde un enfoque psicológico, debe destacarse la propuesta de MEZGER, representante de la denominada escuela neoclásica del delito. Razón fundamental para incluir esta sección en la presente tesis es que la llamada escuela neoclásica fue de las primeras en sostener que el tipo -y no exclusivamente la culpabilidad- estaba conformado también por elementos subjetivos. Si bien esta escuela no llegó a considerar al dolo como elemento del injusto, lo que sucedería más tarde con la teoría final de la acción, lo cierto es que se trató de un primer paso para la futura concepción de un tipo subjetivo. Ello, unido al abandono del concepto psicológico de culpabilidad como consecuencia de la introducción de elementos valorativos en la teoría del delito, dio inicio al lento pero progresivo proceso de normativización del dolo. Si bien es cierto que para el neokantismo el dolo continuó situado en el juicio de culpabilidad⁸⁸¹, también lo es que fue un gran avance reconocer que el tipo no era solamente objetivo, sino que estaba conformado también por elementos subjetivos⁸⁸².

Debemos entender la teoría neoclásica como parte de un proceso no exento de contradicción⁸⁸³. A pesar de afirmar MEZGER que la diferencia material entre

⁸⁸⁰ Ver también CORCOY BIDASOLO, CARPIO, “La llamada conducción “suicida” y la responsabilidad de la víctima (a propósito de la STS de 17 de noviembre de 2005)”, en *La Ley*, año XXVIII, número 6692, Madrid, 2007, pp. 1-10, en el que se sostiene que es expresión legislativa de la teoría del sentimiento el tipo penal de conducción temeraria recogido en el vigente art. 381 del CPE, que sanciona al conductor temerario que actúa “con consciente desprecio por la vida de los demás”. Como señalan dichos autores, se trata de “un tipo subjetivo en el que al autor, conociendo el peligro para la vida, le es indiferente la producción del resultado, es decir, conoce la probabilidad de que se produzca la muerte de una o más personas y «no le importa»”.

⁸⁸¹ Debe tenerse en cuenta que se modifica el exclusivo sustento psicológico de la culpabilidad, al incluirse también un juicio de carácter normativo. Respecto de los aportes de FRANK, GOLDSCHMIDT y FREUDENTAL, ver un sucinto resumen en DÍAZ-ARANDA, *Dolo. Causalismo-finalismo-funcionalismo y la reforma penal en México*, pp. 28 y ss.

⁸⁸² DÍAZ-ARANDA, *Dolo. Causalismo-finalismo-funcionalismo y la reforma penal en México*, p. 24, quien afirma que “el cambio más relevante radica en la inclusión de los elementos normativos, con lo cual el tipo objetivo quedaría conformado de elementos descriptivos (causales) y elementos normativos. Empero, el cambio fundamental radicó en el descubrimiento de los elementos subjetivos distintos del dolo, los cuales dieron origen a la inclusión del tipo subjetivo”.

⁸⁸³ MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, 2ª ed., p. 220, anota la crítica de WELZEL en el sentido de que la teoría neokantiana consideraba la resolución de delinquir en la tentativa

antijuridicidad y culpabilidad era valorativa, mantuvo la división naturalística (objetiva-subjetiva) del delito. Al respecto, MIR PUIG se pregunta si no era contradictorio mantener la división del delito en partes naturalísticas, objetiva y subjetiva, una vez que se afirmaba que la diferencia material entre antijuridicidad y culpabilidad no era naturalística, sino valorativa, y se encontraba en ser, respectivamente, juicios de desvalor sobre el hecho y sobre la formación de la voluntad. Sin embargo, entiende el maestro español que, incluso a partir de las premisas metodológicas del neokantismo, si hubiesen sido llevadas a extremo, habría sido posible la superación de dicha contradicción⁸⁸⁴.

Ingresemos ahora a la concepción de dolo de MEZGER. A **nivel conceptual**, debe destacarse como premisa que, para MEZGER, el dolo era una forma de culpabilidad. Asumió un concepto causal de acción y, por ese motivo, el dolo y la culpa se mantuvieron en la culpabilidad⁸⁸⁵. Se adhirió al principio según el cual, de acuerdo al Derecho vigente en su época, existían varios grados de culpabilidad, rechazando su sustitución por una teoría unitaria de la culpabilidad que significaría “un empobrecimiento de la doctrina jurídico-penal”⁸⁸⁶. MEZGER definía entonces el dolo como una de las dos formas de culpabilidad, junto con la culpa⁸⁸⁷. Para MEZGER, la palabra dolo podía usarse en dos sentidos distintos. Por un lado, podía entenderse como una categoría de la culpabilidad que pertenecía al mundo de los valores -“dolus malus”- y, por otro lado, podía entenderse como el conocimiento y voluntad de las circunstancias de hecho que eran objeto de valoración⁸⁸⁸.

Centrémonos en el segundo sentido de la palabra dolo, que es el que, a los fines de la presente tesis, más nos interesa. Siguiendo en el **nivel conceptual**, con relación al contenido del dolo, para MEZGER, era el elemento volitivo el que predominaba. Así señalaba que tanto la teoría de la acción como la teoría de la culpabilidad descansaban en el querer del autor; sin embargo, mientras que a la acción pertenecía todo lo que era efecto del querer, a la culpabilidad sólo correspondía lo que, siendo efecto del querer, era, al mismo tiempo, contenido de representación del querer⁸⁸⁹. Añadía MEZGER que el simple conocimiento no podía constituir el dolo, ya que era preciso que el conocimiento apareciera “en

como un elemento subjetivo del tipo injusto, pero, en caso de llegarse a la consumación del delito, sostenía que el dolo debía pasar a la culpabilidad. Así cita la irónica pregunta de WELZEL: “¿Cómo podría depender de que el disparo dé o no en el blanco, el que el dolo sea un elemento de lo injusto o de la culpabilidad?”.

⁸⁸⁴ MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, 2ª ed., p. 222.

⁸⁸⁵ DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, p. 153, sostiene que los defensores de la teoría neokantiana “mantuvieron la tajante separación entre voluntad en sí misma considerada (característica de un comportamiento humano) y contenido de la voluntad (que sigue conformando la culpabilidad en sus dos formas de aparición: el dolo y la culpa)”.

⁸⁸⁶ MEZGER, *Derecho penal, Libro de Estudio, Parte General*, I, p. 226.

⁸⁸⁷ MEZGER, *Tratado de Derecho penal*, II, p. 89.

⁸⁸⁸ MEZGER, *Derecho penal, Libro de Estudio, Parte General*, I, p. 228.

⁸⁸⁹ MEZGER, *Tratado de Derecho penal*, II, p. 91.

referencia a la voluntad de la acción del autor”⁸⁹⁰. De manera explícita, se reconocía entonces MEZGER como partidario de la teoría de la voluntad, al destacar el elemento emocional del dolo⁸⁹¹.

Ahora bien, según LAURENZO, una aproximación limitada a la esencia y los elementos del dolo según MEZGER implicaría asimilar su teoría sin más a las teorías de la voluntad; sin embargo, un análisis detenido de sus argumentaciones “permite detectar un profundo distanciamiento respecto de las antiguas referencias a la ley moral y al “abuso” de la libertad”⁸⁹², apartándose de la discusión entre el libre albedrío y el determinismo, al considerar que se trataba de un problema ajeno a la culpabilidad jurídico penal.

En un sentido distinto a CARRARA y a quienes defendían la teoría del libre albedrío, concluyó MEZGER que actuaba dolosamente quien conocía las circunstancias de hecho y la significación de su acción y había admitido en su voluntad el resultado⁸⁹³. De dicha definición, podemos extraer los tres componentes que conformarían el dolo según MEZGER y en los que se reflejan tanto el elemento volitivo como el cognitivo: conocimiento de las circunstancias del hecho, conocimiento de la significación de la acción y voluntad de producir el resultado.

Con relación al conocimiento de las circunstancias de hecho, MEZGER postuló que el actuar doloso exigía conocimiento y previsión de los hechos que fundamentan la pena, más no de aquellos hechos que fundamentan la imputabilidad del agente o de las condiciones objetivas de penalidad. Según MEZGER, el conocimiento y previsión debía ser no solo de los hechos actuales, sino también de las circunstancias de hecho futuras y de la serie causal que conducía al resultado. Entendía como hechos actuales aquellos no dependientes de la voluntad del sujeto, toda vez que existían ya en el momento en que el acto de voluntad fue realizado; y como hechos futuros, aquellos dependientes de la voluntad del sujeto, al haber sido producidos por la acción del autor y aparecer con ella en relación de causalidad. Finalmente, con relación al conocimiento del resultado, precisaba MEZGER que no sólo implicaba la previsión del resultado último, sino también la previsión de todas aquellas circunstancias de hecho que ligan al acto de voluntad con el resultado último⁸⁹⁴.

⁸⁹⁰ MEZGER, *Tratado de Derecho penal*, II, pp. 95-96. En opinión de LAURENZO COPELLO, *Dolo y conocimiento*, pp. 61-62, para MEZGER, el conocimiento no podía fundamentar la culpabilidad porque de él “no se deducía aún una posición personal del sujeto frente al resultado”.

⁸⁹¹ MEZGER, *Tratado de Derecho penal*, II, p. 96.

⁸⁹² LAURENZO COPELLO, *Dolo y conocimiento*, p. 57.

⁸⁹³ MEZGER, *Tratado de Derecho penal*, II, p. 91.

⁸⁹⁴ MEZGER, *Tratado de Derecho penal*, II, pp. 97-101. Precisó, sin embargo, que el dolo debía ser excluido cuando era esencial la desviación entre el curso causal representado y el curso causal real. En: MEZGER, *Derecho penal, Libro de Estudio, Parte General*, I, p. 240.

Mención especial merece el conocimiento de las circunstancias de hecho que agravan o que excluyen la pena. MEZGER señalaba que la acción dolosa en la que concurrían circunstancias de hecho que agravaban la pena, exigía el conocimiento y la previsión de los hechos que elevaban la pena. Sostenía que no era necesaria la previsión del resultado que elevaba la pena en los llamados hechos punibles cualificados por el resultado; sin embargo, en su opinión, el autor debía haber ocasionado la consecuencia por lo menos culposamente. No existía dolo, en cambio, cuando el sujeto admitía erróneamente hechos que excluían la pena. Ejemplo de ello era el error sobre los presupuestos de hecho de la legítima defensa, en cuyo caso planteaba que al autor le faltaba el dolo y con ello la culpabilidad y era, por consiguiente, impune, salvo que fuera punible por comisión culposa del hecho. Finalmente, agregaba que la admisión errónea de hechos que atenuaban la pena limitaba la responsabilidad del que actuaba dolosamente, al precepto penal atenuado⁸⁹⁵.

Con relación al conocimiento de la antijuridicidad del hecho⁸⁹⁶, sostenía MEZGER que el dolo no era puro conocimiento de los hechos, sino que también pertenecía a él, “en determinada amplitud, un conocimiento de la significación”⁸⁹⁷. En ese sentido, llegó a sostener que, el que no sabía que procedía injustamente, no cometía nunca un delito doloso⁸⁹⁸. Sostuvo que el actuar doloso exigía el conocimiento de las diversas características del tipo, incluido el conocimiento del significado de las características típicas normativas, precisando que a un profano en Derecho no podía exigírsele una subsunción formal de los hechos bajo la ley, pero sí “una apreciación de la característica del tipo en el círculo de pensamientos de la persona individual y en el ambiente del autor, que marche en la misma dirección y sentido que la valoración legal-judicial”⁸⁹⁹.

Con relación a la punibilidad de la acción, esta no debía ser objeto del conocimiento⁹⁰⁰. En esa línea, para MEZGER, el dolo requería el conocimiento de los presupuestos del delito, pero no el de sus consecuencias⁹⁰¹.

⁸⁹⁵ MEZGER, *Tratado de Derecho penal*, II, pp. 114, 124 y 127; MEZGER, *Derecho penal, Libro de Estudio, Parte General*, I, pp. 241-244.

⁸⁹⁶ LAURENZO COPELLO, *Dolo y conocimiento*, p. 68, considera que, para MEZGER, éste no era un elemento decisivo para definir los elementos psicológicos del dolo.

⁸⁹⁷ MEZGER, *Tratado de Derecho penal*, II, p. 133.

⁸⁹⁸ MEZGER, *Derecho penal, Libro de Estudio, Parte General*, I, p. 247.

⁸⁹⁹ MEZGER, *Tratado de Derecho penal*, II, pp. 136-137.

⁹⁰⁰ MEZGER, *Tratado de Derecho penal*, II, p. 139 y ss.

⁹⁰¹ MEZGER, *Derecho penal, Libro de Estudio, Parte General*, I, pp. 253-255, hace referencia al Acuerdo del Gran Senado del Tribunal Federal Alemán de 18 de marzo de 1952, que, en materia de error, negó la teoría del dolo y se decantó a favor de la teoría de la culpabilidad. En tono crítico, MEZGER apunta que la teoría del dolo y la teoría de la culpabilidad no son teorías contrapuestas, sino que la teoría del dolo es una teoría de la culpabilidad expresada de una manera especial. Postula que en el dolo, en su finalidad, el autor actúa a sabiendas *en contra* del Derecho, mientras que en la culpa actúa con la creencia (aunque evitable) *en* el Derecho. Defiende entonces la teoría del dolo afirmada por el Tribunal Federal, arguyendo que, para la forma básica de la culpabilidad rige, aun con respecto a la antijuridicidad del hecho, la plena exigencia del dolo. Añade que “desgraciadamente, las necesidades prácticas de la vida jurídica

Con relación a la voluntad de producir el resultado, MEZGER entendía que el elemento volitivo era fundamental al evidenciar la posición personal del autor frente al hecho. Distinguía tres situaciones distintas. En primer lugar, encontramos el dolo inmediato o de primer grado, respecto del cual sostenía que había que partir de lo que el autor se había propuesto (perseguido, pretendido) como resultado de su acción, siendo este último siempre parte integrante del dolo. Ahora bien, no era preciso que la intención fuera el fin último y el querer debía ser diferenciado del mero deseo. Era el caso, por ejemplo, del sujeto que enviaba a su enemigo al bosque con el deseo de que allí lo matase un rayo. Para MEZGER, no existía entonces voluntad de causación. En segundo lugar, se encontraba el dolo de consecuencias necesarias, en el que el efecto intencionalmente perseguido era para el autor aún más deseado que la evitación de la consecuencia necesariamente ligada con él, por lo que se le imputaba esta última al agente como querida. Finalmente, MEZGER efectuó en su *Trat.* una explicación detallada de la problemática del dolo eventual, que situaba en el ámbito de la “duda” y en el que consideraba que el resultado de la acción, pensado como posible, era dolosamente querido en tanto el sujeto consentía en el resultado o, cuando este resultado no dependía de su voluntad, en tanto le consideraba como probable⁹⁰². En otra obra, añadió MEZGER que querido era “lo que el autor toma a su cargo con su intención”⁹⁰³.

Con relación a la problemática del dolo eventual, MEZGER evaluó las tradicionales teorías del consentimiento y de la probabilidad, concluyendo que la decisión correcta no podía lograrse unilateralmente sobre la base de una de las teorías. Respecto de la teoría del consentimiento, sostuvo que “los hechos mismos de la vida no siempre permiten hablar de consentimiento o no consentimiento en el resultado”⁹⁰⁴. En una obra posterior⁹⁰⁵, señaló MEZGER que la antigua teoría del

no parecen consentir la realización total de este concepto (...) Así, no podemos menos, dentro de límites estrechamente circunscriptos, que renunciar a la plena exigencia del dolo para la forma básica de la culpabilidad, estableciendo, por lo tanto, una limitación”. Plantea entonces el siguiente principio: “el error del autor acerca de la antijuridicidad del hecho es irrelevante si depende de su actitud incompatible con una sana concepción de lo que es el derecho y el injusto”. En resumen, plantea que, en el Derecho vigente, la forma básica jurídico-penal de la culpabilidad exige, con respecto a las circunstancias del hecho, sin excepciones, el dolo; y, con respecto a la antijuridicidad del hecho, exige el dolo o una actitud del autor incompatible con una sana concepción de lo que es el derecho y el injusto. Concluye que con su propuesta “ningún “inocente” podrá ser castigado por un hecho doloso, y ninguna actitud abyecta en perjuicio de la colectividad podrá eludir una pena justa. En Latinoamérica, SANCINETTI, *Subjetivismo e imputación objetiva en Derecho penal*, p. 21, explica que la teoría causalista nunca habría sostenido en serio una teoría del dolo realmente estricta, dado que la consciencia de la antijuridicidad integraba el dolo, si era que existía consciencia de la antijuridicidad, pero, si no existía, había dolo de cualquier modo. Así detalla que la teoría del dolo que rigió en Latinoamérica era “limitadísima” y entendía que la consciencia de la antijuridicidad era irrelevante, pero, si concurría, entonces integraba el dolo.

⁹⁰² MEZGER, *Tratado de Derecho penal*, II, pp. 151-156.

⁹⁰³ MEZGER, *Derecho penal, Libro de Estudio, Parte General*, I, p. 230.

⁹⁰⁴ MEZGER, *Tratado de Derecho penal*, II, p. 161.

⁹⁰⁵ MEZGER, *Derecho penal, Libro de Estudio, Parte General*, I, pp. 231-232.

consentimiento tenía un punto de partida fundamentalmente correcto, pero su realización fracasaba en la expresión lingüística ya que no se podía consentir “en algo no deseado” y se podía consentir en algo que dependiera de la propia voluntad, “pero no en algo que no depende de ella”. Respecto de la teoría de la probabilidad, apreció MEZGER que la mera representación nada decía sobre la posición personal del sujeto respecto al resultado y precisamente dicha posición era la que, en primer término, decidía respecto de la culpabilidad⁹⁰⁶. En una obra posterior, sostuvo MEZGER que dicha teoría fracasaba porque, aun algo considerado muy probable, podía no ser querido, y citaba el ejemplo de la muerte del paciente a raíz de una operación quirúrgica muy difícil, que, sin embargo, el médico creía que debía realizar como último recurso de salvación⁹⁰⁷.

En su Trat., MEZGER planteó una solución al problema del dolo eventual, que evidencia, a **nivel aplicativo**, el enfoque psicológico de su teoría. MEZGER postulaba la necesidad de diferenciar dos supuestos. Por un lado, aquellos casos en los que el autor piensa el posible resultado como dependiente de su voluntad, a los que debía aplicarse la teoría positiva del consentimiento, toda vez que en el querer concreto se manifiesta la personalidad del agente y, por otro lado, aquellos casos en los que el sujeto considera que el resultado es ajeno a su voluntad, a los que debía aplicarse la teoría de la probabilidad. Añadía que el consentimiento debía ser excluido cuando el sujeto intervenía para evitar el posible resultado⁹⁰⁸.

⁹⁰⁶ MEZGER, *Tratado de Derecho penal*, II, p. 161.

⁹⁰⁷ MEZGER, *Derecho penal, Libro de Estudio, Parte General*, I, p. 232. En otro sentido, RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 109, n. 271, sostiene que muchos de estos casos hoy no pasarían siquiera el filtro de la imputación objetiva. En todo caso, otra valoración adecuada podría estar en el ámbito de las causas de justificación y, en específico, del estado de necesidad. Sería el supuesto del sujeto que, conociendo su poca destreza para disparar y la alta probabilidad de matar a su amigo, dispara al oso que está atacando a dicho amigo a quien finalmente le cae el disparo. A juicio del autor de esta investigación, dicho caso debiera ser resuelto como un hecho doloso justificado por estado de necesidad. Resulta más bien difícil resolverlo, como hacen algunos autores, en el ámbito del tipo subjetivo por ausencia de consentimiento en el resultado.

⁹⁰⁸ MEZGER, *Tratado de Derecho penal*, II, pp. 161-163. Al respecto, RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 109, sostiene que la finalidad de este postulado era “no tener que condenar por delito doloso en los casos en que un sujeto ha querido evitar un resultado, pese a que su intervención haya sido objetivamente causal y haya actuado con la consciencia de que estaba creando un riesgo de realización del tipo”. Se critica a esta propuesta que no resuelve convincentemente los casos en los que el sujeto quiere evitar el resultado por una motivación egoísta. En RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 110, n. 272. La propuesta de MEZGER fue desarrollada más tarde por ARMIN KAUFMANN, pero esta vez en el marco de la teoría final de la acción que este autor defendía. Para RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 110 y ss., KAUFMANN “no se contenta con configurar la voluntad de evitación en un sentido meramente anímico, sino que, a efectos de exclusión del dolo, considera necesario que ésta se refleje en un plano objetivo”. En un sentido crítico, HASSEMER, “Los elementos característicos del dolo”, pp. 911-912, sostiene que se objeta a la propuesta de KAUFMANN conducir a resultados inaceptables, dependientes además de las peculiaridades de cada caso, toda vez que “quien no disminuye un riesgo insignificante –evitable- debe responder, según esta teoría, por dolo, mientras que aquél que reduce al mismo grado de riesgo un riesgo elevado –evitable- sólo se le puede imputar a título de imprudencia”. Añade HASSEMER que “la

En resumen, CORCOY BIDASOLO sostiene que, para MEZGER, “si el resultado se representa como dependiente de la voluntad del sujeto, habrá que acudir a la teoría del consentimiento; si como independiente de ella: acudir a la teoría de la probabilidad”⁹⁰⁹. Se distanció así MEZGER de la tradicional teoría del consentimiento, aunque mantuvo una firme defensa del elemento volitivo, sobre todo cuando se trataba del primer supuesto. Más tarde, en su “Libro de Estudio” de 1955, MEZGER ratificó su propuesta y elogió la teoría que postulaba que lo representado como posible era querido si el autor había “tomado a su cargo” su realización. Para MEZGER, con esta teoría, el ámbito del dolo eventual quedaba “exactamente circunscripto lingüística y materialmente”⁹¹⁰.

A **nivel aplicativo**, podemos afirmar el enfoque psicológico de MEZGER también a partir de su concepción de la imprudencia. Al respecto, sostuvo MEZGER que esta debía ser siempre fundamentada positivamente. Para MEZGER, actuaba culposamente “el que infringe un deber de cuidado que personalmente le incumbe y puede prever la aparición del resultado”. Distinguía la culpa inconsciente de la consciente, centrándose en esta última la atención a efectos de trazar el límite con la conducta dolosa. Así, en la culpa consciente, el autor prevé las consecuencias de su hecho, pero, por haber desatendido su deber de precaución, confía en que estas consecuencias no se produzcan. Para MEZGER, la expresión “ha considerado posible” hacía que la culpa tuviera un punto de contacto con el dolo eventual, ya que, si a la representación de la posibilidad “se une el hecho de tomar sobre sí las consecuencias en el sentido indicado, no existe simple culpa, sino dolo”⁹¹¹.

Concluye LAURENZO que las diferencias entre el dolo y la culpa en la obra de MEZGER fueron trazadas, “por lo que se refiere a sus elementos psicológicos, a partir de la voluntad del resultado expresada al menos en la forma de consentimiento y, en lo relativo a la prueba, por las medidas de evitación tomadas por el agente o, en su caso, por el grado de probabilidad del que éste partía”⁹¹².

En conclusión, desde una perspectiva volitiva del dolo, la teoría de MEZGER demuestra que es posible defender tanto la teoría del consentimiento como la de la probabilidad según la relación del sujeto con el resultado. Así, dicho autor defendió la teoría del consentimiento únicamente en los casos en los que el sujeto se representaba el resultado como dependiente de su voluntad, mientras

acción de evitación no tiene por qué ser expresión de una actitud interna ajustada a Derecho, sino que puede ser el resultado de un cálculo estratégico-criminal”.

⁹⁰⁹ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente...*, 2ª ed., p. 262, n. 1082.

⁹¹⁰ MEZGER, *Derecho penal, Libro de Estudio, Parte General*, I, p. 232.

⁹¹¹ MEZGER, *Derecho penal, Libro de Estudio, Parte General*, I, pp. 256-258; MEZGER, *Tratado de Derecho penal*, II, p. 171..

⁹¹² LAURENZO COPELLO, *Dolo y conocimiento*, p. 64.

que recurría a la teoría de la probabilidad cuando el resultado se presentaba como independiente de la voluntad. Acudió entonces a la fórmula del “tomar a su cargo la realización” que reemplazaba al tradicional “consentimiento” o “asentimiento”, pero que seguía operando como un elemento de la psicología del autor que debía ser acreditado en el caso concreto. MEZGER fue así claro representante de una teoría volitiva que se distanciaba de los postulados conceptuales de una teoría estricta del consentimiento, pero que mantenía el enfoque psicológico de aquella.

4.2.5. *Teorías modificadas de la voluntad*

Existen diversos autores que han defendido un enfoque volitivo del dolo, pero que no comparten necesariamente los presupuestos de las tradicionales teorías de la voluntad, que parten de un concepto estricto de dolo como intencionalidad directa de producir el resultado, ni el planteamiento de extensión del dolo de la teoría del consentimiento, que plantea la existencia de un dolo eventual en base a los denominados “sucedáneos de la voluntad”. Al respecto, queremos hacer mención a las propuestas de dos profesores españoles. Es el caso de CEREZO MIR, quien sostiene que el dolo es conciencia y voluntad, pero rechaza la tradicional teoría del consentimiento, y de LUZÓN PEÑA, quien establece una serie de límites o restricciones al elemento volitivo del dolo y, si bien, en mi opinión, se mantiene aún en la frontera de un enfoque psicológico, pone en evidencia la necesidad de atender a elementos normativos para la determinación del dolo en el caso concreto.

CEREZO MIR, quien ubica al dolo como parte del injusto y sostiene que el dolo es conciencia y voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo, plantea que “la necesidad de este elemento volitivo se deduce claramente del término ‘intención’ que utiliza, en ocasiones, nuestro Código para designar el dolo”⁹¹³. Con relación al dolo eventual, precisa que en él la relación de la voluntad con la realización de los elementos objetivos del tipo es menos intensa, pero requiere que “concurra un elemento emocional, que refleje la actitud del sujeto ante la posible lesión del bien jurídico”⁹¹⁴.

Para CEREZO MIR, la solución que la teoría del consentimiento da al problema de delimitación entre dolo eventual e imprudencia consciente no es convincente, ya que entiende que “el sujeto no acepta o consiente en el resultado sino sólo en la

⁹¹³ CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español, Parte General, II. Teoría jurídica del delito*, 6ª ed., p. 144.

⁹¹⁴ CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español...*, p. 149.

posibilidad de su producción”⁹¹⁵. Asimismo, señala que no es suficiente la actitud de indiferencia, por sí misma, para integrar el elemento volitivo del dolo⁹¹⁶.

Del mismo modo, rechaza CEREZO MIR la teoría de la representación y postula que el criterio decisivo de delimitación entre dolo e imprudencia “se halla en la actitud emocional del sujeto y, por tanto, no en la magnitud que atribuya al peligro”⁹¹⁷. Así lo relevante no es la posibilidad de la realización del tipo, sino que el sujeto cuente con dicha posibilidad o que confíe en que no se realice.

LUZÓN PEÑA, por su parte, defiende también una concepción de injusto que contiene elementos subjetivo-psicológicos, entre los que se encuentra el dolo. Sostiene este autor que el dolo requiere un elemento volitivo, pero no una voluntad genérica de acción, sino la voluntad de realizar la conducta típica, el querer realizar todos los elementos objetivos del tipo de los que se tiene conocimiento. Añade que el elemento volitivo está presente, aunque en diferente intensidad, en las tres tradicionales formas de dolo. Rechaza entonces cualquier formulación pura de la teoría de la representación, ya que implica prescindir del elemento volitivo. Cuestiona, asimismo, la primera fórmula de FRANK, a pesar de lo cual sostiene que “ello no es razón para rechazar la teoría del consentimiento”⁹¹⁸.

Postula entonces una teoría restringida del consentimiento⁹¹⁹, según la cual, el dolo eventual requiere de un elemento volitivo en forma de aceptación o consentimiento de la eventual producción del hecho. Sin embargo, debe acudirse a lo que LUZÓN PEÑA denomina “una valoración objetivo-normativa” para restringir lo que se entiende por aceptación. Al respecto, plantea dos restricciones. Por un lado, aquella que considera que la aceptación no se excluye por una confianza irracional e infundada en la no producción del hecho, ya que se trataría de un deseo jurídicamente irrelevante. En coherencia con ello, sostiene que la aceptación o consentimiento sólo se excluye “por una confianza mínimamente fundada objetivamente, aunque errónea, en que no se produzca

⁹¹⁵ CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español...*, p. 148. Se manifiesta en desacuerdo LUZÓN PEÑA, “Dolo y dolo eventual: reflexiones”, en ARROYO ZAPATERO, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, vol. I, Ediciones de la Universidad Castilla de la Mancha, 2001, p. 1119, n. 11, quien considera que, “si el sujeto acepta y no rechaza la posible producción del resultado, está aceptando el resultado para el caso de que esa posibilidad o eventualidad se cumpla”.

⁹¹⁶ CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español...*, p. 149.

⁹¹⁷ CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español...*, pp. 150-152. En opinión del mismo, su teoría se acerca a la propuesta de WELZEL, aunque reconoce que en la obra de éste último se aprecia “una influencia excesiva de la teoría de la probabilidad”. En el presente trabajo se sitúa la teoría de WELZEL como una variante de la teoría de la probabilidad, de acuerdo a la propuesta de GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios de Derecho penal*, 2ª ed. ampliada, p. 183.

⁹¹⁸ LUZÓN PEÑA, “Dolo y dolo eventual: reflexiones”, pp. 1120-1122.

⁹¹⁹ LUZÓN PEÑA, “Dolo y dolo eventual: reflexiones”, p. 1113, sostiene que “la ubicación del dolo en el tipo de injusto permite establecer también en su elemento volitivo determinadas limitaciones basadas en una valoración jurídica objetivo-general”.

el hecho”. Por otro lado, entiende LUZÓN PEÑA que también hay un deseo jurídicamente irrelevante “cuando el sujeto es consciente de que hay sólo unas posibilidades tan mínimas y remotas que la acción es inadecuada (desde el punto de vista de la imputación objetiva) para producir un eventual resultado típico”⁹²⁰.

Para SANZ-DÍEZ, si se tienen en cuenta las restricciones que LUZÓN PEÑA impone al elemento volitivo del dolo, el mantenimiento de la teoría del consentimiento es puramente nominal⁹²¹. De distinta opinión es RAGUÉS I VALLÈS, quien cuestiona en los siguientes términos la introducción de criterios de “racionalidad media” para determinar en qué casos debe tenerse en cuenta la confianza:

“Tal planteamiento no parece conciliable con teorías que, a su vez, plantean la cuestión del dolo como algo que depende de la vertiente interna del sujeto; al contrario, este modo de ver las cosas implica un notable grado de objetivación que, coherentemente, debería poder extenderse también al conocimiento, afirmando, por ejemplo, que existen desconocimientos irrelevantes para el Derecho penal: ¿qué sucede con el autor que simplemente no confía en nada, porque ya desde un principio ni siquiera apreció riesgo allí donde cualquier persona mínimamente juiciosa lo habría visto y en considerables proporciones?”⁹²²

Sin embargo, dicho grado de objetivación del elemento volitivo no es trasladado por LUZÓN PEÑA al conocimiento, motivo por el cual su teoría se sitúa aún en el límite de los enfoques psicológicos y atiende a la subjetividad del sujeto para afirmar el dolo en determinados casos como los de ausencias de representación irrelevantes para el Derecho.

En la última edición de su Trat., LUZÓN PEÑA mantiene su concepto de dolo como conocimiento y voluntad de realizar todos los elementos objetivos del tipo total de injusto, entre los que incluye los elementos de la parte positiva y los de la parte negativa del tipo. Acuña el concepto de “dolo objetivamente malo” desde el punto de vista de la valoración objetivo-general del Derecho. Ratifica también que la concepción correcta es la teoría restringida del consentimiento o aceptación, en la que el consentimiento sólo se excluye por una confianza mínimamente fundada objetivamente, aunque errónea, en que no se produzca el hecho⁹²³. No deslinda entonces por completo del enfoque psicológico del dolo.

Las teorías de CEREZO MIR y LUZÓN PEÑA nos permiten evidenciar que resulta posible defender la preeminencia del elemento volitivo en el dolo sin adherirse

⁹²⁰ LUZÓN PEÑA, “Dolo y dolo eventual: reflexiones”, pp. 1125-1126.

⁹²¹ SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, *Dolo e imprudencia en el Código penal español. Análisis legal y jurisprudencial*, p. 278.

⁹²² RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 107.

⁹²³ LUZÓN PEÑA, *Lecciones de Derecho penal Parte General*, 2ª ed., pp. 239 y 251-252.

necesariamente a la “mayoritaria” teoría del consentimiento, que obliga a valorar la actitud interna del sujeto. Ello implica, como sucede con la teoría de LUZÓN PEÑA, un acercamiento a postulados normativistas sobre el dolo cuando se reemplaza la confianza irracional en la no producción del hecho como elemento excluyente del dolo por la exigencia de una confianza fundada objetivamente. Sin embargo, el deslinde con el enfoque psicológico no es definitivo en la medida que mantiene la premisa de que el dolo es algo interno (la aceptación) y la “objetivización” de la confianza no es llevada al punto de afirmar la existencia de desconocimientos irrelevantes para el Derecho.

4.3. Enfoque psicológico cognitivo

Las teorías reunidas en este apartado tiene en común que todas adoptaron un enfoque psicológico cognitivo, por lo que, para afirmar el dolo, exigían probar la efectiva existencia del elemento cognitivo en la mente del autor del delito. Se trata de teorías para las que, a **nivel conceptual**, el elemento fundamental para delimitar el dolo de la imprudencia es el cognitivo, siendo irrelevante la presencia de un elemento volitivo, y, a **nivel aplicativo**, el dolo es un elemento interno que debe ser descubierto. Hemos considerado dentro de este grupo la concepción del dolo elaborada por los deterministas, las teorías de la representación con especial atención a las versiones de la probabilidad y de la posibilidad, y la propuesta de la teoría finalista de WELZEL⁹²⁴.

4.3.1. *La teoría determinista y el dolo como conocimiento*

El enfoque psicológico cognitivo del dolo está claramente representado por aquellas teorías que parten del positivismo naturalista, sostienen un entendimiento determinista de la culpabilidad y se enmarcan en el concepto clásico de delito. Es la teoría de VON LISZT (1851-1919) la que quizás mejor representa esta orientación dogmática.

Con relación a los elementos subjetivos del delito, el concepto clásico de delito del positivismo distinguía claramente el lado objetivo del subjetivo. Al respecto, JESCHECK y WEIGEND⁹²⁵ sostienen que el lado objetivo se expresaba en la tipicidad y en la antijuridicidad, mientras que el subjetivo lo hacía en la culpabilidad. Añaden dichos autores que la tipicidad era comprendida como una descripción puramente externa del hecho de la acción sin predicado valorativo alguno y su valoración jurídica debía tener lugar en el campo de la antijuridicidad

⁹²⁴ Se incluye a WELZEL en dicho apartado en atención a que, especialmente en la 11ª edición de su Manual (Cfr. WELZEL, *Derecho penal alemán. Parte General*, 11ª ed., 4ª ed. castellana), plantea un concepto de dolo eventual fundamentado en el conocimiento y en el dominio sobre el riesgo. Sin embargo, sí exige el elemento volitivo en el dolo directo como consecuencia lógica de su concepción de la acción final.

⁹²⁵ JESCHECK-WEIGEND, *Tratado de Derecho penal, Parte General*, 5ª ed., pp. 217-218.

y siempre desde un punto de vista puramente objetivo. Finalmente, indican que era el concepto de culpabilidad el que reunía los procesos espirituales y morales que ocurrían en el interior del autor al cometer el hecho punible.

En ese escenario, VON LISZT sostenía que el concepto de culpabilidad era completamente independiente de la hipótesis del libre albedrío⁹²⁶ y optó entonces por el determinismo, según el cual el delito debía interpretarse “como el resultado de diversos factores causales y no como la obra de un ser humano libre”⁹²⁷. El delito no es entonces un mero proceso de causalidad mecánica, sino que parte de un ser humano “capaz de determinarse en función de representaciones, esto es, de un sujeto “motivable””⁹²⁸ al que la pena fortalece los motivos que lo apartan del delito. Según afirma MIR PUIG, la concepción determinista es para VON LISZT “la única compatible con la experiencia sensible, esto es, la única susceptible de consideración científica, como enseñó KANT”⁹²⁹. Excluye, por ende, la concepción retributiva de la pena.

Dicho esto, efectuaré ahora el análisis de la teoría del dolo de VON LISZT y distinguiré los niveles conceptual y aplicativo de su propuesta.

A **nivel conceptual**, acoge una versión cognitiva del dolo. Para VON LISZT, el dolo era “la conciencia del autor de que su acto ataca, lesionando o poniendo en peligro, los intereses jurídicamente protegidos, ya sean de un individuo o ya sean de la colectividad”⁹³⁰. El dolo constituía para VON LISZT la más importante de las formas de la culpabilidad, ya que el carácter antisocial del agente se manifiesta en él por el hecho de que el autor ha obrado a pesar de conocer la significación antisocial de su acto⁹³¹. Pertenecen entonces al dolo la representación del hecho y el conocimiento de la significación antisocial del hecho.

Con relación a la representación del hecho, de manera detallada en su Trat., VON LISZT sostuvo que el concepto de dolo comprendía la representación del acto voluntario mismo, así como de las circunstancias en que fue ejecutado; la previsión del resultado; y la representación de la causalidad del acto en los delitos de comisión o la representación del no impedimento del resultado en los delitos de omisión⁹³². Según LAURENZO⁹³³, este último componente permitía a VON LISZT diferenciar el dolo del mero “deseo”.

⁹²⁶ LISZT, *Tratado de Derecho penal*, 4ª ed., II, p. 389.

⁹²⁷ LAURENZO COPELLO, *Dolo y conocimiento*, p. 46.

⁹²⁸ LAURENZO COPELLO, *Dolo y conocimiento*, p. 47.

⁹²⁹ MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, 2ª ed., p. 206.

⁹³⁰ LISZT, *Tratado de Derecho penal*, 4ª ed., II, p. 414.

⁹³¹ LISZT, *Tratado de Derecho penal*, 4ª ed., II, p. 409.

⁹³² LISZT, *Tratado de Derecho penal*, 4ª ed., II, p. 411.

⁹³³ LAURENZO COPELLO, *Dolo y conocimiento*, p. 51, n. 81.

Con relación al conocimiento de la significación del hecho, según VON LISZT, siguiendo a la legislación alemana vigente en ese entonces, debía sostenerse que pertenecía al dolo:

“(…) no solamente el conocimiento (*Kenntnis*) de todas las circunstancias del hecho concreto, sino también el saber (*Wissen*) que estas “circunstancias de hecho” pertenecen a la “definición legal del acto”, es decir, que llenan los caracteres esenciales del concepto de delito”⁹³⁴.

Sin embargo, y a diferencia de BINDING⁹³⁵, para VON LISZT, la conciencia de la ilegalidad no era un elemento esencial del concepto de dolo. Explicaba VON LISZT que si el autor sabe que su acto reúne todos los requisitos esenciales del hecho definido por la ley, es indiferente que sepa también que, con tal acto, ha transgredido una norma jurídica. Planteó entonces que el elemento esencial de la ilegalidad debía ser examinado de un modo objetivo, lo que conllevaba dos consecuencias, que eran que el supuesto erróneo de que es ilegal el acto no ilegal, no podía perjudicar al agente, y la suposición errónea de que el acto contrario al derecho no es ilegal, no podía aprovechar al autor⁹³⁶.

La otra forma de culpabilidad para VON LISZT era la culpa, la cual definía como la no previsión del resultado previsible en el momento en que tuvo lugar la manifestación de voluntad. Sostenía VON LISZT que para el dolo era necesaria la representación de todas las circunstancias de hecho que caen bajo el concepto del delito (con inclusión del resultado) y, en rigor, “a cada crimen doloso corresponderían, pues, idealmente, tantos delitos culposos, como elementos esenciales tuviera el concepto de ese crimen”⁹³⁷.

Respecto del error, afirmaba VON LISZT que el dolo quedaba excluido por el error de subsunción, que entendía como la no admisión errónea de un elemento esencial del hecho o de una causa de agravación de la pena. Para este autor, el error también se producía en caso de exacta apreciación de que el hecho está previsto por la ley, “cuando el autor se equivoca respecto de una de las circunstancias concretas del hecho”⁹³⁸.

⁹³⁴ LISZT, *Tratado de Derecho penal*, 4ª ed., II, p. 415. Al respecto, FONTAN BALESTRA, *Tratado de Derecho penal, T. II, Parte General*, 2ª ed., p. 253, diferencia la obra de VON LISZT, que califica de posición formalista, de la posición material, a la que le basta con la representación de que la conducta es antisocial, inmoral, contraria al deber o lesiona un bien jurídico.

⁹³⁵ Al respecto, ver BINDING, *Laculpabilidad en Derecho penal*, p. 42.

⁹³⁶ LISZT, *Tratado de Derecho penal*, 4ª ed., II, pp. 424-425.

⁹³⁷ LISZT, *Tratado de Derecho penal*, 4ª ed., II, pp. 430-433.

⁹³⁸ LISZT, *Tratado de Derecho penal*, 4ª ed., II, pp. 417-419. Desde una perspectiva distinta, BINDING, *La culpabilidad en Derecho penal*, pp. 66-67 y pp. 84 y ss., entendía que el error sólo podía producirse respecto de aquello que es susceptible de ser conocido, esto es, respecto de los hechos jurídicamente relevantes, llegando a la conclusión de que todo error jurídicamente relevante necesariamente era un error de Derecho.

En una larga cita a pie de página, VON LISZT recogió e hizo suyas dos objeciones básicas formuladas contra las teorías que entendían el dolo desde una perspectiva estrictamente volitiva. Así, por un lado, sostuvo que designar como querido un resultado no deseado y hasta desagradable conllevaba violentar el lenguaje corriente. Por otro lado, señaló que la teoría de la voluntad era contraria a lo dispuesto en el art. 59 del Código penal alemán entonces vigente, ya que era imposible decir que el ladrón “quisiera” que la cosa robada fuera ajena, que la mujer que abortaba “quisiera” su embarazo, entre otros supuestos. Ahora bien, a diferencia de las teorías de la representación que centran el objeto del dolo en el comportamiento del autor, VON LISZT entendió el dolo como la representación del resultado, que acompaña a la manifestación de voluntad⁹³⁹.

Al respecto, LAURENZO señala que la esencia del dolo en VON LISZT se encuentra en la previsión del resultado, ya que era éste el elemento común a todas las formas de dolo. Precisa la misma autora que, si bien es cierto que VON LISZT reconoció la participación de la voluntad en algunos supuestos, como es el caso del dolo directo, entonces no concedió a la intencionalidad mayor valor que el de indicar que el resultado había sido previsto por el autor. Añade que, al concebirse la volición propia del delito como el factor impulsor del comportamiento, para VON LISZT, aquélla no quedaba vinculada con la lesión del bien jurídico, sino únicamente con el movimiento corporal sobre el que desplegaba su impulso causal. Por su parte, la voluntad del resultado no definía el comportamiento doloso porque la especial gravedad de esta clase de conductas no residía en que el resultado hubiese jugado como motivo de la acción, sino en que las exigencias sociales no hubieran actuado como contramotivo de la conducta⁹⁴⁰.

Distinguió VON LISZT entre el dolo directo y el dolo eventual señalando:

“(...) el dolo se da incondicionalmente, cuando el autor tiene por seguro la producción del resultado (dolo directo); y se da condicionalmente, cuando el autor sólo lo tiene como posible (dolo eventual); es decir, bajo la condición de que el autor no haya evitado la producción del resultado”⁹⁴¹.

A **nivel aplicativo**, la teoría de VON LISZT adopta un enfoque psicológico. Prueba de ello es su afirmación, en clara evocación a las fórmulas de FRANK, en el sentido de que “existe dolo eventual en caso de representación del resultado como posible, si la convicción de la producción necesaria del resultado no hubiera impedido al autor la comisión del acto”⁹⁴².

⁹³⁹ LISZT, *Tratado de Derecho penal*, 4ª ed., II, pp. 410-411.

⁹⁴⁰ LAURENZO COPELLO, *Dolo y conocimiento*, pp. 48-51.

⁹⁴¹ LISZT, *Tratado de Derecho penal*, 4ª ed., II, p. 413.

⁹⁴² LISZT, *Tratado de Derecho penal*, 4ª ed., II, p. 413. Al respecto, PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual...*, p. 186, entiende que VON LISZT no mantuvo una tesis “fuerte” de la representación, ya que en la octava edición de su *Trat.* recurre a la primera fórmula de FRANK y postula que existe dolo eventual cuando, “como bien puede decirse, el autor ha aprobado el resultado”.

4.3.2. Teoría de la representación. Especial referencia a las versiones de la probabilidad y de la posibilidad

A diferencia de las teorías de la voluntad⁹⁴³ que sostienen que el dolo está conformado tanto por un elemento cognitivo como por un volitivo, otorgando preeminencia al segundo; las teorías de la representación plantean que únicamente resulta relevante el elemento cognitivo. Según CORCOY BIDASOLO, las teorías de la representación ponen el acento en el elemento intelectual y niegan la necesidad de que en el dolo haya un elemento volitivo⁹⁴⁴. Asimismo, RAGUÉS I VALLÈS señala que los partidarios de las teorías de la representación no mantienen a toda costa la definición general del dolo como conocer y querer, sino que, en los casos límite, se plantean en abstracto en qué supuestos concurre un grado de culpabilidad lo bastante sustancial para considerar que el sujeto es merecedor de la pena de los delitos dolosos⁹⁴⁵.

Para las teorías de la representación, lo trascendente es entonces la representación que el sujeto activo del delito tiene del riesgo que crea. CORCOY BIDASOLO sostiene que la diferencia esencial entre las teorías de la representación y la teoría del consentimiento⁹⁴⁶ estriba en que, en las primeras, “el objeto del querer pasa del resultado a la conducta, con todas las consecuencias, tanto materiales –distinto contenido del querer-, como formales –menores dificultades de prueba- que ello conlleva”⁹⁴⁷. GIMBERNAT también sostiene que el punto de diferencia entre las teorías de la voluntad y las de la representación no reside principalmente y, menos aún, exclusivamente, en la valoración o no del elemento volitivo. Sostiene dicho autor que el criterio que separa a ambas teorías es que, mientras que las teorías de la voluntad enfrentan al sujeto con el resultado, las teorías de la representación lo enfrentan únicamente con la situación peligrosa⁹⁴⁸. Cita entonces el caso de un delincuente que huye y dispara al pecho del agente de Policía que le persigue. En dicho caso,

⁹⁴³ En otro sentido, FONTAN BALESTRA, *Tratado de Derecho penal, t. II, Parte General*, 2ª ed., p. 250, señala que las divergencias entre una y otra doctrina no son fundamentales, ya que los partidarios de la teoría de la representación no desconocen la necesidad de que el acto sea voluntario, “lo que ocurre es que es querido lo representado”.

⁹⁴⁴ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente...*, 2ª ed., p. 259.

⁹⁴⁵ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 66.

⁹⁴⁶ LUZON PEÑA, *Lecciones de Derecho penal Parte General*, 2ª ed., pp. 246 y ss., sostiene que, si se atiende a las versiones no puras de la teoría de la representación, la discusión con la teoría del consentimiento termina siendo prácticamente nominal. Explica, p. ej., que la versión no pura de la teoría de la posibilidad entiende que si el sujeto, pese a la representación de la posibilidad, confía en que no se produzca el hecho, ya no tiene una verdadera o auténtica representación, negando el dolo eventual y llegando al mismo resultado que la teoría del consentimiento.

⁹⁴⁷ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente...*, 2ª ed., p. 260.

⁹⁴⁸ Presenta una visión crítica de la teoría de GIMBERNAT, TERRAGNI, “Delito, castigo y dolo eventual”, en AAVV, *Justicia penal y Estado de Derecho, Libro Homenaje a Francisco Castillo González*, Ed. EJC, San José, 2007, pp. 327-332, quien señala que la cuestión problemática del dolo eventual debe plantearse en el sentido de preguntarse si se ajusta a la ley que un hecho más grave que el culposo y menos grave que el doloso sea castigado con la pena de éste.

las teorías de la representación analizan la situación peligrosa, esto es, el momento en que el delincuente realizó el disparo, a fin de determinar el grado de duda que el delincuente atribuyó a la producción del resultado muerte; mientras que las teorías de la voluntad buscan confrontar al delincuente con el resultado, imaginándole como efectivamente acaecido. En palabras de GIMBERNAT, “no se trata ya de examinar la actitud del sujeto ante un peligro de muerte para el policía, sino ante la muerte del agente de Policía”⁹⁴⁹. Como bien anota RAGUÉS I VALLÈS, las teorías de la representación se limitan a constatar el déficit de motivación del autor, sin que importen las causas del mismo (deseos o intenciones del sujeto)⁹⁵⁰.

El punto álgido de la discusión es nuevamente la delimitación entre el dolo y la imprudencia, cobrando un matiz diferente con las teorías de la representación que ya no disponen del elemento volitivo como argumento de diferenciación. Al respecto, siguiendo a MIR PUIG, las distintas versiones de la teoría de la representación guardan en común la idea de que existe dolo eventual cuando el autor advirtió una gran probabilidad de que se produjese el resultado, mientras que existe culpa consciente cuando la posibilidad de éste reconocida por el autor era muy lejana. Asimismo, es punto de acuerdo la irrelevancia de la actitud interna del autor frente al resultado, ya sea de aprobación, de desaprobación o de indiferencia. Lo trascendente para el maestro español es haber querido actuar pese a conocer el peligro inherente a la acción⁹⁵¹. Según DÍAZ PITA⁹⁵², las teorías de la representación tienen dos pilares. Por un lado, es suficiente para afirmar el dolo la representación por parte del sujeto de la posibilidad de que su acción es adecuada para producir el resultado lesivo. Por otro lado, la confianza del sujeto en la no producción del resultado, a pesar de su acción, equivale a la negación de la representación y, por tanto, excluye el dolo.

Dicho esto, efectuaré ahora el análisis de las versiones más importantes de las teorías de la representación y distinguiré el nivel conceptual y el nivel aplicativo de cada una.

De acuerdo a lo señalado por RAGUÉS I VALLÈS, la versión más extendida de las teorías de la representación es **la teoría de la probabilidad**⁹⁵³, la cual sostiene

⁹⁴⁹ GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios de Derecho penal*, 2ª ed. ampliada, p. 184. Dicha concepción lleva a GIMBERNAT a considerar a ROXIN como un representante de la teoría de la probabilidad, cuando el propio ROXIN sostiene que su teoría de la decisión a favor de la posible lesión de bienes jurídicos, que será abordada más adelante, es predominantemente de naturaleza voluntativa. GIMBERNAT entiende entonces que “el elemento voluntativo (...) encerrado en el criterio de ROXIN no hace referencia al resultado, sino a la situación: el delincuente no se decide a favor del resultado, sino a favor de una situación peligrosa para el resultado típico”.

⁹⁵⁰ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 68.

⁹⁵¹ MIR PUIG, *Derecho penal, Parte General*, 10ª ed., pp. 273-274.

⁹⁵² DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, p. 90.

⁹⁵³ Una breve mención a los principales representantes de esta teoría en ROXIN, *Derecho penal, Parte general...*, p. 435.

que concurre dolo si, pese a haberse representado como probable la realización del tipo, el sujeto ha decidido actuar⁹⁵⁴. Según CORCOY BIDASOLO, una versión estricta de la teoría de la probabilidad postula la existencia de dolo eventual cuando el autor considera probable la producción del resultado, mientras que hay culpa consciente cuando sólo lo crea posible⁹⁵⁵. De acuerdo a lo señalado por ROXIN, “probabilidad significa más que mera posibilidad y menos que probabilidad predominante”⁹⁵⁶. Ahora bien, el juicio de probabilidad debe haber sido llevado a cabo efectivamente por el sujeto activo del correspondiente delito. En ello se diferencia esta teoría del antiguo *dolus indirectus*, en el que la probabilidad era algo que debía fijarse objetivamente⁹⁵⁷.

A **nivel conceptual**, PÉREZ BARBERA distingue dos variantes alemanas de la teoría de la probabilidad⁹⁵⁸: una variante subjetiva y otra objetiva, según se conceptualice el dolo a partir de la valoración de la representación del peligro o de la entidad del peligro representado:

- 1) Para la variante subjetiva de la teoría de la probabilidad, el concepto de dolo eventual y su delimitación con la imprudencia depende del “grado de probabilidad con que el autor se representa la consecuencia que realiza el tipo”⁹⁵⁹. Añade que se exige un grado alto de probabilidad, por lo que el dolo se imputa justamente en función de la representación de un cierto grado de probabilidad. Al respecto, cita a GROSSMAN, quien sostiene que “la efectividad contra motivante de la representación del resultado antijurídico depende directamente del grado de probabilidad con que el autor espera la producción de ese resultado”⁹⁶⁰.
- 2) Para la variante objetiva de la teoría de la probabilidad, el concepto de dolo depende, más bien, de la entidad del peligro representado. Esta variante considera como dolosos aquellos casos en los que existen una serie de circunstancias fácticas representadas por el autor que, “desde un punto de vista objetivo, puede decirse que configuran un peligro (...) de una entidad tal que, objetivamente, no pueda ser posible sostener que el autor no se

⁹⁵⁴ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 67.

⁹⁵⁵ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente...*, 2ª. ed., p. 259.

⁹⁵⁶ ROXIN, *Derecho penal, Parte general...*, p. 435.

⁹⁵⁷ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 67, n. 132.

⁹⁵⁸ Cabe indicar que esta distinción ya está presentada en la obra de PUPPE, *La distinción entre dolo e imprudencia*, pp. 85-86, quien sostiene que la teoría de la probabilidad se separa en dos sectores. Para algunos, al autor doloso se le reprocha que el motivo de evitación que se presupone en él fue tan débil que, a pesar de la representación de una alta probabilidad de resultado, no pudo imponerse sobre los deseos perseguidos en el proyecto de acción. Para otros, la diferencia valorativa entre dolo e imprudencia se encuentra en el peligro mismo para el bien jurídico creado a sabiendas o supuesto por el autor.

⁹⁵⁹ PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual...*, p. 207. Precisa, sin embargo, que para esta teoría, mediando intención (*Absicht*), cabe afirmar el dolo aun cuando esa probabilidad sea ínfima (p. 197).

⁹⁶⁰ PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual...*, pp. 204-205.

representó la realización del tipo”⁹⁶¹. A diferencia de la variante subjetiva, para esta versión objetiva, no cabe afirmar el dolo en los casos en que el peligro creado es objetivamente ínfimo, “por más que el autor haya perseguido intencionalmente la realización de ese peligro”⁹⁶². Para PÉREZ BARBERÁ, comprende esta variante objetiva de la teoría de la probabilidad la versión expuesta por VON LISZT en la tercera edición de su Trat. Cita también a KLEE, quien señala que lo decisivo respecto de si existe o no un peligro que fundamente el dolo no es la opinión subjetiva del autor, “sino el juicio promedio general de la ciencia y de la experiencia”⁹⁶³. Finalmente, menciona a MÜLLER y su calificación como imprudente del “caso de Thyren”, en el que un tirador inexperto dispara con intención de matar a una persona que se encuentra tan distante que hasta para un especialista sería prácticamente imposible dar en el blanco, a pesar de lo cual acierta⁹⁶⁴. Concluye que, en esta variante de la teoría, no existe una objetivización de aquello que el autor se ha representado, sino que se parte de la representación efectiva del autor, valorando “desde un punto de vista objetivo el significado de aquello que el autor se representó, prescindiéndose del punto de vista del autor sólo respecto a ese significado”⁹⁶⁵.

En España, un importante defensor de la teoría (subjetiva) de la probabilidad es GIMBERNAT, quien pone en tela de juicio “no sólo para el dolo eventual, sino ya también para el directo de segundo grado- la identificación de dolo y voluntad”⁹⁶⁶. Determina el contenido cognitivo del dolo en base a la interpretación ampliamente teleológica de PLATZGUMMER⁹⁶⁷ y, siguiendo a ENGISCH, postula que lo importante es tener en cuenta que el legislador considera al dolo más grave que la culpa. Asimismo, afirma que lo realmente importante es que “la ley quiere castigar lo especialmente grave como doloso”⁹⁶⁸.

A **nivel aplicativo**, los defensores de la teoría de la representación deben plantearse si el dolo exige un conocimiento actual o uno potencial, ya que de ello dependerán las exigencias probatorias del caso. Varios partidarios de la teoría de la probabilidad han recurrido a las fórmulas de FRANK, específicamente a la segunda, para resolver los problemas de determinación del dolo. Así, han sido muy críticos de la aplicación que –principalmente los partidarios de la teoría del consentimiento- dieron a la primera fórmula de FRANK⁹⁶⁹. ROXIN, sin ser partidario de la teoría de la probabilidad, afirma que FRANK “pretendió con razón que (sus

⁹⁶¹ PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual...*, p. 207.

⁹⁶² PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual...*, p. 208.

⁹⁶³ PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual...*, p. 209.

⁹⁶⁴ Al respecto, ver PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, p. 210.

⁹⁶⁵ PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, p. 211.

⁹⁶⁶ GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios de Derecho penal*, 2ª ed. ampliada, p. 190.

⁹⁶⁷ Vid. *Infra* Capítulo IV, 3.2.

⁹⁶⁸ GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios de Derecho penal*, 2ª ed. ampliada, p.193.

⁹⁶⁹ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 68.

fórmulas) se entendieran, no como caracterización directa del dolo eventual, sino como “medio de conocimiento” para su constatación⁹⁷⁰. Como se ha visto anteriormente, la primera fórmula de FRANK sostenía que la previsión del resultado como posible sólo se subsume en el concepto de dolo cuando su representación como seguro no hubiera detenido al agente, es decir, no hubiera tenido el sentido de un motivo decisivo de contraste. Ahora bien, anota LAURENZO que el propio FRANK sostuvo que:

“(…) esta fórmula no conducía a afirmar la voluntad del resultado sino únicamente la voluntad de no evitarlo. Se trataba, en suma, de un criterio ideado para fundamentar una teoría de la motivabilidad en la que no era la relación volitiva con el resultado sino con la propia acción, captada – conocida- en su auténtica dimensión de riesgo, lo que decidía sobre la naturaleza dolosa del hecho”⁹⁷¹.

Siguiendo a ROXIN, debe señalarse que se trata de una fórmula que fracasa en el supuesto de que el sujeto no habría actuado en caso de resultado seguro, puesto que sólo permite “una conclusión altamente insegura en relación con la negación del dolo eventual, como lo demuestra el famoso caso de la barraca de tiro al blanco de Lacmann”⁹⁷².

Por otro lado, la segunda fórmula de FRANK (1931) plantea la existencia de dolo si el sujeto, se produzca o no el resultado, en todo caso actúa. ROXIN sostiene que esta fórmula está expuesta a menores objeciones que la primera⁹⁷³. Según refiere LAURENZO, para FRANK, la especial gravedad del delito doloso no se derivaba de la volición del resultado “sino del hecho de seguir adelante con la acción a pesar de su representación”⁹⁷⁴. Para autores como SANCINETTI, si la segunda fórmula de FRANK se desvincula de la primera, se llega entonces a la teoría de la representación⁹⁷⁵. En cambio, autores como FEIJOO SÁNCHEZ opinan que “las dos fórmulas de FRANK, que tenían un puro valor probatorio del dolo, se encontraban cercanas en su fundamentación a la “teoría de la indiferencia frente a la lesión”⁹⁷⁶. Por su parte, DÍAZ PITA señala que de esta fórmula deriva “la segunda de las versiones más aceptadas de la teoría del consentimiento”⁹⁷⁷.

⁹⁷⁰ ROXIN, *Derecho penal, Parte general...*, p. 438.

⁹⁷¹ LAURENZO COPELLO, *Dolo y conocimiento*, p. 283.

⁹⁷² ROXIN, *Derecho penal, Parte general...*, p. 438, describe el caso de Lacmann en los siguientes términos: “Un muchacho apuesta 20 DM a que puede acertar de un disparo a una bola de cristal que sostiene en la mano una señorita de una barraca de tiro al blanco en la feria. El mismo cree que, en caso de fallar, podrá desaparecer sano y salvo entre el bullicio de la feria. Da en la mano de la muchacha”. Para ROXIN, en este caso resulta claro que el sujeto no habría actuado si hubiera conocido con seguridad que el fallo iba a ocurrir; sin embargo, desde la perspectiva del profesor alemán –contraria a la aplicación de la primera fórmula de FRANK- hay que apreciar dolo eventual.

⁹⁷³ ROXIN, *Derecho penal, Parte general...*, p. 438.

⁹⁷⁴ LAURENZO COPELLO, *Dolo y conocimiento*, p. 53.

⁹⁷⁵ SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, p. 167.

⁹⁷⁶ FEIJOO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, p. 48, n. 67.

⁹⁷⁷ DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, p. 171.

Más allá de la discusión teórica acerca de a qué tendencia pertenece la propuesta de FRANK, lo cierto es que dicho autor, al igual que VON LISZT, desplazó “el punto de mira a la motivación, o mejor aún, a la inoperancia de la representación del resultado como efecto contramotivador del acto”⁹⁷⁸. Encuentra LAURENZO entonces el punto en común de las teorías de la representación, no en los elementos que conforman el dolo, sino en la fundamentación del mismo, esto es, en la explicación de su especial gravedad. Este punto en común es el defecto en la motivación, por lo que lo único decisivo para estas teorías es el conocimiento de la dimensión lesiva del acto⁹⁷⁹ y no el aspecto volitivo de la conducta. En la misma línea, para ENGISCH:

“(…) el contenido de culpabilidad del dolo sólo aparece para las así llamadas teorías de la representación cuando la representación de la realización del tipo se pone en relación con el hecho de que el autor proceda a actuar con esa representación”⁹⁸⁰.

Otra versión –calificada como “radical” por ROXIN⁹⁸¹- de la teoría de la representación se conoce como **la teoría de la posibilidad**, la cual, según JESCHECK, afirma que existe dolo eventual “cuando el autor sólo valora la realización del tipo como algo que es en concreto posible”⁹⁸².

A **nivel conceptual**, los defensores de la teoría de la posibilidad definen como dolosa la conducta del sujeto que se representa “la posibilidad de realización típica”⁹⁸³. RAGUÉS I VALLÈS resalta la figura de HORST SCHRÖDER⁹⁸⁴ como uno de los representantes de la teoría de la posibilidad y nos explica que, para dicho autor, la diferencia entre dolo e imprudencia debía implicar un salto cualitativo y, al no existir una diferencia cualitativa entre actuar con consciencia de la posibilidad de realización del tipo y actuar con la certeza de tal realización, debían considerarse ambas como conductas dolosas. Continúa la explicación RAGUÉS I VALLÈS indicando que a ello sumaba SCHRÖDER el hecho de que la norma penal de los delitos de lesión comprende tanto una prohibición de lesión como una prohibición de puesta en peligro, resultando entonces dolosos aquellos casos en los que el sujeto tuviera mera consciencia de la posibilidad de realización del tipo⁹⁸⁵.

⁹⁷⁸ LAURENZO COPELLO, *Dolo y conocimiento*, p. 55.

⁹⁷⁹ LAURENZO COPELLO, *Dolo y conocimiento*, p. 55.

⁹⁸⁰ LAURENZO COPELLO, *Dolo y conocimiento*, p. 55, quien cita a ENGISCH, *Untersuchungen*, pp. 129-130.

⁹⁸¹ ROXIN, *Derecho penal, Parte general...*, p. 433.

⁹⁸² JESCHECK-WEIGEND, *Tratado de Derecho penal, Parte General*, 5ª ed., p. 324.

⁹⁸³ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 72.

⁹⁸⁴ Cfr. ROXIN, *Derecho penal, Parte general...*, p. 433.

⁹⁸⁵ Citado por RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 73.

Asumir el postulado de la teoría de la posibilidad implicaba dos consecuencias que generaron amplio debate⁹⁸⁶. En primer lugar, se concluye que pertenece al dolo el ámbito de la duda respecto del riesgo que implica la actuación del sujeto. En segundo lugar, sólo existe imprudencia inconsciente, no quedando espacio dentro de la culpa para la imprudencia consciente. Respecto de esta última consecuencia, SCHMIDHÄUSER plantea que sólo puede distinguirse entre dolo e imprudencia como conocimiento y desconocimiento respectivamente⁹⁸⁷. Basta añadir que, más allá de la extensión del concepto de dolo, a **nivel aplicativo**, la teoría de la posibilidad no implica una normativización del enfoque del dolo.

PÉREZ BARBERÁ entiende que asumir la teoría de la posibilidad plantea una diferencia cualitativa entre dolo e imprudencia, lo que implica rechazar la tesis básica de la teoría de la probabilidad, que consiste en plantear una diferencia más bien cuantitativa. Es claro entonces al señalar que la teoría de la posibilidad no es una teoría de la probabilidad que exija una menor probabilidad. Entiende que, mientras para la teoría de la probabilidad, dolo e imprudencia son siempre casos de conocimiento (de distinto grado), para la teoría de la probabilidad constituyen dos casos distintos: “dolo es siempre un caso de conocimiento e imprudencia siempre un caso de desconocimiento (o error)”⁹⁸⁸.

Existen otros planteamientos que se enmarcan en la teoría de la representación, como es el caso de la propuesta de SCHMIDHÄUSER⁹⁸⁹, quien propone la partición del dolo (los elementos volitivos forman parte del injusto y los elementos cognoscitivos se integran en la culpabilidad)⁹⁹⁰ y sostiene que existe dolo cuando el sujeto activo conoce el peligro concreto de lesión del bien jurídico, mientras que existe imprudencia cuando el sujeto sólo conoce el peligro abstracto de lesión que supone su conducta⁹⁹¹. En la misma línea, JOERDEN sostiene que “el sujeto que se representa producir un peligro concreto para el bien jurídico de que se trata actúa con dolo (eventual)”⁹⁹². Por otro lado, debe hacerse alusión a las que podría denominarse teorías correctivas de la probabilidad, en las cuales “el punto de partida es el elemento intelectual (...) pero junto a éste se afirma la necesidad de que concurra el elemento volitivo”⁹⁹³. Se trata de teorías distintas a la del consentimiento y que se enmarcan dentro de la concepción cognitiva del dolo. Así, sustituyen “el término querer por diversas acepciones que, sin duda,

⁹⁸⁶ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, pp. 74-75.

⁹⁸⁷ Citado por ROXIN, *Derecho penal, Parte general...*, p. 433. En el mismo sentido, SCHRÖDER, “Aufbau und Grenzen des Vorsatz begriffes”, en AAVV, *Festschrift für Wilhelm Sauer*, De Gruyter, Berlin, 1949, pp. 244 y ss., quien sostiene que “toda imprudencia es imprudencia inconsciente”.

⁹⁸⁸ PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual...*, p. 218.

⁹⁸⁹ Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios de Derecho penal*, 2ª ed. ampliada, pp. 182-183.

⁹⁹⁰ SILVA SÁNCHEZ, *Medio siglo de dogmática penal alemana (Un punto de vista iberoamericano)*, p. 24.

⁹⁹¹ Citado por CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente...*, 2ª ed., p. 260, n. 1069.

⁹⁹² Citado por ROXIN, *Derecho penal, Parte general...*, p. 435.

⁹⁹³ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente...*, 2ª ed., p. 260.

poseen un significado distinto⁹⁹⁴. Es el caso, por ejemplo, de la teoría de WELZEL que expondremos más adelante.

La teoría de la representación –en sus distintas versiones- no ha estado exenta de críticas. A continuación, se detallan las principales críticas apuntadas por la doctrina, que se centran fundamentalmente en las versiones de la probabilidad y de la posibilidad:

- 1) A **nivel conceptual**, se objeta que la teoría de la representación no es una teoría global del dolo, sino que se encuentra específicamente centrada en la problemática del dolo eventual. Según RAGUÉS I VALLÈS, la mayor parte de autores defendieron la teoría de la probabilidad para dar solución a aquellos casos en los que el sujeto no tenía la intención de realizar el tipo, más no extendieron la teoría a otro tipo de casos⁹⁹⁵. El mismo autor añade que ello llevó a que la teoría de la probabilidad quedara muy disminuida luego de la Segunda Guerra Mundial⁹⁹⁶, aunque su espíritu perviva aún en los modernos planteamientos de las teorías cognitivas⁹⁹⁷, que trataré con ocasión del enfoque normativo cognitivo.

Por su parte, DÍAZ PITA llama la atención acerca de la falta de coherencia interna en la teoría de la probabilidad. Así, mientras se rechaza el elemento volitivo como parte del dolo eventual, se afirma la existencia del mismo en el dolo intencional, lo que impide una “definición universal” de dolo⁹⁹⁸.

- 2) Se objeta también a las teorías de la representación que puedan privilegiar los casos de individuos que no efectúan ninguna reflexión respecto del riesgo que importa su conducta. Al respecto, RAGUÉS I VALLÈS sostiene que “la teoría de la probabilidad puede comportar un privilegio para los individuos más irreflexivos”⁹⁹⁹, toda vez que considera dolosa la conducta de aquel ciudadano más consciente del riesgo y excluye el dolo en aquellos casos en los que el sujeto juzga irrelevante lo que –en palabras de RAGUÉS I VALLÈS- a todas luces tiene serios visos de acaecer.

No compartimos esta crítica, ya que la consciencia del riesgo no necesariamente se corresponde con el ciudadano más diligente. Podría bien

⁹⁹⁴ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente...*, 2ª ed., p. 261.

⁹⁹⁵ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 68.

⁹⁹⁶ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 71.

⁹⁹⁷ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 80, sostiene que, si bien la teoría de la probabilidad no ha prosperado en lo terminológico, “en las cuestiones de fondo sí parece haberse impuesto un planteamiento en el que el elemento volitivo prácticamente ya no desempeña papel alguno más allá de lo meramente declarativo. Sin embargo, el grado de representación que se suele exigir al sujeto para afirmar el dolo, desde las perspectivas más modernas, es inferior al exigido por la teoría de la probabilidad”.

⁹⁹⁸ DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, p. 100.

⁹⁹⁹ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 70.

tratarse de una conducta estratégica. En todo caso, podemos también señalar que el ciudadano que conoce el riesgo está en mejores condiciones de evitar el suceso, por lo que la reacción de la penalidad dolosa se ajusta mejor a sus posibilidades de evitación de la conducta típica.

- 3) Una crítica también a nivel conceptual es aquella que entiende que las teorías de la representación no justifican de forma adecuada el salto de penalidad entre el delito imprudente y el doloso, lo que sería consecuencia, según RAGUÉS I VALLÈS, de que dichas teorías basen la diferencia entre dolo e imprudencia “en un criterio meramente cuantitativo”¹⁰⁰⁰ y no cualitativo.

Esta crítica tiene asidero cuando es dirigida contra la teoría de la probabilidad, cuya desgracia, según PUPPE, la constituyó el hecho de que entre dolo e imprudencia estableciera un límite fluido y no marcara ninguna diferencia cualitativa, al menos formalmente inequívoca¹⁰⁰¹. Sin embargo, la crítica no se aplica al caso de la teoría de la posibilidad, la cual –más allá de las críticas que podrán formularse, si atiende a criterios cualitativos para distinguir el dolo de la imprudencia.

Con relación a esta crítica, DÍAZ PITA recoge la propuesta de ENGISCH, quien defendía una interpretación alternativa de las teorías cognitivas en el sentido de teorías motivacionales. Sin embargo, DÍAZ PITA entiende que la base meramente cognitiva no resulta adecuada como paradigma de delimitación entre dolo e imprudencia, ya que el simple conocimiento de los elementos constitutivos del tipo objetivo no se encuentra, todavía, a disposición del sujeto “como una contra motivación que lleve a éste a actuar de modo distinto”¹⁰⁰².

- 4) A **nivel aplicativo**, se cuestiona la eficacia de las teorías de la representación y, en específico de la teoría de la probabilidad, en la resolución de casos límite, en los que es difusa la medición de la probabilidad advertida. Al respecto, MIR PUIG sostiene que para estas teorías es difícil decidir si concurre dolo eventual o culpa consciente “cuando la probabilidad advertida no es ni muy elevada ni muy pequeña”¹⁰⁰³. JESCHECK y WEIGEND señalan que “la mayor o menor probabilidad de realización del tipo no proporciona ninguna frontera sólida entre ambas formas de culpabilidad”¹⁰⁰⁴. Asimismo, CORCOY BIDASOLO sostiene que los defensores de esta teoría “no pueden fundamentar el momento en que un resultado “posible” pasa a ser “probable””¹⁰⁰⁵.

¹⁰⁰⁰ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 69.

¹⁰⁰¹ PUPPE, *La distinción entre dolo e imprudencia*, p. 87.

¹⁰⁰² DIAZ PITA, *El dolo eventual*, p. 103.

¹⁰⁰³ MIR PUIG, *Derecho penal, Parte General*, 10ª ed., p. 274.

¹⁰⁰⁴ JESCHECK-WEIGEND, *Tratado de Derecho penal, Parte General*, 5ª ed., pp. 323-324.

¹⁰⁰⁵ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente...*, 2ª ed., p. 263.

Ahora bien, frente a dicha crítica, autores como PUPPE –cuya propuesta será tratada más adelante- replican que “en el lenguaje cotidiano se emplean palabras que designan una multiplicidad de objetos sin necesariamente tener que proceder a su cuantificación”¹⁰⁰⁶. En efecto, esta crítica dirigida a las teorías de la representación podría ser superada, pero únicamente desde un enfoque normativo, que no es el ofrecido por la teoría de la probabilidad.

Más allá de ello, lo cierto es que las teorías de la representación pueden llevarnos a resultados insostenibles. Al respecto, RAGUÉS I VALLÈS¹⁰⁰⁷ apunta la respuesta que la teoría de la probabilidad brinda al caso de los sujetos que juegan a la ruleta rusa, apuntando en la sien de uno de ellos con un revólver que sólo tiene puesta una de las seis balas. En dicho supuesto, la probabilidad de que salga la bala es de uno contra cinco, con lo que es más probable que no se produzca la muerte del sujeto. Para la teoría de la probabilidad no cabe más remedio que entender este caso como uno de culpa consciente, lo que –desde la perspectiva del merecimiento de pena- resulta insostenible.

- 5) Finalmente, quizás el mayor número de críticas estén dirigidas a la teoría de la posibilidad. Específicamente porque, según algunos, obligaría a tratar los tradicionales casos de culpa consciente como supuestos de dolo eventual¹⁰⁰⁸. Sostuvo ANTÓN ONECA que la simple probabilidad de producción del resultado era un criterio insuficiente e incierto, bajo el cual además se corría el riesgo de extender demasiado la esfera dolosa¹⁰⁰⁹. RAGUÉS I VALLÈS añade que a esta modalidad de la teoría de la representación se le acusa de “crear un concepto de dolo amplísimo, en el que tendrían cabida todos aquellos casos que tradicionalmente se han incluido en el ámbito característico de la imprudencia consciente”¹⁰¹⁰.

Ahora bien, como bien explica CORCOY BIDASOLO, prescindir del elemento volitivo no tiene por qué suponer la ampliación del ámbito del dolo, si es que se exige la probanza de que el autor conocía exactamente el peligro inherente a su conducta, esto es, que no existía un error en el conocimiento concreto del riesgo por parte del autor¹⁰¹¹. Así, podrían distinguirse claramente los

¹⁰⁰⁶ Citada por RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 70.

¹⁰⁰⁷ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, pp. 70-71.

¹⁰⁰⁸ Para GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios de Derecho penal*, 2ª ed. ampliada, p. 198, la teoría de la probabilidad, en cambio, “a pesar de tener un concepto del dolo más amplio que el de la teoría del consentimiento, no obstante fija también unos límites estrictos al dolo y tiene por criterio reglas bien determinadas que permiten alcanzar una cierta seguridad jurídica”.

¹⁰⁰⁹ ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, 2ª ed., p. 226.

¹⁰¹⁰ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 74, quien se muestra escéptico ante la crítica dirigida contra la teoría de SCHRÖDER.

¹⁰¹¹ CORCOY BIDASOLO, “Relevancia del consentimiento, el conocimiento y la competencia para la imputación objetiva y subjetiva”, en *ADPCP*, t. XLIX, fascículo I, enero-abril 1996, p. 303.

casos de imprudencia de los de dolo, a partir de la constatación de error o conocimiento erróneo en los primeros y de conocimiento en los segundos.

- 6) Específicamente en contra de la versión de la teoría de la posibilidad, ROXIN sostiene que el sujeto que percibe la posibilidad de realización de un tipo penal, no necesariamente incluye en sus cálculos la producción del resultado y se decide en contra del bien jurídico protegido, ya que “la situación de que alguien tenga claramente a la vista una posibilidad, pero (aunque sea por confianza debida a negligencia o ligereza) no cuente seriamente con su realización, es psicológicamente muy frecuente”¹⁰¹². Al respecto, propone el caso del conductor que adelanta arriesgadamente a otro vehículo en una autopista.

El análisis hasta aquí efectuado de las teorías de la representación nos permite afirmar que, a **nivel conceptual**, la diferencia sustancial de estas teorías con las teorías de la voluntad y, específicamente, con la teoría del consentimiento, no reside principalmente en la valoración del elemento volitivo, sino que se centra más bien en el objeto del dolo, que para la teoría del consentimiento es el resultado, mientras que para las teorías de la representación es la conducta peligrosa (sea la representación del peligro por parte del autor o el grado de peligrosidad de la conducta representado por el autor). Asimismo, a **nivel aplicativo**, estamos en condiciones de señalar que asumir la propuesta de las teorías de la representación y, en específico, de la teoría de la probabilidad, no implica necesariamente adherirse a un enfoque normativo del dolo, más aún cuando, en su versión subjetiva, el juicio de probabilidad debe haber sido llevado a cabo efectivamente por el sujeto activo. No existe así necesariamente identidad entre la teoría de la probabilidad y la ya reseñada teoría del dolo indirecto, en la que la probabilidad debía fijarse objetivamente.

4.3.3. Breve comentario de la jurisprudencia española

Corresponde ahora preguntarnos qué concepción de dolo maneja el TSE. Al respecto, merecen especial atención las observaciones que efectúa CORCOY BIDASOLO¹⁰¹³, quien explica que, en la práctica, dicho tribunal no ha seguido la teoría del consentimiento que muchas veces proclama seguir¹⁰¹⁴. Por el

¹⁰¹² ROXIN, *Derecho penal, Parte general...*, p. 433.

¹⁰¹³ Cfr. CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente...*, 2ª ed., pp. 264 y ss.

¹⁰¹⁴ Una perspectiva distinta esbozada hacia 1986 es la presentada por ZUGALDÍA ESPINAR, “La demarcación entre el dolo y la culpa: El problema del dolo eventual”, pp. 412 y ss., quien señala que el TSE, para distinguir el dolo eventual de la culpa consciente, rechaza las teorías de la probabilidad y del sentimiento para acoger las del asentimiento y la por dicho autor denominada mixta o ecléctica, que establece que (p. 399) “concorre el dolo eventual cuando se actúa pese a haberse tomado seriamente en cuenta la posibilidad de lesión del bien jurídico. Es decir, cuando el autor cuenta seriamente con ella y se conforma con la misma”.

contrario, ha venido aplicando con más frecuencia la teoría de la probabilidad, junto a criterios de oportunidad que restringen o amplían el dolo¹⁰¹⁵.

Por su parte, respecto de los delitos contra la vida cometidos dolosamente, resulta muy interesante el estudio de GIMBERNAT, quien concluye que, a pesar de las declaraciones de principios, la jurisprudencia española aplica la teoría de la probabilidad para atribuir dolo eventual en los delitos contra la vida¹⁰¹⁶. Al respecto, GIMBERNAT hace referencia a dos casos emblemáticos de la jurisprudencia española. En primer lugar, se encuentra la STS del 28 de noviembre de 1986, en la que, a pesar de declararse a favor de la teoría del consentimiento, se condena por asesinato a Carlos Sastre, quien en unión con otras personas, todos miembros del denominado Ejército Popular Catalán, ingresaron a la vivienda del industrial José María Bultó, a quien colocaron un aparato explosivo en la zona torácica de su cuerpo, el cual sólo retirarían cuando les hiciera entrega de los quinientos millones de pesetas que le exigían para la organización. A pesar de que le entregaron por escrito las precauciones que debía adoptar a fin de que el aparato no hiciera explosión, por causas desconocidas, el aparato explotó cuando se encontraba en el baño. Según GIMBERNAT, la aplicación al caso de la teoría del consentimiento, hubiera obligado a calificar los hechos como homicidio imprudente; sin embargo, los jueces condenan por asesinato ya que en realidad están aplicando la teoría de la probabilidad¹⁰¹⁷.

En segundo lugar, está la sent. 49/1989 de 14 de octubre, emitida por la Sección Primera de la Audiencia Nacional (caso Hipercor)¹⁰¹⁸, en la cual se condena por delitos de asesinato y de lesiones dolosas a miembros de la organización terrorista ETA, quienes a las dos de la tarde del 19 de junio de 1987 dejaron en el aparcamiento del supermercado Hipercor de Barcelona un coche-bomba, al que habían conectado un temporizador a fin de que el vehículo hiciera explosión a las cuatro de la tarde. A las tres de la tarde, uno de los etarras llama por

¹⁰¹⁵ Al respecto, CORCOY BIDASOLO, “En el límite entre dolo e imprudencia (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1983)”, p. 964, sostiene que, en el plano teórico, el TSE, que sitúa al dolo en la culpabilidad, pone especial énfasis en el elemento volitivo para distinguir entre dolo eventual y culpa consciente, tendencia acentuada por no haber abandonado por completo la concepción psicológica de la culpabilidad. Sin embargo, en la práctica sigue la teoría de la probabilidad en base a los conocimientos del autor sobre la posibilidad de producción del resultado, junto a criterios de oportunidad extensivos, que comprenden los supuestos en que para el TS no cabe la comisión imprudente y los supuestos de conductas con significado antisocial en las que se enjuicia la personalidad del autor; y criterios de oportunidad restrictivos, que se acogen en los supuestos de actividades peligrosas aceptadas por su utilidad.

¹⁰¹⁶ GIMBERNAT ORDEIG, *Ensayos Penales*, p. 405.

¹⁰¹⁷ GIMBERNAT ORDEIG, *Ensayos Penales*, p. 407.

¹⁰¹⁸ Ver más detalle en SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, “Caso Hipercor”, en EL MISMO (coord.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal*, La Ley, 2011, pp. 353 y ss., quien sostiene que en dicho caso la realización de las llamadas por parte de los terroristas ponía de manifiesto el dolo de la conducta, por lo que no debía argumentarse la existencia de dolo eventual, sino de dolo, sin más.

teléfono a la Guardia Urbana de Barcelona, a Hipercor y a un diario, comunicando que entre las 3.30 y 3.40 se produciría la explosión; sin embargo, ni las autoridades ni los comerciales consideraron conveniente la evacuación del edificio, estallando éste a las 4.10 de la tarde y muriendo veintiuna personas.

Es más, entiende GIMBERNAT que si el principio *in dubio pro reo* y su consagración en la presunción constitucional de inocencia tienen un sentido que va más allá del simplemente declamatorio, cuando exista incertidumbre acerca de si el sujeto activo del delito quiso matar o lesionar, debería condenarse siempre por lesiones consumadas y nunca por un delito contra la vida en grado de tentativa o de frustración¹⁰¹⁹.

Otro referente de la jurisprudencia española que merece especial atención es el denominado **“Caso de la Colza”** que fue materia de la STS del 23 de abril de 1992 y cuyo ponente fue Enrique Bacigalupo¹⁰²⁰. En el considerando tercero de la primera parte de la sent., el máximo tribunal afirmó:

“Tampoco asiste razón a la defensa cuando afirma que el dolo se debería excluir, pues la audiencia misma ha reconocido que el procesado confiaba en que el aceite llegara a los consumidores ya regenerado. Sin embargo, es necesario aclarar que la Audiencia sostuvo también que “esa confianza no se apoyaba en un fundamento lo suficientemente racional”, y que el procesado no tomó ninguna medida que revelara algún esfuerzo por neutralizar los peligros propios de su acción. Por lo tanto, sobre estas bases no es posible eliminar el dolo, dado que, como es sabido, una esperanza infundada en la no producción del resultado revela en realidad la indiferencia del autor, pero en modo alguno puede ser alegada como fundamento de la exclusión del dolo. Éste sólo se puede excluir, como dolo eventual, cuando las medidas que el autor ha tomado para evitar el resultado le hubieran generado un error sobre el peligro real y concreto de su acción, dado que, en tales casos, habrá carecido del conocimiento de dicho peligro”.

En la segunda parte, considerando décimo octavo, añade la sent.:

“La jurisprudencia de esta Sala, sin embargo, permite que se admita la existencia del dolo cuando el autor somete a la víctima a situaciones peligrosas que no tiene la seguridad de controlar, aunque no persiga el resultado típico. El dolo eventual, por lo tanto, no se excluye simplemente por la “esperanza” de que no se producirá el resultado o porque éste no haya sido deseado por el autor”.

¹⁰¹⁹ GIMBERNAT ORDEIG, *Ensayos Penales*, p. 411.

¹⁰²⁰ Una visión crítica de esta sentencia en PAREDES CASTAÑÓN, “Caso del Aceite de Colza”, en *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal* (coord. SÁNCHEZ-Ostiz), La Ley, 2011, pp. 425 y ss., quien sostiene que (p. 437) “si no está claro qué es exactamente lo que un sujeto ha de conocer para pasar de la imprudencia consciente al dolo eventual, difícilmente podrá estarlo qué es lo que ha de ser probado ante el órgano juzgador”.

Afirma RAGUÉS I VALLÈS que en esta sent. de forma inequívoca se define al dolo en términos de mera representación, a lo que precisa que un análisis global de la jurisprudencia reciente del TSE no permite advertir una línea uniforme con respecto al problema del dolo, ya que conviven en la misma puntos de vista cognitivos, perspectivas que siguen exigiendo la concurrencia de elementos de corte volitivo, “sobreviviendo incluso en algunas resoluciones la terminología de teorías tan desprestigiadas como la del consentimiento en su modalidad de la primera fórmula de FRANK o la de la indiferencia”¹⁰²¹.

Sin lugar a dudas, a nivel teórico, la sent. comentada constituye un importante paso, ya que presenta una definición estrictamente cognitiva de dolo. Sin embargo, asunto aparte es si el proceso de atribución del dolo efectuado en el caso concreto fue adecuado. Los indicios que la propia sent. recoge indicarían que no, ya que apuntarían a excluir el dolo antes que a configurarlo. Por lo menos en lo que se refiere a uno de los condenados, Salomón, quien durante varios años con su familia consumió regularmente el aceite de colza.

Más allá del caso particular de Salomón, se considera que el problema de fondo de esta sent. reside en que parte de un presupuesto no debidamente comprobado y que corresponde al tipo objetivo antes que el tipo subjetivo, esto es, que el aceite de colza era una sustancia peligrosa que generó el denominado “síndrome tóxico”. Existen indicios en contra de dicha afirmación, como es el caso de las monjas de un convento de clausura que no lo habrían consumido y, a pesar de ello, sufrieron los mismos males que los presuntos agraviados. Asimismo, el hecho de que sólo se presentaron casos en la Comunidad de Madrid y en la de Castilla-La Mancha, cuando el aceite se vendía también en Tarragona, localidad en la que no se presentó ningún caso.

Al respecto, CORCOY BIDASOLO¹⁰²² sostiene que en la sent. del aceite de Colza se utiliza la imputación objetiva para eludir la prueba de los hechos. Señala que se pretende sustituir la relación causal por la imputación objetiva, confundiendo el plano ontológico con el plano normativo. A su criterio, la importancia de la imputación objetiva para determinar la relación de riesgo no puede servir para obviar la prueba de la causalidad. CORCOY BIDASOLO explica que la acusación, a nivel de hechos probados, debe probar lo que ha sucedido realmente y las causas que han dado origen a los resultados que se pretende imputar y, a nivel de fundamentos jurídicos, debe utilizar la imputación objetiva para establecer la relación entre el riesgo típico y el resultado.

¹⁰²¹ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 96.

¹⁰²² CORCOY BIDASOLO, “L’insegnamento dell’esperienza spagnola, dal caso della colza ai giorni nostri”.

Con relación al juicio de imputación subjetiva, destaca CORCOY BIDASOLO que esta sent. realiza una interpretación analógica del dolo, ya que presume el conocimiento y adopta el concepto de “ignorancia deliberada”, lo que implicaría, a criterio de dicha autora, extender el concepto de dolo incluso más allá de lo que se califica como imprudencia. Finalmente, concluye CORCOY BIDASOLO que la teoría de la probabilidad también exige para afirmar el dolo el conocimiento del riesgo típico, por lo que se pregunta si se puede afirmar la existencia de dolo cuando se desconoce cuál era el riesgo típico.

En otra publicación, CORCOY BIDASOLO sostiene que la concepción del dolo en la jurisprudencia del TSE ha virado desde interpretaciones subjetivistas, en clave de culpabilidad, basadas en la intención del sujeto, a un concepto de dolo natural, en clave de conocimiento. Sostiene que dicha interpretación ha permitido condenar como dolosas conductas realizadas en ámbitos en los que previamente no se admitía la existencia de dolo (conducción de automóviles, por ejemplo), con lo que, en cierta medida, al menos en este punto, hay un menor Derecho penal de autor. Como ejemplo de jurisprudencia en la que no se incluyen los móviles del sujeto, sino exclusivamente el conocimiento que éste tenga del riesgo concreto de que se produzca el resultado como consecuencia de su conducta, alude el caso de la STS 474/2005 de 17 de marzo, en la que el TSE sostiene que el dolo no depende de que el autor haya tenido motivos para matar o que el conflicto en el que se causa la muerte de otro haya tenido una especial intensidad, toda vez que para apreciar que el autor obró dolosamente sólo se requiere que éste haya conocido el peligro concreto de la realización del tipo, cualquiera que sea su motivación¹⁰²³.

4.3.4. La concepción del dolo en la teoría finalista de WELZEL

En el marco de las teorías que resaltan el elemento cognitivo del dolo, desde un enfoque psicológico, debemos destacar la propuesta de Hans WELZEL, máximo representante de la escuela finalista¹⁰²⁴. Razón fundamental para incluir este apartado es que la llamada escuela finalista, con su concepto final de acción¹⁰²⁵ y con la adopción de una teoría normativa de la culpabilidad, comprendió al dolo como elemento del injusto¹⁰²⁶.

¹⁰²³ CORCOY BIDASOLO, “La interpretación en Derecho penal. Favor liberatis versus favor securitatis. In Dubio pro reo versus in dubio contra reo”, pp. 150-151.

¹⁰²⁴ Una valoración crítica del postulado central de la escuela finalista, que es calificado como expresión de una “etización del Derecho penal”, en BRICOLA, *Teoría General del Delito*, pp. 237-245.

¹⁰²⁵ Una revisión sucinta de las críticas al finalismo en DÍAZ-ARANDA, *Dolo. Causalismo-finalismo-funcionalismo y la reforma penal en México*, pp. 64 y ss.

¹⁰²⁶ CARO JOHN, “Imputación objetiva”, en *RPDJP*, N° 7, 2006, p. 238, hace referencia a la influencia del psicologismo en la teoría final de la acción.

Más allá del marco histórico presentado en el primer capítulo, debo destacar el planteamiento central de la teoría finalista, que tuvo efectos directos en la teoría del delito contemporánea y especialmente en la concepción de dolo. Esto es, la asunción de un concepto personal de lo injusto, en el que asume primacía el desvalor de la acción. Al respecto, WELZEL sostuvo que, al tener el Derecho penal una función específicamente ético-social, no bastaba para el concepto de lo injusto la situación creada por el resultado, sino que tenía interés central la naturaleza de la acción intolerable¹⁰²⁷. Explicaba WELZEL que la forma de ejecución de la acción y no la mera comprobación de la producción del resultado proporcionaba el fundamento objetivo para el juicio de la antijuridicidad¹⁰²⁸. Por ende, para WELZEL, el objeto primario del Derecho penal era el desvalor de la acción, el cual abarcaba también en los delitos de resultado al desvalor del resultado¹⁰²⁹. Por su parte, el resultado carecía de independencia como elemento del delito y tenía sólo relevancia en el Derecho penal dentro del desvalor de la acción¹⁰³⁰. En consecuencia con dicho planteamiento, para WELZEL la protección de bienes jurídicos existía solamente en relación con ciertos menoscabos, excluyéndose las meras causaciones¹⁰³¹. En su libro “El nuevo sistema del Derecho penal”, WELZEL afirmó:

“Lo injusto no se agota en la causación del resultado (lesión del bien jurídico), desligada en su contenido de la persona del autor, sino que la acción es sólo antijurídica como obra de un autor determinado: el fin que el autor asignó al hecho objetivo, la actitud en que lo cometió, los deberes que le obligaban a este respecto, todo esto determina de un modo decisivo lo injusto del hecho junto a la eventual lesión del bien jurídico. La antijuridicidad es siempre la desaprobación de un hecho referido a un autor determinado. Lo injusto es injusto de la acción referido al autor, es injusto personal”¹⁰³².

En la actualidad, PAWLIK sostiene que, a través de la doctrina del injusto personal, “se priva de su base a la justificación de una estricta objetivación del concepto de injusto”¹⁰³³. Según él, la teoría del injusto personal conduce a desdibujar la delimitación entre injusto y culpabilidad defendida por VON LISZT, toda vez que es

¹⁰²⁷ WELZEL, *La teoría de la acción finalista*, p. 16.

¹⁰²⁸ WELZEL, *Estudios de filosofía del Derecho y Derecho penal*, p. 27.

¹⁰²⁹ WELZEL, *Estudios de Derecho penal*, B de F, 2002, pp. 60-61, sostiene que existe, por un lado, desvalor de la acción sin desvalor del resultado en los delitos de mera actividad y en la tentativa, y, por otro lado, desvalor del resultado sin desvalor de la acción en la extensión de la legítima defensa en el caso de la agresión “ilegítima”, en los casos de riesgo permitido en los que se produce un resultado negativo, en los casos de error de tipo en los que se excluye con el dolo el dominio final, entre otros.

¹⁰³⁰ WELZEL, *El nuevo sistema del Derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, B de F, 2001, p. 68.

¹⁰³¹ WELZEL, *Estudios de Derecho penal*, p. 53.

¹⁰³² WELZEL, *El nuevo sistema del Derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, p. 67.

¹⁰³³ PAWLIK, *La libertad institucionalizada...*, p. 112.

el juicio de la antijuridicidad y no el juicio sobre la culpabilidad, el que muestra “una verdadera y genuina conexión con el autor”¹⁰³⁴.

La teoría del injusto personal unida a la concepción de norma jurídico penal del finalismo expuesta en el primer capítulo, aterrizan en la inclusión de un tipo subjetivo como parte del injusto y la nueva ubicación del dolo en éste. WELZEL sostuvo enfáticamente que el dolo era un elemento del injusto y no de la culpabilidad¹⁰³⁵. Así, señaló que el elemento de la finalidad pertenecía de modo predominante a lo injusto penal como una forma especial de causación, a lo que añadió que los delitos dolosos y los imprudentes se diferenciaban, en este sentido, en el tipo de lo injusto¹⁰³⁶. Ahondando en la explicación, sostuvo WELZEL que, mientras el antiguo dualismo objetivo-subjetivo era aplicado para la separación entre lo injusto y la culpabilidad, éste surgía ahora solamente en el tipo de lo injusto. Construyó WELZEL entonces un tipo subjetivo de lo injusto que comprendía al dolo como elemento del dominio final del hecho y al elemento subjetivo de autoría, en el que se incluían los denominados elementos subjetivos de lo injusto¹⁰³⁷. En palabras de WELZEL:

“El dolo en el sentido de la decisión de la acción y de la consciente finalidad dirigida hacia la realización de esta decisión no constituye el objeto de la culpabilidad: este dolo existe en toda acción final también en aquellos capaces de imputación, siempre y cuando esté presente una acción (consciente de una finalidad) y no solamente un movimiento reflejo o algo semejante. Él es el decisivo elemento final dentro de la acción. El específico elemento de la culpabilidad está más bien en la determinación del sentido de la decisión de valor (emocional), sobre la cual descansa la decisión y su ejecución”¹⁰³⁸.

¹⁰³⁴ PAWLIK, *La libertad institucionalizada...*, pp. 112-113.

¹⁰³⁵ Recientemente MOCCIA, “El problema de la responsabilidad objetiva:...” , p. 536, sostiene que “dolo e imprudencia son esenciales para la tipicidad, porque sin ellos la descripción legal del delito no puede realizarse en la forma taxativa que requiere el Estado de Derecho. Y esto es un logro, por lo demás pacífico, en el ámbito de la experiencia jurídica alemana y en la española, pero no lo suficientemente generalizada en el ámbito de la italiana”. En sentido contrario, FONTAN BALESTRA, *Tratado de Derecho penal, t. II, Parte General*, 2ª ed., p. 256, sostiene que inclusive algunos autores finalistas entienden que el dolo con su juicio de valor pertenece a la culpabilidad.

¹⁰³⁶ WELZEL, *Estudios de Derecho penal*, pp. 53-54.

¹⁰³⁷ WELZEL, *Estudios de Derecho penal*, pp. 57-58. Al respecto, FRISCH, “El error como causa de exclusión del injusto y/o como causa de exclusión de la culpabilidad”, en VVAA, *El error en el Derecho Penal, Ad Hoc*, 2010, pp. 24 y ss., efectúa una sucinta revisión del proceso de subjetivización del injusto. Refiere como antecedente a la jurisprudencia de *Reichsgericht* (Tribunal Superior Imperial de Alemania) respecto de la punibilidad de la tentativa inidónea y el descubrimiento de los elementos subjetivos del injusto por FISCHER, HEGLER y MEZGER. Ahora bien, explica que ninguno de dichos antecedentes pone en real duda la pertenencia del dolo a la culpabilidad. Ello recién ocurre, según FRISCH, en 1929 cuando HELLMUTH VON WEBER coloca por primera vez un injusto subjetivo junto al injusto objetivo. En la misma línea, cita la obra de GRAF ZUDOHNA. Concluye FRISCH señalando que estos pensamientos experimentaron luego una profundización mediante su inclusión en una teoría de la acción de fundamento filosófico y psicológico, en virtud ante todo de las investigaciones de WELZEL y a la teoría final de la acción.

¹⁰³⁸ WELZEL, *Estudios de Derecho penal*, pp. 70-71.

Ingredamos ahora a la específica concepción de dolo de WELZEL. A **nivel conceptual**, planteó este autor que el dolo era la voluntad finalista de acción dirigida hacia la concreción de las características objetivas de un tipo de injusto¹⁰³⁹. El dolo estaba conformado entonces por dos momentos, uno intelectual y otro volitivo. Al respecto, WELZEL afirmaba que toda acción consciente era conducida por la decisión de la acción, esto es, “por la conciencia de lo que se quiere –el momento intelectual- y por la decisión al respecto de querer realizarlo –el momento volitivo”¹⁰⁴⁰.

Con relación al elemento intelectual, sostuvo WELZEL que comprendía el conocimiento actual de todas las circunstancias objetivas del hecho del tipo legal¹⁰⁴¹. En consecuencia, el conocimiento potencial de los elementos del tipo no resultaba suficiente, ya que si se suprimiera la conciencia actual de las circunstancias fácticas, se destruiría la delimitación entre dolo y culpa “convirtiendo al dolo en una mera ficción”. Asimismo, entendía WELZEL que el dolo no exigía el conocimiento de las condiciones objetivas de punibilidad ni de la conciencia de la antijuridicidad de la acción, ya que consideraba que la antijuridicidad de la acción no era una circunstancia del hecho sino una valoración del tipo¹⁰⁴².

Con relación al elemento volitivo, planteó WELZEL que este consistía en la voluntad incondicionada de realización del tipo, a lo que especificaba que querer en Derecho penal no significa querer “tener” o querer “alcanzar”, sino querer “realizar”. Añadía WELZEL que el dolo presupone que el autor se asignara una posibilidad de influir sobre el acontecer real. Sin embargo, el dolo como voluntad de realización no abarca todo aquello que el autor reconozca que queda dentro de sus posibilidades de influencia. Distinguía entonces WELZEL según se tratara del fin, del medio o de los resultados concomitantes. Así, afirmaba que la voluntad de realización se dirige primero e inmediatamente al fin propuesto; luego, a los medios de acción elegidos para la consecución del fin; y, finalmente,

¹⁰³⁹ WELZEL, *La teoría de la acción finalista*, p. 27.

¹⁰⁴⁰ WELZEL, *Derecho penal alemán. Parte General*, 11ª ed., 4ª ed. castellana, p. 77.

¹⁰⁴¹ WELZEL, *Derecho penal alemán. Parte General*, 11ª ed., 4ª ed. castellana, p. 78. Respecto del sentido que otorga el finalismo a los elementos del tipo, LUZÓN PEÑA, *Lecciones de Derecho penal Parte General*, 2ª ed., pp. 237-238, efectúa una importante precisión. Sostiene que, para el finalismo, la exigencia de conocimiento de los elementos objetivos del tipo se refiere únicamente al tipo indiciario y no a la ausencia de los elementos de las causas de justificación, lo que trae como consecuencia que el finalismo trate el error sobre el presupuesto de causa de justificación como un error de prohibición. Se distancia así de otras teorías que sólo observan una conducta dolosa cuando el sujeto conoce tanto los elementos objetivos del tipo indiciario como la ausencia de los elementos objetivos de las causas de justificación. Según LUZÓN PEÑA, esta última concepción se aleja del concepto causalista del *dolus malus* en sentido subjetivo y de la formulación del dolo natural del finalismo, planteando un “dolo objetivamente malo”. Consecuencia de este postulado es que tanto el error sobre los elementos del tipo indiciario o estricto como el error sobre la presencia de los elementos objetivos de una causa de justificación se valoran como error de tipo.

¹⁰⁴² WELZEL, *Derecho penal alemán. Parte General*, 11ª ed., 4ª ed. castellana., pp. 78 y 86-92.

la voluntad de realización admite sólo en forma secundaria y mediata a los resultados concomitantes, siempre y cuando el autor los reconozca como parte del complejo general a realizarse¹⁰⁴³.

Para WELZEL, la pertenencia de un resultado concomitante a la voluntad de realización (dolo) depende en el hecho exclusivamente de un elemento del “saber”, esto es, del saber o el contar con que el resultado concomitante es parte integrante del medio o fin a realizarse¹⁰⁴⁴. LAURENZO interpreta estas palabras de WELZEL como una toma de posición a favor de una teoría más bien cognitiva del dolo. Así, sostiene esta autora que, para WELZEL, todo lo que escapa al conocimiento es mera causación mecánica ajena a los contenidos de sentido y todo lo previsto se incorpora a la dirección final de la conducta¹⁰⁴⁵. Ahora bien, la defensa de la preeminencia del elemento cognitivo del dolo no debe implicar que se asimile el concepto de dolo de WELZEL a la antigua teoría de la probabilidad, la cual expone en tono crítico¹⁰⁴⁶.

Siguiendo en el nivel conceptual, respecto de las clases de dolo, WELZEL distinguió dos grandes grupos de casos. En primer lugar, aquellos casos en los que el autor consideraba segura la producción del resultado concomitante. En palabras de WELZEL:

“(cuando el autor) considera (prácticamente) seguro que se producirá el resultado concomitante al emplear el medio de acción por él elegido o al alcanzar el resultado, la voluntad de realización abarca también esta consecuencia, porque y en tanto esté necesariamente conectada con el fin o el medio –de acuerdo a la representación del autor”¹⁰⁴⁷.

Se trata de los supuestos de dolo directo, en los que el elemento volitivo cobra un papel relevante para el finalismo. En segundo lugar, WELZEL hacía alusión a los casos de dolo eventual en los siguientes términos:

“Si de acuerdo a la representación del autor la producción de la consecuencia concomitante no está unida necesariamente al fin o a los medios, sino sólo en forma posible, habrá que distinguir si cuenta con que se produzca o si, por el contrario, confía en que no acontezca”¹⁰⁴⁸.

A **nivel aplicativo**, respecto de la delimitación entre el dolo eventual y la culpa consciente, sostuvo WELZEL en la undécima edición de su PG que “la jurisprudencia y la doctrina hasta ahora predominante se regían principalmente por la “teoría del consentimiento”, la que determina el dolo por una posición

¹⁰⁴³ WELZEL, *Derecho penal alemán. Parte General*, 11ª ed., 4ª ed. castellana, pp. 79-80.

¹⁰⁴⁴ WELZEL, *Derecho penal alemán. Parte General*, 11ª ed., 4ª ed. castellana, p. 81.

¹⁰⁴⁵ LAURENZO COPELLO, *Dolo y conocimiento*, p.85.

¹⁰⁴⁶ WELZEL, *Derecho penal alemán. Parte General*, 11ª ed., 4ª ed. castellana, p. 84.

¹⁰⁴⁷ WELZEL, *Derecho penal alemán. Parte General*, 11ª ed., 4ª ed. castellana, p. 81.

¹⁰⁴⁸ WELZEL, *Derecho penal alemán. Parte General*, 11ª ed., 4ª ed. castellana, p. 81.

positiva del sentimiento hacia el resultado”¹⁰⁴⁹. Criticó entonces a dicha teoría el hecho que desconocía que la voluntad de realización (dolo) también podía referirse a resultados que el autor no aprobaba internamente, sino todo lo contrario, los desaprobaba y deploraba¹⁰⁵⁰. Para LAURENZO, dichas afirmaciones implicaron el rechazo por parte de WELZEL de la teoría del consentimiento¹⁰⁵¹. Por el mismo motivo que rechazaba esta teoría, cuestionaba WELZEL también la teoría del sentimiento propugnada por EXNER y ENGISCH, según la cual se diferenciaba el dolo eventual de la culpa por el mayor grado de indiferencia frente al bien jurídico o frente a la violación del Derecho¹⁰⁵². Según LAURENZO, WELZEL descartó esta teoría porque la indiferencia era también característica de la culpa inconsciente¹⁰⁵³. Finalmente, afirmó WELZEL que tampoco le satisfacía la teoría de la probabilidad en la medida en que interpretaba el “querer” en forma demasiado intelectualizada¹⁰⁵⁴.

Propuso en cambio WELZEL que quien actuaba podía convertir en objeto de su voluntad de realización también alguno cuya realización sólo estimara posible, pero no probable, siendo únicamente relevante el criterio de la probabilidad para el caso de los resultados concomitantes, en cuanto era esencial para determinar si el autor en su decisión a la acción contaba con que se produjeran o, por el contrario, confiaba en que no se produjeran”¹⁰⁵⁵. Según aprecia RAGUÉS I VALLÈS, para WELZEL los conceptos de “contar con la producción” del resultado concomitante y de “confiar en que no se realice” eran complementarios y excluyentes¹⁰⁵⁶.

A modo de resumen¹⁰⁵⁷, WELZEL postuló que confiar en la no producción del resultado no significaba que el autor no creyera posible la realización del resultado, ya que la representación del peligro podía coexistir con la confianza en que todo saldría bien, al estar ubicadas ambas en distintos planos anímicos (la representación en el intelectual y la confianza en el volitivo). Así, en la imprudencia, la confianza en la no producción del resultado era una posición volitiva que comprendía intelectualmente la representación del peligro, pero que excluía volitivamente la realización del peligro. Finalmente, dicha confianza no era independiente de toda representación del peligro, ya que tenía su límite en el momento en que el sujeto activo contara con la producción del peligro, caso

¹⁰⁴⁹ WELZEL, *Derecho penal alemán. Parte General*, 11ª ed., 4ª ed. castellana, p. 83.

¹⁰⁵⁰ WELZEL, *Derecho penal alemán. Parte General*, 11ª ed., 4ª ed. castellana, p. 83.

¹⁰⁵¹ LAURENZO COPELLO, *Dolo y conocimiento*, p. 84. Sin embargo, en otro momento WELZEL se manifiesta a favor de una teoría del “asentimiento”, acrecentando la confusión acerca de su verdadera opinión. En WELZEL, *Derecho Penal Parte General* (trad. de FONTÁN BALESTRA), Roque Depalma Editor, 1956, p. 76.

¹⁰⁵² WELZEL, *Derecho penal alemán. Parte General*, 11ª ed., 4ª ed. castellana, p. 83.

¹⁰⁵³ LAURENZO COPELLO, *Dolo y conocimiento*, p. 84 n. 104.

¹⁰⁵⁴ WELZEL, *Derecho penal alemán. Parte General*, 11ª ed., 4ª ed. castellana, p. 84.

¹⁰⁵⁵ WELZEL, *Derecho penal alemán. Parte General*, 11ª ed., 4ª ed. castellana, p. 84.

¹⁰⁵⁶ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, pp. 99-100.

¹⁰⁵⁷ WELZEL, *Derecho penal alemán. Parte General*, 11ª ed., 4ª ed. castellana, p. 84.

en el cual sólo podría “esperar” (dolo) pero no “confiar en” (culpa) que el resultado no se produjera. RAGUÉS I VALLÈS concluye entonces que WELZEL se encuentra entre los autores que entienden que la confianza del sujeto en que el tipo no va a realizarse “sólo debe excluir la imputación dolosa en aquellos casos en que lleva a que el sujeto deje de representarse “correctamente” el riesgo de realización del tipo”¹⁰⁵⁸.

Como podemos ver, el criterio de la confianza en la no producción del resultado fue postulado desde un enfoque psicológico. Si bien WELZEL pretendió descartar de su teoría la visión subjetiva de la confianza, que admitía los supuestos de confianza irracional en la no producción del resultado, su versión de la teoría mantuvo como premisa la existencia de una acción final (elemento ontológico) en la que se contiene la aludida confianza “correcta”.

Como balance general del planteamiento finalista, podemos diferenciar la valoración cognitiva de la confianza del sujeto en la no producción del resultado, defendida por WELZEL, frente a la valoración volitiva de dicha confianza. La primera postula que sólo se excluye el dolo cuando la confianza en que el tipo penal no va a realizarse genera que el sujeto deje de representarse correctamente el riesgo de realización, mientras que la segunda posición, mayoritaria en la doctrina, sostiene que la confianza puede tener relevancia incluso cuando el sujeto no ha dejado de representarse un determinado grado de riesgo. Esta segunda forma de entender la materia da lugar, en mi opinión, a admitir supuestos de confianza irracional excluyentes del dolo. Ahora bien, más allá de los valiosos aportes destacados, no puede ocultarse que existe cierta contradicción en la obra de WELZEL cuando expone una postura cercana a la teoría de la representación en el marco de su teoría de la acción final que sin duda implica un enfoque más bien volitivo hacia el hecho.

4.3.5. Kaufmann

Una versión más reciente de las clásicas teorías de la probabilidad es la denominada **teoría modificada de la representación** elaborada por ARMIN KAUFMANN en 1958, que constituye según FEIJOO SÁNCHEZ “un intento fallido de objetivación del dolo”¹⁰⁵⁹.

¹⁰⁵⁸ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, pp. 99 y ss., sostiene que una propuesta teórica distinta es la que sigue la doctrina mayoritaria –volitiva- y postula que “la confianza debe tener relevancia incluso en aquellos casos en que el sujeto no ha dejado de representarse un grado de riesgo que, de no mediar tal confianza, sería por sí solo suficiente para fundamentar una imputación dolosa”. Más allá de ello, PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual...*, p. 371, cuestiona el concepto de probabilidad subjetiva de WELZEL, ya que “la representación en sí del sujeto, en ciertos casos, puede y debe resultar en sí misma cuestionable conforme a un baremo objetivo”.

¹⁰⁵⁹ FEIJOO SANCHEZ, *El dolo eventual*, p. 37.

A **nivel conceptual**, KAUFMANN, discípulo de WELZEL, partió de las premisas de la doctrina de la acción finalista. Definió entonces al dolo como “un caso particular de la “voluntad de realización final”, “concretamente, la voluntad de realización final en referencia a circunstancias de un tipo legal””. Asumió también el postulado de la teoría de la culpabilidad, por lo que en su teoría el dolo formaba parte del injusto y no contenía el conocimiento de la antijuridicidad. Así, señalaba KAUFMANN que, tanto ontológicamente –desde el campo de la doctrina de la acción finalista- como también dogmáticamente –conforme a las premisas de la teoría de la culpabilidad- debía ser eliminado para la delimitación de la voluntad de realización todo recurso a la conciencia del injusto o partícula de la misma, y debía evitarse toda valoración del proceso de motivación¹⁰⁶⁰.

KAUFMANN se propuso elaborar una teoría unitaria del dolo. Sostuvo que lo que hacía falta era una doctrina unitaria del dolo y no una doctrina especial del dolo eventual que, según la estructura y los criterios del dolo (general), determinara también las fronteras de este. Cuestionó, en ese sentido, la teoría de la probabilidad, la que consideraba una teoría del dolo eventual, toda vez que la representación de la probabilidad no podría ser una característica general del dolo, si no se quería negar el dolo en el caso en el cual la producción del resultado considerada como no probable podía ser también apetecida¹⁰⁶¹.

La propuesta de KAUFMANN conllevó a “plantearse a la inversa la pregunta acerca de si acaso la voluntad de realización del autor fue dirigida precisamente a no dejar producir la consecuencia accesoria tenida en cuenta como posible, esto es, dirigida más bien a impedir la”¹⁰⁶². Entonces concluía KAUFMANN que “la voluntad de evitación excluye la aceptación de una voluntad de producción”¹⁰⁶³, por lo que no puede haber dolo cuando la voluntad de realización se ve contrarrestada por una voluntad de evitación¹⁰⁶⁴. Lo importante no es ya entonces lo que el sujeto quiere o no sino cómo configura su conducta¹⁰⁶⁵.

¹⁰⁶⁰ KAUFMANN, *El dolo eventual en la estructura del delito*, en *ADPCP*, 1960, pp. 186 y 192.

¹⁰⁶¹ KAUFMANN, *El dolo eventual en la estructura del delito*, p. 193.

¹⁰⁶² KAUFMANN, *El dolo eventual en la estructura del delito*, p. 194.

¹⁰⁶³ KAUFMANN, *El dolo eventual en la estructura del delito*, p. 195.

¹⁰⁶⁴ DIAZ PITA, *El dolo eventual*, p. 266 y ss., a su vez, distingue entre aquellos casos en los que es posible realizar intentos de evitación del resultado lesivo y aquellos en los que la única posibilidad es omitir la acción misma. En el primer grupo de casos, entiende dicha autora que no habrá dolo en aquellas situaciones en las que el sujeto atribuye a su voluntad activa de evitación una eficacia segura y en las que el sujeto mantiene la duda de si las medidas adoptadas serán suficientes, siempre y cuando atribuya a sus esfuerzos una posibilidad real de evitación. Por el contrario, existirá dolo en aquellas situaciones en las que el sujeto, a pesar de reconocer la posibilidad de que la consecuencia accesoria se produzca al igual que la posibilidad de impedir la, no lleva a la práctica las medidas adecuadas para la evitación del resultado.

¹⁰⁶⁵ FEIJOO SANCHEZ, *El dolo eventual*, p. 38.

A **nivel aplicativo**, destaca de la propuesta de KAUFMANN su pretensión de tomar distancias de aquellas teorías que recurren a elementos internos para definir el dolo¹⁰⁶⁶. Así, sostiene:

“(…) la delimitación de la voluntad de realización no se hace depender del “sentimiento”; de la “actitud” y ni siquiera sólo de la representación del autor, sino de un criterio objetivo; pues la voluntad de realización que se propone como objetivo la evitación del resultado accesorio y con ello excluye la producción del resultado accesorio como contenido posible de la voluntad de realización, tiene que ser voluntad dirigente que se manifieste en el acontecer externo”¹⁰⁶⁷.

Su crítica a la solución de WELZEL del caso del cigarro en el pajar ilustra su teoría, por lo que me permito transcribir su larga cita:

“Por ello no puede convencerme el siguiente ejemplo de WELZEL: “Un criado ha causado un incendio por haber entrado en el pajar con un cigarro encendido, siendo consciente de la peligrosidad de su acción. Si hubo confianza en que no surgiría incendio, obró con culpa (consciente). Si en cambio estaba de acuerdo con la posible consecuencia (por ejemplo, porque había precisamente reñido con el amo), produjo el incendio con dolo eventual”. Me parece que aquí la solución se hace depender de la indiferencia del autor frente a la lesión del bien jurídico. Si tanto la representación de la peligrosidad, como la configuración de la acción, son en ambos casos exactamente las mismas, entonces no pueden ser resueltos los casos, a mi modo de ver, de modo diferente. Esto se muestra aún más claro en la siguiente modificación: El lunes por la noche sube el criado al pajar y se preocupa de que el cigarro encendido no roce con el heno, y de no dejar caer ninguna brasa, pero sigue teniendo conciencia de la peligrosidad. El martes por la noche, después que el criado había reñido con amo, ocurre exactamente lo mismo; solo que el criado piensa: “Si pasa algo, bien merecido lo tiene”. En *ambos* casos confía el criado en que no estallará fuego, o más precisamente: confía en su habilidad para evitar el posible incendio. El que su actitud sentimental frente a la consecuencia accesorio representada como posible haya sufrido cambio, es, a mi modo de ver, irrelevante; tampoco existe dolo en el segundo caso, y por tanto ninguna tentativa de incendio. Por el contrario: si el criado arroja la colilla encendida a la era siendo consciente del peligro, pero no hace nada para hacer frente al peligro, entonces obra con dolo eventual respecto de un incendio. El que él esperase que no surgiría fuego alguno, no puede modificar nada en ello”¹⁰⁶⁸.

¹⁰⁶⁶ Si bien KAUFMANN sostuvo que las teorías emocionales debían ser rechazadas porque tomaban como referencia un concepto de dolo malo, PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual...*, p. 302, anota que “esto era relativamente cierto en la época de redacción del artículo (...), pero hoy ya no lo es: los partidarios actuales de las teorías emocionales refieren esa aprobación, consentimiento, indiferencia, etcétera al hecho, y no a su carácter antijurídico”.

¹⁰⁶⁷ KAUFMANN, *El dolo eventual en la estructura del delito*, pp. 196-197.

¹⁰⁶⁸ KAUFMANN, *El dolo eventual en la estructura del delito*, p. 197.

Además, según señala el propio autor “sólo existe una eficaz voluntad de realización respecto a la evitación de las consecuencias accesorias si el autor, a la puesta de su dirección, y a su *propia* habilidad, atribuye una posibilidad real de evitar el resultado”¹⁰⁶⁹. Ahora bien, autores como RAGUÉS I VALLÈS han sostenido que la propuesta de KAUFMANN guarda cierta conexión con la de MEZGER, representante de la teoría de la voluntad, aunque con la sustancial diferencia de que el primero:

“(…) no se contenta con configurar la voluntad de evitación en un sentido meramente anímico, sino que, a efectos de exclusión del dolo, considera necesario que ésta se refleje en un plano objetivo y, así, exige que tal voluntad se manifieste en el acontecer externo del hecho”¹⁰⁷⁰.

Con relación a los casos de duda, sostiene KAUFMANN que, “si la duda no es aún seria, entonces no existe todavía dolo eventual; si ha pasado ya de ser seria, entonces no hay dolo eventual, sino dolo directo”¹⁰⁷¹.

Contra la teoría de KAUFMANN, se han dirigido importantes críticas¹⁰⁷². Por su parte, HASSEMER sostiene que “la acción de evitación no tiene por qué ser expresión de una actitud interna ajustada a Derecho, sino que puede ser el resultado de un cálculo estratégico-criminal”¹⁰⁷³. Así, objeta a la teoría de KAUFMANN que conduce a resultados inaceptables, como lo son que, “quien no disminuye un riesgo insignificante –evitable- debe responder, según esta teoría, por dolo, mientras que aquél que reduce al mismo grado de riesgo un riesgo elevado –evitable- sólo se le puede imputar a título de imprudencia”¹⁰⁷⁴. Otra crítica sustancial la dirige PÉREZ BARBERÁ, quien sostiene que la voluntad de evitación no puede valer como criterio específico conceptualizador del dolo, ya que la constatación de dicha voluntad “puede determinar directamente la irrelevancia jurídico-penal de la conducta, *i.e.*, puede excluir incluso la imprudencia”¹⁰⁷⁵.

¹⁰⁶⁹ KAUFMANN, *El dolo eventual en la estructura del delito*, p. 197.

¹⁰⁷⁰ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 110.

¹⁰⁷¹ KAUFMANN, *El dolo eventual en la estructura del delito*, p. 201.

¹⁰⁷² Cfr. FEIJOO SANCHEZ, *El dolo eventual*, pp. 39 y ss., quien sostiene que pueden plantearse diversas críticas a la formulación de KAUFMANN. Enumera las siguientes: no ofrecer ningún fundamento material para la imputación dolosa o imprudente, establecer como único criterio de delimitación entre dolo y culpa la representación del autor o su procesamiento del riesgo residual de su actuación, delimitar solamente el dolo del no-dolo sin tomar atención a la imprudencia, no tener en cuenta que no toda medida de evitación puede servir sin más para negar la imputación a título de dolo, omitir que pueden darse supuestos imprudentes en los que no hay medidas de evitación, entre otras.

¹⁰⁷³ HASSEMER, “Los elementos característicos del dolo”, p. 912.

¹⁰⁷⁴ HASSEMER, “Los elementos característicos del dolo”, pp. 911-912. También en HASSEMER, *Persona, mundo y responsabilidad...*, pp.119 y ss. En el mismo sentido, PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual...*, p. 301, quien, citando a KINDHÄUSER, añade que “es posible que quien no tenga una voluntad de evitación, tampoco tenga una voluntad de realización, y que quien no tenga una voluntad de realización tampoco tenga una voluntad de evitación”.

¹⁰⁷⁵ PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual...*, p. 305.

Más allá de las válidas críticas que se dirigen contra su teoría¹⁰⁷⁶, debemos rescatar que la propuesta de KAUFMANN es un paso importante en el cuestionamiento de la valoración de elementos anímicos como criterios de determinación del dolo. Se acerca así a los antiguos postulados del *dolus ex re* y se aleja del postulado de MEZGER, quien configura la voluntad de evitación en un sentido más bien anímico o psicológico.

4.3.6. *Mir Puig*¹⁰⁷⁷

En España, resulta sumamente representativa la propuesta de MIR PUIG, quien busca mantener lo que él denomina “la tradición” conceptual del dolo, aunque su planteamiento encuentra matices particulares, que merecen ser destacados. A nivel conceptual, el maestro español distingue tres grados o niveles de dolo: el dolo típico, que sólo exige el conocimiento y voluntad del hecho típico; el dolo referido al hecho típico sin los presupuestos típicos de una causa de justificación; y el dolo completo, que además supone el conocimiento de la antijuridicidad. Cuestiona entonces al finalismo ortodoxo y precisa que el dolo típico no agota el dolo natural, que también comprende el dolo referido a la ausencia de los presupuestos típicos de una causa de justificación. Se acerca entonces a la propuesta de la teoría de los elementos negativos del tipo, consistente en que tanto los elementos del tipo positivo como los presupuestos de una causa de justificación afectan a la concurrencia del supuesto de hecho que constituye la situación objeto de la prohibición, y todos ellos deben distinguirse de esta prohibición en sí misma¹⁰⁷⁸.

Con relación al objeto del dolo, MIR PUIG entiende que sólo es necesario que este se refiera a la parte externa de la conducta, negando que el dolo típico se

¹⁰⁷⁶ Ver más críticas en STRUENSEE, “Consideraciones sobre el dolo eventual”, en *InDret Penal*, N° 4, 2009, pp. 9-10.

¹⁰⁷⁷ N.A.: Agradezco al maestro MIR PUIG la ocasión de haber podido debatir personalmente su concepción de dolo y las características esenciales de su teoría, a partir de lo cual he elaborado la presente sección y he enriquecido diversas secciones de la presente tesis.

¹⁰⁷⁸ MIR PUIG, *Derecho penal Parte General*, 10ª ed., pp. 267-268. Una valoración crítica de la teoría de los elementos negativos del tipo en HRUSCHKA, “¿Realmente es “limitada” la teoría “imitada” de la culpabilidad?”, en *Imputación y Derecho penal...*, pp. 174 y ss., quien, acudiendo al hexágono deontológico, sostiene que los tipos delictivos se hallan en el mismo plano lógico que las reglas de justificación, no existiendo un plano de “justificación” que se diferencie del plano de los tipos delictivos. En consecuencia, según HRUSCHKA, si un hecho es o no antijurídico se enjuicia exclusivamente según el sistema de reglas sobre los delitos y las reglas de justificación como un todo y no según preceptos singulares entendidos aisladamente unos de otros. Entiende que esa es la comprensión en la que se basa la doctrina de los elementos negativos del tipo, aunque cuestiona la terminología que postula que las causas de justificación son “elementos negativos del tipo” de los tipos delictivos, siendo lo correcto entender que “las normas facultativas (y permisivas) formulan excepciones a las prohibiciones y prescripciones, y las normas de justificación excepciones a los tipos delictivos”. Mayor detalle del hexágono deontológico en HRUSCHKA, “Sobre la utilidad del hexágono deontológico para el Derecho”, en *Imputación y Derecho penal...*, pp. 31 y ss.

extienda al resultado típico *ex post* y a las condiciones objetivas de punibilidad. Precisa además que el objeto del dolo típico se integra de elementos descriptivos y normativos. Con relación a los elementos normativos, se plantea la dificultad del grado de conocimiento que se exige para el dolo. Al respecto, MIR PUIG sostiene que es necesaria y suficiente la “valoración paralela en la esfera del profano”, lo que significa que: 1) basta que se conozca el significado que posee el elemento normativo al nivel del profano; 2) debe concretarse acudiendo al mismo nivel social en que se halla el autor. Asimismo, sostiene MIR PUIG que la calificación jurídica será necesaria para el dolo típico si condiciona la comprensión en la esfera del profano, como es el caso de la “ajenidad” de la cosa en el delito de hurto. Luego, MIR PUIG precisa que los elementos descriptivos o normativos del tipo que ha de abarcar el dolo pueden ser esenciales o accidentales. Estos últimos pueden estar previstos en el mismo tipo penal o en la PG como circunstancias agravantes o atenuantes. Sostiene MIR PUIG que, para que corresponda imponer la penalidad de los tipos agravados o atenuados, es preciso que los elementos accidentales sean también abarcados por el dolo; sin embargo, puesto que el error sobre los mismos no hace desaparecer la voluntad de realizar el delito básico, no podrá ser tratado según las reglas generales, que remiten a la imprudencia cuando ésta es punible, si el error es vencible, o a la impunidad cuando es invencible¹⁰⁷⁹.

Atendiendo a su propuesta acerca del contenido del dolo, puedo afirmar que MIR PUIG se acerca a una concepción cognitiva del mismo con algunos matices peculiares que debo destacar¹⁰⁸⁰. El autor afirma que, quien realiza un comportamiento humano voluntario conociendo los elementos que lo hacen típico, actúa ya, sin más, con la voluntad consciente que caracteriza al dolo. Textualmente cita el siguiente ejemplo:

“Quien efectúa una conducta de matar sin ninguna causa de exclusión del comportamiento humano y sabiendo que mata, necesariamente mata con dolo. Basta añadir a la voluntariedad general de la acción el conocimiento de los elementos de la conducta típica, para poder afirmar que se “quiere” (al menos en el sentido de que se acepta). Ello puede interpretarse en el sentido de que la voluntariedad no es un elemento del dolo, sino sólo del comportamiento humano, pero me parece preferible –y más conforme con la tradición- entender que el dolo es la voluntad consciente resultante, sin

¹⁰⁷⁹ MIR PUIG, *Derecho penal Parte General*, 10ª ed., pp. 269-270. Con relación a la concepción de error de tipo de este autor y su defensa de la teoría del dolo frente a la teoría de la culpabilidad, ver MIR PUIG, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, pp. 207 y ss.

¹⁰⁸⁰ Fundamenta la mayor gravedad del delito doloso frente al imprudente en MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 2ª ed., Barcelona, 1982, pp. 74 y ss., donde postula que la intención del autor implicaría per se un mayor riesgo para la víctima. Al respecto, RAGUÉS I VALLÉS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 182, refuta que “a lo más que puede llevar la intención es a que el sujeto que actúa queriendo realizar un determinado tipo añada objetivamente factores que hagan aumentar el grado de riesgo creado (...) constatado este mayor riesgo objetivo, para el dolo es suficiente con que el sujeto lo conozca”.

más, de sumar el conocimiento a la voluntariedad básica de todo comportamiento humano, y que dicho dolo implica “querer” en el sentido, por lo menos, de aceptar”¹⁰⁸¹.

En este punto, se distancia MIR PUIG de la posición de SILVA SÁNCHEZ, quien, como se verá más adelante, desde un enfoque más bien normativo, asume que la voluntariedad es un mero elemento del comportamiento humano¹⁰⁸²; mientras que a MIR PUIG parece interesar más la “voluntad consciente resultante” como elemento ontológico que pertenece a la propia esencia de la conducta.

Continuando con el análisis del nivel conceptual de su teoría, MIR PUIG expone en su Trat. la tradicional distinción entre tres clases de dolo. Concibe el dolo directo de primer grado como aquel en el que el autor persigue la realización del delito, siendo indiferente que sepa seguro o estime sólo como posible que se va a producir el delito; y que ello sea el único fin que mueve su actuación. Con relación al dolo directo de segundo grado, entiende que es aquel en el que el autor no busca la realización del tipo, pero sabe y advierte como seguro -o casi seguro- que su actuación dará lugar al delito, no bastando un “saber” no actualizado en la consciencia del sujeto. Finalmente, a diferencia del dolo directo de segundo grado en el que el autor se representa el delito como consecuencia inevitable, entiende el dolo eventual como aquel supuesto en el que el delito se le aparece al autor como resultado posible. MIR PUIG observa que el dolo eventual y la culpa consciente parten de una estructura común que hace dificultosa su diferenciación, ya que en ninguno se desea el resultado y en ambos reconoce el autor la posibilidad de que se produzca el resultado¹⁰⁸³.

Con relación al dolo eventual, explica MIR PUIG que es correcto exigir que pueda hablarse de un verdadero “querer” como “aceptar”, como también es correcto que para ese aceptar basta el “conformarse con”, que no requiere tanto como desear, perseguir, aprobar o consentir con agrado. Ahora bien, aclara MIR PUIG que dicha forma de querer concurre siempre que se impulsa o mantiene voluntariamente la conducta que se advierte como suficientemente peligrosa en el caso concreto. Así, aquel que “toma en serio” la probabilidad del delito, en el sentido de que no la descarta, debe aceptar necesariamente dicha probabilidad si decide realizar la conducta peligrosa. Según MIR PUIG, la aceptación va implícita entonces en el actuar voluntariamente sin descartar la probabilidad del delito. Finaliza defendiendo la idea de que la aceptación de la concreta probabilidad de que se realice el peligro es necesaria para el dolo eventual, pero sólo a condición de que no se exija la aceptación del resultado delictivo, sino sólo de la conducta capaz de producirlo¹⁰⁸⁴.

¹⁰⁸¹ MIR PUIG, *Derecho penal Parte General*, 10ª ed., p. 268.

¹⁰⁸² Vid. *Infra* Capítulo II, 4.7.3.

¹⁰⁸³ MIR PUIG, *Derecho penal Parte General*, 10ª ed., p. 271.

¹⁰⁸⁴ MIR PUIG, *Derecho penal Parte General*, 10ª ed., pp. 275-276.

Si bien podría sostenerse que el planteamiento de MIR PUIG se acerca a las teorías volitivas modernas, lo cierto es que el énfasis es mayor en lo que al elemento cognitivo se refiere. Así lo pone en evidencia el ejemplo del terrorista que plantea en su Trat. Se trata del caso de un terrorista que, cumpliendo órdenes, coloca una bomba en un local en el que sabe que es muy posible que se encuentre un amigo suyo, haciéndolo con plena conciencia de que éste morirá si efectivamente se halla presente en el lugar de la explosión. Sin embargo, el terrorista desea con todas sus fuerzas que no sea así y, si supiera seguro que su amigo morirá, no pondría la bomba, pero ante la posibilidad de que no sea así acepta correr el riesgo esperando que no se realice, aun sabiendo que puede fácilmente no ser así. Frente a dicho supuesto, MIR PUIG concluye que "no cabe duda de que concurrirá dolo eventual si la muerte tiene lugar y, no obstante, será difícil afirmar que el terrorista "quería" el resultado"¹⁰⁸⁵. En dicho ejemplo prima el elemento cognitivo, aunque se valora también el aspecto volitivo. Ante ello, puede afirmarse que la teoría de MIR PUIG es más bien mixta o ecléctica, con cierta predominancia del elemento cognitivo.

A nivel aplicativo, si bien la teoría del maestro español es más bien conceptual y no aborda directamente el problema de la determinación procesal del dolo, lo cierto es que se asienta en bases que permiten calificarla entre las teorías que siguen la tradición y se enmarcan en un enfoque psicológico del dolo. Dicha inclinación hacia lo psicológico se manifestaba ya en su concepto de dolo como "voluntad consciente resultante". Sin embargo, se evidencia con mayor intensidad en la valoración que efectúa MIR PUIG respecto de la discusión doctrinal existente entre la teoría del consentimiento y la teoría de la probabilidad acerca de la distinción entre dolo eventual y culpa consciente. En opinión del maestro español, el dolo exige conocimiento de la concreta capacidad de la conducta para producir el resultado típico fuera del marco del riesgo permitido, por lo que no importa la sola conciencia de la probabilidad estadística, sino el pronóstico concreto de lo que puede ocurrir en el caso particular¹⁰⁸⁶. Se aleja así de aquellas teorías que pretenden objetivizar el dolo y medirlo a partir de las características del peligro; y opta más bien por una visión subjetiva de dolo, que se mediría a partir de la perspectiva del autor frente al peligro.

Prueba adicional de que MIR PUIG se inclinaría más bien por una solución psicológica del problema del dolo es que admite la valoración de motivos irracionales del sujeto como sustento de su convicción de que no se producirá el delito y, por ende, la ausencia de dolo en su caso concreto. Al respecto, sostiene MIR PUIG que es posible que el sujeto esté convencido de que, pese a la peligrosidad estadística que advierte en la acción, en su caso no va a dar lugar

¹⁰⁸⁵ MIR PUIG, *Derecho penal Parte General*, 10ª ed., p. 276.

¹⁰⁸⁶ MIR PUIG, *Derecho penal Parte General*, 10ª ed., p. 275.

al delito. Explica que tal convicción podrá basarse en elementos objetivos de la situación que la hagan razonable y faciliten su prueba, pero “también en motivos irracionales, como la superstición, aunque el juez no podrá partir de esto último salvo que existan pruebas que lo confirmen”¹⁰⁸⁷. Si bien MIR PUIG se aleja de las teorías más tradicionales que se sustentaban en meras presunciones de dolo, al exigir la “razonabilidad” y la prueba de estos motivos irracionales, lo cierto es que mantiene la idea de un sistema que atienda a la observación directa (y prueba) de los elementos específicos de la conducta (motivos, entre otros) en el caso concreto.

4.4. Teorías en desavenencia

Existen dos propuestas que creo necesario analizar en la medida que se alejan de las propuestas de la mayor parte de autores, quienes formulan sus teorías partiendo de la base de que dolo eventual e imprudencia consciente deben y pueden ser delimitados.

4.4.1. *Teoría que equipara el dolo eventual y la culpa consciente*

BUSTOS RAMÍREZ no se adhiere ni a las teorías de la voluntad ni a las de la representación, sino que entiende que, a **nivel conceptual**, “no es posible diferenciar el dolo eventual de la culpa consciente y más aún de la estructura de la culpa en general”¹⁰⁸⁸.

Más allá de la diferenciación entre las teorías del consentimiento y las de la representación, BUSTOS RAMÍREZ prefiere distinguir entre aquellas teorías que caracterizan el dolo eventual desde el ángulo de la culpabilidad y las que lo hacen desde el injusto. Con relación a las primeras, sostiene que hay que considerar básicamente la llamada teoría del consentimiento fuertemente influida por la antigua concepción de la culpabilidad como voluntad, la cual, para los casos de dolo eventual, sustituye un proceso real por uno totalmente hipotético (asentimiento, aprobación, aceptación, tomar a cargo) enmarcándose en una política criminal que califica de “autoritaria, represiva y moralizante, para la cual la gravedad se mide por la maldad subjetiva del individuo”¹⁰⁸⁹. BUSTOS RAMÍREZ concluye que para estas posiciones “el dolo eventual no es dolo, pues no se da en él el querer realizado, sino sólo hipotético y que más aún contradicen un

¹⁰⁸⁷ MIR PUIG, *Derecho penal Parte General*, 10ª ed., p. 275. En sentido crítico, SILVA SÁNCHEZ, “Observaciones sobre el conocimiento “eventual” de la antijuridicidad”, p. 652 n. 22, quien señala que “hay que tener en cuenta que tal creencia “supersticiosa” sería incluso compatible con la “probabilidad rayana en la seguridad” de que tal resultado se va a producir; y esto último es ya base del dolo directo de segundo grado. Con lo que dicha tesis podría tener que revisar incluso este concepto”.

¹⁰⁸⁸ BUSTOS RAMIREZ, “Política criminal y dolo eventual”, en *RJCat*, 1984, p. 41.

¹⁰⁸⁹ BUSTOS RAMIREZ, “Política criminal y dolo eventual”, p. 33.

Derecho penal democrático, pues inevitablemente han de terminar afirmando en relación al dolo eventual una culpabilidad por el carácter”¹⁰⁹⁰.

Con relación a aquellas teorías que caracterizan el dolo eventual desde el ámbito del injusto, BUSTOS RAMÍREZ incluye a todas aquellas variantes de la teoría de la representación, pero también aquellas teorías que pretenden conectar el aspecto intelectual con el volitivo, adoptando un criterio volitivo dentro del injusto. Al respecto, sostiene:

“(…) manteniéndose la estructura básica igual para la culpa y el dolo eventual, esto es, una situación de riesgo, ni una simple actitud o estado anímico –el contar con- ni tampoco una definida posición anímica – decisión por o en contra- son suficientes para convertir tal situación en dolo”¹⁰⁹¹.

La propuesta de BUSTOS RAMÍREZ parte de la constatación de que, mediante la sanción de conductas dolosas y culposas se pretende proteger los bienes jurídicos frente a dos procesos “cualitativamente diferentes, pero lo suficientemente graves desde un punto de vista jurídico social”¹⁰⁹². Entiende el autor que las actividades dirigidas a destruir bienes jurídicos o a crear situaciones que pongan en peligro su existencia constituyen comportamientos dolosos, mientras que configuran comportamientos imprudentes aquellas actividades que aumentan los riesgos propios a toda actividad más allá de lo que socio jurídicamente aparece como adecuado y manifiestan así una falta del cuidado exigido respecto del aumento de esos riesgos¹⁰⁹³. Este esquema no permite una tercera forma denominada dolo eventual, sino que deberá decidirse si éste pertenece al primer o al segundo grupo de casos.

BUSTOS RAMÍREZ sostiene que las teorías que buscan criterios en el injusto entienden que el riesgo más allá de lo permisible social y jurídicamente es el núcleo básico del dolo eventual, por lo que, en realidad, no existe una diferencia cualitativa con la culpa y sí con el dolo. Añade que no es posible la asimilación del llamado dolo eventual al dolo, ya que, si desaparece el riesgo excesivo, desaparece el dolo eventual, aun cuando exista una actitud anímica de “contar con” o una posición anímica de “decisión contra”, que son aspectos subjetivos que sólo cobran relieve en la medida de que objetivamente exista el riesgo excesivo¹⁰⁹⁴.

Concluye entonces que el dolo eventual es, en realidad, un caso de culpa con un elemento subjetivo agravatorio del injusto, que no es una simple actitud

¹⁰⁹⁰ BUSTOS RAMIREZ, “Política criminal y dolo eventual”, pp. 34-35.

¹⁰⁹¹ BUSTOS RAMIREZ, “Política criminal y dolo eventual”, p. 41.

¹⁰⁹² BUSTOS RAMIREZ, “Política criminal y dolo eventual”, p. 42.

¹⁰⁹³ BUSTOS RAMIREZ, “Política criminal y dolo eventual”, p. 43.

¹⁰⁹⁴ BUSTOS RAMIREZ, “Política criminal y dolo eventual”, p. 43.

anímica, sino una posición psicológica definida del sujeto, que sólo puede expresarse mediante la fórmula de decisión en contra del bien jurídico¹⁰⁹⁵. Finaliza señalando que es cierto que la culpa con el elemento subjetivo de decisión representa una mayor gravedad que la culpa común, por lo que una alternativa sería sancionar los casos de dolo eventual como supuestos de imprudencia agravada y otra alternativa sería aplicarle la pena del tipo doloso, pero atenuada¹⁰⁹⁶, resultando preferible para BUSTOS RAMÍREZ la primera opción.

En mi opinión, si bien se trata de una propuesta que tempranamente alertó de las graves inconsecuencias de las teorías tradicionales, no está libre de crítica¹⁰⁹⁷, ya que parte de un fundamento que, desde mi perspectiva, es errado. Así, comparto el análisis de DÍAZ PITA, quien sostiene que la creación del riesgo o la puesta en peligro de los bienes jurídicos que se produce en la imprudencia y en el dolo eventual no son cualitativamente iguales, como pretende sostener BUSTOS RAMÍREZ. Por el contrario, en el delito imprudente, el sujeto activo lesiona el deber objetivo de cuidado que todos debemos observar para lograr una convivencia pacífica, mientras que el sujeto que actúa con dolo eventual, siendo consciente del grado de peligro que su comportamiento lleva implícito para un bien jurídico, bien por indiferencia, bien por desprecio hacia ese bien jurídico, o bien sin albergar ningún tipo de sentimiento negativo respecto a ese bien jurídico, sigue actuando, anteponiendo sus intereses a la integridad del bien jurídico¹⁰⁹⁸.

En consecuencia, entendemos que, a **nivel conceptual**, BUSTOS RAMÍREZ presenta una teoría diferente que concibe al dolo como un concepto que se asimila en lo nuclear al de imprudencia y cuya diferencia es valorada como una agravante de segundo orden. Más allá del cuestionamiento ya formulado a la falta de fundamento de la premisa de que la parte BUSTOS RAMÍREZ, lo cierto es que, a **nivel aplicativo**, su teoría no termina de abandonar el enfoque psicológico. Si bien es cierto que rechaza aquellas teorías más tradicionales del sentimiento que adjudican al dolo eventual una actitud anímica (por ejemplo, “contar con”), su propuesta también parte de distinguir otra posición anímica en la conducta dolosa, que describe como “decisión contra”. Al respecto, BUSTOS RAMÍREZ se encarga de precisar –a fin de distanciarse de la antigua teoría del

¹⁰⁹⁵ BUSTOS RAMÍREZ, “Política criminal y dolo eventual”, p. 44. Un sector de la doctrina hace referencia a las teorías negativas del dolo. Así, GONZÁLEZ CUSSAC, MIRA BENAVENT, “Argumentación y Prueba en la determinación del dolo (Comentario a la STS 24-10-1989, Pte. Sr.: García Ancos). Segundo Comentario”, en *RDPC*, segunda época, julio 2001, sostienen que las teorías negativas incardinan el dolo eventual en el ámbito de la imprudencia, ya que en sentido estricto el dolo no comporta la existencia de una voluntad pre ordenada a un fin, es decir que en el dolo eventual no existe intención.

¹⁰⁹⁶ BUSTOS RAMÍREZ, “Política criminal y dolo eventual”, *RJCat*, p. 45.

¹⁰⁹⁷ Desde una perspectiva crítica, ver también ZUGALDÍA ESPINAR, “La demarcación entre el dolo y la culpa: El problema del dolo eventual”, p. 403, quien señala que “decidirse por la realización del tipo supone algo más que un mero elemento subjetivo del injusto sumado a la imprudencia, ya que indica una forma de querer la realización del tipo que transforma a la imprudencia en “algo sustancialmente distinto”, en dolo”.

¹⁰⁹⁸ DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, p. 45.

sentimiento- que se trata de un aspecto subjetivo que sólo cobra relieve en la medida de que objetivamente exista el riesgo excesivo característico del dolo; sin embargo, no precisa que la valoración de dicho aspecto subjetivo sea normativa. Todo lo contrario, mantiene la información de que se trata de una distinta “posición anímica”, pero posición anímica al fin y al cabo.

4.4.2. *Imposibilidad de delimitación*

Otro autor que toma distancia de las teorías tradicionales es MOLINA FERNÁNDEZ, quien afirma la imposibilidad de delimitar el dolo de la imprudencia. Este autor español inicia su propuesta reconociendo que gran parte de los problemas a los que se enfrenta la dogmática penal tiene que ver con la delimitación entre categorías. Sin embargo, existen otras situaciones en las que los términos en disputa operan como segmentos de significado de una situación progresiva que no admite discontinuidades. Es el caso de la distinción entre dolo e imprudencia. En su trabajo, MOLINA FERNÁNDEZ pretende demostrar que resulta imposible efectuar una delimitación entre dolo e imprudencia puesto que se trata de categorías que hacen referencia a atributos graduales en los que no existen puntos de corte precisos como los que la doctrina mayoritaria pretende encontrar. Ahora bien, precisa el autor que cuando hace referencia a la imposibilidad de “cuadrar” dolo e imprudencia, no quiere decir que no pueda ofrecerse una solución aceptable a esta cuestión, sino tan sólo que es imposible trazar una distinción como pretende la doctrina penal¹⁰⁹⁹.

Propone entonces abordar el problema a partir de la denominada “paradoja sorites”. Sostiene que un término está aquejado de vaguedad cuando se le puede aplicar un razonamiento sorites. Según detalla, el filósofo griego Ebulides explicaba la aludida paradoja a partir de varios ejemplos. Uno de dichos ejemplos partía de una pregunta, que era cuántos granos de trigo son necesarios para formar un montón (soros), a lo que el filósofo respondía que nadie dudaría que un millón de granos es un caso claro de montón y que un grano es un caso claro de no montón. Ahora bien, constaba el filósofo griego que, a pesar de que la lógica más elemental nos diría que tiene que haber un momento en el que la adición de un grano haga un montón o su sustracción lo deshaga, cuando intentamos precisar cuál es ese momento cualquier esfuerzo es inútil. Otro ejemplo utilizado por el aludido filósofo partía de la pregunta acerca de en qué momento se puede decir que una persona es calva. Respondía indicando que no servía la respuesta de que calvo era quien no tenía absolutamente ningún pelo en la cabeza, porque era evidente que en el lenguaje cotidiano se utilizaba dicha expresión también para quienes tienen pocos cabellos, por lo que el problema del límite resurge al determinar qué es “pocos”.

¹⁰⁹⁹ MOLINA FERNÁNDEZ, “La cuadratura del dolo: problemas irresolubles, sorites y Derecho penal”, en *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, 2005, pp. 692-693, 700 y 733.

Es más, razonaba el filósofo que ni siquiera la convención de llamar calvo a quien no tiene ningún pelo evitaría la vaguedad, porque también son imprecisos los conceptos de cabeza e incluso de pelo¹¹⁰⁰. A dichos ejemplos, añade MOLINA FERNÁNDEZ otro aún más esclarecedor, que pone en evidencia la vaguedad de los términos que hacen referencia a situaciones graduales. En este caso, se refiere al término “rico”. Sostiene que una persona que tiene un patrimonio de 100 millones de euros es inequívocamente rica, así como una persona rica nunca deja de serlo por perder un céntimo de euro, por lo que una persona con 100 millones de euros menos un céntimo sigue siendo rica. Sin embargo, se pregunta el autor qué sucedería si se repite el mismo razonamiento un número suficiente de veces hasta reducir el patrimonio a un euro. ¿Cuándo deja esa persona de ser rica? Evidentemente no hay una respuesta exacta porque nos encontramos frente a un término que hace referencia a una situación gradual.

Lo mismo ocurre con el término “dolo”. Explica entonces MOLINA FERNÁNDEZ que la vaguedad de dicho término colisiona con uno de los principios básicos del sistema penal, como es el principio de legalidad, que exige precisión y taxatividad en los elementos del delito. Señala a continuación que la fijación convencional de puntos de corte arbitrarios, si bien podría solucionar el problema de seguridad jurídica, dejaría intacto el problema de fondo. Entonces, entiende como correcto el punto de partida de aquellas teorías que resuelven el problema de los sorites “mediante la introducción de lógicas multivalentes o graduales”¹¹⁰¹, lo que implica utilizar valores intermedios.

Ahora bien, la propuesta de MOLINA FERNÁNDEZ no está exenta de crítica, ya que la introducción de valores intermedios implica el surgimiento de una vaguedad de segundo o sucesivo orden. Como bien lo señala el propio MOLINA FERNÁNDEZ, la introducción de valores intermedios en cualquier número finito lo único que hace es desplazar a los nuevos escalones el problema que antes teníamos para decidir el punto de corte en la transición de verdadero a falso. Ante ello, propone una solución, que consiste en aceptar una graduación continua, dando lugar a las lógicas que adoptan infinitos grados de verdad. Así, por ejemplo, señala que las afirmaciones que contienen las premisas de un razonamiento sorites no pueden entenderse como verdaderas o falsas, sino verdaderas o falsas “hasta cierto grado”¹¹⁰².

En cuanto al problema de la delimitación entre dolo e imprudencia, sostiene entonces MOLINA FERNÁNDEZ que se trata en definitiva de situaciones graduales, ya que ambas categorías se construyen en torno a un elemento gradual, el conocimiento de la peligrosidad de la propia acción para el resultado típico. Explica el autor que la doctrina mayoritaria ha puesto en cuestión la gradualidad

¹¹⁰⁰ MOLINA FERNÁNDEZ, “La cuadratura del dolo...”, p. 702.

¹¹⁰¹ MOLINA FERNÁNDEZ, “La cuadratura del dolo...”, pp. 706-707 y 711.

¹¹⁰² MOLINA FERNÁNDEZ, “La cuadratura del dolo...”, pp. 711-712.

de estos términos, al proponer que dolo e imprudencia son categorías cualitativamente distintas. Detalla que a esta conclusión se llega por dos vías distintas. Por un lado, a través de defender la necesidad de un elemento subjetivo añadido en el dolo distinto al conocimiento (elemento volitivo), vía que el autor critica al ser dudoso que un Derecho penal basado en el principio de lesividad deba tomar en cuenta la actitud interna del sujeto. Por otro lado, se defiende la posibilidad de delimitación aun admitiendo que el único elemento relevante es el cognitivo, pero aceptando que hay un nivel de conocimiento necesario para el dolo (conocimiento del peligro concreto de la acción). Esta segunda opción encierra para MOLINA FERNÁNDEZ un error de base, ya que no hay un punto de corte a partir del cual se diga que alguien conoce verdaderamente el peligro del resultado¹¹⁰³.

Entendidos entonces el dolo y la imprudencia como dos situaciones graduales, plantea MOLINA FERNÁNDEZ qué se puede hacer desde la ley para dar respuesta a dicha gradualidad. La solución reside para este autor en ajustar las consecuencias a la gravedad del hecho delictivo. Explica entonces lo siguiente:

“Una buena parte del problema que plantea la figura del dolo eventual desaparecería simplemente con que se permitiera al juez hacer uso del espacio que habitualmente existe entre el marco de pena del delito doloso y el del delito imprudente grave. Solución que no sólo sería respetuosa con los principios de proporcionalidad y culpabilidad, sino que tendría un apoyo directo en la propia ley. Con buen criterio, el legislador ha estimado (art. 62 CP) que la rebaja de pena de la tentativa debe hacerse atendiendo en primer lugar al “peligro inherente al intento”, además de al grado de ejecución. No hay ninguna razón para que tan sensato principio, que cuantifica la pena atendiendo al grado de desvalor de acción, no deba aplicarse por igual en el delito consumado. Si el juez contara con marcos penales no sólo graduales, sino contiguos, que agotaran toda la escala de punibilidad entre el mínimo de la imprudencia leve y el máximo del dolo de consecuencias necesarias, no sería tan trágica la opción de decidirse por el dolo eventual o la imprudencia consciente, al menos en aquellos delitos en los que ambas modalidades de imputación son punibles, que además son los más graves”¹¹⁰⁴.

En mi opinión, si bien se trata de una propuesta que parte de cuestionar el enfoque de las teorías tradicionales, MOLINA FERNÁNDEZ mantiene el tratamiento del problema del dolo en el marco de un enfoque psicológico, no sólo porque la imposibilidad de delimitación que detecta es una imposibilidad material (ontológica), sino porque la solución que propone consiste en crear una tercera figura de tipo subjetivo con las mismas particularidades que el dolo y la imprudencia.

¹¹⁰³ MOLINA FERNÁNDEZ, “La cuadratura del dolo...”, pp. 734-737.

¹¹⁰⁴ MOLINA FERNÁNDEZ, “La cuadratura del dolo...”, p. 740.

En consecuencia, entiendo que, a **nivel conceptual**, MOLINA FERNÁNDEZ presenta una teoría innovadora que, a diferencia de todas las demás teorías tradicionales, concibe al dolo como un concepto que hace referencia a una situación gradual. Sin embargo, a **nivel aplicativo**, no abandona el enfoque psicológico, ya que la gradualidad del elemento subjetivo es concebida en su teoría como una realidad ontológica y no como una valoración normativa autónoma.

4.5. Progresivo abandono de los enfoques psicológicos del dolo

Uno de los elementos que diferencia la imputación de responsabilidad penal de otras formas de responsabilidad es la evaluación del aspecto subjetivo de la conducta. La exigencia de dolo o imprudencia en la actuación a ser sancionada penalmente constituye una garantía del ciudadano frente al poder punitivo del Estado. Como hemos visto, desde Roma y durante los siglos precedentes, los autores han asimilado lo subjetivo del delito a elementos internos de la conducta del sujeto, como son los móviles y las intenciones. Entonces, el dolo ha venido siendo considerado un fenómeno espiritual y la discusión se ha centrado en la necesidad o no de valorar un elemento volitivo (ontológico) que se adicione al elemento cognitivo (ontológico) del dolo.

Veremos a continuación que, frente a la perspectiva expuesta, progresivamente los autores han ido apartándose del enfoque psicológico y dejando de considerar al dolo como un fenómeno de la realidad a ser probado, para más bien entenderlo como un elemento normativo que debe ser imputado al sujeto. Ya en el siglo XVI, el jurista italiano MASCARDI sostuvo que “el dolo no puede probarse realmente porque se trata de un fenómeno espiritual”¹¹⁰⁵. Cinco siglos más tarde, HRUSCHKA mantiene que, como todo lo espiritual, el dolo no se constata y se prueba, sino que se imputa. En ese sentido, considera erróneo preguntar qué es el dolo o cuáles son sus componentes, puesto que no se está frente a ningún hecho que permita una “hipótesis ontológica”¹¹⁰⁶.

Para el enfoque normativo, los hechos psíquicos en sí mismos ya no tienen significado propio para el Derecho penal. Como señala GRECO, el enfoque normativo implica una forma de interpretar el comportamiento humano, con amplia independencia de la situación psíquica del autor¹¹⁰⁷. Ahora bien, la discusión acerca de los elementos del dolo continúa presente en estas nuevas teorías, aunque –claro está– desde una distinta perspectiva. Podemos distinguir entonces dos enfoques normativos del dolo. Por un lado, el enfoque de las teorías normativas volitivas, que, además de imputar el conocimiento al sujeto, consideran indispensable atribuir una decisión (o voluntad) al mismo. Ejemplos

¹¹⁰⁵ Citado por HRUSCHKA, *Imputación y Derecho penal...*, p. 194.

¹¹⁰⁶ HRUSCHKA, *Imputación y Derecho penal...*, p. 195.

¹¹⁰⁷ GRECO, “Dolo Sem Vontade”, p. 887.

de esta corriente son la teoría de la decisión de ROXIN y la teoría de los indicadores de HASSEMER. Por otro lado, el enfoque de las teorías normativas cognitivas o teorías puras del conocimiento, para las cuales la voluntariedad no es elemento del dolo, sino un elemento de la acción, común a los delitos dolosos y a los delitos imprudentes.

Como bien señala FEIJOO SÁNCHEZ, la discusión actual sobre el dolo no tiene que ver con aquella que se desarrolló durante el siglo XIX, toda vez que el marco dogmático actual es distinto. Señala dicho autor que los criterios de distinción entre dolo e imprudencia se han visto condicionados desde entonces:

“Por el cambio de perspectivas doctrinales como el paso de una teoría psicológica a una teoría normativa de la culpabilidad o la objetivación del injusto que lleva a cabo en los últimos años la denominada “teoría de la imputación objetiva”¹¹⁰⁸.

Ahora bien, podremos ir observando en el desarrollo que sigue que, independientemente de la discusión acerca de los elementos del dolo, lo realmente importante es el grado de normativización del dolo que se adopte, el que varía según se considere que los elementos ontológicos puedan operar algún tipo de influencia mayor o menor en la decisión normativa de imputación de la conducta dolosa. El problema que se plantea es si dicho proceso de normativización de los elementos subjetivos del delito y, en específico, del dolo, puede implicar la anulación del principio de responsabilidad subjetiva, su flexibilización o su simple adaptación a los nuevos tiempos. En un sentido crítico, HASSEMER, por ejemplo, ha advertido que “el principio de culpabilidad está siendo hoy amenazado, tanto en la teoría como en la praxis, por los intereses de una política criminal eficaz”¹¹⁰⁹.

¹¹⁰⁸ FEIJOO SANCHEZ, *El dolo eventual*, p. 15. Acerca de la necesidad de comprobar el dolo para afirmar la imputación objetiva, ver CARBONELL MATEU, “Sobre tipicidad e imputación: reflexiones básicas en torno a la imputación del dolo y la imprudencia”, en CORTES BECHIARELLI et al (eds.), *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 153-154, quien plantea que es la norma la que determina si el dolo es o no un elemento del tipo. Sólo cuando lo es, como en el caso del delito de estafa, no cabrá afirmar la imputación objetiva –entendida como la atribuibilidad del tipo- si no se comprueba el dolo.

¹¹⁰⁹ HASSEMER, *Persona, mundo y responsabilidad...*, p. 117. No puede dejar de mencionarse que la prohibición absoluta de la responsabilidad objetiva está siendo por lo menos puesta en duda. CANCIO MELIÁ, *Estudios de Derecho Penal*, p. 168, menciona distintas instituciones que lo evidencian. Es el caso de la “responsabilité matérielle” del ordenamiento francés, que se aplica a las faltas en las que para hacer responsable penalmente al sujeto no se exige ningún presupuesto en materia de dirección de la conducta; el caso de la “absolute liability” y la “strict liability” del Derecho penal anglosajón, en las que o bien no se exige la prueba del impulso voluntario o bien del lado subjetivo del hecho delictivo; y la institución de la “ignorancia deliberada”, que permite sustituir el elemento subjetivo del conocimiento por el de la ignorancia voluntaria. Acerca de las hipótesis de responsabilidad objetiva en el ordenamiento penal italiano, ver MOCCIA, “El problema de la responsabilidad objetiva:...”, pp. 539 y ss.

4.6. Enfoque normativo volitivo

Las teorías reunidas en este apartado tienen en común que todas adoptaron un enfoque normativo volitivo, por lo que, para afirmar el dolo, no exigen probar la efectiva concurrencia de sus elementos, sino únicamente establecer criterios para imputar al sujeto el conocimiento y voluntad de realizar el tipo penal. Se trata de teorías que, a **nivel conceptual**, conciben a la conducta dolosa como aquella que se realiza con conocimiento y voluntad; mientras que, a **nivel aplicativo**, conciben al dolo como un juicio normativo de imputación que se realiza a partir de indicadores externos de la conducta del sujeto activo del delito. Como veremos a continuación, este juicio normativo viene determinado por los fines del Derecho penal, en el marco de una concepción funcionalista. Lo distintivo de estas teorías es que, para el juicio normativo de imputación, no les es suficiente la valoración del plano cognitivo de la conducta dolosa, sino que debe atenderse también –y, sobre todo- al elemento volitivo del dolo, que lo entienden como la decisión en contra del Derecho que toma el sujeto activo del delito. Procederé entonces a analizar tanto el nivel conceptual como el nivel aplicativo de las teorías -eclécticas o volitivas modernas- que trabajan con conceptos normativizados del dolo y que mantienen la distinción de los elementos objetivos y subjetivos del delito.

4.6.1. *Teoría de la decisión contra el bien jurídico de Roxin*

Como hemos desarrollado en el primer capítulo, ROXIN da inicio a la corriente funcionalista moderna del Derecho penal, que exige que la construcción conceptual atienda también a los fines de la dogmática. Según refiere su discípulo SCHÜNEMANN, ROXIN plantea “la necesidad de llevar a término la unidad sistemática de Derecho penal y política criminal también en el seno de la teoría del delito”¹¹¹⁰. Al respecto, explica SCHÜNEMANN que ROXIN asocia al tipo el principio de legalidad; a la antijuridicidad, el ámbito de soluciones sociales de los conflictos; y a la culpabilidad, la necesidad de pena que resulta de consideraciones preventivas. A partir de ello, ROXIN llega a conclusiones como la de que la inclusión del dolo en el tipo se deriva ya del mandato de determinación propio del Estado de Derecho.

A **nivel conceptual**, ROXIN cuestiona que la doctrina tradicional apenas se haya ocupado de concretar materialmente lo que tienen en común las tres clases de dolo “más allá de la caracterización formal del “saber y querer””. Dicho elemento

¹¹¹⁰ SCHÜNEMANN, *Cuestiones básicas del Derecho penal en los umbrales del tercer milenio*, pp 64-65 y 70, quien sostiene que el razonamiento sistemático teleológico que efectúa ROXIN implica un total alejamiento del razonamiento lógico objetivo del finalismo y debe contemplarse como un desarrollo ulterior del neokantismo al superar el relativismo axiológico de éste mediante una diferenciación exhaustiva del fin de prevención como valor rector de la administración de justicia penal.

común y, en consecuencia, la esencia del dolo, es para dicho autor la realización del plan. Señala entonces que un resultado ha de considerarse dolosamente producido “cuando y porque se corresponde con el plan del sujeto en una valoración objetiva”¹¹¹¹.

Mientras que el dolo es “realización del plan”, la imprudencia es para ROXIN “negligencia o ligereza”¹¹¹². En su Trat., hace alusión a dos ejemplos¹¹¹³ a fin de ilustrar la diferencia. Sostiene que cuando alguien atropella a otro intencionadamente con el coche y se da cuenta de que posiblemente lesionará además a un tercero, actúa dolosamente puesto que admite en su plan la eventual lesión del tercero. En cambio, es un caso de imprudencia, el del sujeto que sigue fumando en la cama pese a las advertencias de su novia, provocando un incendio, ya que no existió un plan de incendio por parte del sujeto.

Identifica entonces el dolo eventual¹¹¹⁴ con la decisión consciente de actuar en contra del bien jurídico protegido¹¹¹⁵ y lo explica en los siguientes términos:

“Quien incluye en sus cálculos la realización de un tipo reconocida por él como posible, sin que la misma le disuada de su plan, se ha decidido conscientemente –aunque sólo sea para el caso eventual y a menudo en contra de sus propias esperanzas de evitarlo- en contra del bien jurídico protegido por el correspondiente tipo. Esta “decisión por la posible lesión de bienes jurídicos” es la que diferencia al dolo eventual en su contenido de desvalor de la imprudencia consciente y la que justifica su más severa punición”¹¹¹⁶.

Mantiene entonces ROXIN la idea de que el dolo contiene un elemento volitivo y un elemento cognitivo, aunque plantea dichos elementos desde una perspectiva

¹¹¹¹ ROXIN, *Derecho penal, Parte general...*, pp. 416-417.

¹¹¹² ROXIN, *Derecho penal, Parte general...*, p. 425.

¹¹¹³ ROXIN, *Derecho penal, Parte general...*, p. 417.

¹¹¹⁴ ROXIN, *Derecho penal, Parte general...*, p. 426., puntualiza que en Alemania resulta incorrecta la denominación “dolo eventual o condicionado”, ya que en realidad se trata de un dolo incondicional. Explica que, en este tipo de dolo, “el sujeto quiere ejecutar su proyecto incluso al precio de la realización del tipo (o sea “bajo cualquier eventualidad o condición”). Únicamente la producción del resultado, no el dolo, depende de eventualidades o condiciones inciertas”.

¹¹¹⁵ Otro autor que propone la decisión como criterio distintivo del dolo es PHILLIPS, *Dolus eventuales als Problem der Entscheidung unter Risiko*, ZStW 85 (1973), p. 38, quien propone un modelo de acción entendida como la consecuencia de una decisión entre alternativas de comportamiento. A partir de ello, propone que existe dolo eventual cuando el sujeto activo puede elegir entre varias opciones de las que tiene consciencia y decide conscientemente por un comportamiento incompatible con las máximas de riesgo vigentes en el ordenamiento jurídico. Mayor detalle en DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, pp. 203-205.

¹¹¹⁶ ROXIN, *Derecho penal, Parte general...*, p. 425. Por su parte, RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 113, refiere que otros autores han encontrado en la expresión “decisión contra el bien jurídico”, no sólo un criterio para resolver el problema del dolo eventual, sino un instrumento fundamental para construir la definición general de dolo y para justificar el castigo de los delitos dolosos”.

distinta, la de la decisión (acto voluntario) de actuar conscientemente (elemento cognitivo) en contra del bien jurídico.

A **nivel aplicativo**, ROXIN sostiene que asume un enfoque normativo. Así, recientemente ha hecho alusión a los proyectos funcionalistas del sistema penal y ha indicado que las concepciones dominantes en la doctrina del Derecho penal alemán “no orientan su sistema a realidades ontológicas previas como la causalidad o la finalidad, sino a los cometidos y finalidades del Derecho penal”. Continúa explicando el maestro alemán que, mientras el causalismo y el finalismo compartieron una base común que era su dependencia a fundamentos ontológicos, las teorías funcionalistas mantienen un punto de partida normativo¹¹¹⁷.

Puedo señalar entonces que la teoría de ROXIN constituye un importante punto de quiebre con relación a la anterior discusión acerca del dolo, centrada en los aspectos psicológicos u ontológicos. Si bien mantienen diferencias sustanciales, el punto en común de todas las teorías de dolo que hasta aquí hemos expuesto -V. HIPPEL, MEZGER, V. LISZT, WELZEL, ENGISCH, etc.- es su dependencia de fundamentos ontológicos -egoísmo, nexos causal, relación psíquica con el resultado, acción finalista, indiferencia, etc.- que las obligan a mantener un enfoque psicológico del dolo con los problemas que ello conlleva. ROXIN, en cambio, coherente con su visión funcionalista del Derecho penal, pretende acuñar un concepto normativo de dolo.

El planteamiento del reconocido penalista alemán acoge propuestas de otros autores con el objetivo, indicado por el autor, de brindar mayor fundamento a su teoría:

- 1) En primer lugar, acoge la fórmula del “tomar en serio” propuesta por STRATENWERTH, la cual dicta que, si el sujeto reconoce la posibilidad de producción del resultado no deseado, incluye en su plan la eventualidad de que éste se produzca y, en lugar de desecharlo inconsciente y descuidadamente, lo toma en serio, ese sujeto se ha decidido en contra del bien jurídico afectado con su acción y se ha conformado con la producción del delito¹¹¹⁸. Entonces, para ROXIN existe dolo eventual cuando el sujeto

¹¹¹⁷ ROXIN, “El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania”, p. 5, quien precisa que, a partir del punto de partida normativo, las distintas teorías funcionalistas toman caminos muy distintos que, con el transcurso de los años, se han alejado todavía más. Distingue entonces dos grandes sistemas, uno fundamentado políticamente, que es el que él mismo defiende, y otro elaborado por JAKOBS, que defiende un concepto de Derecho penal orientado a la teoría de sistemas.

¹¹¹⁸ Cfr. DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, p. 189. Para PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual...*, p. 310, a STRATENWERTH “le cabe el mérito de haber resumido la idea básica que comparten todas las teorías de la actitud interna en una fórmula aparentemente feliz, que pronto sería adoptada por la mayoría de los autores”. STRATENWERTH, *Dolus eventuales und bewusste Fahrlässigkeit, en Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, 71, Berlin, 1959, p. 55, distingue el

“cuenta seriamente” con la posibilidad de la realización del tipo, pero a pesar de ello “sigue actuando” para alcanzar el fin perseguido, mientras que se produce imprudencia consciente cuando el sujeto advierte la posibilidad de producción del resultado, pero no se la toma en serio (la “toma a la ligera”) y, en consecuencia, tampoco se resigna a ella en caso necesario, sino que negligentemente confía en la no realización del tipo¹¹¹⁹.

RAGUÉS I VALLÈS da la clave de por qué la teoría de ROXIN se enmarca en una concepción normativa y se distancia de la original propuesta de STRATENWERTH. Así, precisa dicho autor que, desde el punto de vista de ROXIN, los conceptos como “tomar en serio” o “conformarse con” no pueden considerarse elementos del concepto de dolo, sino sólo “indicios especialmente evidentes de la concurrencia de éste, es decir, circunstancias de las que se puede deducir una decisión por la posible lesión de un bien jurídico en la actuación del sujeto”¹¹²⁰.

- 2) En segundo lugar, ROXIN también adopta de forma restringida el planteamiento de KAUFMANN acerca de la adopción de medidas dirigidas a evitar la realización del resultado lesivo¹¹²¹. Ahora bien, a diferencia de KAUFMANN, ROXIN defiende el carácter doloso de las acciones realizadas en casos de duda acerca de la efectividad de las acciones del sujeto encaminadas a evitar la producción del resultado¹¹²². Puntualiza ROXIN que la delimitación entre dolo e imprudencia expresa no sólo una diferencia de injusto, sino además una diferencia de culpabilidad, que justifica la distinta punición de ambas formas de conducta. Así, señala que quien se decide en contra del bien jurídico protegido, aun cuando sea sólo para un caso eventual, “denota una actitud más hostil al Derecho que quien confía –aunque sea negligentemente- en la no producción del resultado”¹¹²³.

El propio ROXIN hace referencia a las críticas que se han dirigido contra su teoría, pretendiendo dar respuesta a las mismas. En primer lugar, señala que contra la

peligro conocido del peligro reconocido, concluyendo que sólo en el segundo de los casos puede existir una conducta dolosa, ya que en ellos el sujeto ha tomado conocimiento del peligro y, al mismo tiempo, ha tomado en serio la posibilidad de que se realice el tipo. En esa línea, STRATENWERTH, *Derecho Penal. Parte General I. El hecho punible*, p. 162, sostiene que el dolo exige la predisposición del autor a tolerar la realización del tipo como consecuencia de la propia conducta. Debo indicar que la teoría de STRATENWERTH ha sido acreedora de críticas importantes, entre las que destaca aquella de HERZBERG que le imputa premiar al sujeto desconsiderado y castigar al sujeto escrupuloso, y el cuestionamiento de PÉREZ BABERÁ (pp. 316 y ss.) en el sentido de que atiende únicamente al problema de lo que el autor concluye subjetivamente acerca del peligro, más no presta atención al problema de la característica objetiva del peligro.

¹¹¹⁹ ROXIN, *Derecho penal, Parte general...*, p. 427.

¹¹²⁰ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, pp. 113-114.

¹¹²¹ Vid. Supra Capítulo II, 4.3.5.

¹¹²² DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, p. 188.

¹¹²³ ROXIN, *Derecho penal, Parte general...*, p. 427.

delimitación que él propone se alega que no es posible hablar de una “decisión por la posible lesión de bienes jurídicos” o de un “tomar en serio” el riesgo cuando a quien actúa le es completamente indiferente el resultado. Ante ello, sostiene que el dolo no debe enjuiciarse como puro fenómeno psicológico, sino según parámetros normativos. Sin embargo, su explicación no llega a ser convincente, ya que parece plantearse en términos psicológicos y no normativos. Así, sostiene el maestro alemán que “a quien le es completamente indiferente la producción de un resultado percibido como posible, le da exactamente igual su producción que su no producción. En tal actitud se encierra ya una decisión por la posible lesión de bienes jurídicos”¹¹²⁴. En segundo lugar, rechaza ROXIN la objeción que sostiene que “tomar en serio” y “negligencia o ligereza” presuponen la conciencia de la antijuridicidad por parte del sujeto, contradiciendo así la teoría de la culpabilidad. Al respecto, señala, a nuestro criterio acertadamente, que “la conciencia de la lesión de bienes jurídicos que se deriva del dolo típico coloca ya al sujeto en el caso normal ante la situación de decidir”¹¹²⁵. Finalmente, ante la objeción consistente en que la concepción de ROXIN perjudica a quien toma en serio todas las posibilidades que se representa, señala, a nuestro criterio también acertadamente, que se trata de una visión errónea, ya que “quien se toma en serio la posibilidad por él conocida de producción del resultado está en una posición ventajosa frente a quien no lo hace, porque ve claramente las razones que le exigen desistir de su actuación”¹¹²⁶.

Más allá de ello, podemos afirmar que, a **nivel conceptual**, se cuestiona la poca claridad del planteamiento de ROXIN. Al respecto, FRISCH sostiene que el planteamiento de ROXIN no profundiza lo suficiente en la cuestión de lo que constituye en sentido normativo el contenido de la decisión del autor¹¹²⁷. Va más allá su propio discípulo PÉREZ BARBERÁ, quien sostiene que “no se explica por qué la ampliación del concepto (psíquico) de “decisión” efectuada por ROXIN puede salvarse tan fácilmente acudiendo al recurso de la “normativización” de los conceptos”¹¹²⁸. Continúa la crítica acusando a ROXIN de actuar con un “concepto oculto” de dolo y explica que, si se sostiene que dolo es decidir y a la vez se afirma que no sólo se decide cuando realmente se decide, sino también cuando no se decide, pero se realiza algo “equivalente” o “equiparable” a decidir, ciertamente se está haciendo un uso inadecuado del lenguaje. Añade PÉREZ BARBERÁ que, fuera de ello, se pone de manifiesto que, en rigor, el auténtico concepto de dolo que implícitamente se maneja no está representado por ninguno de esos datos empíricos (psíquicos) que se eligen como puntos de

¹¹²⁴ ROXIN, *Derecho penal, Parte general...*, p. 429.

¹¹²⁵ ROXIN, *Derecho penal, Parte general...*, p. 429.

¹¹²⁶ ROXIN, *Derecho penal, Parte general...*, p. 429.

¹¹²⁷ FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado* (trad. de la edición alemana de 1988 por Cuello Contreras y Serrano González de Murillo), Marcial Pons, 2004, pp. 625-626.

¹¹²⁸ PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual...*, p. 339.

referencia, sino por el parámetro (normativo) tácito en función del cual se determina tal equivalencia o equiparación¹¹²⁹.

Con un matiz distinto, GÓMEZ–BENÍTEZ sostiene que, pese al acierto del criterio de la realización del plan del autor, es dudoso que éste no presuponga aquello que pretende demostrar, es decir, el dolo, “ya que éste es, cabalmente, el que delimita el plan del autor”¹¹³⁰. Por su parte, RAGUÉS I VALLÈS cuestiona la vaguedad de la fórmula de la “decisión contra el bien jurídico”, sobre todo teniendo en cuenta que no todos los autores que la asumen están de acuerdo con los concretos desarrollos argumentales de ROXIN, y apunta a que, más allá de la loable intención de propugnar un modelo de dolo abierto que aplaque la batalla terminológica en la que se encuentra inmersa la dogmática del dolo, su fórmula podría justificar un mero decisionismo y la renuncia a la tarea dogmática de crear conceptos claros y generalizables¹¹³¹.

A **nivel aplicativo**, se cuestiona el hecho de que la teoría de ROXIN no brinda una respuesta clara a la pregunta de qué criterio hay que acoger para afirmar o negar la existencia de una auténtica decisión contra el bien jurídico por parte del sujeto, más aún cuando concurren criterios contradictorios en un mismo caso¹¹³². Al respecto, RAGUÉS I VALLÈS se pregunta si cabe atribución una decisión contra el bien jurídico cuando un sujeto es consciente de estar creando con su conducta un notable riesgo cuya realización en el resultado trata, sin embargo, de evitar, aunque no confíe demasiado en el éxito de sus maniobras de evitación, ni desee en absoluto que el resultado se produzca.

Asimismo, PUPPE cuestiona que ROXIN esté de acuerdo con la jurisprudencia alemana que entiende que la cuestión de si el autor se ha decidido o no a favor de la lesión del bien jurídico debe responderse mediante una “observación global de todas las circunstancias objetivas y subjetivas del hecho, lo que incluye la personalidad del autor”¹¹³³. Para PUPPE, en cambio, el juez debe limitarse a juzgar el hecho que es objeto de acusación de acuerdo con la ley y los conceptos jurídicos más claros posibles, sin incorporar a su decisión “objetivos legítimos de política jurídica”¹¹³⁴.

4.6.2. Teoría de los indicadores del dolo de Hassemer

HASSEMERSostiene que en la vida cotidiana podemos encontrar todos los estadios de la imputación subjetiva que ordena el Derecho penal. Estos estadios

¹¹²⁹ PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual...*, p. 341.

¹¹³⁰ GÓMEZ-BENÍTEZ, “El concepto de dolo en lamoderna dogmática penal”, en *CDJ*, VII, 2006.

¹¹³¹ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, pp. 115 y 120.

¹¹³² RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 114.

¹¹³³ PUPPE, “Perspectivas conceptuales del dolo eventual”, p. 311.

¹¹³⁴ PUPPE, “Perspectivas conceptuales del dolo eventual”, p. 314.

son la imputación mágica (venganza, sacrificio), que es el estadio de la causalidad de la equivalencia; la responsabilidad por el caso o por el resultado, el cual desconoce criterios de responsabilidad; la imprudencia, que marca el límite mínimo de la participación interna; el dolo como forma ampliada de participación; y las causas de exculpación. A continuación, explica que el Derecho penal no debe ni puede alejarse demasiado de los modelos culturales de acción, aun cuando los considere irracionales¹¹³⁵.

Ahora bien, reconoce HASSEMER que el dolo y la imprudencia no sólo son fenómenos descriptivos, sino que también lo son normativos¹¹³⁶. A **nivel conceptual**, en la línea de ROXIN, HASSEMER define el dolo como decisión¹¹³⁷ y sostiene que la descripción del dolo como “decisión contra el bien jurídico” o como “asunción personal del injusto del hecho” “apunta hacia la dirección correcta ya que concuerda con la lógica normativa de una incriminación más severa del dolo”¹¹³⁸.

Con relación a los elementos del dolo, precisa HASSEMER que no es suficiente la valoración del elemento cognitivo, por lo que adopta una concepción volitiva y defiende la idea de que el sujeto no sólo debe poseer la información sobre el peligro para el bien jurídico, sino “aceptarla”, “admitirla”, hacerla el fundamento de “su” acción y esto significa “quererla”¹¹³⁹.

A **nivel aplicativo**, HASSEMER propone un enfoque normativo. Así, contrario a lo que pudiera pensarse a partir de su definición volitiva del dolo, su planteamiento no implica que tome en cuenta consideraciones de orden emotivo. Por el contrario, afirma contundentemente que la razón de la incriminación más grave del dolo “no tiene nada que ver con los sentimientos que el sujeto pueda tener al realizar el hecho, pues el dolo se puede explicar a partir de condiciones más estrictas y precisas”¹¹⁴⁰.

Para HASSEMER, en un sistema de Derecho penal en el cual se diferencie entre injusto y culpabilidad, el sustrato del dolo reside en la voluntad y la representación de la persona y no en aquello que es externo a él. Sin embargo, adopta una perspectiva normativa y su razonamiento se enfoca en la mayor gravedad del dolo. Sostiene así que el autor de un delito doloso lesiona no sólo

¹¹³⁵ HASSEMER, *Fundamentos del Derecho penal*, Bosch, 1984, p. 275.

¹¹³⁶ HASSEMER, *Fundamentos del Derecho penal*, p. 276.

¹¹³⁷ Según observa DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, pp. 207-211, SCHROTH postula un concepto de dolo como “asunción de los elementos constitutivos del injusto” que coincide con la decisión tal como la entiende HASSEMER. Para el primero, existe dolo cuando el autor asume o hace suyos los elementos constitutivos del injusto, esto es, cuando el sujeto se ha decidido en contra de los bienes jurídicos en la forma precisa en que aparecen protegidos en un tipo penal.

¹¹³⁸ HASSEMER, “Los elementos característicos del dolo”, p. 917.

¹¹³⁹ HASSEMER, “Los elementos característicos del dolo”, p. 918.

¹¹⁴⁰ HASSEMER, “Los elementos característicos del dolo”, p. 919.

el bien jurídico sino también la norma que obliga a observar ese bien jurídico”, por lo que la reinserción del delincuente doloso supone un cambio normativo, mientras que en el caso del autor de un delito imprudente se trata sólo de prestar una atención más elevada frente al peligro”¹¹⁴¹. En esa línea, apunta correctamente DÍAZ PITA que el punto de partida de la tesis de HASSEMER lo constituye la *ratio* de la penalidad del dolo¹¹⁴².

En cuanto a cómo delimitar el dolo eventual de la imprudencia consciente, HASSEMER cuestiona las teorías tradicionales. Con relación a las teorías de la voluntad, señala que se limitan a dar vueltas utilizando expresiones que más o menos correctamente sirven para parafrasear el aspecto interno de un individuo, pero no las concretan, y con relación a las teorías de la representación, considera que deben enfrentarse con un objeto incierto, que es la representación que del riesgo tiene el individuo¹¹⁴³.

Propone entonces una teoría volitiva normativa, en la que opere una deducción lógica de lo interno a partir de lo externo. Parte de considerar al dolo como “una disposición”, esto es, como una situación interna no observable de forma inmediata. A continuación, señala que las disposiciones “son susceptibles de ser utilizadas operativamente a través de indicadores y por consiguiente se desarrollan sobre datos que han de cumplir tres condiciones, a saber, observabilidad, plenitud y relevancia dispositiva”¹¹⁴⁴. Como bien apunta DÍAZ PITA, dichos indicadores permitirían a HASSEMER suministrar indicios sobre la existencia de la disposición y posibilitan su deducción¹¹⁴⁵. Debe tenerse en cuenta además que se trata de indicadores cuya naturaleza no es exclusivamente procesal, puesto que pertenecen al concepto de dolo y se deducen de la *ratio* de la penalidad del dolo. Dichos indicadores se encuentran en tres niveles, que conducen sistemáticamente hacia una imputación subjetiva: el peligro (que es un elemento externo), la representación del peligro o nivel cognitivo (que es más bien un elemento interno) y la decisión a favor de realizar el peligro reconocido nivel volitivo (que es un elemento interno). Según HASSEMER, el peligro puede ser descrito, pero su representación y la decisión de actuar no funcionan sin una deducción mediata a través de indicadores¹¹⁴⁶.

Explica HASSEMER que en cada uno de los tres niveles se presentan datos relevantes para el dolo. Si bien afirma que no existe un catálogo general de indicadores del dolo, sino que estos deberán fijarse en cada caso, hace una lista

¹¹⁴¹ HASSEMER, “Los elementos característicos del dolo”, p. 917. En la misma línea, DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, p. 39.

¹¹⁴² DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, p. 192.

¹¹⁴³ HASSEMER, “Los elementos característicos del dolo”, pp. 922-923.

¹¹⁴⁴ HASSEMER, “Los elementos característicos del dolo”, p. 925.

¹¹⁴⁵ DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, p. 196.

¹¹⁴⁶ HASSEMER, “Los elementos característicos del dolo”, p. 929.

de los posibles ejemplos¹¹⁴⁷. En el nivel de la peligrosidad objetiva, alude a la fuerza destructiva del arma, la distancia del objeto amenazado, la duración del suceso lesivo, la zona del cuerpo a la que se dirige el ataque y la proximidad de una acción de salvamento. En el nivel cognitivo, menciona la visibilidad del suceso por el agente, su capacidad de percepción, la complejidad de la situación y el tiempo necesario para realizar observaciones relevantes. Finalmente, en el nivel volitivo o de la decisión, cita como indicios relevantes a la confirmación de conductas activas de evitación, la probabilidad de autolesión, los comportamientos anteriores del delincuente en situaciones similares, los indicadores de especial relevancia como juventud, incapacidad física, peculiaridades profesionales, indicios de vínculos afectivos entre delincuente y víctima, entre otros.

Se ha cuestionado a la teoría de HASSEMER el hecho de que sólo tendría autonomía propia el segundo indicador del dolo, esto es, la representación del peligro. Al respecto, RAGUÉS I VALLÈS sostiene que el nivel objetivo de peligro no puede ser al mismo tiempo aquello que debe ser aprehendido por el sujeto y un elemento conceptual del dolo. Asimismo, señala que la teoría de HASSEMER atribuye un doble papel a la idea de decisión, “pues ésta caracteriza globalmente al dolo y, a la vez, es un elemento de la definición de éste, sin que se aporten en este segundo caso requisitos más concretos sobre su contenido específico”¹¹⁴⁸.

En mi opinión, se reproduce, a **nivel aplicativo**, un cuestionamiento similar al formulado a la teoría de ROXIN, en el sentido de que no brinda una respuesta clara a la pregunta de qué criterio hay que acoger para afirmar o negar la existencia de una auténtica decisión contra el bien jurídico por parte del sujeto. Si bien es cierto que se trata de una teoría que abandona la concepción psicológica del dolo y la referencia a elementos emocionales, asumiendo un enfoque normativo vinculado a la *ratio* de la penalidad del dolo y entiende a la conducta dolosa no sólo como la lesión del bien jurídico, sino también de la norma que obliga a observar dicho bien; no profundiza lo suficiente en la cuestión de lo que en sentido normativo constituye el contenido de la decisión del autor. El peligro latente de dicha vaguedad es que permita justificar un mero decisionismo y, como refiere RAGUÉS I VALLÈS en el caso de la teoría de ROXIN, la renuncia a la tarea dogmática de crear conceptos claros y generalizables.

4.6.3. *Schünemann*

Creo necesario utilizar estas líneas para hacer mención a una propuesta singular que es la de SCHÜNEMANN, quien, si bien se aproxima al enfoque normativo

¹¹⁴⁷ HASSEMER, “Los elementos característicos del dolo”, pp. 929-930.

¹¹⁴⁸ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 116.

volitivo del dolo, otorga especial importancia a la consideración de un punto de vista ontológico.

A **nivel conceptual**, SCHÜNEMANN defiende una concepción volitiva del dolo, pero con rasgos particulares. Así, postula que el dolo tiene un elemento cognitivo referido al injusto y uno volitivo referido a la culpabilidad. Sostiene que la relación psíquica del autor con su hecho es relevante tanto para el “tipo” como para la “culpabilidad”, concluyendo que hay buenas razones para mantener el aspecto voluntativo en el ámbito de la referencia a la culpabilidad¹¹⁴⁹.

Presenta entonces un “concepto-tipo” de dolo y considera necesario que ninguno de los elementos del dolo (cognitivo y volitivo) falte por completo¹¹⁵⁰. RAGUÉS I VALLÈS explica la distinción que hace SCHÜNEMANN acerca de los grados de representación y actitudes del sujeto que actúa dolosamente. Al respecto, explica que, en el ámbito del injusto concurren tres grados posibles de representación del riesgo de realización típica (“considerar posible”, “considerar probable” y “certeza”) y tres más en el de la culpabilidad (“deseo”, “indiferencia” y “rechazo”), que dependen de la actitud emocional del sujeto con respecto a la eventual realización del tipo. A partir de ello, entiende SCHÜNEMANN que existirá dolo cuando, por lo menos, uno de los dos niveles se dé en su grado intermedio, lo que “con respecto a las situaciones límites lleva a afirmar que únicamente se excluye la imputación dolosa cuando el sujeto tiene por posible un resultado, pero no desea su producción”¹¹⁵¹.

A **nivel aplicativo**, defiende la idea de que la mayor penalidad del delito doloso se justifica en el mayor grado de conocimiento del sujeto que se traduce en una evitabilidad cualificada, así como en la constatación de un déficit personal en el sujeto, quien se muestra como alguien especialmente peligroso para el bien jurídico. Si bien se califica el enfoque de SCHÜNEMANN como uno normativo, debemos precisar que este autor parte de la idea de que los puntos de vista normativista y ontologista no se excluyen entre sí, sino que se complementan, ya que el punto de partida normativo decide qué estructuras de la realidad son relevantes jurídicamente, a lo que añade que en la concretización de los principios normativos deben ser tomados en consideración los detalles de la estructura de aquel sector de la realidad que es declarado normativamente como relevante¹¹⁵². Así, para SCHÜNEMANN, la realidad psíquica deberá jugar un rol relevante a efectos de determinar el dolo, con lo que toma distancia de las posturas más normativizadoras.

¹¹⁴⁹ SCHÜNEMANN, *Cuestiones básicas del Derecho penal en los umbrales del tercer milenio*, p. 81.

¹¹⁵⁰ Cfr. PUPPE, “Perspectivas conceptuales del dolo eventual”, p. 302.

¹¹⁵¹ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 119.

¹¹⁵² SCHÜNEMANN, *Cuestiones básicas del Derecho penal en los umbrales del tercer milenio*, pp.164-165.

Coincido con la crítica que RAGUÉS I VALLÈS efectúa a la propuesta de SCHÜNEMANN, en el sentido de que “parece resucitar antiguos fantasmas de la teoría del consentimiento, pues reanima las actitudes emocionales del sujeto que la doctrina había ido neutralizando con el paso de los años y pasa a ubicarlas en la culpabilidad”¹¹⁵³. En efecto, no llego a entender cómo se puede aprehender normativamente elementos como el deseo, la indiferencia y el rechazo, cuando se trata de evidentes actitudes emocionales, como el propio SCHÜNEMANN las describe. Creo incluso que ello puede generar contradicción, ya que –más allá de la importancia referencial que pudiera tener lo ontológico para su teoría- el proceso de determinación del dolo tal como lo propone debiera partir de premisas normativas.

Desde otro punto de vista, PUPPE sostiene que el “concepto-tipo” de dolo presenta algunas ventajas. Así, al ser el elemento volitivo graduable, tiene un sentido claro, al indicar que el acaecimiento del resultado puede resultar más o menos agradable para el autor, situando la indiferencia del autor a la mitad de la escala. Asimismo, también sería una ventaja de este concepto el atribuir al elemento cognitivo un estatus propio dentro del concepto de dolo¹¹⁵⁴.

4.6.4. *Díaz Pita*

En España, acoge DÍAZ PITA los lineamientos de la teoría de HASSEMER. Esta autora propone un concepto objetivo de conocimiento consistente en la “aprehensión correcta de la situación global por parte del sujeto agente”¹¹⁵⁵ y defiende la insuficiencia del elemento cognitivo como exclusivo límite entre dolo e imprudencia, considerando la necesidad de un “plus” de carácter volitivo¹¹⁵⁶.

A **nivel conceptual**, entiende que el dolo es la “decisión contraria a los bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento penal”¹¹⁵⁷. Formula entonces un concepto secuencial de dolo, que guarda similitud con el defendido por HASSEMER. Se trata de un concepto conformado por la situación de peligro, el conocimiento correcto de la misma y la decisión conscientemente adoptada en contra del bien jurídico¹¹⁵⁸.

A **nivel aplicativo**, DÍAZ PITA propone un enfoque normativo. Por un lado, parte de la necesidad de establecer una justificación para la más grave penalidad del dolo y señala que la realidad particular del sujeto que comete un delito doloso

¹¹⁵³ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 119.

¹¹⁵⁴ Ver más en PUPPE, “Perspectivas conceptuales del dolo eventual”, p. 303.

¹¹⁵⁵ DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, p. 291.

¹¹⁵⁶ DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, p. 108.

¹¹⁵⁷ DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, p. 301.

¹¹⁵⁸ DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, p. 321.

queda patente en tres puntos. En primer lugar, en su posición frente a los bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento penal, respecto de lo cual “se trata de dilucidar si el sujeto adoptó o no una decisión que podía perjudicar a un bien jurídico merecedor de la especial protección que el Derecho penal le otorga”¹¹⁵⁹. En segundo lugar, en la relación del sujeto con la norma infringida, atendiendo a que, desde el punto de vista del ordenamiento penal, el sujeto que actúa dolosamente resulta más desestabilizador que el que actúa imprudentemente, ya que no sólo destruye materialmente el objeto de la acción y lesiona el bien jurídico, sino que además pone en cuestión la vigencia de la norma que los protege. Finalmente, en su relación con la sociedad de la que forma parte, ya que “el sujeto doloso demuestra, con su acción, su absoluto desinterés por algo estimado como valioso por el resto de la sociedad”¹¹⁶⁰.

Por otro lado, evidencia la imposibilidad del jurista de acceder directamente a determinados elementos del dolo, por lo que asume un enfoque normativo, que entiende que a partir de indicadores puede atribuirse la conducta dolosa al sujeto. Al respecto, señala que, mientras que la situación de peligro para el bien jurídico es accesible directamente para el jurista, las otras dos secuencias de su concepto de dolo debe “ser atribuidas al sujeto en base a indicadores externos, entre los que se encuentran la capacidad de evitar el resultado por parte del sujeto o su valoración correcta de dicha capacidad”¹¹⁶¹. Entonces, si bien para DÍAZ PITA el riesgo y la capacidad de evitación no pueden por sí mismos delimitar el dolo de la imprudencia, sí pueden ser tenidos en cuenta como indicadores externos de la presencia del dolo¹¹⁶².

Finalmente, considera DÍAZ PITA que su teoría delimita de forma más clara el ámbito doloso del imprudente, anotando:

“(…) muchos de los casos que, con la ayuda de teorías tradicionales, aparecen calificados como imprudentes, resultan dolosos en base a la redefinición que aquí se propone. En otras palabras, delimitación conceptual frente a ampliación práctica del ámbito del dolo”¹¹⁶³.

La propuesta de DÍAZ PITA ha merecido cuestionamientos de un sector de la doctrina. Consideramos pertinentes destacar dos. En primer lugar, FEIJOO SÁNCHEZ sostiene que la crítica que DÍAZ PITA formula a las teorías cognitivas, en el sentido de que extenderían en demasía el campo del dolo, es falaz, ya que, si bien esa crítica podía estar dirigida a la antigua teoría de la representación, no se puede criticar la teoría del dolo de autores más modernos, como FRISCH, JAKOBS o HERZBERG, “sin tener en cuenta la estrecha relación que hay para ellos

¹¹⁵⁹ DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, p. 302.

¹¹⁶⁰ DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, pp. 305-307.

¹¹⁶¹ DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, p. 321.

¹¹⁶² DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, p. 311.

¹¹⁶³ DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, p. 350.

entre tipo objetivo y tipo subjetivo y la relación de su teoría del dolo con el desarrollo llevado a cabo por ellos mismos de la teoría de la imputación objetiva”¹¹⁶⁴. Es más, DÍAZ PITA califica como dolosos muchos supuestos que, en opinión de FEIJOO SÁNCHEZ, quien propone una teoría cognitiva, son imprudentes. Es el caso de la madre que esconde a su bebé en el armario, muriendo éste asfixiado, supuesto que DÍAZ PITA califica como doloso, mientras FEIJOO Sánchez como imprudente¹¹⁶⁵. Al respecto, éste último autor señala que el autor imprudente “también pone en entredicho la vigencia de la norma (de cuidado) y frustra la función determinadora de la norma (de cuidado) y por esta razón interviene el Derecho penal cumpliendo su función de prevención general positiva”¹¹⁶⁶.

En segundo lugar, RAGUÉS I VALLÈS cuestiona la real necesidad de mantener la exigencia de un elemento volitivo a partir de la concepción de dolo de DÍAZ PITA. Al respecto, sostiene que “un análisis detallado de los planteamientos de DÍAZ PITA permite sostener que podría prescindirse del tercer elemento: la “decisión” se da siempre que el sujeto aprehende correctamente la situación de riesgo y, sin embargo, actúa. Por ello, aunque esta autora reivindique la necesidad de un elemento volitivo en el dolo, en el fondo parece defender una teoría cognitiva”¹¹⁶⁷.

En mi opinión, destaca de la teoría de DÍAZ PITA la amplia fundamentación que realiza de la más grave penalidad del dolo. Al respecto, coincidimos en que el autor doloso realiza una conducta más grave que el autor imprudente puesto que el primero adopta una posición de confrontación frente a los bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento penal, genera una mayor desestabilización del orden normativo poniendo en cuestión la vigencia de la norma y demuestra un absoluto desinterés por algo estimado como valioso por el resto de la sociedad.

4.6.5. Rodríguez Montañés

La propuesta central de esta autora que consiste en la necesidad de diferenciar el dolo de peligro del dolo de lesión a partir de un elemento volitivo, fue ya abordada en el primer capítulo. Nos centraremos ahora en el análisis que efectúa para delimitar el dolo de peligro de la imprudencia consciente de lesión. Al

¹¹⁶⁴ FEIJOO SANCHEZ, *El dolo eventual*, p. 88, nota 121.

¹¹⁶⁵ LAURENZO COPELLO, *Dolo y conocimiento*, p. 165, n. 102, haciendo referencia al caso de la madre que provoca la asfixia de su hija al proporcionarle excesivos biberones, sostiene que no coincide con DÍAZ PITA cuando parece rechazar de plano la virtualidad indiciaria de una medida de evitación llevada a cabo después de la acción, pero antes de la producción del resultado. Para LAURENZO, DÍAZ PITA incurre “en una confusión entre elementos materiales y datos indiciarios: el hecho de que el objeto de prueba sea la voluntad favorable a la lesión del bien jurídico en el momento de la acción, como sostiene la autora, no significa que cualquier dato posterior carezca en todo caso de virtualidad indiciaria”.

¹¹⁶⁶ FEIJOO SANCHEZ, *El dolo eventual*, pp. 67-68.

¹¹⁶⁷ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 118.

respecto, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS analiza las posturas diferenciadoras y las que identifican ambos conceptos.

En cuanto a las posturas diferenciadoras, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS expone que existen dos grupos distintos de teorías. Por un lado, aquellas que establecen la diferenciación en el momento de la representación. En esa línea se encuentra SCHMIDHÄUSER, quien diferencia el conocimiento del peligro abstracto, suficiente para la imprudencia consciente, del conocimiento del peligro concreto, necesario para el dolo de lesión y de peligro. Otros autores, como VON HIPPEL, sostienen que la exigencia de representación en la imprudencia consciente es inferior a la del dolo de peligro, siendo suficiente en la primera la representación de una posibilidad baja o lejana. Por otro lado, están las teorías que establecen la diferencia en el momento volitivo y sostienen que a la imprudencia consciente no le es esencial dicho momento que sí se requiere en el caso del dolo eventual. Así, a la imprudencia le faltaría la voluntad de poner en peligro, el “querer” el peligro. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS se muestra crítica frente a estas propuestas y afirma que la imprudencia consciente precisa que el sujeto reconozca un peligro concreto de producción del resultado, incorporándolo en su proceso de decisión de realizar la acción; con lo que “a partir de ese conocimiento el autor ha de tomarse necesariamente en serio el peligro y no existen posibilidades de confianza racional en la no producción del peligro mismo. Si, pese a tal conocimiento, el sujeto decide actuar, no puede hacer otra cosa que estar de acuerdo, conformarse con el peligro, aunque pueda confiar fundadamente en controlarlo y evitar la lesión”¹¹⁶⁸.

En lo que se refiere a las posturas identificadoras, siguiendo la explicación de RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, estas identifican en el plano subjetivo el dolo de peligro con la imprudencia consciente de lesionar, diferenciándolos sólo en el plano objetivo en función de la producción o no del resultado lesivo. Así, desde la concepción psicológica de la culpabilidad, hubo autores que entendieron a la imprudencia como voluntad de poner en peligro y STÜBEL llegó a sostener que la culpa consciente era punible en cuanto dolo de poner en peligro, proponiendo, “de *lege ferenda*”, la sustitución de los delitos culposos por delitos de peligro”. Más adelante, ENGISCH entendió que el resultado era un componente casual del delito imprudente, por lo que el dolo de peligro y la imprudencia consciente se diferenciaban únicamente en el plano objetivo (producción o no del resultado). ZIELINSKI, por su parte, afirma la plena identidad (del injusto) entre la imprudencia consciente y el delito de peligro doloso, ya que “sólo se diferencian en la producción de un resultado “casual”, que no pertenece ni al injusto ni a la culpabilidad, sino que es una mera condición de punibilidad¹¹⁶⁹. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS resalta la conexión que MIR PUIG realiza entre la tentativa, la

¹¹⁶⁸ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Madrid, 1994, pp. 105-112.

¹¹⁶⁹ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, p. 124.

imprudencia y los delitos de peligro, confiriendo a estos últimos un contenido de injusto idéntico al del delito imprudente y equiparándolos a la tentativa imprudente¹¹⁷⁰.

Concluye RODRÍGUEZ MONTAÑÉS que el dolo de peligro y la imprudencia consciente no son conceptos idénticos, ya que existen casos en los que el dolo de peligro va acompañado de dolo de lesionar. Sí postula, en cambio, la identidad entre el puro dolo de peligro y la imprudencia consciente, ya que “la estructura de ambos es idéntica: momento de representación del peligro concreto y momento de confianza fundada en la no producción del resultado lesivo”¹¹⁷¹. Ahora bien, para llegar a dicha conclusión no considera necesario negar el papel del resultado en el injusto, rechazando las teorías que así lo hacen¹¹⁷².

4.7. Enfoque normativo cognitivo

Corresponde ahora abordar aquellas teorías que presentan un enfoque normativo cognitivo y se limitan a elaborar criterios de atribución del conocimiento para calificar la conducta como dolosa¹¹⁷³. He reunido aquí

¹¹⁷⁰ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, pp. 113-116, 119-120, 124-127.

¹¹⁷¹ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, p. 137.

¹¹⁷² RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, pp. 128 y ss., quien, entre otros argumentos, señala que la postura que niega al desvalor de resultado un papel constitutivo en el injusto pone en segundo plano el aspecto de la norma de valoración y del contenido material de la antijuridicidad; lleva a concluir que la norma penal sólo prohíbe la tentativa lo que es un salto lógico; no observa que la producción del resultado no siempre es obra del azar, sino que puede ser imputable al desvalor de acción; entre otras consecuencias.

¹¹⁷³ Quizás el antecedente principal de las actuales teorías del conocimiento se encuentra en la obra de SCHMIDHÄUSER, quien, según RAGUÉS I VALLÉS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, pp. 90-91, ha sido el autor de mayor perseverancia en la defensa del carácter superfluo de cualquier elemento volitivo en el dolo. Para SCHMIDHÄUSER, el dolo es conocimiento y el conocimiento comprende, a su vez, la consciencia actual de hechos presentes, la consciencia actual de hechos futuros, la consciencia insegura de hechos presentes y la consciencia insegura de hechos futuros. Explica RAGUÉS I VALLÉS que, para SCHMIDHÄUSER, el merecimiento de la pena agravada de los delitos dolosos debe afirmarse en los casos en que el autor no está seguro de la lesión del bien jurídico, pero advierte la concreta posibilidad de que ésta se produzca y, sin embargo, actúa, pues también en estos casos se decide de modo consciente por dicha lesión. Por su parte, CORCOY BIDASOLO, “En el límite entre el dolo y la imprudencia (comentario a la STS de 28 de octubre de 1983)”, p. 972, sostiene que este planteamiento conlleva una ampliación del ámbito del dolo contraria a la función y límites del Derecho penal. En cambio, RAGUÉS I VALLÉS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, pp. 91-92, entiende que conviene profundizar en el núcleo central de la concepción de SCHMIDHÄUSER y, en concreto, en la idea de que para el dolo es necesario que el autor se represente la concreta posibilidad de realización del tipo, puesto que en dicho requisito estaría la clave de su planteamiento y lo que le permite afirmar repetidamente que, en contra de las apariencias, con su teoría no se acaba castigando un mayor número de supuestos como dolosos, sino sólo llamando a las cosas por su verdadero nombre. Añade RAGUÉS I VALLÉS (p. 92) que la imputada ampliación de lo doloso queda también matizada con la propuesta del propio SCHMIDHÄUSER de imputar imprudencia cuando concurre una eliminación mental de la representación de la posibilidad de realización del tipo por parte del sujeto. Por su parte, PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual...*, pp. 379-384 y 499-515, cree necesario distinguir dos períodos en la obra de SCHMIDHÄUSER. Un primer período en el que el punto central

aquellas teorías que, a nivel conceptual, entienden que el elemento volitivo del dolo es un componente de menor rango (accesorio¹¹⁷⁴) que el elemento cognitivo, por lo que su valoración resulta innecesaria una vez que se verifican los elementos para imputar el conocimiento. Asimismo, a nivel aplicativo, se trata de teorías que consideran al dolo como un juicio normativo de atribución que se realiza a partir de indicadores externos de la conducta del sujeto activo del delito. Al igual que en el caso del enfoque normativo psicológico, este juicio normativo también viene determinado por los fines del Derecho penal, en el marco de una concepción funcionalista.

Como bien explica GÓMEZ-BENÍTEZ, en general, las modernas teorías cognitivas sostienen que el dolo es siempre desde el punto de vista cognitivo un dolo de peligro, de lo que se extraen, al menos, dos consecuencias. Por un lado, que el dolo no se define como conocimiento de todos los elementos del tipo objetivo, ya que el resultado lesión es un elemento del tipo objetivo que es ajeno al conocimiento del autor en el momento de actuar y, por otro lado, que el dolo eventual se convierte en el arquetipo del dolo¹¹⁷⁵.

Ahora bien, lo cierto es que la actual discusión muestra la existencia de diversos matices entre los autores que defienden un enfoque normativo cognitivo del dolo. Existen así propuestas cognitivas subjetivas, que son aquellas que diferencian el dolo de la imprudencia en función de la posibilidad de imputar al sujeto que realiza la acción el conocimiento o desconocimiento de los elementos típicos del delito. Otros autores se inclinan más bien por una objetivación del dolo, que lo distinguen de la imprudencia según el objeto de conocimiento, fijando a nivel de tipo objetivo riesgos de dolo y riesgos de imprudencia. Sin embargo, en la presente investigación se considera que no resulta del todo adecuado efectuar una distinción tajante entre teorías subjetivas y objetivas¹¹⁷⁶, existiendo más bien

es determinar aquello que se conoce y, por ende, la delimitación entre dolo e imprudencia se determina en función de la característica objetiva del peligro (el autor doloso conoce la posibilidad de un peligro objetivamente concreto y antijurídico, mientras que el autor imprudente a lo sumo conoce una peligrosidad abstracta), y un segundo momento en el que relativiza su teoría, acentuando el aspecto subjetivo y sosteniendo que lo que interesa es cómo debe ser el conocimiento que se requiere para el dolo.

¹¹⁷⁴ FEIJOO SANCHEZ, *El dolo eventual*, p. 52.

¹¹⁷⁵ GÓMEZ-BENÍTEZ, "El concepto de dolo en la moderna dogmática penal", en *CDJ*, VII, 2006.

¹¹⁷⁶ A favor de delimitar las teorías cognitivas subjetivas de las objetivas se encuentra MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, "El concepto "significativo" de dolo: un concepto volitivo normativo", en MUÑOZ CONDE (dir.), *Problemas actuales del Derecho penal y de la criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Tirant lo Blanch, 2008, p. 344, quien sostiene que las tesis subjetivas "se caracterizan por ofrecer formulaciones en las que lo decisivo, a efectos de caracterizar el conocimiento, será lo que el autor sabe en la situación concreta en la que se decidió a realizar la acción típica", mientras que las objetivas son aquellas tesis que, "en esencia, coinciden en prescindir, de forma más o menos abierta, de esta característica, que se ve sustituida por criterios objetivos e incluso puramente generalizadores, en atención a lo cual cabe afirmar que tales tesis no pasan de ser variantes (eso sí, mejoradas) de la teoría de la probabilidad". Al respecto, como bien refiere RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 127, existen autores que ponen en tela de juicio que la cuestión del dolo sea algo que sólo deba dilucidarse atendiendo a la subjetividad del individuo, introduciendo de este modo en

una gradualidad en el proceso de normativización del dolo, conforme lo demuestra el análisis que se presenta a continuación.

4.7.1. Frisch

FRISCH, al igual que ROXIN, se ubica entre los autores que acuden al razonamiento sistemático-teleológico en el tratamiento de la teoría del delito. Este autor redefine una serie de conceptos de dicha teoría desde una perspectiva funcional, incluyendo el dolo, cuyo castigo más regular y severo se asienta, según él, en los principios básicos de aplicación de la pena estatal¹¹⁷⁷. SCHÜNEMANN sostiene que, de la redefinición del concepto de dolo como concepto funcional, FRISCH extrae amplias consecuencias, “que llegan casi a “poner patas arriba” la dogmática tradicional del dolo”¹¹⁷⁸.

Cabe destacar que, para FRISCH¹¹⁷⁹, la aplicación de la pena al delito doloso debe basarse en razones teleológicas y axiológicas. Con relación a las razones teleológicas, entiende que, desde el punto de vista preventivo general, el Derecho penal debe proteger bienes jurídicos y, desde el punto de vista preventivo especial, debe atender al especial merecimiento de pena del delincuente doloso. Al respecto, sostiene que “el obrar doloso conmueve la fidelidad al derecho y la confianza en la inviolabilidad del orden jurídico de un modo más inmediato y violento que el imprudente”¹¹⁸⁰. Con relación a las razones axiológicas, la legitimación de la pena del delito doloso se encuentra para este autor en el reproche personal del hecho doloso, en el que existe un mayor poder de evitación de las consecuencias.

la discusión criterios de corte netamente objetivos. Por su parte, GÓMEZ-BENÍTEZ, “El concepto de dolo en la moderna dogmática penal”, en *CDJ*, VII, 2006, efectúa también una división entre teorías objetivas y subjetivas. Sostiene que las teorías objetivas parten de la identificación entre dolo y dolo de peligro concreto, entendiendo éste como dolo referido a la realización de un tipo de resultado lesión, mientras que las imprudencias conscientes se definen como las realizadas con dolo de peligro. Estas teorías entienden, además, que para la imputación a título de dolo, no es imprescindible el conocimiento seguro de que se producirá el resultado, por lo que el dolo eventual es concebido como el “conocimiento inseguro del peligro concreto de que se produzca un resultado típico como consecuencia de la propia conducta”. Las teorías subjetivas, en cambio, entienden que la imputación del hecho no puede decidirse con el criterio del peligro que se representaría un hombre medio, sino que debe tenerse en cuenta el concreto nivel de conocimiento o representación del peligro por parte del sujeto al momento de actuar. Por otro lado, FEIJOO SANCHEZ, *El dolo eventual*, p. 34, destaca a aquellos autores que defienden teorías puras del conocimiento tomando como punto de partida rechazar que la imputación a título de dolo dependa de criterios puramente psicológicos, aunque sostienen que la normativización del dolo no tiene que implicar el desprecio por los datos ontológicos o psicológicos.

¹¹⁷⁷ PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual...*, p. 526.

¹¹⁷⁸ SCHÜNEMANN, *Cuestiones básicas del Derecho penal en los umbrales del tercer milenio*, p. 71,

¹¹⁷⁹ Una detallada explicación de la concepción de FRISCH acerca de la aplicación de la pena en: PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual...*, pp. 527 y ss.

¹¹⁸⁰ FRISCH, *Vorsatz und Risiko, Grundfragen des tatbestandsmässigen Verhaltens und des Vorsatzes. Zugleich ein Beitrag zur Behandlung aussertatbestandlicher Möglichkeitsvorstellungen*, Heymann, 1983, p. 48.

Voy a destacar a continuación los planteamientos que FRISCH expone básicamente en dos de sus obras, “*Vorsatz und Risiko*” (1983) y “Comportamiento típico e imputación del resultado” (1988), haciendo referencia al análisis del problema del dolo por parte de este autor tanto a nivel conceptual como a nivel aplicativo.

A **nivel conceptual**, FRISCH opta por un enfoque cognitivo del dolo. Sostiene que, convencionalmente, el dolo se define como conocer y querer la realización de un evento. A partir de ello, el conocimiento y la voluntad deberían estar relacionados con los elementos objetivos del dolo, lo que debería consecuentemente ser aplicado al dolo eventual. Sin embargo, apunta que no existe armonía alguna al respecto y cuestiona el papel que la voluntad pueda jugar como sustrato psíquico del dolo¹¹⁸¹. Reduce entonces el papel de los elementos volitivos o emocionales a indicadores de la existencia o no del dato normativo decisivo en que el dolo consiste, esto es, el conocimiento¹¹⁸².

Explica FRISCH que el sustrato psicológico del dolo es, de hecho, poco claro en muchos aspectos, pero contiene un núcleo fijo e inmutable constituido por el conocimiento. Sostiene que evidencia de ello es la propia ley vigente alemana, y su predecesora, que excluyen el dolo en el caso de ignorancia de los hechos. Concluye entonces que la acción dolosa se caracteriza por ser realizada en conocimiento de las circunstancias¹¹⁸³. A partir de ello, niega razón de ser a la especie del dolo eventual, debiendo existir un único concepto de dolo en torno al conocimiento¹¹⁸⁴.

Ahora bien, FRISCH no se limita a concebir el dolo como representación del peligro concreto, ya que incluye un requisito adicional, que es que el autor tome posición personal frente a esa representación. Debe entonces el autor “partir para sí” de la posibilidad de realización del peligro¹¹⁸⁵. En esa línea, precisa PÉREZ BARBERA que no basta para FRISCH un conocimiento de la peligrosidad general, sino que, para que haya dolo, es necesario que el autor parta, “para sí” (*fürsich so sieht*), de enjuiciar su conducta como un riesgo concreto para el bien jurídico¹¹⁸⁶.

RODRÍGUEZ MONTAÑÉS detalla que, a partir de la propuesta de FRISCH, falta entonces el dolo cuando el autor no se representa el comportamiento en su dimensión típicamente relevante. Esto ocurre cuando el sujeto no piensa en la

¹¹⁸¹ FRISCH, *Vorsatz und Risiko...*, p. 24.

¹¹⁸² PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual...*, p. 548.

¹¹⁸³ FRISCH, *Vorsatz und Risiko...*, p. 32.

¹¹⁸⁴ FRISCH, *Vorsatz und Risiko...*, p. 28.

¹¹⁸⁵ Cfr. LAURENZO COPELLO, *Dolo y conocimiento*, p. 229.

¹¹⁸⁶ PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual...*, p. 542.

peligrosidad de su comportamiento en absoluto, cuando piensa en la peligrosidad en general pero no se representa el concreto riesgo, cuando se representa el riesgo en concreto pero éste es muy bajo. También falta el dolo cuando, representándose el peligro típico, el sujeto no parte para sí de la existencia de ese peligro normativamente relevante. Esto ocurre en los casos de negación del peligro, confianza en que todo ocurra bien y valoración subjetiva del peligro como tolerado¹¹⁸⁷.

Desde mi perspectiva, FRISCH plantea una teoría de la decisión desde un enfoque cognitivo. En ese sentido, explica RAGUÉS I VALLÈS que para FRISCH la actuación del sujeto siendo consciente del riesgo que su conducta entraña para el bien jurídico supone una auténtica decisión contra dicho bien¹¹⁸⁸. Debemos precisar que para esta teoría la consciencia del riesgo implica por sí misma la decisión contra el bien jurídico, no requiriéndose un elemento volitivo adicional. Sostiene entonces FRISCH:

“Como expresión de la decisión dolosa del autor, como realización suya, quedan en principio comprendidas las consecuencias que se derivan – como es natural, de modo objetivamente imputable – de peligros que a su vez coinciden con los perfiles normativamente determinantes de la decisión”.

Añade que es decisivo que la creación del peligro apreciada por el autor y la que realiza el resultado concuerden en el sustrato normativo, pudiendo ser entendidas como expresiones naturalísticas del mismo sustrato normativo¹¹⁸⁹.

Existen para FRISCH tres aspectos esenciales del contenido de la decisión del autor doloso. El primer aspecto es que la decisión del autor se encuentra en un concreto contexto espacio-temporal. Así, la decisión se refiere a una determinada acción, de la que no puede desligársela sin más. Lo contrario implicaría una ficción de decisión o la sanción de los deseos del autor, lo que no es de recibo para este autor. El segundo aspecto es que la decisión de dar lugar a determinado suceso se incardina por lo general sólo en un determinado tipo normativo de creación de riesgo desaprobado, de manera que en la decisión del autor sólo puede apreciarse una decisión de crear este tipo de peligro normativamente desaprobado¹¹⁹⁰. Finalmente, el tercer aspecto esencial del contenido de la decisión es la existencia de limitaciones relativas a la magnitud y al objeto del menoscabo. Así, sostiene FRISCH que, al determinar la creación de riesgo desaprobada cubierta por la decisión del autor, hay que tener en cuenta

¹¹⁸⁷ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, p. 84.

¹¹⁸⁸ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 94.

¹¹⁸⁹ FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, Marcial Pons, 2004, p. 623.

¹¹⁹⁰ FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, pp. 629-630.

que la decisión del autor contra el bien jurídico por lo general está limitada en relación con la dimensión y la eventual víctima del menoscabo. Añade a ello:

“(…) si el autor se ha decidido aquí sólo por una determinada medida de menoscabo, la producción de otra consecuencia típica (o extratípica) no se le puede imputar a título de dolo; ni siquiera cuando a la acción le es inherente la cualidad de creación de riesgo desaprobada”¹¹⁹¹.

Así, el objeto de protección de la ley no es primariamente un valor ideal, sino el sustrato normativo (encarnación del valor en personas individuales, en los objetos del bien jurídico); por lo que “nunca cabe deducir de una decisión referida a un concreto objeto del bien también una decisión contra otro objeto del bien”¹¹⁹².

Acerca de los presupuestos de la posibilidad de abarcar lo objetivo como realización de la decisión del autor, indica FRISCH que constituye condición necesaria de la imputación del suceso real al dolo “el que el curso causal real, en lo que respecta al sustrato normativo de su desaprobación, a los objetos del bien jurídico y a la magnitud del perjuicio, esté cubierto por la decisión del autor”¹¹⁹³. Sin embargo, no es condición suficiente, ya que, si se entiende el suceso real como realización de la decisión del autor contra el bien jurídico o contra el objeto del bien jurídico, tienen que cumplirse otros presupuestos. Así, señala que el autor debe atribuir a su actuar la idoneidad para ejecutar el resultado y su decisión debe entenderse con poder o capacidad de realización, para lo cual el ataque conscientemente emprendido por el autor debe poder conceptuarse desde la perspectiva ex post como actuación posiblemente conducente al resultado. Además de ello, sostiene FRISCH que cabe efectuar matizaciones en aquellos casos en los que el acontecer objetivo se percibe como “realización” de la decisión disvaliosa puesta en práctica, matizaciones que solo podrán referirse a los casos en que no se ha realizado precisamente el riesgo apreciado por el autor, sino cualquier otro de algún modo desviado¹¹⁹⁴.

Otra cuestión que la teoría de FRISCH permite plantear, distinta a la de la imputación subjetiva del resultado a título de dolo que acaba de ser reseñada, es la del objeto del conocimiento del autor que actúa dolosamente. Al respecto,

¹¹⁹¹ FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, p. 632.

¹¹⁹² FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, p. 635.

¹¹⁹³ FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, p. 637.

¹¹⁹⁴ FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, pp. 638 y ss., diferencia el dolo necesario para el delito intentado y el necesario para el delito consumado. Al respecto, señala que “el autor del delito intentado únicamente tiene que haber abarcado aquella acción que –y en tanto que- sobrepasa el umbral que separa los actos preparatorios de la tentativa. El autor del delito doloso consumado, en cambio, tiene que haber obrado conociendo lo que proporciona a su obrar también objetivamente la cualidad de conducta fundamentadora de hecho consumado: el peligro, vinculado con este obrar, de conducir al resultado sin ulterior intervención del autor”.

según anota DÍAZ PITA¹¹⁹⁵, pueden diferenciarse tres posturas representativas en la doctrina. En primer lugar, están quienes defienden que el sujeto deba abarcar con su conocimiento todos los elementos que conforman el tipo objetivo. Es el caso, por ejemplo, de JESCHECK/WEIGEND, quienes sostienen que “el dolo debe referirse a todos los elementos del tipo objetivo”¹¹⁹⁶. En segundo lugar, se encuentran los autores que entienden que sólo algunos de los elementos del tipo objetivo deben ser abarcados por el conocimiento. Así, OTTO plantea que el dolo debe abarcar sólo una parte del tipo consistente en los presupuestos de la imputación objetiva del resultado¹¹⁹⁷. BALDÓ, por su parte, sostiene que el conocimiento ha de abarcar desde el inicio de la fase de tentativa hasta la tentativa acabada, por lo que es suficiente que el autor se represente subjetivamente la peligrosidad objetiva que ex ante acarrea su comportamiento conforme a las leyes de la experiencia cotidiana, sin que por ello sea necesario que prevea todos y cada uno de los cursos causales inherentes a su comportamiento originador de riesgos, ni tampoco que posea un conocimiento de las leyes naturalísticas o técnicas conforme a las cuales se desarrolla el curso causal¹¹⁹⁸. Finalmente, están aquellos autores que, como FRISCH, defienden la idea de que el comportamiento típico debe ser el único objeto del conocimiento.

FRISCH plantea que no es convincente la extendida tesis que sostiene que el dolo ha de abarcar el curso causal “porque en el tipo objetivo del delito consumado se requiere que se haya producido un resultado, que éste se derive causalmente de una determinada acción, etc.; en suma, extremos que básicamente no pueden ser objeto del dolo antes del hecho”¹¹⁹⁹. Según sostiene RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, para FRISCH, la idea de que el objeto del dolo sea el tipo objetivo en su conjunto supone desconocer la diferencia entre norma sancionadora y norma de determinación¹²⁰⁰. Así, el verdadero objeto del conocimiento sólo puede ser el comportamiento típico, que se refiere a lo actual y no a lo futuro. Ahora bien, debe tratarse de un comportamiento peligroso¹²⁰¹.

Apunta DÍAZ PITA que la dimensión injusta relevante, que caracteriza al comportamiento que es para FRISCH objeto del dolo, debe reunir tres requisitos. En primer lugar, debe aparecer como un dato que revele la contradicción existente entre el comportamiento que el sujeto lleva a cabo y el Derecho. En segundo lugar, debe singularizar una especial peligrosidad del sujeto agente frente a los bienes jurídicos. Finalmente, debe demostrar que la acción que el

¹¹⁹⁵ DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, pp. 75 y ss.

¹¹⁹⁶ JESCHECK-WEIGEND, *Tratado de Derecho penal, Parte General*, 5ª ed., p. 316.

¹¹⁹⁷ Citado por DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, p.111.

¹¹⁹⁸ BALDÓ LAVILLA, “Sobre las desviaciones causales: “consumación anticipada” y “dolos generalis” (Comentario a la STS de 6 junio 1994. Ponente Sr. Conde-Pumpido Ferreiro)”, en *ADPCP*, t. XLVIII, fascículo I, enero-abril 1995, p. 352.

¹¹⁹⁹ FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, pp. 606-607.

¹²⁰⁰ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, p. 83.

¹²⁰¹ DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, p. 32.

sujeto realiza constituye un fallo cualificado de la persona frente a las exigencias del ordenamiento jurídico¹²⁰².

A **nivel aplicativo**, entiendo que FRISCH asume un enfoque normativo del dolo. Ello se evidencia cuando postula que “el autor sólo obra dolosamente si ha aprehendido el riesgo que en la valoración normativa proporciona el motivo de la desaprobación”¹²⁰³. Esto significa que la calificación como dolosa de una conducta depende de una valoración normativa que establece las características que hacen a dicha conducta merecedora de la pena más grave. Dicho de otro modo, es la norma la que previamente califica la cualidad dolosa de una conducta y no el contenido específico (-sustrato psíquico) de la misma. PÉREZ BARBERÁ ratifica esta apreciación y alude a que lo decisivo para FRISCH es que se entienda el problema del dolo como una cuestión plenamente normativa, partiendo de los principios básicos de la aplicación de la pena estatal¹²⁰⁴.

Analizaré a continuación las críticas a las que ha sido sometida esta teoría:

- 1) Una primera crítica es la planteada por KÜPER y acogida por PÉREZ BARBERA. Esta se dirige a cuestionar el fundamento de la sanción del delito doloso planteada por FRISCH. Así, sostienen los aludidos autores que el comportamiento doloso no necesariamente conmueve más profundamente el sentimiento de fidelidad al Derecho de la comunidad, requiriendo de una pena más severa o ejemplar. Citan el caso del autor imprudente que actúa reiteradamente con temeridad grave y sin reparar en el peligro que provoca frente al autor que por única vez comete un delito doloso¹²⁰⁵. En mi opinión, se trata de una crítica válida, toda vez que, si bien en muchos casos la conducta dolosa evidencia un mayor alejamiento del Derecho y merecimiento de pena, ello no tiene por qué ser la regla general.
- 2) Otra crítica se dirige a cómo concibe la norma de determinación. Al respecto, SCHÜNEMANN sostiene que FRISCH posiblemente exagere la fuerza de una argumentación de teoría de las normas al identificar el comportamiento típico, como objeto del dolo, con el riesgo objetivo, a juzgar desde el punto de vista del autor, de causación del resultado o de concurrencia de los demás elementos típicos. Para SCHÜNEMANN, ello implicaría la existencia, tras la ley penal, de una prohibición de actuar también para el caso en que la amenaza de una realización típica resulte tan sólo de la perspectiva del autor y no de

¹²⁰² DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, p. 116.

¹²⁰³ FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, p. 608.

¹²⁰⁴ PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual...*, p. 526.

¹²⁰⁵ PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual...*, p. 553.

la víctima; lo que implica ir más allá del planteamiento finalista, el cual FRISCH cuestiona¹²⁰⁶.

- 3) En tercer lugar, existen diversas críticas que se dirigen al nivel conceptual de la teoría y parten de la idea de que la propuesta de FRISCH implica una ampliación del campo del dolo e, incluso, una anticipación indebida de la punibilidad. Queremos destacar tres aspectos que son materia de cuestionamiento. El primero es explicado por DÍAZ PITA quien sostiene que postular el comportamiento del sujeto como único objeto del conocimiento desdibuja los límites entre el dolo eventual y la imprudencia consciente¹²⁰⁷. En una línea similar, LAURENZO tiene la impresión de que no existe diferencia entre el conocimiento de la dimensión peligrosa de la conducta y la conciencia de la posible e inmediata lesión del bien jurídico o, lo que es igual, de la posible realización del peligro en el resultado típico¹²⁰⁸.

El segundo aspecto materia de cuestionamiento es la separación, tanto conceptual como temporal, de acción y resultado, que propone FRISCH. Según DÍAZ PITA, dicha separación no sucede en todos los casos, ya que existen supuestos en los que acción y resultado se siguen sin solución de continuidad y, por tanto, ese resultado sí es imputable al sujeto, puesto que tuvo oportunidad y capacidad de conocerlo. Añade DÍAZ PITA que es verdad que un sujeto no puede conocer el resultado en el momento de la acción en aquellas situaciones en las que transcurre un lapso de tiempo considerable entre acción y resultado, pero eso no sucede en aquellas situaciones en las que acción y resultado se desarrollan sin solución de continuidad. Concluye sosteniendo que el sujeto probablemente no conozca el resultado efectivamente producido, pero sí todas las circunstancias que hacen previsible que dicho resultado se llegue a producir, y naturalmente es siempre en relación a ese resultado global que quiere producir como planifica el hecho¹²⁰⁹.

Como un comentario general a estos dos cuestionamientos, debo precisar que FRISCH no se limita a concebir el dolo como representación del peligro concreto, ya que incluye un requisito adicional, que es que el autor tome posición personal frente a esa representación. Sin estar de acuerdo necesariamente con la propuesta de FRISCH, es justo señalar que este grupo de críticas no son viables en la medida que se entiende que el autor doloso de FRISCH debe “partir para sí” de la posibilidad de realización del peligro¹²¹⁰.

¹²⁰⁶ SCHÜNEMANN, *Cuestiones básicas del Derecho penal en los umbrales del tercer milenio*, pp. 83-84.

¹²⁰⁷ DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, p. 113.

¹²⁰⁸ LAURENZO COPELLO, *Dolo y conocimiento*, p. 250.

¹²⁰⁹ DIAZ PITA, *El dolo eventual*, pp. 135 y 294-295.

¹²¹⁰ Cfr. LAURENZO COPELLO, *Dolo y conocimiento*, p. 229.

RODRÍGUEZ MONTAÑÉS enfatiza que, para FRISCH, la conducta dolosa exige una toma de posición personal: un verlo así para sí, una visión desde una vinculación personal, un partir para sí del peligro típico”¹²¹¹. Con ello, no debieran existir dudas acerca del criterio delimitador frente a la imprudencia. Asimismo, específicamente con relación al segundo cuestionamiento, queremos añadir que no resulta clara la explicación de DÍAZ PITA, quien parece dar la razón parcialmente a FRISCH, en la medida que el conocimiento de las circunstancias es justamente el conocimiento del riesgo típico y no del resultado.

Ahora bien, el tercer aspecto cuestionado parece tener mayor sustento, ya que apunta que la defensa de una perspectiva *ex ante* por parte de FRISCH implica la equiparación entre delitos de peligro y delitos de lesión, así como una indebida anticipación de la punición¹²¹². Esta crítica parte de la idea de que, en los delitos de resultado, el resultado es el que justifica la imposición de la pena. Al respecto, PÉREZ BARBERÁ mantiene que aplicar consecuentemente la tesis de FRISCH de que el resultado no es objeto del dolo conduciría a identificar el dolo de lesión y el dolo de puesta en peligro; sin embargo, afirma que FRISCH no toma al pie de la letra la aludida tesis ni la sigue hasta sus últimas consecuencias al presumir la inclusión del resultado como punto de referencia del dolo¹²¹³, lo que –en mi opinión- acerca a FRISCH a las teorías más tradicionales del dolo.

- 4) Existe otro grupo de críticas –quizás el más importante- que también se dirige al nivel conceptual de la teoría de FRISCH, pero parte de un presupuesto distinto a las indicadas en el punto anterior. Así, LAURENZO cuestiona el haber introducido de modo subrepticio un componente volitivo en el dolo coincidente con la fórmula de “tomarse en serio” la realización del tipo. Asimismo, indica que la confusión con las teorías volitivas del dolo se produce también por el hecho que FRISCH excluye el dolo en los casos en que el autor confía sin fundamento en una buena salida o no toma posición alguna¹²¹⁴. Por su parte, PUPPE entiende que la teoría de FRISCH es más bien una teoría volitiva, ya que hace depender el dolo “de la actitud interna que éste mantiene con su conocimiento”¹²¹⁵.

Frente a dicha crítica, podría oponerse la precisión de FEIJOO SÁNCHEZ¹²¹⁶ en el sentido de entender que para FRISCH “el elemento volitivo dirigido al

¹²¹¹ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, p. 84.

¹²¹² DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, p. 137.

¹²¹³ PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual...*, p. 555.

¹²¹⁴ Cfr. LAURENZO COPELLO, *Dolo y conocimiento*, pp. 229-230.

¹²¹⁵ PUPPE, “Perspectivas conceptuales del dolo eventual”, 2014, p. 293.

¹²¹⁶ FEIJOO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, p. 124, sostiene que “FRISCH ha acertado en el núcleo del problema: dolo e imprudencia no precisan una fundamentación psicologista sino normativa.

resultado o a la situación de peligro puede operar, a lo sumo, como un indicador de la existencia de dolo”¹²¹⁷. Es por ello entonces que FRISCH postularía un concepto único de dolo, destacando los “defectos básicos de la doctrina del dolo eventual”¹²¹⁸.

Sin embargo, comparto el cuestionamiento de PÉREZ BARBERÁ en el sentido de que FRISCH traslada la actitud interna de realizar un juicio serio sobre la posibilidad del peligro del elemento volitivo al elemento cognitivo, lo que importa una reformulación conceptual que no modifica el fondo del asunto. Así, entiende PÉREZ BARBERÁ que la teoría de FRISCH pretende ampliar el concepto de “saber” para incluir en él un sustrato psíquico distinto, que es la actitud interna del autor respecto de las consecuencias de su acción¹²¹⁹.

5) Mención aparte merece la fundamentada crítica que PÉREZ BARBERÁ formula al concepto de conocimiento de FRISCH. Explica que para la teoría de FRISCH es fundamental destacar que el dolo no es un tipo especial de conocimiento sobre un objeto cualquiera sino un conocimiento normal sobre un objeto especial, lo que le obliga a defender la idea de que la toma de postura personal del sujeto respecto del objeto no parte de aquel sino que se produce en tanto percibe en el objeto las valoraciones mencionadas. Ello es inaceptable para PÉREZ BARBERÁ, quien entiende que es el sujeto (o un tercero) quien valorativamente adscribe al objeto tales características y no el objeto el que las posee. Sin embargo, recoge las afirmaciones de HERZBERG en el sentido de que la sola enunciación de la tesis de FRISCH podría ser considerada un primer paso a favor de una distinción entre dolo e imprudencia en función de las características del peligro y no del conocimiento; paso que no se concreta ya que al defender la idea de “conocimiento normal sobre un objeto especial”, debe partir de la idea de que aquello que distingue al dolo de la imprudencia es un juicio sobre la posibilidad de realización del peligro¹²²⁰.

6) A nivel aplicativo, puede observarse cierta contradicción en la teoría de FRISCH ya que, si bien parte de un enfoque normativo de la teoría del delito, plantea que el juicio de valor sobre el peligro debe estar en manos del autor. Al respecto, PÉREZ BARBERÁ sostiene:

“(…) según tal punto de vista no sólo es necesario partir de un determinado conocimiento del autor (y el conocimiento es un hecho tan psíquico como la voluntad) sino que además la propia valoración de lo

Pero de *lege lata* sólo podemos denominar autor doloso al que se decide contra la norma conociendo las circunstancias que fundamentan el tipo”.

¹²¹⁷ FEIJOO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, p. 45.

¹²¹⁸ FRISCH, *Vorsatz und Risiko...*, p. 24.

¹²¹⁹ PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual...*, pp. 556-558.

¹²²⁰ PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual...*, pp. 558 y ss.

conocido termina dependiendo exclusivamente del arbitrio subjetivo del sujeto”¹²²¹.

En mi opinión, más allá de las válidas críticas que se formulan a la tesis de FRISCH, no podemos negar el aporte fundamental de esta a la teoría del injusto y a la teoría del dolo. Destaco dos ideas fundamentales. Por un lado, la idea de que existe un límite que impide imputar al autor del delito a título de dolo la producción de una consecuencia típica o extratípica que va más allá de la determinada medida de menoscabo por la que se decidió. Por otro lado, la idea de que sólo puede ser objeto del dolo aquello que puede ser efectivamente conocido por el sujeto y que, en todo caso, las teorías que plantean que objeto del dolo es la previsión del resultado no son irreconciliables con la propuesta de que objeto del dolo es el comportamiento típico, planteándose en ese caso que el comportamiento típico, por su capacidad generadora de riesgo, hace inevitable negar la previsión del posible resultado en el sujeto.

Estas apreciaciones no ocultan la cuestión demostrada por sus críticos de que es preferible evitar la inserción en la teoría del dolo de elementos que evoquen las antiguas teorías volitivas, como es el caso de FRISCH de considerar la confianza irracional del sujeto en la no producción del resultado como una exigente del dolo, lo que no hace más que imputar a lo que podría ser una moderna teoría cognitiva las críticas dirigidas contra las antiguas teorías volitivas que ya han sido materia de análisis.

4.7.2. Corcoy Bidasolo¹²²²

A **nivel conceptual**, CORCOY BIDASOLO parte del concepto de dolo natural, que la doctrina mayoritaria define como conocer y querer la realización de la situación objetiva descrita por el tipo de injusto, precisando la necesidad de concretar qué debe entenderse por voluntad –a fin de diferenciarla de la “voluntad mala” propia del *dolus malus*- (contenido del dolo) y por situación objetiva descrita por el tipo de injusto (objeto del dolo)¹²²³.

Con relación al contenido del dolo, CORCOY BIDASOLO propone un concepto cognitivo a partir de la premisa de que el mayor desvalor de los hechos dolosos se fundamenta en la mayor contradicción de la norma que supone el actuar con plena conciencia del riesgo que con la conducta se está creando respecto del bien jurídico penal protegido y no en el carácter del sujeto ni en el móvil que le

¹²²¹ PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual...*, p. 561.

¹²²² N.A.: Agradezco a la profesora CORCOY BIDASOLO las diversas ocasiones en las que me permitió debatir personalmente su concepción de dolo y las características esenciales de su teoría, a partir de lo cual he elaborado la presente sección y he enriquecido diversas secciones de la presente tesis. Su guía y dirección han sido piezas fundamentales para la elaboración de esta tesis.

¹²²³ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente...*, 2ª ed., pp. 246-247.

ha llevado a actuar de esa forma. Señala que el dolo es, al igual que la imprudencia consciente, “conocimiento de la posibilidad de realización típica”, pero, a diferencia de aquella, no constituye un “desconocimiento del efectivo peligro creado”¹²²⁴. En consecuencia con su planteamiento, CORCOY BIDASOLO propone que el deseo y los elementos internos no forman parte de su concepto de dolo. Así, sostiene que, “si el sujeto no conoce el riesgo inherente a su conducta, no es posible hablar de “voluntad de realización típica”, sino únicamente de “deseo de realización típica””¹²²⁵, lo que resulta penalmente irrelevante.

Ratificando su enfoque cognitivo del dolo, CORCOY BIDASOLO efectúa un detallado análisis de los problemas que implica mantener un elemento volitivo en el dolo. En primer lugar, sostiene que, desde la perspectiva del principio de legalidad, carece de fundamento requerir que el sujeto “quiera” la producción del resultado¹²²⁶. En segundo lugar, desde una perspectiva material, sostiene que juzgar sobre “la resolución criminal” determina la necesidad de entrar en la “intimidad psíquica” del autor, lo cual, con independencia de la poca fiabilidad de los resultados que se obtendrían, nos llevaría, en muchos casos, a concluir que la voluntad que condujo al sujeto a actuar no guardaba ninguna relación con la realización típica¹²²⁷. Reafirma entonces CORCOY BIDASOLO:

“(…) si la antijuricidad se fundamenta en la gravedad del hecho y no en la bondad o maldad del autor – Derecho penal del hecho y no Derecho penal de autor- lo que el sujeto quiera o no es algo que pertenece a su fuero interno y que no debe ser objeto de valoración”¹²²⁸.

En tercer lugar, advierte CORCOY BIDASOLO del peligro que implica mantener un elemento volitivo que exija al juez la prueba de un proceso psíquico. Al respecto, nos explica que la jurisprudencia, ante la dificultad insalvable de probar la existencia del elemento volitivo, se guía en su decisión sobre la existencia o no de dolo por criterios totalmente ajenos a éste¹²²⁹, como pueden ser los antecedentes del sujeto, y, lo más grave, recurre a presunciones que no son válidas (o no deberían serlo) en Derecho penal.

Con relación al objeto del dolo, CORCOY BIDASOLO afirma que está constituido por los hechos externos en cuanto peligrosos, siendo necesario que el sujeto que

¹²²⁴ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente...*, 2ª ed., p. 245.

¹²²⁵ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente...*, 2ª ed., p. 247.

¹²²⁶ CORCOY BIDASOLO, “Concepto dogmático y procesal de dolo. Ignorancia deliberada, confianza irracional y manifiesto desprecio”, en *Imprudencia Penal. Cuestiones Generales. Revista de Doctrina y Jurisprudencia*, Universidad de los Andes, año 2, N° 4, Ed. Abeledo Perrot, 2011, pp. 3-30.

¹²²⁷ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente...*, 2ª ed., p. 248.

¹²²⁸ CORCOY BIDASOLO, “Concepto dogmático y procesal de dolo Ignorancia deliberada, confianza irracional y manifiesto desprecio”, pp. 3-30.

¹²²⁹ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente...*, 2ª ed., p. 249.

actúa dolosamente conozca el riesgo típicamente relevante del hecho. Añade que el dolo ha de abarcar los elementos típicos en tanto que sean constitutivos del injusto, tanto descriptivos como normativos y tanto esenciales como accidentales. Concluye que objeto del dolo es la conducta, no el resultado ni la relación de riesgo (o el curso causal), ya que éstos no pertenecen al injusto¹²³⁰.

CORCOY BIDASOLO postula que el dolo eventual es el tipo básico de dolo y, a diferencia de la doctrina mayoritaria que parte del contenido del dolo a fin de efectuar la delimitación entre dolo e imprudencia, propone partir del concepto de imprudencia a fin de lograr tal cometido. Se plantea entonces la interrogante acerca de cómo efectuar la delimitación teniendo únicamente en cuenta el elemento del conocimiento¹²³¹. Al respecto, explica que el rechazo al elemento volitivo del dolo como “querer” el resultado no implica que desestime la existencia de voluntad en el comportamiento del sujeto, la cual se presenta de forma distinta en el caso de los delitos dolosos que en el de los imprudentes. Así, sostiene que el elemento “voluntario” que acompaña al comportamiento tiene un contenido distinto en los hechos dolosos y en los imprudentes, como consecuencia inmediata del distinto nivel de conocimiento existente en uno y otro caso. Explica que “con ello se quiere poner el acento en que, aun cuando el elemento cognoscitivo, el conocimiento de los hechos, es propio, tanto del dolo como de la imprudencia, el contenido del conocimiento es distinto en uno y en otro caso”¹²³². Detalla entonces que, en la culpa consciente, el sujeto tiene que contrarrestar, de algún modo, el conocimiento del riesgo que posee, para que no se le atribuya al hecho el carácter de doloso. Así, por ejemplo, para que un homicidio sea calificado como imprudente, el sujeto activo debe desconocer la idoneidad concreta de su conducta para causar la muerte de una persona en el caso concreto, por error sobre la efectiva peligrosidad de su conducta o por error sobre su capacidad de evitación.

La tesis central de CORCOY BIDASOLO es que el elemento cognitivo en los casos de imprudencia es un supuesto de error. En consecuencia, se trata de un conocimiento distinto al que configura la conducta dolosa. En esa línea, señala que es posible trazar una frontera entre dolo eventual y culpa consciente “con la distinción entre supuestos en los que el autor tiene capacidad de evitación de aquellos en que no la tiene, sobre la base del “error”, como elemento esencial del tipo subjetivo imprudente”¹²³³. Distingue entonces dos supuestos de error¹²³⁴:

- En primer lugar, distingue el error sobre la capacidad de evitación del propio sujeto en los supuestos en que tiene el control del riesgo que crea su

¹²³⁰ CORCOY BIDASOLO, *El Delito Imprudente...*, 2ª ed., p. 253.

¹²³¹ CORCOY BIDASOLO, *El Delito Imprudente...*, 2ª ed., p. 269.

¹²³² CORCOY BIDASOLO, *El Delito Imprudente...*, 2ª ed., p. 252.

¹²³³ CORCOY BIDASOLO, *El Delito Imprudente...*, 2ª ed., p. 271.

¹²³⁴ CORCOY BIDASOLO, *El Delito Imprudente...*, 2ª ed., pp. 270-272.

conducta. Al respecto, explica que, si pese al conocimiento de la peligrosidad de la conducta, el autor cree, erróneamente, que puede evitar la producción del resultado, concurrirá imprudencia y no dolo. Ahora bien, precisa CORCOY BIDASOLO que este error no podrá apreciarse cuando el autor no tenga ninguna clase de control sobre las posibles consecuencias de su comportamiento.

- En segundo lugar, distingue el error sobre la efectiva peligrosidad de la conducta del sujeto, en aquellos casos en los que no mantiene el dominio sobre la misma, siempre que el desconocimiento tenga un fundamento racional. Para estos casos, propone seguir la teoría de la probabilidad, ya que siempre que se conozca el concreto riesgo que entraña la conducta, al no poder controlarlo, la conducta será dolosa; sin embargo, sostiene que, para evitar la posible ampliación del ámbito del dolo, es posible también calificar como imprudentes los supuestos en los que, pese a que el sujeto pierde el control del riesgo, se aprecia la existencia de un error sobre la efectiva peligrosidad de la conducta.

En consecuencia, en los dos supuestos de error anotados, de ser evitables, podrá concurrir un delito imprudente, más no uno doloso.

Con relación a los casos de ignorancia deliberada, sostiene CORCOY BIDASOLO que estos deben interpretarse en clave objetiva y debe probarse racionalmente que cualquier persona, situada en el lugar del autor, habría advertido el riesgo creado y su eficacia para lesionar el bien jurídico-penal. Sólo en ese caso admite la existencia de un delito doloso. Para esta autora, no es suficiente entonces una presunción de que el resultado le era indiferente al sujeto, sino que es necesario probar que conocía la concurrencia de un riesgo idóneo para producir el resultado, aun cuando se negara a saber sus términos concretos¹²³⁵.

Como ya quedó en evidencia en la narración de su propuesta conceptual, a **nivel aplicativo**, CORCOY BIDASOLO defiende una perspectiva normativa del dolo, en la que sostiene la idea de que “el dolo no es un hecho sino una adscripción, una imputación, y como tal debe probarse en el proceso”¹²³⁶. Asimismo, apunta la necesidad de determinar *ex ante* la existencia del dolo. Así, explica que la determinación de la existencia de dolo ha de considerarse en el momento en que se desarrolla la conducta del sujeto, siendo irrelevante un dolo antecedente o subsiguiente. Cruza entonces el nivel conceptual y aplicativo de su teoría y

¹²³⁵ CORCOY BIDASOLO, “Concepto dogmático y procesal de dolo Ignorancia deliberada, confianza irracional y manifiesto desprecio”, pp. 3-30.

¹²³⁶ CORCOY BIDASOLO, “Concepto dogmático y procesal de dolo Ignorancia deliberada, confianza irracional y manifiesto desprecio”, pp. 3-30.

concluye que “el dolo es, pues, conocimiento, *ex ante*, por el autor del efectivo riesgo concurrente en su conducta”¹²³⁷.

En mi opinión, la propuesta de CORCOY BIDASOLO aporta tempranamente a la discusión española sobre el dolo dos elementos importantes. Por un lado, la insostenibilidad de mantener la exigencia de prueba de un elemento volitivo en el dolo, ya que la necesidad de entrar en la intimidad psíquica del autor trae consigo el peligro de un Derecho penal de autor, a lo que se suma la poca fiabilidad de los resultados que se obtendrían a partir de las ciencias empíricas, lo que da cabida a ilegales presunciones de dolo o a la decisión sobre su existencia o no a partir de criterios totalmente ajenos al dolo. Por otro lado, la formulación de una respuesta clara y fundamentada a la repetida crítica formulada contra las teorías cognitivas en el sentido de que siempre generarían una desmesurada ampliación del dolo. Según propone CORCOY BIDASOLO, ello no tiene por qué ocurrir si se entiende que, a pesar de que el elemento cognitivo es propio tanto del dolo como de la imprudencia, lo cierto es que el contenido del conocimiento es distinto en uno y en otro caso.

4.7.3. *Silva Sánchez*

En su libro “Aproximación al Derecho penal contemporáneo”, SILVA SÁNCHEZ plantea los lineamientos que en su opinión deben ser tenidos en cuenta para reformular la teoría del dolo¹²³⁸. A **nivel conceptual**, defiende una teoría pura del conocimiento, rechazando la valoración de elementos volitivos a efectos de imputar dolo. Sostiene que debe optarse por un contenido cognoscitivo, toda vez que la voluntariedad no es elemento del dolo, sino un elemento de la acción, que es común tanto a los delitos dolosos como a los imprudentes. Explica entonces:

“Lo específico del dolo frente a la imprudencia, es, pues, que el sujeto que actúa dolosamente conoce el significado típico de la conducta que realiza voluntariamente y el sujeto imprudente desconoce en toda su dimensión ese significado”¹²³⁹.

Con relación al objeto del dolo, afirma SILVA SÁNCHEZ que éste está constituido por la conducta penalmente típica en tanto ésta contenga un riesgo relevante de lesión de bienes jurídico penales. Precisa que ni el proceso causal, ni la relación de imputación objetiva del resultado en sentido estricto, ni el resultado, constituyen objeto del dolo. Cercano a la propuesta de MIR PUIG, añade SILVA SÁNCHEZ que también es objeto del dolo la situación de no justificación, que,

¹²³⁷ CORCOY BIDASOLO, *El Delito Imprudente...*, 2ª ed., p. 256.

¹²³⁸ Ver también: SILVA SÁNCHEZ, “Observaciones sobre el conocimiento “eventual” de la antijuricidad”, pp. 647 y ss., artículo en el que, a propósito del conocimiento eventual de la antijuricidad, el autor hace referencia a su concepción de dolo eventual.

¹²³⁹ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., p. 649.

unida a la conducta peligrosa, conforman el comportamiento penalmente antijurídico¹²⁴⁰.

Para este autor, el dolo eventual es el arquetipo del dolo. Con ello, marca una diferencia fundamental con la doctrina tradicional que concibe al dolo directo de primer grado como la figura central. Al respecto, señala que comparte en líneas esenciales la concepción dolo de FRISCH, que tiene como premisas que el objeto del dolo es el riesgo ex ante y que éste aparece definido, por tanto, en términos de probabilidad. Apunta que lo decisivo son los aspectos cognitivos y no los volitivos. Agrega que una prueba de que lo esencial del dolo es el aspecto cognitivo puede hallarse en el hecho de que lo único que lo excluye es el error de tipo¹²⁴¹.

A **nivel aplicativo**, adopta SILVA SÁNCHEZ una perspectiva normativa del dolo. Aborda el aspecto de la intensidad del conocimiento, sosteniendo que no basta con un conocimiento naturalístico, sino que debe darse “un conocimiento del contenido de sentido social del hecho”¹²⁴². Agrega que, siguiendo esa línea, hay autores que van más allá y entienden que el conocimiento constitutivo del dolo ha de abarcar el sentido de la conducta como orientada a la lesión de un bien jurídico, esto es el conocimiento de lo injusto material del hecho, que no implicaría necesariamente el conocimiento de la norma prohibitiva formal. Al respecto, opina:

“Desde el momento en que se dispone como objeto del dolo no sólo el sentido social del hecho, sino, a la vez, la valoración jurídico-social que recae sobre ese “sentido”, se está empezando, según creo, a incluir elementos del conocimiento de la antijuridicidad (de “una” antisocialidad o antijuridicidad) en el injusto. En realidad, tal proceder, si se parte de una concepción imperativa de la norma, es casi una consecuencia necesaria”¹²⁴³.

Ahora bien, entiende el autor que, a pesar de la gran coherencia que muestra lo anterior, es necesaria una mayor reflexión sobre la cuestión de “si, constatada la posibilidad ex ante de una motivabilidad, por remota que fuere, todas estas situaciones no deberían examinarse *ex post* atendiendo a consideraciones de exigibilidad o inexigibilidad”¹²⁴⁴.

En mi opinión, la propuesta de SILVA SÁNCHEZ ratifica el enfoque normativo del problema, pero incluye un elemento adicional a la discusión, cual es que el

¹²⁴⁰ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., pp. 648-649.

¹²⁴¹ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., p. 650.

¹²⁴² SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., p. 651.

¹²⁴³ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., p. 651.

¹²⁴⁴ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., p. 652.

elemento cognitivo que se imputa al autor doloso debe implicar conocer el significado típico de la conducta que este realiza. A diferencia de CORCOY BIDASOLO, quien plantea que el conocimiento en el delito doloso debe referirse a la peligrosidad concreta y específica de la conducta, SILVA SÁNCHEZ parece adoptar un grado de mayor normativización del dolo y propone que el sentido social del hecho sea objeto del dolo.

4.7.4. Feijoo Sánchez

Otra obra importante de la dogmática española con ocasión del tratamiento del dolo eventual es la de FEIJOO SÁNCHEZ. Si bien este autor, a **nivel conceptual**, utiliza la variable de la “decisión” para plantear su teoría del dolo, lo cierto es que lo hace desde un enfoque que él mismo denomina cognitivo. Así, sostiene que el injusto doloso se caracteriza porque “una persona toma la decisión de realizar un hecho a pesar de conocer (abarcando intelectualmente) todas las circunstancias fácticas que convertirán ese hecho en un hecho típico”. El fundamento de la imputación dolosa es entonces la decisión de realizar u omitir una conducta a pesar de lo que se conoce¹²⁴⁵.

FEIJOO SÁNCHEZ declara expresamente orientarse por la teoría de la representación, aunque reconociendo que no falta razón a la teoría de la voluntad cuando sostiene que la teoría de la representación no puede ofrecer un fundamento válido para la imputación a título de dolo si considera que el dolo sólo está constituido por un elemento cognitivo. Dicha deficiencia es cubierta, según este autor, por el elemento de la decisión. Ahora bien, el autor aclara que lo que debe ser probado en juicio no es la decisión, sino únicamente el conocimiento, ya que “una vez demostrado éste, toda decisión de actuar a pesar de ese conocimiento es una infracción de la norma de evitar muertes, lesiones o daños”¹²⁴⁶. Es decir que, si bien la decisión es utilizada por FEIJOO SÁNCHEZ como “fundamento” de la imputación dolosa, no es un elemento (volitivo) que forme parte del concepto del dolo.

Ratifica su enfoque cognitivo del dolo sosteniendo que, para configurar una conducta dolosa, no se requiere la presencia de algún elemento volitivo. Así, afirma que, más allá de la decisión de realizar un hecho a pesar de que se conocen los elementos objetivos que pertenecen al tipo, no es necesario acudir al elemento volitivo para formular la imputación dolosa. En consecuencia, afirma que aquello que el sujeto intente, quiera o persiga, sólo es relevante cuando lo exige expresamente un tipo penal. Agrega que es posible decir que el que sabe que va a crear un riesgo y sigue adelante con su comportamiento o el garante que no hace nada por evitar un riesgo que ya existe asume, acepta, aprueba o

¹²⁴⁵ FEIJOO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, pp. 23 y 57.

¹²⁴⁶ FEIJOO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, pp. 60-61.

consiente el resultado en sentido jurídico o normativo. Sin embargo, precisa que dicho requisito, “más emocional que volitivo, es un “adorno” o una *quantité négligeable* a efectos de imputación”¹²⁴⁷.

Ahora bien, no se trata de una propuesta que se limite al nivel conceptual, sino que FEIJOO SÁNCHEZ considera que tomar en cuenta elementos volitivos puede llevar a resultados arbitrarios a **nivel aplicativo**. Así es el caso de varios objetos que son atacados mediante una misma modalidad de conducta con una posición interna distinta por parte del autor frente a cada uno¹²⁴⁸. Cita el supuesto del empresario que deteriora los frenos de un camión en el que viajan dos trabajadores suyos, porque uno es el amante de su mujer a quien quiere eliminar, lo que no sucede en el caso del otro trabajador. Desde una perspectiva volitiva, el empresario “no quiere” matar al segundo. Sin embargo, para FEIJOO SÁNCHEZ resultaría arbitrario calificar como imprudente el homicidio de éste.

Con relación al objeto del dolo, FEIJOO SÁNCHEZ defiende la idea de que el autor no puede conocer el resultado antes de la realización del tipo. Únicamente puede pronosticar que el resultado se puede producir, por lo que, para imputar un tipo de resultado a título de dolo, basta con que una persona tenga información de que va a realizar lo suficiente para poder explicar un resultado y, por ende, que prevea el resultado como consecuencia de ese riesgo. Ahora bien, FEIJOO SÁNCHEZ sostiene que no es exigible un conocimiento perfecto de la situación. Así, precisa que, “para imputar la realización de un tipo a título de dolo no hace falta tener un perfecto conocimiento de la situación, sino simplemente saber que la realización del hecho típico queda en manos del azar y que se ha hecho o se hará lo suficiente o necesario para lesionar a otro”¹²⁴⁹. Concluye entonces que para la imputación dolosa no debe exigirse que el autor disponga de conocimientos seguros o altamente probables, sino que “basta con la disposición de conocimientos inseguros”¹²⁵⁰.

La diferencia con la culpa reside entonces en la corrección del pronóstico que realiza el autor. Así, para FEIJOO SÁNCHEZ, en el delito doloso, el autor actúa a pesar de haber realizado un pronóstico correcto o actúa de acuerdo con un pronóstico correcto, mientras que, en el delito imprudente, parte de un pronóstico incorrecto sobre el alcance de la acción. A pesar de postular dicho criterio diferenciador, llega a la conclusión de que no ha podido encontrar teorías claras que permitan solucionar los casos límite. De *lege ferenda*, propone una mayor flexibilización de las modalidades de imputación subjetiva que evite la gran diferencia punitiva existente entre el dolo y la imprudencia¹²⁵¹.

¹²⁴⁷ FEIJOO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, pp. 26-28.

¹²⁴⁸ FEIJOO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, p. 35.

¹²⁴⁹ FEIJOO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, pp. 23-25.

¹²⁵⁰ FEIJOO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, p. 56.

¹²⁵¹ FEIJOO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, pp. 69 y 127-129.

Asimismo, sostiene que la teoría cognitiva que él defiende no tiene por qué extender el ámbito de dolo. Afirma que el alcance del dolo puede verse restringido “tanto con la exigencia de un elemento volitivo que se sume al elemento intelectual, como estableciendo ciertos requisitos sobre lo que el autor debe conocer y cómo debe conocer para poder imputar un resultado a título de dolo”¹²⁵². En este último punto se marca la diferencia entre la tradicional teoría de la representación y la moderna teoría del dolo cognitivo, de la que FEIJOO SÁNCHEZ es representante, al ser que para esta última no es suficiente como objeto de conocimiento la mera posibilidad de causar el resultado, sino que presupone la imputación objetiva del hecho al autor¹²⁵³.

A **nivel aplicativo**, defiende FEIJOO SÁNCHEZ una concepción normativa del dolo. Ello es puesto en evidencia cuando señala que mantener el ámbito del dolo dentro de límites razonables se consigue mejor mediante una normativización y objetivación del dolo que con una utilización de criterios psicológicos que tengan que ver con la voluntad del autor¹²⁵⁴. Sin embargo, existen autores como MARTÍNEZ-BUJÁN que entienden que la normativización que FEIJOO SÁNCHEZ propugna no está referida al plano de los elementos del dolo, sino al plano de su fundamentación¹²⁵⁵.

Más allá de ello, FEIJOO SÁNCHEZ reconoce la imposibilidad de conocer de forma directa lo que pasaba por la mente del autor, por lo que postula la necesidad de constatar de forma indiciaria el conocimiento como base fáctica del tipo subjetivo¹²⁵⁶. Para tal constatación, presenta una serie de indicadores que, en opinión del autor, deben ser valorados de forma interrelacionada. Los indicadores que propone este autor son, entre otros, la amenaza de una pena natural, la mayor admisibilidad del error sobre la situación típica en ámbitos donde las personas se acostumbran a ciertos riesgos desaprobados, la inminencia de la lesión, la magnitud del riesgo, la interposición de medios por el autor para evitar la realización del resultado o mantener el riesgo bajo control y la relación volitiva con el resultado¹²⁵⁷.

En mi opinión, FEIJOO SÁNCHEZ propone una concepción distinta de la decisión, que se aleja del enfoque volitivo, al ser utilizada como fundamento de la imputación más no como elemento integrante del dolo. A partir de ello, propone que aquel sujeto que conoce el riesgo y sigue adelante con su comportamiento (decisión) o el garante que no hace nada por evitar un riesgo que ya existe y

¹²⁵² FEIJOO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, p. 83.

¹²⁵³ FEIJOO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, pp. 87-89.

¹²⁵⁴ FEIJOO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, p. 94.

¹²⁵⁵ Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, “El concepto “significativo” de dolo: un concepto volitivo normativo”, p. 353.

¹²⁵⁶ FEIJOO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, p. 132.

¹²⁵⁷ FEIJOO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, pp. 132 y ss.

conoce, “acepta” normativamente el resultado. Se trata de una propuesta que, según creo, se acerca a la teoría de FRISCH en Alemania y, a diferencia de las propuestas más “objetivistas” que expondremos a continuación, rechaza la probabilidad estadística como criterio de imputación del dolo, acogiendo la necesidad de atender a un pronóstico concreto de lo que puede ocurrir en el caso particular.

4.7.5. Hruschka

A **nivel conceptual**, plantea HRUSCHKA un concepto de dolo como conocimiento, en el que el elemento volitivo constituye un elemento de menor rango y de innecesaria valoración. Así, constata este autor que el elemento volitivo suele ser tratado como un componente del dolo que tiene el mismo rango que el elemento cognitivo; sin embargo, con dicha equiparación se pasa por alto que entre estos dos elementos existe una relación de dependencia según la cual, siempre que un autor lleva a cabo una determinada conducta bajo unas determinadas circunstancias, conociendo el carácter de la acción y las circunstancias, quiere también realizar tanto la conducta como las circunstancias en cuestión¹²⁵⁸. Añade HRUSCHKA que, cuando un sujeto ha realizado un hecho siendo consciente de tal realización y de sus circunstancias relevantes, pero sostiene que no quiso realizarlo, incurre en un *venire contra factum proprium* y, por tanto, en una auto contradicción pragmática¹²⁵⁹. Esta postura tiene relación con la relevancia de la suma “comportamiento humano voluntario” y “conocimiento exacto del riesgo típico”. Por ende, es cercana a las propuestas normativistas de autores españoles como CORCOY BIDASOLO y SILVA SÁNCHEZ, para quienes el dolo se deriva necesariamente de la actuación voluntaria del sujeto al que puede imputarse el conocimiento del riesgo típico, sin ser necesaria la prueba de algún elemento volitivo adicional.

Por otro lado, ingresando al **nivel aplicativo** de su teoría, sostiene HRUSCHKA que negar la igualdad de rango del elemento volitivo con relación al elemento cognitivo no soluciona el problema del dolo, ya que “también el elemento cognitivo es causa de importantes problemas”¹²⁶⁰. Es por eso que la jurisprudencia, según HRUSCHKA, recurre a las circunstancias “externas” del caso a fin de justificar la calificación dolosa del delito.

¹²⁵⁸ HRUSCHKA, *Imputación y Derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, 2ª ed., p. 183. Una visión distinta en LAURENZO COPELLO, *Dolo y conocimiento*, p. 148, quien, a partir de un análisis de la jurisprudencia del TSE, sostiene que la máxima “quien es consciente de la alta probabilidad del resultado, quiere su producción” dista mucho de ser exacta y carece de aptitud para erigirse en un criterio infalible en la prueba del elemento volitivo del dolo.

¹²⁵⁹ HRUSCHKA, *Imputación y Derecho penal...*, p. 183. Desde el concepto de libertad, SÁNCHEZ-OSTIZ, “La libertad del Derecho penal: ¿de qué hablamos cuando decimos libertad?”, p. 25, explica que “no hay nada querido que no sea previamente conocido”.

¹²⁶⁰ HRUSCHKA, *Imputación y Derecho penal...*, p. 185. Una opinión distinta en DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, p. 28, quien sostiene que plantea menos dificultades el determinar cuándo una persona conocía algo que el establecer cuándo esa persona quiso algo.

Explica ello recurriendo al ejemplo de un vendedor de una tienda de armas que sosteniendo una escopeta de caza en dirección a la posterior víctima, que se encontraba dentro de su campo visual, carga el arma y aprieta el gatillo, alcanzando la bala a la víctima en el corazón y provocándole la muerte inmediata. Ante la alegación de la defensa de que su cliente haya sabido que, apretando el gatillo de la escopeta de caza que estaba cargando, mataría o lesionaría a la víctima, sostiene HRUSCHKA que los tribunales afirmarían que “un adulto centroeuropeo normal, sobre todo cuando despacha en una tienda de armas, por fuerza sabe qué es una escopeta, cómo se utiliza y cómo se dispara a un blanco y sabe también que disparar contra un tercero es peligroso”¹²⁶¹. Sostiene que ya los juristas romanos, en el *Digesto*, se plantearon este tipo de casos y admitieron la deducción de la vertiente “interna” del hecho a partir de las circunstancias “externas”, método conocido como “*dolus ex re*”, que fue descrito en 1825 por VON WEBER como “aquel dolo delictivo que, sin que el delincuente mismo lo reconozca y sin que sea necesaria una confesión, ya puede deducirse de forma segura a partir de la clase y el modo de comisión del delito y de las circunstancias externas de la acción concreta”¹²⁶².

A diferencia de la presunción de dolo, la prueba del *dolo ex re*, por cuya revalorización HRUSCHKA aboga, “considera la globalidad de un hecho concreto y se basa en sus circunstancias y naturaleza específicas, pero no permite afirmar de modo general que los hechos sean en su mayor parte hechos dolosos”¹²⁶³.

Resulta claro entonces que HRUSCHKA es defensor de un planteamiento normativista del dolo. Este autor parte de la observación de que, en el Derecho procesal, el dolo es concebido como un hecho o un conglomerado de hechos, como hechos “internos” que se distinguen de los hechos “externos”¹²⁶⁴. A partir de ello, alude a MASCARDI, jurista italiano del siglo XVI, quien sostenía que “el dolo no puede probarse realmente porque se trata de un fenómeno espiritual”. Entiende que no avanzaremos intelectualmente si se apela a la idea de que “algo tan cotidiano como el conocimiento de lo que se está haciendo “por supuesto” puede probarse”. Entonces propone abandonar el presupuesto según el cual “el dolo o sus “componentes” son hechos relevantes para la decisión o, incluso, hechos en los que concurre un elemento legal del hecho punible”, que deben ser probados¹²⁶⁵. Por el contrario, debe entenderse, para HRUSCHKA, que, “como

¹²⁶¹ HRUSCHKA, *Imputación y Derecho penal...*, p. 186.

¹²⁶² HRUSCHKA, *Imputación y Derecho penal...*, pp. 188-189. Con relación a la figura del *dolus ex re*, PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual...*, p. 605, entiende que se trata de una rémora del sistema probatorio de la Inquisición que conduce muchas veces a injustificables presunciones en la prueba del dolo.

¹²⁶³ HRUSCHKA, *Imputación y Derecho penal...*, p. 192.

¹²⁶⁴ HRUSCHKA, *Imputación y Derecho penal...*, pp. 182-183.

¹²⁶⁵ HRUSCHKA, *Imputación y Derecho penal...*, pp. 194-195. Desde otra perspectiva, RAMOS VÁSQUEZ, “Un “proceso interno” necesita criterios externos. Algunos apuntes sobre la gramática

todo lo espiritual, el dolo no se constata y se prueba, sino que se imputa”¹²⁶⁶. En consecuencia, es erróneo preguntarse qué es el dolo o cuáles son sus componentes, puesto que no estamos frente a ningún hecho que permita una “hipótesis ontológica”. Precisa finalmente que, aunque la suposición del dolo sea un juicio de imputación, “en modo alguno significa que se trate de un juicio arbitrario”¹²⁶⁷.

Desde un punto de vista crítico, PÉREZ BARBERÁ sostiene que el gran acierto de HRUSCHKA es haber fijado que el dolo no es ni puede ser un hecho. Sin embargo, el error del profesor alemán se encontraría en sostener que el conocimiento tampoco lo es, lo que PÉREZ BARBERÁ atribuye al error teórico de identificar un concepto normativo como el dolo con un concepto empírico como el conocimiento¹²⁶⁸.

En mi opinión, HRUSCHKA marca el punto de partida de todo enfoque normativo del dolo, ya que evidencia que, si bien el elemento cognitivo tiene preeminencia sobre el volitivo, ello no implica que el primero esté exento de dificultades en el nivel aplicativo de determinación en el caso concreto. Si bien este autor fundamenta claramente la necesidad de asumir un enfoque normativo, no ingresa a precisar los elementos de su teoría, ni los indicadores a partir de los cuales podría establecerse el proceso de imputación (atribución) del dolo. Otros autores contemporáneos, como RAGUÉS I VALLÈS, JAKOBS, HERZBERG y PUPPE, sí desarrollan algunos criterios de atribución que a continuación analizaré.

4.7.6. Ragués i Vallès¹²⁶⁹

RAGUÉS I VALLÈS es autor de una importante tesis sobre el problema del dolo y su determinación en España. El enfoque de este autor se enmarca en el método

profunda del elemento volitivo del dolo”, en CARBONELL MATEU, GONZÁLEZ CUSSAC et al (coords.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal: (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)* / (dirs. CARBONELL MATEU / GONZÁLEZ CUSSAC / ORTS BERENQUER), vol. 2, 2009, p. 1649, a partir de las reflexiones de WITTGENSTEIN, sostiene que “un “proceso interno” necesita criterios externos: con esta frase, se quiere poner de manifiesto que existen criterios que nos proporcionan una justificación para nuestras atribuciones de estados mentales y esta justificación es, en las circunstancias adecuadas, condición suficiente para sustentar una alooadscripción de estados mentales. (...) Es posible, por tanto, saber, teniendo en cuenta la existencia de determinados criterios cuándo alguien tiene un estado mental, siempre que se tenga claro qué tipo de certeza cabe en este ámbito”.

¹²⁶⁶ HRUSCHKA, *Imputación y Derecho penal...*, p. 195. En un sentido diverso, FEIJOO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, p. 122, n. 189, sostiene que “no es del todo admisible de *lege lata* la afirmación de HRUSCHKA (...) de que el dolo no se constata ni se prueba, (...) y ello aunque sea preciso reconocer cierta dosis de verdad en sus afirmaciones”.

¹²⁶⁷ HRUSCHKA, *Imputación y Derecho penal...*, pp. 195-196.

¹²⁶⁸ PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual...*, p. 591.

¹²⁶⁹ N.A.: Agradezco al profesor RAGUÉS I VALLÈS la ocasión de haber podido debatir personalmente acerca del estado actual de la discusión sobre el dolo, oportunidad en la que me comenté que viene evaluando la relación entre enfoques normativos y psicológicos, destacando al respecto el aporte de la tesis de PÉREZ BARBERÁ.

teleológico¹²⁷⁰ y coloca en un segundo plano el nivel conceptual, interesándole principalmente el nivel aplicativo de su teoría, esto es cómo el dolo puede ser comprobado en la práctica teniendo en cuenta las dificultades que implican su carácter psicológico¹²⁷¹.

A **nivel conceptual**, RAGUÉS I VALLÈS sostiene que existe un “consenso divergente”, según el cual concurre una conducta dolosa cuando el sujeto actúa pese a atribuir a su conducta la concreta capacidad de realizar un tipo penal¹²⁷². Si bien considera que la definición en términos generales es adecuada, precisa que conlleva problemas teóricos, como es suponer un privilegio para los desconocimientos irracionales, gravar a las personas escrupulosas, beneficiar a los sujetos excesivamente optimistas, no aportar criterios para decidir en qué casos puede considerarse que un sujeto ha realizado o no el juicio de atribución que fundamenta el dolo y propiciar una confusión entre el dolo de lesión y el dolo de peligro concreto¹²⁷³.

A **nivel aplicativo**, propone RAGUÉS I VALLÈS un enfoque normativo que parte de la premisa de que las afirmaciones sobre el conocimiento ajeno en el ámbito del proceso penal no tienen un carácter descriptivo, sino siempre adscriptivo¹²⁷⁴. Esta perspectiva debe afrontar la ausencia de criterios concretos de atribución normativa, así como también problemas de legitimidad. Respecto de estos últimos, sostiene:

¹²⁷⁰ Destaca también la propuesta de VIVES ANTÓN, “Reexamen del dolo”, en MUÑOZ CONDE (dir.), *Problemas actuales del Derecho penal y de la criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Tirant lo Blanch, 2008, p. 372, quien sostiene que no pretende negar ni la mente ni las percepciones, sino “solamente impugnar la gramática que se nos quiere imponer al concebir el pensamiento (en el que se aloja el saber) como algo que tiene lugar en el interior de cada sujeto”. Ahora bien, este autor no sólo rechaza la idea del dolo como proceso mental, sino que sostiene que resulta dudosa la corrección gramatical de las preguntas por el dolo, ya que (p. 383) “esas preguntas inquietan qué es el dolo o cómo se prueba el dolo, dando por sentado que el dolo es algo: si hay acciones dolosas y otras que no lo son debe haber algo que tengan en común”. Cuestiona finalmente (p. 383) “la búsqueda desesperada de un objeto sobre el que hacer descansar el pensamiento”, la cual nace del “embujo de la teoría concebida como saber científico”.

¹²⁷¹ PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual...*, p. 607.

¹²⁷² RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 175. El mismo autor (pp. 519-520), considera que dicha definición es acertada, aunque plantea problemas teóricos, como es suponer un privilegio para los desconocimientos irracionales, gravar a las personas escrupulosas, beneficiar a los sujetos excesivamente optimistas, no aportar criterios para decidir en qué casos puede considerarse que un sujeto ha realizado o no el juicio de atribución que fundamenta el dolo y propiciar una confusión entre el dolo de lesión y el dolo de peligro concreto.

¹²⁷³ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, pp. 519-520.

¹²⁷⁴ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 275. En RAGUÉS I VALLÈS, “La determinación del conocimiento como elemento del tipo subjetivo (Comentario a la STS 24 de noviembre de 1995)”, en *ADPCP*, T. XLIX, Fascículo II, mayo-agosto 1996, p. 815, el autor indica que la jurisprudencia también reconoce que ni el conocimiento ni la voluntad son accesibles a los sentidos, por lo que la constatación del dolo debe llevarse a cabo a partir de los indicios objetivos presentes en el relato de hechos.

“Cualquier objetivación implica un cierto alejamiento de la auténtica realidad subjetiva del acusado que, a su vez, incorpora un lógico margen de error entre los resultados del juicio objetivo de atribución y la auténtica realidad psíquica del individuo”¹²⁷⁵.

Ahora bien, RAGUÉS I VALLÈS explica que, para legitimar tal margen de error, las teorías normativistas apuntan a la necesidad de que el Derecho penal no deje de producir determinados efectos. Precisa además que, si el Derecho penal quiere ostentar algún tipo de posibilidad de intervenir efectivamente en la sociedad, debe renunciarse a la búsqueda de la realidad psíquica y debe aceptarse que, en el ámbito del proceso, basta con determinar “algo distinto” a ciertos fenómenos psíquicos pasados acontecidos en el ámbito interno del imputado. Plantea entonces un argumento de defensa social en el sentido de que, si no se renuncia a la realidad psicológica como objetivo del proceso:

“(…) el Derecho penal devendría inefectivo y los perjuicios que se derivarían de tal inefectividad para el conjunto de la sociedad serían globalmente superiores a los que pueden causarse imputando dolo a algunos sujetos que, tal vez, no hayan contado de un modo efectivo con los conocimientos requeridos por semejante título de imputación”¹²⁷⁶.

Para RAGUÉS I VALLÈS es entonces el sentido social el criterio de determinación del conocimiento exigido por el dolo. Sostiene entonces que existe dolo cuando, a partir del sentido social de un hecho y de las circunstancias que lo acompañan, puede afirmarse de modo inequívoco que un sujeto ha llevado a cabo un comportamiento objetivamente típico atribuyéndole la concreta capacidad de realizar un tipo penal. Se trata de un criterio normativo y valorativo, que implica que la valoración de una conducta como dolosa ya no dependa de datos psíquicos cuya aprehensión resulta imposible, sino de que dicha conducta, de acuerdo con sus características externas y perceptibles, se valore socialmente como negación consciente de una concreta norma penal. Niega RAGUÉS I VALLÈS a continuación que su teoría provoque la instrumentalización del sujeto, ya que este no existirá si el reo ha contado con la posibilidad de ser condenado erróneamente por delito doloso a causa del sentido social de su conducta y, pese a ello, la lleva a cabo. Cita como ejemplo el caso de un empleado de limpieza de un laboratorio farmacéutico que decide llevarse a casa un valioso microscopio con la intención (psicológica) de utilizarlo y luego devolverlo. Sostiene RAGUÉS I VALLÈS que el empleado es consciente de que, si es descubierto, la interpretación que va a darse a su conducta será la de un apoderamiento con ánimo de lucro, pese a lo cual no desiste de su propósito, con lo que la imputación de dolo resultará legítima¹²⁷⁷.

¹²⁷⁵ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 304.

¹²⁷⁶ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, pp. 304-305.

¹²⁷⁷ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, pp. 353, 324 y 329.

Explica el autor que tampoco existirá instrumentalización en aquellos casos en los que al sujeto le es posible evitar su condena, a pesar de lo cual la prefiere por considerarla más ajustada a sus intereses personales. Menciona el caso del crítico de arte que adquirió a un precio ridículo tres cuadros de un pintor muy famoso, y prefiere ser condenado por delito doloso de receptación antes que declarar su ignorancia, por miedo a arruinar su prestigio profesional. Deberá, en todo caso, recurrirse al principio in dubio pro reo en los casos en que no existe un sentido social claro sobre si la conducta fue realizada conscientemente o no¹²⁷⁸.

Ahora bien, al recurrir a un modelo ideal de sujeto “se incorpora en toda condena un riesgo de error atribuible a la posibilidad de que el sujeto concreto a quien se juzga no reúna las características de dicho modelo”, riesgo que el autor sostiene solventar con el recurso a las ciencias empíricas en el ámbito de la culpabilidad¹²⁷⁹. Sin embargo, un cierto grado de riesgo siempre subsiste. Para RAGUÉS I VALLÈS, resulta legítima la condena a pesar de permanecer este grado de riesgo. Recoge entonces los postulados de ANDREAS HOYER y ULRICH STEIN. HOYER sostiene que los ciudadanos tienen interés en que el Estado les proteja, pero éste sólo puede satisfacerse “si están dispuestos a pagar el precio que implica aceptar el riesgo de poder ser condenados alguna vez como culpables de un delito sin haber cumplido de forma efectiva con todas las circunstancias que la ley exige para tal condena”¹²⁸⁰. Por su parte, STEIN sostiene que “si no se quiere afirmar que la Constitución se contradice, debe admitirse que la protección de la dignidad de la persona no puede llevarse hasta el extremo de convertir en inefectivo el Derecho penal”¹²⁸¹.

RAGUÉS I VALLÈS elabora un catálogo de reglas o indicadores de atribución del dolo¹²⁸² que son los siguientes:

- 1) Conocimientos mínimos. Con ello se supera una de las dificultades de las teorías cognitivas, ya que el desconocimiento de determinados riesgos no se entiende posible en personas imputables, adultas y con una socialización normal. Al respecto, explica RAGUÉS I VALLÈS que la condición de imputable

¹²⁷⁸ RAGUÉS I VALLÈS *El dolo y su prueba en el proceso penal*, pp. 330-333.

¹²⁷⁹ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 336.

¹²⁸⁰ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 342. En sentido distinto, FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, p. 549, quien sostiene que la presunción de inocencia debe ser garantizada “incluso al precio de la impunidad de algún culpable. “Al cuerpo social le basta que los culpables sean generalmente castigados”, escribió Lauzó di Peret, “pero es su mayor interés que todos los inocentes sin excepción estén protegidos””.

¹²⁸¹ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 342.

¹²⁸² Dichos criterios también podrían ser aplicados para imputar el conocimiento del partícipe del delito. Al respecto, ver MIRÓ LLINARES, *Conocimiento e imputación en la participación delictiva. Aproximación a una teoría de la intervención como partícipe en el delito*, Atelier, 2009, pp. 222 y ss.

permite atribuir al sujeto todos los conocimientos cuya ausencia sólo se entiende posible en personas que padecen algún tipo de perturbación psíquica o sensorial de las que dan pie a una causa de inimputabilidad. Asimismo, sostiene que la “normal socialización” de una persona permite imputarle los conocimientos cuya ausencia sólo se concibe en sujetos que no han mantenido contacto con la civilización occidental¹²⁸³.

- 2) Transmisiones previas de conocimientos. Al respecto, afirma que el sujeto, al momento en que lleva a cabo el comportamiento típico, sigue contando con los conocimientos que le fueron transmitidos con anterioridad. Asimismo, la posibilidad de olvido por parte del sujeto se excluye por la importancia de los conocimientos transmitidos, así como por la proximidad temporal entre el momento de la transmisión y el momento de la realización típica¹²⁸⁴.
- 3) Exteriorización del propio conocimiento. La regla entonces es que “si el sujeto ha exteriorizado que conoce A, debe serle imputado el conocimiento de A”. Podrán darse exteriorizaciones explícitas y exteriorizaciones por actos concluyentes¹²⁸⁵.
- 4) Características personales del sujeto como fuente de atribución de conocimientos. Dichas características pueden hacer referencia a la profesión del sujeto, su lugar de procedencia, su nivel cultural, entre otros. RAGUÉS I VALLÈS cita el caso de la Colza, en el que se “afirma que el carácter venenoso de la anilina es de conocimiento general “entre los empresarios y técnicos introducidos en la rama de los aceites” y utiliza esta afirmación para atribuir a los acusados el conocimiento del peligro que implicaba la introducción en el mercado de aceite que había contenido anilina”¹²⁸⁶.
- 5) Conocimiento situacional. Al respecto, afirma RAGUÉS I VALLÈS que, para imputar a un sujeto el correcto conocimiento de la situación en la que actúa, debe acreditarse que “los factores objetivos que conforman tal situación se encontraban en una posición espacial tal en relación con el citado sujeto, que éste necesariamente tuvo que aprehender con sus sentidos su existencia y ubicación”¹²⁸⁷.

Una vez imputados dichos conocimientos, RAGUÉS I VALLÈS sostiene que deben ser integrados en un juicio de concreta aptitud lesiva. Descarta para la imputación de la integración del conocimiento tomar como base objetiva determinadas características personales del sujeto

¹²⁸³ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, pp. 521-522.

¹²⁸⁴ RAGUÉS I VALLÈS *El dolo y su prueba en el proceso penal*, pp. 403 y 407-409.

¹²⁸⁵ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 411.

¹²⁸⁶ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 426.

¹²⁸⁷ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 522.

(escrupuloso/despreocupado), la actitud del acusado previa a la realización de la conducta típica, las experiencias afortunadas que el sujeto pueda haber tenido en ocasiones anteriores con respecto a la concreta aptitud lesiva de determinada conducta, el estado emocional en el que se encuentra el sujeto en el momento de llevar a cabo el hecho objetivamente típico¹²⁸⁸. La regla rige entonces así:

“(...) cuando un sujeto lleva a cabo una conducta especialmente apta para producir un determinado resultado lesivo y lo hace siendo conocedor de la peligrosidad abstracta de tal conducta y contando con un perfecto “conocimiento situacional”, se entiende, desde un punto de vista social, que por fuerza ha juzgado también que su conducta era apta para producir el citado resultado lesivo en aquella específica situación”¹²⁸⁹.

Precisa RAGUÉS I VALLÈS que el criterio para establecer cuándo concurre una conducta especialmente apta para la producción del resultado no debe basarse tanto en la cantidad del riesgo que genera el comportamiento, sino más bien en el significado social que se le atribuye al comportamiento. Compara entonces el caso de colocar una bomba de potencia media en un lugar concurrido, lo que puede generar, desde un prisma cuantitativo, un riesgo de muerte inferior al que supone conducir en hora punta bajo los efectos del alcohol a elevadas velocidades por la autopista. Sin embargo, en el primer caso se desprende el significado social “muerte”, lo que no ocurre en el segundo¹²⁹⁰.

Finalmente, en el caso de las conductas arriesgadas neutras, para este autor debe regir la regla general de “la no imputación del juicio de concreta aptitud lesiva y, por tanto, la imputación del resultado a título de imprudencia”¹²⁹¹. Esta regla puede dejar de regir si concurren junto a la conducta determinadas circunstancias objetivas, como es el caso de “las exteriorizaciones del conocimiento, la captación de indicios objetivos de proximidad del resultado lesivo y dinámicas comisivas prolongadas en el tiempo o realizadas tras una cierta planificación”¹²⁹².

Contra la propuesta de RAGUÉS I VALLÈS, se han planteado dos críticas que considero relevantes. Por un lado, se ha atacado la fundamentación de la teoría y, en específico, la inserción del criterio del sentido social en el marco de un debido proceso conforme a principios constitucionales. Al respecto, en clara referencia a teorías como la planteada por RAGUÉS I VALLÈS, QUINTERO OLIVARES sostiene que la difícil prueba del contenido de cada elemento (lo que el sujeto conocía, lo que el sujeto quería) ha ido empujando a la doctrina a ir reemplazando esos elementos y esos contenidos por explicaciones que sean

¹²⁸⁸ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, pp. 462 y ss.

¹²⁸⁹ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, pp. 469-470.

¹²⁹⁰ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, pp. 472-473.

¹²⁹¹ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 487.

¹²⁹² RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 496.

más susceptibles de comprobación o suposición razonable¹²⁹³. Sin embargo, sostiene que el resultado final de dicho proceso es preocupante, ya que, para QUINTERO OLIVARES, “hoy asistimos a una permanente reformulación de lo que se debe calificar de conducta “dolosa” en la que cada vez más aparecen razonamientos propios de quien admita la responsabilidad objetiva”¹²⁹⁴. Al respecto, RAGUÉS I VALLÈS sostiene que, si bien es inevitable un contenido presuntivo en su propuesta normativa sobre la determinación del dolo, lo cierto es que ésta tiene dos diferencias fundamentales con las tradicionales presunciones de dolo. La primera es que el criterio del sentido social no reduce los criterios de atribución a única regla, sino que toma en cuenta la riqueza y variedad de los comportamientos humanos. La segunda es que el criterio del sentido social no supone que toda la carga de la prueba del tipo subjetivo se desplace a la persona del acusado. Por el contrario, encuentra RAGUÉS I VALLÈS ventajas en la propuesta del sentido social, ya que brinda soluciones uniformes y previsibles, así como permite que los criterios de determinación del dolo vayan adaptándose a la evolución de la sociedad¹²⁹⁵.

Por otro lado, PÉREZ BARBERÁ cuestiona la afirmación de RAGUÉS I VALLÈS en el sentido de que no es empírico, sino normativo, el procedimiento que propone de atribución de un estado mental (conocimiento) a una persona. Para PÉREZ BARBERÁ, lo único que diferencia la constatación de la atribución de hechos es el carácter de las premisas de las que se infiere el hecho. Sin embargo, la conclusión de una atribución de estados empíricos es siempre empírica¹²⁹⁶.

4.7.7. Jakobs

JAKOBS parte de la idea de que la misión del aspecto subjetivo del delito es la realización del fin de la pena, que dicho autor concibe como prevención general positiva¹²⁹⁷. DÍAZ PITA resalta que, para JAKOBS, el sujeto debe atender prestaciones de carácter cognitivo (conocer la norma) y volitivo (procurarse una motivación adecuada en su comportamiento basada en el respeto al ordenamiento vigente) a fin de que la norma funcione¹²⁹⁸. A partir de ello, la concurrencia de un defecto volitivo agrava la responsabilidad, mientras que el defecto cognitivo exonera. Así, sostiene JAKOBS que “no podía saberlo” es una

¹²⁹³ QUINTERO OLIVARES, “Las vicisitudes del dolo y la subsistencia de la preterintencionalidad”, en CARBONELL MATEU, GONZÁLEZ CUSSAC et al (coords.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal: (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, vol. 2, Tirant lo Blanch, 2009, p. 1583.

¹²⁹⁴ QUINTERO OLIVARES, “Las vicisitudes del dolo y la subsistencia de la preterintencionalidad”, p. 1583.

¹²⁹⁵ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, pp. 345 y ss.

¹²⁹⁶ PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual...*, pp. 715-716.

¹²⁹⁷ JAKOBS, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*.

¹²⁹⁸ DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, p. 239.

excusa válida, pero “no tenía ganas” no lo es¹²⁹⁹. En cuanto a los defectos cognitivos en los que el autor desconoce los efectos que genera, señala el profesor alemán que este comportamiento no ofrece un patrón válido en una sociedad que trata a la realidad de manera racional, ni siquiera puede interpretarse como protesta contra la realidad, ya que quien yerra de manera decisiva para el resultado, no aporta con su comportamiento nada que sea comunicativamente relevante, más allá de lo que pensase en su foro interno¹³⁰⁰.

A **nivel conceptual**, JAKOBS concibe al dolo como conocimiento de la acción junto con sus consecuencias¹³⁰¹. No considera pues relevante el elemento volitivo del dolo¹³⁰². Con relación al elemento cognitivo, explica que un conocimiento de los elementos típicos sin el conocimiento de que estos forman parte de la estructura normativa de la sociedad “se encuentra *per se* tan vacío de sentido como el conocimiento de que ocurre algo en algún momento con una cosa cualquiera: se trata efectivamente de un conocimiento, pero este no contribuye a la orientación jurídica”¹³⁰³. Niega JAKOBS la premisa tradicional según la cual el autor tiene que saber primero “lo que hace” como paso previo a encontrarse en la situación de comprender el carácter injusto de su conducta. Señala que dicho argumento puede ser contradicho sosteniendo que “sólo aquel que ha comprendido lo que es el injusto puede saber qué propiedades de sus movimientos corporales –o de su omisión– y qué situaciones resultan relevantes”¹³⁰⁴.

En el ámbito del conocimiento del tipo, distingue JAKOBS las consecuencias principales de las consecuencias secundarias. En el ámbito de las primeras, la anticipación de la realización del tipo es condición suficiente de la acción, mientras que, en el ámbito de las consecuencias secundarias, el sujeto puede

¹²⁹⁹ JAKOBS, *Bases para una teoría funcional del Derecho penal*, p. 136. También en: JAKOBS, “El lado subjetivo del hecho”, en YACOBUCCI (dir.), *Los desafíos del Derecho penal en el siglo XXI. Libro homenaje al profesor Dr. Günther Jakobs*, ARA Editores, 2005, p. 124.

¹³⁰⁰ JAKOBS, *Bases para una teoría funcional del Derecho penal*, p. 141. Asimismo, En JAKOBS, “El lado subjetivo del hecho”, p. 125, señala que “hace falta mucha suerte para progresar en la vida mediante ignorancia; por lo general, amenazará el riesgo de una *poena naturalis* (de un curso natural lesivo), y por ello socialmente la ignorancia se equipara con incompetencia”.

¹³⁰¹ JAKOBS, *Derecho Penal Parte General...*, 2ª ed., Marcial Pons, 1997, p. 316.

¹³⁰² RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, pp. 79-80, sostiene que “se sitúa JAKOBS entre los modernos defensores de la reducción de este concepto al elemento intelectual (*Wissen*), prescindiendo por completo del elemento volitivo. Sin embargo, pese a esa contundencia inicial, tal afirmación es matizada al abordar la cuestión del dolo eventual y su diferenciación con la imprudencia consciente, pues, si bien tan sólo exige para el dolo eventual el conocimiento de que la realización del tipo no sea improbable como consecuencia de la acción, ha matizado previamente que las condiciones del acto de conocimiento no son sólo de tipo intelectual (...). No basta una mera representación de la posibilidad del resultado, sino que es exigible un juicio válido para el autor en el momento de la acción. (...) Si el autor tiene el conocimiento “válido para él” de que el resultado puede producirse, desde ese momento puede actuar inmediatamente el motivo de evitación y, por tanto, actúa dolosamente”.

¹³⁰³ JAKOBS, “Dolus Malus” (trad. FAKHOURI GÓMEZ), en *InDret Penal* N° 4, 2009, p. 17.

¹³⁰⁴ JAKOBS, “Dolus Malus”, p. 17.

actuar dándose cuenta de la realización del tipo, sin que aquello de lo que se da cuenta sea también contenido de la voluntad¹³⁰⁵.

Cuestiona entonces JAKOBS la fórmula usual que concibe al dolo como conocimiento y voluntad de realización del tipo, la cual se revela desde el principio inadecuada ya que el “querer” falta en las consecuencias accesorias. Al respecto, explica que las consecuencias principales son contenido tanto del conocimiento como de la voluntad, pero las consecuencias secundarias son contenido del conocimiento y se perciben como dependientes de la voluntad. Añade entonces que, en relación con el fin de la norma, consistente en evitar el comportamiento que defrauda expectativas, lo cual significa que en el ámbito de las consecuencias principales, el autor se desmarca “volitiva e intelectualmente de la evitación de las consecuencias, y en el ámbito de las consecuencias secundarias sólo se ha desmarcado intelectualmente, mientras que el aspecto volitivo se queda sin objeto”¹³⁰⁶.

De manera descriptiva, JAKOBS presenta y define las tres clases de dolo. Llama intención (o dolo directo) a la relación subjetiva del autor con las consecuencias principales. Por otra parte, califica como dolo de segundo grado a los casos en los que el autor se distancia intelectualmente de la evitación de la realización del tipo, ya que es verdad que no quiere la realización del tipo, pero se da cuenta de que su evitación es incompatible con aquello que quiere. Finalmente, define como dolo eventual aquellos supuestos en los que, en el momento de la acción, el autor juzga que la realización del tipo no es improbable como consecuencia de esa acción¹³⁰⁷.

A **nivel aplicativo**, podemos afirmar que JAKOBS asume un enfoque normativo del dolo. Parte de rechazar la expresión “imputación subjetiva” y anota que el dolo no debe ser demostrado, sino establecido o afirmado. Para JAKOBS, cuenta únicamente la vigencia social, esto es, la vigencia en la comunicación entre personas que sin excepción se concretan en el rol de ciudadano y, de esta forma, son determinadas objetivamente. Explica entonces que la “subjetivización” de la imputación no es el concepto adecuado para denominar estos hechos, sino la “personalización más especial (concretada en el ciudadano)”. Concluye que la

¹³⁰⁵ JAKOBS, *Derecho Penal Parte General...*, 2ª ed., p. 315.

¹³⁰⁶ JAKOBS, *Derecho penal Parte General...*, 2ª ed., p. 315.

¹³⁰⁷ JAKOBS, *Derecho penal Parte General...*, 2ª ed., pp. 321-335. Al respecto, DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, p. 246, sostiene que en este punto la teoría de JAKOBS constituye una mezcla entre la tradicional teoría de la probabilidad y la teoría que defiende el “tomar en serio” el riesgo de producción del resultado por parte del sujeto como paradigma delimitador del dolo y la imprudencia.

voluntad de seguir a la norma sencillamente se estandariza¹³⁰⁸. En palabras de JAKOBS:

“Un discurso de subjetivización, aferrado al naturalismo y a sucesos psíquico-individuales, equivoca lo esencial –a saber, la objetividad de la persona-; esto es, la capacidad de fidelidad suficiente al Derecho”¹³⁰⁹.

Señala que el conocer o el poder conocer concurren o no, pero ello en sí mismo no significa nada, ya que dichas circunstancias sólo adquieren significado cuando son separadas de una conciencia particular y son concebidas como parte de un proceso comunicativo. Explica que:

“(…) el dolo y la imprudencia, el desconocimiento y la cognoscibilidad del ilícito no son, como hechos y disposiciones de una conciencia, partes de un comportamiento delictivo, sino como portadores externos del significado del comportamiento –sencillamente necesarios- esto es, como portadores de símbolos”¹³¹⁰.

A nivel aplicativo, la teoría de JAKOBS aporta tres nuevos puntos a la discusión sobre el dolo: si debe o no valorarse el motivo de la falta de conocimiento a fin de calificar como dolosos los supuestos de desconocimiento por indiferencia, si debe sostenerse el riesgo de pena natural como factor excluyente del dolo y si debe presumirse la ausencia de éste en los supuestos de habituación al riesgo. Se trata de supuestos que, de ser respondidos afirmativamente, coadyuvan a la objetivación del dolo. Como veremos a continuación, si bien JAKOBS no lleva su teoría hasta las últimas consecuencias, sus propuestas han generado un impacto fundamental para el enfoque normativo cognitivo del dolo.

- 1) Con relación al primer punto, esto es, si debe o no valorarse el motivo de la falta de conocimiento a fin de calificar como dolosos los supuestos de desconocimiento por indiferencia, JAKOBS sostiene que la ley y la doctrina son “esclavos” de los hechos psíquicos, y la normatividad se rinde ante lo perceptible por los sentidos. Así, “sin conocimiento de la realización del tipo, se dice, decae el dolo (...) con independencia de la razón del desconocimiento”¹³¹¹. En su Trat., sostiene JAKOBS que “la falta de conocimiento del tipo comporta, sin tener en cuenta el motivo del déficit, imprudencia y, con ello, en la gran mayoría de los casos, un marco penal atenuado”¹³¹². Aprecia el autor que esta regulación legal no puede justificarse ya que sin razón alguna trata igual cosas desiguales, el desconocimiento de

¹³⁰⁸ JAKOBS, “La imputación jurídico-penal y las condiciones de vigencia de la norma”, en GÓMEZ-JARA (coord.), *Teoría de sistemas y Derecho penal. Fundamentos y posibilidad de aplicación*, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 242.

¹³⁰⁹ JAKOBS, “La imputación jurídico-penal y las condiciones de vigencia de la norma”, p. 242.

¹³¹⁰ JAKOBS, “La imputación jurídico-penal y las condiciones de vigencia de la norma”, p. 243.

¹³¹¹ JAKOBS, *Bases para una teoría funcional del Derecho penal*, p. 149.

¹³¹² JAKOBS, *Derecho penal Parte General...*, 2ª ed., p. 314.

quien no tiene interés alguno en conocer y el error de quien quiere saber¹³¹³. Cita entonces el caso del terrorista que atraviesa violentamente con su automóvil una barrera de la policía y mata a un efectivo policial. Si prevé la muerte, se trata de un homicidio doloso, mientras que, si no tiene en cuenta dicha posibilidad, la ley califica el hecho como homicidio imprudente, sin atender a los motivos del desconocimiento. Comenta JAKOBS entonces de manera crítica la regulación legal alemana:

“Si (...) el conocimiento falta por motivos que según la sistemática general gravan al autor (indiferencia), falta no obstante el dolo; si el conocimiento se da por motivos que según la sistemática general liberan de responsabilidad al autor (escrupulosidad que sobrepasa a lo que se está obligado), no se excluye el dolo. Esto último cabe corregirlo mediante los principios generales de la imputación (riesgo permitido, etc.), pero lo primero no es corregible: Quien no repara en las consecuencias de su actuar porque, en caso de actuación cognosciblemente injusta, el ámbito en que caen las consecuencias no le parece digno de consideración, obrará a lo sumo imprudentemente”¹³¹⁴.

En otro texto, JAKOBS distingue al autor doloso como aquel que interpreta -al menos, en cuanto a las consecuencias accesorias- que el riesgo de realización del tipo no es relevante para la decisión en ningún modo, o que no lo es a la vista del contexto existente en la actualidad. Por su parte, el autor imprudente define la situación en la que actúa de modo incompleto, sin el riesgo existente que tendría que haber sido considerado según su valoración¹³¹⁵. Ahora bien, distingue JAKOBS al autor indiferente del imprudente y sostiene que aquél define también la situación de modo incompleto, pero no por descuido, sino porque lo no captado no es relevante para su decisión. Añade que la base de la decisión es, según el criterio del autor, completa y, en consecuencia, lo que no ha tenido en cuenta le es “ni más ni menos que indiferente”¹³¹⁶.

Por tal motivo, cuestiona la regulación alemana que, en los casos de indiferencia, descarga al autor de las consecuencias de su infidelidad al Derecho (no hay dolo; pues, por falta de interés, no hay conocimiento), lo que “contradice la finalidad del Derecho penal, de propiciar el ejercicio de la fidelidad al Derecho y asegurar la ya existente”¹³¹⁷.

¹³¹³ JAKOBS, *Bases para una teoría funcional del Derecho penal*, p. 150.

¹³¹⁴ JAKOBS, *Derecho penal Parte General...*, 2ª ed., p. 313.

¹³¹⁵ JAKOBS, “Indiferencia como dolo indirecto”, en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, ZUGALDÍA ESPINAR (coords.), *Dogmática y ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo* (coords.), Marcial Pons, 2004, pp. 353-354.

¹³¹⁶ JAKOBS, “Indiferencia como dolo indirecto”, p. 354.

¹³¹⁷ JAKOBS, “Sobre la función de la parte subjetiva del delito en Derecho penal”, en *ADPCP*, 1989, p. 642. En el mismo texto (p. 644), JAKOBS sostiene que en la norma alemana (SS 17 StGB), respecto del error de prohibición, no se prevé una atenuación obligatoria de la pena para

Para JAKOBS, en la perspectiva del proceso, “no hay que probar el conocimiento, sino la indiferencia ante el Derecho, la ausencia de relevancia de los datos para la decisión”¹³¹⁸. Manifiesta una profunda preocupación por los casos en que el autor no conoce la realización del tipo sencillamente porque no está interesado en ello. Entiende que la regulación legal vigente en Alemania implica un beneficio injustificable: “la falta de conocimiento de datos irrelevantes para la decisión desde una perspectiva subjetiva se convierte en fundamento de la indulgencia”¹³¹⁹. Recoge entonces la antigua teoría de CARPZOV, para quien no se trata solamente de acuñar como dolo las consecuencias accesorias conocidas, “sino también de poder tratar como ocasionadas dolosamente las complicaciones ulteriores que importunan un hecho malo en sí cuando éstas no eran conocidas, pero podían y debían serlo”¹³²⁰. Concluye que esta solución (dolo indirecto) no es una vertiente del *versari in re illicita*, sino que es un intento de alcanzar a la indiferencia sobre los hechos. Ello en la línea de entender que “los defectos cognitivos basados en la indiferencia –un defecto volitivo- son (...) imperdonables”¹³²¹.

- 2) Con relación al segundo punto, esto es, si debe sostenerse el riesgo de pena natural como factor excluyente del dolo, JAKOBS efectúa una interesante propuesta para distinguir el dolo eventual de la culpa consciente. Señala que para efectuar dicha distinción no es acertado atenerse a en qué medida el autor, en su actitud interna, se ha distanciado de la evitación de la consecuencia, es decir, distinguir según que el autor, si no aprueba la producción de la consecuencia, sí la asume con indiferencia, o en cambio la rechaza o incluso la lamenta¹³²². Por el contrario, el fundamento de la separación de dolo e imprudencia debe radicar para JAKOBS en que “en la imprudencia, el autor soporta un riesgo natural que no es común en el dolo: el riesgo de que incluso él pueda resultar dañado, u otra persona cuyo daño el autor padecería como propio”¹³²³. En otro texto, el mismo autor sostiene que “en la medida en que la imprudencia no resulta de un desinterés

el caso del error evitable, lo que permite distinguir el error por causas que descargan y el error por causas que cargan, donde podrían incluirse los casos de indiferencia. En cambio, el CPE en su artículo 14.3 establece una atenuación obligatoria al señalar que “el error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados”. Sin embargo, FELIP I SABORIT, *Error iuris. El conocimiento de la antijuricidad y el art. 14 del Código penal*, Atelier, 2000, pp. 261 y ss., propone una interpretación singular de dicho art. y sostiene que en el CPE todo error sobre la ilicitud merece una atenuación, pero no toda falta de conciencia. Se adhiere así al postulado proveniente de Aristóteles y recogido en la obra de JAKOBS que sostiene que “obrar por ignorancia parece cosa distinta del obrar con ignorancia”.

¹³¹⁸ JAKOBS, “Indiferencia como dolo indirecto”, p. 347.

¹³¹⁹ JAKOBS, “Indiferencia como dolo indirecto”, p. 349.

¹³²⁰ JAKOBS, “Indiferencia como dolo indirecto”, p. 351.

¹³²¹ JAKOBS, “El lado subjetivo del hecho”, p. 135.

¹³²² JAKOBS, *Derecho penal Parte General...*, 2ª ed., p. 325.

¹³²³ JAKOBS, *Derecho penal Parte General...*, 2ª ed., p. 313.

específico, sino de una desatención general no dirigida, difusa en las consecuencias, resulta cargada con el peligro de una pena natural, y este riesgo del autodaño propicia la disposición a cumplir la norma; disminuyendo, por tanto, la necesidad de reaccionar penalmente frente a una infracción no dolosa”¹³²⁴.

- 3) Con relación al tercer punto, esto es, si debe presumirse la ausencia del dolo en los supuestos de habituación al riesgo, según anota RAGUÉS I VALLÈS, para que JAKOBS afirme el dolo hace falta “no sólo que el riesgo creado conscientemente por el sujeto no esté permitido, sino que, además, sobrepase la medida de aquellos riesgos sobre los que existe una habituación social”¹³²⁵. Existe habituación al riesgo, por ejemplo, en el caso de la circulación de automóviles, sector en el que los intervinientes crean de forma constante riesgos no permitidos de los que son conscientes, pero a los que se encuentran acostumbrados, puesto que cualquiera ha pasado muchas veces por dicha situación y, por lo general, no se ha producido daño alguno. JAKOBS sostiene entonces que “el conocimiento del riesgo estadístico no es todavía relevante para el dolo y por mucho que conductores escrupulosos puedan llegar a determinadas representaciones sobre lo peligroso de su proceder en el caso concreto, dichas representaciones son irrelevantes para la imputación dolosa”¹³²⁶.

Para RAGUÉS I VALLÈS, una forma de interpretar el planteamiento de JAKOBS es entendiendo que postula una presunción *iuris et de iure* para los casos de habituación al riesgo, a partir de la cual, donde existe tal habituación, todos los sujetos que crean riesgos no permitidos sólo se representarán, a lo sumo, riesgos estadísticos, pero nunca riesgos concretos. En consecuencia, para este autor, determinados riesgos serían por sí mismos inidóneos para fundamentar un delito doloso, más allá de la real subjetividad del autor. Sin embargo, como bien apunta RAGUÉS I VALLÈS, en el sistema de JAKOBS, “la normativización puede emplearse para dar por irrelevantes determinadas representaciones, pero no así para atribuir a un sujeto representaciones que éste (psicológicamente) nunca ha tenido, pues el SS 16 StGB exige conocimiento actual como requisito irrenunciable del dolo”¹³²⁷.

Ahora bien, en mi opinión, la inclusión de presunciones en la teoría del delito y, más aún, en el ámbito del tipo subjetivo, conllevan el peligro de la inconstitucional inversión de la carga de la prueba en desmedro de la libertad individual del ciudadano. Resulta entonces altamente cuestionable la

¹³²⁴ JAKOBS, “Sobre la función de la parte subjetiva del delito en Derecho penal”, pp. 641-642.

¹³²⁵ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 139.

¹³²⁶ Citado por RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 140.

¹³²⁷ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 141. Al respecto, cabe cuestionar si el planteamiento no fuera más adecuado si se hiciera referencia a una presunción *iuris tantum*.

inclusión de presunciones *iuris et de iure*. Podría discutirse en cambio, aunque no admitirse en principio, la posibilidad de incluir presunciones *iuris tantum*, esto es, que admitan prueba en contrario. Esto último involucraría definitivamente una revisión de las bases de la teoría del delito y del modelo de Estado asumido.

Se han dirigido una serie de críticas contra las propuestas de JAKOBS. Por un lado, SCHÜNEMANN cuestiona la equiparación que pretendería establecerse entre la imprudencia dirigida y el dolo. Al respecto, sostiene que no es acertado el argumento de JAKOBS porque el autor absolutamente indiferente no ha reconocido la posibilidad de la lesión del bien jurídico y, por ende, no posee la capacidad de conducción ni el dominio del hecho. A partir de ello, a criterio de SCHÜNEMANN, la peligrosidad para el ordenamiento jurídico del autor indiferente es sólo casual y, en consecuencia, disminuida –como en los demás delitos imprudentes¹³²⁸.

Por otro lado, DÍAZ PITA apunta que la teoría de JAKOBS presentaría las mismas dificultades que la teoría de la probabilidad en el sentido de no delimitar claramente el dolo de la imprudencia¹³²⁹. Cuestiona dicha autora el tratamiento desigual que otorga la propuesta de JAKOBS a hechos que, desde un punto de vista valorativo, deberían recibir el mismo trato. Así, cita la opinión de JAKOBS en el sentido de que la conducción bajo el efecto de bebidas alcohólicas merece una calificación de menor gravedad que el saltarse un semáforo, cuando ambas acciones están igualmente prohibidas por el ordenamiento jurídico. En ese caso, DÍAZ PITA no ve “razones para desvalorar más una acción que la otra y asignarles penas de distinta gravedad, por el hecho de que uno de los sujetos sea un alcohólico habitual”¹³³⁰. Asimismo, como apunta RAGUÉS I VALLÈS, la teoría de JAKOBS pasaría por alto que pueden existir casos en los que un individuo se valga de los riesgos (a los que está supuestamente habituado) para realizar de modo consciente un determinado tipo¹³³¹.

En mi opinión, la teoría de JAKOBS aporta a la discusión actual sobre el dolo tres puntos decisivos: los supuestos de desconocimiento por indiferencia, el riesgo de pena natural como factor excluyente del dolo y la habituación al riesgo también como excluyente del dolo. Como señalamos al exponer el desarrollo de cada uno de estos puntos por parte de JAKOBS, se trata de aspectos que podrían coadyuvar a la objetivación del dolo en el proceso de normativización que estamos analizando. Sin embargo, lo cierto es que JAKOBS no lleva su teoría hasta las últimas consecuencias, ya que, a la representación de la posibilidad

¹³²⁸ SCHÜNEMANN, *Cuestiones básicas del Derecho penal en los umbrales del tercer milenio*, p. 150.

¹³²⁹ DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, p. 247.

¹³³⁰ DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, p. 249.

¹³³¹ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 152.

del resultado como elemento del dolo, añade la exigencia de un juicio válido para el autor en el momento de la acción¹³³². Con ello la normativización se ve influenciada por un elemento de alta carga subjetiva: la perspectiva del autor (indiferencia); con lo que el distanciamiento de JAKOBS con las teorías tradicionales sobre el dolo no es definitivo¹³³³.

4.7.8. Herzberg

La teoría del dolo de HERZBERG sólo puede entenderse si se tiene como premisa el concepto de acción de dicho autor. Según DÍAZ PITA, parte HERZBERG de un concepto negativo de acción, ya que considera erróneo el postulado tradicional de la doctrina, según el cual los delitos de acción son el modelo básico de delito. A partir de ello, HERZBERG niega que el dolo directo de primer grado constituya la forma básica de aparición del dolo. Centra entonces su análisis en el dolo eventual, considerando que se trata de un supuesto de omisión. Al respecto, propone que lo que caracteriza al dolo eventual es “el dejar pasar”, que se materializa “en una actitud del sujeto encaminada a no evitar el resultado teniendo capacidad para ello”¹³³⁴.

A **nivel conceptual**, HERZBERG rechaza la necesidad de mantener un elemento volitivo dentro de la definición del dolo y propone el traslado del elemento de la voluntad a la acción. Respecto de esto último, va más allá que otros autores y defiende la idea de que, si bien la voluntad integra la acción, no es esencial para la realización del tipo. Así, su propuesta considera que “las acciones no voluntarias en las que, no obstante, el sujeto conserva la capacidad de evitar el resultado lesivo, son adecuadas para realizar un tipo determinado”¹³³⁵.

A **nivel aplicativo**, HERZBERG considera la propuesta de JAKOBS correcta, pero incompleta, ya que “hay riesgos sobre los que no existe una habituación social que tampoco pueden dar lugar, ya en el plano objetivo, a una imputación dolosa”¹³³⁶. Construye entonces HERZBERG una teoría del dolo que parte del plano objetivo y postula una teoría normativa, alejada de las concepciones psicológicas, en la que afirma que “en la determinación del dolo no se trata de que el autor haya tomado en serio un peligro que conoce, sino que haya reconocido un peligro que debe tomarse en serio”¹³³⁷.

¹³³² JAKOBS, *Derecho penal Parte General...*, 2ª ed., p. 327.

¹³³³ En el mismo sentido, PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual...*, p. 463.

¹³³⁴ DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, p. 27.

¹³³⁵ DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, p. 159.

¹³³⁶ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, pp. 141-142, n. 374.

¹³³⁷ LAURENZO COPELLO, *Dolo y conocimiento*, p. 257, quien cita a HERZBERG, „Die Abgrenzung von Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit – ein Problem des objektiven Tatbestandes“, en *JuS* 1986, p. 262. Para RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, p. 95, se presenta la “objetivación” de la teoría del “tomarse en serio”.

En consecuencia, según refiere LAURENZO, para HERZBERG “el criterio de delimitación de los comportamientos dolosos no puede centrarse en la actitud interna frente al riesgo conocido, sino en la propia naturaleza de ese peligro del que se tiene conciencia”¹³³⁸. En suma:

“(…) lo característico del delito doloso es la conciencia de estar creando una situación de peligro para el bien jurídico sin reserva alguna de seguridad, es decir, de la que no cabe esperar racionalmente la evitación del resultado por la intervención de una persona, sea el propio autor o un tercero”¹³³⁹.

Como observa RAGUÉS I VALLÈS, HERZBERG excluye del ámbito de lo doloso “aquellos supuestos en que el sujeto conoce un riesgo que objetivamente se puede calificar de cubierto, mientras que se mantienen en el ámbito doloso los casos de conocimiento de riesgo descubierto no remoto”¹³⁴⁰. Distingue entonces dos modalidades de riesgos no permitidos¹³⁴¹:

- 1) Por un lado, el peligro cubierto o protegido, que se produce “cuando en el momento del hecho existen circunstancias que permiten confiar objetivamente en que el tipo no va a realizarse”¹³⁴². Explica DÍAZ PITA que, para HERZBERG, lo que hace que un peligro pueda ser calificado como protegido es la atención que el titular del bien jurídico amenazado presta al producirse la acción. En este caso, la confianza del sujeto en que todo saldrá bien no es irracional e infundada, sino que se trata de una “confianza racionalmente fundada en la experiencia”¹³⁴³. Como explica PÉREZ BARBERÁ, en este caso el sujeto ha reconocido la situación de riesgo tal como es, por lo que no tendrá una “confianza ciega” en la no realización del tipo¹³⁴⁴.
- 2) Por otro lado, distingue el peligro descubierto que ocurre en aquellos casos en que “no existen fundamentos objetivos para la confianza racional en la no realización del tipo penal”¹³⁴⁵. Al respecto, DÍAZ PITA sostiene:

“(…) las situaciones de peligro desprotegido son aquellas en las que nada, ni el sujeto que crea el peligro, ni el esfuerzo personal del titular del bien jurídico en peligro ni el de un tercero representan una “reserva” en cuanto a la evitación del resultado lesivo (...). Si, a pesar de ello, el sujeto espera que “todo salga bien”, esta esperanza será expresión de su confianza irracional en una salida airosa”¹³⁴⁶.

¹³³⁸ LAURENZO COPELLO, *Dolo y conocimiento*, p. 255,

¹³³⁹ LAURENZO COPELLO, *Dolo y conocimiento*, p. 256.

¹³⁴⁰ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 145.

¹³⁴¹ Cfr. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, pp. 92-93.

¹³⁴² RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 143.

¹³⁴³ DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, pp. 230-231.

¹³⁴⁴ PÉREZ BARBERÁ, p. 454.

¹³⁴⁵ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 143.

¹³⁴⁶ DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, p. 232.

La diferencia entre ambos tipos de peligro no depende entonces de consideraciones jurídicas o valorativas, sino de consideraciones fácticas¹³⁴⁷.

En conclusión, en palabras de HERZBERG, “el conocimiento por parte del sujeto de un peligro cubierto fundamenta la imprudencia, mientras que si lo que conoce dicho sujeto en el momento de actuar es un peligro descubierto, se está ante un caso de dolo”¹³⁴⁸. Añade PÉREZ BARBERÁ que es consecuencia de la propuesta de HERZBERG que la imprudencia no pueda ser concebida como error, ya que, tanto en la imprudencia como en el dolo existencia coincidencia entre lo que el autor se representa y la realidad (un peligro cubierto o un peligro descubierto respectivamente)¹³⁴⁹.

Por otro lado, precisa RAGUÉS I VALLÈS que, en la teoría de HERZBERG, los peligros descubiertos pero lejanos, tampoco darán lugar a dolo, en la medida en que la realización del tipo pueda considerarse un caso de auténtico infortunio¹³⁵⁰. Más allá de esta última precisión, lo cierto es que “la calidad objetiva del peligro traza la línea entre aquellos casos en que se puede confiar y aquéllos en los que no”¹³⁵¹. Es decir que se produce una determinación del dolo en base a criterios objetivos. Para RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, en la teoría de HERZBERG, la delimitación del dolo y la imprudencia consciente no es una cuestión del tipo subjetivo, que se decide en la mente del autor, sino un problema del tipo objetivo. Así, “lo que queda en el plano subjetivo es la diferenciación entre el dolo y el error de tipo y, con ello, entre el dolo y la imprudencia inconsciente”¹³⁵².

A fin de ilustrar la división entre peligros cubiertos y peligros descubiertos, DÍAZ PITA recoge el ejemplo que el propio HERZBERG utiliza para ilustrar su teoría:

¹³⁴⁷ Cfr. LAURENZO COPELLO, *Dolo y conocimiento*, p. 259.

¹³⁴⁸ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 143, quien cita a HERZBERG, *NJW*, 1987, p. 1464. Al respecto, FEIJOO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, p. 86, n. 118, resume la teoría de HERZBERG en los siguientes términos: “Si el peligro está eficazmente cubierto estaremos ante un injusto imprudente, y si está descubierto, ante un injusto doloso. Además, HERZBERG equipara el peligro lejano con el peligro cubierto (...). El problema se reduce a determinar si el autor consideró el peligro suficientemente protegido o, lo que es lo mismo, si lo consideró sólo un peligro abstracto o estadístico. (...) Mientras la diferencia entre objeto del dolo y de la imprudencia para las “teorías de la probabilidad” es cuantitativa, para HERZBERG es cualitativo (tipos distintos/tipos de peligro distintos)”.

¹³⁴⁹ PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual...*, p. 455.

¹³⁵⁰ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, pp. 143-144. Ver también RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, p. 94, quien señala que HERZBERG posteriormente cambia de opinión y considera estos supuestos como de riesgo permitido. Por su parte, PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual...*, p. 468, sostiene que la distinción de HERZBERG es auto contradictoria, pues equivale a sostener que es posible que un peligro sea descubierto, pero cubierto.

¹³⁵¹ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 144.

¹³⁵² RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, p. 91.

“En una construcción en obras, el capataz P ordena al aprendiz de albañil L que suba a un andamio para realizar un trabajo urgente. El andamio al que ha de subirse L no reúne las condiciones prescritas por las normativas en lo referente a seguridad en el trabajo. P, por lo tanto, está creando un peligro, que puede ser fatal para la vida e integridad física de L, no tolerado, además, por la normativa vigente”. “Si analizamos este caso detenidamente”, nos dice HERZBERG, “vemos que se perfila una particularidad del peligro creado, no permitido por la normativa vigente. Este peligro, por muy alarmante que nos parezca, aparece en cierto modo tamizado puesto que el aprendiz lo ve y todas las expectativas de lesión derivadas de la falta de protección de carácter técnico se verán compensadas con éxito gracias a un cuidado más elevado. Se hace innecesario resaltar que este cuidado no puede ser un sustitutivo de igual valor. Pero, de todos modos, constituye una reserva de seguridad altamente eficaz”¹³⁵³.

Se trata de una teoría que ha recibido diversas críticas, en especial por la acusada objetivación del dolo. En primer lugar, se ha señalado que la clasificación de peligros cubiertos y descubiertos establece una división demasiado sesgada entre los riesgos que objetivamente pueden fundamentar el dolo y los que no. Al respecto, observa RAGUÉS I VALLÈS que existen peligros descubiertos ante los que resulta difícil afirmar un comportamiento doloso, citando el caso del conductor que corta una curva sin visibilidad; mientras que no habría que renunciar a apreciar tentativa en aquellos casos en que objetivamente existe un factor de cobertura del peligro que *ex ante* fue desconocido por el sujeto¹³⁵⁴. Asimismo, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS observa la dificultad de establecer cuándo concurre un peligro descubierto y señala que “se está dando la vuelta al principio de confianza, imaginando que todos los sujetos parten del comportamiento peligroso prohibido de los demás, prestando una atención o cuidado excepcionales, lo que no es ni exigible ni presumible”¹³⁵⁵. Es decir que, a partir del plano objetivo, se exigiría algo no acorde con la realidad subjetiva. Ahora bien, debe citarse también la opinión de RAGUÉS I VALLÈS, para quien no es correcta la crítica de algunos autores, según los cuales HERZBERG habría creado un concepto objetivo de dolo, ya que dicho autor “sigue exigiendo el conocimiento del riesgo por parte del sujeto como requisito irrenunciable para la imputación dolosa”¹³⁵⁶.

En segundo lugar y vinculada a la anterior crítica, se cuestiona la supuesta ausencia de fundamentación en la propuesta de este autor alemán. FEIJOO SÁNCHEZ refiere que HERZBERG “no explica por qué si alguien sabe que ha creado un riesgo (una situación de peligro concreto), el hecho de que la víctima o un

¹³⁵³ DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, p. 230.

¹³⁵⁴ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, pp. 145-146.

¹³⁵⁵ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, p. 101; ver también RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 146; DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, p. 234.

¹³⁵⁶ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 147.

tercero puedan desactivarlo (lo que es conocido por el autor) excluye la responsabilidad por dolo”¹³⁵⁷.

Otros autores, como DÍAZ PITA, sostienen que la teoría de HERZBERG comparte dificultades comunes a la antigua teoría de la probabilidad¹³⁵⁸. Al respecto, afirma que la decisión entre imputación dolosa o imprudente “ya no se adopta en base a la probabilidad lejana o próxima de lesión, sino partiendo de la efectividad de la protección, criterio éste, a nuestro juicio, igualmente cuantitativo”¹³⁵⁹. Explica que, “si a veces el sujeto no puede estar seguro de controlar por entero su capacidad de evitación del resultado lesivo, menos aún podrá ejercer un control sobre la capacidad de evitación del titular del bien jurídico amenazado o de un tercero”¹³⁶⁰. Finalmente, añade que “no se puede afirmar con márgenes de seguridad aceptables, que el sujeto puesto en peligro haya aprehendido la situación de peligro en la que se ve envuelto a consecuencia de la acción de otro”¹³⁶¹.

Más allá de las válidas críticas que ha recibido la propuesta de HERZBERG, en mi opinión, debe destacarse el hecho de que este autor aborde la problemática poco desarrollada de la confianza irracional en la no realización del tipo penal, sosteniendo que la calidad objetiva del peligro traza la línea entre aquellos casos en que se puede confiar y aquéllos en los que no. Ello será materia de mayor análisis en el cuarto capítulo cuando se haga referencia a la racionalidad de la confianza en la no realización del tipo penal como elemento básico de la *teoría de las condiciones para el conocimiento*.

Sin embargo, cabe adelantar que la teoría de HERZBERG no es radical, lo que es evidenciado por el hecho de que insista en identificar el dolo con un dato psicológico como es el conocimiento, ya que, como bien destaca PÉREZ BARBERÁ, la teoría de HERZBERG no postula que el dolo sea una clase de peligro, sino el conocimiento de esa clase de peligro¹³⁶².

4.7.9. Puppe

A **nivel conceptual**, PUPPE sostiene que dolo “es la creación voluntaria de un peligro propio del dolo”, debiendo entenderse que la voluntad se constituye

¹³⁵⁷ FEIJOO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, p. 86, n. 118.

¹³⁵⁸ Al respecto, PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual...*, pp. 460-463, sostiene que es justificada la opinión de aquellos autores que sostienen que la propuesta de HERZBERG es en realidad una nueva teoría de la probabilidad. Cuestiona entonces la pretensión no lograda de HERZBERG de fundamentar una diferencia sólo cualitativa entre dolo e imprudencia, cuando en realidad el tipo de peligro (cubierto o descubierto) está fundado en datos cuantitativos no medibles con exactitud, pero sí graduables comparativamente.

¹³⁵⁹ DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, p. 236.

¹³⁶⁰ DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, pp. 234-235.

¹³⁶¹ DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, p. 235.

¹³⁶² PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual...*, p. 463.

recién en el hecho y con el hecho, por lo que ni el dolo antecedente ni el dolo subsecuente fundamentan un delito doloso¹³⁶³. En otro texto, sostiene que, “si, de acuerdo con el estado de conocimientos del autor, la lesión de la norma de cuidado es un medio adecuado para pretender el resultado, el autor actúa con dolo y el resultado se le ha de imputar a título de dolo”¹³⁶⁴. Añade a ello que el dolo es un caso especial de imprudencia, ya que contiene todos los elementos conceptuales de aquella, explicando que:

“(…) al autor no se lo castiga por imprudencia por no haber querido el resultado, no haberlo aceptado o no habérselo representado como posible. Si el elemento adicional del dolo, sea como fuere que se defina, fundamenta un reproche al autor, en el contexto de la imprudencia, a este último no se le puede reprochar la falta de aquel elemento”¹³⁶⁵.

En ambos casos, el autor quiere causar un peligro no permitido para la víctima, el cual se ha de realizar en el curso causal. A continuación, explica que es “una cuestión terriblemente discutida” qué elemento subjetivo, más allá de la causación consciente de un peligro no permitido, integra el dolo y lo diferencia de la imprudencia. Al respecto, responde:

“(…) con independencia de si el dolo se define de manera puramente cognitiva como conocimiento de un peligro cualificado o si se exige, además, el llamado elemento volitivo, para el delito doloso no puede ser suficiente cualquier causación de un peligro no permitido y su realización (...). Por ello, a la representación del autor de la que parte la imputación al dolo, esto es, a la representación del peligro causado por el autor, también se le debe exigir más que en caso de imprudencia. Esto es la representación de un peligro que fundamenta el dolo”¹³⁶⁶.

PUPPE también forma parte de aquel grupo de autores que defienden un contenido estrictamente cognitivo del dolo. Para esta autora, aquello que tiene que conocer el autor para actuar dolosamente “no es ni más ni menos que el sentido del tipo”¹³⁶⁷, aunque no su expresión literal. Precisa que tanto en el caso de los elementos descriptivos del tipo, como en el de los elementos normativos, “se trata del sentido y, por tanto, si así se quiere expresar, de un acto de comprensión intelectual”¹³⁶⁸.

Con relación al elemento volitivo, sostiene PUPPE que, más allá de la repercusión que puede tener sobre la conducta del autor (quien actúa intencionalmente

¹³⁶³ PUPPE, *La distinción entre dolo e imprudencia*, pp. 132-133.

¹³⁶⁴ PUPPE, “La construcción del delito”, p. 199.

¹³⁶⁵ PUPPE, “La construcción del delito”, p. 201.

¹³⁶⁶ PUPPE, “La construcción del delito”, pp. 202-203.

¹³⁶⁷ PUPPE, “Error de hecho, error de derecho, error de subsunción”, en FRISCH, *El error en Derecho penal*, AdHoc, 1999, p. 89.

¹³⁶⁸ PUPPE, “Error de hecho, error de derecho, error de subsunción”, p. 95.

aplicará de ser posible un método idóneo para alcanzar su intención), la intención de producir el resultado típico no tiene ninguna otra importancia y carece de relevancia para el ilícito del hecho, encontrando a lo sumo consideración en la culpabilidad y en la medición de la pena¹³⁶⁹.

En consonancia con su concepción cognitiva, PUPPE postula que el dolo eventual es la forma general de dolo y que ni la intención de causar el resultado ni el actuar a sabiendas fundamentan el dolo si es que el autor, según su representación, no crea un peligro de dolo¹³⁷⁰.

A **nivel aplicativo**, podemos afirmar que la propuesta de PUPPE parte de un enfoque normativo. Luego de un minucioso análisis de las teorías tradicionales sobre el dolo, esta autora propone, si no se quiere retornar a FEUERBACH, ni limitar el dolo a la intención, ni abandonar al autor la decisión sobre la relevancia de la representación del peligro creado, la teoría del dolo debe partir de una distinción cualitativa entre peligro de dolo y peligro de imprudencia¹³⁷¹. Entiende entonces que existe peligro de dolo cuando “considerado en sí mismo, constituye un método idóneo para producir el resultado”¹³⁷². Esta propuesta tiene sin duda como fuente a la antigua doctrina del dolo indirecto¹³⁷³. A continuación, sostiene que no es asunto del autor evaluar si la representación que él tiene sobre el peligro es suficiente como peligro de dolo, puesto que se trata de “una cuestión jurídica”¹³⁷⁴. Es una cuestión de derecho¹³⁷⁵. Aprecia en ello LAURENZO que no interesa entonces cuál es la actitud del sujeto frente a la representación, sino cuál sería en esas circunstancias la actitud de “una persona razonable y conocedora de la relevancia del bien jurídico”¹³⁷⁶. Es más, la propia PUPPE señala que, en contra de lo que dice HASSEMER, “el dolo no es un concepto de disposición, sino que describe siempre un hecho subjetivo. Por ello, los indicios objetivos de este hecho subjetivo no pueden integrarse como un elemento del concepto de dolo”¹³⁷⁷. Sin embargo, efectúa PUPPE dos precisiones importantes.

- La primera precisión implica que PUPPE no abandone por completo la referencia al elemento cognitivo del autor doloso. Así, sostiene que el autor:

“Tiene que ser consciente de que en sí existe un peligro de que se realice el tipo. Si a él le falta esa consciencia, cualquiera que fuese

¹³⁶⁹ PUPPE, *La distinción entre dolo e imprudencia*, pp. 103-104.

¹³⁷⁰ PUPPE, *La distinción entre dolo e imprudencia*, pp. 136-137.

¹³⁷¹ PUPPE, *La distinción entre dolo e imprudencia*, pp. 88-89.

¹³⁷² PUPPE, *La distinción entre dolo e imprudencia*, p. 94. También desarrolla el concepto de “peligro de dolo” en PUPPE, “Perspectivas conceptuales del dolo eventual”, p. 308.

¹³⁷³ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 148.

¹³⁷⁴ PUPPE, *La distinción entre dolo e imprudencia*, p. 94.

¹³⁷⁵ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 147, quien cita a PUPPE, *NK SS 15*, n° marg. 61.

¹³⁷⁶ LAURENZO COPELLO, *Dolo y conocimiento*, p. 263.

¹³⁷⁷ PUPPE, “El Derecho penal como comunicación”, p. 132.

la razón, se podrá reprocharle la llamada ceguera de hecho, pero no el dolo de realizar el tipo”¹³⁷⁸.

- La segunda precisión consiste en sólo existirá un método para producir el resultado -peligro de dolo- si, según los conocimientos que el autor aplique, “la chance de alcanzar la meta es relativamente alta”. Al respecto, explica PUPPE que no es posible ofrecer cuotas de probabilidad o de la cantidad del peligro para que se configure el dolo. Sin embargo, no entiende dicha autora que ello constituya un defecto, puesto que tampoco en el actuar práctico uno se orienta según cuotas de probabilidad, sino según un conjunto de métodos de la experiencia para alcanzar todas las metas posibles¹³⁷⁹. Según RAGUÉS I VALLÈS, ello implica que PUPPE niegue el dolo en aquellos casos en los que la probabilidad objetiva de causación de un resultado es mínima, prescindiendo de la voluntad o de los conocimientos del sujeto¹³⁸⁰.

Según PUPPE, salvo casos límite inevitables, existe bastante unidad de criterio acerca de la cuestión de si una conducta determinada es un modelo idóneo para alcanzar una meta (peligro de dolo), aunque acepta que –al igual que en los conceptos del lenguaje natural- no puede esperarse univocidad y exactitud absolutas de un concepto jurídico. Resalto tres casos citados por PUPPE en los que entiende que existen métodos idóneos para alcanzar una meta: golpear con un martillo en el vidrio de una ventana es el método apropiado para romperlo; mostrar a otro un documento falso es un método apropiado para engañarlo, salvo que existan razones especiales para desconfiar; apuntar un tiro a la cabeza desde corta distancia es un método idóneo para matar, pero no lo es apuntar un tiro a la pierna¹³⁸¹.

Más allá de sus límites, FEIJOO SÁNCHEZ sostiene que la teoría de PUPPE tiene una vocación de normativizar el concepto de dolo. Entiende que, con la idea del “peligro cualificado”, la profesora alemana pretende “desobjetivar el dolo y normativizar la teoría tradicional de la probabilidad”¹³⁸².

La principal crítica¹³⁸³ que se dirige a PUPPE se centra en el supuesto traslado de las referencias subjetivas al plano objetivo, lo que daría lugar a una objetivación del dolo semejante al formulado por la teoría del dolo indirecto¹³⁸⁴. LAURENZO se manifiesta en contra de dicha crítica y sostiene que parte de un error. Señala que

¹³⁷⁸ PUPPE, *La distinción entre dolo e imprudencia*, p. 94.

¹³⁷⁹ PUPPE, *La distinción entre dolo e imprudencia*, p. 95.

¹³⁸⁰ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 149.

¹³⁸¹ PUPPE, *La distinción entre dolo e imprudencia*, pp. 96 y ss.

¹³⁸² FEIJOO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, p. 85, n. 118.

¹³⁸³ También se le cuestiona que no deje lugar alguno para el dolo de peligro, el cual no se diferenciaría del dolo de lesión. Al respecto, ver PUPPE, “Perspectivas conceptuales del dolo eventual”, pp. 309 y ss.

¹³⁸⁴ Cfr. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, pp. 99 y ss.

es verdad que algunas teorías del conocimiento conduzcan a una diferenciación en el plano objetivo entre el delito doloso y el culposo, pero ello no tiene por qué implicar la objetivación del dolo. Añade que la diferencia sustancial se encuentra en un dato estrictamente subjetivo, ya que la calificación del hecho como doloso depende de los conocimientos del sujeto y no de la clase de peligro que concurra objetivamente, ya que, por ejemplo, frente al error de tipo, se imputa imprudencia y no dolo¹³⁸⁵.

Para otros autores la fortaleza que LAURENZO ve en la tesis de PUPPE es considerada una debilidad. Al respecto, RAGUÉS I VALLÈS entiende que:

“(…) en la medida en que se requiere que el juicio de idoneidad del método de causación se lleve a cabo teniendo en cuenta los conocimientos con que cuenta el sujeto activo, no se extiende a este elemento la necesidad de prescindir de lo psicológico y de pasar a lo normativo que sí se postula, por contra, para el elemento de la intención”¹³⁸⁶.

Extraña RAGUÉS I VALLÈS que PUPPE de un paso más en la normativización y postule que el dolo no sólo es intención objetivada, sino también realización consciente objetivada de un tipo penal. Así, mantiene RAGUÉS I VALLÈS, la teoría de PUPPE se libraría por completo de la dependencia de datos psicológicos.

En mi opinión, debemos resaltar dos aportes de la propuesta de PUPPE. En primer lugar, coloca nuevamente en el centro de la discusión la antigua teoría del dolo indirecto, que como hemos visto puede cumplir tanto una función conceptual como sobre todo una función aplicativa para la determinación del dolo en el caso concreto. En segundo lugar, su planteamiento nos permite evidenciar la diferencia sustancial entre un grado intenso de normativización, que apele únicamente al plano objetivo para diferenciar el dolo de la imprudencia, y un grado moderado de normativización, en el que se enmarca la teoría de PUPPE, que distinga en el plano objetivo los peligros de dolo de los peligros de imprudencia, pero que formule la calificación definitiva del hecho como doloso en el plano subjetivo a partir de los concretos conocimientos del sujeto.

Dicha diferencia está en el núcleo de la presente tesis, que pretende dar respuesta a la cuestión de si, descartado el enfoque psicológico y partiendo de un enfoque normativo, se debe imputar el dolo recurriendo a información sobre el conocimiento efectivo del sujeto (grado moderado de normativización) –lo que implica distinguir el plano objetivo del plano subjetivo- o si se debe imputar el dolo al sujeto a partir de indicadores generales de conocimiento potencial (grado intenso de normativización) –lo que implica centrar la discusión en el plano objetivo.

¹³⁸⁵ LAURENZO COPELLO, *Dolo y conocimiento*, p. 227, n. 121.

¹³⁸⁶ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, pp. 150-151.

4.8. Propuestas alternativas al sistema

En el proceso de normativización del dolo, existen nuevas propuestas que van más allá y cuestionan el sistema de delito en el que se enmarca el problema. Así es el caso de PÉREZ BARBERÁ, quien sostiene que debe abandonarse la identificación del dolo con conocimiento, voluntad o cualquier otro hecho psíquico o físico; PORCIÚNCULA, quien propone la necesidad de superar el sistema de delito de la dogmática penal, que divide al delito en función de elementos objetivos y subjetivos; y LESCH, quien propone una valoración estrictamente objetiva de la antijuridicidad. Desde una perspectiva quizás más moderada, comenzaré destacando la propuesta de KINDHÄUSER.

4.8.1. *Kindhäuser*

KINDHÄUSER parte de la idea de que la diferenciación entre el tipo objetivo y el tipo es un asunto de mero orden clasificatorio, tratándose de una diferenciación que puede resultar iluminadora, pero no imprescindible¹³⁸⁷. Explica que el filtro de la imputación objetiva a la capacidad de acción resulta superfluo si es que es más amplio que el de la imputación subjetiva. Si, en cambio, resulta más estrecho, no es posible descartar resultados contraproducentes. Propone entonces la supresión de la imputación objetiva¹³⁸⁸. Plantea el profesor alemán un injusto de la acción en los siguientes términos:

“Si como base de la responsabilidad, en el ámbito de la protección jurídico-penal de bienes jurídicos, uno pone la vista en la posibilidad efectivamente existente de la evitación de una realización típica, entonces se da un injusto de la acción, constituyente del fundamento de la responsabilidad, cuando un destinatario de la norma fiel a Derecho, que dispone de los conocimientos y las capacidades físicas del autor individual, tendría que ejecutar una determinada alternativa de comportamiento para así realizar la intención de evitar, con eficacia para la acción, una realización típica. Al tipo subjetivo del delito han de reconducirse, por ende, los presupuestos de la capacidad individual de acción correspondientes. Si, en el caso de que el autor no se haya formado la intención adecuada a la norma, se ha manifestado o no un déficit de motivación leal a derecho que sea merecedor de pena, constituye, en cambio, una pregunta de la culpabilidad. Las razones jurídicamente reconocidas que hablan en contra de un déficit de fidelidad al derecho merecedor de pena, pueden ser, en particular, una falta de la capacidad de motivación y autocontrol, un desconocimiento (inevitable) de la prohibición o una situación de necesidad exculpante”¹³⁸⁹.

¹³⁸⁷ KINDHÄUSER, “El tipo subjetivo en la construcción del delito. Una crítica a la teoría de la imputación objetiva”, en *InDret Penal*, N° 4, 2008, p. 5.

¹³⁸⁸ KINDHÄUSER, “El tipo subjetivo en la construcción del delito...”, p. 16.

¹³⁸⁹ KINDHÄUSER, “El tipo subjetivo en la construcción del delito...”, p. 16.

Define entonces la imputación a título de dolo como un juicio de los conocimientos del autor acerca de los hechos, sus capacidades físicas y las conexiones nomológicas, “con arreglo a criterios objetivos según los cuales el comportamiento del autor se presenta como un uso defectuoso de su capacidad individual de acción, que justifica la pena del delito doloso”¹³⁹⁰. Por su parte, la imprudencia no depende de un experimento a partir de una figura estándar, sino que es “un uso deficitario de la concreta capacidad intelectual de evitación del autor individual que se valora como descuidado según estándares objetivos”¹³⁹¹. En términos comparativos:

“Mientras que el autor doloso parte de la base de que, con una cierta probabilidad, un comportamiento habrá de tener como consecuencia la realización del tipo, y así él tiene que evitar precisamente este comportamiento, en la medida en que quiera seguir la norma, el autor imprudente sólo dispone, en cambio, de un saber (actualmente) limitado. Él aprecia la situación –desde el punto de vista de la evitabilidad del resultado– de modo parcialmente erróneo o bien desconoce circunstancias relevantes, pudiendo haber sido capaz de evitar, sin embargo, de haber observado el cuidado debido. La imputación a título de imprudencia se distingue así por una doble evitabilidad: la evitabilidad de la realización típica que se sigue de una falta de cuidado evitable”¹³⁹².

A mayor detalle, KINDHÄUSER explica cómo resulta superfluo que la teoría de la imputación objetiva anteponga el pronóstico de un observador ficticio al pronóstico del resultado del autor. Sostiene que es superfluo cuando ambos pronósticos son coincidentes, cuando el autor supone la existencia de un peligro relevante para el dolo que en realidad no existe y cuando el autor no reconoce por error la existencia de dicho peligro. Asimismo, sostiene que la imputación objetiva sería también superflua en aquellos casos en los que el pronóstico del observador objetivo resultara falso¹³⁹³.

4.8.2. Pérez Barberá

PÉREZ BARBERÁ parte de la premisa de que el dolo no es ni voluntad ni conocimiento, así como la imprudencia tampoco es la ausencia de voluntad o de conocimiento. En consecuencia, su teoría está en condiciones de afirmar que puede existir un caso doloso aun cuando falte representación. Para este autor, el conocimiento, al igual que la voluntad, no son nada más que datos psíquicos, empíricos, que no deben ser normativizados, sino tratados como lo que son¹³⁹⁴.

¹³⁹⁰ KINDHÄUSER, “El tipo subjetivo en la construcción del delito...”, p. 18.

¹³⁹¹ KINDHÄUSER, “El tipo subjetivo en la construcción del delito...”, p. 20.

¹³⁹² KINDHÄUSER, “El tipo subjetivo en la construcción del delito...”, p. 24.

¹³⁹³ KINDHÄUSER, “El tipo subjetivo en la construcción del delito...”, pp. 27-28.

¹³⁹⁴ PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual...*, pp. 43, 48 y 72.

Desde un punto de vista sintáctico, precisa PÉREZ BARBERA que el dolo no puede ser un hecho -estado mental- ni tampoco un juicio adscriptivo. El dolo es para este autor una propiedad normativa que caracteriza al presupuesto abstracto previsto en una norma genérica como condición para la aplicación de una solución determinada¹³⁹⁵. Así, el dolo subsume los hechos psíquicos como el conocimiento y la intención¹³⁹⁶.

Desde un punto de vista semántico, sostiene que el dolo es un “reproche objetivo a la acción que se aparta de una regla jurídico-penal, mediando *ex ante* una posibilidad objetivamente privilegiada de que su autor prevea ese apartamiento”, mientras que imprudencia es “reproche objetivo a la acción que se aparta de una regla jurídico-penal, mediando *ex ante* una posibilidad objetivamente atenuada de que su autor prevea ese apartamiento”¹³⁹⁷.

Finalmente, desde un punto de vista pragmático, entiende este autor que el dolo no describe ni explica, sino que enjuicia. Ahora bien, para PÉREZ BARBERÁ el citado concepto de dolo -que denomina concepto-objeto- debe ser inferido de un metaconcepto de dolo, que es la teoría a partir de la cual el primero se reconstruye. Este metaconcepto establece además “qué reglas han de seguirse para determinar la relevancia de los datos empíricos que conforman los casos individuales a subsumir eventualmente en el concepto-objeto de dolo”¹³⁹⁸.

Sostiene, a continuación, que el concepto de dolo eventual es, en rigor, el concepto de dolo en sí, y que es preferible hablar de un concepto-objeto básico de dolo y no de un concepto unitario de dolo¹³⁹⁹.

Con relación a su concepción, plantea que constituye una teoría de la probabilidad, que, a diferencia de sus predecesoras, no le interesa la frecuencia relativa de ocurrencia de sucesos -concepto objetivo de probabilidad- ni lo que un sujeto se represente como probable -concepto subjetivo de probabilidad-, sino más bien relacionar impersonalmente y atemporalmente un conjunto de datos con una conclusión que no está contenida en aquéllos, y que en consecuencia se infiere inductivamente -concepto lógico de probabilidad-. Añade a ello que el concepto lógico de probabilidad que debe emplearse en el ámbito del dolo y de la imprudencia no es un concepto de probabilidad cuantitativo, sino uno comparativo, ya que la relación entre ambas categorías es *plus-minus* y no sólo una de tipo *aliud*¹⁴⁰⁰.

¹³⁹⁵ PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual...*, p. 644.

¹³⁹⁶ PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual...*, p. 817.

¹³⁹⁷ PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual...*, p. 648.

¹³⁹⁸ PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual...*, pp. 678-681.

¹³⁹⁹ PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual...*, pp. 688-689.

¹⁴⁰⁰ PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual...*, pp. 694, 697 y 701.

Propone como primer axioma de su tesis el fin del Derecho penal, el cual está constituido por:

“(...) la estabilización de expectativas normativas configuradas a partir de reglas comunicadas por los tipos penales, que resultan defraudadas por conductas que, por su parte, comunican un apartamiento de aquellas reglas de modo suficientemente intenso como para tornar necesario el inicio de un proceso de discusión, tendiente a obtener consenso respecto a si es necesario aplicar pena para garantizar aquella estabilización, esto es, para mantener contra fácticamente las expectativas defraudadas”¹⁴⁰¹.

Comparte entonces mi idea de que, para entender adecuadamente las instituciones del Derecho penal como el dolo -nivel conceptual-, es necesario atender a su dimensión procesal -nivel aplicativo-. Complementa dicho axioma con un segundo que sostiene que “la orientación en el mundo sólo es óptima si está fundada en representaciones epistémicamente racionales y ontológicamente acertadas”¹⁴⁰². En esa línea, concluye que “la racionalidad del modo en que ha sido o no adquirido un determinado estado mental (esto es: su racionalidad epistémica) constituye, pues, la *ratio legis* en la que se funda el mayor castigo de ciertas conductas frente a otras”¹⁴⁰³.

En consecuencia, los estados mentales sólo son tenidos en cuenta como relevantes para la formulación del reproche doloso si tienen un origen epistémicamente racional. Lo importante no es la presencia o ausencia del estado mental, sino la racionalidad de esa presencia o de esa ausencia. A partir de la combinación de ambos axiomas, plantea las siguientes proposiciones:

- 1) Casos de dolo y dolo eventual¹⁴⁰⁴. Son los supuestos que merecen un castigo mayor porque se trata de conductas que se ponen en práctica a partir de una situación óptima para orientarse en el mundo, esto es, tienen por base representaciones epistémicamente racionales y ontológicamente acertadas. El sujeto que se aparta de una regla jurídico-penal en estas condiciones:
 - *Ex ante*, comunica una regla opuesta a la violada.
 - *Ex ante*, comunica objetivamente la pretensión de validez de su propia regla.
 - *Ex post*, no tiene margen para alegar de modo atendible que, pese a su conducta, él está de acuerdo con la regla de la que se ha apartado.

- 2) Casos de imprudencia inconsciente e imprudencia consciente¹⁴⁰⁵. Consisten en apartamientos de una regla que tienen por base o bien una ausencia de

¹⁴⁰¹ PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual...*, p. 129.

¹⁴⁰² PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual...*, p. 132.

¹⁴⁰³ PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual...*, p. 147.

¹⁴⁰⁴ PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual...*, pp. 133-134.

¹⁴⁰⁵ PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual...*, p. 135.

representación epistémicamente racional, o bien una representación epistémicamente racional pero ontológicamente defectuosa. Al respecto, explica PÉREZ BARBERÁ que, en estos casos, *ex ante*, el apartamiento del autor importa ciertamente comunicar una regla opuesta a la violada, pero sin que ello implique, a la vez, comunicar objetivamente una pretensión de validez respecto de su propia regla.

- 3) Casos de consumación objetiva inesperada o de tentativa irreal¹⁴⁰⁶. En estos supuestos, calificados como imprudencia, se produce el apartamiento de una regla que tiene por base una representación epistémica irracional aun cuando por azar sea, *ex post*, ontológicamente acertada. Explica el autor que se trata de conductas fundadas en creencias obtenidas irracionalmente, por lo que tienen una repercusión comunicativa devaluada, tanto cuando con ellas se acierte ontológicamente (casos de consumación objetiva inesperada, que se diferencian de los casos de *dolus generalis* en cuanto la representación es irracional en los primeros) como cuando no se acierte (casos de tentativa irreal).
- 4) Casos de ceguera ante los hechos¹⁴⁰⁷. En estos supuestos, calificados como dolo, se produce el apartamiento de una regla que tiene por base una ausencia de representación epistémicamente irracional. Detalla PÉREZ BARBERÁ que en estos casos la conducta tiene lugar a partir de una orientación arbitraria y comunica una toma de postura que debe ser interpretada, desde un punto de vista objetivo, como intensamente contraria a la de la regla. Al igual que en los supuestos dolosos, en este caso, el sujeto que se aparta de una regla jurídico-penal en estas condiciones:
 - *Ex ante*, comunica una regla opuesta a la violada.
 - *Ex ante*, comunica objetivamente la pretensión de validez de su propia regla.
 - *Ex post*, no tiene margen para alegar de modo atendible que, pese a su conducta, él está de acuerdo con la regla de la que se ha apartado.

PÉREZ BARBERÁ sostiene que su concepción alcanza en la práctica resultados diferentes a los de la doctrina mayoritaria para los casos límite, específicamente los casos de consumación objetivamente inesperada y de tentativas irreales o supersticiosas, en los que se restringe el ámbito del dolo, y los casos de ceguera ante los hechos, en los que se amplía¹⁴⁰⁸.

¹⁴⁰⁶ PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual...*, p. 136.

¹⁴⁰⁷ PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual...*, p. 138, quien anota que la arbitrariedad es, en este contexto, un desafío objetivo a regularidades empíricas obvias o a normas de conducta elementales propias de ese ámbito específico de actuación.

¹⁴⁰⁸ PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual...*, p. 144.

Para este autor argentino, en el proceso penal no se prueba el dolo, sino los estados mentales a través de una metodología operacional, previa decisión normativa a partir del concepto de dolo acerca de qué hechos son los que deben probarse. Sostiene entonces la importancia de responder a la pregunta de cómo predecir el comportamiento humano. Distingue entonces la actitud intencional, que atribuye a la persona los deseos y creencias que tendría que tener; la actitud de diseño, que predice sucesos a partir de saber cómo están diseñados ciertos artefactos; y la actitud física, que brinda más precisas herramientas de predicción. PÉREZ BARBERÁ entiende que es inevitable adoptar la actitud intencional respecto de los estados mentales¹⁴⁰⁹. Sin embargo, precisa que, en un proceso penal, es necesario también “un poco de actitud física”. En esa línea, un observador con actitud física, al igual que uno con actitud intencional:

“(…) no constata (en el sentido de que verifica *observando*) sino que atribuye (en el sentido de que verifica *infiriendo*) los datos empíricos. Ello es así, justamente, por la característica específica de estos datos empíricos: no ser observables. Pero ello no implica abandonar el terreno empírico o teórico para pasar al práctico o normativo. El resultado de un juicio de atribución así entendido, en este contexto, es una proposición existencial, fáctica, no práctica”¹⁴¹⁰.

Asimismo, explica que la actitud física es aquella desde la cual todo juez penal aborda la valoración de la prueba referida a los aspectos fácticos del caso. Textualmente señala PÉREZ BARBERÁ:

“Cuando un juez penal se enfrenta al contexto de justificación en materia de prueba de hechos, la actitud física es en él tan natural y espontánea como lo es la actitud intencional en las personas que interactúan en el mundo. Y ello es así porque, al igual que la actitud intencional en su ámbito, la actitud física en el suyo funciona. Y funciona porque, quienes asumen una actitud física, actúan creyendo –y creyendo sería y fundadamente- que lo que obtienen con sus procedimientos son “verdades”, al menos en el sentido de conclusiones no refutadas en ese preciso marco contextual y temporal, esto es, conclusiones “ciertas” en el sentido del *in dubio pro reo*”¹⁴¹¹.

Finaliza PÉREZ BARBERÁ señalando que su enfoque parte de la base de que la prueba del conocimiento y otros datos psíquicos se obtiene a partir de “un método empírico de verificación de esta clase de datos que realmente caracterizan acciones de personas”. No existe entonces adscripción, sino “comprobación de propiedades disposicionales de índole psíquica mediante las

¹⁴⁰⁹ PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual...*, pp. 708-711.

¹⁴¹⁰ PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual...*, pp. 713-714.

¹⁴¹¹ PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual...*, pp. 717-718.

cuales se hacen cosas y se da sentido a lo que se hace, y siempre a partir de las circunstancias específicas y singulares de cada caso concreto”¹⁴¹².

Finalmente, precisa que su concepción importa una objetivación del concepto del dolo; sin embargo, ello no implica una objetivación de la responsabilidad penal, ya que, por un lado, las reglas de la imputación objetiva impiden el retorno del *versari in re illicita* previo al tratamiento del dolo y, por otro lado, los datos subjetivos son siempre tenidos en cuenta, solo que sus repercusiones normativas dependen de su racionalidad epistémica y no de su mera concurrencia empírica¹⁴¹³.

En mi opinión, la propuesta de PÉREZ BARBERÁ es un aporte fundamental a la discusión dogmática actual acerca del dolo. No sólo por la detallada secuencia histórica de la dogmática alemana acerca del dolo, que ocupa más de la mitad de su voluminoso libro, sino porque fija aspectos metodológicos importantes que no son tomados en cuenta por la mayor parte de la doctrina. Así cabe destacar la propuesta de que el dolo no es algo que forme parte del mundo fáctico, sino que pertenece al mundo normativo, así como la minuciosa y fundamentada teoría de la racionalidad epistémica del origen de los estados mentales. Ahora bien, me queda la sensación de que la finalidad de PÉREZ BARBERÁ de avalar metodológicamente una praxis jurisprudencial intuitiva en materia de prueba de datos psíquicos corre el riesgo de colisionar con principios como el de seguridad jurídica y predictibilidad de las decisiones judiciales¹⁴¹⁴.

4.8.3. Porciúncula

PORCIÚNCULA parte de la premisa de que el dualismo cartesiano¹⁴¹⁵, que distinguía el cuerpo -lo objetivo- de la mente -lo subjetivo-, a pesar de que intentó ser superado por el neokantismo, fue adoptado por el finalismo y se mantiene hasta hoy vigente en la dogmática penal, influyendo decisivamente en la separación de elementos objetivos y subjetivos del delito¹⁴¹⁶. Según este autor, ello genera graves problemas al mantener una artificial separación entre tipo objetivo -conducta externa- y tipo subjetivo -ámbito interno del sujeto-. Por un lado, se produce la “intromisión” de lo “subjetivo” en lo “objetivo”, que se manifiesta en los problemas de relevancia de los conocimientos especiales del

¹⁴¹² PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual...*, p. 743.

¹⁴¹³ PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual...*, pp. 685-686.

¹⁴¹⁴ Cfr. PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual...*, p. 744.

¹⁴¹⁵ Según DESCARTES, cuerpo y mente eran sustancias ontológicamente distintas. Al respecto, ver PORCIÚNCULA, *Lo objetivo y lo subjetivo en el tipo penal. Hacia la “exteriorización de lo interno”*, Atelier, 2014, p. 44.

¹⁴¹⁶ PORCIÚNCULA, *Lo objetivo y lo subjetivo en el tipo penal...*, pp. 25-27. El mismo autor hace una revisión histórica de la presencia del dualismo en la dogmática penal, que impregna las teorías procesales de la Edad Media, la doctrina de CARPZOV, la teoría de FEUERBACH, el sistema clásico de delito encabezado por VON LISZT y BELING (pp. 86-104). Asimismo, detalla como la problemática del dualismo cartesiano es trasladada al tipo por el finalismo (pp. 106-112).

autor para la imputación objetiva y de la posibilidad del dolo de influir en la peligrosidad objetiva de la conducta. Por otro lado, se produce la “intromisión” de lo “objetivo” en lo “subjetivo”, que se manifiesta en la cuestión de la objetivización del dolo¹⁴¹⁷. Es justamente para solucionar dichas cuestiones que este autor propone la necesidad de superar el dualismo cartesiano y entender que el tipo es una unidad, un tipo intersubjetivo.

PORCIÚNCULA acude a la teoría de WITTGENSTEIN¹⁴¹⁸, quien ha demostrado que la mente no es “un espíritu” y que lo interno necesita de criterios externos¹⁴¹⁹, y sostiene que la única forma de superar el dualismo es a través de la idea de intersubjetividad, concebida como el punto de referencia común de un proceso de entendimiento entre miembros de una comunidad de interpretación¹⁴²⁰. Rescata entonces la teoría de la acción comunicativa y de la racionalidad de HABERMAS, inspirada entre otros en WITTGENSTEIN, que postula que la filosofía debe asumir el oficio de intérprete mediadora entre el saber de los expertos y una práctica cotidiana necesitada de orientaciones, a fin de fomentar procesos de auto entendimiento del mundo de la vida¹⁴²¹. Para PORCIÚNCULA, sólo la aplicación al Derecho penal de una tesis discursiva como la de HABERMAS es capaz de superar el dualismo cartesiano¹⁴²².

A partir de dichas premisas, el autor brasileño propone que la decisión acerca de la existencia de un comportamiento típicamente antijurídico no debe partir de una ponderación de intereses, sino de la verificación en una situación concreta de cuál de las normas aplicables resulta adecuada. Con relación al tipo subjetivo, observa PORCIÚNCULA que la moderna dogmática penal, de acuerdo con la visión cartesiana, sigue entendiendo que los elementos subjetivos del tipo equivalen a los estados mentales que el sujeto “posee” al momento de llevar a cabo su conducta, por lo que no son objeto de prueba directa, sino de prueba indiciaria, debiendo ser inferidos a partir de la conducta externa del individuo, lo que conlleva a “una auténtica búsqueda del “fantasma en la máquina”, haciendo referencia a la expresión de RYLE¹⁴²³.

Para superar el dualismo cartesiano, PORCIÚNCULA sostiene que debe adoptarse una concepción cognitiva del dolo, abandonar la tradicional tripartición del dolo y

¹⁴¹⁷ PORCIÚNCULA, *Lo objetivo y lo subjetivo en el tipo penal...*, p. 311.

¹⁴¹⁸ PORCIÚNCULA, *Lo objetivo y lo subjetivo en el tipo penal...*, p. 149, sostiene que WITTGENSTEIN promueve el paso del paradigma de la conciencia hacia el paradigma del lenguaje, con la consiguiente sustitución de la antigua bivalencia sujeto representado/objeto representado, por la noción del ser que habla y que ya se encuentra inserto en un contexto de prácticas públicas de una comunidad lingüística.

¹⁴¹⁹ PORCIÚNCULA, *Lo objetivo y lo subjetivo en el tipo penal...*, p. 311.

¹⁴²⁰ PORCIÚNCULA, *Lo objetivo y lo subjetivo en el tipo penal...*, pp. 32 y ss.

¹⁴²¹ PORCIÚNCULA, *Lo objetivo y lo subjetivo en el tipo penal...*, p. 41.

¹⁴²² PORCIÚNCULA, *Lo objetivo y lo subjetivo en el tipo penal...*, p. 312.

¹⁴²³ PORCIÚNCULA, *Lo objetivo y lo subjetivo en el tipo penal...*, p. 314. Al respecto, ver también RYLE, *The concept of mind*, University of Chicago Press, 1949, pp. 15-16.

desarrollar una teoría de la prueba del dolo anticartesiana. Esta última no tiene como tarea deducir el dolo del comportamiento del autor, sino que atribuye el conocimiento requerido por el dolo utilizando como criterio el contexto social constitutivo del significado de la acción¹⁴²⁴. En sus propias palabras:

“Exteriorizar lo interno” significa percibir que los elementos subjetivos constituyen momentos de la acción, o sea, componentes de un sentido exteriorizado. “Exteriorizar lo interno” significa advertir que el criterio para la atribución de los elementos subjetivos es el comportamiento humano en el flujo de la vida. Pero también significa notar que no es que, realmente, el tipo objetivo, en cuanto “mundo externo”, sea el criterio de aquello que se “encuentra” en el tipo subjetivo, en cuanto “ámbito interno” o “esfera de la conciencia” del sujeto, sino que tal bipartición no existe. El tipo es una unidad; *es un tipo intersubjetivo*”¹⁴²⁵.

Ratifica entonces PORCIÚNCULA que el contexto social constitutivo del significado de la acción se convierte en el criterio para la atribución del conocimiento requerido por el dolo; “todo dolo se vuelve así, un *dolus in actio ipsa*”¹⁴²⁶.

4.8.4. Lesch

LESCH sostiene que en el Derecho la persona se determina de forma normativa y generalizante¹⁴²⁷, por lo que llega a plantear la necesidad de suprimir la imputación subjetiva del delito. Para llegar a dicha conclusión, efectúa en primer término una revisión de la evolución de los elementos del delito doloso.

Sostiene que, en su origen, la partición del concepto de delito en las categorías sistemáticas de injusto y culpabilidad se basa en la división categorial entre el hecho y su autor, esto es, entre un suceso perturbador desaprobado jurídicamente y el sujeto responsable de semejante hecho. La ocurrencia de dicho suceso perturbador, entendido como una modificación empírica y real del mundo exterior, no es suficiente, sino que además debe establecerse una vinculación entre el hecho y el autor que debe ser castigado (imputación). El contenido mínimo de la imputación es la relación causal entre el suceso perturbador y un acto libre del autor, a la que debe añadirse una relación de culpabilidad, es decir, una relación entre el suceso perturbador y la voluntad del autor. Explica LESCH que las características de la relación de culpabilidad dependen de la naturaleza del sujeto. Si este es entendido como un sistema psico-físico, la imputación se limita a un juicio psicológico, esto es, a una imputación subjetiva, mientras que si se considera que lo relevante es el autor en tanto que persona, lo que interesa es la imputación objetiva, que consiste en

¹⁴²⁴ PORCIÚNCULA, *Lo objetivo y lo subjetivo en el tipo penal...*, p. 317.

¹⁴²⁵ PORCIÚNCULA, *Lo objetivo y lo subjetivo en el tipo penal...*, p. 317.

¹⁴²⁶ PORCIÚNCULA, *Lo objetivo y lo subjetivo en el tipo penal...*, p. 310.

¹⁴²⁷ LESCH, *Injusto y culpabilidad en Derecho penal*, en *RDPC*, 2ª época, núm. 6, 2000, p. 259.

la relación normativa de la voluntad con el hecho, es decir, el incumplimiento de un deber o una lesión del deber. A partir de la teoría del injusto personal, la imputación objetiva se limita entonces a constatar una relación de causalidad entre el suceso perturbador y la conducta del autor y la imputación subjetiva, a verificar un hecho en la esfera de lo anímico y espiritual¹⁴²⁸.

Según el autor alemán, dicha evolución del delito no aplica para el caso de la comisión culposa, ya que en ella la imputación subjetiva se sustituye por una imputación objetiva, lo cual provoca una confusión acerca del sujeto que se considera decisivo para la imputación, pues parece recurrirse a un sistema psico-físico en el caso del delito doloso y, en cambio, a una persona en el caso del delito imprudente. Dicha confusión es agravada con la introducción de la moderna teoría de la imputación objetiva, pues con ella se amplía el tipo objetivo del delito doloso en torno al requisito de la lesión del deber y con esta ampliación se lastra al concepto de injusto con una acumulación de elementos sin relación entre sí tomados tanto del concepto psicológico de culpabilidad como del normativo¹⁴²⁹.

En atención a la revisión histórica efectuada, LESCH se pregunta por qué para fundamentar un injusto basado en la antinormatividad “hace falta, además de una imputación objetiva a la persona como construcción normativa, una imputación adicional, a saber, una imputación subjetiva referida al concreto sistema psico-físico «hombre»”¹⁴³⁰. A continuación, responde explicando que el auténtico reproche de culpabilidad se basa en la idea de que el autor defrauda las expectativas que el Derecho alberga con respecto a los “ciudadanos normales”, por lo que lo decisivo para la imputación en el ámbito de la culpabilidad es el incumplimiento de una pauta establecida por el Derecho, esto es, una imputación totalmente objetiva. Añade que si es posible concebir el “poder actuar de otro modo individual” como producto de una atribución social y no como un dato psíquico y real, entonces la culpabilidad no se encuentra en la cabeza del autor, sino en la de aquellos que atribuyen la libertad de voluntad¹⁴³¹.

Plantea entonces que, si lo que en realidad interesa en el ámbito de la culpabilidad no es el individuo en su esencia, sino una persona social, “resulta ineludible preguntarse por qué han de cambiar las cosas en el injusto del delito doloso y por qué, de la misma manera, en este ámbito no puede bastar la imputación objetiva”. Argumenta entonces que el dolo, con independencia de que se ubique en la culpabilidad o en el injusto, “es una reliquia del antiguo concepto psicológico de culpabilidad y, en tal medida, un cuerpo extraño en una

¹⁴²⁸ LESCH, *Injusto y culpabilidad en Derecho penal*, en RDPC, pp. 254-255.

¹⁴²⁹ LESCH, *Injusto y culpabilidad en Derecho penal*, en RDPC, p. 256.

¹⁴³⁰ LESCH, *Injusto y culpabilidad en Derecho penal*, en RDPC, p. 257.

¹⁴³¹ LESCH, *Injusto y culpabilidad en Derecho penal*, en RDPC, p. 259.

teoría de la imputación que, por lo demás, es puramente normativa”¹⁴³². Concluye sosteniendo que, si el destinatario de la norma no es el hombre específico y concreto, sino el concepto abstracto de hombre con capacidades normales, entonces lo decisivo para la imputación tampoco es el autor entendido como sistema psico-físico, ni en la imputación de la culpabilidad ni en la del injusto.

¿Cuál es entonces la alternativa al dolo para LESCH? Siguiendo a HÄLSCHNER, sostiene este autor que la naturaleza del injusto delictivo radica en que al hecho delictivo individual subyace una norma que surge de la arbitrariedad del delincuente y que contradice el Derecho. A partir de ello, concluye que la distinción convencional entre injusto y culpabilidad resulta insostenible, ya que en una definición funcional del injusto penal éste no se define como una modificación empírica y real del mundo exterior, sino como comunicación, como expresión de sentido de una persona formalmente racional y el sentido expresado no puede averiguarse sin tener en cuenta a esta persona. Textualmente sostiene: “el hecho no puede separarse del autor y la imputación penal no sirve para construir una vinculación entre hecho y autor, sino para establecer qué es en realidad un hecho”¹⁴³³.

En consecuencia, la culpabilidad significa el propio injusto penal, si se la define como una perturbación social que debe ser compensada con la sanción penal. Plantea entonces un concepto funcional de delito integrado por tres elementos: la capacidad de imputación del autor, que analiza si el autor es competente para expresar un sentido penalmente relevante, a partir de una atribución; la exteriorización de una voluntad particular, que implica la lesión objetiva del deber o el riesgo no permitido genuinamente penal; y el tratamiento penal de esta declaración, el cual puede ir más allá de la fundamentación de un riesgo no permitido, pudiendo depender de ulteriores presupuestos típicos, incluyendo el dolo. Ahora bien, precisa LESCH que la imputación objetiva sólo terminará cuando se determinen todos los elementos del tipo penal¹⁴³⁴.

En mi opinión, la propuesta de LESCH tiene como finalidad, desde un sistema penal funcional, redefinir el concepto de delito, como sinónimo de injusto (y de culpabilidad). Para este autor, la atribución de responsabilidad penal se centra en el juicio de imputación objetiva, que califica la anti normatividad de la conducta del sujeto desde parámetros absolutamente normativos. Se trata de una propuesta que cuestiona las bases de la dogmática tradicional y que ameritaría la formulación de una nueva teoría del delito, en la que se redefinieran cada uno de sus elementos. Si bien se trata de un intento plausible, nos queda la duda de si lo que realmente plantea LESCH es la exclusión definitiva de la valoración del dolo

¹⁴³² LESCH, *Injusto y culpabilidad en Derecho penal*, en RDPC, p. 260.

¹⁴³³ LESCH, *Injusto y culpabilidad en Derecho penal*, en RDPC, pp. 267-268.

¹⁴³⁴ LESCH, *Injusto y culpabilidad en Derecho penal*, en RDPC, p. 271.

en el delito o, si más bien, de lo que se trata es de una reubicación del dolo en el juicio de imputación objetiva.

5. Conclusiones preliminares del capítulo. Síntesis de los aportes más relevantes de la dogmática penal para el tratamiento del problema del dolo

El presente capítulo ha tenido como finalidad exponer de manera general la evolución del concepto de dolo en el Derecho penal continental. Se ha prestado especial atención a las teorías planteadas por la dogmática alemana y por la dogmática española en los últimos dos siglos. Se ha podido verificar que, efectivamente, el tratamiento de los aspectos dogmáticos y conceptuales es profundo y minucioso. La fundamentación de cada teoría responde a un desarrollo intelectual sin lugar a dudas extraordinario. No es objeto de esta tesis, en consecuencia, efectuar un nuevo planteamiento conceptual o “descubrir” una fundamentación “mejor” del concepto de dolo. La observación que pretendo aportar es aquella que incide en la escasez de teorías procesales del dolo, de teorías que atiendan a los aspectos aplicativos del dolo en el caso concreto, de teorías que planteen cuáles deben ser los criterios de inferencia de los estados mentales del sujeto activo de un delito en un caso concreto. Para lograr dicho fin en el último capítulo es que destino el siguiente a estudiar el tratamiento jurisprudencial de esta materia desde el enfoque peculiar del *Common law*.

Antes de ello, en este último apartado, me propongo, por un lado, presentar a modo de balance, dos trascendentes enfoques españoles de la problemática del dolo, que, de algún modo, resumen el estado actual de la cuestión. Se trata de las teorías de los profesores Díez RIPOLLÉS y RAGUÉS I VALLÈS. Luego de ello, a modo de conclusión, presentaré una síntesis de los aportes más relevantes de la dogmática penal para el tratamiento del problema del dolo, que constituyen las premisas de la *teoría de las condiciones para el conocimiento*.

5.1. Balance y estado actual del problema

Dos planteamientos disímiles de dos profesores españoles, Díez RIPOLLÉS y RAGUÉS I VALLÈS, demuestran no sólo el importante aporte de la dogmática española a la discusión sobre los elementos subjetivos del dolo, sino que ilustran el estado actual de las propuestas sobre este asunto. Por ello, considero conveniente incluirlos en este apartado de conclusiones preliminares.

En su obra sobre las bases metodológicas de los elementos subjetivos del delito, Díez RIPOLLÉS se traza como objetivo estudiar las líneas metodológicas fundamentales en virtud de las cuales se puede dotar de contenido a los elementos subjetivos de la teoría general del delito. La trascendencia de la tesis del autor español consiste, en mi opinión, fundamentalmente en la reconducción

que hace de la problemática estudiada a la dicotomía existente entre el enfoque atento a la descripción y averiguación de la realidad psíquica subyacente a los elementos subjetivos, y el que pretende convertir dicha operación en un proceder fundamentalmente normativo¹⁴³⁵.

En su tesis, describe DÍEZ RIPOLLÉS cuatro grandes orientaciones en torno a dicha dicotomía, que intentaré resumir a continuación. En primer lugar, distingue la **perspectiva psicológico-individual**, la cual parte de un concepto de verdad material o verdad empírica entendida como la concordancia entre la realidad y su representación. Para esta perspectiva, los elementos subjetivos del delito son realidades psíquicas previamente dadas y susceptibles de desvelamiento a partir de la averiguación. En segundo lugar, se encuentra la **perspectiva normativa**, que no atiende a la realidad empírica, sino que maneja segmentos de realidad valorada. El Derecho penal cumple entonces una función de reducción de complejidad y la vía por la que se introducen más referencias normativas y de modo más sistemático a la teoría general del delito está constituida por los puntos de vista adoptados con relación a los fines de la pena. En tercer lugar, se encuentra la **perspectiva psicológico-colectiva**, la cual toma como base los conocimientos suministrados por el psicoanálisis en su análisis de los fenómenos sociales y se acerca a los planteamientos normativos, sobre todo por el papel fundamental que otorga a las exigencias de una teoría de la prevención general de la pena. Para esta teoría, el delincuente manifiesta los deseos inconscientes que los demás miembros de la sociedad han reprimido sin haberlos podido asumir y reelaborar socialmente, lo que hace que el delincuente despierte envidia y deseos de imitarle en una primera reacción. Como las instancias sociales encargadas de mantener el orden ven al delito como un fenómeno contagioso, el mal impuesto al delincuente busca servir como ejemplo a los demás de lo que les sucederá si pretendieran imitarlo y, al mismo tiempo, reforzar el “Super-yo” de los ciudadanos que aprecian que la represión de sus impulsos es la correcta y que son las instituciones sociales las que “desahogan” sus impulsos agresivos sobre el delincuente. Finalmente, distingue la **perspectiva interaccionista**, que concibe la criminalidad como un fenómeno interactivo entre el autor y los otros miembros de la sociedad y defiende la idea de una verdad consensual¹⁴³⁶.

Una vez efectuada dicha exposición, DÍEZ RIPOLLÉS defiende una perspectiva psicológico-individual, aunque reconoce que la aceptación de una de las alternativas metodológicas no supone dejar fuera de consideración a las demás. Así, afirma que la normativización en el Derecho penal es irrenunciable. De forma magistral, explica que las perspectivas normativizadoras desempeñan un rol en la decisión sobre el ámbito de las conductas punibles, en la configuración del sistema de la teoría jurídica del delito en su conjunto y de sus diversas categorías

¹⁴³⁵ DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos del delito...*, 2ª ed., p. 265.

¹⁴³⁶ DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos del delito...*, 2ª ed., pp. 11-12, 51, 100, 129-132, 163-165.

y subcategorías dogmáticas en particular, así como en la delimitación de los principios que han de regir el proceso penal. Asimismo, señala que tienen que establecer claramente las necesidades normativas que se han de satisfacer por los elementos subjetivos que van a describir comportamientos humanos en las diferentes fases de imputación jurídico penal. Sostiene que, a partir de ello:

“(...) procede una formulación de cada elemento subjetivo que exprese de modo preciso la realidad psíquica individual que satisface esas exigencias normativas, a lo que seguirá una constatación procesal encaminada a comprobar si ha concurrido efectivamente en el caso concreto tal realidad”¹⁴³⁷.

A favor de su posición, enumera DÍEZ RIPOLLÉS tres argumentos fundamentales. El primero indica que, a través del enfoque psicológico-individual, es posible fomentar una cuidadosa acotación de la realidad psicológica a tenor de las exigencias normativas, lo que constituye la opción más garantista. Su segundo argumento consiste en la existencia de una serie de principios procesales que son contrarios a limitar las posibilidades de conocimiento o a impedir la verificación de sus presupuestos en el proceso. Finalmente, sostiene que la opción psicológico-individual se encuentra legitimada a través de las convicciones generales de la sociedad¹⁴³⁸. A pesar de lo expuesto, reconoce DÍEZ RIPOLLÉS que es posible que, en un número limitado de casos, resulte casi imposible definir el elemento subjetivo de manera que exprese fielmente el ámbito de realidad psíquica que las necesidades normativas pretenden abarcar. En ese caso, señala que “la introducción de componentes normativos (...) debería tener un carácter excepcional”¹⁴³⁹.

A continuación, enumera el maestro español las pautas que deben inspirar la actividad normativizadora que precede a la acotación de la realidad psíquica¹⁴⁴⁰. Así, sostiene que la introducción de referencias normativas por parte del legislador o de los teóricos del Derecho debe ir precedida de un análisis científico-social de las realidades y necesidades sociales. Asimismo, los puntos de vista valorativos sobre los que se estructure el sistema de Derecho penal deben superponerse con las convicciones generales (opiniones cotidianas o de sentido común) que deben ser identificadas y no sustituidas por las ciencias sociales. Finalmente, señala que la investigación le ha permitido confirmar la excesiva movilidad de las referencias normativas según los autores a lo largo de las diferentes categorías y conceptos de la teoría del delito, así como la hipervaloración que se está haciendo de las referencias normativas vinculadas a las teorías penales, singularmente a las preventivo generales, en detrimento

¹⁴³⁷ DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos del delito...*, 2ª ed., p. 267.

¹⁴³⁸ DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos del delito...*, 2ª ed., pp. 268-269.

¹⁴³⁹ DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos del delito...*, 2ª ed., p. 274.

¹⁴⁴⁰ DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos del delito...*, 2ª ed., pp. 275-281.

de criterios valorativos de otro origen. Ante ello, y para evitar excesos en la normativización, propone una mayor:

“(...) profundización en la explicitación y sistematización de los contenidos valorativos de la teoría jurídica del delito, que en último término y entre otras funciones deben acotar la realidad psíquica a la que han de referirse los elementos subjetivos”¹⁴⁴¹.

Posiblemente el punto más importante de la obra de DÍEZ RIPOLLÉS se encuentra en brindar una perspectiva realista del problema, al sostener que, “se utilice un procedimiento estrictamente científico o no, lo cierto es que, como toda la doctrina se ha encargado de recordar, los elementos subjetivos son inaccesibles de modo directo a una plena constatación empírica”¹⁴⁴². Propone entonces que, en la fase de constatación, los peritajes psiquiátricos y psicológicos ocupen un papel central y que las reglas comunes de experiencia, vinculadas a las representaciones cotidianas o de sentido común, sean tomadas en cuenta en atención a su mayor flexibilidad y versatilidad. A partir de ello, el proceso de averiguación de los elementos subjetivos del delito debe dividirse en dos fases:

“(...) una primera, en la que se respetaría un procedimiento experimental, en cualquier caso, vinculando sus conclusiones a una serie de datos o indicios objetivos, y una segunda, en la que debería de salvarse la distancia entre la inaccesible verdad material de los elementos subjetivos y tal procedimiento experimental, a través de una legitimación normativa”¹⁴⁴³.

Precisa entonces que dicha normativización es de raíz metodológica y no material, ya que se trata de una legitimación genérica, que se refiere a todo elemento subjetivo y que no pretende expresar respecto de un concreto elemento subjetivo “un determinado componente valorativo a añadir a sus componentes descriptivos para que tal elemento adquiriera su plenitud de significado”¹⁴⁴⁴. Propone en este punto que la “convicción judicial” precisa de una teoría de la argumentación jurídica que marque con precisión las fases lógicas que, más allá del análisis empírico de la realidad, deben superarse para alcanzar dicha convicción¹⁴⁴⁵.

Por su parte, RAGUÉS I VALLÈS es autor de una tesis sobre la prueba del dolo, que probablemente sea aquella que ha tenido mayor repercusión en el mundo hispano. Su propuesta concreta ha sido ya abordada en la parte preliminar de este capítulo.

¹⁴⁴¹ DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos del delito...*, 2ª ed., p. 281.

¹⁴⁴² DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos del delito...*, 2ª ed., p. 285.

¹⁴⁴³ DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos del delito...*, 2ª ed., p. 285.

¹⁴⁴⁴ DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos del delito...*, 2ª ed., p. 286.

¹⁴⁴⁵ DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos del delito...*, 2ª ed., p. 287.

Me interesa ahora destacar lo que considero que es la columna vertebral de su tesis: la crítica radical a la perspectiva psicológica. Para el profesor catalán, una aplicación coherente de la concepción psicológica debería estar acompañada de la práctica renuncia a la posibilidad de condenar por delito doloso:

“(…) una aplicación estricta de la idea según la cual sólo resulta legítimo condenar a un sujeto por delito doloso cuando consigan averiguarse determinados datos psíquicos que concurrieron en el momento de realización del comportamiento objetivamente típico hace imposible cualquier condena por delito doloso”¹⁴⁴⁶.

Rechaza entonces que los resultados que se obtengan de la confesión del acusado, de las ciencias empíricas o de la prueba de indicios coincidan siempre con lo que fue la realidad psíquica del sujeto en el momento del hecho. Estos puntos serán materia de mayor desarrollo en el cuarto capítulo de esta tesis, en el que me centraré en el análisis de los enfoques normativos del dolo, a efectos de proponer mi *teoría de las condiciones para el conocimiento*.

5.2. Premisas dogmáticas de la teoría de las condiciones para el conocimiento

Las tesis de los profesores Díez RIPOLLÉS y RAGUÉS I VALLÈS resumen, sin lugar a dudas, el estado actual de la discusión que me ocupa. A partir de ello y de la secuencia histórica de la dogmática del Derecho penal continental que he expuesto en el presente capítulo, estoy en condiciones de, a modo de conclusión, plantear cuatro premisas generales de la *teoría de las condiciones para el conocimiento*:

- 1) La primera premisa es una constatación con efectos prácticos. La constatación consiste en que, desde la Antigüedad, el problema del dolo y, en general, de los elementos subjetivos del delito, ha merecido dos niveles distintos de análisis: uno conceptual, que se refiere al contenido del dolo y que comprende los aspectos conceptuales y de delimitación frente a la imprudencia, y un nivel aplicativo, que se refiere a la determinación del dolo en el caso concreto. A nivel conceptual, he encontrado referencias a los elementos subjetivos del delito en el Código de Hammurabi, aunque es probablemente la obra de ARISTÓTELES y su recepción en la Edad Media y en la Edad Moderna la fuente directa de la concepción del dolo como “conocer y querer la realización de un tipo delictivo”. Sin embargo, puede afirmarse con STRATENWERTH que las diferencias entre las teorías sobre el concepto del dolo residen más en la formulación que en sus consecuencias prácticas¹⁴⁴⁷.

¹⁴⁴⁶ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 520.

¹⁴⁴⁷ STRATENWERTH, *Derecho Penal. Parte General I. El hecho punible*, p. 165.

A nivel aplicativo, las dificultades probatorias de entender el dolo como un elemento anímico e interno del autor del delito se han manifestado por lo menos desde la época romana. Fue entonces que, a través de la figura del *dolus ex re*, se planteó la derivación del dolo a partir de la génesis externa del delito. Esta institución constituye probablemente el más claro antecedente de los criterios normativos de inferencia del dolo.

Los efectos prácticos de la distinción entre ambos niveles de análisis consisten en que la discusión acerca del dolo no debe limitarse a los aspectos conceptuales y a la necesidad de valorar o no un elemento volitivo que se adicione al elemento cognitivo del dolo a fin de diferenciarlo de la imprudencia, sino que debe incluir -en un lugar preponderante- los criterios para determinar la existencia, inferencia o imputación, según el caso, del dolo en el caso concreto. El punto central es entonces establecer si lo trascendente para el jurista es ingresar al interior del sujeto a fin de verificar qué conocía (y quería) al momento de actuar, o si más bien su tarea debe consistir en fijar las reglas de cuándo y cómo imputar el conocimiento (y la voluntad) a una determinada conducta. Es decir, el centro de atención se encuentra en la polémica entre los enfoques psicológico y normativo respecto de la determinación del dolo, que ha puesto en evidencia que el problema del dolo no es uno meramente sustantivo, sino que implica su alta vinculación con la rama procesal del Derecho. En esa medida, se justifica la importancia que en espacio y detalle le he brindado en este capítulo a las propuestas – mayormente conceptuales, salvo notables excepciones como es el caso del planteamiento de RAGUÉS I VALLÈS- de la dogmática del Derecho penal continental y el que le brindaré en el próximo capítulo a los criterios de determinación del dolo planteados por la jurisprudencia inglesa.

En el presente capítulo, he abordado los dos grandes grupos de teorías “clásicas” de la dogmática del Derecho penal continental respecto de los límites entre el dolo y la imprudencia: las teorías de la voluntad, que defienden la inclusión en el dolo de un elemento volitivo que se suma al cognitivo, y las teorías de la representación, que se satisfacen con la verificación de un elemento cognitivo. En dicho tránsito, se ha descubierto que ambas teorías tienen manifestaciones diferenciadas según el enfoque –psicológico o normativo- que presenten respecto de la determinación del dolo. Así, más allá de la gran cantidad de propuestas de la doctrina, he podido constatar que existen por lo menos cuatro enfoques posibles del problema del dolo, que -evidentemente- adquieren matices distintos según el autor que lo defienda:

- a. Un enfoque psicológico volitivo, que exige probar la efectiva existencia de los elementos cognitivo y volitivo en la mente del autor.
- b. Un enfoque psicológico cognitivo, que únicamente requiere la prueba del elemento cognitivo como hecho.

- c. Un enfoque normativo volitivo, que no pretende probar la efectiva concurrencia de los elementos del dolo en la mente del autor, sino que establece criterios para imputar a éste el conocimiento y la voluntad de realización del tipo.
 - d. Un enfoque normativo cognitivo, que elabora únicamente criterios de atribución del conocimiento para calificar una conducta como dolosa.
- 2) La segunda premisa de la *teoría de las condiciones para el conocimiento* consiste en desestimar ambos enfoques psicológicos del dolo, los que resultan inadecuados no sólo por razones de eficacia, sino también por razones de legitimidad. Lo expuesto en el presente capítulo evidencia las graves dificultades de asumir un enfoque psicológico de la determinación del dolo, más allá de que se defienda una teoría volitiva o una teoría cognitiva.

En consecuencia, debo desestimar todo enfoque psicológico volitivo, que es el que corresponde básicamente a aquellas teorías de la voluntad que explican el elemento volitivo como el estado mental de querer, aprobar o consentir el resultado típico del delito. Se trata de teorías que se encuentran necesariamente vinculadas a una concepción psicológica del dolo, que presentan no sólo graves dificultades probatorias¹⁴⁴⁸, sino también dogmáticas. Con relación a lo primero, se plantea el problema de la poca fiabilidad de los resultados que se obtendrían a partir de las ciencias empíricas, lo que da cabida a ilegales presunciones de dolo. Al respecto, como se ha puesto en evidencia en el desarrollo del presente capítulo, la aplicación de las fórmulas de FRANK, en especial la primera, no ha permitido solventar los graves problemas de prueba de esta concepción, sino que ha agravado los cuestionamientos a su legitimidad, al colisionar con los principios de lesividad y culpabilidad. Al crear un dolo directo hipotético, la concepción psicológica se acerca a las presunciones de dolo y al cuestionado *versari in re illicita*. En un Estado social y democrático de Derecho, según las premisas de la obra de MIR PUIG, considero correcto el planteamiento de CORCOY BIDASOLO cuando sostiene que es insostenible mantener la exigencia de prueba de un elemento volitivo en el dolo, ya que implicaría ingresar en la intimidad psíquica del autor y regresar a un Derecho penal de autor¹⁴⁴⁹.

¹⁴⁴⁸ PAREDES CASTAÑÓN, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, DE VICENTE REMESAL, "Argumentación y prueba en la determinación del dolo (Comentario a la STS 24-10-1989, Pte. Sr.: García Ancos)", *RDPC*, 2ª época, N° 8, julio 2001, p. 334, señalan que "el dolo, como característica de la acción típica, pertenece conceptualmente al grupo de los que se suele denominar conceptos de disposición: aquellos conceptos (...) que poseen la propiedad de carecer de verificabilidad empírica. Si ello es así, podemos extraer ya una primera tesis: no es posible demostrar directamente por vía de prueba, la existencia o ausencia de dolo en una conducta, sino que ello ha de ser inferido mediante argumentación".

¹⁴⁴⁹ Vid. Supra Capítulo I, 2.3.3.

Dicho ello, cabe precisar que resulta posible mantener el elemento volitivo en el dolo sin adherirse a la teoría del consentimiento que obliga a valorar la actitud interna del sujeto. Sin embargo, ello implica, o bien la formulación de un planteamiento ajeno a las teorías convencionales, como sucede en la teoría expuesta de DÍEZ RIPOLLÉS¹⁴⁵⁰, o bien una adhesión a mínimos postulados normativistas sobre el dolo, como sucede con la teoría de LUZÓN PEÑA¹⁴⁵¹, en la que se reemplaza la confianza irracional en la no producción del hecho como elemento excluyente del dolo por la exigencia de una confianza que se encuentra fundada mínimamente en elementos objetivos.

Por otro lado, debo desestimar también el enfoque psicológico cognitivo, correspondiente a aquellas teorías de la representación con un claro enfoque psicológico que, como bien explica HRUSCHKA, adolecen de los mismos problemas de legitimidad y aplicabilidad que las antes mencionadas teorías de la voluntad. Ello toda vez que, si bien niegan la necesidad de valorar la intención del autor, pretenden probar la efectiva presencia del elemento cognitivo en la mente del agente. Se trata, asimismo, de teorías que privilegian al sujeto irreflexivo en desmedro del ciudadano más diligente y consciente del riesgo, así como llevan a resultados insostenibles en casos como el que expuso más arriba de la ruleta rusa¹⁴⁵².

Como se ha visto en este capítulo, la diferencia sustancial entre las teorías de la voluntad y las teorías de la representación no reside únicamente en la valoración del elemento volitivo del dolo, sino que se centra más bien en el objeto del dolo, que para la primera es el resultado, mientras que para la segunda -según varios autores- es la conducta peligrosa. Dicha diferencia implica que la teoría de la representación genere menores dificultades de prueba y sea más acorde con las exigencias del principio de culpabilidad. Sin embargo, dichas dificultades no desaparecen mientras que se mantenga un enfoque psicológico. No ocurre ello, por ejemplo, con la teoría de la probabilidad subjetiva, en la que el juicio de probabilidad sigue siendo naturalístico. Estas teorías no se adhieren a la normativización del dolo, toda vez que el juicio de probabilidad debe haber sido llevado a cabo efectivamente por el sujeto activo del correspondiente delito. No existe así necesariamente identidad entre la teoría de la probabilidad y la ya reseñada teoría del dolo indirecto, en la que la probabilidad debía fijarse objetivamente.

Ahora bien, descartado el rendimiento de las teorías de la representación, debo hacer dos precisiones relevantes. En primer lugar, no puede negarse el aporte a la discusión, especialmente de la teoría de la posibilidad, consistente en el postulado de que el ámbito de la duda sobre el riesgo creado por la

¹⁴⁵⁰ Vid. Supra Capítulo II, 5.1.

¹⁴⁵¹ Vid. Supra Capítulo II, 4.2.5.

¹⁴⁵² Vid. Supra Capítulo II, 4.7.5.

actuación del sujeto activo del delito debe pertenecer al dolo. En segundo lugar, cabe indicar que el cuestionamiento formulado a las diversas versiones de la teoría de la representación, en el sentido de que crearían un concepto de dolo muy amplio que absorbería los casos de culpa consciente, no es necesariamente cierto. Al respecto, GIMBERNAT es claro al sostener que la amplitud del concepto no impide que la teoría de la representación fije unos límites estrictos al dolo que proporcionen mayor seguridad jurídica que otras teorías.

Sin llegar al extremo de sostener con RAGUÉS I VALLÈS que una aplicación coherente de la concepción psicológica debería estar acompañada de la práctica renuncia a la posibilidad de condenar por delito doloso, lo cierto es que dicha concepción encuentra serias dificultades probatorias toda vez que los elementos subjetivos son inaccesibles de modo directo a una plena constatación empírica. Por ello es que, como bien sostiene Díez Ripollés, en una de las tesis más reveladoras acerca de los elementos subjetivos del delito, toda concepción psicológica requiere al menos de una legitimación normativa que permita salvar la distancia entre la inaccesible verdad material de los elementos subjetivos y el procedimiento experimental que vincula sus conclusiones a una serie de datos o indicios objetivos¹⁴⁵³.

- 3) La tercera premisa de la *teoría de las condiciones para el conocimiento* se deriva de la anterior y consiste en la necesidad de asumir un enfoque normativo del problema del dolo. Así, la teoría que propongo debe centrar su atención en qué elementos subjetivos puede atribuirse al sujeto que realiza una conducta objetivamente típica, y bajo qué criterios y límites debe efectuarse dicha imputación. Se plantea entonces la necesidad de asumir un enfoque normativo del dolo, lo que resulta además coherente con una concepción funcional del mismo, así como con su inclusión en el injusto vinculada a la concepción imperativa de la norma jurídico penal y con el abandono del concepto psicológico de culpabilidad, todas consecuencias del marco teórico asumido en el primer capítulo. El análisis de las teorías más recientes, que han dominado la discusión de las últimas décadas principalmente en Alemania y en España, da cuenta de que, antes que un debate de escuelas, existe hoy un proceso de normativización del enfoque del dolo, que se manifiesta en grados distintos, según se considere que los elementos ontológicos operan o no algún tipo de influencia en la decisión normativa de imputación del dolo y según se mantenga o no la distinción entre elementos subjetivos y objetivos del delito como estructura fundamental de la teoría general del delito.

¹⁴⁵³ Vid. Supra Capítulo II, 5.2.

Las pretensiones de normativizar la teoría del dolo son de larga data y tienen importantes antecedentes. Vale citar los casos de la teoría del *dolus ex re* en Roma y, posteriormente, la defensa de una teoría del dolo indirecto, que constituía el límite del poder punitivo estatal que, en diversos momentos y ante los problemas de aplicabilidad de una concepción del dolo como elemento anímico o interno, pretendía objetivizar por completo la imputación jurídico penal a través de la fórmula del *versari in re illicita*. Por su parte, el concepto neoclásico de delito, si bien continuó situando el dolo en la culpabilidad, reconoció que el tipo no era solamente objetivo, sino que contenía elementos subjetivos. Ello, unido al abandono del concepto psicológico de culpabilidad como consecuencia de la introducción de elementos valorativos en la teoría del delito, dio un impulso definitivo al moderno proceso de normativización del dolo. Surgirán entonces propuestas como la de ARMIN KAUFMANN, quien, más allá de la valoración global de su propuesta, sostuvo una idea de fuerte connotación normativa, al plantear de que no podía haber dolo cuando la voluntad de realización del sujeto activo se veía contrarrestada por una voluntad de evitación, no interesando entonces atender a los elementos internos del sujeto, sino más bien a cómo éste configuraba externamente su conducta¹⁴⁵⁴.

Ahora bien, toda teoría normativa debe ser limitada ante todo por el modelo de Estado asumido. El proceso de normativización del dolo no está exento de problemas, ya que, como bien anotan algunos autores, aun cuando se esbocen planteamientos intermedios que pretendan ser garantistas, persiste el riesgo de incurrir en el planteamiento de presunciones, presentes por ejemplo en el Código Penal de 1813 de FEUERBACH. Dichas presunciones deben ser rechazadas, toda vez que implican un proceso de objetivación del dolo, en el que, una vez probada la configuración de los elementos objetivos del delito, se tiene por descontada la presencia del elemento subjetivo. Se incurre así en una inconstitucional inversión de la carga de la prueba. Sin embargo, es cierto que el enfoque normativo, al tratarse de un planteamiento graduable, permite introducir criterios –elementos valorativos– que proporcionen un panorama más garantista. Ello puede lograrse si la propuesta normativa, más allá de brindar soluciones uniformes y previsibles para el ciudadano, es cuidadosa del aspecto procesal y, en específico, de la titularidad de la carga de la prueba. Ambos aspectos serán abordados en el cuarto capítulo.

- 4) Finalmente, la cuarta premisa de la *teoría de las condiciones para el conocimiento* dicta la necesidad de abandonar una fundamentación puramente moral del dolo y dar cabida a las fundamentaciones basadas en los fines y funciones del Derecho penal. Así, como ya se adelantó en el último

¹⁴⁵⁴ Vid. Supra Capítulo II, 4.3.5.

apartado del primer capítulo de la presente tesis y como se ha visto que plantean diversos autores alemanes y españoles contemporáneos, más allá de la teoría que se adopte o se proponga, se asiste hoy a la necesidad de elaborar una concepción funcional del dolo. Dicha concepción exige fundamentar la mayor gravedad de la penalidad del dolo frente a la imprudencia. Siguiendo en este punto propuestas como las de HASSEMER y DÍAZ PITA¹⁴⁵⁵, considero que el autor doloso realiza una conducta más grave que el autor imprudente puesto que el primero adopta una posición de confrontación frente a los bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento penal, genera una mayor desestabilización del orden normativo poniendo en cuestión la vigencia de la norma y demuestra un absoluto desinterés por algo estimado como valioso por el resto de la sociedad. Dichos motivos son suficientes para que, de conformidad con el principio de proporcionalidad, el legislador establezca consecuencias penales más graves para los delitos dolosos.

La mayoría de autores contemporáneos centran su atención en los fines y la función del Derecho penal para descubrir lo esencial del dolo, que lo delimita de la imprudencia. Teniendo en común dicho punto de partida, los autores se separan justamente al concretar sus concepciones sobre los fines de la pena y de la norma jurídico penal. Es el caso de las teorías que comparten un enfoque normativo volitivo, las que, a diferencia de sus predecesoras, abandonan la concepción psicológica del dolo y la referencia a elementos emocionales, asumiendo un enfoque normativo vinculado a la *ratio* de la penalidad del dolo y entendiendo a la conducta dolosa no sólo como la lesión del bien jurídico, sino también de la norma que obliga a observar dicho bien. Estas teorías redefinen el elemento volitivo del dolo como la decisión consciente del sujeto de actuar en contra del bien jurídico protegido. Ahora bien, no puedo soslayar el hecho de que persiste la crítica que sostiene que estas teorías no profundizan lo suficiente en la cuestión de lo que en sentido normativo constituye el contenido de la decisión del autor. El peligro latente de dicha vaguedad es que permita justificar un mero decisionismo y, por ende, la renuncia a la tarea dogmática de crear conceptos claros y generalizables.

Por su parte, las teorías cognitivas modernas postulan que, para afirmar en sentido normativo que el sujeto acepta el resultado, basta con añadir a la voluntariedad general de la conducta el conocimiento de los elementos de la conducta típica. Ello puede interpretarse en dos sentidos distintos. Por un lado, como lo hace SILVA SÁNCHEZ, en el sentido de que la voluntariedad no es un elemento del dolo, sino sólo del comportamiento humano. Por otro lado, como hace MIR PUIG, en el sentido de que el dolo es la voluntad consciente

¹⁴⁵⁵ Vid. Supra Capítulo II, 4.6.2. y 4.6.4.

resultante de sumar el conocimiento a la voluntariedad básica de todo comportamiento humano¹⁴⁵⁶.

Sin pretensión de exhaustividad, la concepción funcional que acoga la *teoría de las condiciones para el conocimiento*, deberá tener en cuenta los siguientes puntos propuestos por autores contemporáneos que defienden teorías que se enmarcan en los enfoques normativos (tanto volitivos como cognitivos) del dolo:

- a. Conforme plantea FRISCH, el objeto del dolo es el comportamiento típico. No es de recibo la crítica según la cual esta tesis desdibujaría la delimitación entre dolo e imprudencia, si es que se mantiene un concepto de imprudencia asimilable al error. Al respecto, FRISCH rebate satisfactoriamente las críticas a este planteamiento cuando pone en evidencia que en las propuestas antagónicas se plantea la previsión del resultado como objeto del conocimiento y no el propio resultado. Entonces se considera inobjetable que sólo puede ser objeto del dolo aquello que puede ser efectivamente conocido por el sujeto y que, en todo caso, las teorías que plantean que es objeto del dolo la previsión del resultado, no son irreconciliables con la propuesta de que objeto del dolo es el comportamiento típico. Puede plantearse entonces que dicho comportamiento típico, por su capacidad generadora de riesgo, hace inevitable negar la previsión del posible resultado en el sujeto¹⁴⁵⁷.
- b. Conforme plantea MIR PUIG y contra lo que sostiene el finalismo ortodoxo, el dolo típico no debe agotarse en el dolo natural, sino que también debe abarcar el conocimiento de la ausencia de los presupuestos típicos de una causa de justificación, toda vez que tanto los elementos del tipo (positivo) como los presupuestos de una causa de justificación afectan a la concurrencia del supuesto de hecho que constituye la situación objeto de la prohibición, y todos ellos deben distinguirse de esta prohibición en sí misma¹⁴⁵⁸.
- c. De acuerdo al planteamiento de FRISCH, si el autor del delito se ha decidido por una determinada medida de menoscabo, la producción de otra consecuencia típica o extra típica no se le puede imputar a título de dolo, ni siquiera cuando a la acción le es inherente la cualidad de creación de riesgo desaprobada. Se trata de la materialización en la teoría del injusto del principio de evitabilidad¹⁴⁵⁹.

¹⁴⁵⁶ Vid. Supra Capítulo II, 4.7.3. y 4.3.6.

¹⁴⁵⁷ Vid. Supra Capítulo II, 4.7.1.

¹⁴⁵⁸ Vid. Supra Capítulo II, 4.3.6.

¹⁴⁵⁹ Vid. Supra Capítulo II, 4.7.1.

- d. Según el planteamiento de HERZBERG, debe rechazarse una valoración subjetivista de la confianza del sujeto en la no producción del riesgo típico. Al respecto, entiendo que dicha confianza debe ser valorada desde un punto de vista cognitivo y no desde uno volitivo. Conforme explicaba ya WELZEL, sólo se excluye el dolo cuando la confianza en que el tipo penal no va a realizarse genera que el sujeto deje de representarse correctamente el riesgo de realización. Debe excluirse, por ende, la admisión de supuestos de confianza irracional excluyentes del dolo. En esa línea, HERZBERG sostiene, a mi criterio correctamente, que la calidad objetiva del peligro traza la línea entre aquellos casos en que se puede confiar y aquéllos en los que no. Si bien persisten dudas acerca de si la propuesta global de HERZBERG es acorde con los principios de la imputación subjetiva, lo cierto es que la calidad objetiva del peligro debe ser un factor a valorar cuando se decide si dicha confianza permite eliminar el dolo¹⁴⁶⁰.
- e. Conforme sostiene CORCOY BIDASOLO, debe defenderse un planteamiento cognitivo del dolo y rechazarse la repetida crítica que acusa a este planteamiento de generar una desmesurada ampliación del dolo. Ello no ocurre si se entiende que, a pesar de que el elemento cognitivo es propio tanto del dolo como de la imprudencia, lo cierto es que el contenido del conocimiento es distinto en uno y en otro caso. Ahora bien, la misma autora precisa que una propuesta absolutamente objetivista del dolo no es de recibo. Por el contrario, un enfoque normativo cognitivo garantista debe partir del postulado de que, para imputar una conducta a título de dolo, no interesa la probabilidad estadística, sino más bien el pronóstico concreto de lo que puede ocurrir en el caso particular. De ahí la importancia de efectuar un juicio intersubjetivo de peligrosidad, como instrumento de imputación de los estados mentales que merecen la penalidad prevista para el delito doloso¹⁴⁶¹.

Se añade a ello la idea propuesta por PUPPE, quien ha puesto nuevamente en el centro de la discusión la antigua teoría del dolo indirecto. Así, propone que un peligro es propio del dolo cuando observado en sí mismo expresa un método idóneo para la causación del resultado. Más allá de estar de acuerdo o no con dicha normativización del dolo, debe efectuarse una diferencia de planos como propone LAURENZO. Las denominadas teorías objetivo cognitivas distinguen en el plano objetivo los peligros de dolo de los peligros de

¹⁴⁶⁰ Vid. Supra Capítulo II, 4.7.8. y 4.3.4.

¹⁴⁶¹ Vid. Supra Capítulo II, 4.7.2.

imprudencia, lo que no implica necesariamente concluir que la calificación definitiva del hecho como doloso no dependa de los conocimientos del sujeto. Prueba de ello es que, aun cuando concurra en el plano objetivo un peligro propio del delito doloso, si el sujeto se equivoca en su evaluación, estaremos ante un error de tipo y, consecuentemente, ante un caso de imprudencia¹⁴⁶².

- f. Finalmente, siguiendo a MOLINA FERNÁNDEZ, debo destacar que el problema de la distinción entre dolo e imprudencia tiene un carácter gradual, lo que pone en evidencia la dificultad –sino imposibilidad- de establecer legalmente criterios fijos de distinción entre ambas figuras del tipo subjetivo. En esa medida, a partir de las observaciones formuladas por el citado autor, urge el desarrollo de nuevas propuestas que atiendan a la gradualidad del dolo, tanto desde la perspectiva de las formas de imputación subjetiva como desde la perspectiva de la determinación de la pena. Dicha observación será asumida por la *teoría de las condiciones para el conocimiento*¹⁴⁶³.

¹⁴⁶² Vid. Supra Capítulo II, 4.7.9.

¹⁴⁶³ Vid. Supra Capítulo II, 4.4.2.

TERCER CAPÍTULO: LA PRUEBA DE LOS ESTADOS MENTALES EN EL DERECHO PENAL INGLÉS

1. Introducción

El objeto de este tercer capítulo es exponer una visión panorámica de cómo las cortes del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (en adelante, Reino Unido) han abordado la problemática de los estados mentales del delito y, específicamente, destacar los criterios de determinación del dolo que han elaborado¹⁴⁶⁴. Como señalé en el segundo capítulo, en la presente tesis distingo dos niveles en el tratamiento del problema del dolo: el nivel conceptual y el nivel aplicativo. Con relación al primer nivel, el desarrollo de la dogmática alemana y española es amplio y fundamental¹⁴⁶⁵. Sin embargo, el tratamiento de los criterios de determinación del dolo en el proceso penal es menor. Existen, sin lugar a dudas, propuestas notables como las de RAGUÉS I VALLÈS y PÉREZ BARBERÁ que abordan un enfoque altamente aplicativo. Con la finalidad de incidir en esta tendencia y de concentrarme en el nivel aplicativo del problema es que en esta tesis recurro a una fuente distinta, poco abordada por la dogmática penal continental, como es la jurisprudencia penal de las cortes de Reino Unido.

Son varias las razones por las que he escogido dicha fuente. Si bien podremos observar que el tratamiento dogmático de los elementos subjetivos se encuentra aún en estado incipiente en comparación al Derecho penal alemán o al Derecho penal español -cuyas propuestas han sido extensamente abordadas, aunque no agotadas, en el segundo capítulo- el Derecho penal inglés proporciona una perspectiva interesante y distinta de análisis, la cual consiste en anteponer el nivel aplicativo de la problemática del dolo -esto es, el nivel de determinación procesal del dolo- al nivel conceptual, que sólo será satisfactorio abordarlo si es que permite o hace viable su aplicación en el proceso penal. Cumple así la premisa establecida por CORCOY BIDASOLO, quien sostiene que ningún sentido tiene exigir un elemento en el dolo que luego no pueda ser apreciado¹⁴⁶⁶. Otra razón que justifica la elección de la fuente inglesa reside en su alta capacidad de

¹⁴⁶⁴ Constitucionalmente, Reino Unido se compone de cuatro países: Inglaterra, Gales, Escocia e Irlanda del Norte. En estas jurisdicciones, existen tres sistemas legales: Inglaterra y Gales tienen un sistema legal combinado, mientras que Escocia e Irlanda del Norte tienen sistemas legales independientes. La presente tesis se concentra en la jurisprudencia del primer sistema legal, el correspondiente a Inglaterra y Gales.

¹⁴⁶⁵ Una aproximación comparativa del tratamiento jurisprudencial de los elementos subjetivos del delito, que incluye casos de Alemania, Estados Unidos de Norteamérica y Reino Unido, en DUBBER, HÖRNLE, *Criminal Law. A Comparative Approach*, Oxford University Press, 2014, pp. 223 y ss.

¹⁴⁶⁶ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente...*, 2ª ed., p. 264. Ver también LAURENZO COPELLO, *Dolo y conocimiento*, p. 19, quien señala que, para conceder auténtica utilidad a una teoría del dolo, es imprescindible no perder de vista los diversos momentos que dan sentido a sus resultados: el plano de la fundamentación, el de la determinación de los elementos psicológicos que se deducen de aquélla y sus repercusiones en el ámbito de la prueba.

rendimiento para la formulación de criterios de inferencia de los estados mentales. En efecto, se trata de un Derecho prioritariamente jurisprudencial, que además recurre frecuentemente al sistema de jurados populares, por lo que requiere que toda institución jurídica sea de fácil comprensión y tratamiento. Ello ha generado que la concentración principal de los jueces penales esté en cómo formular directivas al jurado, a efectos de que tenga las herramientas suficientes para inferir los estados mentales del imputado y, especialmente, la intención del autor en los casos de asesinato. Aunque con una denominación distinta, puedo afirmar que, en las últimas décadas, el problema central para la jurisprudencia penal inglesa reside en cómo formular la imputación -o cómo plantear criterios de inferencia- en los casos de dolo no intencional -dolo de segundo grado o casos de intención oblicua, y dolo eventual o casos de temeridad subjetiva-. Una última razón por la que he optado por esta fuente reside en el tratamiento que sus estatutos -normas escritas- y su jurisprudencia han otorgado a los casos de responsabilidad penal objetiva -responsabilidad penal absoluta y responsabilidad penal estricta-. Más allá de que el Derecho penal inglés ha desarrollado una serie de criterios y límites para el tratamiento de estos casos, resulta importante a los efectos de la presente tesis tener en cuenta cuáles pueden ser las consecuencias concretas de una objetivación absoluta o normativización radical del dolo. En Reino Unido, existe vasta jurisprudencia, que muestra los efectos negativos de la tendencia a alejarse del principio de culpabilidad.

¿Por qué la elección se circunscribe a la jurisprudencia penal inglesa y no abarca, por ejemplo, el desarrollo en Estados Unidos de Norteamérica? Puedo indicar dos motivos principales. El primero tiene que ver con que el modelo norteamericano ha sido ya abordado por prestigiosos autores de habla hispana y sus principales aportes han sido incorporados a los estudios del Derecho penal continental. Ejemplo de ello es el tratamiento de los casos de ignorancia deliberada¹⁴⁶⁷. Un segundo motivo de mayor peso reside en que, a diferencia del modelo norteamericano en el que existe un Código Penal Modelo y diversos Códigos Penales aplicables a un buen número de Estados¹⁴⁶⁸, en el sistema

¹⁴⁶⁷ Al respecto, ver RAGUÉS I VALLÈS, *La ignorancia deliberada en Derecho penal*. Ver también PIÑA ROCHEFORT, *La estructura de la teoría del delito en el ámbito jurídico del "Common Law"*, Comares, 2002.

¹⁴⁶⁸ SIMONS, "Should the Model Penal Code's Mens Rea Provisions Be Amended?", en *OSJCL*, vol. 1, N° 1, 2003, pp. 179-205, efectúa un interesante análisis de la regulación de los elementos subjetivos del delito en el MPC de Estados Unidos de Norteamérica, en el que la figura de la temeridad (*recklessness*) constituye el estado mental por defecto, lo que expresa que la responsabilidad penal debe sustentarse por lo menos en la elección consciente de actuar incorrectamente. SIMONS resalta como avances del sistema legal estadounidense la limitación a cuatro casos de los supuestos de *mens rea* (intención, conocimiento, temeridad y negligencia); la claridad de las definiciones de dichos supuestos; la posibilidad de que un solo delito pueda vincular diferentes criterios de *mens rea* a cada uno de sus elementos objetivos; y el reconocimiento de que la doctrina del error sea parte de la problemática del *mens rea*. Sin embargo, hace referencia también a la existencia de problemas internos de la regulación, como son la difusa distinción entre el resultado, las circunstancias y la conducta como elementos objetivos a los que se refieren los estados mentales del autor; la necesidad de simplificar las

penal inglés no existe un Código Penal, sino que son las cortes inglesas las encargadas de desarrollar los principios concernientes a la PG del Derecho Penal, mientras que la definición de los tipos penales cada vez se reserva más al desarrollo de estatutos escritos bastante dispersos. En esa línea, se ve urgida la jurisprudencia penal inglesa por desarrollar una serie de principios e instituciones, entre los que destacan la distinción entre motivos y estados mentales; el postulado de un concepto procesal de dolo recogido a través de la figura de la intención oblicua, que más allá de su confuso nombre muestra capacidad de rendimiento; y, en general, el desarrollo de criterios de inferencia de los elementos subjetivos del delito.

STUCKENBERG¹⁴⁶⁹ destaca la dimensión procesal del Derecho penal inglés y se refiere al hecho de que los estados mentales son notoriamente difíciles de probar. Apunta que la intención puede encontrarse en el comportamiento mismo y que existen algunas acciones que no pueden explicarse sino como intencionales. Sin embargo, quedan aún muchos casos dudosos y, para resolverlos, se recurre a dispositivos procedimentales que facilitan la prueba. En la evolución del Derecho penal inglés, podremos observar desde el establecimiento de la presunción de que “todo hombre tiene la intención de realizar las consecuencias naturales de sus actos” hasta el desarrollo de criterios más finos para atribuir los estados mentales.

Sobre esto último, considero interesante comenzar este capítulo planteando un ejemplo. En más de una ocasión, los jueces ingleses han resuelto casos de conductores de automóviles que, con la finalidad de evadir un control policial, continuaron su marcha generando peligro o incluso atropellando al agente de policía que les ordenaba detenerse. En una ocasión en la que el agente de policía resultó muerto (caso *Director of Public Prosecution v Smith*¹⁴⁷⁰), la Cámara de los Lores -máxima instancia judicial inglesa en dicho momento- estimó que el imputado era autor de un delito de homicidio intencional, mientras que, en un caso similar, en el que el agente policial había logrado evadir al automóvil y salvar su vida (caso *Regina v Mohan*¹⁴⁷¹), la justicia inglesa concluyó que no existía una intención específica del conductor y que debía anularse la condena por tentativa de lesiones dolosas. La discusión en ambos casos no se centró en los aspectos conceptuales del dolo o en la definición de la intención,

definiciones de conocimiento y de intención; la necesidad de clarificar la distinción entre error de hecho y error de derecho; la urgencia de definir el significado del estándar de la persona razonable y cuán subjetiva debe ser su interpretación; así como la necesidad de aclarar la definición de ignorancia deliberada; entre otros.

¹⁴⁶⁹ STUCKENBERG, “Problems of Subjective Imputation ...”, pp. 313-314.

¹⁴⁷⁰ *DPP v Smith* [1960] 3 WLR 546, [1961] AC 290. N.A.: Cuando haga referencia a casos de la jurisprudencia inglesa, utilizaré los criterios de citado y referencia de Reino Unido (sistema OSCOLA), a efectos de que el interesado en acceder a la fuente directa, pueda hacerlo con facilidad a través de los registros oficiales de jurisprudencia de Reino Unido.

¹⁴⁷¹ *R v Mohan* [1975] 2 All ER 193.

sino en la forma de establecer un baremo que permitiera al jurado “inferir” o “encontrar” la intención.

Como señala CHIESA, se puede aprender mucho a partir de comprender cómo los sistemas legales extranjeros han abordado cuestiones importantes de la teoría criminal¹⁴⁷². Ese es el propósito de este capítulo. Una primera objeción que podría plantearse es la dificultad de conciliar dos modelos con tradiciones muy distintas. Así, como explica HASSEMER, el sistema jurídico continental ha sido organizado mediante la codificación, mientras que el ordenamiento jurídico anglosajón se organiza mediante el sistema de casos, en el que las reglas fundamentales no están fijadas de antemano y por escrito en una ley, sino que se elaboran paso a paso a partir de la decisión de un caso concreto y los casos similares subsiguientes¹⁴⁷³. Sin embargo, frente a dicha objeción, puedo señalar que esta diferencia inicial ha sido relativizada en el camino. Por un lado, en el sistema continental, el legislador acepta cada vez más la complementación de su función por parte de quien aplica la ley. En esa línea, KUHLEN acoge la tesis de que la taxatividad de una ley no puede medirse contemplando sólo el texto legal, sino sólo si se incluyen también las posibilidades de interpretación judicial, existiendo en la práctica un reparto de trabajo entre el legislador y la jurisprudencia¹⁴⁷⁴. DONINI, por su parte, afirma que, cuando ha crecido tanto la importancia de la jurisprudencia como fuente del Derecho, se extienden las costumbres de los sistemas de *common law*, dándole mucho más valor a la discusión sobre casos o a la determinación del contenido resolutivo de una sentencia¹⁴⁷⁵. Por otro lado, en el Derecho penal inglés, hace varias décadas WILLIAMS cuestionaba la obstinada negativa de los abogados ingleses a contemplar la codificación¹⁴⁷⁶, mientras que en los últimos años existen serios intentos de codificar el Derecho penal¹⁴⁷⁷.

En esa línea, SCHÜNEMANN destaca que ambos modelos han seguido caminos diferentes, pero tanto a nivel europeo como a escala mundial se ha vuelto inevitable una reconciliación. Asimismo, resalta que los puntos de partida de ambos modelos son sorprendentemente similares. Por ejemplo, es el caso de la distinción entre *actus reus* y *mens rea*, que encuentra paralelos con la diferencia entre tipo y el concepto psicológico de culpabilidad. Sin embargo, sostiene que la diferencia básica entre ambas tradiciones reside en que, en el modelo

¹⁴⁷² CHIESA, “Comparative Criminal Law”, en DUBBER, HÖRNLE (eds.), *The Oxford Handbook of Criminal Law*, Oxford University Press, 2014, p. 1113.

¹⁴⁷³ HASSEMER, *Crítica al derecho penal de hoy*, pp. 14-17.

¹⁴⁷⁴ KUHLEN, *La interpretación conforme a la Constitución de las leyes penales*, Marcial Pons, 2012, p. 143. Ver también SILVA SÁNCHEZ, “Presentación: ¡Hay jueces en Berlín! (y en Karlsruhe)”, en *InDret Penal*, n° 1, 2007.

¹⁴⁷⁵ DONINI, “La herencia de Bricola y el constitucionalismo penal como método...”, p. LXXIV.

¹⁴⁷⁶ WILLIAMS, *The mental element in Crime*, Magnes Press, The Hebrew University, 1965, pp. 120-121.

¹⁴⁷⁷ Proyecto de Código penal inglés disponible en: <http://www.lawcom.gov.uk/project/legislating-the-criminal-code/> [consulta: 01 de marzo de 2017].

anglosajón, la perspectiva procesal penetra directamente en el derecho sustantivo, a través de la figura de las *defenses*. Desde un punto de vista crítico, SCHÜNEMANN entiende que ello impide construir un sistema funcional basado en la norma de conducta y puede implicar el quebrantamiento del principio *in dubio pro reo* en diversos casos¹⁴⁷⁸. Sin embargo, en mi opinión, lo que es concebido como una debilidad en el sistema anglosajón, puede ser incorporado como un instrumento de análisis positivo en el sistema continental. Me refiero específicamente a la incorporación de una perspectiva de análisis aplicativo de las instituciones del Derecho penal sustantivo. La sólida base dogmática y de principios del Derecho penal continental lo releva de las críticas que, con relación a su incidencia en el principio *in dubio pro reo*, podrían plantearse en el sistema anglosajón.

Me atrevería a afirmar, además, que incluso en materia de presunción de inocencia, donde ambos modelos parecerían distantes, existe cierto acercamiento. Al respecto, JACKSON y SUMMERS afirman que la idea de que las dudas fácticas debían resolverse a favor del acusado llegó a aplicarse a través de ambas tradiciones. Recuerdan que incluso BENTHAM aceptó la presunción de inocencia, aunque de acuerdo con su filosofía utilitaria juzgó que el error de una condena es mayor que el error de una absolución por la mayor alarma social provocada por dicho error¹⁴⁷⁹.

Más cerca aún se encuentran en lo que a política criminal y lucha contra la inseguridad ciudadana se refiere. En el sistema anglosajón, ASHWORTH destaca que, en tiempos modernos, los derechos constitucionales no siempre se colocan en un pedestal y tienden a encontrarse a veces “en las turbulentas aguas de la política”, en una lucha contra las demandas de mayor seguridad y otras manifestaciones de lo que se ha denominado la sociedad de riesgo. Destaca entonces dos tendencias en Reino Unido frente al fenómeno de la inseguridad. Por un lado, el incremento de severidad (mediante penas máximas más altas, nuevos delitos, endurecimiento del procedimiento penal y nuevas formas de condena) y, por otro lado, la atención al riesgo y a dirigir la severidad a aquellas personas que se piensa que presentan particulares riesgos para el orden social y la seguridad (la proliferación de órdenes preventivas, nuevas disposiciones sobre peligrosidad, nuevas penas mínimas obligatorias y la identificación de delincuentes persistentes)¹⁴⁸⁰. Una realidad muy cercana al fenómeno de expansión del Derecho penal occidental¹⁴⁸¹.

¹⁴⁷⁸ SCHÜNEMANN, “El propio sistema de la teoría del delito”, en *InDret Penal*, n° 1, 2008, pp. 4-8.

¹⁴⁷⁹ JACKSON, SUMMERS, *The Internationalisation of Criminal Evidence*, Cambridge University Press, 2012, pp. 212-214.

¹⁴⁸⁰ ASHWORTH, “Four Threats to the Presumption of Innocence”, en *South American Law Journal*, N° 123, 2006, pp. 63-65.

¹⁴⁸¹ Al respecto, ver SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, 3ª ed., B de F, 2011.

Lo expuesto hasta aquí no implica negar que, como bien refiere BOHLANDER, persisten diferencias fundamentales entre ambos modelos, por lo que urge una deconstrucción de los mismos. El aludido autor alemán fue juez en Alemania y luego profesor de Derecho penal inglés, comparado e internacional en una universidad inglesa. A partir de su experiencia, sostiene que la distinta historia en materia de derechos humanos de Alemania y Reino Unido podría explicar la “relativa tranquilidad” con la que en este último país se hace uso de técnicas de vigilancia permanente, de instrumentos jurídicos que implican la inversión de la carga de la prueba y de la atribución de infracciones de responsabilidad objetiva. Asimismo, explica que la aproximación alemana a los casos penales es de naturaleza deductiva, por oposición a la naturaleza inductiva del *common law*, que se basa además en el sistema de jurados populares. Así, mientras que, para el Derecho alemán, la igualdad de armas es un principio que protege solo a la defensa y el proceso penal se sustenta en la decisión de un juez imparcial, en el Derecho inglés, las dificultades de la acusación para proveer la prueba para su pretensión podrían conducir a recortar la posición de la defensa¹⁴⁸².

Además de esta breve introducción, este capítulo presenta cuatro apartados. En el apartado que sigue, efectuaré una breve presentación de las características generales del sistema penal inglés, en el que destaca la inexistencia de un Código Penal y los problemas que ello puede plantear de cara al principio de legalidad. En primer lugar, realizaré una breve revisión de las fuentes del Derecho, que es probablemente el punto de mayor diferencia respecto del Derecho penal continental. En efecto, en el Derecho penal inglés, la fuente primaria es la jurisprudencia de sus cortes penales. Ahora bien, como veremos más adelante, las normas penales escritas, que se encuentran en estatutos que abordan temas específicos, cobran cada vez mayor presencia en Reino Unido, existiendo hoy incluso un plan para la codificación penal. En segundo lugar, haré una descripción sucinta de la evolución de las teorías de la pena y su influencia en la concepción de delito, a partir de las propuestas de cinco de los autores más reconocidos del Derecho penal inglés: BLACKSTONE, BENTHAM, MILL, WILLIAMS y H.L.A. HART. En tercer lugar, explicaré en qué consiste el sistema bipartito de delito y abordaré brevemente tres polémicas en torno a la teoría general del delito inglesa: la polémica acerca de si es conveniente mantener la distinción entre *actus reus* (elementos objetivos del delito) y *mens rea* (elementos subjetivos del delito); la polémica acerca de qué enfoque debe asumirse frente a la determinación de los elementos subjetivos del delito en el proceso penal; y la polémica acerca de qué ubicación deben tener los supuestos de justificación y de exculpación en la teoría del delito. Finalmente, presentaré el catálogo de principios que delimitan el ejercicio de la potestad punitiva. Haré especial referencia a los principios que se relacionan directamente con los elementos

¹⁴⁸² BOHLANDER, “Volver a Radbruch. La necesidad de retomar de raíz el diálogo entre *common law* y Derecho continental, en atención al ejemplo de la justicia penal internacional”, en *InDret Penal*, N° 2, 2012, pp. 6-14.

subjetivos del delito. Si bien podremos ver que existen aspectos muy similares al modelo de la democracia constitucional expuesto en el primer capítulo, debemos tener en cuenta que la permanencia de formas de responsabilidad estricta pone en evidencia el efecto limitado que el catálogo de principios tiene en la práctica judicial, cuya orientación se inclina muchas veces hacia el consecuencialismo.

En el tercer apartado de este capítulo, efectuaré una aproximación al tratamiento jurisprudencial de los estados mentales del delito. En primer lugar, explicaré los criterios de determinación más importantes que la jurisprudencia penal inglesa ha desarrollado para cada uno de los estados mentales del delito. Distinguiré cinco grandes grupos: los casos de intención (que se centran básicamente en la denominada “intención oblicua”), los casos de temeridad subjetiva (y su cercanía con la problemática del dolo eventual en el Derecho penal continental), los casos de conocimiento (y el tratamiento de los supuestos de ceguera voluntaria), los casos de negligencia (cuyos problemas de delimitación no se plantean frente a los supuestos dolosos, sino más bien frente a los casos de responsabilidad civil por negligencia) y los supuestos de error. Podremos ver que en todos los casos, la jurisprudencia penal inglesa ha planteado criterios que inciden en el aspecto procesal de la inferencia del estado mental. Una vez abordado este amplio catálogo de criterios, en un segundo punto, abordaré los supuestos de responsabilidad objetiva en el Derecho penal inglés. Haré referencia tanto a los casos de responsabilidad penal absoluta, hoy prácticamente desterrados del Derecho penal inglés, como a los casos de responsabilidad penal estricta, que plantean un conflicto relevante con el principio de *mens rea* o de culpabilidad.

En el cuarto apartado de este capítulo, abordaré la específica problemática procesal de la imputación subjetiva en el Derecho penal inglés. Ello implicará tratar asuntos como la titularidad de la carga de la prueba de los estados mentales, el rol de las presunciones y de los motivos, y los medios de prueba de los elementos subjetivos del delito.

Finalmente, en el último apartado, expongo a modo de conclusión del presente capítulo, una síntesis de los aportes más relevantes de la jurisprudencia inglesa para el tratamiento del problema del dolo, los que también constituyen parte importante de las bases de la *teoría de las condiciones para el conocimiento*.

El siguiente cuadro ilustra el contenido general del presente capítulo:

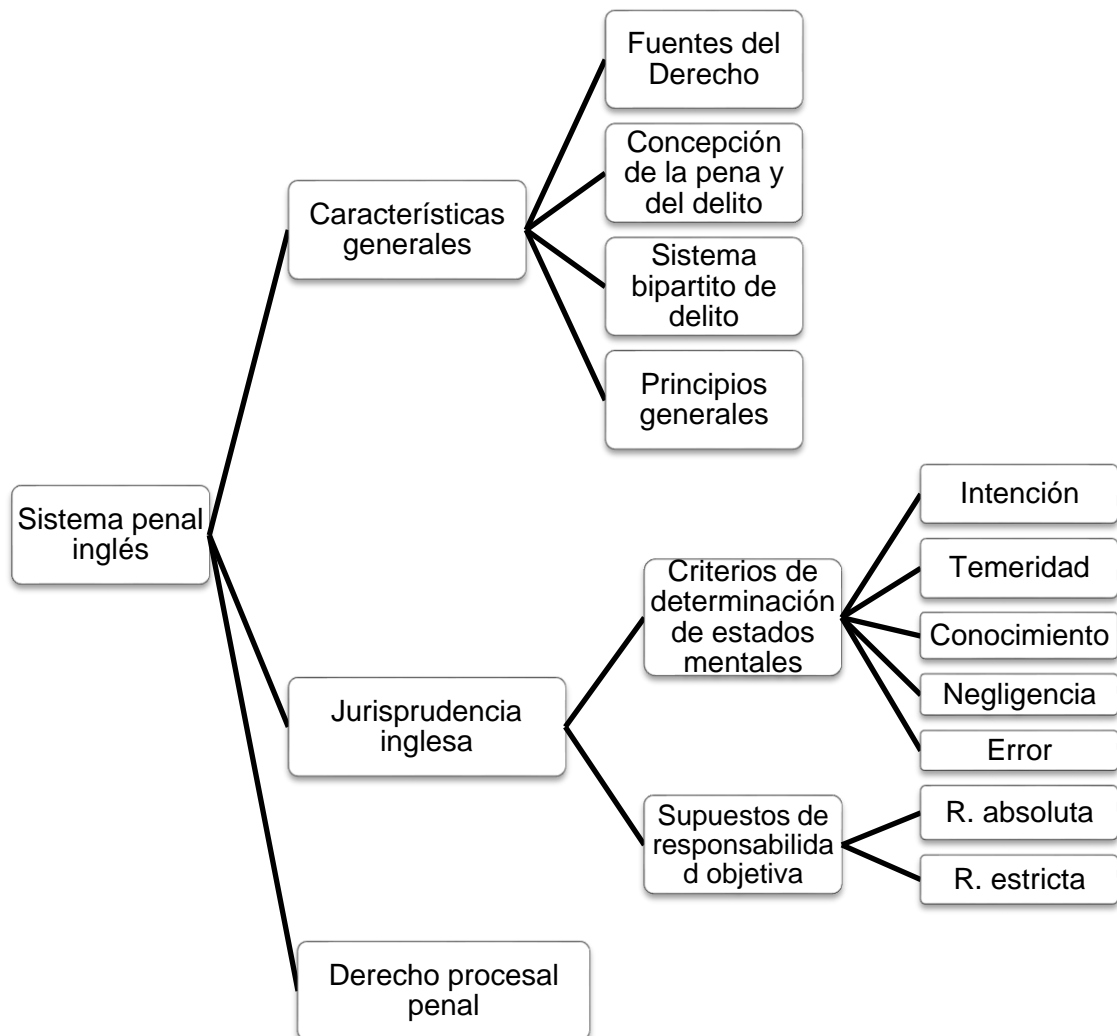


Figura 3.1. Sistema penal inglés

2. Características generales del sistema penal inglés¹⁴⁸³

2.1. Fuentes del Derecho

Como ya se adelantó, la fuente primaria del Derecho penal inglés ha sido tradicionalmente la jurisprudencia de sus cortes¹⁴⁸⁴. Las decisiones de los jueces han venido siendo registradas, publicadas y luego citadas en casos subsiguientes ante las cortes. Según CARD y MOLLOY, esto ha permitido el

¹⁴⁸³ Una visión comparativa en WEIGEND, "Subjective elements of criminal liability", pp. 490 y ss.

¹⁴⁸⁴ Acerca de la discusión entre naturalistas y positivistas en el Derecho Penal inglés, ver DUFF, *Answering for crime*, Oxford Hart, 2007, pp. 92-96.

desarrollo de la doctrina del precedente, bajo la cual las decisiones de determinadas cortes pueden ser obligatorias para aquellas de menor jerarquía. Se trata básicamente de las decisiones de las cortes que conocen las apelaciones, esto es, de la Corte Suprema (que ha reemplazado recientemente a la Cámara de los Lores¹⁴⁸⁵), de la División Criminal de la Corte de Apelaciones (*Court of Appeal – Criminal Division*) y de las Cortes Superiores (*Divisional Court - Queen’s Bench Division of the High Court*)¹⁴⁸⁶. La aceptación y valoración de la doctrina del precedente no es hoy pacífica. Así, por ejemplo, ORMEROD y LAIRD sostienen que el Derecho penal inglés presenta conflictos con el principio de legalidad¹⁴⁸⁷, toda vez que delitos graves, como el homicidio, derivan del Derecho jurisprudencial y no de normas escritas¹⁴⁸⁸.

La característica más resaltante del Derecho penal inglés es la ausencia de un Código Penal y la existencia de miles de estatutos independientes, que son normas escritas de distinta jerarquía que regulan sectores específicos y pueden contener determinadas normas penales¹⁴⁸⁹. A título de ejemplos, destacan la ley de delitos contra la persona de 1861 (*Offences Against the Person Act 1861*)¹⁴⁹⁰, la ley de robo de 1968 (*Theft Act 1968*)¹⁴⁹¹, la ley penal de daños de 1971 (*Criminal Damage Act 1971*)¹⁴⁹², la ley de delitos sexuales de 2003 (*Sexual Offences Act 2003*)¹⁴⁹³, entre otras. Sin embargo, también existe una serie de normas de menor jerarquía (legislación subordinada) que pueden tipificar ofensas penales. Asimismo, a través de un estatuto se puede otorgar poder a

¹⁴⁸⁵ Hasta el año 2009, la Cámara de los Lores fue la corte de mayor jerarquía en Reino Unido, siendo reemplazada por la Corte Suprema.

¹⁴⁸⁶ CARD, MOLLOY, *Card, Cross & Jones Criminal Law*, 22ª ed., Oxford University Press, 2016, p. 12.

¹⁴⁸⁷ Acerca del principio de legalidad en el Common law, ver AMBOS, *Fundamentos y ensayos críticos de Derecho Penal y Procesal Penal*, Ed. Palestra, 2010, pp. 205-223.

¹⁴⁸⁸ ORMEROD, LAIRD, *Smith and Hogan’s Criminal Law*, 14ª ed., Oxford University Press, 2015, p. 17. N.A.: SIR JOHN SMITH (1922-2003) y BRIAN HOGAN fueron los autores originales del Tratado de Derecho penal inglés “Smith and Hogan’s Criminal Law”, que desde 1965 ha sido un texto de importancia básica en la enseñanza y en el desarrollo del Derecho penal de las cortes inglesas y, en general, del Derecho penal de los países anglosajones. A partir de la undécima edición, la revisión del tratado se encuentra a cargo de profesor DAVID ORMEROD. La décimo cuarta edición es la última publicada en el año 2015 y a la que se une KARL LAIRD como co-autor. Agradezco al IALS (*Institute of Advanced Legal Studies - School of Advanced Study*) de *University of London* la oportunidad de haber podido participar como asistente del seminario “Law Reform Project Workshop on “Codification: a civil law solution to a common law conundrum?””, que se llevó a cabo el 28.10.2016 en la ciudad de Londres y en el que el profesor ORMEROD presentó la ponencia “Codification of sentencing law in England & Wales: reforming the criminal law”.

¹⁴⁸⁹ Los principales estatutos en materia penal se encuentran recogidos en DYSON (ed.), *Blackstone’s Statutes on Criminal Law 2016-2017*, 26ª ed., Oxford University Press, 2016.

¹⁴⁹⁰ Disponible en: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Vict/24-25/100/contents> [consulta: 01 de marzo de 2017].

¹⁴⁹¹ Disponible en: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1968/60/contents> [consulta: 01 de marzo de 2017].

¹⁴⁹² Disponible en: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1971/48/contents> [consulta: 01 de marzo de 2017].

¹⁴⁹³ Disponible en: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/42/contents> [consulta: 01 de marzo de 2017].

diversos órganos, como el Consejo de la Reina (*Queen in Council*), un ministro del gobierno o una autoridad local para que establezca regulaciones y prescriba sanciones -incluso de naturaleza penal- en caso de incumplimiento¹⁴⁹⁴.

Gráfica es la sentencia del caso *Regina v William Chambers*, en la que la División Criminal de la Corte de Apelaciones afirmó que el Derecho estatutario inglés resulta prácticamente inaccesible, si se tiene en cuenta que la mayor parte de la legislación es de rango secundario y no se encuentra consolidada¹⁴⁹⁵. Siguiendo a CARD, una estimación conservadora establece que existen actualmente alrededor de 11,000 ofensas de connotación penal en el Derecho inglés. De estas, únicamente veinte han sido creación del derecho jurisprudencial y alrededor de 10,000 ofensas son infracciones menores¹⁴⁹⁶. Se trata, en su mayoría, de ofensas creadas en los últimos 150 años, bajo las influencias variables de los gobiernos de diferentes tonalidades políticas¹⁴⁹⁷.

Ahora bien, cabe diferenciar tres ámbitos de creación normativa: la creación de delitos, el establecimiento de sanciones penales y la configuración de principios limitadores de la potestad punitiva estatal. Con relación a la creación de delitos, en los últimos años, las propias cortes inglesas han desarrollado un catálogo de principios y garantías procesales con el objeto de proporcionar mayor seguridad jurídica. En ese sentido, en el caso *Regina v Jones (Margaret) and others*¹⁴⁹⁸, la Cámara de los Lores (*House of Lords*) estableció que las normas escritas son la única fuente de creación de nuevos delitos; y en el caso *Regina v Rimmington and Goldstein*¹⁴⁹⁹, dispuso que las cortes no tienen poder para abolir delitos. Sin embargo, en lo que se refiere a las defensas -como el error, la inimputabilidad, la coacción, el estado de necesidad- el Derecho común sigue siendo la fuente indiscutible de regulación. Con relación a la sanción penal, esta puede estar contenida en el Derecho jurisprudencial, sobre todo al tratarse de ofensas creadas por este. Sin embargo, es hoy más común que la sanción penal se encuentre prescrita en los estatutos. Es el caso del delito de asesinato (*murder*), cuya conducta típica es regulada por la jurisprudencia de las cortes inglesas, mientras que su sanción está hoy regulada en un estatuto, que establece la pena de cadena perpetua obligatoria¹⁵⁰⁰. Finalmente, con relación a los principios generales de responsabilidad, aquellos que en Derecho penal continental

¹⁴⁹⁴ Al respecto, ver CARD, MOLLOY, *Card, Cross & Jones Criminal Law*, 22^a ed., p. 20.

¹⁴⁹⁵ *R v William Chambers* [2008] EWCA Crim 2467. Mayor referencia en ORMEROD, LAIRD, *Smith and Hogan's Criminal Law*, 14^a ed., p. 19.

¹⁴⁹⁶ CARD, MOLLOY, *Card, Cross & Jones Criminal Law*, 22^a ed., pp. 1-20.

¹⁴⁹⁷ ASHWORTH, *Positive Obligations in Criminal Law*, Hart Publishing, 2013, p. 2.

¹⁴⁹⁸ *R v Jones et al* [2006] UKHL 16, citado por ORMEROD, LAIRD, *Smith and Hogan's Criminal Law*, 14^a ed., p. 18.

¹⁴⁹⁹ *R v Rimmington and Goldstein* [2005] UKHL 63, citado por ORMEROD, LAIRD, *Smith and Hogan's Criminal Law*, 14^a ed., p. 18.

¹⁵⁰⁰ CARD, MOLLOY, *Card, Cross & Jones Criminal Law*, 22^a ed., p. 14.

constituirían la PG del Código Penal, se encuentran en el Derecho inglés regulados por la jurisprudencia¹⁵⁰¹.

Asimismo, frente a la poca coherencia y accesibilidad de la legislación penal, las cortes inglesas han desarrollado el principio según el cual, si una disposición es ambigua, debe ser interpretada de la forma más favorable para el acusado¹⁵⁰². Del mismo modo, ha ganado influencia el Derecho penal de la Unión Europea¹⁵⁰³ y, a partir de la promulgación de la ley de derechos humanos de 1998 (*Human Rights Act 1998*)¹⁵⁰⁴, se obliga a las cortes a tener en cuenta la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos¹⁵⁰⁵. En esa línea, la Convención Europea de Derechos Humanos establece las prohibiciones de criminalizar retroactivamente y de sancionar ofensas criminales vagas, así como el principio de presunción de inocencia¹⁵⁰⁶. La sentencia del caso *Jones et al*, que establece que las normas escritas son la única fuente de creación de nuevos delitos, es justamente consecuencia de la implementación de la ley de derechos humanos de 1998 y de lo establecido en el artículo 7° de la Convención Europea de Derechos Humanos, que prohíbe la criminalización retrospectiva¹⁵⁰⁷.

En materia de imputación subjetiva, las cortes inglesas han centrado su atención en la problemática de la inferencia de los estados mentales más allá de su conceptualización. Asimismo, a pesar de no existir un principio constitucional de culpabilidad de la connotación del conocido en el Derecho penal continental, la jurisprudencia inglesa ha venido entendiendo que la atribución de los estados mentales al imputado está sometida a principios que limitan la potestad punitiva del Estado y protegen la libertad individual del ciudadano. Más allá de la introducción de estos límites, lo cierto es que es cada vez más fuerte la exigencia de codificación en el Derecho penal inglés¹⁵⁰⁸.

¹⁵⁰¹ MCALHONE, WORTLEY, *Criminal Law. The Fundamentals*, 3ª ed., Thomson Reuters, 2013, p. 6. En el mismo sentido, CARD, *Card, Cross & Jones Criminal Law*, 21ª ed., Oxford University Press, 2014, p. 14.

¹⁵⁰² ORMEROD, LAIRD, *Smith and Hogan's Criminal Law*, 14ª ed., pp. 19-23.

¹⁵⁰³ Acerca de las implicancias de la Convención Europea de Derechos Humanos y de la Corte Europea de Derechos Humanos, ver EMMERSON, ASHWORTH, MACDONALD, et al (eds.), *Human Rights and Criminal Justice*, 3ª ed., Sweet & Maxwell, 2012, pp. 3 y ss., quienes recuerdan que Reino Unido fue el primer estado en ratificar la Convención en marzo de 1951, aunque no aceptó el derecho de petición individual hasta enero de 1966.

¹⁵⁰⁴ Disponible en: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/contents> [consulta: 01 de marzo de 2017].

¹⁵⁰⁵ EMMERSON, ASHWORTH, MACDONALD, et al (eds.), *Human Rights and Criminal Justice*, 3ª ed., pp. 151 y ss., sostiene que la ley de derechos humanos proporciona mayor efecto en el derecho interno a los derechos y libertades garantizados por la Convención Europea de Derechos Humanos.

¹⁵⁰⁶ ORMEROD, LAIRD, *Smith and Hogan's Criminal Law*, 14ª ed., pp. 25 y 29.

¹⁵⁰⁷ Disponible en: http://www.echr.coe.int/documents/convention_spa.pdf [consulta: 01 de marzo de 2017]. Al respecto, ver más en MCALHONE, WORTLEY, *Criminal Law. The Fundamentals*, 3ª ed., p. 4.

¹⁵⁰⁸ Acerca de la relación entre codificación y criminalización, ver FARMER, *Making the Modern Criminal Law. Criminalization and Civil Order*, Oxford University Press, 2016, pp. 161-162.

2.2. Concepción de la pena y del delito

Si bien el interés fundamental de este capítulo reside en recoger los criterios de determinación de los estados mentales desarrollados por la jurisprudencia inglesa, resulta necesario tener en cuenta cuál es la concepción de Derecho penal que enmarca el desarrollo del sistema penal inglés. Con tal fin, abordaré brevemente algunas ideas básicas sobre la pena y el delito, que fueron desarrolladas por los principales pensadores del Derecho penal inglés.

Desde un inicio, podrá observarse la influencia de las ideas de BECCARIA, especialmente en las obras de BLACKSTONE y de BENTHAM. El desarrollo del Derecho penal inglés está marcado por el utilitarismo y es justamente BECCARIA quien entrelaza esta forma de pensamiento con la teoría del contrato social, concibiendo a la justicia como aquello que es socialmente útil¹⁵⁰⁹.

2.2.1. *William Blackstone (1723-1780)*

Considerado el primer erudito inglés que intentó una explicación comprensiva y detallada de la ley común en todas sus facetas, de su teoría cabe destacar su orientación garantista y el hecho de haber sido uno de los primeros exponentes ingleses de la obra de BECCARIA¹⁵¹⁰. Destacan entre sus planteamientos la idea de que toda evidencia presuntiva de un delito grave debe ser admitida cuidadosamente, ya que para la ley “es mejor que diez personas culpables escapen a que un inocente sufra”¹⁵¹¹.

Su obra más famosa se titula “Comentarios sobre las leyes inglesas” y está contenida en cuatro volúmenes. El cuarto se encuentra dedicado al Derecho penal y, especialmente, a la teoría de la pena. Defiende una teoría de matiz preventivo y rechaza el pensamiento retributivo. En sus palabras:

“Es un honor, y casi singular, de nuestras leyes inglesas, que se basen en la justicia preventiva que está en cada principio de la razón, de la humanidad y de una política sana, preferible en todos los aspectos a castigar por justicia”¹⁵¹².

¹⁵⁰⁹ HARCOURT, “Beccaria’s On Crimes and Punishments: A Mirror on the History of the Foundations of Modern Criminal Law”, en DUBBER (ed.), *Foundational Texts in Modern Criminal Law*, Oxford University Press, 2014, pp. 42-45.

¹⁵¹⁰ STERN, “Blackstone’s Criminal Law: Common-Law Harmonization and Legislative Reform”, en DUBBER (ed.), *Foundational Texts in Modern Criminal Law*, Oxford University Press, 2014, pp. 62 y 78.

¹⁵¹¹ BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, vol. 4, 7ª ed., Clarendon Press Oxford, 1769, p. 352. Acerca del origen de la cita, ver NIEVA, *La duda en el proceso penal*, Marcial Pons, 2013, pp. 65-67.

¹⁵¹² BLACKSTONE, *Commentaries...*, vol. 4, p. 248.

En esa línea, sostiene que, como los castigos se destinan principalmente a la prevención de futuros delitos, es razonable que entre los crímenes de distinta naturaleza los más severamente castigados sean los más destructivos de la seguridad pública y la felicidad. Entiende, asimismo, que los crímenes son más efectivamente prevenidos por la certeza de su castigo que por la severidad del mismo¹⁵¹³.

A partir de ello, concibe el delito y la responsabilidad penal desde la concepción del libre albedrío. Afirma entonces que, para que exista un crimen completo cognoscible por las leyes humanas, debe existir voluntad y un acto manifiesto. No puede existir responsabilidad penal sin entendimiento. En consecuencia, el Derecho penal no debe intervenir cuando existen defectos de voluntad (minoría de edad, trastornos mentales, intoxicación, infortunio, ignorancia o error, coacción y necesidad inevitable)¹⁵¹⁴.

Con relación al dolo, y específicamente en sus comentarios al delito de traición entonces vigente, afirmaba BLACKSTONE que un acto de la mente no puede ser objeto de ningún conocimiento judicial, a menos que sea demostrado por algún acto manifiesto¹⁵¹⁵. Se observa ya en la obra de un penalista del siglo XVIII un antecedente de la concepción pragmática y aplicativa del Derecho penal inglés, según la cual la determinación procesal de las instituciones debe ocupar un lugar prioritario.

2.2.2. *Jeremy Bentham (1748-1832)*

BENTHAM es otro de los grandes exponentes del Derecho inglés durante fines del siglo XVIII e inicios de siglo XIX. En este autor, existe ya una preferencia por la legislación frente a la doctrina judicial como fuente del Derecho. Ello en atención al contenido más determinado y la fuente de autoridad de la primera¹⁵¹⁶. A diferencia de BLACKSTONE, quien se presenta como defensor de la ley vigente, la atención de BENTHAM se centra en el estudio de cómo debería ser el Derecho.

Para BENTHAM, la ley correcta es la que produce mayor felicidad y se encuentra de acuerdo a la razón. La medida de valor de dicha ley y, en general, de todas las acciones humanas, está constituida por el principio de utilidad, expresión fundamental del utilitarismo clásico que promueve. En su obra "The Principles of Morals and Legislation", sostiene que las acciones debe ser medidas según su tendencia a aumentar o disminuir la felicidad de la parte cuyos intereses están

¹⁵¹³ BLACKSTONE, *Commentaries...*, vol. 4, pp. 16-18.

¹⁵¹⁴ BLACKSTONE, *Commentaries...*, vol. 4, pp. 21-33.

¹⁵¹⁵ BLACKSTONE, *Commentaries...*, vol. 4, p. 79.

¹⁵¹⁶ BINDER, "Foundations of the Legislative Panopticon: Bentham's Principles of Morals and Legislation", en DUBBER (ed.), *Foundational Texts in Modern Criminal Law*, Oxford University Press, 2014, p. 79.

en cuestión. Explica entonces que la naturaleza ha colocado a la humanidad bajo el gobierno de dos amos soberanos, el dolor y el placer, los que determinan qué debemos hacer y establecen el estándar de lo correcto y lo incorrecto, así como la cadena de causas y efectos. El principio de utilidad reconoce esta sujeción y la asume como fundamento del sistema, cuyo objeto es el de elevar la fábrica de la felicidad a las manos de la razón y de la ley¹⁵¹⁷.

Según BENTHAM, los principios adversos al principio de utilidad son el principio de ascetismo, que aprueba las acciones de acuerdo a su tendencia a disminuir la felicidad, y el principio de simpatía y antipatía, que influencia más en asuntos de gobierno, y aprueba y desaprueba las acciones simplemente porque el hombre se encuentra dispuesto a aprobarlas o a desaprobarlas¹⁵¹⁸.

La utilidad es, en cambio, la propiedad de un objeto por la cual tiende a producir placer o a prevenir la ocurrencia del dolor. Distingue cuatro clases de fuentes de placer y de dolor: las físicas, las políticas, las morales y las religiosas. Son entonces fuentes de placer el sentido, la riqueza, la habilidad, la amabilidad, el buen nombre, el poder, la piedad, la benevolencia, la malevolencia, la memoria, la imaginación, el alivio, entre otras. Por otro lado, son fuentes del dolor la privación, los sentidos, la incomodidad, la enemistad, el mal nombre, la piedad, la benevolencia, la malevolencia, la memoria, la imaginación, la expectativa, entre otras¹⁵¹⁹.

BENTHAM acoge la idea de que tanto las buenas como las malas acciones proceden de la misma fuente: la gratificación del deseo. Por ello, al tener una fuente común, el valor de las acciones es determinado por sus consecuencias antes que por sus motivos¹⁵²⁰. BENTHAM se constituye entonces en un importante defensor del consecuencialismo, habiendo sido influenciado por HELVETIUS, quien planteaba:

“Si el deseo de placer es el verdadero principio de todos nuestros pensamientos y de todas nuestras acciones, si todos los hombres tienden realmente hacia su felicidad verdadera o aparente, se sigue de ello que todas nuestras voluntades no son más que el efecto de esta tendencia¹⁵²¹”.

Se trata, además, de una tendencia de la cual los hombres no pueden desviarse. Para HELVETIUS, es un hipócrita aquel que, en el estudio de la moral, no está animado por el deseo de procurar la felicidad de la humanidad. Añade entonces

¹⁵¹⁷ BENTHAM, *The Principles of Morals and Legislation*, Prometheus Books, 1988, pp. 1-2.

¹⁵¹⁸ BENTHAM, *The Principles of Morals and Legislation*, pp. 8-23.

¹⁵¹⁹ BENTHAM, *The Principles of Morals and Legislation*, pp. 24-25 y 33-34.

¹⁵²⁰ BINDER, “Foundations of the Legislative Panopticon: ...”, p. 85.

¹⁵²¹ HELVETIUS, *De l'esprit or Essays on the Mind and its several faculties*, Burt Franklin, reimpr., 1970, pp. 30-31.

que es el principio de la utilidad pública, o el del mayor número de hombres sujetos a la misma forma de gobierno:

“Un principio más extenso y más fructífero de lo que la imaginación puede concebir; un principio que incluye toda la moralidad y todas las legislaciones, de las cuales muchos hombres discuten sin entenderlas, y de las cuales los legisladores mismos tienen todavía una idea muy superficial, por lo menos si podemos juzgar por la infelicidad de casi todas las naciones de la tierra¹⁵²²”.

Con relación específicamente al Derecho penal, BENTHAM sostiene que, desde un punto de vista utilitario, el propósito de la ley es inducir una conducta que beneficie a los demás más de lo que perjudique al imputado, así como prevenir aquellas conductas que perjudicarían a otros más de lo que beneficiarían a su autor¹⁵²³. El motivo de la intervención del Derecho penal se encuentra entonces en la tendencia de una conducta a destruir, en tal o cual persona, algunos de estos placeres, o a producir algunos de estos dolores¹⁵²⁴.

Suscribe BENTHAM las críticas al excesivo punitivismo y apoya la disuasión como principio limitador del *ius puniendi*¹⁵²⁵. Desde una perspectiva utilitarista y consecuencialista, el Derecho penal no debe castigar cualquier clase de conductas, sino únicamente las violaciones de derechos preexistentes o de deberes oficiales. En su libro “Of Laws in General”, sostiene que no existe una ley que sea enteramente penal y no civil, ni una que sea enteramente civil y no penal. Sin embargo, sólo una particular clase de ofensas pueden ser calificadas como crímenes. Se trata de aquellas que se distinguen por tres características: la magnitud del daño que ocasionan o que se piensa que van a ocasionar; la cantidad de placer o desaprobación que se les atribuye o que se piensa que les va a ser atribuida por la comunidad; y el castigo que les es atribuido por la ley¹⁵²⁶.

La sanción penal se justifica en tanto mecanismo de producción de placer -disuasión- y de evitación del dolor -evitación de un mayor dolor que el que la propia pena implica-. Se trata de un incentivo poderoso, necesario no sólo para disuadir la conducta antisocial y la malversación oficial, sino también para asegurar a los miembros de la sociedad que sus derechos se encuentran seguros. La concepción de BENTHAM se plasma en la interacción de tres ideas: la utilidad del castigo como elemento disuasivo; la función jurídica del castigo como la sanción que garantiza todos los demás derechos; y la importancia de la

¹⁵²² HELVETIUS, *De l'esprit or Essays on the Mind and its several faculties*, pp. 125 y 135.

¹⁵²³ BINDER, “Foundations of the Legislative Panopticon: ...”, p. 91.

¹⁵²⁴ BENTHAM, *The Principles of Morals and Legislation*, p. 41.

¹⁵²⁵ HARCOURT, “Beccaria’s On Crimes and Punishments: ...”, p. 43.

¹⁵²⁶ BENTHAM, “Of Laws in General” (ed. by H.L.A. Hart), The Athlone Press, 1970, p. 196.

determinación tanto en la definición de los derechos como en el control de la discrecionalidad oficial¹⁵²⁷.

En el marco de su teoría utilitarista, BENTHAM sostiene que la responsabilidad penal debe estar generalmente condicionada a la conciencia del peligro. Ello establece un concepto particular de dolo. Considera que las consecuencias de un acto son intencionales si el actor se decide actuar, a pesar de ser consciente de las circunstancias que hacen probable la producción de las consecuencias. En cambio, el mero deseo de causar un resultado no agrega nada a la ofensa. La culpabilidad penal es entonces para BENTHAM un estado cognoscitivo, no una especie de deseo¹⁵²⁸.

Adelantándose al curso de lo que será luego la jurisprudencia consolidada en Reino Unido, BENTHAM distingue dos formas de intención. Por un lado, la intención directa o lineal, que se produce cuando la perspectiva de producir la consecuencia constituye uno de los eslabones de la cadena de causas por las cuales el autor está determinado a realizar su conducta. Por otro lado, la intención oblicua o colateral, que se presenta cuando, aunque la consecuencia estaba en la contemplación del autor y parecía probable su producción, la perspectiva de producir tal consecuencia no constituye un eslabón en la cadena de causas por las cuales el autor está determinado a realizar su conducta. A mayor detalle, sostiene BENTHAM que, cuando el acto en sí mismo es intencional y se advierte la existencia y la materialidad de todas las circunstancias con relación a una determinada consecuencia, y no existe error respecto de alguna circunstancia previa, esa consecuencia también debe ser intencional; en otras palabras, la advertencia de las circunstancias, libre de error, extiende la intencionalidad del acto a las consecuencias¹⁵²⁹.

Finalmente, cabe hacer mención a la concepción de BENTHAM acerca de los motivos del autor. Se trata de placer o dolor, operando de una cierta manera. Su bondad o maldad dependen de la intención que dan a luz, cuya bondad o maldad dependen a su vez de las consecuencias materiales que son sus objetos¹⁵³⁰. Según explica BINDER, la defensa de BENTHAM de la irrelevancia del motivo para la responsabilidad penal ganó amplia acogida en el Derecho inglés y en el Derecho americano y fue la inspiración de varias decisiones que negaron que la ilegalidad de un acto fuera suficiente para hacer a un delincuente culpable por causar un resultado dañoso. Siguiendo a BENTHAM, muchas cortes decidieron que el estado mental requerido era el conocimiento del riesgo de un resultado¹⁵³¹.

¹⁵²⁷ BINDER, "Foundations of the Legislative Panopticon: ...", pp. 91-92.

¹⁵²⁸ BINDER, "Foundations of the Legislative Panopticon: ...", p. 94.

¹⁵²⁹ BENTHAM, *The Principles of Morals and Legislation*, pp. 83 y 91.

¹⁵³⁰ BENTHAM, *The Principles of Morals and Legislation*, pp. 102 y 120.

¹⁵³¹ BINDER, "Foundations of the Legislative Panopticon: ...", p. 97.

2.2.3. John Stuart Mill (1806-1873)

MILL es el más conocido discípulo de BENTHAM. Sigue la corriente del utilitarismo y propone el famoso principio de daño (*the harm principle*). Según este, “el único propósito por el cual el poder puede ejercerse legítimamente en contra de la voluntad de cualquier miembro de una comunidad civilizada es prevenir el daño de otros”¹⁵³². MILL desarrolla uno de los planteamientos fundamentales de la democracia moderna al observar que una simple protección contra la tiranía del gobernante no resulta suficiente, ya que se requiere también una protección contra “la tiranía de las opiniones y sentimientos prevalentes”, contra la tendencia de la sociedad a imponer sus ideas y costumbres como reglas de conducta a los que difieren de ellas, y a tratar de impedir el desarrollo, y, en lo posible, la formación de individualidades que no estén en armonía con sus formas. Concluye entonces que encontrar y defender el límite a la legítima interferencia de la opinión colectiva sobre la independencia individual es tan indispensable para la buena marcha de las cosas humanas como para la protección contra el despotismo político¹⁵³³.

Con relación a la esfera de la libertad individual en la que la sociedad no debe tener un interés directo, MILL sostiene que se trata de una porción de la conducta y de la vida de esa persona que no afecta más que a ella, y que, si afecta igualmente a otras, lo hace con su previo consentimiento y con una participación libre y voluntaria. Según detalla MILL, este principio de libertad individual comprende tres ámbitos: el dominio interno de la conciencia, la libertad de gustos e inclinaciones, y la libertad de asociación entre los individuos. Con relación al dominio interno de la conciencia, explica MILL que este implica la libertad de conciencia en el sentido más amplio de la palabra, la libertad de pensar y de sentir, la libertad absoluta de opiniones y de sentimientos, sobre cualquier asunto práctico, especulativo, científico, moral o teológico. Con relación a la libertad de gustos y de inclinaciones, esta implica la libertad de organizar nuestra vida siguiendo nuestro modo de ser, de hacer lo que nos plazca, sujetos a las consecuencias de nuestros actos, sin que nuestros semejantes nos lo impidan, en tanto que no les perjudiquemos, e incluso, aunque ellos pudieran encontrar nuestra conducta tonta, perversa o equivocada. Finalmente, con relación a la libertad de asociación entre los individuos, esta conlleva la libertad de unirse para la consecución de un fin cualquiera, siempre que sea inofensivo para los demás

¹⁵³² MILL, *On Liberty* (ed. Edward Alexander), Broadview Literary Texts, 1999, p. 52.

¹⁵³³ MILL, *On Liberty*, pp. 46-47. Una perspectiva distinta en COMTE, *Système de politique positive*, Mathias, Carrillan – Goery, Dalmont, 1851, quien sostiene que el sistema social tiende a establecer un despotismo de la sociedad sobre el individuo. Disponible en: <http://anthropomada.com/bibliotheque/COMTE-auguste-Systeme-de-politique-positive.pdf> [consulta: 02 de marzo de 2017].

y con tal que las personas asociadas sean mayores de edad y no se encuentren coaccionadas ni engañadas¹⁵³⁴.

Más allá de lo expuesto, el planteamiento global de MILL debe ser valorado en el contexto de su época. Incluso a partir del principio del daño y de la defensa del principio de libertad individual, el mismo autor consideraba legítimo prohibir y sancionar la ociosidad de una persona que recibía aportación pública; imponer una multa moderada al padre cuyo hijo no podía leer en un examen público; prohibir y sancionar la ebriedad de un individuo propenso a la violencia contra otras personas al estar ebrio; e incluso prohibir y sancionar las ofensas contra la decencia, si se efectuaban en público¹⁵³⁵.

Ello explicaría por qué, después de un triunfo momentáneo del principio del daño, éxito debido principalmente a su simplicidad, la progresiva proliferación y acumulación de argumentos de daño social, sin un principio limitante para adjudicar entre reclamaciones de daño, hizo el moderno principio del daño inútil, o peor aún, una mera estratagema retórica. Como bien señala HARCOURT, el principio es hoy utilizado para persuadir a la opinión pública, justamente lo que MILL temía¹⁵³⁶.

El daño a terceros ya no es hoy entonces un principio limitador, ni excluye las categorías del vicio moral del objeto de la ley. Ha sucedido entonces algo similar a lo acontecido con la teoría del bien jurídico en el Derecho penal continental. Explica HARCOURT que, durante la segunda mitad del siglo XX, específicamente entre 1960 y 1980, H.L.A. HART, cuya teoría general se aborda en el siguiente punto, planteó una concepción moderna del principio de daño, la cual dominó el debate legal filosófico de entonces y se reflejó además en el Código Penal Modelo de Estados Unidos de Norteamérica. Sin embargo, entre 1980 y 1990, proliferaron una serie de argumentos a favor de determinadas prohibiciones penales basados en el principio del daño. Así, fue defendida la sanción penal de la pornografía por las lesiones que podían causar a las mujeres, la sanción penal de la prostitución como causa de crímenes mayores y del deterioro de la ciudad, la regulación de la conducta sexual para evitar la proliferación del sida, entre otras medidas que se alejaban cada vez más de la esencia del principio del daño planteado por MILL (y del desarrollo intentado por H.L.A. HART) y llevaban al colapso del mismo¹⁵³⁷.

¹⁵³⁴ MILL, *On Liberty*, pp. 54-55.

¹⁵³⁵ HARCOURT, "Mill's *On Liberty* and the Modern "Harm to Others" Principle", en DUBBER (ed.), *Foundational Texts in Modern Criminal Law*, Oxford University Press, 2014, pp. 166-167. Al respecto, ver detallada explicación en MILL, *On Liberty*, pp. 143 y ss.

¹⁵³⁶ HARCOURT, "Mill's *On Liberty*...", pp. 171.

¹⁵³⁷ HARCOURT, "Mill's *On Liberty*...", pp. 171-176.

2.2.4. Herbert Lionel Adolphus Hart (1907-1992)

H.L.A. HART es posiblemente el más importante filósofo del Derecho de habla inglesa del siglo XX¹⁵³⁸. Se trata además de un autor que presta especial atención a los fundamentos del Derecho penal. En su obra "Punishment and Responsibility", plantea que la sanción penal tiene cinco características fundamentales¹⁵³⁹:

- 1) Involucra el sufrimiento u otras consecuencias consideradas normalmente desagradables.
- 2) Se aplica como consecuencia de la infracción de una norma legal.
- 3) Se aplica a un supuesto o actual agresor por la comisión de una ofensa.
- 4) Debe ser administrada intencionalmente por seres humanos distintos al agresor.
- 5) Debe ser impuesta y administrada por una autoridad constituida por el sistema legal contra el cual la ofensa ha sido cometida.

Luego de varias décadas de una tradición marcadamente consecuencialista del Derecho penal inglés, las teorías de la justicia comienzan a tener influencia. En ese marco, H.L.A. HART, sin dejar de lado la tradición, entiende que el principio de utilidad debe estar limitado a justificar el Derecho penal como un todo y demuestra que el Derecho penal se presta a un riguroso análisis filosófico. En esa línea, defiende una concepción preventiva de la pena, aunque con los matices que veremos a continuación¹⁵⁴⁰.

Para este autor, la única manera de justificar el sufrimiento humano causado por la sanción penal es mediante la demostración de que era necesario prevenir un mayor sufrimiento a través de la disuasión del crimen¹⁵⁴¹. Sin embargo, distingue el utilitarismo como justificación de la sanción penal de la retribución como justificación de la distribución del castigo. Defiende entonces la idea de que la distribución del castigo a individuos específicos debe ser justificada en motivos retributivos. Así, a la pregunta de a quién debe aplicarse el castigo, debe

¹⁵³⁸ THORBURN, "The Radical Orthodoxy of Hart's *Punishment and Responsibility*", en DUBBER (ed.), *Foundational Texts in Modern Criminal Law*, Oxford University Press, 2014, p. 279.

¹⁵³⁹ HART, H.L.A., *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*, Clarendon Press Oxford, 1968, pp. 4-5.

¹⁵⁴⁰ Por el contrario, DEVLIN, *The Enforcement of Morals*, Oxford University Press, 1965, defiende un punto de vista retribucionista. En otro extremo, WOOTTON, *Crime and the Criminal Law: Reflections of a Magistrate and Social Scientist*, 2ª ed., Steven & Sons, 1981, plantea la supresión del Derecho penal y su reemplazo por el tratamiento, a lo que H.L.A. HART se opone. Son especialmente críticos de la propuesta de H.L.A. HART, DUFF, *Trials and Punishments*, Cambridge University Press, 1986, p. 135, quien plantea la necesidad de conectar el Derecho penal con sus raíces en la moralidad, antes de pensarlo como un mero instrumento para perseguir las finalidades políticas; y VON HIRSCH, *Doing Justice: The Choice of Punishments: report of the Committee for the Study of Incarceration*, Northeastern University Press, 1976.

¹⁵⁴¹ THORBURN, "The Radical Orthodoxy of Hart's *Punishment and Responsibility*", en DUBBER (ed.), *Foundational Texts in Modern Criminal Law*, Oxford University Press, 2014, p. 282.

responderse que sólo al autor por la comisión de un delito¹⁵⁴². Se distancia, sin embargo, de aquellos autores que defienden un punto de vista general retributivo, al sostener que la retribución en la distribución del castigo tiene un valor bastante independiente de la retribución como objetivo justificador¹⁵⁴³. Según THORBURN, lo que realmente plantea H.L.A. HART es un principio sustantivo de distribución, que ordena que sólo deben ser castigadas aquellas personas que han tenido una justa oportunidad de ajustar su conducta a las exigencias de la ley¹⁵⁴⁴.

Con relación al dolo, H.L.A. HART defiende una concepción garantista y sostiene que la intención es relevante en dos momentos distintos: el de la sentencia y el de la condena. En primer lugar, es relevante antes de la condena cuando se formula la pregunta de si el acusado debe ser condenado por un crimen. Defiende entonces el principio que indica que “castigar a una persona es injusto y no equitativo salvo que haya tenido la capacidad y una oportunidad justa de cumplir la ley”. Al respecto, desarrolla el principio del imperio de la ley (*rule of law*) que, entre sus garantías, cuenta con la de que sólo se condene a las personas que estuvieron en la capacidad de hacer lo que la ley penal exigía y abstenerse de lo que prohibía¹⁵⁴⁵. En segundo lugar, la intención resulta relevante cuando se formula la pregunta de cuán severamente debe ser castigado el condenado. Sostiene H.L.A. HART que, si bien tanto en el caso de intención directa como en el de intención oblicua, el sujeto tiene control y se puede considerar que ha elegido el resultado, ya que conscientemente optó por el curso que conducía al mismo, no debiendo existir entonces diferencia en la calificación de la conducta; sí cabe efectuar una distinción a nivel de determinación de la severidad de la sanción, sea que se defienda una teoría retributiva o una utilitarista¹⁵⁴⁶.

H.L.A. HART plantea la necesidad de diferenciar lo que “comúnmente” se entiende como intención de las exigencias de la ley, la cual no requiere que el resultado haya sido algo pretendido en el sentido de que el imputado se propuso lograrlo, ya sea como medio o como fin. Distingue entonces tres supuestos vinculados a la intención: hacer intencionalmente algo (*intentionally doing something*), hacer algo con una intención que va más allá del propio acto (*doing something with a further intention*) y la pura intención (*bare intention*). Explica que, mientras el primer supuesto es el más importante, el tercero -que apunta básicamente a un aspecto interior de la intención- no tiene relevancia penal. Cita a JAMES FITZHAMES STEPHEN, quien sostenía que sancionar la pura intención sería totalmente intolerable, “toda la humanidad sería delincuente, y la mayor

¹⁵⁴² THORBURN, “The Radical Orthodoxy of Hart...”, p. 285.

¹⁵⁴³ HART, H.L.A., *Punishment and Responsibility...*, p. 12.

¹⁵⁴⁴ THORBURN, “The Radical Orthodoxy of Hart...”, p. 286.

¹⁵⁴⁵ ASHWORTH, *Positive Obligations in Criminal Law*, p. 113.

¹⁵⁴⁶ HART, H.L.A., *Punishment and Responsibility...*, pp. 114-115 y 121-122.

parte de sus vidas pasaría por intentar y castigarse mutuamente por ofensas que nunca podrían probarse”¹⁵⁴⁷. Vinculado a esta orientación hasta cierto punto principista, H.L.A. HART afirma con relación a la responsabilidad penal estricta:

“La razón por la cual la responsabilidad objetiva es odiosa no es simplemente porque equivale a castigar a aquellos que al momento de actuar no "tienen en sus mentes" los elementos de previsión o deseo de movimiento muscular. Estos elementos psicológicos no son en sí mismos cruciales, aunque son importantes como aspectos de la responsabilidad. Lo que es crucial es que los que castigamos deberían haber tenido, cuando actuaron, las capacidades normales, físicas y mentales, para hacer lo que la ley requiere y abstenerse de lo que prohíbe, y una oportunidad justa para ejercer estas capacidades”¹⁵⁴⁸.

Se trata de una clara defensa del contenido del principio de culpabilidad, tal como se concibe en el Derecho penal occidental.

2.2.5. Glanville Williams (1911-1977)

WILLIAMS es considerado como el principal penalista académico británico del siglo veinte¹⁵⁴⁹. Su principal obra “Criminal Law: The General Part” fue publicada en 1953 y se considera que trajo al Derecho penal anglosajón la idea de la PG del Derecho penal continental. Fuertemente influenciado por el utilitarismo de BENTHAM, al mismo tiempo estuvo muy comprometido con las instituciones y prácticas del derecho común, fue consultor externo para la elaboración del Código Penal Modelo de Estados Unidos de Norteamérica y estuvo al frente de campañas de reforma en materias como aborto, suicidio y eutanasia¹⁵⁵⁰.

Según detalla FARMER, WILLIAMS era partidario de limitar la discrecionalidad judicial y de considerar a la legislación como la fuente primaria de Derecho. En esa línea, pretendía limitar los daños que pudieran resultar del uso excesivo del Derecho penal y convertir a la sanción penal en un mecanismo de prevención efectivo¹⁵⁵¹.

Con relación a los elementos subjetivos del delito, como consecuencia de defender una teoría preventiva de la pena, WILLIAMS insistió en la necesidad de que la prueba de los estados mentales del autor fuera un requerimiento necesario para todas las ofensas penales¹⁵⁵². En la primera página de su Trat., afirma: “un pensamiento privado no es suficiente para encontrar

¹⁵⁴⁷ HART, H.L.A., *Punishment and Responsibility...*, pp. 117-120 y 127.

¹⁵⁴⁸ HART, H.L.A., *Punishment and Responsibility...*, p. 152.

¹⁵⁴⁹ FARMER, “The Modest Ambition of Glanville Williams”, en DUBBER (ed.), *Foundational Texts in Modern Criminal Law*, Oxford University Press, 2014, p. 263.

¹⁵⁵⁰ FARMER, “The Modest Ambition of Glanville Williams”, pp. 263-264.

¹⁵⁵¹ FARMER, “The Modest Ambition of Glanville Williams”, p. 271.

¹⁵⁵² FARMER, “The Modest Ambition of Glanville Williams”, pp. 267-268.

responsabilidad¹⁵⁵³. A continuación, expone que el requisito legal de *mens rea* no se ajusta a ninguna de las teorías de la pena. Para una teoría preventiva, la ignorancia de Derecho debería ser una defensa y para la ley no lo es. Para una teoría retributiva, los motivos deberían ser valorados, pero la ley penal no lo hace¹⁵⁵⁴.

Rechaza una concepción psicológica del dolo, al sostener que la intención no debe ser entendida como una investigación de hechos psicológicos, sino como una cuestión de uso verbal y conveniencia. Propone que la intención es una especie de deseo por parte de una persona que se acopla con su propia conducta real o propuesta para lograr su satisfacción. La intención es, por definición, el deseo que prevalece y se emite en una acción¹⁵⁵⁵. Precisa que existen algunos casos que no se ajustan a esta definición. En primer lugar, existe una situación en la que la consecuencia es considerada intencional aun cuando no ha sido deseada por el autor. Ello ocurre cuando es prevista como sustancialmente cierta. En segundo lugar, hay un caso en el que la previsión de un resultado cierto no es equivalente a la intención. Es el supuesto del autor que realiza una conducta lícita y persigue una finalidad legal, pero prevé que si continúa haciéndolo alguna otra persona actuará ilegalmente¹⁵⁵⁶. Este segundo supuesto se asemeja a aquellos casos que son tratados como conductas neutras en el Derecho penal continental.

En términos generales, puede afirmarse que la teoría de WILLIAMS es garantista. Cuestiona, por ejemplo, la idea según la cual se presume que un hombre tiene la intención de realizar las consecuencias naturales de sus actos. La califica como una amenaza a cualquier teoría racional de la intención¹⁵⁵⁷. Asimismo, refleja una preocupación por el uso de ofensas de responsabilidad estricta y opina que la sanción penal sería más efectiva si estuviera dirigida únicamente a aquellos que optan por violar la ley¹⁵⁵⁸.

2.3. Sistema bipartito de delito

El Derecho penal anglosajón -y el inglés, en particular- presenta un sistema bipartito de delito. Según refiere FLETCHER, en el siglo XVII, EDWARD COKE dedujo

¹⁵⁵³ WILLIAMS, *Criminal Law. The General Part*, 2ª ed., Steven & Sons Limited, 1961, p. 1.

¹⁵⁵⁴ WILLIAMS, *Criminal Law. The General Part*, 2ª ed., p. 30.

¹⁵⁵⁵ WILLIAMS, *Criminal Law. The General Part*, 2ª ed., pp. 34-36, quien también aborda la inferencia de la intención y la inversión de la carga de la prueba en materia de dolo (pp. 894 y ss.).

¹⁵⁵⁶ WILLIAMS, *Criminal Law. The General Part*, 2ª ed., pp. 38-43.

¹⁵⁵⁷ WILLIAMS, *Criminal Law. The General Part*, 2ª ed., p. 89.

¹⁵⁵⁸ FARMER, "The Modest Ambition of Glanville Williams", pp. 268 y 275. Ver una relación detallada de ofensas de responsabilidad estricta en WILLIAMS, *Criminal Law. The General Part*, 2ª ed., pp. 77 y ss., quien menciona las ofensas relacionadas con el comercio, las ofensas de posesión, las ofensas del tráfico rodado, así como también la aplicación de la responsabilidad estricta a delitos más graves.

del Derecho vigente el principio de que en todo delito debía existir una unión entre el aspecto externo de la conducta delictiva, que en el Derecho penal anglosajón se denomina *actus reus*, y su aspecto interno, que es llamado *mens rea*¹⁵⁵⁹. Se trata de una diferenciación que guarda semejanzas con el planteamiento del causalismo en el Derecho penal continental, el cual distingue entre un aspecto objetivo del delito -antijuridicidad- y un aspecto subjetivo del mismo -culpabilidad-. Se observa en el siguiente gráfico:

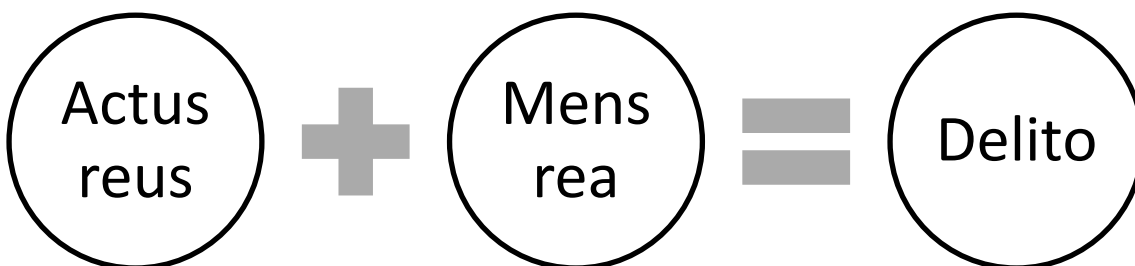


Figura 3.2. Estructura del delito en el Derecho penal anglosajón

El estado actual de la cuestión de las condiciones generales de la responsabilidad penal en el Derecho penal inglés puede circunscribirse a tres asuntos fundamentales, aunque no necesariamente con ellos se agota la discusión. En primer lugar, existe un debate en torno a si debe mantenerse la tradicional distinción entre el aspecto externo y el aspecto interno de la conducta delictiva. En segundo lugar, se discute cuál debe ser la forma de concebir los estados mentales del sujeto activo del delito, si deben entenderse subjetivamente como hechos internos de la mente o si deben valorarse a partir de criterios objetivos como el del hombre promedio. Finalmente, se cuestiona el tratamiento de los supuestos de justificación y exculpación. Desarrollaré brevemente cada uno de estos asuntos a efectos de comprender cuál es la concepción actual del delito en el Derecho penal inglés.

2.3.1. Distinción entre el aspecto objetivo y el aspecto subjetivo de la conducta

Un punto de partida mayormente compartido en el Derecho penal inglés es aquel que establece que no deben existir delitos de pensamiento (*thought crimes*), sino únicamente delitos de conducta (*conduct crimes*) y delitos de resultado (*result crimes*)¹⁵⁶⁰. A partir de ello, a nivel de la teoría del delito, tradicionalmente se han venido distinguiendo los elementos objetivos del delito, a los que se denomina

¹⁵⁵⁹ FLETCHER, *Gramática del Derecho penal*, p. 84.

¹⁵⁶⁰ Acerca de la distinción entre delitos de lesión y delitos de peligro en el Derecho Penal anglosajón, ver DUFF, "Criminalizing Endangerment", en *LLR*, vol. 65, N° 3, 2005.

actus reus, de los elementos subjetivos o mentales, a los que se conoce como *mens rea*.

El *actus reus* comprende la realización de una conducta por parte del sujeto activo del delito, la cual debe ser realizada voluntariamente. Según explican ORMEROD y LAIRD, una conducta no es voluntaria cuando el sujeto se encuentra inconsciente, pero también existen circunstancias en las que el sujeto se encuentra consciente y el acto se considera involuntario para los propósitos del Derecho penal. Se trata de los supuestos de fuerza física irresistible, en los que puede alegarse una defensa de automatismo (*automatism*), surgido de una causa interna producto de una enfermedad de la mente (*insane automatism*) o de una causa externa que produce una falta total de control (*sane automatism*). Ahora bien, no siempre se exige la existencia de una conducta para atribuir el *actus reus*. Así, a pesar de que el Derecho común, con relación a los denominados delitos de posesión, estableció que “estar en posesión” era un acto insuficiente para constituir el *actus reus* de un delito, hoy en día existen varios casos en los que, mediante estatuto, la mera posesión es suficiente¹⁵⁶¹.

Cuando se trata de delitos de resultado, en el Derecho penal inglés se añade el requisito de la causalidad. Como explican ORMEROD y LAIRD, se aplica el principio *but for*, que establece que el acto del acusado no puede ser considerado causa de un evento si este hubiera ocurrido de la misma forma aun cuando el acusado no hubiera realizado su conducta. Se trata de un razonamiento similar al del principio “sine qua non” del derecho penal continental. ORMEROD y LAIRD añaden que la conducta del acusado debe ser la única o la principal causa del resultado, lo que trae como consecuencia restringir la aplicación del principio *but for* y sostener que el resultado prohibido no es atribuible al acusado si el elemento culpable de su conducta de ninguna forma ha significado una contribución relevante al resultado. Así, si existe un evento interviniente, ya sea que provenga de un fenómeno natural o de otra conducta humana, éste podría romper la cadena de causalidad. En conclusión, si a pesar de los eventos intervinientes, la conducta del acusado permanece como una causa sustancial y operativa del resultado, el acusado será responsable¹⁵⁶². ORMEROD y LAIRD enumeran los siguientes principios que regulan el aspecto objetivo de la conducta delictiva en el Derecho penal inglés¹⁵⁶³:

¹⁵⁶¹ ORMEROD, LAIRD, *Smith and Hogan's Criminal Law*, 14ª ed., pp. 60-72, quienes añaden que desde 1875, a partir del caso *R v Prince*, aun en los delitos de responsabilidad objetiva (*strict liability crimes*), se requiere la prueba de que la conducta del sujeto activo fue voluntaria, lo que confirma que la voluntariedad es un elemento del *actus reus* y no del *mens rea*. Al respecto, ver *R v Prince* (1872-75) LR 2 CCR 154.

¹⁵⁶² ORMEROD, LAIRD, *Smith and Hogan's Criminal Law*, 14ª ed., pp. 91-95.

¹⁵⁶³ ORMEROD, LAIRD, *Smith and Hogan's Criminal Law*, 14ª ed. pp. 95-109.

- 1) Un acto posterior del imputado no rompe la cadena de causalidad para excusarlo cuando el acto es parte de la misma operación perpetrada por el imputado.
- 2) El imputado no será responsable si un evento natural que es extraordinario o no razonablemente previsible, sobreviene y hace que su contribución simplemente sea una parte de los antecedentes.
- 3) El imputado no será responsable si el acto de intervención de un tercero es uno de carácter libre, deliberado e informado (sea razonablemente previsible o no). En cambio, la cadena de causalidad se mantendrá intacta si el imputado, para realizar su acción, utiliza a un agente inocente (un niño o un enfermo mental), si la conducta del tercero es involuntaria o se trata de un acto previsible realizado instintivamente con el propósito de auto preservación o en ejecución de un deber legal. Ahora bien, cabe indicar que el principio de que un acto completamente voluntario del tercero rompe la cadena de causalidad ha sido ignorado por los jueces ingleses en una serie de casos, en específico aquellos supuestos en los que el acusado suministró drogas o asistió en el consumo de drogas a la víctima, quien realizó un consumo voluntario y murió como consecuencia de una sobredosis.
- 4) El imputado no será responsable si el acto de intervención de un tercero no es un acto libre y deliberado, siempre y cuando no sea razonablemente previsible. En cambio, si fuera razonablemente previsible, se considerará que el imputado causó el resultado.
- 5) El imputado no será responsable si un profesional médico interviene para tratar lesiones infligidas por el imputado y el tratamiento es lo suficientemente independiente y potente para hacer que la contribución del imputado sea parte de la historia y no una causa sustancial de la muerte.
- 6) Con relación a la víctima, el imputado será responsable si la víctima tenía una condición pre-existente que la hacía inusualmente vulnerable a la agresión física. Sin embargo, no será responsable si la conducta de respuesta de la víctima frente al acto del imputado no se encuentra en un rango de reacciones que puedan ser consideradas razonables según las circunstancias.

Con relación a la omisión, se distinguen las ofensas de mera omisión de las ofensas de omisión que causan un resultado. Respecto de las segundas, según ORMEROD y LAIRD, debe verificarse el cumplimiento de tres requisitos. En primer lugar, que se trate de una ofensa que pueda ser cometida mediante omisión. En

segundo lugar, el imputado debe haber ostentado un deber de actuación, cuya fuente puede ser la relación de dependencia, la existencia de obligaciones en las que se ha incurrido voluntariamente, la existencia de deberes contractuales o la creación de una situación peligrosa previa. Finalmente, debe establecerse si la falta de actuación causó el daño prohibido¹⁵⁶⁴.

Pasando ahora a tratar los elementos subjetivos del delito, con el término *mens rea*, en el Derecho penal inglés se hace referencia a los estados mentales que se exige para la configuración de un buen número de delitos. Los estados mentales principales son la intención (*intention*) y la temeridad (*recklessness*). Siguiendo a HERRING, podemos entender que el imputado actúa intencionalmente cuando su propósito o finalidad es la realización del resultado típico. Asimismo, el jurado tiene la facultad de inferir la intención del imputado, aun cuando no haya actuado con la directa finalidad de ocasionar el resultado, si este previó -con virtual certeza- la ocurrencia del resultado típico como una consecuencia de su conducta. Por otro lado, el imputado actúa con temeridad cuando su conducta constituye la realización irracional de un riesgo y este aprecia que, a causa de la misma, existe la posibilidad de que el resultado típico se produzca¹⁵⁶⁵. Otro estado mental relevante tratado por la jurisprudencia inglesa es el conocimiento (*knowledge*), aunque este suele referirse a las circunstancias del delito, antes que a la conducta o al resultado.

La jurisprudencia también hace referencia a casos de mera creencia (*belief*), sospecha (*suspicion*), voluntariedad (*wilfulness*), malicia (*malice*), entre otros. Como explica PADFIELD, el elemento subjetivo puede extenderse a algunos o a todos los elementos objetivos del delito. Puede ser el caso también que cada elemento objetivo de un delito requiera un elemento subjetivo (estado mental) distinto¹⁵⁶⁶.

Distinto es el supuesto de la negligencia (*negligence*), con el que se hace referencia a la conducta que cae por debajo del estándar que se espera de una persona razonable en determinadas circunstancias y, por ende, no es concebido necesariamente como “un estado mental”. Según ASHWORT y HORDER, la distinción entre intención y temeridad, por un lado, y negligencia, por el otro, puede entenderse como la diferencia entre efectos previstos y efectos que fueron imprevistos solamente porque el agente no prestó la atención que pudo y debió haber prestado¹⁵⁶⁷.

¹⁵⁶⁴ ORMEROD, LAIRD, *Smith and Hogan's Criminal Law*, 14ª ed., pp. 78-83.

¹⁵⁶⁵ HERRING, *Criminal Law. Text, Cases, and Materials*, 7ª ed., Oxford University Press, 2016, p. 132.

¹⁵⁶⁶ PADFIELD, *Criminal Law*, 8ª ed., Oxford University Press, 2012, p. 43.

¹⁵⁶⁷ ASHWORTH, HORDER, *Principles of Criminal Law*, 7ª ed., Oxford University Press, 2013, p. 182.

Existen también las ofensas de responsabilidad objetiva o estricta (*offences of strict liability*), en las que, a diferencia de los delitos más graves y otras ofensas de menor gravedad que exigen la prueba de que el acusado tenía un estado de culpabilidad determinado, en este caso no se exige que se pruebe que algunos elementos del *actus reus* estén abarcados por alguno de los estados mentales¹⁵⁶⁸.

El punto central de debate contemporáneo consiste en definir si resulta adecuado mantener esta división estricta entre el *actus reus* y el *mens rea*. Entre aquellos autores que defienden la distinción tradicional destaca MOORE, quien sostiene que no se debe buscar la diferencia entre el *actus reus* y el *mens rea* en la economía lingüística que a menudo se utiliza para expresar ambos requisitos en algunas leyes penales. En cambio, propone establecer la diferencia entre los estados mentales prohibidos por el requisito de *actus reus* y los estados mentales prohibidos por el requisito del *mens rea* como por lo menos una diferencia en los objetos de los respectivos estados mentales: las descripciones de movimientos corporales son los objetos de los estados mentales que forman parte del requisito de *actus reus*, mientras que las descripciones de los actos complejos son los objetos de los estados mentales del requisito de *mens rea*. En consecuencia, distingue el requisito general de *mens rea*, del *mens rea* específico del delito. El primero implica la existencia de una conducta voluntaria y la ausencia de excusas como la locura o la intoxicación involuntaria. El segundo se centra únicamente en los estados mentales que el acusado debe tener con relación a los elementos del *actus reus* de una prohibición particular. MOORE cita el ejemplo de la *California Privacy Act*, la cual prohíbe la grabación de cualquier comunicación confidencial de otra persona sin su consentimiento cuando se realiza por medio de cualquier dispositivo electrónico de amplificación o grabación. El *mens rea* específico del delito exige en ese caso que el acto se realice intencionalmente¹⁵⁶⁹.

Por otro lado, sin objetar la distinción tradicional, autores como ORMEROD y LAIRD afirman que no siempre es posible separar de manera precisa ambos elementos, ya que algunas veces una palabra que describe el *actus reus* o parte del mismo implica un elemento mental¹⁵⁷⁰. Más allá de ello, existen otros autores que cuestionan de forma plena la distinción tradicional entre *actus reus* y *mens rea*. Es el caso, por ejemplo, de DONNELLY-LAZAROV, quien plantea que no es posible entender en qué consiste la tentativa sin descartar primero la división entre *mens rea* y *actus reus*. Explica entonces que la acción es inseparable de la voluntariedad que la constituye, teniendo que ver esta última tanto con el movimiento físico como con los estados internos del sujeto. Por ello entiende que

¹⁵⁶⁸ ORMEROD, LAIRD, *Smith and Hogan's Criminal Law*, 14ª ed., p. 114 y 161.

¹⁵⁶⁹ MOORE, *Act and Crime. The Philosophy of Action and its Implications for Criminal Law*, Clarendon Press, 1993, pp. 171-173.

¹⁵⁷⁰ ORMEROD, LAIRD, *Smith and Hogan's Criminal Law*, 14ª ed., p. 52.

es artificial separar *a priori* algunas partes del propósito de las demás¹⁵⁷¹. Ejemplo de ello es el propósito en el delito de violación sexual, el cual reside tanto en los movimientos físicos reales como en los procesos internos del autor.

Ahora bien, quizás las propuestas más desarrolladas en el sentido de terminar con la distinción estricta entre *actus reus* y *mens rea* son aquellas que plantean que ambos elementos se encuentren unidos en la acción¹⁵⁷². Destaca la teoría de ROBINSON, que, si bien ha sido desarrollada en Estados Unidos de Norteamérica, ha tenido impacto en todo el mundo anglosajón al proponer el abandono de la aludida distinción objetivo/subjetivo y su reemplazo por otras conceptualizaciones. Para este autor, el problema de la distinción se encuentra en que tanto el requisito de *actus reus* como el requisito de *mens rea* agrupan bajo su título una serie de doctrinas que no tienen característica común ni función común algunas¹⁵⁷³. Así, se suele agrupar como doctrinas en torno al *actus reus* el requisito de acto, las reglas de la responsabilidad por omisión, el requisito de voluntariedad y los elementos objetivos de las definiciones de delitos; y, como doctrinas en torno al *mens rea*, la culpabilidad por las circunstancias presentes, la culpabilidad por los resultados futuros, la intención de conducta presente y la intención de conducta futura. Propone, en cambio, abordar cada una de estas doctrinas de forma separada, en base a los siguientes criterios¹⁵⁷⁴:

- 1) Con relación al requisito de acto, señala que este debe operar como prohibición de castigo de las personas por pensamientos no exteriorizados, brindar alguna confirmación objetiva mínima de que existe la intención del acusado, proveer el tiempo y lugar de ocurrencia de un delito, ofrecer un punto de partida para resolver la espinosa cuestión de la responsabilidad y el castigo por múltiples delitos conexos, así como limitar de manera modesta el poder gubernamental para definir los delitos. Su aplicación no es universal, al existir los supuestos de omisión.
- 2) Con relación a las reglas que rigen la responsabilidad por omisión, sostiene que se trata de excepciones al requisito de acto en aquellos casos en los que se impone responsabilidad penal por no realizar un acto que uno tenía el deber legal de realizar.
- 3) Con relación al requisito de voluntariedad, explica que su aplicación debe ser universal, ya que la responsabilidad penal debe sustentarse en un acto

¹⁵⁷¹ DONNELLY-LAZAROV, *A Philosophy of Criminal Attempts*, Cambridge University Press, 2015, pp. 107-109.

¹⁵⁷² Ver la propuesta de HUSAK, "Does Criminal Liability Require an Act?", en *The Philosophy of Criminal Law*, Oxford University Press, 2010, pp. 17-52.

¹⁵⁷³ ROBINSON, "Should the Criminal Law Abandon the Actus Reus / Mens Rea Distinction?", en SHUTE et al (eds.), *Action and Value in Criminal Law*, Oxford University Press, 1993, pp. 187-190.

¹⁵⁷⁴ Ver la explicación detallada de cada uno de los criterios en ROBINSON, "Should the Criminal Law Abandon the Actus Reus / Mens Rea Distinction?", pp. 190-211.

voluntario, una omisión voluntaria o una posesión voluntaria. Se trata de un principio que protege de la intervención penal a quienes no pueden controlar su conducta.

- 4) Con relación a los elementos objetivos de las definiciones de los delitos, ROBINSON sostiene que son de tres tipos: conducta, circunstancias y resultado de la conducta. Estos elementos se diferencian de las tres primeras doctrinas, en la medida que requieren de una ley específica en la que sean definidos.
- 5) Con relación a los cuatro niveles de la culpabilidad (intención, conocimiento, temeridad y negligencia), explica ROBINSON que no pueden ser aplicados de modo simétrico a los tres tipos de elementos objetivos del delito (conducta, circunstancias y resultado de la conducta). Distingue entonces cuatro doctrinas. En primer lugar, en los casos de culpabilidad por las circunstancias presentes, sostiene que se pueden aplicar los cuatro niveles de culpabilidad. Cita como ejemplo el supuesto de violación de un menor de 14 años, en el que el acusado puede desear que la víctima tenga 14 años (intención), puede estar prácticamente seguro que la víctima tiene 14 años (conocimiento), puede tener en cuenta un riesgo sustancial de que la víctima tenga 14 años (temeridad) o puede no tener en cuenta dicho riesgo habiendo debido tenerlo (negligencia). En segundo lugar, en los casos de culpabilidad por el resultado futuro, pueden también aplicarse los cuatro niveles de culpabilidad. Cita como ejemplo un supuesto de homicidio, en el que el acusado puede desear causarle la muerte a la víctima (intención), puede estar prácticamente seguro que su conducta le causará la muerte (conocimiento), puede tener en cuenta un riesgo sustancial de que su conducta le causará la muerte (temeridad) o puede no tener en cuenta un riesgo sustancial de que su conducta le causará la muerte habiendo debido tenerlo (negligencia). Finalmente, en los casos de conducta intencional, el elemento intencional tiene sentido sólo con relación a la conducta. Detalla que la conducta intencional podrá ser presente, en cuyo caso redundará en el requerimiento de voluntariedad, o futura, si ostenta un rol independiente.

Explica a continuación ROBINSON que la dogmática penal desempeña tres funciones distintas y las doctrinas que tradicionalmente se agrupan bajo los requisitos de *actus reus* y de *mens rea* pueden servir a una o más de estas. Entonces, propone un sistema de delito que se sirva de una clasificación en base a las siguientes tres funciones. En primer lugar, la función de definir previamente la conducta prohibida o prescrita (*rule articulation*), que consiste en una regla de conducta, a diferencia de las otras dos funciones que constituyen principios de

adjudicación¹⁵⁷⁵. Con relación a la realización de esta primera función, coadyuvarán las doctrinas de los elementos objetivos de las definiciones de delitos (conducta y circunstancias), de la omisión de realizar un deber legal como sustituto de un acto, de la posesión como sustituto de un acto, de las prohibiciones secundarias (tentativa, complicidad) y de la definición de los elementos mentales. En segundo lugar, se encuentra la función de establecer las mínimas condiciones de responsabilidad (*liability assignment*), en la que tendrán un lugar las doctrinas del requisito de voluntariedad en los delitos comisivos, del requisito de capacidad física en los delitos omisivos, del requisito de conocimiento de la posesión, de la culpabilidad por las circunstancias presentes y de la conducta intencional presente. Finalmente, está la función de establecer la gravedad del delito (*grading function*), en la que operarán las doctrinas de los elementos objetivos de las definiciones de delitos - específicamente, el resultado-, los requisitos de causalidad, la culpabilidad por los resultados futuros y la conducta intencional futura.

2.3.2. Enfoques del aspecto subjetivo de la conducta

FLETCHER explica que, a mediados del siglo XX, la pretensión dominante entre los teóricos del Derecho en el sistema anglosajón, era la de definir y describir las distintas formas de *mens rea* consideradas como estados de la conciencia y de la mente¹⁵⁷⁶. Luego de ello, especialmente el sistema penal inglés ha prestado mayor atención al desarrollo de criterios para determinar los estados mentales del autor en el caso concreto. Puedo afirmar entonces que, en los últimos años, la evolución de la jurisprudencia inglesa se ha mostrado por lo menos en tres direcciones.

En primer lugar, las cortes inglesas se han apartado de la antigua presunción de Derecho que establecía que una persona prevé y tiene la intención de realizar “las consecuencias naturales” de sus actos¹⁵⁷⁷. Por el contrario, en la actualidad las cortes inglesas se esfuerzan por probar (“inferir”, “encontrar”) cuál fue el estado mental del imputado al momento de realizar el acto.

En segundo lugar, las cortes inglesas muestran una tendencia a apartarse de criterios o valoraciones morales a la hora de determinar el estado mental imputado¹⁵⁷⁸. En el caso *Regina v Moloney* (1985), que será desarrollado más adelante¹⁵⁷⁹, Lord Bridge of Harwich es claro al establecer la diferencia entre

¹⁵⁷⁵ Vid. Supra Capítulo I, 4.4.1.

¹⁵⁷⁶ FLETCHER, *Gramática del Derecho penal*, p. 85.

¹⁵⁷⁷ ORMEROD, LAIRD, *Smith and Hogan's Criminal Law*, 14^a ed., p. 159.

¹⁵⁷⁸ Acerca de las razones por las que los motivos se excluyen de la cuestión de la responsabilidad penal y aquellos supuestos en los que un buen motivo podría ser valorado por las cortes inglesas, ver DE THAN, HEATON, *Criminal Law*, 4^a ed., Oxford University Press, 2013, pp. 62-65.

¹⁵⁷⁹ Vid. Infra Capítulo III, 3.1.1.

intención y motivo o deseo¹⁵⁸⁰. Lo hace a partir del siguiente ejemplo. Un hombre que aborda un avión en el aeropuerto de Londres, sabiendo que dicho avión lo conducirá a Manchester, claramente tiene la intención de viajar a Manchester, aun cuando Manchester sea el último lugar en el que desearía estar y el motivo de su viaje sea escapar de una persecución. En el caso, Lord Bridge of Harwich sostiene que, al subir al avión, el hombre demuestra su intención de viajar a Manchester, toda vez que existe una “certeza moral” de que ese es el lugar al que llegará¹⁵⁸¹.

Según CARD y MOLLOY, en la actualidad, la determinación del estado mental del imputado debe ser ajena a la noción de mente malvada, a la existencia de una falta moral y al conocimiento de la ilicitud de la conducta¹⁵⁸². Sin embargo, no se ha tratado de una tendencia constante¹⁵⁸³.

Así, por ejemplo, en el caso *Regina v George Brereton Sharpe* (1857)¹⁵⁸⁴, los jueces sostuvieron que, a pesar de ser plenamente sensibles a los motivos estimables con los que había actuado el imputado, a saber, el afecto filial y el deber religioso, no existía una autoridad legal o un principio que permitiera justificar la conducta de remover ilícitamente un cadáver aun cuando el motivo de dicha conducta mereciera aprobación. Más adelante, en cambio, en el caso *Hines* (1874)¹⁵⁸⁵, los jueces sostuvieron que un hombre no podía ser condenado por homicidio imprudente por no haber requerido ayuda médica si él honestamente había creído que sus oraciones salvarían la vida de su hijo. Sin embargo, luego en el caso *Senior* (1899)¹⁵⁸⁶, un hombre fue condenado en similares circunstancias al establecer los jueces que no interesaba cuál hubiera sido su motivo para actuar. Años más tarde, en el caso *Rex v Steane* (1947)¹⁵⁸⁷, un ciudadano británico difundió propaganda a favor de Alemania durante la Segunda Guerra Mundial, arguyendo que lo hacía para salvar a su esposa e hijo que aún se encontraban en territorio alemán. La Corte de Apelación Criminal (*Court of Criminal Appeal*) estableció que el ciudadano británico había actuado “sin intención criminal”, ya que estaba guiado por el “deseo” de salvar a su familia. Esta decisión ha sido duramente cuestionada y la doctrina inglesa entiende que el caso debió haber sido tratado a través de la excusa de la

¹⁵⁸⁰ N.A.: En las sentencias de Reino Unido, aun cuando se trate de una votación unánime o por mayoría, es usual que se consignen las opiniones y fundamentos del voto de cada uno de los magistrados que conocieron el caso. Por ello, en la presente tesis se hará referencia al nombre del juez que expresó el fundamento que se cita.

¹⁵⁸¹ *R v Moloney* [1985] 2 WLR 648, [1985] AC 905.

¹⁵⁸² CARD, MOLLOY, *Card, Cross & Jones Criminal Law*, 22^a ed., p. 77.

¹⁵⁸³ Al respecto, un caso emblemático de asesinato en el que se aplicó la pena de muerte fue *Rex v Bywaters y Thomson*, en el que más allá de la resolución específica, puede observarse la fuerte carga moral frente a las circunstancias de adulterio. Un análisis completo en ANDERSON, SCHUM, TWINING, *Análisis de la prueba*, Marcial Pons, 2015, pp. 205-276.

¹⁵⁸⁴ *R v George Brereton Sharpe* (1857) Dearsly and Bell 160, 169 E.R. 959.

¹⁵⁸⁵ *Hines* (1874) 13 Cox CC 114 46.

¹⁵⁸⁶ *Senior* [1899] 1 QB 283 46.

¹⁵⁸⁷ *R v Steane* [1947] KB 997.

coacción¹⁵⁸⁸. Finalmente, en fecha más reciente, en el caso *Smith* (1960)¹⁵⁸⁹, se condenó al acusado que prometió dinero al alcalde de un pueblo, a pesar de que alegó que su finalidad había sido exponer la corrupción de las autoridades locales.

La pregunta que trasciende a esta evolución es por qué los motivos son irrelevantes para determinar la existencia de responsabilidad penal y, en específico, para acreditar la presencia de los estados mentales (como la intención o la temeridad) requeridos por un determinado delito.

Al respecto, NORRIE sostiene que, cuando se separan los motivos de los estados mentales, la ley se centra en la cuestión que realmente interesa, que es la de cómo los actos fueron cometidos, y no en la de por qué fueron cometidos. Explica que, detrás de la exclusión de los motivos de las consideraciones de culpabilidad y responsabilidad penal, se encuentra la relación entre las causas sociales y los motivos individuales del delito. Sostiene que la supresión del motivo como elemento del delito ha dejado una marca profunda en la ley, aunque precisa que existen “remedios informales”, que se expresan en la discrecionalidad para acusar, la discrecionalidad para condenar y la discrecionalidad para establecer la sanción. A través de estos remedios y, sobre todo a través del último, las costumbres de la gente común son “mediadas”, para bien o para mal, por la percepción que tienen de aquellos los jueces penales¹⁵⁹⁰. En conclusión, si bien los motivos no son ya determinantes de la existencia de responsabilidad penal, sí pueden tener una influencia especialmente en la determinación de la sanción penal.

Sin embargo, existen algunos autores que presentan planteamientos a favor de valorar los motivos no sólo para condenar, sino también para determinar la inexistencia de responsabilidad penal.

Es el caso de HUSAK, quien explica que existe una repugnancia comprensible a abrir “la caja de pandora” de los motivos en el Derecho penal. Sin embargo, sostiene que la teoría del Derecho penal paga un precio aún más alto al descuidar su valoración. Frente al resurgimiento del retribucionismo, compara el caso de un hombre que mata para salvar a su mujer del sufrimiento que le causa una enfermedad incurable con el caso de otro hombre que es contratado para matar a un extraño a cambio de dinero. Explica que ambos casos constituyen la misma ofensa de homicidio, lo que resulta injusto. Para HUSAK, el medio más obvio para diferenciar ambos casos sería incorporar la referencia a los motivos

¹⁵⁸⁸ Al respecto, ver PADFIELD, *Criminal Law*, 8ª ed., p. 44; y WILLIAMS, *The mental element in Crime*, p. 21.

¹⁵⁸⁹ *Smith* [1960] 2 QB 423 47.

¹⁵⁹⁰ NORRIE, *Crime, Reason and History. A Critical Introduction to Criminal Law*, 3ª ed., Cambridge University Press, 2014, pp. 44-46 y 53-57.

a sus respectivas ofensas. Arguye entonces que los motivos son relevantes para determinar la responsabilidad criminal por cuatro razones: están incorporados como elementos de algunas ofensas ya existentes; ayudan a identificar cuando una conducta penalmente relevante debe ser construida como comisiva o como omisiva; el acusado puede estar justificado en la comisión de una ofensa sólo si actúa con el motivo apropiado (por eso se exigiría el elemento subjetivo de las causas de justificación); y la evaluación de los motivos limita la disponibilidad de las excusas¹⁵⁹¹.

Por su parte, TADROS sostiene que las motivaciones del agente juegan cierto rol al determinar qué conductas deben ser sancionadas penalmente. Argumenta entonces que una persona actúa con una intención en la medida que actúa por una razón y la razón por la cual actúa es su motivación. En consecuencia, para saber cuál es la intención de una persona, se necesita saber qué la motivó. Sin embargo, precisa a continuación que las motivaciones más profundas de una persona deben ser irrelevantes para el Derecho penal, cuya tarea es explorar cuándo y hasta qué límite las motivaciones deben ser relevantes para determinar si una persona es responsable penalmente y merece una sanción penal, debiendo tener siempre en cuenta que el juicio moral es distinto al juicio penal¹⁵⁹². En mi opinión, esta argumentación puede ser contradicha si se asume una estructura de dolo -como la que asumiré en el cuarto capítulo- en la que la intención y todo elemento emocional resultan irrelevantes.

Creo necesario destacar en este punto el planteamiento de FEIJOO SÁNCHEZ, quien sostiene que lo decisivo en Derecho no es la razón por la que actúa el sujeto, lo que puede tener incidencia en materia de culpabilidad, pero no a la determinación de la existencia de una conducta dolosa. Lo importante es, en cambio, que las normas penales son razones para actuar u omitir y, en ese sentido, el castigo del delito doloso depende de la atribución de sentido a una conducta individual por parte de la sociedad a través del sistema jurídico¹⁵⁹³. Sucede, como se ha visto, que en el Derecho penal anglosajón, en cambio, se mantiene una estructura causalista del delito, en la que el dolo (la intención, la temeridad) forman parte de la culpabilidad (*mens rea*) como elemento subjetivo del delito.

Finalmente, quizás el debate más importante en torno al aspecto subjetivo del delito es aquel que se refiere al método de aproximación a los estados mentales, discusión que se asemeja a la mantenida en el Derecho penal occidental entre los enfoques psicológicos y los enfoques normativos del dolo y que en Reino

¹⁵⁹¹ HUSAK, "Motive and Criminal Liability", en *Criminal Justice Ethics*, 8, 1989, pp. 3-4 y 8-12.

¹⁵⁹² HUSAK, "Wrongdoing and Motivation", en DUFF, GREEN (eds.), *Philosophical Foundations of Criminal Law*, Oxford University Press, 2011, pp. 207-215 y 224-227.

¹⁵⁹³ FEIJOO SÁNCHEZ, "Mejor no saber... más. Sobre la doctrina de la ceguera provocada ante los hechos en Derecho Penal", en BOUVIER (dir.), *Discusiones*, N° XIII, EdiUNS, 2013, p. 133.

Unido se traduce en el conflicto entre el principio de autonomía individual y el principio de bienestar¹⁵⁹⁴. Al respecto, ORMEROD y LAIRD destacan dos planteamientos muy diferenciados acerca de lo que debe ser acreditado en juicio. Por un lado, el planteamiento de los subjetivistas¹⁵⁹⁵, quienes proponen que, al menos en los delitos más graves, el elemento mental requiere la prueba de que el imputado tuvo conciencia personal de sus acciones y fue consciente de las circunstancias relevantes y de las consecuencias que forman parte de los elementos objetivos del delito. Por otro lado, el planteamiento de los objetivistas, para quienes es suficiente probar que una persona razonable hubiera sido consciente de las circunstancias y consecuencias relevantes que forman parte del delito, independientemente de si el imputado fue consciente de las mismas¹⁵⁹⁶.

CARD y MOLLOY sostienen que, en tiempos modernos, las cortes inglesas han mostrado una preferencia por juzgar al imputado sobre la base de lo que intentó o conoció, antes que sobre la base de lo que una persona razonable hubiera realizado¹⁵⁹⁷. Sin embargo, ORMEROD y LAIRD destacan que existen diversas posturas intermedias. Así, mientras que los tribunales se acercan más al planteamiento de los subjetivistas, el Parlamento inglés ha mostrado una tendencia por crear cada vez más delitos con elementos de responsabilidad objetiva o estandarizada¹⁵⁹⁸.

Más allá del planteamiento que se asuma, es mayoritario el reconocimiento en Reino Unido de que los jueces penales no tienen a su disposición una prueba directa del estado mental del imputado; por lo que el método para dar por acreditados los estados mentales principales (intención, temeridad y conocimiento) es la inferencia a partir de las instrucciones que el juez proporcione al jurado. Según explica OXMAN, este juicio parte de la imposibilidad de saber lo que el imputado pensaba, por lo que debe acreditarse la acción realizada y el contexto en el que tuvo lugar (incluyendo la conducta previa y la ejecución) a efectos de inferir el estado mental con el que actuó. La presunción de inocencia se rompe cuando el jurado es persuadido de que un estado mental “aparece” más allá de toda duda razonable, en relación con la forma en que se han tenido por probados los hechos¹⁵⁹⁹. Por su parte, WEIGEND sostiene que, más allá de que la ley lo señale o no, la prueba de la intención puede ser

¹⁵⁹⁴ ASHWORTH, HORDER, *Principles of Criminal Law*, 7ª ed., p. 185.

¹⁵⁹⁵ Al respecto, ASHWORTH, HORDER, *Principles of Criminal Law*, p. 156, sostienen que los subjetivistas otorgan gran valor no sólo al principio de *mens rea*, sino también al principio de correspondencia, el cual entra en disputa con las propuestas de responsabilidad constructiva (*constructive liability*).

¹⁵⁹⁶ ORMEROD, LAIRD, *Smith and Hogan's Criminal Law*, 14ª ed., pp. 114-115. En el mismo sentido, MCALHON, WORTLEY, *Criminal Law. The Fundamentals*, 3ª ed., p. 3.

¹⁵⁹⁷ CARD, MOLLOY, *Card, Cross & Jones Criminal Law*, 22ª ed., pp. 77-78.

¹⁵⁹⁸ ORMEROD, LAIRD, *Smith and Hogan's Criminal Law*, 14ª ed., p. 115.

¹⁵⁹⁹ OXMAN, *Sistemas de imputación subjetiva en Derecho Penal. El modelo angloamericano*, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 66-67.

frecuentemente inferida de los hechos objetivos. Lo ilustra a partir del ejemplo en el que se ha probado que un hombre usó violencia y de ese modo forzó a una mujer a tener relaciones sexuales. En dicho caso, sostiene que la corte no necesita evidencia adicional para probar su intención de violarla, salvo que circunstancias muy excepcionales sugieran que la mujer prestó su consentimiento¹⁶⁰⁰.

El nivel aplicativo cobra entonces especial relevancia en el tratamiento jurisprudencial de los estados mentales en Reino Unido. Si bien existe cierto grado de discusión conceptual en las sentencias, como se verá más adelante, son los criterios de inferencia de cada estado mental la materia más discutida por los jueces penales.

2.3.3. Problemas de justificación y exculpación

Finalmente, otro asunto fundamental acerca de las condiciones generales de la responsabilidad penal en el Derecho penal inglés es aquel que se refiere al cuestionamiento acerca del tratamiento de los supuestos de justificación y exculpación.

Respecto de la relación existente entre el *actus reus* y las causas de justificación y exculpación, destacan dos posiciones. Por un lado, están aquellos que defienden la idea de que el *actus reus* incluye la ausencia de cualquier causa de justificación o de exculpación. Por otro lado, se encuentran aquellos que sostienen que las causas de justificación o exculpación no forman parte del *actus reus*, sino que constituyen un tercer elemento (negativo) del delito¹⁶⁰¹.

Ha sido FLETCHER quien ha destacado que el sistema penal anglosajón carece de una categoría en la que se incluyan las exenciones de responsabilidad criminal y se agrupen sistemáticamente distinguiendo los casos de justificación de los casos de exculpación. Explica que, por el contrario, los penalistas anglosajones tratan los problemas de justificación y exculpación utilizando excepciones del Derecho civil (*confession, avoidance*). Conforme a esta distinción, se conciben estas excepciones como eximentes y se hace recaer la carga de la prueba sobre el que alega la defensa¹⁶⁰².

Se trata, más bien, de una perspectiva preventiva, en la que la racionalidad de la sanción penal muestra que esta sería poco efectiva si se sancionaran aquellos casos calificados como eximentes. Así, se justifican las excusas de ignorancia

¹⁶⁰⁰ WEIGEND, "Subjective elements of criminal liability", p. 508 (traducción del autor).

¹⁶⁰¹ ORMEROD, LAIRD, *Smith and Hogan's Criminal Law*, 14ª ed., p. 56.

¹⁶⁰² FLETCHER, *Gramática del Derecho penal*, p. 86. Mayor detalle en FLETCHER, *Basic concepts of criminal law*, Oxford University Press, 1998, pp. 93-94, en donde enfatiza los efectos prácticos de concebir las causas de justificación y las causas de exculpación como defensas.

de leyes insuficientemente promulgadas, infancia, locura e intoxicación porque la ley penal no podría tener efectos en las personas que cometen delitos en dichas condiciones; las excusas de ausencia de mens rea y de error porque la ley no puede prevenir el acto individual; y la excusa de coacción porque la ley penal no es la influencia dominante en el autor¹⁶⁰³.

El tratamiento de la problemática de las excusas pone en evidencia lo que se ha venido sosteniendo desde el inicio del presente capítulo. La teoría del delito inglesa tiene una estructura que, en cierta medida, podría ser calificada como de Derecho procesal. Así, más allá de la definición del delito como la suma de los elementos objetivos y de los elementos subjetivos de la conducta humana, se plantea la confrontación entre estructuras de cargo -aquello que la acusación está llamada a probar- y estructuras de descargo -aquello que el imputado puede plantear como defensa y cuya titularidad de la carga probatoria es asunto harto discutido-.

2.4. Principios generales de la intervención penal

Como hemos visto hasta ahora y desarrollaré en el siguiente apartado de este capítulo, la evolución del Derecho penal inglés está marcada por el desarrollo jurisprudencial de criterios de inferencia -estructuras procesales antes que sustantivas- de los estados mentales del imputado. Ahora bien, esta jurisprudencia también está marcada por la necesidad de hacer frente a la ausencia de un Código Penal y las dificultades de acceso a la normativa estatutaria. Ello ha generado que las cortes inglesas desarrollen activamente un catálogo de principios que, de alguna forma, limiten el ejercicio de la potestad punitiva estatal¹⁶⁰⁴.

Desde un punto de vista estrictamente penal, puede afirmarse con ASHWORTH que existe un núcleo indisponible de principios, cuya tutela debe ser exigida a todos los órganos encargados de la administración de la justicia penal. Se trata de cuatro principios que se encuentran interconectados. Un primer principio exige que el Derecho penal sea únicamente utilizado para censurar a personas por actos ilícitos sustanciales. Se trata del principio de necesidad o mínima intervención del Derecho penal. Un segundo principio dicta que las leyes penales deben ser aplicadas respetando el trato igualitario y la proporcionalidad. El tercer principio -de orientación más específicamente procesal- prescribe que las personas acusadas de delitos graves deben recibir las protecciones adecuadas

¹⁶⁰³ BAYLES, "Character, Purpose, and Criminal Responsibility", en *Law and Philosophy*, 1, p. 6.

¹⁶⁰⁴ Acerca de la configuración de principios en la PG y en la PE del Derecho Penal inglés, ver TADROS, "The system of the criminal law", en *22 Legal Studies*, 2002, pp. 448 y ss. Una visión crítica de la configuración de una PG que sistematice los principios del Derecho penal puede encontrarse en GARDNER, "Rationality and the Rule of Law in Offences Against the Person", en *CLJ*, Vol. 53, N° 3, 1994, pp. 502-523.

para los acusados de delitos, específicamente aquellas contenidas en los artículos 6.2 y 6.3 de la Convención Europea de Derechos Humanos. Finalmente, el cuarto principio establece que las penas máximas y los niveles efectivos de sentencia deben ser proporcionales a la gravedad de la infracción¹⁶⁰⁵.

Ahora bien, no puede dejarse de lado la existencia de una situación de conflicto entre los diversos intereses que pretenden ser tutelados por las cortes inglesas cuando tratan un caso de Derecho penal. Al respecto, ASHWORTH y HORDER aluden a la existencia de principios generales que se encuentran en clara situación de conflicto. Por un lado, se encuentra el principio de autonomía individual, que dicta que una persona no debe ser hecha criminalmente responsable salvo que haya tenido la capacidad y una justa oportunidad de actuar de forma distinta. Este principio va en consonancia con la teoría del delito defendida por H.L.A. HART y a la que hicimos referencia en el primer apartado de este capítulo. Por otro lado, se encuentra el principio de bienestar, que reconoce el contexto social en el que opera la ley penal y justifica la intervención penal como medio para proporcionar seguridad a los ciudadanos. Como resulta evidente, el principio de bienestar de alguna forma sirve para justificar la intervención penal, mientras que el principio de autonomía individual tiene como finalidad restringir la potestad punitiva del Estado. Entre ambos principios, ASHWORTH y HORDER hacen alusión a la máxima de mínima intervención del Derecho penal, que se encuentra compuesta por el principio de respeto de los derechos humanos, el derecho a no ser sujeto al castigo estatal, el principio de que el Derecho penal no sea invocado salvo que otros medios de control social sean inapropiados y el principio de que la conducta no debe ser criminalizada si sus efectos serán iguales o peores que si no se criminaliza¹⁶⁰⁶.

Con relación a los principios que inciden en la configuración del Derecho penal, ASHWORTH y HORDER sostienen que en el Derecho penal inglés se conocen dos grandes grupos de principios y políticas. Por un lado, se encuentran los principios y políticas relevantes para las decisiones de expandir o reducir el ámbito de aplicación del Derecho penal. En dicho grupo se encuentran el principio de mínima criminalización, que se enfrenta a las políticas de defensa social; el principio de responsabilidad por actos y no por omisiones, que tiene como excepción el principio de responsabilidad social que permite la sanción de determinadas conductas omisivas; el principio de necesidad de la intervención penal; y el principio de proporcionalidad¹⁶⁰⁷. Por otro lado, se encuentran los principios y políticas relacionados a la función del Derecho penal como medio para guiar la conducta de los miembros de la sociedad y la conducta de las cortes penales. Al respecto, ASHWORTH y HORDER hacen alusión al principio de imperio

¹⁶⁰⁵ ASHWORTH, *Positive Obligations in Criminal Law*, pp. 28-29.

¹⁶⁰⁶ ASHWORTH, HORDER, *Principles of Criminal Law*, 7ª ed., pp. 23-25.

¹⁶⁰⁷ ASHWORTH, HORDER, *Principles of Criminal Law*, 7ª ed., pp. 52 y ss.

de la ley o de legalidad (*the rule of law*), que en Derecho penal inglés es un principio fundamental con implicancias sustanciales y procesales. En esa línea, expresa un mínimo de respeto del principio de autonomía, ya que los ciudadanos deben ser informados de la ley penal antes de que sea justo condenarlos por su ofensa, y comprende por lo menos tres garantías. En primer lugar, el principio de no retroactividad de la ley penal, que a su vez se enfrenta al principio de “la punta del iceberg” (*the thin ice principle*), que establece que aquellos ciudadanos que conocen que su conducta se encuentra en el límite de la ilegalidad toman el riesgo de que su conducta pueda ser considerada criminal. En segundo lugar, el principio de máxima -no absoluta- certeza de la ley penal, el cual es puesto a su vez en cuestión por las políticas de defensa social, que sostienen que la existencia de cierta vaguedad y lagunas en el Derecho penal son socialmente beneficiosas al proporcionar a las cortes flexibilidad para sancionar. En tercer lugar, el principio de construcción estricta de la ley penal, que va unido al postulado de que cualquier duda en la interpretación de un estatuto debe ser resuelta a favor del imputado¹⁶⁰⁸.

Específicamente en lo que se refiere a los elementos subjetivos del delito, el Derecho penal inglés -a través de la jurisprudencia de sus cortes- ha desarrollado un importante catálogo de principios, a los que haré referencia a continuación.

La teoría del delito inglesa se construye a partir de la máxima latina *actus non facit reum nisi mens sit rea*, que significa que un acto en sí mismo no es culpable a no ser que se realice con una mente culpable¹⁶⁰⁹. Podemos encontrar un doble fundamento de este principio de *mens rea*. En primer lugar, bajo una concepción del Derecho que se sustente en la dignidad humana, la responsabilidad penal debe ser atribuida solo a las personas que estuvieron suficientemente al tanto de lo que hacían y de las consecuencias de su actuar, esto es, que tuvieron la posibilidad de elegir su conducta y sus consecuencias¹⁶¹⁰. En ese sentido, NORRIE sostiene que las personas solo deben ser sancionadas cuando por lo menos han reconocido el aspecto dañoso de su conducta o sus consecuencias¹⁶¹¹. En segundo lugar, se encuentra el fundamento basado en la censura (*censure-based argument*). Al respecto, ASHWORTH explica que, si una persona debe ser censurada públicamente, etiquetada como delincuente y condenada, entonces el tribunal debe probar no sólo que la persona causó la consecuencia, sino también que lo hizo culpablemente¹⁶¹². Así, la sanción penal

¹⁶⁰⁸ ASHWORTH, HORDER, *Principles of Criminal Law*, 7ª ed., pp. 56-71.

¹⁶⁰⁹ MARTIN, *Key Facts Key Cases. Criminal Law*, Routledge Taylor & Francis Group, 2014, p. 5. Acerca del principio de responsabilidad por el hecho en el Derecho Penal inglés, ver DUFF, *Answering for Crime*, pp. 96-97.

¹⁶¹⁰ ASHWORTH, HORDER, *Principles of Criminal Law*, 7ª ed., p. 155.

¹⁶¹¹ NORRIE, *Crime, Reason and History. A Critical Introduction to Criminal Law*, 3ª ed., p. 42.

¹⁶¹² ASHWORTH, *Positive Obligations in Criminal Law*, p. 16. Al respecto, ver también DUFF, *Answering for Crime: Responsibility and Liability in the Criminal Law*, 2007, Legal Theory Today, pp. 231-232.

se distingue de la civil por el juicio de condena comunitaria que acompaña a su imposición. La condena es una censura pública que sólo se justifica si se exige una conducta culpable y se impone a una persona responsable.

Como ya hemos visto, siguiendo la pauta del principio de *mens rea*, en la mayor parte de los delitos, la acusación debe probar dos elementos: (i) el elemento objetivo (*actus reus*), que consiste en una acción, una omisión o un estado de cosas¹⁶¹³, y (ii) el elemento subjetivo (*mens rea*), que consiste en un estado mental expresa o implícitamente requerido por la definición del delito imputado¹⁶¹⁴. Frente a ello, el imputado podrá alegar defensas (*defenses*), que comprenden causas de justificación de la conducta y causas de exculpación del autor¹⁶¹⁵. En el caso *DPP v Majewski*, se define el elemento subjetivo del delito como “el estado de ánimo estigmatizado como ilícito por el Derecho penal que, cuando se combina con la conducta prohibida, constituye un delito”¹⁶¹⁶.

En los estadios preliminares de la evolución del concepto de *mens rea* en el Derecho penal inglés, destaca el caso *Regina v Prince* (1875), en el que se discute acerca de la relevancia del principio de culpabilidad (*mens rea*) en la interpretación de los delitos¹⁶¹⁷. En dicho caso, si bien la Corte Divisional (*Divisional Court*) confirmó la condena contra el imputado por haber sustraído ilegalmente de la tenencia de su padre a una mujer soltera y menor de 16 años, aun cuando existían elementos para que el imputado creyese de buena fe que la muchacha era mayor de 16 años, debe destacarse el voto singular de Lord Brett, quien sostuvo:

“A partir de considerar las leyes penales existentes, parece que la prueba definitiva necesaria para emitir una condena no se altera por la presencia o ausencia de la palabra “a sabiendas”, aunque por su presencia o ausencia sí se altera la carga de la prueba; y parecería que debe haber una prueba para satisfacer al jurado de que existió una mente criminal, o *mens rea*, en cada ofensa que se impute como un crimen. (...) En todos los casos creo que se demuestra que en Inglaterra, frente a la ausencia

¹⁶¹³ MARTIN, *Key Facts Key Cases. Criminal Law*, p. 18.

¹⁶¹⁴ CARD, MOLLOY, *Card, Cross & Jones Criminal Law*, 22ª ed., p. 77.

¹⁶¹⁵ Acerca de la defensa de insensatez (*insanity*) y la doctrina sobre automatismo, ver YANNOULIDIS, *Mental State Defences in Criminal Law*, Ashgate, 2012.

¹⁶¹⁶ *DPP v Majewski* [1977] AC 443, citado por PADFIELD, *Criminal Law*, 8ª ed., p. 43.

¹⁶¹⁷ *R v Prince* (1872-75) LR 2 CCR 154. En este caso, se imputó la infracción de la siguiente norma: “24 & 25 Vict. c. 100, s. 55: Whosoever shall unlawfully take or cause to be taken any unmarried girl, being under the age of sixteen years, out of the possession and against the will of her father or mother, or of any other person having the lawful care or charge of her, shall be guilty of a misdemeanor, and being convicted thereof shall be liable, at the discretion of the Court, to be imprisoned for any term not exceeding two years, with or without hard labour” (“24 & 25 Vict. c. 100, s. 55: Todo aquel que sustrae ilegalmente o haga que se sustraiga ilegalmente a una mujer soltera, menor de dieciséis años, de la posesión y contra la voluntad de su padre o madre, o de cualquier otra persona que tenga el cuidado o la carga legal sobre ella, será culpable de un delito menor, y a discreción de la Corte, será encarcelado por cualquier término que no exceda de dos años, con o sin trabajo forzado”) [Traducción libre del autor].

de una mente criminal o *mens rea*, no puede haber condena por un delito. (...) Está claro que la ignorancia de la ley no excusa. (...) un error de hecho, basado en motivos razonables, (...) es una excusa que está implícita en toda acusación criminal y en todo estatuto penal en Inglaterra”¹⁶¹⁸. (Traducción libre del autor)

A partir de dicho momento, se desarrollan una serie de garantías o principios que guían el tratamiento jurisprudencial de los elementos subjetivos del delito y que brindan contenido material al principio de *mens rea*.

En primer lugar, se encuentra el **principio de correspondencia** (*the correspondence principle*), que dispone que a cada elemento objetivo del delito debe corresponderle un estado mental. Según advierten ORMEROD y LAIRD, este principio no tiene aplicación general, indicando por lo menos tres supuestos en los que no se tiene en cuenta¹⁶¹⁹:

- Un primer supuesto es el de los delitos de responsabilidad estricta u objetiva (*offences of strict liability*), en los que al menos un elemento objetivo del delito no se encuentra abarcado por alguno de los estados mentales¹⁶²⁰. Un ejemplo es el delito de violación de un menor de trece años, en el que se exige a la acusación probar que el autor realizó el acto sexual con intención, pero no se le exige probar ningún estado mental del autor respecto de la edad de la víctima, ni siquiera que tuvo conocimiento o sospecha de la misma. Otro ejemplo es el delito de lesiones, en el que se exige a la acusación probar que el autor realizó una conducta voluntaria con la intención o al menos la temeridad de agredir a la víctima, pero no se exige probar ningún estado mental del autor respecto del resultado de lesión.
- Un segundo supuesto en el que no se respeta el principio de correspondencia es el de los delitos constructivos (*constructive crimes*), en los que únicamente se exige la prueba del estado mental previsto para un delito menor. Un ejemplo de delito constructivo es el asesinato (*murder*), en el que sólo se exige a la acusación probar que el autor actuó con la intención de causar un serio daño corporal, más no se exige probar la intención de matar¹⁶²¹.

¹⁶¹⁸ Texto original en inglés: “From these considerations of the forms of criminal enactments, it would seem that the ultimate proof necessary to authorize a conviction is not altered by the presence or absence of the word “knowingly,” though by its presence or absence the burden of proof is altered; and it would seem that there must be proof to satisfy a jury ultimately that there was a criminal mind, or *mens rea*, in every offence really charged as a crime. (...) Upon all the cases I think it is proved that there can be no conviction for crime in England in the absence of a criminal mind or *mens rea*. (...) It is clear that ignorance of the law does not excuse. (...) a mistake of facts, on reasonable grounds, (...) is an excuse, and that such excuse is implied in every criminal charge and every criminal enactment in England”.

¹⁶¹⁹ ORMEROD, LAIRD, *Smith and Hogan’s Criminal Law*, 14ª ed., pp. 148-149.

¹⁶²⁰ ORMEROD, LAIRD, *Smith and Hogan’s Criminal Law*, 14ª ed., p. 114.

¹⁶²¹ Al respecto, ver WILLIAMS, *The mental element in Crime*, pp. 80-84.

- Finalmente, el tercer supuesto en el que no se aplica el principio de correspondencia es el de los delitos de intención ulterior (*crimes of ulterior intent*), en los que el estado mental incluye la intención de producir una consecuencia que va más allá de los elementos objetivos del delito. Un ejemplo es el delito de robo, en el que no sólo se exige a la acusación probar la intención de cometer el robo, sino también la intención de cometer otras ofensas -por ejemplo, agresiones- que no forman parte del tipo objetivo del delito de robo.

En segundo lugar, el **principio de coincidencia** dispone que el estado mental del imputado debe coincidir en el tiempo con la conducta objetiva que configura el delito¹⁶²². La vigencia de este principio es parcial, ya que no opera en aquellos casos en los que se aplica la doctrina de la culpa previa (*doctrine of prior fault*), que se asemeja a la estructura del *actio libera in causa* del Derecho penal continental y que establece que no debe permitirse que una persona tome ventaja de una defensa si la condición que la habilita fue generada por su culpa¹⁶²³.

En tercer lugar, el **principio de transferencia** (*transferred mens rea*) establece que el imputado debe ser declarado culpable si intentó cometer un delito similar pero contra una víctima distinta de la que finalmente sufrió las consecuencias de su acto¹⁶²⁴. Al respecto, en el caso *The Queen v Latimer* (1886)¹⁶²⁵, el imputado tuvo una pelea con otro sujeto, a quien le lanzó su cinturón con la finalidad de hacerle daño. Sin embargo, el cinturón apenas rozó a su contendiente y, más bien, hirió severamente a una mujer que se encontraba en el lugar y que no había participado de la pelea. Se aplicó entonces el principio de transferencia. Al respecto, Lord Coleridge sostuvo:

“Un hombre que tiene una intención ilícita y maliciosa contra otro, y al intentar llevarla a cabo, lesiona a una tercera persona, es culpable de lo que la ley considera malicia contra la persona herida, porque el ofensor está realizando un acto ilícito y tiene lo que los jueces llaman malicia general”¹⁶²⁶. (Traducción libre del autor)

¹⁶²² ORMEROD, LAIRD, *Smith and Hogan's Criminal Law*, 14ª ed., p. 153.

¹⁶²³ ASHWORTH, HORDER, *Principles of Criminal Law*, 7ª ed., p. 159.

¹⁶²⁴ MARTIN, *Key Facts Key Cases. Criminal Law*, p. 37.

¹⁶²⁵ *The Queen v Latimer* (1886) 17 QBD 359. En este caso, se imputó la infracción de la siguiente norma: “24 & 25 Vict. c. 100, s. 20: Whosoever shall unlawfully and maliciously wound or inflict any grievous bodily harm upon any other person, either with or without any weapon or instrument, shall be guilty of a misdemeanor, and being convicted thereof shall be liable . . . to be kept in penal servitude” (“24 & 25 Vict. c. 100, s. 20: Todo aquel que ilegal y maliciosamente hiera o inflija cualquier daño corporal grave a cualquier otra persona, con o sin arma o instrumento, será culpable de un delito menor y será declarado culpable. . . siendo mantenido en servidumbre penal”) [Traducción libre del autor].

¹⁶²⁶ Texto original en inglés: “It is common knowledge that a man who has an unlawful and malicious intent against another, and, in attempting to carry it out, injures a third person, is guilty of what the law deems malice against the person injured, because the offender is doing an unlawful act, and has that which the judges call general malice, and that is enough”.

Distinto fue el caso *The Queen v Pembliton* (1874)¹⁶²⁷, en el que el imputado estuvo peleando con varias personas en medio de la calle y les lanzó una piedra, la cual golpeó una ventana y la dañó. En este caso, el imputado fue inicialmente condenado como autor de un delito de daños causados ilegal y maliciosamente (*unlawfully and maliciously causing the damage*)¹⁶²⁸, pero la condena fue revocada por la Corte de la Corona (*Court for Crown Cases Reserved*). La Corte estableció que el principio de transferencia era inaplicable cuando la intención del imputado no había sido causar el tipo de daño que realmente ocurrió. En esa medida, la intención de golpear a otra persona no podía ser utilizada como estado mental del delito de daños contra la propiedad. El juez Blackburn sostuvo entonces: “pienso que es imposible establecer en este caso que el imputado ha cometido maliciosamente un acto que no tuvo la intención de realizar”¹⁶²⁹ (Traducción libre del autor).

Un cuarto principio dicta que **la ignorancia del Derecho no puede constituir una defensa** que exima de responsabilidad penal. Al respecto, ORMEROD y LAIRD explican que este principio no plantea dificultad frente a los crímenes más serios, ya que todo el mundo sabe que matar, robar o violar son conductas contrarias a la ley; sin embargo, frente a los delitos menos graves, es posible que el sujeto, sin negligencia, sea ignorante de que un acto particular constituye delito¹⁶³⁰. Al respecto, cabe recordar que existen miles de ofensas reguladas en los estatutos, cuyo acceso por parte de la ciudadanía resulta complejo.

¹⁶²⁷ *The Queen v Henry Pembliton* (1872-75) LR 2 CCR 119.

¹⁶²⁸ La norma aplicada al caso fue la siguiente: “24 & 25 Vict. c. 97, s. 51: Whosoever shall unlawfully and maliciously commit any damage, injury, or spoil to or upon any real or personal property whatsoever, either of a public or a private nature, for which no punishment is hereinbefore provided, the damage, injury, or spoil being to an amount exceeding five pounds, shall be guilty of a misdemeanour, and being convicted thereof shall be liable at the discretion of the Court to be imprisoned for any term not exceeding two years, with or without hard labour; and in case any such offence shall be committed between the hours of nine of the clock in the evening and six of the clock in the next morning, shall be liable at the discretion of the Court to be kept in penal servitude for any term not exceeding five years, and not less than three, or to be imprisoned for any term not exceeding two years, with or without hard labour” (“24 & 25 Vict. c. 97, s. 51: Cualquiera que ocasione de manera ilícita y maliciosa cualquier daño, lesión o despojo a cualquier propiedad real o personal, sea de naturaleza pública o privada, para lo cual no se encuentre previsto otro castigo, si el daño, lesión o despojo es superior a cinco libras, será culpable de un delito menor, y su condena se impondrá a discreción de la Corte, que podrá encarcelar al condenado por cualquier término que no exceda de dos años, con o sin trabajos forzados; y en caso de que se cometan tales delitos entre las nueve de la noche y las seis de la mañana del día siguiente, a discreción de la Corte, el condenado podrá ser mantenido en servidumbre por cualquier período que no exceda de cinco años y que no sea menor a tres años, o ser encarcelado por cualquier término que no exceda de dos años, con o sin trabajo forzado”) [Traducción libre del autor].

¹⁶²⁹ Texto original en inglés: “I think it is impossible to say in this case that the prisoner has maliciously done an act which he did not intend to do”.

¹⁶³⁰ ORMEROD, LAIRD, *Smith and Hogan's Criminal Law*, 14ª ed., p. 157.

Distinto es el caso del error de Derecho, el cual sí permite eximir de responsabilidad penal, en caso implique que el imputado actuó sin intención -o sin temeridad- respecto de algún elemento objetivo del delito¹⁶³¹.

A mayor detalle, con relación a los supuestos de ignorancia de la ley penal, ASHWORTH explica que, si bien no existe declaración codificada o definitiva del Derecho penal inglés, hay acuerdo entre los jueces y especialistas en el sentido de que un principio general del Derecho común es que el desconocimiento del Derecho penal no constituye una defensa a favor del imputado. Se trata de una regla consecuencialista, ya que se arguye que permitir la defensa de la ignorancia del Derecho crearía insuperables dificultades para la acusación y crearía un incentivo perverso, al tener el efecto de alentar la ignorancia del Derecho. El único argumento de principio que algunas veces se invoca a favor de esta regla es que las ofensas son *mala in se*, por lo que los individuos deben saber que son “malas y criminales”. Sin embargo, este tipo de argumento no puede ser aplicado para la mayor parte de ofensas, que son *mala prohibita*¹⁶³². Ahora bien, sostiene ASHWORTH que existen algunas excepciones al principio, como son aquellos casos en los que un estatuto no ha sido apropiadamente publicitado o cuando el error o la ignorancia de la ley civil no permite la definición de un crimen particular¹⁶³³.

Para ASHWORTH debiera introducirse una defensa de ignorancia excusable del Derecho, en la que no se exija un conocimiento actual de la conducta criminal en particular y se reconozca que el Estado también tiene obligaciones con relación a la accesibilidad al Derecho penal. Ahora bien, debe tratarse de una defensa limitada y circunscrita. Al respecto, cita un caso de Sudáfrica, en el que se llegó al extremo de considerar que la ignorancia de la prohibición de exportar joyas fuera del país negaba el *mens rea* exigido por la ofensa (caso *S v De Blom 1977 (3) SA 513*), creando un incentivo perverso a las personas para que permanecieran en la ignorancia¹⁶³⁴.

Finalmente, algunos autores hacen referencia a la existencia de un principio de confianza en el ámbito subjetivo, según el cual una persona es responsable “por la desconsideración de los riesgos que debía o le era exigible saber en la situación específica en la que tuvo lugar el hecho”¹⁶³⁵.

Más allá de la consagración declarativa del principio de *mens rea*, lo cierto es que la realidad contemporánea del Derecho penal inglés relativiza su vigencia.

¹⁶³¹ ORMEROD, LAIRD, *Smith and Hogan's Criminal Law*, 14ª ed., p. 158.

¹⁶³² Acerca de la distinción entre delitos *mala in se* y *mala prohibita*, ver HUSAK, “Malum Prohibitum and Retributivism”, en DUFF, GREEN (eds.), *Defining Crimes. Essays on the Special Part of the Criminal Law*, Oxford University Press, 2005, pp. 65-90.

¹⁶³³ ASHWORTH, *Positive Obligations in Criminal Law*, pp. 81-83.

¹⁶³⁴ ASHWORTH, *Positive Obligations in Criminal Law*, pp. 85-86 y 106.

¹⁶³⁵ OXMAN, *Sistemas de imputación subjetiva en Derecho Penal...*, p. 43.

Así, la mayoría de las nuevas ofensas dictadas por los estatutos responden a tres características: responsabilidad estricta, responsabilidad por omisión e inversión de la carga de la prueba de exculpación¹⁶³⁶. Es más, como advierte ASHWORTH, si se combina con el principio de que la ignorancia del Derecho penal no es una excusa, la responsabilidad estricta expone a las personas a ser condenadas aun cuando no han advertido del todo que lo que hacen es incorrecto¹⁶³⁷.

3. Aproximación al tratamiento jurisprudencial de los elementos subjetivos del delito

3.1. Criterios de determinación de los estados mentales

Como se indicó al inicio de este capítulo, el Derecho penal inglés proporciona una distinta perspectiva de análisis del problema de los elementos subjetivos del delito. No existe una previsión legal específica que defina los estados mentales ni que establezca cuál es su contenido. Existen, en cambio, diversas decisiones judiciales que delimitan el principio de *mens rea* y que contienen diferentes criterios para la determinación de los estados mentales específicos¹⁶³⁸. Sobre esto último, destaca la figura de la intención oblicua y los barómetros -subjetivo y objetivo- de la temeridad.

Un punto a ser destacado es que en el Derecho penal inglés no resulta de mayor relevancia la discusión acerca del contenido del dolo, discusión que en la dogmática penal continental enfrenta las teorías volitivas con las teorías cognitivas del dolo. En cambio, en el Derecho penal inglés, se diferencia la forma de configuración del estado mental según el elemento del tipo objetivo al que se refiere. Así, lo más común es que se plantee la existencia de intención directa, intención oblicua o temeridad subjetiva -dolo eventual- con relación al riesgo que implica la conducta típica y a la probabilidad de producción del resultado típico, mientras que se reserva el estado mental del conocimiento para relacionarlo con las circunstancias del delito.

Antes de hacer referencia a los criterios de imputación de los estados mentales, cabe acotar la precisión de MOORE cuando señala que, en el Derecho penal anglosajón, el grado de culpabilidad está construido sobre la base de la psicología popular (*folk psychology*), según la cual existen tres clases de estados de representación que originan el comportamiento de los agentes racionales:

¹⁶³⁶ ASHWORTH, *Positive Obligations in Criminal Law*, p. 4.

¹⁶³⁷ ASHWORTH, *Positive Obligations in Criminal Law*, p. 114.

¹⁶³⁸ Una síntesis actualizada de los casos más relevantes de la jurisprudencia penal inglesa en materia de imputación subjetiva puede encontrarse en BARNES (ed.), *Archbold: Magistrates' Court Criminal Practice 2016*, 12ª ed., Sweet & Maxwell, 2015, pp. 714-719 o en ORMEROD, PERRY (eds.), *Blackstone's Criminal Practice*, 26ª ed., Oxford University Press, 2016, pp. 714-719.

estados de deseo, en los que el agente se representa el mundo como quiere que sea; estados de creencia, en los que el agente se representa al mundo como cree que es; y estados de intención, en los que el agente se representa al mundo como pretende hacerlo¹⁶³⁹.

A continuación, haré referencia a los criterios de imputación o de inferencia más importantes que la jurisprudencia penal inglesa ha desarrollado con ocasión de cinco grupos de casos vinculados a los estados mentales del sujeto activo de un delito. En primer lugar, trataré los casos de intención, especialmente de intención oblicua, en la que se prevé el peligro o la consecuencia, aun cuando no es objeto de la intención directa del imputado. En segundo lugar, me concentraré en los casos de temeridad subjetiva, que se acercan a la problemática del dolo eventual del Derecho penal continental. En tercer lugar, trataré los casos de conocimiento, elemento mental que suele estar vinculado a las circunstancias del delito, a diferencia de la intención y la temeridad que suelen estar referidas a la conducta y al resultado del *actus reus*. Asimismo, haré referencia al tratamiento jurisprudencial que merecen los casos de ceguera voluntaria. En cuarto lugar, haré referencia a los supuestos de negligencia, cuya problemática no parece corresponder a la de un estado mental, sino más bien a la de un juicio de "imputación objetiva". En esa medida, la tradicional discusión del Derecho penal continental acerca de la delimitación entre el dolo eventual y la imprudencia consciente, no se traduce en el Derecho penal inglés en una comparación entre los casos de negligencia y de temeridad, sino que más bien apunta a la propia definición de temeridad -subjetiva u objetiva- e incluso a los contornos de la intención oblicua. Finalmente, aludiré a los casos de error, fundamentalmente de error de hecho, que, antes que constituir un estado mental, son valorados como defensas del imputado.

El siguiente cuadro muestra de forma sintética la ubicación de los principales criterios de inferencia que expondré a continuación:

¹⁶³⁹ MOORE, "Intention as a marker of moral culpability and legal punishability", en DUFF, GREEN (eds.), *Philosophical Foundations of Criminal Law*, Oxford University Press, 2011, pp. 190 y ss.

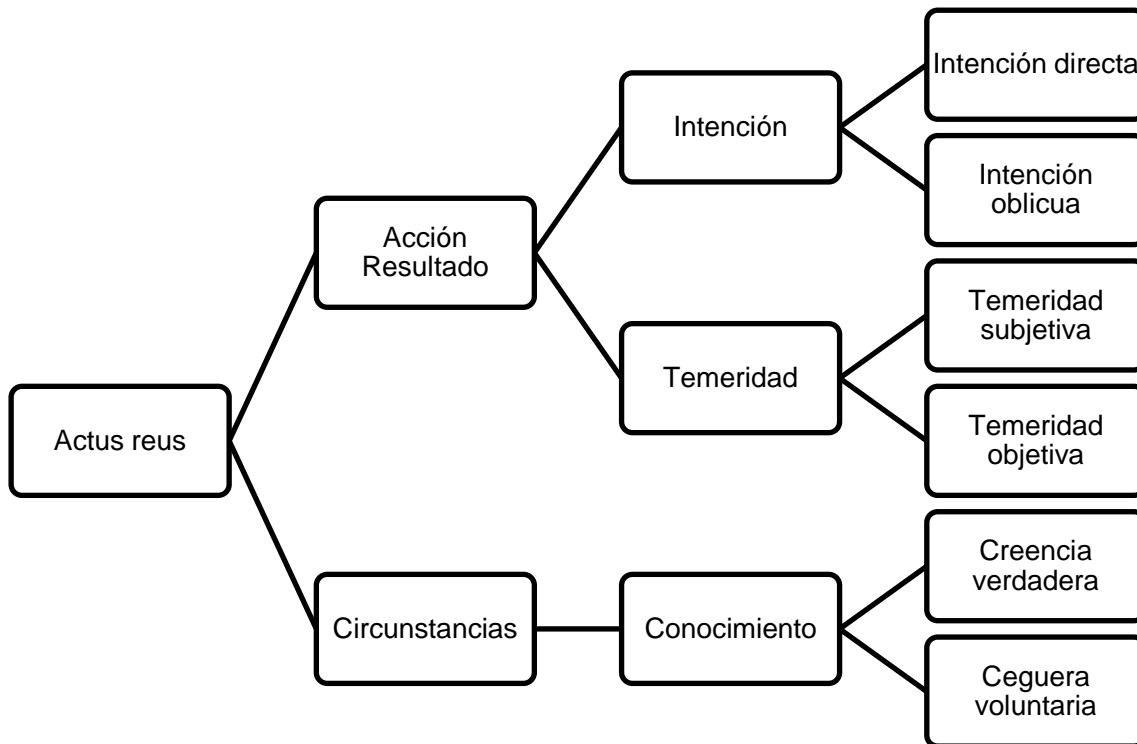


Figura 3.3. Criterios jurisprudenciales de inferencia de los estados mentales

3.1.1. Intención (*intention*)

La intención es el elemento subjetivo de mayor intensidad y suele ser exigido en los delitos más graves. Se trata de un concepto más amplio que el de premeditación, ya que incluye las conductas espontáneas¹⁶⁴⁰. La intención no ha sido definida por el Parlamento inglés, sino por algunos autores y, especialmente, por las cortes inglesas. WILLIAMS, por ejemplo, la define como aquel estado mental consistente en el conocimiento de las circunstancias del delito más el deseo de que el resultado se produzca como consecuencia de la conducta o bien la previsión de que el resultado ciertamente acontecerá¹⁶⁴¹. Por su parte, NORRIE explica que existen distintas definiciones de intención. Quisiera destacar dos. Por un lado, aquella definición de la intención como propósito. Bajo esta concepción, se considera que sólo son casos de intención aquellos supuestos en los que el imputado actuó con la directa intención de causar el resultado. Se trata del concepto utilizado en el ya mencionado caso *Rex v Steane* (1947)¹⁶⁴², en el que se afirmó que, aunque sin duda son cosas distintas el motivo de la conducta de una persona y su intención al realizarla, es también cierto que

¹⁶⁴⁰ ORMEROD, LAIRD, *Smith and Hogan's Criminal Law*, 14ª ed., pp. 116-117.

¹⁶⁴¹ WILLIAMS, *The mental element in Crime*, p. 20.

¹⁶⁴² *R v Steane* [1947] KB 997.

en muchos delitos se exige una intención específica¹⁶⁴³. (Traducción libre del autor)

Por otro lado, en la jurisprudencia más reciente se adopta un concepto más amplio de intención, que adopta tanto su forma directa como su forma indirecta¹⁶⁴⁴. Se hace referencia entonces a los supuestos de intención oblicua, en los que el imputado no tuvo la intención directa de producir el resultado, sino que previó la probabilidad de que este ocurriera.

En base al análisis de la jurisprudencia más reciente, puede concluirse que es predominante el concepto amplio de intención. Así, el término “intención” no se limita a aquellos casos en los que el imputado tiene un objetivo o resultado en la mente e intenta conseguirlo *-direct intent-*, sino que también comprende los supuestos de intención oblicua *-oblique intent-*, que son aquellos casos en los que el imputado tiene un propósito en mente, pero para lograrlo causa otras consecuencias no necesariamente deseadas¹⁶⁴⁵. Si bien es difícil hacer una equivalencia con el Derecho penal continental, ya que no existe un criterio unánime en la jurisprudencia inglesa, podría afirmarse que la intención comprende por lo menos los supuestos de dolo directo y dolo de segundo grado.

¿Cómo se determina la intención en el caso concreto? Con relación a la intención directa, DUFF propone un examen según el cual existiría intención en aquellos casos en los que, si el resultado no se hubiera producido, el imputado habría considerado su acción como una falla. Sin embargo, este examen fracasa cuando el resultado es solamente un medio para lograr el verdadero objetivo del imputado¹⁶⁴⁶ (por ejemplo, heredar la fortuna de la víctima de homicidio). Con relación a la intención oblicua, ASHWORTH y HORDER afirman que no se trata de un concepto ni de una forma de intención, sino más bien de un medio de inferencia de la intención¹⁶⁴⁷, es decir, de un instrumento de aplicación del concepto.

A partir de una selección de casos de homicidio, se verá cómo han evolucionado los criterios aportados por las cortes inglesas para dar contenido al proceso de inferencia de la intención. Antes de ello, resulta necesario tener en cuenta que en Reino Unido se distinguen varias formas de homicidio. La discusión central se encuentra ante los casos de asesinato u homicidio intencional (*murder*), en los que se exige la verificación de la intención del autor de matar o de causar un

¹⁶⁴³ Texto original en inglés: “While no doubt the motive of a man's act and his intention in doing the act are, in law, different things, it is, none the less, true that in many offences a specific intention is a necessary ingredient and the jury have to be satisfied that a particular act was done with that specific intent”.

¹⁶⁴⁴ NORRIE, *Crimen, Reason and History. A Critical Introduction to Criminal Law*, p. 71.

¹⁶⁴⁵ MARTIN, *Key Facts Key Cases. Criminal Law*, p. 33.

¹⁶⁴⁶ MCALHONE, WORTLEY, *Criminal Law. The Fundamentals*, 3ª ed., pp. 53-54.

¹⁶⁴⁷ ASHWORTH, HORDER, *Principles of Criminal Law*, 7ª ed., p. 173.

grave daño corporal¹⁶⁴⁸. Estos casos se diferencian de los supuestos de homicidio simple (*manslaughter*), entre cuyas formas destaca el homicidio no intencional (o por grave negligencia), y de las ofensas estatutarias cuyo resultado es la muerte de la víctima (por ejemplo, la conducción temeraria o peligrosa). Con relación a los supuestos de homicidio simple, debe anotarse que estos se dividen en dos clases: homicidio voluntario (en aquellos casos en los que concurre un homicidio intencional y deberían ser sancionados a título de asesinato, pero concurren circunstancias que reducen la culpabilidad del autor, como son la responsabilidad disminuida, la pérdida de auto control o la existencia de un pacto suicida) y homicidio involuntario. El siguiente cuadro expone las formas de homicidio que se sancionan en el Derecho penal inglés¹⁶⁴⁹:

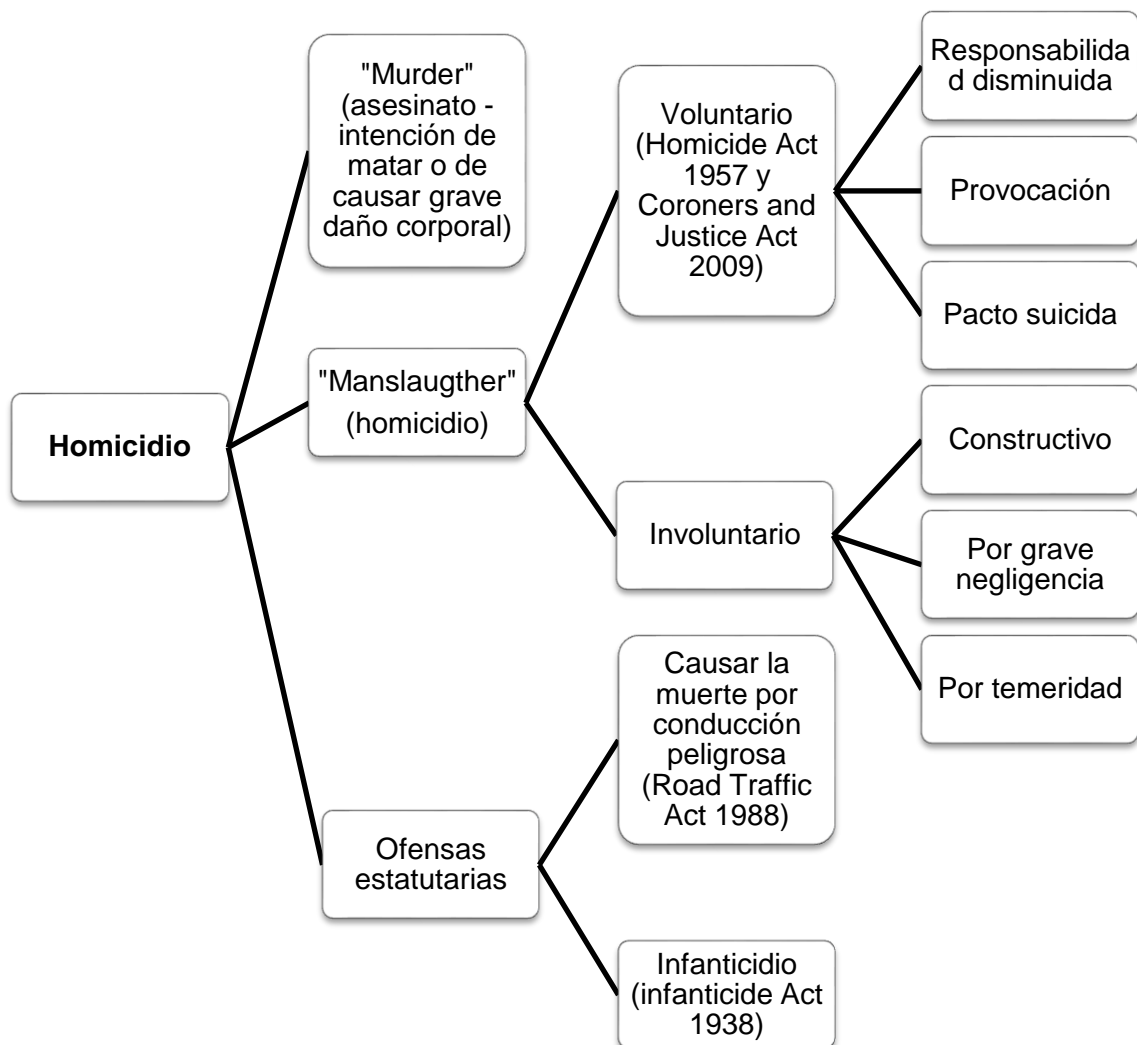


Figura 3.4. Formas de homicidio en el Derecho penal inglés

¹⁶⁴⁸ Al respecto, ver DUFF, *Intention, Agency and Criminal Liability. Philosophy of Action and the Criminal Law*, Basil Blackwell, 1990, pp. 139 y ss.

¹⁶⁴⁹ El cuadro ha sido adaptado de MARTIN, *Key Facts Key Cases. Criminal Law*, p. 149. Una explicación más detallada de las formas de homicidio en ALLEN, *Textbook on Criminal Law*, 13ª ed., Oxford University Press, 2015, pp. 324-382.

En el desarrollo de la jurisprudencia inglesa del siglo XX, he podido distinguir por lo menos cinco tendencias relacionadas a los criterios de inferencia de la intención. Se trata del criterio objetivo, del criterio de la consecuencia prácticamente segura, del criterio de la consecuencia natural o de la certeza moral, del criterio de la alta probabilidad y del criterio de la inferencia frente a la virtual certeza. Si bien, a primera vista, pareciera que la evolución de la jurisprudencia inglesa en materia de tipo subjetivo ha seguido el camino inverso del Derecho penal occidental (es decir, ha evolucionado de una visión objetiva del dolo hacia una perspectiva más subjetiva), lo cierto es que la real transición ha operado desde el establecimiento de presunciones objetivas de la intención (por ejemplo, cuando se señalaba que el imputado tenía que haber querido las consecuencias naturales de su conducta) hacia la concepción procesal -no sustantiva- de los criterios de inferencia de la intención (por ejemplo, al plantear que la previsión del resultado es una prueba más de la cual se puede -no se debe- inferir la intención).

A título introductorio, puedo señalar que el criterio objetivo aplica un baremo según el cual existe homicidio intencional cuando la muerte del sujeto pasivo es previsible por parte de una persona razonable situada en la posición del autor. Se trata de un proceso de atribución objetiva del estado mental, similar a los enfoques normativos más radicales del Derecho penal continental. En segundo lugar, el criterio de la consecuencia prácticamente segura afirma que el resultado es intencional, aun cuando no hubiera sido el propósito del autor causarlo, si es que el autor ha tenido conocimiento de que el resultado era una consecuencia prácticamente segura de su conducta. Se trata de un enfoque que guarda similitud con la teoría de la probabilidad -en su versión subjetiva- del Derecho penal continental. Asimismo, conlleva una concepción amplia de la intención que ha generado una serie de cuestionamientos en el Derecho penal inglés. En tercer lugar, el criterio de la consecuencia natural parte de la idea que la intención implica una certeza moral, por lo que sólo puede afirmarse que el imputado ha actuado intencionalmente si es que él mismo ha tenido conocimiento que el resultado era una consecuencia natural de su conducta. Se trata también de la aplicación de un baremo subjetivo de probabilidad, aunque con un contenido presuntivo que ha generado más de una duda en el Derecho penal inglés. En cuarto lugar, el criterio de la alta probabilidad afirma que cuanto más alta es la probabilidad de una consecuencia, es más probable que esta haya sido prevista y, si la consecuencia ha sido prevista, es más alta la probabilidad de que la consecuencia haya sido intencional. Finalmente, el criterio de la inferencia frente a la virtual certeza establece que la previsión del resultado no es más que una prueba de la cual se puede inferir la intención del imputado que ha apreciado la virtual certeza del resultado generado por su conducta.

Este último enfoque evidencia la perspectiva de análisis prioritariamente aplicativa del Derecho penal inglés. La evolución de su jurisprudencia en materia de homicidio intencional ha dejado en un segundo plano la definición de la intención y su relación con los distintos estándares de previsión y de probabilidad del resultado, dando lugar a la discusión acerca de cuál debe ser el criterio a partir del cual un jurado o un juez pueden inferir la existencia de intención. En otras palabras, cuál es el caso modelo o los casos tipo a partir de los cuales se puede -no se debe- atribuir un determinado estado mental. Veamos cada uno de los casos a detalle. A fin de facilitar su lectura y de destacar los criterios de inferencia aportados por la jurisprudencia, he dividido la presentación de cada caso en tres partes. La primera parte se titula “hecho” y en ella describo el supuesto fáctico materia de proceso. La segunda parte lleva el título de “resoluciones” y en ella presento en orden cronológico las resoluciones emitidas por las distintas instancias judiciales en el caso. Finalmente, la tercera parte se titula “criterios aportados” y en ella explico los criterios de inferencia aportados básicamente por la sentencia de última instancia del caso.

1) Caso DPP v Smith (1961)¹⁶⁵⁰:

- Hecho: Mientras que el imputado conducía su automóvil en posesión de objetos robados, se cruzó con un agente de control policial que le ordenó detenerse. Sin embargo, el imputado aceleró su marcha, atropellando al policía que le hacía señas para que se detuviera. El policía murió como consecuencia del atropello.
- Resoluciones: El imputado fue condenado por la Corte Penal Central (*Central Criminal Court*) como autor de un delito de asesinato u homicidio intencional (*murder*)¹⁶⁵¹. La Corte Penal de Apelaciones (*Court of Criminal Appeal*) sustituyó el veredicto por uno de homicidio no intencional (*manslaughter*) e impuso una sanción de diez años de prisión. Finalmente, la Cámara de los Lores (*House of Lords*) restableció la condena de primera instancia, al estimar que el imputado era autor de un delito de homicidio intencional.
- Criterio aportado: La Cámara de los Lores estableció en este caso un **baremo objetivo**, con dos indicadores. Existía homicidio intencional

¹⁶⁵⁰ *DPP v Smith* [1960] 3 WLR 546, [1961] AC 290.

¹⁶⁵¹ El delito de asesinato (*murder*) no se encuentra regulado en un estatuto, sino que responde al desarrollo jurisprudencial. Sin embargo, en lo que se refiere al presente caso y a todos los casos de asesinato (*murder*) o de homicidio involuntario (*manslaughter*) corresponde hacer referencia en lo pertinente a la ley de homicidios de 1957 (*Homicide Act 1957*). Disponible en: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Eliz2/5-6/11/contents> [consulta: 24 de febrero de 2017] y a la ley de abolición de la pena de muerte de 1965 (*Murder -Abolition of Death Penalty- Act 1965*). Disponible en: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1965/71/contents> [consulta: 02 de marzo de 2017].

cuando la muerte de la víctima era previsible y cuando una persona razonable situada en la posición del autor hubiera previsto el riesgo de muerte. Al respecto, Viscount Kilmuir sostuvo:

“Asumiendo que el imputado es responsable de sus acciones, la única cuestión es determinar si el acto ilícito y voluntario ha sido de tal naturaleza que el grave daño corporal era el resultado natural y probable del mismo. La única prueba disponible para esto es el criterio de lo que un hombre ordinario responsable consideraría como el resultado natural y probable según todas las circunstancias del caso. Esa ha sido siempre la ley”¹⁶⁵². (Traducción libre del autor)

A ello añadió que la única forma de refutar la presunción de que un hombre actúa con la intención de realizar las consecuencias naturales y probables de sus actos era probar la incapacidad, trastorno mental o responsabilidad disminuida del autor. En ese sentido, en la primera instancia de este caso no había sido necesario que el juez explicara al jurado que la presunción era refutable.

La resolución de este caso generó una recomendación de la Comisión de Reforma¹⁶⁵³, que dio lugar a la redacción del artículo 8º de la Ley de Justicia Criminal de 1967, cuyo objeto era restringir el baremo objetivo y establecer la obligación de valorar las circunstancias del caso concreto:

“Un tribunal o jurado, al determinar si una persona ha cometido un delito: (A) no está obligado a inferir que el imputado pretendió o previó un resultado de su acción sólo por ser la consecuencia natural y probable de la misma; y (B) decidirá si el imputado actuó con intención o previsión de dicho resultado en base a todas las pruebas, efectuando una inferencia a partir de la evidencia tal como aparezca de las circunstancias del caso concreto”¹⁶⁵⁴. (Traducción libre del autor)

Es entonces el propio Parlamento inglés el que inicia la transición del establecimiento de presunciones objetivas de la intención hacia la

¹⁶⁵² Texto original en inglés: “On the assumption that he is so accountable for his actions, the sole question is whether the unlawful and voluntary act was of such a kind that grievous bodily harm was the natural and probable result. The only test available for this is what the ordinary responsible man would, in all the circumstances of the case, have contemplated as the natural and probable result. That, indeed, has always been the law”.

¹⁶⁵³ Informe del 12 de diciembre de 1966. Al respecto, ver OXMAN, *Sistemas de imputación subjetiva en Derecho Penal...*, pp. 104-105.

¹⁶⁵⁴ Texto original en inglés: “8. Proof of criminal intent. A court or jury, in determining whether a person has committed an offence,— (a) shall not be bound in law to infer that he intended or foresaw a result of his actions by reason only of its being a natural and probable consequence of those actions; but (b) shall decide whether he did intend or foresee that result by reference to all the evidence, drawing such inferences from the evidence as appear proper in the circumstances”. Disponible en: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1967/80> [consulta: 10 de diciembre de 2016].

formación de una concepción procesal de los criterios de inferencia de la intención.

2) Caso Hyam v DPP (1975)¹⁶⁵⁵:

- Hecho: La imputada, con la supuesta finalidad de amedrentar a su ex pareja, se dirigió a su casa y quemó el buzón de la puerta principal, previa constatación de que su ex pareja no se encontraba en el lugar. Sin embargo, producto del incendio, murieron dos menores de edad que se encontraban al interior de la casa.
- Resoluciones: La imputada fue condenada en primera instancia por asesinato u homicidio intencional. Su apelación fue rechazada por la División Criminal de la Corte de Apelaciones (*Court of Appeal – Criminal Division*). Finalmente, la Cámara de los Lores -por tres votos contra dos- confirmó la condena por asesinato y ratificó que la intención no se limita a los casos de intención directa, sino que comprende los supuestos de intención oblicua.
- Criterio aportado: La cuestión de derecho de pública importancia sometida a discusión ante la Cámara de los Lores fue la siguiente:

“En el delito de homicidio intencional, ¿se prueba más allá de toda duda razonable que ha existido malicia premeditada a través de la acreditación de que el imputado tenía conocimiento de que era altamente probable que su conducta resultaría en la muerte o en lesiones corporales graves de la víctima?”¹⁶⁵⁶ (Traducción libre del autor)

Como fundamento de la decisión en mayoría, Lord Hailsham of St. Marylebone parte de la idea de que intención y previsión son conceptos distintos. Mientras que la intención comúnmente supone un propósito o una finalidad, la previsión no involucra elección alguna, sino que es una cuestión de conocimiento. En esa medida, afirma que “la intención de realizar el resultado implica que este sea previsible, pero la previsibilidad del resultado no implica necesariamente que esté abarcado por la intención del autor”¹⁶⁵⁷ (Traducción libre del autor). En ese sentido, sostiene que, para calificar un acto como asesinato, debe ser cometido con algunas de las siguientes intenciones: la intención de causar la muerte, la

¹⁶⁵⁵ *Hyam v DPP* [1974] 2 WLR 607, [1975] AC 55.

¹⁶⁵⁶ Texto original en inglés: “Is malice aforethought in the crime of murder established by proof beyond reasonable doubt that when doing the act which led to the death of another the accused knew that it was highly probable that that act would result in death or serious bodily harm?”

¹⁶⁵⁷ Texto original en inglés: “Consequences intended are necessarily foreseen, but not all consequences foreseen are necessarily intended”.

intención de causar grave daño corporal o la intención de exponer a la posible víctima a una situación de riesgo cuando el imputado sabe que existe un riesgo grave de que sus actos le causen la muerte o un grave daño corporal y, a pesar de ello, realiza su conducta de forma deliberada y sin excusa legal.

El voto en minoría sostuvo que confirmar la condena implicaba una expansión del concepto de dolo en el delito de homicidio. Desde dicha perspectiva, el delito de asesinato debía distinguirse de las formas menos atroces de homicidio, restringiendo el primero a aquellos casos en los que el resultado deseado o previsto por el autor fuera la muerte de un ser humano. En ese sentido, Lord Diplock sostuvo:

“No existe distinción en el Derecho inglés entre el estado de ánimo de quien hace un acto porque desea que produzca una consecuencia maligna particular y el estado de ánimo de quien hace el acto sabiendo que es probable que se produzca la consecuencia, aun cuando no sea su objetivo lograrla. Lo que es común a estos dos estados de ánimo es la disposición del sujeto a producir la particular consecuencia maligna y ello, en mi opinión, constituye la *mens rea* necesaria para satisfacer la exigencia, ya sea impuesta por la ley o existente en el Derecho consuetudinario, de que el acusado haya actuado con la “intención” de producir una particular consecuencia maligna o, en el antiguo lenguaje que todavía sobrevive en los crímenes de homicidio, una “malicia premeditada”¹⁶⁵⁸. (Traducción libre del autor)

Finalmente, el voto en mayoría de la Cámara de los Lores dispuso que las cortes podrían establecer que un resultado había sido intencional, aun cuando no hubiera sido el propósito del autor causarlo, si es que el autor tenía conocimiento de que el resultado era una consecuencia prácticamente segura de su conducta¹⁶⁵⁹. Según anota PADFIELD, la amplia concepción de la intención presente en esta sentencia –agravada por el hecho de que los tres jueces que votaron a favor lo hicieron en base a distintos motivos¹⁶⁶⁰- generó una década de incertidumbre en la judicatura

¹⁶⁵⁸ Texto original en inglés: “No distinction is to be drawn in English law between the state of mind of one who does an act because he desires it to produce a particular evil consequence, and the state of mind of one who does the act knowing full well that it is likely to produce that consequence although it may not be the object he was seeking to achieve by doing the act. What is common to both these states of mind is willingness to produce the particular evil consequence: and this, in my view, is the *mens rea* needed to satisfy a requirement, whether imposed by statute or existing at common law, that in order to constitute the offence with which the accused is charged he must have acted with "intent" to produce a particular evil consequence or, in the ancient phrase which still survives in crimes of homicide, with "malice aforethought".

¹⁶⁵⁹ ORMEROD, LAIRD, *Smith and Hogan's Criminal Law*, 14ª ed. p. 117.

¹⁶⁶⁰ Uno de los jueces adoptó el examen de la “alta probabilidad”; otro sostuvo que un simple examen de probabilidad era suficiente; y el tercero indicó que era suficiente con que el imputado

inglesa, siendo el caso *Mohan* quizás el intento más claro de la Corte de Apelaciones por delimitar el ámbito de la intención¹⁶⁶¹.

3) Caso Regina v Mohan (1976)¹⁶⁶²:

- Hecho: Con el fin de escapar, el imputado condujo su automóvil en dirección a donde se encontraba un oficial de policía. El oficial logró evadir al automóvil y no fue atropellado.
- Resoluciones: La División Criminal de la Corte de Apelaciones anuló la condena por tentativa del delito de lesiones en agravio de un oficial de policía producto de la conducción temeraria, al no haberse acreditado la existencia de una intención específica.
- Criterios aportados: La Corte aporta dos importantes criterios, que intentan aclarar el panorama dejado por el caso *Hyam v DPP*. En primer lugar, la Corte efectúa una clara delimitación entre intención y mero deseo, definiendo la intención como la decisión de llevar a cabo, en la medida de las posibilidades del acusado, la consecuencia prohibida, sin que importe si el acusado deseaba la consecuencia de su acto o no¹⁶⁶³. La Corte sostiene textualmente lo siguiente:

“La primera pregunta que debemos responder es: ¿cuál es el significado de la palabra “intención” cuando se utiliza para describir el estado mental (*mens rea*) de la tentativa? Debe diferenciarse del “motivo”, que es una emoción que conduce a la acción. Nunca se ha sugerido que tal significado sea apropiado para definir la “intención” en este contexto. Es igualmente claro que la palabra significa lo que a menudo se conoce como «intención específica» y puede definirse como «una decisión de producir una determinada consecuencia» o como «finalidad»¹⁶⁶⁴. (Traducción libre del autor)

En segundo lugar, la Corte afirma que no es suficiente para atribuir un delito intencional que el imputado hubiera previsto las consecuencias de su actuar, sino que se exige la prueba de una intención específica. Así, explica:

hubiera conocido que existía un “riesgo serio”. Al respecto, ver el comentario efectuado en *R v Woollin* [1998] 3 WLR 382, [1999] 1 AC 82.

¹⁶⁶¹ PADFIELD, *Criminal Law*, 8ª ed., p. 46.

¹⁶⁶² *R v Mohan* [1975] 2 All ER 193.

¹⁶⁶³ MARTIN, *Key Facts Key Cases. Criminal Law*, p. 39.

¹⁶⁶⁴ Texto original en inglés: “The first question we have to answer is: what is the meaning of 'intention' when that word is used to describe the mens rea in attempt? It is to be distinguished from 'motive' in the sense of an emotion leading to action; it has never been suggested that such a meaning is appropriate to 'intention' in this context. It is equally clear that the word means what is often referred to as 'specific intent' and can be defined as 'a decision to bring about a certain consequence' or as the 'aim'”.

“A nuestro juicio, en los casos de tentativa, a partir de la evidencia del conocimiento de las probables consecuencias de la conducta, o la evidencia de la cual se puede inferir dicho conocimiento, se puede establecer la intención, aunque no cabe equiparar dicho conocimiento a la intención. Si establece la existencia de dicho conocimiento, el jurado puede encontrar la intención y, usando el sentido común, probablemente la probará, pero ello no implica que necesariamente deba concluir que existe intención¹⁶⁶⁵”.
(Traducción libre del autor)

Se observa en esta sentencia la influencia del citado artículo 8° de la Ley de Justicia Criminal de 1967, específicamente cuando se establece que la existencia del conocimiento de las probables consecuencias de la conducta constituye un indicio -aunque no necesariamente determinante- de la intención.

4) Caso Regina v Moloney (1985)¹⁶⁶⁶:

- Hecho: El imputado disparó y mató a su padrastro, mientras ambos bebían y participaban de un juego acerca de quién era más rápido utilizando una escopeta. La narración fáctica del caso pone énfasis en la buena relación familiar que mantenían el imputado y la víctima.
- Resoluciones: El imputado fue condenado en primera instancia por asesinato. Su apelación fue rechazada por la División Criminal de la Corte de Apelaciones. Sin embargo, la Cámara de los Lores anuló la condena por asesinato y tipificó el caso como uno de homicidio no intencional (*manslaughter*).
- Criterios aportados: En primer lugar, la Cámara de los Lores insistió en adoptar una perspectiva procesal antes que una sustantiva y estableció que la previsión de las consecuencias no era asimilable a la intención, sino que solo podía ser considerada como una evidencia de la intención¹⁶⁶⁷. En la sentencia, Lord Bridge of Harwich afirmó que estaba firmemente convencido de que la previsión de las consecuencias, como elemento que tiene que ver con la cuestión de la intención en el asesinato o cualquier

¹⁶⁶⁵ Texto original en inglés: “In our judgment, evidence of knowledge of likely consequences, or from which knowledge of likely consequences can be inferred, is evidence by which intent may be established but it is not, in relation to the offence of attempt, to be equated with intent. If the jury find such knowledge established they may and, using common sense, they probably will find intent proved, but it is not the case that they must do so”.

¹⁶⁶⁶ *R v Moloney* [1985] 2 WLR 648, [1985] AC 905. Mayor detalle en MARTIN, *Key Facts Key Cases. Criminal Law*, p. 39.

¹⁶⁶⁷ En ese sentido, MARTIN, *Key Facts Key Cases. Criminal Law*, p. 34. Ver también CARD, MOLLOY, *Card, Cross & Jones Criminal Law*, 22ª ed., pp. 80-81.

otro delito de intención específica, no pertenecía al derecho sustantivo, sino al derecho de la prueba. Específicamente afirmó:

“Estoy firmemente de acuerdo en que la previsión de las consecuencias, como elemento que tiene que ver con la cuestión de la intención en el asesinato, o en cualquier otro crimen de intención específica, no pertenece al derecho sustantivo, sino al derecho de la prueba”¹⁶⁶⁸. (Traducción libre del autor)

En segundo lugar, la sentencia definió en qué consistía la “previsión de las consecuencias”. Los jueces explicaron que, para afirmar la intención, era necesaria una “certeza moral”, una probabilidad que fuera poco menos que abrumadora de que la acción del imputado conduciría al resultado a menos que algo inesperado surgiese para evitarlo¹⁶⁶⁹. Se planteó entonces el test de la “consecuencia natural”, que indicaba que podía afirmarse que el imputado había actuado con intención cuando la muerte era una consecuencia natural de sus actos y él mismo había previsto la muerte como consecuencia natural de sus actos¹⁶⁷⁰. En palabras de Lord Bridge of Harwich:

“No creo que sea necesario que el juez haga más que indicar al jurado que considere dos preguntas. En primer lugar, ¿era una consecuencia natural del acto voluntario del imputado la producción de la muerte o de una lesión grave en la víctima (o la producción de cualquier otra consecuencia pertinente en casos distintos al homicidio)? En segundo lugar, ¿previó el imputado que dicho resultado era la consecuencia natural de su conducta? Debe entonces instruirse al jurado en el sentido de que, si ambas preguntas son respondidas afirmativamente, es apropiado inferir que el autor tuvo la intención de provocar la consecuencia”¹⁶⁷¹. (Traducción libre del autor)

Se estableció así un **baremo subjetivo** que deshacía la confusión entre probabilidad e intención del caso *Hyam v DPP*. Sin embargo, como menciona PADFIELD, el caso dejó abierta la pregunta de cuándo la muerte

¹⁶⁶⁸ Texto original en inglés: “I am firmly of opinion that foresight of consequences, as an element bearing on the issue of intention in murder, or indeed any other crimen of specific intent, belongs, not to the substantive law, but to the law of evidence”.

¹⁶⁶⁹ ORMEROD, LAIRD, *Smith and Hogan's Criminal Law*, 14ª ed., p. 124.

¹⁶⁷⁰ PADFIELD, *Criminal Law*, 8ª ed., p. 47.

¹⁶⁷¹ Texto original en inglés: “I do not believe it is necessary for the judge to do more than invite the jury to consider two questions. First, was death or really serious injury in a murder case (or whatever relevant consequence must be proved to have been intended in any other case) a natural consequence of the defendant's voluntary act? Secondly, did the defendant foresee that consequence as being a natural consequence of his act? The jury should then be told that if they answer yes to both questions it is a proper inference for them to draw that he intended that consequence”.

de la víctima podía ser considerada “la consecuencia natural” de una determinada conducta¹⁶⁷².

5) Caso Regina v Hancock and Shankland (1986)¹⁶⁷³:

- Hecho: Los imputados, con la supuesta intención de evitar que sus compañeros de trabajo concurren a trabajar y rompiesen la huelga que mantenían, empujaron dos bloques de hormigón desde un puente hacia la carretera que conducía a su centro de labores. Al caer los bloques de hormigón, golpearon el taxi en el que se desplazaba uno de sus compañeros. El taxista murió como consecuencia del impacto.
- Resoluciones: Los imputados fueron condenados en primera instancia por asesinato. Su apelación fue aceptada por la División Criminal de la Corte de Apelaciones, que consideró que las directivas del juez al jurado habían sido inadecuadas y sustituyó las condenas de asesinato por condenas de homicidio no intencional. Finalmente, la Cámara de los Lores confirmó la sentencia de la Corte de Apelaciones, al entender que no era suficiente la previsión del resultado para imputar la intención, sino que debía acreditarse una probabilidad rayana en la certeza (“certeza moral”). Sin embargo, rechazó la posibilidad de aplicar las directrices formuladas por la Corte de Apelaciones para que el jurado evaluara la existencia de intención.
- Criterio aportado: La Cámara de los Lores sostuvo que la alta probabilidad de que ocurriera el resultado era algo que debía tenerse en cuenta al decidir si se podía inferir la intención del imputado, aunque no tenía por qué ser un criterio determinante. Los jueces afirmaron que era correcto el criterio establecido por la Corte de Apelaciones en el sentido de que la probabilidad del resultado es un factor lo suficientemente importante como para que se llame la atención del jurado al respecto. Lord Scarman explicó al respecto que, “si existe una alta probabilidad de que se produzca la muerte o las lesiones graves, ello puede ser valorado como una evidencia abrumadora de la existencia de la intención de matar o herir”¹⁶⁷⁴ (Traducción libre del autor). A ello añadió que el test de la “consecuencia natural” del caso *R v Moloney* resultaba demasiado amplio¹⁶⁷⁵, por lo que debían establecerse nuevas reglas:

¹⁶⁷² PADFIELD, *Criminal Law*, 8ª ed., p. 47.

¹⁶⁷³ *R v Hancock and Shankland* [1986] 2 WLR 357, [1986] AC 455. Mayor detalle en MARTIN, *Key Facts Key Cases. Criminal Law*, Routledge Taylor & Francis Group, 2014, p. 35.

¹⁶⁷⁴ Texto original en inglés: “If the likelihood that death or serious injury will result is high, the probability of that result may be seen as overwhelming evidence of the existence of the intent to kill or injure”.

¹⁶⁷⁵ PADFIELD, *Criminal Law*, 8ª ed., p. 48.

“(El jurado) requiere una referencia acerca de la probabilidad. También requiere una explicación de que, cuanto más alta es la probabilidad del resultado, es más probable que este haya sido previsto y, si el resultado fue previsto, es más alta la probabilidad de que el resultado haya sido querido (intencional)”¹⁶⁷⁶. (Traducción libre del autor)

Como podemos observar, la Cámara de los Lores persiste en adoptar un enfoque procesal del problema de la intención. Así, dicta criterios de inferencia de la intención basados en la probabilidad del resultado y en la previsión del mismo.

6) Caso Regina v Nedrick (1986)¹⁶⁷⁷:

- Hecho: Con la supuesta finalidad de asustar al dueño de casa, el imputado derramó parafina en el buzón de correos situado frente al predio y encendió fuego. El resultado fue la muerte de un niño que se encontraba al interior del inmueble producto de la propagación del fuego.
- Resolución: El imputado fue condenado en primera instancia por asesinato. La Corte de Apelaciones sustituyó la calificación de asesinato por una de homicidio no intencional.
- Criterio aportado: La Corte de Apelaciones enfatizó que la previsión del resultado (entendida como “virtual certeza” y no como “certeza moral”) no era más que una prueba de la cual se podía inferir la intención¹⁶⁷⁸. Estableció además que los jurados debían formularse dos preguntas para evaluar si existía intención en el caso concreto.

En suma, fueron fijados tres principios en esta sentencia, que cito textualmente:

“(A) Cuando se debe determinar si el imputado actuó intencionalmente, es útil para el jurado formularse las dos siguientes preguntas. (1) ¿Cuán probable era el resultado que se produjo como consecuencia del acto voluntario del imputado? (2) ¿Previó el imputado dicho resultado? Si el imputado no apreció que la muerte o las lesiones graves eran propensos a resultar de su conducta, entonces no pudo haber actuado con la intención de

¹⁶⁷⁶ Texto original en inglés: “They also require an explanation that the greater the probability of a consequence the more likely it is that the consequence was foreseen and that if that consequence was foreseen the greater the probability is that that consequence was also intended. But juries also require to be reminded that the decision is theirs to be reached upon a consideration of all the evidence”.

¹⁶⁷⁷ *R v Nedrick* [1986] 1 WLR 1025. Mayor detalle en MARTIN, *Key Facts Key Cases. Criminal Law*, p. 35.

¹⁶⁷⁸ ORMEROD, LAIRD, *Smith and Hogan’s Criminal Law*, 14ª ed., p. 119.

producir el resultado. Si lo hizo, pero pensó que el riesgo al que exponía a la víctima era leve, entonces el jurado puede fácilmente concluir que el imputado no tenía la intención de lograr ese resultado. Por otra parte, si el jurado está convencido de que en el momento de los hechos el imputado tuvo conocimiento (previó) que la muerte o las lesiones graves serían - salvo una intervención imprevista- un resultado “virtualmente cierto” de su conducta voluntaria, entonces puede fácilmente inferirse que el imputado tenía la intención de matar o de hacer grave daño físico, a pesar de que puede no haber tenido ningún deseo de lograr ese resultado¹⁶⁷⁹.

“(B) Si el cargo es asesinato, en los raros casos en que la simple directiva no sea suficiente, debe indicarse a los miembros del Jurado que no deben inferir la intención, a menos que se sientan seguros de que la muerte o las lesiones graves (salvo alguna intervención imprevista) eran un resultado “virtualmente cierto” de la conducta del imputado y que este apreció que tal era el caso¹⁶⁸⁰”.

“(C) Cuando un hombre se da cuenta de que, para todos los efectos prácticos, es inevitable que su conducta resulte en la muerte o lesiones graves, puede ser inevitable inferir que pretendía ese resultado, sin importar cuán poco haya deseado que sucediera. La decisión del jurado debe tomar en cuenta toda la evidencia¹⁶⁸¹”.

La Corte de Apelaciones, con ciertos matices, sigue la línea de enfocar el problema de la intención como un asunto procesal, de establecimiento de directrices o indicadores para el jurado acerca de cómo inferir el estado mental del imputado.

¹⁶⁷⁹ Texto original en inglés: “(A) When determining whether the defendant had the necessary intent, it may therefore be helpful for a Jury to ask themselves two questions. (1) How probable was the consequence which resulted from the defendant’s voluntary act? (2) Did he foresee that consequence? If he did not appreciate that death or serious harm was likely to result from his act, he cannot have intended to bring it about. If he did, but thought that the risk to which he was exposing the person killed was only slight, then it may be easy for the Jury to conclude that he did not intend to bring about that result. On the other hand, if the Jury are satisfied that at the material time the defendant recognised that death or serious harm would be virtually certain (barring some unforeseen intervention) to result from his voluntary act, then that is a fact from which they may find it easy to infer that he intended to kill or do serious bodily harm, even though he may not have had any desire to achieve that result”.

¹⁶⁸⁰ Texto original en inglés: “(B) Where the charge is murder and in the rare cases where the simple direction is not enough, the Jury should be directed that they are not entitled to infer the necessary intention, unless they feel sure that death or serious bodily harm was a virtual certainty (barring some unforeseen intervention) as a result of the defendant’s actions and that the defendant appreciated that such was the case”.

¹⁶⁸¹ Texto original en inglés: “(C) Where a man realises that it is for all practical purposes inevitable that his actions will result in death or serious harm, the inference may be irresistible that he intended that result, however little he may have desired or wished it to happen. The decision is one for the Jury to be reached upon a consideration of all the evidence”.

7) Caso Regina v Woollin (1998)¹⁶⁸²:

- Hecho: El imputado, en un momento de ira, lanzó a su hijo de tres meses de edad a una superficie dura, causándole la muerte.
- Resolución: El imputado fue condenado en primera instancia por asesinato. Su apelación fue rechazada por la División Criminal de la Corte de Apelaciones. Sin embargo, la Cámara de los Lores anuló la condena por asesinato y la reemplazó por una condena por homicidio no intencional.
- Criterios aportados: La Cámara de los Lores aprobó las directivas del caso *R v Nedrick*, señalando que dicha decisión había sido acogida por la doctrina y que, durante doce años, su examen de “virtual certeza” no había causado mayores dificultades prácticas. Sin embargo, estableció que era preferible utilizar la expresión “encontrar” antes que la de “inferir” la intención, así como desaprobó el uso de las dos interrogantes formuladas para el jurado (ver principio (A) en el caso *R v Nedrick*). Confirmó entonces la aplicación de la directiva central para el jurado del caso *R v Nedrick* (ver principio (B) en dicho caso):

“Los miembros del jurado deben ser instruidos en el sentido de que no deben ‘encontrar’ un supuesto de intención a menos que se sientan seguros de que la muerte o el daño físico grave, salvo una intervención imprevista, eran el resultado cierto (“virtual certeza”) de la acción realizada por el imputado y que el imputado apreció que tal era el caso”¹⁶⁸³. (Traducción libre del autor)

Entre los fundamentos de la sentencia, Lord Steyn afirmó que un resultado previsto como virtualmente cierto es el resultado deseado. Según ORMEROD y LAIRD, esta última afirmación ha merecido dos lecturas distintas. Por un lado, una lectura literal, según la cual, una vez que la corte o el jurado determinan que el imputado ha tenido tal previsión, debe concluir que existió una conducta intencional. Por otro lado, una interpretación restrictiva, según la cual, cuando la corte o el jurado determinan que el imputado ha previsto como virtualmente cierto el resultado, pueden estimar que se trata de una conducta intencional (“encontrarla”), aunque no están obligados a concluir que existió

¹⁶⁸² *R v Woollin* [1998] 3 WLR 382, [1999] 1 AC 82.

¹⁶⁸³ Texto original en inglés: “The jury should be directed that they were not entitled to find the necessary intention for a conviction of murder unless they felt sure that death or serious bodily harm had been a virtual certainty (barring some unforeseen intervention) as a result of the defendant’s actions and that the defendant had appreciated that such was the case”.

intención¹⁶⁸⁴. La primera alternativa privilegia una mayor certeza y seguridad jurídica, mientras que la segunda apunta a una mayor justicia, al valorar otras circunstancias del caso concreto. Lo relevante para los efectos de la presente tesis es que en ambos casos se adopta un enfoque procesal del problema.

Otro aporte del caso *R v Woollin* es la idea de que la intención no tiene necesariamente el mismo significado en todos los contextos del Derecho penal¹⁶⁸⁵. No han faltado las críticas contra la resolución de este caso, sobre todo aquellas que apuntan a que la previsión y la intención son estados mentales, no pudiendo inferirse una de la existencia de la otra¹⁶⁸⁶.

Siguiendo a MCALHONE y WORTLEY, y en atención a la revisión de casos que se ha realizado, puede concluirse que la intención oblicua plantea la relación entre dos instituciones: la intención y la previsión (o previsibilidad). Al respecto, existen dos visiones. Por un lado, el punto de vista de la identidad, que asimila la previsión de una consecuencia a la existencia de intención. Por otro lado, el punto de vista de la inferencia, para el que la previsión de una consecuencia es una evidencia más -una cuestión de hecho- de la cual el jurado puede –pero no debe- inferir la existencia de intención¹⁶⁸⁷. Este segundo punto de vista parece ser el que ha primado en la evolución jurisprudencial¹⁶⁸⁸. Vinculada a esta discusión se encuentra la del grado de previsión, que las cortes inglesas han fijado en los últimos tiempos como un grado de “virtual certeza” (*virtual certainty*)¹⁶⁸⁹, certeza que no es exigida cuando el propósito es producir la consecuencia prohibida (intención directa)¹⁶⁹⁰.

8) Caso Regina v Darren John Matthews and Brian Dean Alleyne (2003)¹⁶⁹¹:

- Hecho: Un joven fue asaltado por cuatro sujetos, quienes más tarde lo secuestraron y lo condujeron hasta un puente, del cual lo arrojaron al río, a pesar de que la víctima desesperadamente les había dicho que no sabía nadar. El joven murió ahogado. Matthews y Alleyne son dos de los sujetos

¹⁶⁸⁴ ORMEROD, LAIRD, *Smith and Hogan's Criminal Law*, 14ª ed., pp. 119-120. Un mayor desarrollo de ambas lecturas en CARD, *Card, Cross & Jones Criminal Law*, 21ª ed., pp. 76 y ss.

¹⁶⁸⁵ ORMEROD, LAIRD, *Smith and Hogan's Criminal Law*, 14ª ed., p. 125. Al respecto, ver más en TADROS, “The system of the criminal law”, en *22 Legal Studies*, 2002, p. 455.

¹⁶⁸⁶ PADFIELD, *Criminal Law*, 8ª ed., p. 50.

¹⁶⁸⁷ MCALHONE, WORTLEY, *Criminal Law. The Fundamentals*, 3ª ed., p. 56.

¹⁶⁸⁸ El proyecto de Código Penal de Reino Unido define la intención en los siguientes términos: “una persona actúa intencionalmente con relación a un resultado cuando actúa con el fin de lograrlo o siendo consciente de que ocurrirá en el curso ordinario de los acontecimientos”. Ver más en ORMEROD, LAIRD, *Smith and Hogan's Criminal Law*, 14ª ed., p. 126.

¹⁶⁸⁹ MCALHONE, WORTLEY, *Criminal Law. The Fundamentals*, 3ª ed., p. 56.

¹⁶⁹⁰ DE THAN, HEATON, *Criminal Law*, 4ª ed., p. 61.

¹⁶⁹¹ *R v Matthews and Alleyne* [2003] EWCA Crim 192.

que atacaron al joven fallecido, quienes negaron haber participado del hecho específico de arrojarlo al río. Sin embargo, en el proceso judicial, se dio por acreditada su presencia, a partir de las declaraciones de sus co-imputados y de los testigos del hecho.

- Resolución: En primera instancia, Matthews y Alleyne fueron condenados por la comisión de los delitos de robo, secuestro y asesinato. Su apelación fue rechazada y la sentencia fue confirmada por la División Criminal de la Corte de Apelaciones.
- Criterios aportados: Según apunta OXMAN, la apelación fue desestimada, ya que, pese a que la realización de una acción que involucra la creación de un riesgo previsible de producción del resultado no prueba el dolo, en el presente caso los imputados no hicieron nada por salvar a la víctima y, al no mostrar su oposición frente al resultado, ello supondría necesariamente la aceptación de la posibilidad cierta de la muerte de la víctima¹⁶⁹².

En este mismo caso, los jueces ingleses analizaron el precedente fijado en el caso *R v Woollin* y establecieron que, a la fecha, el Derecho no había alcanzado una definición de lo que es la intención. Sostuvieron entonces que lo único que existía es una regla de evidencia, más no una regla de Derecho sustancial. Textualmente los jueces afirmaron:

“A nuestro juicio, la ley aún no ha alcanzado una definición de lo que es la intención en el delito de asesinato, bajo los términos de que el imputado haya apreciado una virtual certeza de producción del resultado típico. No consideramos que el caso *R v Woollin* haya alcanzado o establecido una regla de Derecho sustantivo. Por el contrario, de la discusión en el caso *R v Woollin* se desprende claramente que el caso *R v Nedrick* se derivó de la normativa ya existente, establecida en dicho momento en los casos *R v Moloney* y *R v Hancock and Shankland*, y que la dirección crítica en *R v Nedrick* fue aprobada, sujeto al cambio de una palabra¹⁶⁹³”.

Ello, en lugar de constituir una falencia, puede ser justamente el aporte del Derecho penal inglés a la problemática del dolo. Se extrae así de su jurisprudencia la regla en base a la cual una conducta puede ser considerada desde el punto de vista normativo como intencional o dolosa.

¹⁶⁹² OXMAN, *Sistemas de imputación subjetiva en Derecho Penal...*, p. 114.

¹⁶⁹³ Texto original en inglés: “In our judgment, however, the law has not yet reached a definition of intent in murder in terms of appreciation of a virtual certainty. We do not regard *Woollin* as yet reaching or laying down a substantive rule of law. On the contrary, it is clear from the discussion in *Woollin* as a whole that *Nedrick* was derived from the existing law, at that time ending in *Moloney* and *Hancock*, and that the critical direction in *Nedrick* was approved, subject to the change of one word”.

Dicha regla implica que los tribunales podrán inferir dicho estado mental siempre y cuando se acredite que el sujeto ha previsto como virtualmente cierto el resultado. En el siguiente capítulo de esta tesis plantearé que el proceso de inferencia será válido en la medida que se verifiquen en el caso concreto determinadas condiciones para el conocimiento.

En los últimos años, la tendencia de la jurisprudencia inglesa se ha mantenido en la línea de lo expuesto. Más cercano en el tiempo es el caso *Regina v MD* (2004)¹⁶⁹⁴, en el que la Corte de Apelaciones –en una suerte de compilado de los casos anteriores- sostuvo que la intención oblicua cubre aquellos supuestos en los que el imputado realiza un acto sin el propósito de matar, pero en circunstancias en las que la muerte tiene una virtual certeza de acontecer como resultado de su conducta, habiendo el imputado apreciado que ese era el caso¹⁶⁹⁵.

Más allá de ello, los jueces ingleses dejan puntos sin resolver. MCALHONE y WORTLEY sostienen que no están claros los criterios para determinar en qué circunstancias puede encontrarse la intención cuando el imputado previó con un grado de certeza virtual la consecuencia de su hecho; ni si la intención oblicua debe aplicarse para todos los delitos que implican intención o sólo para el homicidio; y cuál es la relevancia precisa de los buenos motivos del imputado en un caso de intención oblicua¹⁶⁹⁶.

Por otro lado, si bien la atención de las cortes inglesas en materia de criterios de inferencia de la intención se ha centrado en los casos de homicidio, cabe mencionar un caso reciente en el que se trató la problemática de la intención y que no estaba vinculado a un supuesto de homicidio. Se trata del caso *Her Majesty's Attorney General v Scotcher* (2005)¹⁶⁹⁷, en el que la Cámara de los Lores confirmó la condena por violación de la ley de desacato de 1981 (*Contempt of Court Act 1981*)¹⁶⁹⁸ al miembro de un jurado que, una vez terminadas las deliberaciones, remitió una carta anónima a la madre de los dos hermanos que fueron condenados por el jurado del que formó parte. En la carta, el imputado narraba que había sido el único miembro del jurado que había votado a favor de

¹⁶⁹⁴ *R v MD* [2004] EWCA Crim 1391.

¹⁶⁹⁵ ORMEROD, LAIRD, *Smith and Hogan's Criminal Law*, 14ª ed., p. 118.

¹⁶⁹⁶ MCALHONE, WORTLEY, *Criminal Law. The Fundamentals*, 3ª ed., p. 61.

¹⁶⁹⁷ *Her Majesty's Attorney General v Scotcher* [2005] UKHL 36, 2005 WL 1168989.

¹⁶⁹⁸ La norma aplicada al caso fue la siguiente: "Contempt of Court Act: (1) Subject to subsection (2) below, it is a contempt of court to obtain, disclose or solicit any particulars of statements made, opinions expressed, arguments advanced or votes cast by members of a jury in the course of their deliberations in any legal proceedings" ("Ley de Desacato: (1) Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado (2), se entenderá por desacato al tribunal la obtención, divulgación o solicitud de información sobre las declaraciones formuladas, las opiniones expresadas, los argumentos expuestos o los votos emitidos por los miembros de un jurado en el curso de sus deliberaciones en cualquier procedimiento legal") [Traducción libre del autor].

la absolución de sus hijos, que varios miembros del jurado habían cambiado su voto a favor de la condena simplemente porque querían irse a su casa y que se había incurrido en una serie de irregularidades en la deliberación. La defensa del imputado afirmó que su intención al remitir la carta había sido proteger el debido proceso y el derecho de los condenados a ser juzgados por un tribunal imparcial. Sin embargo, la Cámara de los Loes estimó que ese hubiera sido el caso si el imputado hubiera dirigido su carta a los miembros del tribunal. Sin embargo, al revelar las deliberaciones de los miembros del jurado a un tercero que no tenía autoridad para recibir revelaciones en nombre del tribunal y que podría o no podría comunicar el contenido de la carta al tribunal, el imputado había violado la prohibición de discutir el caso con cualquier otra persona que no fuera miembro del jurado. Lo interesante de esta sentencia es que describe el proceso de inferencia de la intención, a partir de los hechos objetivamente probados en el caso:

“De hecho, las palabras finales de la carta, en las que el imputado instó a la señora Anderson a que no la presentara a la policía, al juez o a la fiscalía, son apenas coherentes con su supuesta intención de que esta actuara como un conducto entre él y las autoridades judiciales. Además, el recurrente no tenía ningún control sobre lo que la señora Anderson pudiera hacer con la carta. (...) El imputado eligió deliberadamente escribir a la señora Anderson, aunque -como dice en la carta- era consciente de que al hacerlo estaba en desacato al tribunal¹⁶⁹⁹”.
(Traducción libre del autor)

No sólo se ratifica el enfoque procesal (nivel aplicativo) de la jurisprudencia penal inglesa para casos distintos a los de homicidio, sino que además destaca la importancia de los indicadores objetivos a efectos de construir la imputación de los elementos subjetivos (estados mentales) del delito. Ello debe ser tomado en cuenta a los efectos de la propuesta de esta tesis.

3.1.2. *Temeridad (recklessness)*¹⁷⁰⁰

Un segundo estado mental considerado por la jurisprudencia inglesa es la temeridad (*recklessness*), en la que el imputado decide llevar a cabo riesgos

¹⁶⁹⁹ Texto original en inglés: “He was disclosing the jurors' deliberations to a third party who had no authority to receive disclosures on behalf of the court and who might, or might not, pass the contents of the letter on to the court. Indeed, the closing words of the letter, where the appellant urged Mrs Anderson not to show it to the police, to the judge or to prosecuting counsel, are scarcely consistent with an intention on the appellant's part that she should, in effect, act as a conduit between him and the court authorities. Moreover, the appellant had no control over what Mrs Anderson did with his letter. (...) He deliberately chose to write to Mrs Anderson, even though -as the letter makes clear- he was well aware that in doing so he was in contempt of court”.

¹⁷⁰⁰ Traduce también *recklessness* como temeridad, PIÑA ROCHEFORT, *La estructura de la teoría del delito en el ámbito jurídico del “Common Law”*, Comares, 2002, p. 86. En sentido contrario se pronuncia RAGUÉS I VALLÈS, *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, p. 71.

injustificables que pueden dañar a terceros¹⁷⁰¹. El imputado sabe que su conducta puede causar un grave daño y, a pesar de ello, insiste en realizarla¹⁷⁰². Aclara DUFF que la temeridad es una cuestión de elección y de acción, más no de actitud o de sentimiento¹⁷⁰³.

Según ORMEROD y LAIRD, no se trata de cualquier toma de riesgo. Si bien no es posible indicar de forma general qué nivel de riesgo de la probabilidad de ocurrencia del daño se requiere para configurar un caso de temeridad, sí puede afirmarse que, si la actividad no tiene utilidad social, la mínima posibilidad de daño debería ser suficiente para concluir que existe temeridad, mientras que, si el acto tiene un alto grado de utilidad social, solo un muy alto grado de probabilidad de grave daño que supere a la utilidad social permitiría la condena¹⁷⁰⁴. En este caso, resulta aún más difícil establecer una equivalencia con el Derecho penal continental, ya que existe una versión subjetiva de la temeridad que se acerca a la noción de dolo eventual¹⁷⁰⁵, pero también una versión objetiva que sería difícilmente compatible aquella¹⁷⁰⁶. Los criterios de inferencia de ambas versiones de temeridad aparecen en el desarrollo jurisprudencial que detallo a continuación y su evolución desde una perspectiva subjetiva hacia otra objetiva para regresar finalmente a la perspectiva subjetiva se resumen en el siguiente gráfico:



Figura 3.5. Formas de temeridad en la jurisprudencia penal inglesa

¹⁷⁰¹ ORMEROD, LAIRD, *Smith and Hogan's Criminal Law*, 14^a ed., p. 129. Un completo estudio acerca de la temeridad en Reino Unido y en los demás países del *common law* en STARK, *Culpable Carelessness. Recklessness and Negligence in the Criminal Law*, Cambridge University Press, 2016, pp. 26 y ss.

¹⁷⁰² WEIGEND, "Subjective elements of criminal liability", p. 499.

¹⁷⁰³ DUFF, *Intention, Agency and Criminal Liability...*, p. 144.

¹⁷⁰⁴ ORMEROD, LAIRD, *Smith and Hogan's Criminal Law*, 14^a ed., p. 132.

¹⁷⁰⁵ Al respecto, ver CHIESA, "Comparative Criminal Law", pp. 1089 y ss. En cambio, en FLETCHER, *Rethinking Criminal Law*, p. 446, se identifica la temeridad estadounidense (*recklessness*) con la imprudencia consciente del Derecho alemán y soviético.

¹⁷⁰⁶ Existen además autores que conciben la temeridad como una forma de negligencia advertida, la cual distinguen de la negligencia inadvertida, a la que llaman simplemente negligencia. Es el caso de WILLIAMS, *Criminal Law. The General Part*, 2^a ed., pp. 53 y ss. Ver también WILLIAMS, *The mental element in Crime*, p. 20.

Al igual que en el caso de la intención, la evolución de la jurisprudencia inglesa en materia de temeridad evidencia la perspectiva de análisis prioritariamente aplicativa del Derecho penal inglés. La discusión se centra también en cuáles deben ser los criterios a partir de los cuales el jurado o el juez pueden inferir la existencia de temeridad en la conducta del imputado. En otras palabras, cuál es el caso modelo (o los casos tipo) a partir del cual se puede (no se debe) atribuir el aludido estado mental. A fin de facilitar la lectura de los casos y de destacar los criterios de inferencia aportados por la jurisprudencia, de igual manera que lo hice en el caso de la intención, he dividido la presentación de cada caso en tres partes. La primera parte se titula “hecho” y en ella describo el supuesto fáctico materia de proceso. La segunda parte lleva el título de “resoluciones” y en ella presento en orden cronológico las resoluciones emitidas por las distintas instancias judiciales en el caso. Finalmente, la tercera parte se titula “criterios aportados” y en ella explico los criterios de inferencia aportados básicamente por la sentencia de última instancia del caso. Cabe precisar que el estado mental de la temeridad es requisito subjetivo suficiente para la configuración de un buen número de delitos del Derecho penal inglés, más no para el homicidio intencional¹⁷⁰⁷.

1) Caso Regina v Cunningham (1957)¹⁷⁰⁸:

- Hecho: El imputado rompió un medidor de gas de la bodega de una casa ocupada a fin de robar el dinero que se encontraba en su interior, dejando salir el gas, el cual se filtró en una vivienda vecina, siendo inhalado por la víctima, cuya vida fue puesta en peligro.
- Resoluciones: El imputado fue condenado como autor de un delito de hurto (*larceny*) y como autor de un delito de administración maliciosa de una sustancia tóxica que puso en peligro la vida de la víctima¹⁷⁰⁹. Con relación a este segundo delito, el imputado presentó un recurso de apelación, el cual fue conocido por la Corte Penal de Apelaciones (*Court of Criminal Appeal*), la cual revocó la condena, al estimar que el imputado no podía ser culpable de este delito, salvo que hubiera sido consciente, cuando

¹⁷⁰⁷ DUFF, *Intention, Agency and Criminal Liability...*, p. 173.

¹⁷⁰⁸ *R v Cunningham* [1957] 3 WLR 76, [1957] 2 QB 396.

¹⁷⁰⁹ La norma aplicada al caso fue la siguiente: “Offence against the Person Act, 1861, s. 23 : Whosoever shall unlawfully and maliciously administer to or cause to be administered to or taken by any other person any poison or other destructive or noxious thing, so as thereby to endanger the life of such person, or so as thereby to inflict upon such person any grievous bodily harm, shall be guilty of felony” (“Ley de delitos contra las personas, 1861, s. 23: Todo aquel que, ilícita y maliciosamente, administre o haga administrar o tomar a cualquier otra persona cualquier veneno o cualquier otra sustancia destructiva o nociva, con el fin de poner en peligro la vida de esa persona o de infligirle cualquier daño corporal grave, será culpable de un delito grave”) [Traducción libre del autor].

rompió el medidor de gas o cuando dejó la tubería con el gas filtrándose, que este podría ser inhalado por una tercera persona.

- Criterio aportado: La Corte de Apelaciones estableció un criterio de temeridad subjetiva (*advertent recklessness*), según el cual, para atribuir un estado mental de temeridad, debe probarse que el imputado fue consciente de la existencia de un riesgo de producción del resultado prohibido o de alguna circunstancia del delito. En consecuencia, para ser responsable, el imputado tendría que haber reconocido la existencia del riesgo y haberlo tomado deliberadamente¹⁷¹⁰. En esa línea, Lord Byrne sostuvo que la expresión “maliciosamente” en un estatuto debía ser interpretada como “previsión del resultado”:

“La malicia debe tomarse no en el viejo y vago sentido de la maldad en general, sino como la exigencia de (1) una intención real de generar el tipo particular de daño que en efecto se hizo; o (2) temeridad respecto de si tal daño ocurriría o no¹⁷¹¹”. (Traducción libre del autor)

Con relación a esta sentencia, ASHWORTH y HORDER sostienen que la temeridad subjetiva implica tres elementos: previsión actual del riesgo, previsión de cualquier grado de riesgo y que resulte injustificado o irracional tomar dicho riesgo en las circunstancias del caso¹⁷¹².

En mi opinión, a partir de este caso, es posible efectuar una distinción entre los supuestos de intención y los de temeridad bastante similar a la que existe en el Derecho penal continental entre los casos de dolo directo y dolo eventual. La temeridad, desde un enfoque subjetivo, coincide con aquellos casos en los que el imputado no tuvo la intención directa de producir el resultado (elemento volitivo o anímico), pero actuó conociendo el riesgo inherente a su conducta.

¹⁷¹⁰ ORMEROD, LAIRD, *Smith and Hogan's Criminal Law*, 14^a ed., Oxford University Press, 2015, p. 130.

¹⁷¹¹ Texto original en inglés: “Malice must be taken not in the old vague sense of wickedness in general but as requiring either (1) An actual intention to do the particular kind of harm that in fact was done; or (2) recklessness as to whether such harm should occur or not”.

¹⁷¹² ASHWORTH, HORDER, *Principles of Criminal Law*, 7^a ed., pp. 176-177. Ver también DE THAN, HEATON, *Criminal Law*, 4^a ed., Oxford University Press, 2013, p. 82, quienes asimilan la indiferencia a la temeridad subjetiva. En el Código Penal Modelo de Estados Unidos de Norteamérica se define la temeridad en los siguientes términos: “Una persona actúa temerariamente con relación a un elemento material de un delito cuando conscientemente no tiene en cuenta el riesgo sustancial e injustificable de que el elemento material del delito existe o resultará de su conducta. El riesgo debe ser de tal naturaleza y grado que, teniendo en cuenta la naturaleza y el propósito de la conducta del actor y las circunstancias que este conoce, su desprecio implica una desviación grosera del estándar de conducta que una persona respetuosa de las leyes observaría en la situación del autor”. Al respecto, ver más en STARK, *Culpable Carelessness...*, pp. 46 y ss.

2) Caso Regina v Stephenson (1979)¹⁷¹³:

- Hecho: El imputado se dirigió a una gran pila de paja en un campo cerca de Ampleforth, hizo un hueco en el costado de la pila, se metió en el hueco y trató de dormir. Como sentía frío, encendió fuego con unas ramas de paja dentro del hueco. La pila se incendió y se produjeron daños valorizados en 3,500 libras.
- Resoluciones: Un jurado condenó al imputado en primera instancia por la comisión del delito de incendio provocado¹⁷¹⁴. La Corte de Apelaciones revocó la condena, en vista de que el juez de primera instancia no otorgó al jurado la posibilidad de decidir si la condición de esquizofrénico del imputado le habría impedido prever la situación de riesgo creada.
- Criterio aportado: La Corte de Apelaciones dispuso que, para promover una acusación por delito de incendio provocado, la fiscalía debía probar que:

“1) El imputado realizó deliberadamente un acto que causó daño a la propiedad ajena; (2) el imputado no tenía excusa legal para ocasionar el daño; (...) (3) el imputado: (a) o bien tenía la intención de causar el daño a la propiedad, (b) o bien fue temerario respecto de si la propiedad ajena sería dañada o no. Un hombre actúa temerariamente cuando de forma deliberada lleva a cabo una conducta apreciando que existe el riesgo de que esta produzca un daño a la propiedad ajena. Sin embargo, no es temeraria la asunción de cualquier tipo de riesgos. El riesgo debe ser uno que resulta poco razonable tomar, según todas las circunstancias del caso”¹⁷¹⁵. (Traducción libre del autor)

¹⁷¹³ *R v Stephenson* [1979] 3 WLR 193 [1979] QB 695.

¹⁷¹⁴ La norma aplicada al caso fue la siguiente: “:“(1) A person who without lawful excuse (...) damages any property belonging to another (...) being reckless as to whether any such property would be (...) damaged shall be guilty of an offence (...) (3) An offence committed under this section by (...) damaging property by fire shall be charged as arson” (“Ley penal de daños a la propiedad, 1971, s. 1: 1) Una persona que sin excusa legal (...) daña cualquier propiedad perteneciente a otra (...) siendo temerario con relación a si tal propiedad será (...) dañada será culpable de un delito (...) (3) Una ofensa cometida bajo esta sección por (...) dañar propiedad a causa del fuego será tipificada como incendio provocado o premeditado”) [Traducción libre del autor].

¹⁷¹⁵ Texto original en inglés: “What then must the prosecution prove in order to bring home the charge of arson in circumstances such as the present? They must prove that (1) the defendant deliberately committed some act which caused the damage to property alleged or part of such damage; (2) the defendant had no lawful excuse for causing the damage; these two requirements will in the ordinary case not be in issue; (3) the defendant either (a) intended to cause the damage to the property, or (b) was reckless as to whether the property was damaged or not. A man is reckless when he carries out the deliberate act appreciating that there is a risk that damage to property may result from his act. It is however not the taking of every risk which could properly be classed as reckless. The risk must be one which it is in all the circumstances unreasonable for him to take”.

En el caso concreto, la Corte de Apelaciones concluyó que “el imputado, sin culpa, se encontraba en una condición mental que podría haberle impedido apreciar el riesgo que habría sido obvio para cualquier persona normal”¹⁷¹⁶ (Traducción libre del autor). Ello refuerza el argumento de que la Corte de Apelaciones asumió un criterio subjetivo de temeridad, conforme al precedente del caso *R v Cunningham*.

3) Caso *Commissioner of Police of the Metropolis v Caldwell* (1981)¹⁷¹⁷:

- Hecho: El imputado era empleado de un hotel. Durante la noche, encontrándose en estado de ebriedad, prendió fuego a una de las habitaciones del hotel. Aceptó su responsabilidad por el delito de daños a la propiedad, pero no por el delito de exposición al peligro de la vida de terceras personas.
- Resoluciones: En primera instancia, el jurado condenó al imputado por el delito de exposición al peligro a una pena de tres años de prisión. La División Criminal de la Corte de Apelaciones revocó la condena, pero impuso la misma pena de tres años de prisión por el delito de daños¹⁷¹⁸, cuya responsabilidad había sido reconocida por el imputado. La Cámara de los Lores desestimó la apelación en contra de la sentencia de la Corte de Apelaciones.
- Criterio aportado: La cuestión de Derecho sometida a decisión ante la Cámara de los Lores fue la relevancia de la evidencia acerca de la

¹⁷¹⁶ Texto original en inglés: “The appellant, through no fault of his own, was in a mental condition which might have prevented him from appreciating the risk which would have been obvious to any normal person”.

¹⁷¹⁷ *Commissioner of Police of the Metropolis v Caldwell* [1981] 2 WLR 509, [1982] AC 341. Una perspectiva crítica del caso en DUFF, *Intention, Agency and Criminal Liability...*, pp. 164 y ss., quien sostiene que la Cámara de los Lores falla al no valorar por qué el imputado no previó el riesgo, proponiendo a continuación a mi parecer una versión de la teoría de la indiferencia. Ver también, DUFF, “Caldwell and Lawrence: the retreat from subjectivism”, en *OJLS*, N° 3, 1983, pp. 85 y ss.

¹⁷¹⁸ La norma aplicada al caso fue la siguiente: “Criminal Damage Act 1971: (1) A person who (...) destroys or damages any property belonging to another intending to destroy or damage any such property or being reckless as to whether any such property would be destroyed or damaged shall be guilty of an offence. (2) A person who (...) destroys or damages any property (...) (a) intending to destroy or damage any property or being reckless as to whether any property would be destroyed or damaged; and (b) intending by the destruction or damage to endanger the life of another or being reckless as to whether the life of another would be thereby endangered; shall be guilty of an offence” (“Ley penal de daños contra la propiedad, 1971: (1) Una persona que (...) destruye o daña cualquier propiedad perteneciente a otra, con la intención de destruir o dañar la propiedad o con temeridad con relación a si los bienes serán destruidos o dañados, será culpable de un delito. (2) Una persona que (...) destruye o daña cualquier propiedad (...) (a) con la intención de destruir o dañar cualquier propiedad o con temeridad con relación a si alguna propiedad será destruida o dañada, y (b) con la intención de dañar la vida de otra persona o con temeridad con relación a si la vida de otra persona será puesta en peligro, será culpable de un delito”) [Traducción libre del autor].

intoxicación auto inducida por el imputado (estado de ebriedad). Al respecto, la Cámara de los Lores, por mayoría, concluyó que la intoxicación podía ser relevante en aquellos casos en los que se atribuía al imputado haber actuado con la intención de poner en peligro la vida de terceras personas (casos de intención específica), mientras que no era relevante en los supuestos en los que se atribuía al imputado haber actuado con temeridad respecto del peligro para la vida de terceras personas (casos de intención básica).

La Cámara de los Lores fijó entonces un criterio objetivo de temeridad (*objective recklessness*), el cual reemplazó el criterio subjetivo del caso *R v Cunningham*, y estuvo vigente entre los años 1982 y 2003. Según este nuevo criterio objetivo, para condenar al imputado, bastaba acreditar que una persona razonable hubiera previsto el riesgo para la víctima, aun cuando el acusado no lo hubiera hecho. En ese sentido, Lord Diplock sostuvo:

“La única persona que sabe cuáles son los procesos mentales del imputado es el propio imputado y probablemente ni siquiera él pueda recordarlos con exactitud una vez que la rabia o la excitación bajo la que actuó haya pasado o cuando haya recobrado la sobriedad luego de haber estado bajo la influencia de la bebida cuando realizó la conducta típica. (...) En mi opinión, una persona acusada de un delito tipificado en el artículo 1 (1) de la Ley penal de daños contra la propiedad de 1971 “actúa temerariamente con relación a si la propiedad será destruida o dañada si” (1) realiza una conducta que de hecho crea un riesgo obvio para la propiedad y (2) cuando realiza su conducta o bien no ha pensado en la posibilidad de que exista tal riesgo o bien ha reconocido que existe algún riesgo involucrado y, a pesar de ello, no ha dejado de actuar. (...) En el presente caso, el hecho de que el imputado desconociera que estaba poniendo en riesgo la vida de los huéspedes del hotel debido a su intoxicación auto inducida, no sería una defensa si ese riesgo hubiera sido evidente para él si hubiera estado sobrio¹⁷¹⁹”.

Este criterio objetivo de la temeridad fue aplicado en los tres siguientes casos, que evidencian la problemática que aquel plantea.

¹⁷¹⁹ Texto original en inglés: “The only person who knows what the accused's mental processes were is the accused himself -and probably not even he can recall them accurately when the rage or excitement under which he acted has passed, or he has sobered up if he were under the influence of drink at the relevant time. (...) In my opinion, a person charged with an offence under section 1 (1) of the Criminal Damage Act 1971 is "reckless as to whether any such property would be destroyed or damaged if" (1) he does an act which in fact creates an obvious risk that property will be destroyed or damaged and (2) when he does the act he either has not given any thought to the possibility of there being any such risk or has recognised that there was some risk involved and has nonetheless gone on to do it. (...) So, in the instant case, the fact that the respondent was unaware of the risk of endangering lives of residents in the hotel owing to his self-induced intoxication, would be no defence if that risk would have been obvious to him had he been sober”.

4) Caso Regina v Lawrence (1982)¹⁷²⁰:

- Hecho: El imputado, mientras que conducía su motocicleta por una calle urbana durante la noche, atropelló y mató a un peatón. La fiscalía sostuvo que la causa del incidente fue la conducción a alta velocidad (entre 60 y 80 kilómetros por hora).
- Resoluciones: En primera instancia, el jurado por mayoría condenó al imputado por la comisión del delito de conducción temeraria, tipificado en la sección 1 del Código de Tránsito de 1972¹⁷²¹. La División Criminal de la Corte de Apelaciones admitió el recurso de apelación del imputado y anuló la sentencia condenatoria. Finalmente, la Cámara de los Lores confirmó la decisión de la Corte de Apelaciones.
- Criterio aportado: En este caso, se extiende el criterio objetivo de temeridad planteado en el caso *Commissioner of Police of the Metropolis v Caldwell* a casos distintos a los de daños a la propiedad, como son los casos de producción de la muerte como consecuencia de la conducción temeraria de vehículos de motor. En la sentencia de la Cámara de los Lores, se precisa que el criterio objetivo de temeridad debía exigir que el riesgo fuera “obvio y serio”¹⁷²². Al respecto, Lord Diplock afirmó:

“En mi opinión, el jurado debe ser instruido que, para que exista un caso de conducción temeraria, deben satisfacerse dos requisitos. En primer lugar, que el imputado se encontrara de hecho conduciendo el vehículo de tal manera que creaba un riesgo obvio y serio de causar daño físico a otra persona que pudiera encontrarse en la carretera, así como de causar daños materiales sustanciales. En segundo lugar, que, al conducir de esa manera, el imputado lo hiciera sin haber pensado en la posibilidad de que existiera tal riesgo o, habiendo reconocido que había algún riesgo implicado, de igual manera hubiera proseguido con su conducta.

¹⁷²⁰ *R v Lawrence* [1982] AC 510. Con relación a este caso, no comparto la opinión de LAPORTA, *El dolo y su determinación en Casación...*, p. 110, en el sentido de que presenta una concepción objetiva de la temeridad, frente a la concepción de carácter más subjetivo del caso *Caldwell*. Considero que ambos casos se presentan como parte del proceso de objetivación de la temeridad en la jurisprudencia penal inglesa.

¹⁷²¹ La norma aplicada al caso fue la siguiente: “Section 1 of the Road Traffic Act 1972: A person who causes the death of another person driving a motor vehicle on a road, recklessly shall be guilty of an offence” (“Sección 1 del Código de Tránsito de 1972: Una persona que causa la muerte de otra persona conduciendo temerariamente un vehículo automotor en una carretera, será culpable de una ofensa”) [Traducción libre del autor].

¹⁷²² MCALHONE, WORTLEY, *Criminal Law. The Fundamentals*, 3ª ed., p. 69. Ver más en DE THAN, HEATON, *Criminal Law*, 4ª ed., Oxford University Press, 2013, pp. 70-71, quienes precisan que debe tratarse de un riesgo obvio para una persona prudente y que la seriedad está referida tanto a la probabilidad del riesgo como a la gravedad del daño que podría producirse si el riesgo se materializa.

Corresponde al jurado decidir si el riesgo creado por la forma en que se conduce el vehículo era evidente y serio y, al decidir esto, pueden aplicar el estándar del automovilista ordinario prudente que el jurado se represente¹⁷²³.

5) Caso *Elliott v C (1983)*¹⁷²⁴:

- Hecho: La imputada era una menor de 14 años de edad y de baja inteligencia. El día del hecho, pasó la noche fuera y a las cinco de la mañana entró en un cobertizo de madera en el que había una botella de alcohol. La imputada derramó el alcohol en el suelo y encendió fuego. De inmediato, el fuego se salió de control, por lo que la imputada abandonó el cobertizo. El contenido del cobertizo quedó completamente destruido.
- Resoluciones: La fiscalía presentó cargos por delito de incendio provocado en contra de la imputada¹⁷²⁵. Sin embargo, el juez a cargo rechazó los cargos, en atención a la edad e inteligencia de la menor. La fiscalía presentó un recurso de apelación, el cual fue admitido por la Corte Superior (*Queen's Bench Division*).
- Criterio aportado: En la resolución de la Corte Superior se afirma que debe aplicarse el precedente explicado por Lord Diplock en el caso *Commissioner of Police of the Metropolis v Caldwell*. Cabe destacar el voto de Lord Robert Goff, quien sostuvo que debía aceptar la apelación “por obligación”. Al respecto, explicó que, si se aplicaba el citado precedente, parecía inevitable concluir que la imputada había actuado temerariamente con relación a la posibilidad de que el cobertizo y su contenido fueran destruidos; ya que, en primer lugar, había realizado una conducta que implicaba un riesgo obvio de que la propiedad sería destruida y, en

¹⁷²³ Texto original en inglés: “In my view, an appropriate instruction to the jury on what is meant by driving recklessly would be that they must be satisfied of two things: First, that the defendant was in fact driving the vehicle in such a manner as to create an obvious and serious risk of causing physical injury to some other person who might happen to be using the road or of doing substantial damage to property; and Second, that in driving in that manner the defendant did so without having given any thought to the possibility of there being any such risk or, having recognised that there was some risk involved had nonetheless gone on to take it. It is for the jury to decide whether the risk created by the manner in which the vehicle was being driven was both obvious and serious and., in deciding this, they may apply the standard of the ordinary prudent motorist as represented by themselves”.

¹⁷²⁴ *Elliott v C* [1983] 1 WLR 939.

¹⁷²⁵ La norma aplicada al caso fue la siguiente: “Criminal Damage Act 1971, s. 1 (1): A person who without lawful excuse destroys or damages any property belonging to another intending to destroy or damage any such property or being reckless as to whether any such property would be destroyed or damaged shall be guilty of an offence” (“Ley penal de daños contra la propiedad, 1971: Una persona que sin excusa legal destruye o daña cualquier propiedad perteneciente a otra persona con la intención de destruir o dañar cualquiera de tales bienes o con temeridad con relación a si alguna propiedad será destruida o dañada, será culpable de un delito”) [Traducción libre del autor].

segundo lugar, no había pensado en la posibilidad de que existiera tal riesgo. Sin embargo, concluyó que, en su opinión, bajo el sentido ordinario de la expresión “temeridad”, no consideraba que la imputada hubiera actuado temerariamente.

Este caso es una clara demostración del peligro de adoptar un criterio objetivo de temeridad. Trasladado al Derecho penal continental, este caso es un claro ejemplo de por qué la desmedida objetivación del dolo no lleva a buen resultado.

6) Caso Regina v Stephen Malcolm (1984)¹⁷²⁶:

- Hecho: El imputado era un menor de 15 años que había perpetrado una serie de asaltos con otros jóvenes. Estaba convencido de que una menor lo había denunciado a las autoridades. Ante ello y con la finalidad de asustar a la menor, fabricó y utilizó unas bombas de gasolina, que lanzó a la propiedad en la que se encontraba dicha menor.
- Resoluciones: El imputado aceptó inicialmente los cargos por robo y negó los cargos por incendio provocado¹⁷²⁷. Sin embargo, luego aceptó también los cargos por este último delito, siendo condenado por ambos. La Corte de Apelaciones rechazó el recurso de apelación, pero redujo la condena.
- Criterio aportado: Según la defensa del imputado, el juez de primera instancia se equivocó al instruir al jurado, ya que, al tratarse de un caso de temeridad, debería haber indicado que el criterio del “hombre prudente ordinario” implicaba un “hombre razonable”, con lo que el jurado habría tenido en cuenta la situación particular del recurrente, a saber, su edad y cualquier otra característica que pudiera afectar su apreciación del riesgo. Al respecto, la Corte de Apelaciones explicó que, frente a la problemática planteada por el caso *Commissioner of Police of the Metropolis v Caldwell*, el abogado del imputado pretendía que la Corte adoptara una vía intermedia. Así, si bien el abogado aceptaba que sería erróneo preguntar si el propio imputado había sido consciente del riesgo, sería correcto investigar si una persona de la edad del imputado y con sus características

¹⁷²⁶ *R v Stephen Malcolm* (1984) 79 Cr. App. R. 334.

¹⁷²⁷ La norma aplicada fue la siguiente: “Criminal Damage Act 1971: “... (2) A person who ... destroys or damages any property ... (b) intending by the destruction or damage to endanger the life of another or being reckless as to whether the life of another would be thereby endangered; shall be guilty of an offence” (Ley penal de daños contra la propiedad, 1971: “(2) Una persona que ... destruye o daña cualquier propiedad ... (b) con la intención de poner en peligro la vida de otra persona o con temeridad con relación a si la vida de otra persona será puesta en peligro, será culpable de un delito ...”) [Traducción libre del autor].

estaba en capacidad de prever el riesgo¹⁷²⁸. Ante ello, los jueces concluyeron en su sentencia:

“Rechazamos el recurso de apelación contra la condena. Aunque hubiéramos preferido que el juez hubiera planteado al jurado la cuestión de si un joven de la edad del imputado habría apreciado que arrojar bombas de gasolina muy cerca de las ventanas de una casa constituía un peligro para la vida de sus ocupantes, no cabe duda de que, a partir de los hechos del presente caso, la respuesta habría sido claramente afirmativa”.

Contra el criterio objetivo de la temeridad, se formularon diversos cuestionamientos. Se le acusó de considerar menos culpable al individuo que había reflexionado sobre su conducta y decidido que no existía riesgo que a aquel que ni siquiera había reflexionado acerca de la peligrosidad de su conducta. Asimismo, se cuestionó que implicaba la aplicación de un test en perjuicio de gente joven, sin experiencia o con una capacidad disminuida para percibir el riesgo¹⁷²⁹. Las dificultades planteadas se han visto en el desarrollo de los tres casos anteriores. Fue recién el caso *Regina v G* (2003) el que hizo que la jurisprudencia inglesa retomara el criterio subjetivo de temeridad.

7) Caso Regina v G (2003)¹⁷³⁰:

- Hecho: Dos menores de once y doce años de edad fueron de campamento y, durante la noche, prendieron fuego a unos periódicos y los arrojaron encendidos a una papelera, marchándose sin apagar el fuego. El incendio se extendió a una tienda cercana causando daños materiales valorizados en un millón de libras.
- Resoluciones: En primera instancia, el jurado condenó a los dos menores por la comisión del delito de incendio provocado¹⁷³¹. La Cámara de los Lores anuló finalmente ambas condenas.

¹⁷²⁸ Texto original en inglés: “We therefore dismiss the appeal against conviction. Although we would have preferred that the judge should have at least been entitled in law to have left to the jury the question, would a boy of the defendant’s age have appreciated that to have thrown petrol bombs very close to the windows of this dwelling house was a danger to the life of the occupants of that house, we have little doubt that on the facts of this case the answer would have been clearly in the affirmative”.

¹⁷²⁹ ORMEROD, LAIRD, *Smith and Hogan’s Criminal Law*, 14^a ed., p. 134. En la misma línea, ASHWORTH, HORDER, *Principles of Criminal Law*, 7^a ed., p. 180.

¹⁷³⁰ *R v G* [2003] UKHL 50. Ver detalle en ORMEROD, LAIRD, *Smith and Hogan’s Criminal Law*, 14^a ed., p. 135.

¹⁷³¹ La norma aplicada fue la siguiente: “Criminal Damage Act 1971: 1. (1) A person who without lawful excuse destroys or damages any property belonging to another intending to destroy or damage any such property or being reckless as to whether any such property would be destroyed or damaged shall be guilty of an offence. (2) A person who without lawful excuse destroys or damages any property, whether belonging to himself or another - (a) intending to destroy or

- Criterio aportado: Con este caso, la justicia inglesa rechazó el criterio objetivo de temeridad y retomó los criterios fijados en el caso *Regina v Cunningham*¹⁷³². La cuestión de Derecho sometida a la Cámara de los Lores fue si un imputado podía ser condenado por haber actuado temerariamente respecto del riesgo de daño para la propiedad y no haber pensado en el riesgo que generaba, aun cuando debido a su edad o a sus características personales el riesgo no le hubiese sido obvio, e incluso hubiera pensado en aquel¹⁷³³.

Lord Bingham of Cornhill fundamentó la decisión en los siguientes términos:

“En primer lugar, es un principio saludable que la condena de un delito grave dependa de la prueba no sólo de que el imputado causó (por acción u omisión) un resultado perjudicial a otro, sino que su estado mental al actuar era culpable. En segundo lugar, el presente caso demuestra, con más claridad que cualquier otro caso reportado desde el caso *R v Caldwell*, que la orientación formulada por Lord Diplock es susceptible de conducir a una evidente injusticia. En tercer lugar, no creo que se deba hacer caso omiso de las críticas formuladas por los académicos, jueces y profesionales con relación al caso *R v Caldwell*. Naturalmente, una decisión no debe ser rechazada o abandonada simplemente porque cuenta con la opinión desfavorable de las revistas científicas. Pero una decisión que atrae la crítica razonada y franca de los principales estudiosos de la época, respetados como autoridades en el campo, debe llamar nuestra atención. En cuarto lugar, la mayor parte de interpretaciones del término “temeridad”

damage any property or being reckless as to whether any property would be destroyed or damaged; and (b) intending by the destruction or damage to endanger the life of another or being reckless as to whether the life of another would be thereby endangered; shall be guilty of an offence. (3) An offence committed under this section by destroying or damaging property by fire shall be charged as arson” (“Ley penal de daños contra la propiedad, 1971: 1. (1) Una persona que sin excusa legítima destruye o daña cualquier propiedad perteneciente a otra persona con la intención de destruir o dañar cualquier bien o con temeridad con relación a si alguno de los bienes será destruido o dañado será culpable de un delito. (2) Una persona que sin excusa legal destruye o daña cualquier propiedad, ya sea que pertenezca a sí mismo o a otra persona - (a) con la intención de destruir o dañar cualquier propiedad o con temeridad con relación a si cualquier propiedad será destruida o dañada; y (b) con la intención de poner en peligro la vida de otra persona o con temeridad con relación a si se pondrá en peligro la vida de otra persona; será culpable de un delito. (3) Un delito cometido bajo esta sección destruyendo o dañando la propiedad a través del fuego será imputado como delito de incendio provocado o premeditado”). [Traducción libre del autor]

¹⁷³² Un análisis de los motivos por los que la Cámara de los Lores rechazó el caso *R v Caldwell* en DE THAN, HEATON, *Criminal Law*, 4ª ed., p. 73.

¹⁷³³ Texto original en inglés: “Can a defendant properly be convicted under section 1 of the Criminal Damage Act 1971 on the basis that he was reckless as to whether property was destroyed or damaged when he gave no thought to the risk but, by reason of his age and/or personal characteristics the risk would not have been obvious to him, even if he had thought about it?”.

con ocasión de la sección 1 de la Ley de Daños de 1971 han sido erróneas”¹⁷³⁴. (Traducción libre del autor)

Ante ello, la Cámara de los Lores estableció los criterios de atribución de la temeridad, a partir de lo dispuesto en la cláusula 18 (c) del proyecto de Código Penal anexo al Informe de la Comisión Legal titulado “Un Código Penal para Inglaterra y Gales”:

“Una persona actúa temerariamente en el sentido de la sección 1 de la Ley Penal de Daños contra la Propiedad de 1971 con respecto a - (i) una circunstancia cuando tenga conocimiento de un riesgo que existe o que se va a producir; (ii) un resultado cuando él es consciente de un riesgo que ocurrirá; y, en las circunstancias que él conoce, resulta irracional correr con dicho riesgo”¹⁷³⁵. (Traducción libre del autor)

Así, la Cámara de los Lores eliminó el precedente de *Commissioner of Police of the Metropolis v Caldwell* que tildó de injusto, sosteniendo que:

“Se podía confiar en que los jurados aplicarán la prueba de *Cunningham* sin aceptar ciegamente la afirmación de un acusado de que nunca pensó en un cierto riesgo cuando todas las circunstancias y probabilidades y pruebas de lo que hizo y dijo en ese momento demuestran que debió haberlo hecho”¹⁷³⁶. (Traducción libre del autor)

Retomar el test subjetivo de temeridad permite diferenciar adecuadamente la temeridad de la mera negligencia (*negligence*). Al respecto, ORMEROD y

¹⁷³⁴ Texto original en inglés: “First, it is a salutary principle that conviction of serious crime should depend on proof not simply that the defendant caused (by act or omission) an injurious result to another but that his state of mind when so acting was culpable. Secondly, the present case shows, more clearly than any other reported case since *R v Caldwell*, that the model direction formulated by Lord Diplock (see paragraph 18 above) is capable of leading to obvious unfairness. Thirdly, I do not think the criticism of *R v Caldwell* expressed by academics, judges and practitioners should be ignored. A decision is not, of course, to be overruled or departed from simply because it meets with disfavour in the learned journals. But a decision which attracts reasoned and outspoken criticism by the leading scholars of the day, respected as authorities in the field, must command attention. Fourthly, the majority’s interpretation of “recklessly” in section 1 of the 1971 Act was, as already shown, a misinterpretation”.

¹⁷³⁵ Texto original en inglés: “For the reasons I have given I would allow this appeal and quash the appellants’ convictions. I would answer the certified question obliquely, basing myself on clause 18(c) of the Criminal Code Bill annexed by the Law Commission to its Report “A Criminal Code for England and Wales Volume 1: Report and Draft Criminal Code Bill” (Law Com No 177, April 1989): “A person acts recklessly within the meaning of section 1 of the Criminal Damage Act 1971 with respect to - (i) a circumstance when he is aware of a risk that it exists or will exist; (ii) a result when he is aware of a risk that it will occur; and it is, in the circumstances known to him, unreasonable to take the risk””.

¹⁷³⁶ Texto original en inglés: “It is not to be supposed that the tribunal of fact will accept a defendant’s assertion that he never thought of a certain risk when all the circumstances and probabilities and evidence of what he did and said at the time show that he did or must have done”.

LAIRD sostienen que, si el imputado es consciente del riesgo y decide tomarlo, actúa con temeridad, mientras que, si es inconsciente del riesgo, pero tenía el deber de ser consciente del mismo, actúa con negligencia¹⁷³⁷. La negligencia implica entonces que el imputado incumpla el estándar de una persona razonable¹⁷³⁸. No se trata de un estado mental, sino de un criterio absolutamente objetivo.

Ahora bien, como sostiene HALPIN, el caso *Regina v G* deja algunos puntos en el aire. Lo principal es que se restringe a dejar sin efecto el precedente de *Commissioner of Police of the Metropolis v Caldwell*, que se refería exclusivamente a los casos de daños contra la propiedad, pero deja intactos otros casos como el ya visto de *Regina v Lawrence*¹⁷³⁹. Como bien concluye STARK, en los sistemas legales en los que los elementos del *mens rea* no se encuentran codificados, existen múltiples definiciones de temeridad, aunque la principal suele ser presentada hoy en términos de consciencia del riesgo (*awareness of risk*)¹⁷⁴⁰.

Cabe ahora preguntar: ¿Cómo diferenciar los casos de intención (sobre todo los de intención oblicua) de los supuestos de temeridad subjetiva? Si bien es cierto que en un buen número de delitos es indistinto que el elemento subjetivo sea intención o temeridad, también lo es que existen delitos que sólo admiten la comisión intencional. Hace varias décadas, WILLIAMS planteaba que la línea de distinción se encontraba en la diferencia entre certeza moral y alta probabilidad¹⁷⁴¹. Sin embargo, hoy DE THAN y HEATON explican que, tanto en la intención como en la temeridad subjetiva, el imputado es consciente de que el acto o consecuencia prohibidos pueden ocurrir, pero en la intención existe el factor agravante de que el imputado tiene el propósito de realizar el acto prohibido o causar la consecuencia prohibida. Sin embargo, dicho criterio no resulta suficiente para realizar una clara distinción, más aún si se tiene en cuenta que las cortes inglesas tienden a ampliar el ámbito de la intención, confundiendo los casos de intención oblicua con los supuestos de temeridad subjetiva¹⁷⁴². En este sentido, autores como DUFF entienden que la intención oblicua se encuentra más cercana a la temeridad subjetiva que a la propia intención directa¹⁷⁴³.

¹⁷³⁷ ORMEROD, LAIRD, *Smith and Hogan's Criminal Law*, 14ª ed., p. 141.

¹⁷³⁸ MARTIN, *Key Facts Key Cases. Criminal Law*, p. 37.

¹⁷³⁹ HALPIN, *Definition in the Criminal Law*, p. 102.

¹⁷⁴⁰ STARK, *Culpable Carelessness...*, p. 67.

¹⁷⁴¹ WILLIAMS, *The mental element in Crime*, p. 35.

¹⁷⁴² DE THAN, HEATON, *Criminal Law*, 4ª ed., p. 53. Al respecto ver también *Hyam v DPP* [1975] AC 55. En Estados Unidos de Norteamérica, FLETCHER, *Rethinking Criminal Law*, pp. 443-444, centra el problema de delimitación entre intención y temeridad en la valoración de la voluntad del sujeto hacia los efectos colaterales de su conducta.

¹⁷⁴³ DUFF, "Criminalizing Endangerment", en *Louisiana Law Review*, Vol. 65, N° 3, 2005, p. 951, quien además propone la temeridad es el estado mental característicos de los delitos de peligro (p. 953).

Por otro lado, debo hacer mención al cuestionamiento que hacen diversos autores norteamericanos al criterio subjetivo de distinción entre temeridad y negligencia, esto es, a la diferenciación a partir de la advertencia o inadvertencia del riesgo. En Estados Unidos de Norteamérica, por ejemplo, SIMONS explica que, si bien la distinción entre temeridad y negligencia casi siempre es tratada como una distinción entre advertencia e inadvertencia, existiría una tercera categoría que no es abordada suficientemente, que es la de aquellos casos en los que el autor del delito se da cuenta de que está creando un riesgo, pero concluye que el riesgo es pequeño y no sustancial¹⁷⁴⁴.

Un problema quizás mayor es detectado por KESSLER FERZAN en los casos de temeridad opaca (*opaque recklessness*). Cita el ejemplo de una persona que conduce su automóvil con dirección a su centro de trabajo, encontrándose tarde, por lo que, al ver que la luz del semáforo se encuentra en ámbar y sabiendo que habrá cambiado a rojo al momento que alcance la intersección, decide acelerar y pasarse la luz roja. Al no poder frenar a tiempo, atropella a un peatón que cruzaba la acera. A pesar de que el conductor era plenamente consciente de que se estaba pasando la luz roja del semáforo y que su acción presentaba cierto riesgo inherente, la autora sostiene que en principio este tipo de casos no podrían ser resueltos a partir de la regulación vigente de temeridad, ya que sería injusto y desproporcional asimilar el daño previsto por el conductor con el daño efectivamente materializado; tampoco sería funcional imputar al conductor una elección culpable previa de no analizar el riesgo que se le presentaba, ni conveniente asimilar este tipo de casos a los supuestos de ignorancia deliberada, en los que el autor sí sabía exactamente qué estaba evitando conocer. La profesora norteamericana tampoco está de acuerdo con tratar estos casos como supuestos de indiferencia culpable, al tratarse de una propuesta indeterminada que pretende justificar el castigo no en las elecciones del sujeto sino en sus sentimientos sobre el mal que causa. Cuestiona entonces las propuestas de autores como DUFF, quien sostiene que existe temeridad cuando el autor entabla una acción peligrosa que exhibe su indiferencia hacia el bienestar de otros, y SIMONS, quien propone sancionar al autor en base a su carácter y no por su elección culpable. La propuesta de KESSLER FERZAN implica, en cambio, modificar la definición de temeridad del Código Penal Modelo, a fin de incluir aquellos casos en los que el autor conscientemente advierte la naturaleza peligrosa de su conducta y preconsciousmente entiende que su conducta es peligrosa porque presenta un riesgo sustancial e injustificable. En esa línea, los casos de temeridad opaca pueden ser asimilados a los supuestos de temeridad, toda vez que en los primeros el autor conscientemente elige entablar un comportamiento peligroso y preconsciousmente reconoce por qué su conducta es peligrosa. Distintos son los supuestos de negligencia, en los que el autor no se da cuenta de que su acción es peligrosa, pero debería haberlo hecho; se da

¹⁷⁴⁴ SIMONS, "Should the Model Penal Code's Mens Rea Provisions Be Amended?", p. 191.

cuenta de que su acción es peligrosa, pero piensa que el riesgo de daño no sería sustancial; o se da cuenta de que su acción es peligrosa, pero define el peligro de una manera que no incluye el daño ocurrido¹⁷⁴⁵.

Otro supuesto de interesante análisis lo constituyen los casos de olvido. Al respecto, HUSAK explica que se trata de aquellas situaciones en las que el imputado ha olvidado que en un momento anterior a la configuración del ilícito penal creó una condición riesgosa para un bien jurídico, lo que implica que en dicho momento anterior era consciente del peligro. Cita el ejemplo del padre cariñoso que se encuentra bañando a su hijo de un año de edad y de repente recibe una llamada telefónica. Sale entonces rápidamente del cuarto de baño y camina unos cuantos pasos al pasillo de debajo de la casa para contestar la llamada, quedando absorto durante varios minutos en la conversación telefónica, que no tiene importancia mayor. Se olvida entonces del baño y cuando lo recuerda y regresa a ver su hijo, este se encuentra ahogado en la bañera. Según HUSAK, este tipo de casos suelen ser calificados como hechos imprudentes; sin embargo, entiende él que pueden existir elementos para calificarlos como supuestos de temeridad¹⁷⁴⁶. Más allá de la concreta teoría de HUSAK, en lo que a esta tesis interesa, se abre entonces la discusión acerca de la posibilidad de considerar los casos de conocimiento latente como supuestos de temeridad o dolo eventual.

Finalmente, creo oportuno citar la tesis de STARK, que es la más reciente en materia de imputación subjetiva publicada en Reino Unido y cuyo tema central se refiere a los casos de falta de cuidado culpable, entre los que incluye la negligencia y la temeridad. STARK define la temeridad en los siguientes términos:

“Una persona actúa temerariamente con relación al riesgo de que una determinada conducta se lleve a cabo, se produzca un resultado o concurra una circunstancia (el riesgo relevante) cuando: (i) cree que el riesgo relevante está relacionado con su comportamiento y (ii) no modifica su comportamiento, en circunstancias que demuestran una preocupación insuficiente por los intereses de otros. La creencia de que el riesgo relevante existe no tiene por qué estar (en la mente) del acusado en el momento de actuar”¹⁷⁴⁷.

¹⁷⁴⁵ KESSLER FERZAN, “Opaque Recklessness”, en *JCLC*, Vol. 91, Issue 3 Spring, pp. 597-652. Otro texto relevante sobre el problema de los estados mentales en Estados Unidos de Norteamérica es MICHAELS, “Acceptance: The Missing Mental State”, en *Southern California Law Review*, Vol. 71, N° 5, 1998, quien propone la inclusión de un nuevo estado mental llamado “aceptación”, que incluiría aquellos casos en los que el imputado actuó temerariamente con relación al elemento material del delito y, con tal indiferencia, que hubiera actuado de la misma manera aun cuando hubiera sido consciente del peligro que su conducta implicaba o del resultado que esta generaría. Se trata de una figura que se acerca a la concepción alemana del dolo eventual, específicamente a partir de la cuestionada fórmula hipotética elaborada por FRANK.

¹⁷⁴⁶ HUSAK, “Negligence, Belief, Blame and Criminal Liability: The Special Case of Forgetting”, en *Criminal Law and Philosophy*, N° 5, 2011, pp. 199-218.

¹⁷⁴⁷ STARK, *Culpable Carelessness...*, p. 277.

A continuación, el propio STARK plantea un catálogo de directivas para el jurado que tenga que resolver un caso de temeridad¹⁷⁴⁸. Las resumo a continuación:

- Para imputar temeridad al imputado, éste:
 - o Debe haber realizado un riesgo sustancial e injustificado (relevante).
 - o El riesgo debe haber superado lo socialmente permitido.
 - o Es útil considerar qué habría pensado un “ciudadano razonable” de la posición del imputado frente al riesgo.
 - o Puede ser injustificado tomar un riesgo incluso si el imputado creía que su conducta era justificada. La cuestión es si la creación de riesgo por parte del imputado superó los niveles socialmente aceptables, no si el imputado creyó que ese era el caso.
 - o Luego debe evaluarse si el imputado actuó temerariamente frente al riesgo. Para ser temerario, el imputado debe haber creído que estaba creando un riesgo y, a pesar de dicha creencia, continuado con su conducta. Al respecto, debe preguntarse si el imputado actuó, pensó y planificó de la manera que se esperaría de alguien con una creencia de estar creando un riesgo.
 - o Si no hay seguridad sobre esto último, debe absolverse al imputado.
 - o Si, por el contrario, se establece que el imputado actuó bajo la creencia de estar creando un riesgo, debe preguntarse si su falla de comportamiento al no evitar el riesgo demostró una insuficiente preocupación para los intereses de terceros.

3.1.3. Conocimiento (*knowledge*) y ceguera voluntaria (*willfull blindness*)

Como se ha visto, la intención -directa y oblicua- y la temeridad subjetiva son los estados mentales que suele exigirse que tengan un vínculo de correspondencia con los elementos objetivos del delito (la conducta prohibida o sus consecuencias). Sin embargo, existen otros estados mentales -como el conocimiento (*knowledge*)- que las normas y cortes inglesas suelen exigir que mantengan un vínculo de correspondencia con las circunstancias del delito. Al respecto, ORMEROD y LAIRD definen el conocimiento como un estado mental que, a diferencia de la intención que suele ser descriptiva de los estados de ánimo en cuanto a las consecuencias, se suele utilizar en relación con las circunstancias presentes del delito¹⁷⁴⁹. En la misma línea, DE THAN y HEATON sostienen que, con relación a las circunstancias, el conocimiento tiende a reemplazar a la intención¹⁷⁵⁰. Al respecto, considero pertinente hacer referencia a dos casos. Al igual que en los acápites precedentes, a fin de facilitar su lectura y de destacar

¹⁷⁴⁸ STARK, *Culpable Carelessness...*, pp. 281-283,

¹⁷⁴⁹ ORMEROD, LAIRD, *Smith and Hogan's Criminal Law*, 14ª ed., p. 142.

¹⁷⁵⁰ DE THAN, HEATON, *Criminal Law*, 4ª ed., p. 78.

los criterios de inferencia aportados por la jurisprudencia, he dividido la presentación de cada caso en tres partes. La primera parte se titula “hecho” y en ella describo el supuesto fáctico materia de proceso. La segunda parte lleva el título de “resoluciones” y en ella presento en orden cronológico las resoluciones emitidas por las distintas instancias judiciales en el caso. Finalmente, la tercera parte se titula “criterios aportados” y en ella explico los criterios de inferencia aportados básicamente por la sentencia de última instancia del caso.

1) Caso Regina v Edward Leonard Hall (1985)¹⁷⁵¹:

- Hecho: Dos sujetos ingresaron a una mansión, de la cual sustrajeron cuadros, platería, vajilla, relojes y otros artículos, por un valor estimado de 26,000 libras. Al día siguiente, se reunieron con el imputado. Mientras que le mostraban unos cubiertos de plata, llegó la policía y los detuvo. Al imputado se le atribuyó el cargo de tenencia de objetos robados.
- Resoluciones: El imputado fue condenado por un jurado en primera instancia por el cargo de tenencia de objetos robados¹⁷⁵² y sentenciado a tres años de prisión. Su recurso de apelación fue desestimado por la Corte de Apelaciones.
- Criterio aportado: La Corte de Apelaciones elaboró con ocasión de este caso un concepto de conocimiento como “creencia verdadera”, que debe ser diferenciado de la mera **creencia** (*belief*). Se precisa, entonces, que la creencia, a diferencia del conocimiento, es aquel estado mental en el que el imputado no conoce con seguridad que la circunstancia existe, pero no puede llegar a otra conclusión razonable a la luz de todas las circunstancias. En el caso, la Corte estableció:

“La creencia, a diferencia del conocimiento, es el estado mental de una persona que se dice a sí misma que no puede estar seguro de que los bienes sean robados, aun cuando no puede haber otra conclusión razonable, a la luz de todas las circunstancias del caso, de lo que ha oído y visto. (...) La creencia, por supuesto, es un estado mental menor al conocimiento. Se puede decir que es el estado mental de una persona que se dice a sí misma: "No puedo decir que sé con certeza que estos bienes son robados, pero no

¹⁷⁵¹ *R v Edward Leonard Hall* (1985) 81 Cr App R 260.

¹⁷⁵² La norma aplicada al caso fue la siguiente: “Section 22(1) of the Theft Act 1968: A person handles stolen goods if (otherwise than in the course of stealing) knowing or believing them to be stolen goods he dishonestly receives the goods, or dishonestly undertakes or assists in their retention, removal, disposal or realisation by or for the benefit of another person, or if he arranges to do so” (“Sección 22(1) de la Ley de Robo de 1968: Una persona incurre en el delito de tenencia o manejo de bienes robados si, conociendo o creyendo que se trata de bienes robados, deshonestamente recibe las mercancías o deshonestamente asiste en su retención, traslado, disposición o realización de los mismos en beneficio de otra persona”) [Traducción libre del autor].

puede haber otra conclusión razonable a la luz de todas las circunstancias, de todo lo que he oído y visto. Cualquiera de esos dos estados mentales (conocimiento o creencia) resulta suficiente para satisfacer los requisitos del estatuto. La creencia resulta suficiente, incluso si el acusado se dice a sí mismo: “A pesar de todo lo que he visto y he oído, me niego a creer lo que mi cerebro me dice que es obvio”. Lo que no es suficiente, por supuesto, es la mera sospecha”¹⁷⁵³. (Traducción libre del autor)

2) Caso Taylor’s Central Garages Ltd. (Exeter) v. Roper (1951)¹⁷⁵⁴:

- Hecho: Roper, funcionario de la policía, acusó a la empresa Taylor’s Central Garages Ltd. por permitir el uso ilegal de un vehículo de servicio público entre Exeter y Cullompton a una persona que no tenía licencia de servicio de carretera.
- Resoluciones: La empresa fue condenada en primera instancia por contravenir la sección 72 (10) de la Ley de Tránsito de 1930¹⁷⁵⁵. La Corte de Apelaciones revocó la condena, al considerar que el jurado había basado parcialmente su decisión en pruebas inadmisibles.
- Criterio aportado: Más allá de la resolución concreta de este caso, cabe resaltar que en su fundamentación se establece que el conocimiento como estado mental, además de abarcar los casos de conocimiento actual y virtualmente cierto de un hecho particular, comprende aquellos supuestos en los que el imputado ha actuado bajo una “ceguera voluntaria” frente a la verdad¹⁷⁵⁶. Se sintetiza en esta sentencia una interpretación formulada durante siglos por las cortes inglesas, en el sentido de que el conocimiento incluye los casos de **ceguera voluntaria** (*wilful blindness*)¹⁷⁵⁷. En esta

¹⁷⁵³ Texto original en inglés: “Belief, which is something short of knowledge, may be said to be the state of mind of a person who says to himself that he could not be certain that the goods are stolen but there could be no other reasonable conclusion, in the light of all the circumstances, in what he had heard or seen. (...) Belief, of course, is something short of knowledge. It may be said to be the state of mind of a person who says to himself: “I cannot say I know for certain that these goods are stolen, but there can be no other reasonable conclusion in the light of all the circumstances, in the light of all that I have heard and seen.” Either of those two states of mind is enough to satisfy the words of the statute. The second is enough (that is, belief) even if the defendant says to himself: “Despite all that I have seen and all that I have heard, I refuse to believe what my brain tells me is obvious”. What is not enough, of course, is mere suspicion”.

¹⁷⁵⁴ *Taylor’s Central Garages Ltd. (Exeter) v. Roper* (1951) 115 JP 445.

¹⁷⁵⁵ La norma aplicada al caso fue la siguiente: “(10) If any person uses a vehicle or causes or permits it to be used in contravention of this section, or being the holder of a road service licence wilfully or negligently fails to comply with any of the conditions attached to that licence, he shall be guilty of an offence” (“(10) Si alguna persona utiliza un vehículo o hace que éste sea utilizado en contravención de esta sección, o, siendo el titular de una licencia de servicio vial, de forma voluntaria o negligente, incumple cualquiera de las condiciones de su licencia, será culpable de un delito”) [Traducción libre del autor].

¹⁷⁵⁶ MARTIN, *Key Facts Key Cases. Criminal Law*, p. 37.

¹⁷⁵⁷ Con relación a la discusión en derecho penal occidental acerca de la plausibilidad de imputar como dolosos los casos de ceguera voluntaria, ver los aportes de RAGUÉS I VALLÈS, PUPPO,

sentencia, se distinguen entonces tres grados de conocimiento: el conocimiento actual (creencia verdadera), el conocimiento de segundo grado (ceguera voluntaria) y el conocimiento de tercer grado (ausencia de conocimiento por negligencia). Textualmente la sentencia sostiene:

“Existen tres grados de conocimiento que pueden ser relevantes para considerar en casos de este tipo. El primero es el conocimiento actual o real, el cual puede ser inferido por los jueces de la naturaleza del acto realizado (...). Si la evidencia no permite dicha inferencia, entonces los jueces tendrán que considerar lo que podría ser descrito como un conocimiento de segundo grado. Tendrán que considerar en ese caso si lo que el imputado hizo fue cerrar sus ojos a un medio obvio de conocimiento. (...) El tercer tipo de conocimiento es lo que generalmente se conoce en la ley como conocimiento constructivo. Se trata de aquellos supuestos en los que se sostiene que el imputado “debería haber sabido”. No significa conocimiento real, significa que el imputado tuvo los medios de conocimiento. (...) Debe distinguirse aquel estado mental que consiste en abstenerse deliberadamente de adquirir el conocimiento del estado mental en el que el imputado negligentemente no indagó la verdad como una persona razonable y prudente hubiera hecho. (...) El primer caso es conocimiento real ante los ojos de la ley, mientras que el segundo constituye una simple negligencia y se enmarca en la concepción jurídica del conocimiento constructivo, que por lo general no tiene lugar en el Derecho penal”¹⁷⁵⁸. (Traducción libre del autor)

Según DE THAN y HEATON, la ceguera voluntaria es una forma de temeridad subjetiva (*Cunningham recklessness*), que contiene un elemento adicional que consiste en abstenerse deliberadamente de

GRECO, MANRIQUE, FEIJOO SÁNCHEZ y VALENZUELA en BOUVIER (dir.), *Discusiones XIII. Ignorancia deliberada y Derecho penal*, EdiUNS, 2013. Por su parte, MOORE, “Intention as a marker of moral culpability and legal punishability”, p. 194, entiende que la regulación del Código Penal Modelo estadounidense sitúa la noción de ceguera voluntaria (*belief to a high probability*) entre el conocimiento (*belief to a practical certainty*) y la temeridad (*belief of a substantial risk*).

¹⁷⁵⁸ Texto original en inglés: “There are, I think, three degrees of knowledge which it may be relevant to consider in cases of this sort. The first is actual knowledge, and that the justices may infer from the nature of the act that was done (...). They may feel that the evidence falls short of that, and, if they do, they have then to consider what might be described as knowledge of the second degree. They have then to consider whether what the defendant was doing was, as it has been called, shutting his eyes to an obvious means of knowledge. (...) The third sort of knowledge is what is generally known in law as constructive knowledge. It is what is en-compassed by the words “ought to have known” in the phrase “knew or ought to have known.” It does not mean actual knowledge at all; it means that the defendant had in effect the means of knowledge. (...) There is a vast distinction between a state of mind which consists of deliberately refraining from making inquiries, the result of which the person does not care to have, and a state of mind which is merely neglecting to make such inquiries as a reasonable and prudent person would make. (...) The case of shutting the eyes is actual knowledge in the eyes of the law; the case of merely neglecting to make inquiries is not actual knowledge at all, but comes within the legal conception of constructive knowledge, which is not a conception which, generally speaking, has any place in the criminal law”.

indagar a pesar de que los medios de conocimiento están disponibles¹⁷⁵⁹. Para WILLIAMS, la regla de que la ceguera voluntaria es equivalente al conocimiento es esencial, aunque debe tener una aplicación limitada: el sujeto sospecha el hecho, es consciente de su probabilidad, pero se abstiene de obtener la confirmación final porque quisiera de ser el caso poder negar el conocimiento. En ese sentido, se sostiene que el acusado debe haber intentado engañar a la administración de justicia¹⁷⁶⁰.

Un supuesto muy distinto es de la **sospecha**. Según ORMEROD y LAIRD¹⁷⁶¹, en los últimos tiempos, el Parlamento inglés ha demostrado mayor disposición para crear delitos con elementos subjetivos “de bajo nivel” como la sospecha. Ejemplos son las normas contra el blanqueo de capitales y contra el terrorismo. Pero las cortes inglesas tampoco han sido ajenas a esta tendencia. En el caso *Regina v Da Silva*¹⁷⁶², ni siquiera se exige que el estado mental de sospecha se sustente en motivos razonables. Por el contrario, se sostiene que la sospecha consiste en que el imputado haya pensado que existía una posibilidad, más que fantasiosa, de que el hecho relevante existía. Sin embargo, en el caso *Regina v Saik*¹⁷⁶³, a diferencia del anterior, la Cámara de los Lores considera que la sospecha sólo puede sustentarse en motivos razonables, de acuerdo a lo establecido en la Ley de Justicia Criminal de 1988.

3.1.4. *Tendencia actual de la Corte Suprema y relevancia para la presente investigación*

Finalmente, debo indicar que la tendencia jurisprudencial mostrada se ha mantenido con la aparición en escena de la Corte Suprema de Reino Unido como máxima instancia judicial. Al respecto, quisiera destacar el reciente caso *Regina v Taylor* (2016)¹⁷⁶⁴, en el que la Corte Suprema revocó la condena por delito de sustracción de vehículo agravado¹⁷⁶⁵ dictada en contra de un sujeto que tomó sin el consentimiento del propietario el camión que pertenecía al empleador de su amigo y, cuando lo estaba conduciendo, chocó en la curva de un estrecho

¹⁷⁵⁹ DE THAN, HEATON, *Criminal Law*, 4ª ed., p. 80.

¹⁷⁶⁰ WILLIAMS, *Criminal Law. The General Part*, p. 159.

¹⁷⁶¹ ORMEROD, LAIRD, *Smith and Hogan's Criminal Law*, 14ª ed., p. 146.

¹⁷⁶² *R v Da Silva* [2006] EWCA Crim 1654.

¹⁷⁶³ *R v Saik* [2006] UKHL 18.

¹⁷⁶⁴ *R v Taylor* [2016] UKSC 5. Mayor detalle de los casos resueltos y de los casos pendientes por resolver de la Corte Suprema de Reino Unido en materia de *mens rea* en: www.supremecourt.uk.

¹⁷⁶⁵ La norma aplicada al caso fue la siguiente: “Section 12 of the Theft Act: (A person shall be guilty of an offence if) without having the consent of the owner or other lawful authority, he takes any conveyance for his own or another's use or, knowing that any conveyance has been taken without such authority, drives it or allows himself to be carried in or on it” (“Sección 12 de la Ley de Robo: (Una persona será culpable de un delito si), sin consentimiento del dueño u otra autoridad legal, toma cualquier medio de transporte para su propio uso o de otro o, sabiendo que se ha tomado cualquier medio de transporte sin tal autoridad, lo conduce o se deja transportar en el mismo”) [Traducción libre del autor].

carril con un *scooter* conducido por la víctima, la cual se deslizó bajo las ruedas del camión, muriendo en el acto. Posteriormente, la acusación estableció que el imputado había sobrepasado el límite de alcohol permitido para conducir y que no tenía seguro, pero que no había evidencia de que su forma de conducir fuera el origen del accidente.

La pregunta sometida a discusión ante la Corte Suprema fue si podía constituir una agravante de este delito el hecho de que el imputado, aun sin tener culpa con relación a la forma de conducción del vehículo, estuviera involucrado en un accidente que causara lesiones a una persona. Al respecto, la fiscalía mantuvo el argumento de que el objeto de la ley era imponer responsabilidad penal estricta por el mero hecho de que la muerte de una persona hubiera involucrado la presencia del imputado conduciendo un automóvil cuando no debía haberlo hecho.

La Corte Suprema efectúa entonces una revisión de la evolución de la responsabilidad penal estricta y, tras sostener que se encontraba frente a un delito con una sanción grave (pena de cárcel) y que no existía evidencia de que la forma de conducir del imputado hubiera sido la causante de la muerte de la víctima, argumentó que para que exista responsabilidad penal:

“Debe haber por lo menos algún acto u omisión en el control del automóvil, lo que implica algún elemento de culpa, ya sea por conducción descuidada o desconsiderada, que contribuya de alguna manera más que mínima a la muerte”¹⁷⁶⁶.

Se trata de un clara alusión al principio de evitabilidad que conocemos en el Derecho penal continental.

3.1.5. Negligencia (*negligence*)

Como ya se ha adelantado, en el Derecho penal inglés, la negligencia no es considerada por la jurisprudencia como propiamente un estado mental. Se trata, más bien, del fracaso del imputado para actuar de conformidad con una norma objetiva de conducta. En dicha circunstancia, el estado real de la mente del autor al momento de actuar resulta irrelevante¹⁷⁶⁷. En otras palabras, la negligencia es el incumplimiento de los estándares de conducta de “un hombre razonable”¹⁷⁶⁸.

¹⁷⁶⁶ Texto original en inglés: “There must be at least some act or omission in the control of the car, which involves some element of fault, whether amounting to careless/inconsiderate driving or not, and which contributes in some more than minimal way to the death”.

¹⁷⁶⁷ DE THAN, HEATON, *Criminal Law*, 4ª ed., p. 76.

¹⁷⁶⁸ MARTIN, *Key Facts Key Cases. Criminal Law*, p. 37. Una posición distinta en HART, *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*, Clarendon Press Oxford, 1968, pp. 136 y ss.

Existen hoy pocas ofensas negligentes en el Derecho jurisprudencial inglés. Destaca el supuesto de homicidio por grave negligencia (*manslaughter for gross negligence*). En cambio, existen muchas ofensas negligentes establecidas en estatutos, especialmente aquellos que regulan la actividad comercial¹⁷⁶⁹. A los fines de la presente investigación, voy a hacer referencia a tres normas sobre la materia¹⁷⁷⁰:

- En la ley de tráfico de 1988 (*Road Traffic Act 1988*), se sanciona la conducción descuidada y desconsiderada de un automóvil (*careless and inconsiderated driving*) en los siguientes términos: “Si una persona conduce un vehículo con propulsión mecánica en una carretera u otro lugar público sin el debido cuidado y atención, o sin consideración razonable por otras personas que utilizan la carretera o el lugar, será culpable de una ofensa”¹⁷⁷¹. (Traducción libre del autor)
- En la ley de seguridad vial de 2006 (*Road Safety Act 2006*), se sanciona a quien causa la muerte por la conducción peligrosa o desconsiderada de un automóvil en los siguientes términos: “Aquel que causa la muerte de otra persona al conducir un vehículo con propulsión mecánica en una carretera u otro lugar público sin el debido cuidado y atención o sin consideración razonable por otras personas que utilizan la carretera o el lugar, será culpable de una ofensa”¹⁷⁷². (Traducción libre del autor)
- En la ley de violencia doméstica de 2004 (*Domestic Violence, Crime and Victim Act 2004*), se sanciona a quien negligentemente causa la muerte de un niño o de un adulto vulnerable. Así, el delito se configura si un niño o un adulto vulnerable mueren como resultado del acto ilícito de una persona (D) que era miembro del mismo hogar que la víctima y tuvo contacto frecuente con él; D era tal persona en el momento del acto; en ese momento existía un riesgo significativo de que se causara daño físico grave a la víctima por el acto ilícito de D; y, o bien D fue la persona cuyo acto causó la muerte de la víctima, o bien D era o debería haber sido consciente del riesgo para la víctima, no habiendo D tomado las medidas que razonablemente se esperaba que tomara para proteger a la víctima

¹⁷⁶⁹ ASHWORTH, HORDER, *Principles of Criminal Law*, 7ª ed., pp. 181-182.

¹⁷⁷⁰ MCALHONE, WORTLEY, *Criminal Law. The Fundamentals*, 3ª ed., p. 58.

¹⁷⁷¹ Texto original en inglés: “Careless, and inconsiderate, driving. If a person drives a mechanically propelled vehicle on a road or other public place without due care and attention, or without reasonable consideration for other persons using the road or place, he is guilty of an offence”. Disponible en: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/52/contents> [consulta: 22 de febrero de 2017].

¹⁷⁷² Texto original en inglés: “Causing death by careless, or inconsiderate, driving. A person who causes the death of another person by driving a mechanically propelled vehicle on a road or other public place without due care and attention, or without reasonable consideration for other persons using the road or place, is guilty of an offence”. Disponible en: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/49> [consulta: 22 de febrero de 2017].

del riesgo, y el acto se produjo en circunstancias que D previó o debió haber previsto¹⁷⁷³.

La jurisprudencia inglesa ha establecido que la negligencia penalmente relevante debe ser de mayor entidad de la que se exige para un caso civil. Al respecto, cabe destacar tres casos. Al igual que en los acápites precedentes, a fin de destacar los criterios de inferencia aportados por la jurisprudencia, he dividido la presentación de cada caso en tres partes. En la primera, describo el supuesto fáctico materia de proceso. En la segunda, presento en orden cronológico las resoluciones emitidas por las distintas instancias judiciales en el caso. Finalmente, en la tercera, explico los criterios de inferencia aportados básicamente por la sentencia de última instancia del caso.

1) Caso *Rex v Bateman* (1925)¹⁷⁷⁴:

- **Hecho:** El imputado era un médico que atendió un parto muy complicado. La condición de la mujer no le permitió utilizar sus instrumentos, por lo que tuvo que realizar una operación con sus manos para retirar a su hijo, el cual ya estaba muerto. Una semana después la mujer falleció. En el examen *post mortem*, se evidenció fracturas en la vejiga, el colon y el recto de la mujer, así como que su útero había desaparecido casi por completo.

¹⁷⁷³ Texto original en inglés: “5. The offence. (1) A person (“D”) is guilty of an offence if— (a) a child or vulnerable adult (“V”) dies as a result of the unlawful act of a person who— (i) was a member of the same household as V, and (ii) had frequent contact with him, (b) D was such a person at the time of that act, (c) at that time there was a significant risk of serious physical harm being caused to V by the unlawful act of such a person, and (d) either D was the person whose act caused V’s death or— (i) D was, or ought to have been, aware of the risk mentioned in paragraph (c), (ii) D failed to take such steps as he could reasonably have been expected to take to protect V from the risk, and (iii) the act occurred in circumstances of the kind that D foresaw or ought to have foreseen. (2) The prosecution does not have to prove whether it is the first alternative in subsection (1) (d) or the second (sub-paragraphs (i) to (iii)) that applies. (3) If D was not the mother or father of V— (a) D may not be charged with an offence under this section if he was under the age of 16 at the time of the act that caused V’s death; (b) for the purposes of subsection (1) (d) (ii) D could not have been expected to take any such step as is referred to there before attaining that age. (4) For the purposes of this section— (a) a person is to be regarded as a “member” of a particular household, even if he does not live in that household, if he visits it so often and for such periods of time that it is reasonable to regard him as a member of it; (b) where V lived in different households at different times, “the same household as V” refers to the household in which V was living at the time of the act that caused V’s death. (5) For the purposes of this section an “unlawful” act is one that— (a) constitutes an offence, or (b) would constitute an offence but for being the act of— (i) a person under the age of ten, or (ii) a person entitled to rely on a defence of insanity. Paragraph (b) does not apply to an act of D. (6) In this section— “act” includes a course of conduct and also includes omission; “child” means a person under the age of 16; “serious” harm means harm that amounts to grievous bodily harm for the purposes of the Offences against the Person Act 1861 (c. 100); “vulnerable adult” means a person aged 16 or over whose ability to protect himself from violence, abuse or neglect is significantly impaired through physical or mental disability or illness, through old age or otherwise. (7) A person guilty of an offence under this section is liable on conviction on indictment to imprisonment for a term not exceeding 14 years or to a fine, or to both”. Disponible en: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2004/28/section/5> [consulta: 22 de febrero de 2017].

¹⁷⁷⁴ *R v Bateman* (1927) 19 Cr App R 8.

Al médico se le imputó haber causado las fracturas internas, haber removido parte del útero con la placenta durante el parto y haber demorado el internamiento de la paciente.

- Resoluciones: El imputado fue condenado en primera instancia por homicidio involuntario. La Corte de Apelaciones revocó la condena.
- Criterio aportado: En este caso, la Corte de Apelaciones estableció que el estándar de negligencia que debe probarse en los casos de homicidio involuntario es considerablemente más alto que el nivel que resulta suficiente para las demandas civiles por negligencia¹⁷⁷⁵. Lord Hewitt afirmó entonces:

“Para establecer la responsabilidad penal, los hechos deben ser tales que, en opinión del jurado, la negligencia del acusado vaya más allá de una mera cuestión de indemnización entre los sujetos y demuestre tal desprecio por la vida y la seguridad de los demás al punto de constituir un delito contra el Estado y una conducta merecedora de castigo”¹⁷⁷⁶. (Traducción libre del autor)

Asimismo, se explica en la sentencia que, para acreditar la responsabilidad civil, debe establecerse, además del perjuicio pecuniario causado por la muerte, la existencia de un deber de garante, el incumplimiento de dicho deber y que dicho incumplimiento haya causado la muerte. A partir de ello, el nivel de responsabilidad civil dependerá del grado del daño ocasionado. En cambio, para establecer la relevancia penal del caso, además de acreditarse el cumplimiento de los requisitos exigidos para la responsabilidad civil, debe probarse que el grado de negligencia de la conducta del imputado fue lo suficientemente grave para ser calificada como un delito. Esta fórmula fue aprobada por la Cámara de los Lores en los dos siguientes casos.

2) Caso *Andrews v DPP* (1937)¹⁷⁷⁷:

- Hecho: El imputado era empleado del departamento de transporte de una compañía en Leeds. Un sábado a las 22.30 horas, se le ordenó que tomara una furgoneta para asistir a un ómnibus de la compañía que se había malogrado a unas tres o cuatro millas de distancia. Alrededor de las 10.45 de la noche, el imputado, que conducía rápidamente a unas treinta millas

¹⁷⁷⁵ MARTIN, *Key Facts Key Cases. Criminal Law*, p. 44.

¹⁷⁷⁶ Texto original en inglés: “In order to establish criminal liability, the facts must be such that, in the opinion of the jury, the negligence of the accused went beyond a mere matter of compensation between subjects and showed such disregard for the life and safety of others as to amount to a crime against the state and conduct deserving of punishment”.

¹⁷⁷⁷ *Andrews v DPP* [1937] AC 576.

por hora, sobrepasó otro automóvil que era conducido a unas diez millas por hora y se colocó al costado de la carretera, alcanzando a la víctima, que estaba terminando de cruzar la vía y se encontraba entonces a tres o cuatro pasos de la acera. La víctima fue alzada al capot de la furgoneta conducida por el imputado, lanzada hacia adelante y atropellada finalmente por la furgoneta. El imputado no se detuvo.

- Resoluciones: El imputado fue condenado en primera instancia por homicidio involuntario de la víctima causado por la conducción peligrosa de un vehículo automotor. Se le impuso quince meses de prisión y se le retiró de por vida la licencia de conducir. La Corte de Apelaciones desestimó el recurso de apelación y confirmó la condena. La Cámara de los Lores también desestimó la apelación.
- Criterio aportado: En este caso, la Cámara de los Lores aprobó los criterios establecidos en el caso *R v Bateman*. Lord Atkin afirmó entonces:

“La simple falta de diligencia como la que constituye la responsabilidad civil no es suficiente: a los efectos del Derecho penal existen grados de negligencia y se requiere probar un alto grado de negligencia para establecer la existencia de un delito. (...) Es difícil visualizar un caso de muerte causado por conducción temeraria de un automóvil -teniendo en cuenta la connotación coloquial del término “temeridad”- que no justifique una condena por homicidio involuntario (*manslaughter*); sin embargo, debe tenerse en cuenta que el término “temeridad” sugiere una indiferencia al riesgo, mientras que el imputado podría haber apreciado el riesgo y pretender evitarlo y, a pesar de ello, demostrar un alto grado de negligencia en los medios adoptados para evitar el riesgo, la cual justifica una condena por negligencia”¹⁷⁷⁸.
(Traducción libre del autor)

3) Caso Regina v Adomako (1994)¹⁷⁷⁹:

- Hecho: El imputado era un anestesista que no se dio cuenta que, durante una operación al ojo, el tubo que proporcionaba oxígeno al paciente se desconectó, como consecuencia de lo cual el paciente murió.

¹⁷⁷⁸ Texto original en inglés: “Simple lack of care such as will constitute civil liability is not enough: for purposes of the criminal law there are degrees of negligence: and a very high degree of negligence is required to be proved before the felony is established. It is difficult to visualize a case of death caused by reckless driving in the connotation of that term in ordinary speech which would not justify a conviction for manslaughter: but it is probably not all-embracing, for “reckless” suggests an indifference to risk whereas the accused may have appreciated the risk and intended to avoid it and yet shown such a high degree of negligence in the means adopted to avoid the risk as would justify a conviction”.

¹⁷⁷⁹ *R v Adomako* [1994] 3 WLR 288, [1994] 1 AC 171.

- Resoluciones: El imputado fue condenado en primera instancia por el homicidio involuntario del paciente. La Corte de Apelaciones rechazó el recurso de apelación y confirmó la condena. En el mismo sentido, la Cámara de los Lores desestimó la apelación.
- Criterios aportados: En este caso, los jueces enfatizaron que, para configurar un caso de homicidio involuntario por grave negligencia, debían estar presentes los tres elementos de la ofensa civil de negligencia (deber de cuidado del agente, incumplimiento del deber de cuidado y causación de la muerte como consecuencia del incumplimiento del deber de cuidado). Sin embargo, para imponer responsabilidad penal, el incumplimiento debía ser lo suficientemente grave. Lord Mackay of Clashfern afirmó entonces:

“Los principios ordinarios de la ley de negligencia se aplican para determinar si el imputado ha incumplido o no un deber de diligencia respecto de la víctima fallecida. Si se establece tal incumplimiento del deber, la siguiente cuestión es si esa violación del deber causó la muerte de la víctima. En caso afirmativo, el jurado debe examinar si ese incumplimiento de deber debe calificarse de negligencia grave y, por tanto, de delito. Esto dependerá de la gravedad del incumplimiento del deber cometido por el imputado en todas las circunstancias en las que el imputado se encontró cuando ocurrió el hecho¹⁷⁸⁰”. (Traducción libre del autor)

Según MARTIN, este caso coloca en el jurado la decisión sobre si una ofensa constituye negligencia criminal o no. Ello trae el problema de que diferentes jurados pueden aplicar normas diferentes al tomar la decisión. Asimismo, estamos frente a una prueba circular, ya que el jurado debe decidir que la infracción es criminal y hacerlo decidiendo que la conducta del imputado debe ser juzgada como criminal¹⁷⁸¹.

Por otro lado, la imprudencia suele reducirse a la aplicación de un baremo objetivo conocido como el test de riesgos que evitaría “una persona razonable y prudente” (*reasonably prudent person*). Al respecto, OXMAN anota que generalmente la imputación a título de negligencia requiere no solo que se trate de una imprudencia cualitativamente diferenciable de la negligencia que puede originar responsabilidad civil, sino que, además,

¹⁷⁸⁰ Texto original en inglés: “The ordinary principles of the law of negligence apply to ascertain whether or not the defendant has been in breach of a duty of care towards the victim who has died. If such breach of duty is established the next question is whether that breach of duty caused the death of the victim. If so, the jury must go on to consider whether that breach of duty should be characterised as gross negligence and therefore as a crime. This will depend on the seriousness of the breach of duty committed by the defendant in all the circumstances in which the defendant was placed when it occurred”.

¹⁷⁸¹ MARTIN, *Key Facts Key Cases. Criminal Law*, pp. 44-45.

aparece en la mayoría de las legislaciones anglosajonas como una cuestión reservada exclusivamente para los casos de homicidio involuntario¹⁷⁸².

ORMEROD y LAIRD han planteado entonces la cuestión de si el estándar puramente objetivo resulta suficiente para configurar una conducta negligente. Al respecto, entienden que el estado mental de la persona no puede ser siempre completamente irrelevante. Citan el caso de la persona que posee determinados conocimientos especiales. En ese supuesto, se propone que se aplique el barómetro de la persona razonable “con dicho conocimiento”¹⁷⁸³. En el mismo sentido, OXMAN sostiene que ciertas características del sujeto pueden incrementar los deberes de cuidado originados, por ejemplo, en la valoración de un mayor grado de experiencia, entrenamiento o estudios, aspectos subjetivos que pueden influir en el grado de reprochabilidad del sujeto. En esa línea, se presenta el Código Penal Modelo norteamericano¹⁷⁸⁴. Distinto es el caso de las cortes inglesas, las cuales, como anotan ORMEROD y LAIRD, no han demostrado aún la voluntad de subjetivar el estándar de negligencia¹⁷⁸⁵.

En mi opinión, la aplicación de un estándar absolutamente objetivo a la negligencia resulta imposible y así se demuestra en el vasto desarrollo de esta materia en el Derecho penal continental¹⁷⁸⁶. Como bien sostiene SIMESTER, mientras que, sin normas externas, el juicio es imposible, sin referencia al imputado, la sentencia no puede culpar a nadie. Por ello, el dispositivo del hombre razonable debe ser, en cierto sentido, un medio por el cual la ley busca reconciliar lo impersonal con lo humano¹⁷⁸⁷.

3.1.6. *Error (mistake)*

Corresponde ahora mencionar brevemente cuál es el tratamiento que las cortes inglesas otorgan a los casos de error. El error de hecho produce la absolución de aquellos delitos que exigen la concurrencia de un estado mental para su configuración, en la medida que el aludido error evita que el imputado actúe con el estado mental exigido. Como apuntan ORMEROD y LAIRD, no se trata entonces de una cuestión de defensa (*defense*), sino de la negación del elemento subjetivo del delito¹⁷⁸⁸. Hace varias décadas, WILLIAMS ya sostenía que es incorrecto inferir que el error sea una defensa en el sentido de que la carga de probarlo se

¹⁷⁸² OXMAN, *Sistemas de imputación subjetiva en Derecho Penal...*, p. 127.

¹⁷⁸³ ORMEROD, LAIRD, *Smith and Hogan's Criminal Law*, 14ª ed., p. 163.

¹⁷⁸⁴ OXMAN, *Sistemas de imputación subjetiva en Derecho Penal...*, pp. 129-130.

¹⁷⁸⁵ ORMEROD, LAIRD, *Smith and Hogan's Criminal Law*, 14ª ed., p. 170.

¹⁷⁸⁶ Al respecto, resulta fundamental CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente...*

¹⁷⁸⁷ SIMESTER, “Can Negligence be Culpable?”, en HORDER (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence* (4th series), 2000, at 106.

¹⁷⁸⁸ ORMEROD, LAIRD, *Smith and Hogan's Criminal Law*, 14ª ed., p. 375.

encuentre en el imputado. Por el contrario, lo único que incumbe al acusado es crear una duda razonable acerca de su estado mental al momento de la acción¹⁷⁸⁹.

Resulta necesario tener en cuenta la diferencia entre la ignorancia, como ausencia absoluta de conocimiento, y el error, que es una especie de ignorancia. Al respecto, WILLIAMS explica que, mientras que tanto la ignorancia como el error sobre una circunstancia del hecho impiden que se atribuya intención respecto de dicha circunstancia; sólo el error impide que se atribuya la existencia de temeridad. Sólo si hay error, no habrá temeridad, pudiendo haber negligencia¹⁷⁹⁰. A mayor detalle, ORMEROD y LAIRD precisan tres principios¹⁷⁹¹:

- Exonera de responsabilidad penal el error –razonable o no- sobre la concurrencia de algún estado mental (intención, conocimiento, creencia o temeridad subjetiva) exigido por la ley penal con relación a algún elemento del *actus reus* del delito. En estos casos, el imputado es juzgado de acuerdo con su genuina y errónea visión de los hechos, independientemente de que su error fuera razonable o irrazonable¹⁷⁹².
- Puede constituir una defensa a favor del imputado únicamente el error razonable en aquellos casos en los que la ley penal exige negligencia con relación a un elemento del *actus reus* del delito.
- En los casos de delitos de responsabilidad estricta, no constituye una excusa ni siquiera el error razonable sobre alguno de los elementos del *actus reus* del delito¹⁷⁹³.

De la jurisprudencia inglesa acerca del error, destacan cuatro casos, que evidencian la evolución de los criterios de imputación desde considerar que sólo un error basado en motivos razonables podía exonerar de responsabilidad penal hasta llegar al estado actual en el que se acepta que un error honesto (más allá de la razonabilidad de sus motivos) puede ser suficiente para considerar que no se verifica el estado mental exigido por el delito.

Los criterios de cada uno serán expuestos bajo el mismo esquema que se utilizó para los estados mentales ya expuestos:

¹⁷⁸⁹ WILLIAMS, *Criminal Law. The General Part*, 2ª ed., p. 184.

¹⁷⁹⁰ WILLIAMS, *Criminal Law. The General Part*, 2ª ed., p. 152.

¹⁷⁹¹ La fuente de la clasificación que se expone a continuación es ORMEROD, LAIRD, *Smith and Hogan's Criminal Law*, 14ª ed., pp. 375-376.

¹⁷⁹² MARTIN, *Key Facts Key Cases. Criminal Law*, p. 110.

¹⁷⁹³ Al respecto, ver el caso *Pharmaceutical Society of Great Britain v Storkwain* (1986). Ver comentario en MARTIN, *Key Facts Key Cases. Criminal Law*, p. 111.

1) Caso *The Queen v Tolson* (1889)¹⁷⁹⁴:

- Hecho: La imputada contrajo segundo matrimonio siete años después de que su primer esposo había dejado el hogar conyugal. La imputada tenía buenos motivos para creer que su primer esposo había muerto, ya que había partido de viaje hacia América en un barco que había hundido. Sin embargo, el primer esposo sobrevivió.
- Resoluciones: El jurado condenó a la imputada en primera instancia por la comisión del delito de bigamia¹⁷⁹⁵. La Corte de Casos en Reserva (*Crown Case Reserved*) estableció por mayoría que la condena era incorrecta y debía ser revocada.
- Criterio aportado: En este caso, la Corte sostuvo que constituía una buena defensa el hecho de que la imputada, en el momento de su segundo matrimonio, hubiera tenido una creencia genuina basada en motivos razonables de que su primer marido se encontraba muerto. Lord Cave sostuvo entonces:

“En el derecho común, una creencia honesta y razonable en la existencia de circunstancias que, de ser ciertas, harían que el acto por el cual se condena al preso sea uno inocente, siempre ha sido considerada como una buena defensa”¹⁷⁹⁶.

2) Caso *DPP v Morgan* (1975)¹⁷⁹⁷:

- Hecho: El imputado invitó a tres amigos a tener relaciones sexuales con su esposa, diciéndoles que ella estaba dispuesta pero que por placer

¹⁷⁹⁴ *The Queen v Tolson* (1889) 23 QBD 168.

¹⁷⁹⁵ La norma aplicada al caso fue la siguiente: “Sexual Offences Act 1956 - CHAPTER 69 4 and 5 Eliz 2: Rape of woman or man. (1) It is an offence for a man to rape a woman or another man. (2) A man commits rape if— (a) he has sexual intercourse with a person (whether vaginal or anal) who at the time of the intercourse does not consent to it; and (b) at the time he knows that the person does not consent to the intercourse or is reckless as to whether that person consents to it. (3) A man also commits rape if he induces a married woman to have sexual intercourse with him by impersonating her husband (...)” (“Ley de Delitos Sexuales de 1956 - CAPÍTULO 69 4 y 5 Eliz 2: “Violación de mujer o hombre. (1) Es un delito para un hombre violar a una mujer o a otro hombre. (2) Un hombre comete una violación si: (a) tiene relaciones sexuales con una persona (ya sea vía vaginal o anal) que en el momento del coito no lo consienta; y (b) cuando durante la relación sexual tiene conocimiento de que la persona no consiente o actúa con temeridad con relación a si la persona consiente. (3) Un hombre también comete violación si induce a una mujer casada a tener relaciones sexuales con él haciéndose pasar por su marido (...)”) [Traducción libre del autor].

¹⁷⁹⁶ Texto original en inglés: “At common law an honest and reasonable belief in the existence of circumstances which, if true, would make the act for which the prisoner is indicted an innocent act has always been held to be a good defence”.

¹⁷⁹⁷ *DPP v Morgan* [1975] 2 WLR 913, [1976] AC 182.

simularía reticencia. En realidad, la esposa no consintió, sino que luchó y gritó.

- Resoluciones: Los imputados fueron condenados en primera instancia como autores de un delito de violación sexual¹⁷⁹⁸. La Corte de Apelaciones desestimó sus apelaciones. Finalmente, la Cámara de los Lores dio la razón al argumento jurídico de las apelaciones, pero confirmó la condena de primera instancia.
- Criterio aportado: Me interesa centrar la atención en el caso de los tres amigos. En primera instancia, la directiva del juez al jurado consistió en que debían considerar culpables de violación a los imputados si su creencia en el consentimiento de la víctima no se había basado en motivos razonables. Al respecto, el juez formuló la siguiente directiva al jurado:

“La fiscalía tiene que probar que cada imputado tenía la intención de tener relaciones sexuales sin el consentimiento de la víctima (...). Por lo tanto, si el acusado creyó o pudo haber creído que la víctima había consentido tener relaciones sexuales con él, entonces no existe tal intención en su mente y no puede ser culpable del delito de violación, pero tal creencia debe ser una creencia honesta. El imputado debe realmente haber creído eso. Y, en segundo lugar, su creencia debe haber sido una creencia razonable (...). No basta con que el imputado se haya apoyado en una creencia, aun cuando fuera honesta, si esta era completamente fantasiosa; contraria a todo indicio que pudiera dar lugar a error en un hombre razonable¹⁷⁹⁹”. (Traducción libre del autor)

¹⁷⁹⁸ La norma aplicada al caso fue la siguiente: “Sexual Offences Act 1956 - CHAPTER 69 4 and 5 Eliz 2: Rape of woman or man. (1) It is an offence for a man to rape a woman or another man. (2) A man commits rape if— (a) he has sexual intercourse with a person (whether vaginal or anal) who at the time of the intercourse does not consent to it; and (b) at the time he knows that the person does not consent to the intercourse or is reckless as to whether that person consents to it. (3) A man also commits rape if he induces a married woman to have sexual intercourse with him by impersonating her husband (...)” (“Ley de Delitos Sexuales de 1956 - CAPÍTULO 69 4 y 5 Eliz 2: “Violación de mujer o hombre. (1) Es un delito para un hombre violar a una mujer o a otro hombre. (2) Un hombre comete una violación si: (a) tiene relaciones sexuales con una persona (ya sea vía vaginal o anal) que en el momento del coito no lo consienta; y (b) cuando durante la relación sexual tiene conocimiento de que la persona no consiente o actúa con temeridad con relación a si la persona consiente. (3) Un hombre también comete violación si induce a una mujer casada a tener relaciones sexuales con él haciéndose pasar por su marido (...)”) [Traducción libre del autor].

¹⁷⁹⁹ Texto original en inglés: “Further, the prosecution have to prove that each defendant intended to have sexual intercourse with this woman without her consent (...). Therefore if the defendant believed or may have believed that Mrs. Morgan consented to him having sexual intercourse with her, then there would be no such intent in his mind and he would be not guilty of the offence of rape, but such a belief must be honestly held by the defendant in the first place. He must really believe that. And, secondly, his belief must be a reasonable belief (...). It is not enough for a defendant to rely upon a belief, even though he honestly held it, if it was completely fanciful; contrary to every indication which could be given which would carry some weight with a reasonable man”.

El jurado condenó a los imputados por delito de violación sexual. En su apelación, los condenados argumentaron que una creencia honesta en el consentimiento de la víctima resultaba suficiente para exonerarlos de responsabilidad, sin interesar si esta creencia había sido razonable o no. La Cámara de los Lores dio la razón al argumento jurídico de la apelación, al estimar que, para refutar un cargo de violación sexual, bastaba con acreditar la existencia de un error honesto sobre el consentimiento de la víctima. Sin embargo, confirmó la condena, pues consideró que, aun cuando las indicaciones proporcionadas al jurado no habían sido correctas, ningún jurado hubiera absuelto a los condenados¹⁸⁰⁰. Específicamente, Lord Hailsham of St. Marylebone sostuvo:

“Dado que la creencia sincera claramente niega la intención, la razonabilidad o no de dicha creencia sólo puede ser una evidencia a favor o en contra del punto de vista que la creencia y, por ende, la intención estuvo realmente presente¹⁸⁰¹”. (Traducción libre del autor)

Por su parte, Lord Edmund-Davies sostuvo que una creencia en el consentimiento de la víctima no podía convivir con una intención de violarla¹⁸⁰². En conclusión, para excluir el estado mental y, por ende, la responsabilidad penal, la Cámara de los Lores estableció que debía existir una creencia errónea (razonable o no), toda vez que el error eliminaba la posibilidad de haber actuado intencionalmente.

3) Caso Regina v Williams Gladstone (1987)¹⁸⁰³:

- Hecho: M, al ver que un joven intentaba robar a una anciana en la calle, persiguió, golpeó e intentó movilizar al agresor. El imputado, que no había presenciado el intento de robo, entró en escena. M le dijo al imputado que era un oficial de policía, lo cual era falso, y que estaba arrestando al joven. Se produjo una pelea en la que el imputado le dio un puñetazo en la cara a M. El imputado fue acusado de haber cometido una agresión causante de lesiones corporales, ante lo cual adujo en su defensa que había creído honestamente que el joven estaba siendo agredido ilegalmente por M y que era irrelevante si su error era razonable o no.

¹⁸⁰⁰ MARTIN, *Key Facts Key Cases. Criminal Law*, p. 124.

¹⁸⁰¹ Texto original en inglés: “Since honest belief clearly negatives intent, the reasonableness or otherwise of that belief can only be evidence for or against the view that the belief and, therefore, the intent was actually held”.

¹⁸⁰² Texto original en inglés: “I therefore find it difficult to follow how a belief (...) that the woman is consenting can exist alongside an intention to rape her”.

¹⁸⁰³ *R v Williams Gladstone* [1987] 3 All ER 411.

- Resoluciones: El jurado condenó al imputado, en base a la indicación del juez de que el error sólo era relevante si se trataba de un error razonable. Sin embargo, la Corte de Apelaciones aceptó la apelación y revocó la condena.
- Criterio aportado: La Corte de Apelaciones estableció en su sentencia que el imputado debería haber sido juzgado sobre los hechos como él genuinamente creía que habían ocurrido¹⁸⁰⁴. Lord Lane sostuvo entonces:

“La razonabilidad o la irrazonabilidad de la creencia del imputado es importante para la cuestión de si la creencia fue sostenida por el imputado en absoluto. Si la creencia fue de hecho sostenida, su irrazonabilidad, en lo que concierne a la culpabilidad o a la inocencia, no es relevante”¹⁸⁰⁵. (Traducción libre del autor)

4) Caso B (a minor) v DPP (2000)¹⁸⁰⁶:

- Hecho: El imputado era un menor de 15 años, quien se sentó junto a una niña de 13 años en un autobús y le pidió repetidamente que le practicara sexo oral. Lo hizo bajo la creencia de que la menor tenía 14 años o más.
- Resoluciones: El menor fue acusado de incitar a un niño menor de 14 años a cometer un acto de grave indecencia, de acuerdo con la ley de actos indecentes con menores de edad de 1960 (*Indecency with Children Act 1960*)¹⁸⁰⁷. En primera instancia, se estableció que se trataba de un delito de responsabilidad estricta y condenó al menor. Sin embargo, la Cámara de los Lores anuló la condena.
- Criterio aportado: En este caso, la Cámara de los Lores ratificó la decisión del caso *R v Williams Gladstone* y afirmó que el imputado debía ser

¹⁸⁰⁴ MARTIN, *Key Facts Key Cases. Criminal Law*, pp. 124-125.

¹⁸⁰⁵ Texto original en inglés: “The reasonableness or unreasonableness of D’s belief is material to the question of whether the belief was held by D at all. If the belief was in fact held, its unreasonableness, so far as guilt or innocence is concerned, is neither here nor there”.

¹⁸⁰⁶ *B (a minor) v DPP* 2000 WL 527.

¹⁸⁰⁷ La norma aplicada fue la siguiente: “Section 1(1) of the Indecency with Children Act 1960: Any person who commits an act of gross indecency with or towards a child under the age of fourteen, or who incites a child under that age to such an act with him or another, shall be liable on conviction on indictment to imprisonment for a term not exceeding two years, or on summary conviction to imprisonment for a term not exceeding six months, to a fine not exceeding the prescribed sum, or to both” (“Sección 1(1) de la Ley de Indecencia con menores de 1960: Toda persona que cometa un acto de grosera indecencia con o hacia un niño menor de catorce años o que incita a un niño menor de esa edad a realizar tal acto con él o con otra persona, será condenado o bien a prisión por un término no superior a dos años, o bien por sentencia sumaria con pena de prisión no superior a seis meses, a una multa que no exceda la suma prescrita o a ambos”) [Traducción libre del autor].

juzgado sobre los hechos como realmente creía que habían acontecido¹⁸⁰⁸.

Al respecto, Lord Nicholls of Birkenhead afirmó:

“No puedo encontrar, ni en el contexto estatutario ni en otra fuente, ninguna indicación de suficiente fuerza para desplazar la aplicación de la presunción de *mens rea* de la ley común. En mi opinión, el estado mental necesario con respecto al elemento de la edad en el artículo 1° de la Ley de 1960 es la ausencia de una creencia genuina por parte del acusado de que la víctima tenía catorce años de edad o más. La carga de la prueba de esto corre por parte de la acusación como es habitual”¹⁸⁰⁹. (Traducción libre del autor)

A partir de ello, un criterio extendido en la jurisprudencia inglesa es aquel que dicta que la creencia errónea del imputado no debe ser razonable para excusarlo de responsabilidad penal. Sin embargo, como afirman ORMEROD y LAIRD, en la práctica, cuanto más irrazonable es el error, menores son las probabilidades de que un jurado acepte la existencia de una genuina situación de error¹⁸¹⁰.

A título ejemplificativo de las clases de error que se maneja en el Derecho penal inglés, me permito adaptar el cuadro presentado por ALLEN sobre esta materia¹⁸¹¹:

¹⁸⁰⁸ MARTIN, *Key Facts Key Cases. Criminal Law*, p. 125.

¹⁸⁰⁹ Texto original en inglés: “I cannot find, either in the statutory context or otherwise, any indication of sufficient cogency to displace the application of the common law presumption. In my view the necessary mental element regarding the age ingredient in section 1 of the Act of 1960 is the absence of a genuine belief by the accused that the victim was fourteen years of age or above. The burden of proof of this rests upon the prosecution in the usual way”.

¹⁸¹⁰ ORMEROD, LAIRD, *Smith and Hogan's Criminal Law*, 14ª ed., p. 375.

¹⁸¹¹ ALLEN, *Textbook on Criminal Law*, 13ª ed., pp. 96-108.

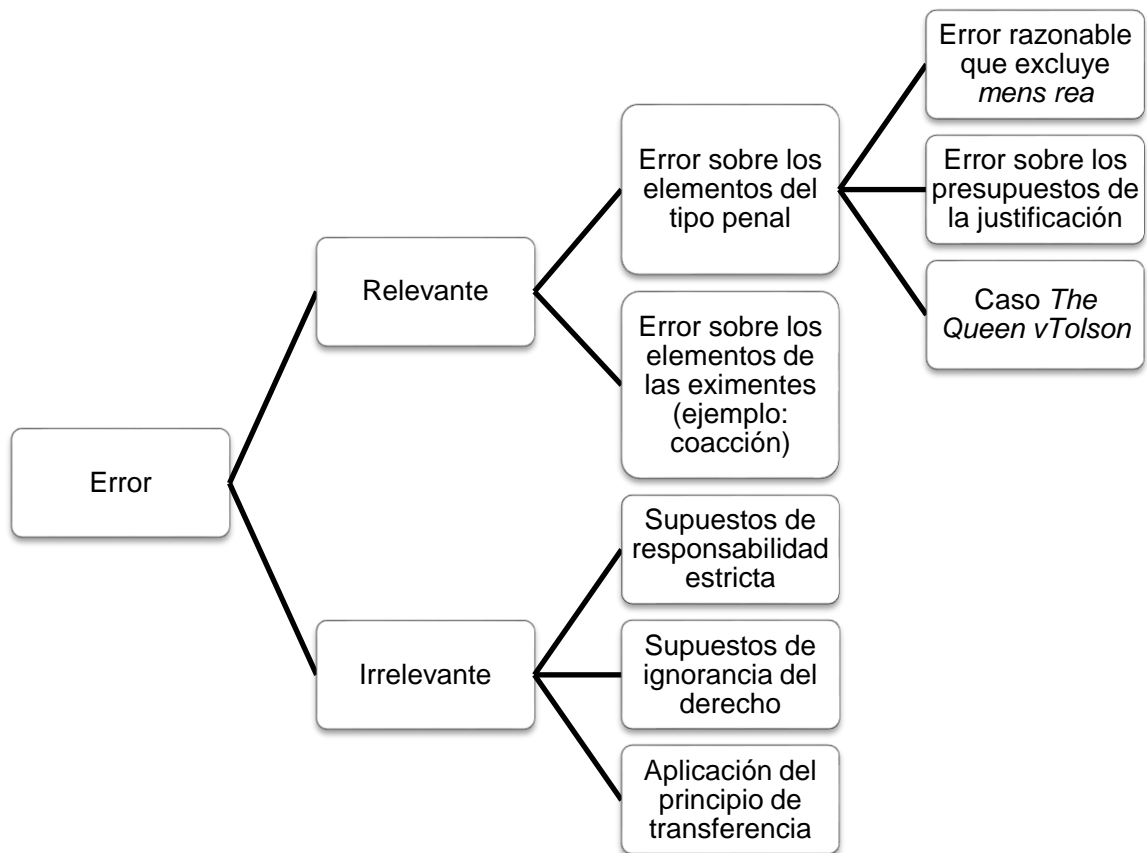


Figura 3.6. Clases de error en el Derecho penal inglés

3.2. Supuestos de responsabilidad objetiva

Como destaca WEIGEND, una particularidad de sistemas legales como el inglés es la existencia de una categoría de delitos que no exigen la prueba del estado mental e incluso, en algún caso, ni siquiera permiten una defensa de diligencia debida (*due diligence*). Debe distinguirse dos supuestos: los casos de responsabilidad absoluta y los casos de responsabilidad estricta¹⁸¹².

3.2.1. Responsabilidad absoluta (*absolute liability*)

En los casos de responsabilidad absoluta, se atribuye responsabilidad penal al imputado a pesar de que este no ha realizado un acto u omisión voluntarios ni

¹⁸¹² Siguiendo a VARELA, "Strict Liability como forma de imputación jurídico penal", en *InDret Penal*, N° 3, 2012, p. 5, en el caso norteamericano, se distingue entre supuestos de responsabilidad objetiva pura y supuestos de responsabilidad objetiva impura.

se ha verificado un estado mental en su conducta, restringiéndole la posibilidad de plantear defensas (causas de justificación o causas de exculpación), salvo la de ser menor de diez años¹⁸¹³. Ejemplo de estos casos lo constituyen los delitos de estado de cosas (*state of affairs offences*)¹⁸¹⁴.

En el caso *Germaine Larssonneur* (1933)¹⁸¹⁵, la imputada era una extranjera que recibió la orden de abandonar Reino Unido. Una vez en Eire, la policía la deportó y colocó en custodia de la policía de Reino Unido. La Corte Penal de Apelaciones confirmó su condena por haber incurrido en la ofensa prevista en la Ley de Extranjeros de 1920 (*Aliens Order 1920*), consistente en “ser un extranjero a quien se había rechazado la posibilidad de permanecer en territorio del Reino Unido, a pesar de lo cual se le encontró en Reino Unido”¹⁸¹⁶. Claramente no existió en la imputada un estado mental penalmente relevante. Es más, ni siquiera existió una conducta voluntaria, ya que su regreso a Reino Unido había sido forzado por la policía. Como bien señalan CARD y MOLLOY, la responsabilidad absoluta “ofende cualquier idea de justicia”¹⁸¹⁷. Afortunadamente, como indica PADFIELD, estos supuestos son hoy muy raros en Reino Unido, más aún cuando las cortes suelen admitir las defensas del imputado¹⁸¹⁸.

3.2.2. Responsabilidad estricta (*strict liability*)

En los casos de responsabilidad estricta u objetiva, no se exige probar el estado mental o la negligencia del autor respecto de uno o algunos de los elementos

¹⁸¹³ CARD, MOLLOY, *Card, Cross & Jones Criminal Law*, 22ª ed., pp. 121-122.

¹⁸¹⁴ MCALHONE, WORTLEY, *Criminal Law. The Fundamentals*, 3ª ed., p. 74.

¹⁸¹⁵ *Larssonneur* (1934) 24 Cr App R 74. Al respecto, ver MARTIN, *Key Facts Key Cases. Criminal Law*, Routledge Taylor & Francis Group, 2014, p. 52.

¹⁸¹⁶ La norma aplicada al caso fue la siguiente: "Aliens Order, 1920, Art. 1 (3) : "Leave shall not be given to an alien to land in the United Kingdom unless he complies with the following conditions, that is to say ... (g) he has not been prohibited from landing by the Secretary of State"; Art. 1 (4): "An immigration officer, in accordance with general or special directions of the Secretary of State, may, by general order or notice or otherwise, attach such conditions as he may think fit to the grant of leave to land, and the Secretary of State may at any time vary such conditions in such manner as he thinks fit, and the alien shall comply with the conditions so attached or varied (...)" ; Art. 18 (1) (b): "If any alien, having landed in the United Kingdom in contravention of Art. 1 of this Order, is at any time found within the United Kingdom he shall be guilty of an offence against this Order" ("Orden de extranjeros de 1920, art. 1 (3): "No se concederá permiso a un extranjero para ingresar al Reino Unido a menos que cumpla con las siguientes condiciones,... (g) el Secretario de Estado no le ha prohibido desembarcar"; Art. 1 (4): "Un funcionario de inmigración, de acuerdo con instrucciones generales o especiales del Secretario de Estado, por orden general, notificación o de otro modo, puede establecer las condiciones que estime convenientes para la concesión del permiso de desembarque, y el Secretario de Estado podrá en cualquier momento variar las condiciones de la manera que estime conveniente y el extranjero deberá cumplir con las condiciones así fijadas o variadas (...)" ; 18 (1) (b): "Si un extranjero que, habiendo ingresado al Reino Unido en contravención del Art. 1 de esta Orden, es encontrado en cualquier momento en territorio de Reino Unido, será culpable de una ofensa en contra de la presente orden") [Traducción libre del autor].

¹⁸¹⁷ CARD, MOLLOY, *Card, Cross & Jones Criminal Law*, 22ª ed., p. 122.

¹⁸¹⁸ PADFIELD, *Criminal Law*, 8ª ed., p. 63.

objetivos del delito, aunque sí se requiere la probanza de estos últimos¹⁸¹⁹. Se trata de delitos que abarcan sectores como la conducción de automóviles, el ambiente, la salud pública, la venta de comida, la comercialización de drogas, entre otros¹⁸²⁰.

Según sostienen CARD y MOLLOY, la responsabilidad estricta no infringe la presunción de inocencia establecida en la Convención Europea de Derechos Humanos, toda vez que lo que esta prohíbe es que la carga de la prueba de la ausencia de un estado mental se imponga al imputado¹⁸²¹. En esa línea, la Corte Europea de Derechos Humanos, en el caso *Salabiaku v France* ha establecido que “los Estados parte pueden, bajo ciertas condiciones, penalizar un hecho objetivo como tal, independientemente de que resulte de una intención delictiva o de negligencia”¹⁸²².

El número de casos de responsabilidad estricta en el Derecho jurisprudencial es hoy muy reducido. Básicamente en el pasado existieron casos de alteración del orden público (*public nuisance*), ofensas contra la decencia pública (*outraging public decency*) y desacato (*criminal contempt of court*)¹⁸²³.

Un ejemplo relativamente reciente es el caso *Whitehouse v Lemon and Gay News Ltd* (1979)¹⁸²⁴, en el que los editores de *Gay News* publicaron un poema que describía actos homosexuales realizados con el cuerpo de Cristo luego de su muerte. Fueron condenados por blasfemia y la Cámara de los Lores (por mayoría) rechazó su apelación, argumentando que el daño se había producido con la publicación, más allá de que los editores no hubieran tenido la intención (el estado mental) de cometer blasfemia¹⁸²⁵. Al sustentar el voto en mayoría, Viscount Dilhorne sostuvo:

“A la luz de las referencias autorizadas a las que he hecho alusión y por las razones que he expuesto, no puedo llegar a la conclusión de que los elementos del delito de difamación hayan cambiado desde 1792. En efecto, sería sorprendente si lo hubieran hecho. Si se acepta, como creo que debe hacerse, que lo que se pretende impedir es la publicación de blasfemias, el daño se produce con la publicación intencional, sea que el

¹⁸¹⁹ MARTIN, *Key Facts Key Cases. Criminal Law*, pp. 47-48. Una visión particular sobre los supuestos de responsabilidad penal estricta en el Derecho Penal inglés en DUFF, *Answering for Crime*, pp. 101 y ss.

¹⁸²⁰ MCALHONE, WORTLEY, *Criminal Law. The Fundamentals*, p. 77.

¹⁸²¹ CARD, MOLLOY, *Card, Cross & Jones Criminal Law*, p. 123.

¹⁸²² *Salabiaku v France* (1988) 13 EHRR 379, ECHR, citado por CARD, *Card, Cross & Jones Criminal Law*, 21ª ed., p. 131, quien también hace referencia al caso *G v UK* (2011) 53 EHRR SE25, ECHR, en el que la Corte Europea de Derechos Humanos sostuvo que no era su competencia dictar el contenido del Derecho penal interno, incluyendo si el *mens rea* debía ser exigido o no.

¹⁸²³ CARD, MOLLOY, *Card, Cross & Jones Criminal Law*, 22ª ed., pp. 124-125.

¹⁸²⁴ *Whitehouse v Gay News Ltd and Lemon* [1979] 2 WLR 281, [1979], AC 617.

¹⁸²⁵ PADFIELD, *Criminal Law*, 8ª ed., p. 63.

editor haya tenido intención o no de blasfemar”¹⁸²⁶. (Traducción libre del autor)

Sin embargo, el voto en minoría fue crítico respecto de la existencia de delitos de responsabilidad estricta. Al respecto, Lord Diplock sostuvo el siguiente fundamento:

“La amenaza que la conducta sancionada constituye para la salud pública, la seguridad, la moral pública o el orden público, suele ser la justificación que se esgrime para crear a través de un estatuto un delito de responsabilidad estricta, en el que la fiscalía no necesite probar el estado mental del imputado con relación a alguno de los elementos del *actus reus*. El hecho de que no haya habido enjuiciamientos por difamación durante más de 50 años es suficiente para disipar cualquier insinuación de que en los tiempos modernos la protección de la moral pública o el orden público justifican una decisión judicial que incluya este delito del *common law* en la categoría excepcional de los delitos de responsabilidad estricta”¹⁸²⁷. (Traducción libre del autor)

Por otro lado, un gran número de los delitos establecidos en los estatutos son ofensas de responsabilidad estricta. Como explican CARD y MOLLOY, estas conductas son calificadas como criminales simplemente “porque se encuentran prohibidas” (*mala prohibita*)¹⁸²⁸.

Un ejemplo antiguo es el mencionado caso *Regina v Prince*, en el que el imputado fue condenado por sustraer de la posesión de sus padres a una mujer soltera menor de dieciséis años. A pesar de que la Corte aceptó que el imputado había dispuesto de elementos razonables para creer que la víctima era mayor de dieciséis años, la condena fue confirmada en atención a que, frente al

¹⁸²⁶ Texto original en inglés: “In the light of the authorities to which I have referred and for the reasons I have stated, I am unable to reach the conclusion that the ingredients of the offence of publishing a blasphemous libel have changed since 1792. Indeed, it would, I think, be surprising if they had. If it be accepted, as I think it must, that that which it is sought to prevent is the publication of blasphemous libels, the harm is done by their intentional publication, whether or not the publisher intended to blaspheme”.

¹⁸²⁷ Texto original en inglés: “The usual justification for creating by statute a criminal offence of strict liability, in which the prosecution need not prove mens rea as to one of the elements of the actus reus, is the threat that the actus reus of the offence poses to public health, public safety, public morals or public order. The very fact that there have been no prosecutions for blasphemous libel for more than 50 years is sufficient to dispose of any suggestion that in modern times a judicial decision to include this common law offence in this exceptional class of offences of strict liability could be justified upon grounds of public morals or public order”.

¹⁸²⁸ CARD, MOLLOY, *Card, Cross & Jones Criminal Law*, p. 126. Con relación al sistema norteamericano, VARELA, “Strict Liability como forma de imputación jurídico penal”, pp. 7 y ss., precisa que el legislador dispensa de la prueba de *mens rea* en los delitos de responsabilidad objetiva impura de tres maneras: estableciéndolo expresamente, estableciendo que la ausencia de conocimiento no configura una defensa de determinado delito y negando la defensa del error de hecho.

elemento objetivo del delito consistente en la edad de la menor, operaba un supuesto de responsabilidad estricta¹⁸²⁹.

Ejemplos más recientes de estatutos que regulan casos de responsabilidad estricta son descritos por ASHWORTH¹⁸³⁰. A continuación, hago referencia a tres ejemplos sumamente relevantes.

En primer lugar, se encuentra la ley de armas de fuego de 1968 (*Firearms Act 1968*), en cuya sección quinta se sanciona el delito cometido por cualquier persona que tenga en su posesión, compre, adquiera, fabrique, venda o transfiera cualquier arma de fuego prohibida. La ofensa se comete independientemente de si el acusado fue consciente de que el artículo en su posesión era un arma de fuego prohibida. No se exige intención. La pena alcanza los diez años de cárcel¹⁸³¹.

En segundo lugar, destaca la ley de medicinas de 1968 (*Medicines Act 1968*), que tipifica como ofensa aquella cometida por cualquier persona que venda medicamentos o drogas restringidos sin una prescripción válida. La ofensa se configura incluso si la prescripción es falsa y el vendedor no es inconsciente de su falsedad. La pena alcanza los dos años de cárcel¹⁸³².

En tercer lugar, cabe citar la ley de delitos sexuales de 2003 (*Sexual Offences Act 2003*), en la que se sanciona el delito de violación de un menor de trece años, sin exigirse que el autor haya tenido conocimiento o creencia acerca de la edad de la víctima. Asimismo, el consentimiento aparente de la víctima resulta irrelevante. La pena es de cadena perpetua¹⁸³³.

Con relación a las ofensas de responsabilidad estricta tipificadas en los estatutos, frente al grave peligro que implican para la libertad de los ciudadanos, las cortes inglesas aplican hoy una “presunción de *mens rea*”, que implica asumir que la voluntad del legislador, aun cuando no lo señale expresamente, es siempre exigir la concurrencia de elementos subjetivos en el delito, salvo que en el caso existan elementos para revertir dicha presunción¹⁸³⁴. La evolución del tratamiento jurisprudencial de tal presunción se ilustra en el siguiente gráfico y se explica a continuación:

¹⁸²⁹ *R v Prince* (1872-75) LR 2 CCR 154. Ver más detalle en PADFIELD, *Criminal Law*, p. 63.

¹⁸³⁰ ASHWORTH, *Positive Obligations in Criminal Law*, pp. 116-117.

¹⁸³¹ Disponible en: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1968/27/contents> [consulta: 02 de marzo de 2017].

¹⁸³² Disponible en: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1968/67/contents> [consulta: 02 de marzo de 2017].

¹⁸³³ Disponible en: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/42/contents> [consulta: 02 de marzo de 2017].

¹⁸³⁴ CARD, MOLLOY, *Card, Cross & Jones Criminal Law*, 22ª ed., p. 127.

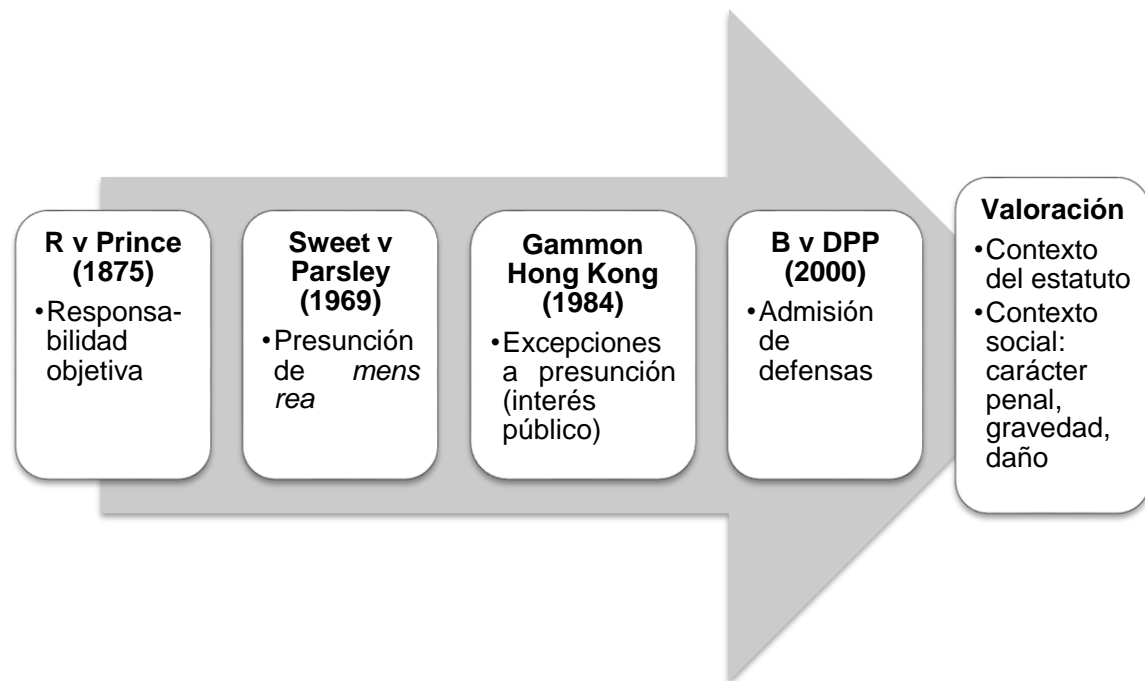


Figura 3.7. Evolución de la presunción de mens rea en el Derecho penal inglés

Dicha presunción fue establecida en el caso *Sweet v Parsley* (1969)¹⁸³⁵, en el que la imputada había alquilado una casa de campo y la había subarrendado a estudiantes, quienes consumieron cannabis en la misma. A pesar de no conocer dicho hecho, la imputada fue condenada por estar involucrada en la administración de un predio utilizado con el propósito de fumar cannabis¹⁸³⁶. La Cámara de los Lores anuló la condena. Lord Reid fundamentó la decisión, al sostener que “cada vez que una sección de la ley es silenciosa en cuanto al estado mental del imputado, hay una presunción de que, con el fin de dar efecto a la voluntad del Parlamento, debemos leer la ley de forma que se exija el estado mental”¹⁸³⁷. Por su parte, Lord Morris of Borth-Y-Gest explicó que, de condenar a la imputada, “no habría culpa por razón de nada, ni siquiera por razones de

¹⁸³⁵ *Sweet v Parsley* [1969] 2 WLR 470, [1970] AC 132.

¹⁸³⁶ La norma aplicada al caso fue la siguiente: “Section 5 of the Dangerous Drugs Act, 1965: If a person - (a) being the occupier of any premises, permits those premises to be used for the purpose of smoking cannabis or cannabis resin or of dealing in cannabis or cannabis resin (whether by sale or otherwise); or (b) is concerned in the management of any premises used for any such purpose as aforesaid; he shall be guilty of an offence against this Act” (“Sección 5 de la Ley de Drogas Peligrosas de 1965: Si una persona: (a) siendo ocupante de cualquier predio, permite que este sea utilizado con el propósito de fumar marihuana o resina de cannabis o con el propósito de comercializar dichas sustancias, o (b) está encargado de la administración de un predio utilizado para cualquiera de los propósitos mencionados anteriormente, será culpable de una ofensa contra esta Ley”) [Traducción libre del autor].

¹⁸³⁷ Texto original en inglés: “Whenever a section is silent as to mens rea there is a presumption that, in order to give effect to the will of Parliament, we must read in words appropriate to require mens rea”.

falta de cuidado, sino por el acto desconocido de una persona desconocida a la que la imputada no estuvo en condiciones de poder controlar”¹⁸³⁸.

La presunción fue ratificada en el caso *Gammon (Hong Kong) Ltd v A-G of Hong Kong* (1984)¹⁸³⁹. En este caso, una empresa constructora registrada en Hong Kong fue acusada de apartarse de forma significativa de los planes de construcción aprobados por la autoridad correspondiente y, por ende, de contravenir la sección 40(2A)(b) de la Ordenanza de Construcciones¹⁸⁴⁰, así como de llevar a cabo las obras de construcción de una manera que podían provocar un riesgo de lesiones o daños, contraviniendo así la sección 40(2B)(b) de la misma norma¹⁸⁴¹. Asimismo, se imputó esta última ofensa al gerente de proyectos de la empresa constructora y a su agente. La Corte Civil (*Privy Council*) de Reino Unido confirmó la decisión de la Corte de Apelaciones de Hong Kong, que había establecido que no era necesario acreditar el conocimiento de los imputados de determinadas circunstancias establecidas en la Ordenanza de Construcciones (en especial, la circunstancia de provocar un riesgo de lesiones o daños). La Corte Civil estableció entonces los siguientes criterios:

“(1) existe una presunción de Derecho de que las personas solo son culpables de una ofensa cuando han actuado con un determinado estado mental (*mens rea*); (2) la presunción es particularmente fuerte cuando la ofensa es de carácter “verdaderamente criminal”; (3) la presunción se aplica a ofensas establecidas en los estatutos y puede ser dejada sin efecto únicamente cuando así se desprende del estatuto; (4) la única situación en la que la presunción puede ser dejada sin efecto es cuando el estatuto se refiere a un asunto de interés social, como la seguridad pública; (5) aun cuando el estatuto se refiera a ese tipo de asuntos, la presunción se mantiene, salvo que pueda también ser demostrado que la

¹⁸³⁸ Texto original en inglés: “There would not be guilt by reason of anything done nor even by reasons of any carelessness, but by reason of the unknown act of some unknown person whom it had not been found possible to control”.

¹⁸³⁹ *Gammon (Hong Kong) Ltd v Attorney-General of Hong Kong* [1984] 3 WLR 437, [1985] AC 1. Ver más detalle en MARTIN, *Key Facts Key Cases. Criminal Law*, pp. 48-49.

¹⁸⁴⁰ La norma aplicada al caso fue la siguiente: “(2A) Any (...) registered contractor (...) directly concerned with building works who (...) (b) diverges or deviates in any material way from any work shown in a plan approved by the building authority under this Ordinance shall be guilty of an offence and shall be liable on conviction to a fine of \$250,000 and to imprisonment for three years” (“(2A) Cualquier (...) contratista registrado (...) que se ocupe directamente de obras de construcción que (...) b) contravenga o se desvíe de cualquier forma material de los planes de construcción aprobados por la autoridad de acuerdo a esta ordenanza, será culpable de un delito y será condenado a una multa de \$ 250,000 y a tres años de prisión”) [Traducción libre del autor].

¹⁸⁴¹ La norma aplicada al caso fue la siguiente: “(2B) Any person (...) directly concerned with any (...) building works who (...) (b) carries out (...) or permits (...) such works to be carried out, in such manner as is likely to cause a risk of injury to any person or damage to any property, shall be guilty of an offence and shall be liable on conviction to a fine of \$ 250,000 and to imprisonment for three years” (“(2B) Toda persona (...) que esté directamente involucrada en labores de construcción que (...) (b) efectúe o permita la realización de dichas, de manera que puedan causar un riesgo de lesión a una persona o un riesgo de daños a cualquier propiedad, será culpable de un delito y será condenado a una multa de \$ 250,000 y a tres años de prisión”) [Traducción libre del autor].

creación de la ofensa de responsabilidad estricta será efectiva para promover los objetivos del estatuto y prevendrá la comisión del acto prohibido”¹⁸⁴². (Traducción libre del autor)

La presunción -sobre todo para casos de verdadera connotación criminal- fue reforzada por la Cámara de los Lores años más tarde. Así ocurrió en el ya mencionado caso *B (a minor) v DPP* (2000), en el que el imputado de quince años se sentó en un bus y pidió varias veces tener sexo oral a una menor de trece años, quien se negó. La defensa del imputado sostuvo que el menor había creído honestamente que la muchacha era mayor de catorce años. La Cámara de los Lores aceptó la apelación contra la condena y señaló que el caso *Regina v Prince* era “una reliquia de tiempos pasados y debía ser ignorado”. Añadió que, si bien el Parlamento falló al no especificar el estado mental requerido por el delito, ello no implicaba necesariamente que la intención del Parlamento fuera que la responsabilidad sea estricta al extremo de que una honesta creencia en la edad del menor no pudiera constituir una defensa¹⁸⁴³.

A pesar de este precedente, según CARD y MOLLOY, en los últimos años se han dado un significativo número de sentencias en las que se deja sin efecto la “presunción de *mens rea*”¹⁸⁴⁴.

A efectos de determinar si la presunción rige o si se deja sin efecto, las cortes inglesas tienen en cuenta dos clases de factores:

1. En primer lugar, valoran el contexto del estatuto y, especialmente, ciertas palabras contenidas en la regulación. Así, por ejemplo, los términos “permitir” (*permitting*), “sufrimiento” (*suffering*) y “voluntariamente” (*wilfully*) han sido interpretados en el sentido de que el delito exige la concurrencia de un estado mental, mientras que el término “causar” (*cause*) ha sido valorado en sentido contrario¹⁸⁴⁵. Asimismo, se tiene en cuenta la redacción de otras ofensas en el estatuto. Por ejemplo, en el caso *Cundy v Le Cocq* (1884), la Corte Superior (*Divisional Court*) condenó al imputado por vender un licor intoxicante a una

¹⁸⁴² Texto original en inglés: “(1) there is a presumption of law that mens rea is required before a person can be held guilty of a criminal offence; (2) the presumption is particularly strong where the offence is “truly criminal” in character; (3) the presumption applies to statutory offences, and can be displaced only if this is clearly or by necessary implication the effect of the statute; (4) the only situation in which the presumption can be displaced is where the statute is concerned with an issue of social concern, and public safety is such an issue; (5) even where a statute is concerned with such an issue, the presumption of mens rea stands unless it can also be shown that the creation of strict liability will be effective to promote the objects of the statute by encouraging greater vigilance to prevent the commission of the prohibited act”.

¹⁸⁴³ *B (a minor) v DPP* (2000) WL 527. Con relación a este caso, ASHWORTH, HORDER, *Principles of Criminal Law*, 7ª ed., p. 165, sostienen que elevó la presunción de *mens rea* a la categoría de “principio constitucional”.

¹⁸⁴⁴ CARD, MOLLOY, *Card, Cross & Jones Criminal Law*, 22ª ed., p. 129. En el mismo sentido, ASHWORTH, HORDER, *Principles of Criminal Law*, 7ª ed., p. 167. Destacan los casos *Muhamad* (2003) 2 WLR 1050 y *Matudi* (2003) EWCA Crim 697.

¹⁸⁴⁵ CARD, MOLLOY, *Card, Cross & Jones Criminal Law*, 22ª ed., pp. 133-135.

persona que se encontraba en estado de ebriedad, a pesar de que no sabía que se encontraba en dicho estado. Sin embargo, la Corte considero que el elemento “a sabiendas” (*knowingly*) no se exigía en este caso (como si estaba previsto para otras ofensas vinculadas) y estableció que el desconocimiento podía ser únicamente un atenuante de pena¹⁸⁴⁶. En sentido contrario, en el caso *Sherras v de Rutzen* (1895), la Corte Superior (*Queen’s Bench Division*) anuló la condena contra el imputado que había vendido licor a un policía que estaba en servicio, ya que este había actuado con suficientes elementos para creer que el oficial se encontraba en descanso toda vez que no llevaba su brazalete de identificación¹⁸⁴⁷. En este caso, la Corte consideró que, a pesar de que el artículo del estatuto aplicable al caso no exigía expresamente el estado mental de conocimiento, como sí se hacía en otros artículos de la misma norma, debía interpretarse que el conocimiento era exigible¹⁸⁴⁸.

2. En segundo lugar, frente a la falta de claridad del estatuto, las cortes inglesas valoran el contexto social. Así, tienen en cuenta la naturaleza del objeto de regulación (naturaleza penal o de mera infracción), la gravedad de la ofensa y el daño ocasionado por la misma¹⁸⁴⁹. Sin embargo, la gravedad de la pena no es un elemento concluyente¹⁸⁵⁰.

A favor de la responsabilidad estricta se plantean los siguientes argumentos¹⁸⁵¹:

En primer lugar, se hace alusión a la necesidad de proteger intereses colectivos. Específicamente, se sostiene que el Estado tiene el deber de proveer seguridad a sus ciudadanos. A través de la responsabilidad estricta, se estaría asegurando el cumplimiento de las normas y, de ese modo, el Estado cumpliría su misión. Sin embargo, esta justificación consecuencialista no precisa cuáles serían los

¹⁸⁴⁶ Caso *Cundy v Le Cocq* (1884) 13 QBD 207.

¹⁸⁴⁷ Caso *Sherras v de Rutzen* [1895] 1 QB 918.

¹⁸⁴⁸ Al respecto, ver CARD, MOLLOY, *Card, Cross & Jones Criminal Law*, 22^a ed., p. 137.

¹⁸⁴⁹ CARD, MOLLOY, *Card, Cross & Jones Criminal Law*, 22^a ed., pp. 138-141.

¹⁸⁵⁰ MCALHONE, WORTLEY, *Criminal Law. The Fundamentals*, 3^a ed., p. 78, para quienes el juez debe valorar, como mínimo, los siguientes factores: la naturaleza del delito, la gravedad del delito, la redacción del tipo delictivo, la redacción de otros artículos del estatuto, la redacción de similares normas en otros estatutos, sentencias previas, la existencia de una defensa, asuntos de interés público y el efectivo preventivo.

¹⁸⁵¹ La relación de argumentos que se presenta es un resumen de lo expuesto en las siguientes obras: PADFIELD, *Criminal Law*, 8^a ed., pp. 66-67; ASHWORTH, *Positive Obligations in Criminal Law*, p. 117; y ASHWORTH, HORDER, *Principles of Criminal Law*, 7^a ed., pp. 161 y ss. Por su parte, con relación al caso norteamericano, VARELA, “Strict Liability como forma de imputación jurídico penal”, p. 20, defiende el mantenimiento de supuestos de responsabilidad objetiva y hace referencia a tres fundamentos de esta doctrina: el primero se basa en el efecto de disuasión de involucrarse en ciertas actividades ilegales bajo la amenaza de una pena adicional no relacionada con su culpabilidad; el segundo alude a la asunción voluntaria de un riesgo tolerado, cuyas consecuencias el imputado desconoce; el tercero hace referencia a un argumento de estricta conveniencia y de reparto de cargas en la sociedad frente a casos de complejidad probatoria.

límites a la intervención estatal, dejando de lado la protección de las libertades individuales de sus ciudadanos.

En segundo lugar, se señala que las dificultades de prueba podrían justificar en determinados casos la aplicación de la responsabilidad estricta. Se atendería así a la urgencia que implica que “personas culpables” escapen de la condena “por falta de pruebas”. Frente a ello, pueden oponerse dos argumentos. En primer lugar, las deficiencias o carencias del Estado para perseguir el delito no pueden trasladarse enteramente al ciudadano y convertirse en cargas contra su libertad individual. En segundo lugar, no se entiende por qué no se podría exigir un requerimiento de imprudencia (*negligence*), que implica un baremo objetivo de prueba, para los casos de más difícil probanza.

En tercer lugar, se pretende justificar los casos de responsabilidad objetiva en base a la necesidad de proteger a las víctimas de los graves daños que podrían sufrir como consecuencia de la comisión de las respectivas ofensas. Nuevamente se está trasladando un deber del Estado (protección de las víctimas potenciales de delitos) a ciudadanos que ni siquiera tienen conciencia de haber realizado un acto que cree algún tipo de peligro para las potenciales víctimas.

En cuarto lugar, se hace referencia al efecto preventivo de sancionar los casos de responsabilidad estricta. Dicha alegación no tiene sustento alguno. Es más, el efecto de disuasión pretendido únicamente podría operar si es que el destinatario de la norma tiene conciencia de que el acto que realiza constituye una ofensa, es decir, si es que ha llevado a cabo una elección racional. Sin embargo, la esencia de las ofensas de responsabilidad estricta es justamente la irrelevancia del estado mental del sujeto, lo que nos indica que, más allá de la mera instrumentalización del sujeto, la criminalización de los casos de responsabilidad estricta no asegura efecto preventivo alguno.

Finalmente, se hace referencia también a la necesidad de que los negocios sean administrados apropiadamente. Así, a través de la sanción de supuestos de responsabilidad estricta, se estaría generando un incentivo para la adopción de altos estándares de conducta, sobre todo a nivel empresarial. Si bien puede resultar un argumento atendible desde un punto de vista exclusivamente consecuencialista, no se presenta un argumento de principio que justifique tan grave interferencia en los derechos de las personas, así como la eliminación del principio de *mens rea* o de culpabilidad.

En cambio, en contra de sancionar penalmente casos de responsabilidad estricta, se sostienen argumentos como que la responsabilidad no debe aplicarse a quien no es culpable; que es incorrecto sancionar a quienes han sido cuidadosos; que no hay evidencia de que este sistema de sanción eleve los estándares de conducta; que puede colocar a los pequeños negocios en un

riesgo injusto; entre otros¹⁸⁵². Asimismo, sostienen CARD y MOLLOY que la injusticia que involucra la existencia de responsabilidad estricta está siendo mitigada en los últimos tiempos a través de la previsión de varios tipos de defensas en los estatutos, destacando las de falta de negligencia (*no negligence*) y de diligencia debida (*due diligence*)¹⁸⁵³.

Como hemos podido ver más arriba, existen casos de responsabilidad estricta, como el de violación de un menor de trece años, en los que pueden aplicarse sanciones muy graves, que afectan seriamente la libertad individual del imputado. Un límite a ello lo constituye la presunción de *mens rea* a la que hemos hecho alusión. Sin embargo, ello no resultará suficiente mientras que sigan existiendo cortes inglesas que sostengan que determinadas ofensas con pena privativa de la libertad efectiva deben ser interpretadas como casos de responsabilidad estricta. Ante ello, autores como ASHWORTH han propuesto que la estructura de la responsabilidad estricta no debiera ser utilizada para ofensas que merezcan una pena de prisión¹⁸⁵⁴.

Sin embargo, en mi opinión, dicha limitación tampoco resultaría suficiente. Hace ya varias décadas, WILLIAMS sostuvo que la imposición de penas en casos de responsabilidad estricta constituía un supuesto de abuso y que, aun cuando la sanción penal fuera leve -añadiría yo, incluso cuando no existiese prisión efectiva- ello no debía justificar el abandono del requisito de culpabilidad, más aún cuando la pena no es el único castigo que recibe el imputado, quien también tiene que sufrir la humillación del juicio y de la condena, la pérdida de la reputación comercial en casos que involucran a empresas, los costos legales del proceso judicial y la pérdida de tiempo que implica ser imputado¹⁸⁵⁵. Ante ello, la propuesta de WILLIAMS fue reconducir los casos de responsabilidad estricta a la estructura de la imprudencia (*negligence*), aunque reconocía que el problema de fondo era la utilización del sistema penal con un propósito para el que no había sido creado¹⁸⁵⁶.

El desarrollo de esta problemática en el Derecho penal inglés es el espejo de lo que podría ocurrir en el Derecho penal continental si llevamos el proyecto de objetivación del dolo hasta sus últimas consecuencias. Esta observación será tenida en cuenta al momento de plantear la *teoría de las condiciones para el conocimiento*.

¹⁸⁵² PADFIELD, *Criminal Law*, 8ª ed., Oxford University Press, 2012, pp. 66-67

¹⁸⁵³ CARD, MOLLOY, *Card, Cross & Jones Criminal Law*, 22ª ed., p. 144. Con ello se busca evitar resultados como el del caso *Callow v Tillstone* [1900] 83 LT 411, en el que se condenó a un carnicero por vender carne inadecuada para el consumo humano, a pesar de que previamente había consultado a un veterinario quien le aseguró -falsamente- que el ganado estaba apto.

¹⁸⁵⁴ ASHWORTH, *Positive Obligations in Criminal Law*, Hart Publishing, 2013, p. 110.

¹⁸⁵⁵ WILLIAMS, *Criminal Law. The General Part*, 2ª ed., pp. 255-259.

¹⁸⁵⁶ WILLIAMS, *Criminal Law. The General Part*, 2ª ed., pp. 262 y ss.

4. Problemática procesal

Como se ha visto, la aproximación del Derecho penal inglés a los elementos subjetivos del delito tiene una connotación aplicativa antes que conceptual. En esa medida, resulta importante tener en cuenta algunos aspectos de orden estrictamente procesal que se vinculan directamente con la problemática del dolo. El presente apartado estará dividido en dos partes. En primer lugar, haré una breve referencia a la estructura y características generales del procedimiento penal inglés. En segundo lugar, abordaré la problemática de la presunción de inocencia a partir de un caso símbolo del Derecho penal inglés, *Woolmington v DPP* (1935), para luego abordar algunos asuntos de capital importancia, como son la carga de la prueba en el proceso penal, la utilización de presunciones para la inferencia de los estados mentales en el proceso penal y los medios de prueba de los estados mentales que utilizan las cortes inglesas.

4.1. Breve referencia al procedimiento penal inglés

ORMEROD y LAIRD explican que podemos diferenciar tres grupos de delitos en el Derecho penal inglés, según el tipo de proceso penal en el que son enjuiciados. En primer lugar, están aquellos delitos de mayor gravedad –conocidos como *indictable only offences*- que solo pueden ser sometidos a enjuiciamiento ante el Tribunal de la Corona (*Crown Court*) y frente a un jurado que resuelve las cuestiones de hecho. En segundo lugar, se encuentran los delitos menores – conocidos como *summary only offences*- que solo son enjuiciados por la Corte de los Magistrados (*magistrates court*) frente a jueces que resuelven las cuestiones de hecho y de Derecho. Finalmente, un tercer grupo de delitos - conocidos como *triable either way*- pueden ser conocidos tanto por el Tribunal de la Corona como por la Corte de los Magistrados, dependiendo de la gravedad del delito según las circunstancias particulares del caso¹⁸⁵⁷.

Siguiendo la explicación de ORMEROD y LAIRD, como regla general, luego de la investigación preliminar, si existe suficiente evidencia, la fiscalía presenta cargos contra el imputado, permaneciendo este en libertad bajo fianza, salvo que se trate de un delito grave y existan riesgos asociados a su permanencia en libertad. Cuando se trata de delitos de mayor gravedad, el caso es remitido al Tribunal de la Corona, el cual aplica el *Galbraith test*, a fin de decidir si el caso debe ser conocido por un jurado, teniendo incluso la prerrogativa de ordenar al jurado la absolución del imputado en caso no exista evidencia suficiente¹⁸⁵⁸. Cuando se trata de delitos que se encuentran en el grupo de los *triable either way*, el imputado debe indicar si se considera culpable o inocente. Si alega culpabilidad, se aplica un proceso sumario ante la Corte de los Magistrados. En cambio, si

¹⁸⁵⁷ ORMEROD, LAIRD, *Smith and Hogan's Criminal Law*, 14ª ed., pp. 35-36.

¹⁸⁵⁸ ORMEROD, LAIRD, *Smith and Hogan's Criminal Law*, 14ª ed., p. 38.

alega inocencia, la Corte de los Magistrados debe decidir qué proceso es el más apropiado para el caso. Aun cuando la Corte de los Magistrados considere que el proceso sumario es más adecuado, el imputado puede optar por el proceso ante jurado. Sin embargo, si la aludida corte decide que el proceso ante jurado es el aplicable, el imputado no tiene elección¹⁸⁵⁹.

El siguiente cuadro ilustra el sistema de primera instancia del proceso penal inglés:

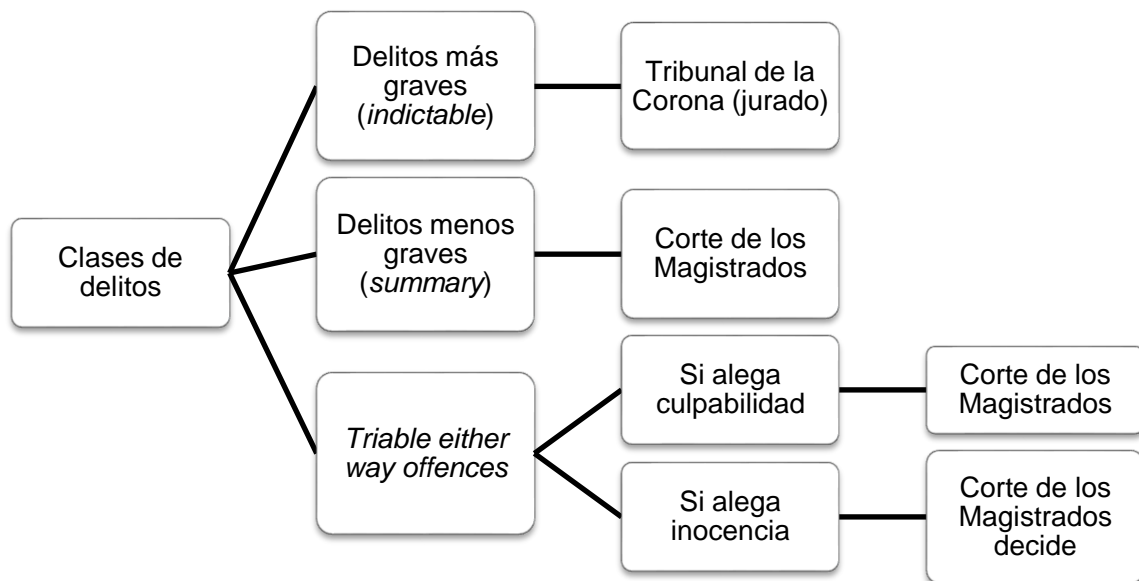


Figura 3.8. Primera instancia del proceso penal inglés

Con relación a la determinación de la pena, ORMEROD y LAIRD nos explican que, durante muchos años, el Parlamento fijaba una pena máxima para los delitos y dejaba al arbitrio de los magistrados la determinación de la pena concreta en el rango que iba desde la descarga absoluta hasta el máximo preestablecido. Sin embargo, en los últimos años, ha crecido el número de delitos y circunstancias en las que el Parlamento decreta penas obligatorias¹⁸⁶⁰.

Siguiendo a los mismos autores, respecto del sistema de apelaciones, estas pueden ser conocidas por la Corte Superior (*Divisional Court*), la Corte de Apelaciones (*Court of Appeal*) o la Corte Suprema (*Supreme Court*), que desde el año 2009 ha reemplazado a la antigua Cámara de los Lores (*House of Lords*) como la corte de mayor jerarquía en Reino Unido. Entre los supuestos de

¹⁸⁵⁹ ORMEROD, LAIRD, *Smith and Hogan's Criminal Law*, 14ª ed., p. 39.

¹⁸⁶⁰ ORMEROD, LAIRD, *Smith and Hogan's Criminal Law*, 14ª ed., p. 43.

apelación más importantes, ORMEROD y LAIRD citan el caso de la persona condenada por la Corte de los Magistrados, que puede apelar su condena -si alegó inocencia- al Tribunal de la Corona, el cual podrá confirmar, revocar o variar parcialmente la decisión impugnada. En segundo lugar, la fiscalía y la defensa pueden impugnar los errores de Derecho de la Corte de los Magistrados ante la Corte Superior (*High Court*, que se desempeña como *Divisional Court of the Queen's Bench Division*). En todo caso, la Corte Superior actúa como órgano de control frente a las decisiones de la Corte de los Magistrados. En tercer lugar, la persona condenada por el Tribunal de la Corona puede apelar ante la Corte de Apelaciones (*Court of Appeal*), la cual puede anular una condena en caso sea "insegura" (*unsafe*). Durante el juicio seguido ante la Corte de la Corona, la acusación tiene el derecho de apelar los asuntos de derecho que determine el juez de primera instancia, debiendo tener en cuenta que, en caso la apelación sea rechazada, el imputado podrá ser absuelto. El Fiscal General puede recurrir algunas sentencias ante la Corte de Apelaciones cuando considere que la sentencia de la Corte de la Corona ha sido sumamente indulgente (artículos 35 y 36 de la Ley de Justicia Criminal de 1988). Asimismo, el Fiscal General puede referir a la Corte de Apelaciones un asunto de derecho de un juicio en el que el imputado fue absuelto, a fin de que la Corte de Apelaciones emita su opinión y, de ser el caso, remita el asunto a la Corte Suprema (artículo 36 de la Ley de Justicia Criminal de 1972). Si bien este procedimiento no tiene efectos en el caso concreto, brinda una guía para los operadores de justicia y permite la corrección de erróneas indicaciones en el juicio de jurados sin la necesidad de que se emita una nueva legislación. En casos de especial gravedad, en las audiencias previas al juicio, los jueces de la Corte de la Corona pueden emitir resoluciones vinculantes en materias como la admisión de la prueba y otros asuntos de derecho. Dichas resoluciones pueden ser impugnadas y serán resueltas por la Corte de Apelaciones. Finalmente, las sentencias de la Corte de Apelaciones pueden ser recurridas tanto por el imputado como por el fiscal ante la Corte Suprema, siempre y cuando la Corte de Apelaciones certifique que un asunto de derecho de importancia pública general esté involucrado¹⁸⁶¹.

El siguiente cuadro ilustra el sistema impugnatorio del proceso penal inglés¹⁸⁶²:

¹⁸⁶¹ ORMEROD, LAIRD, *Smith and Hogan's Criminal Law*, 14ª ed., pp. 46-49.

¹⁸⁶² Se ha utilizado como referencia el gráfico presentado por CARD, *Card, Cross & Jones*, 21ª ed., p. 4.

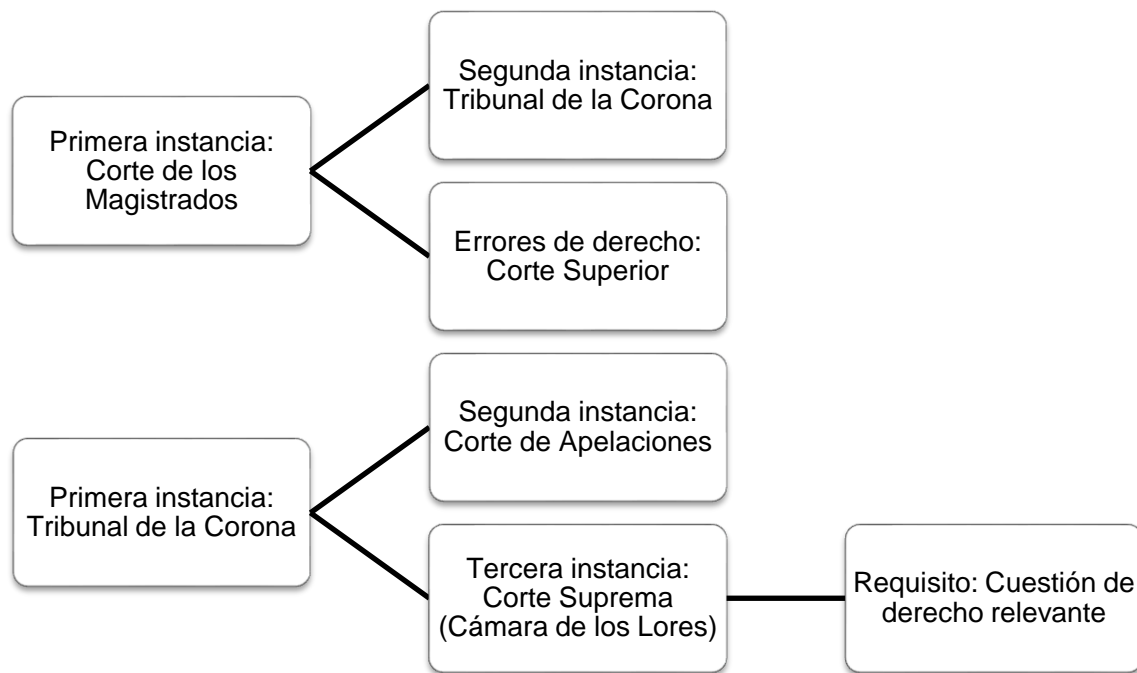


Figura 3.9. Sistema de impugnaciones del proceso penal inglés

4.2. Caso Woolmington v DPP (1935)

Hasta hace menos de un siglo, las cortes inglesas venían aplicando la Ley de la Corona de Foster (*Foster's Crown Law*), norma del año 1762 que sostenía que, en los casos de asesinato, una vez probado el hecho de matar, cualquier circunstancia eximente de responsabilidad (accidente, necesidad o enfermedad) debía ser probada por el imputado. Frente a dicha concepción, el caso *Woolmington v DPP (1935)*¹⁸⁶³ marcó un hito en el Derecho procesal penal inglés, al establecer como principio fundamental del proceso penal la exigencia de que la acusación pruebe la culpabilidad del acusado más allá de una duda razonable.

En este caso, el imputado era un trabajador agrícola de veintidós años que se había casado con una joven cuatro años menor, quien, a los pocos meses de la boda, lo abandonó y se fue a vivir con su madre, la señora Smith, quien residía al lado de su hermana, la señora Brine. Esta última, en la mañana del 10 de diciembre de 1934, se encontraba en el patio trasero de su vivienda y escuchó la voz del imputado diciendo: "¿Vuelves o no?" y "¿Dónde está tu madre?" Entonces escuchó cerrarse de golpe la puerta trasera de la casa vecina y el sonido de un disparo. Miró por la ventana y vio al imputado irse, a quien llamó, pero no le respondió. La señora Brine entró a la casa contigua y encontró a su sobrina tumbada en el tapete. Le habían disparado al corazón.

¹⁸⁶³ *Woolmington Appellant v DPP* [1935] AC 462.

Un jurado condenó al imputado a la pena de cadena perpetua por el delito de homicidio intencional. Sin embargo, la Cámara de los Lores anuló la decisión al considerar que se trataba de un caso de homicidio involuntario, en base a los siguientes argumentos:

- Se había efectuado una indebida interpretación de la Ley de la Corona de Foster, la cual no establecía una presunción de la intención, sino que indicaba que, cuando se demuestra que el acto consciente del imputado ha matado a un hombre y nada más aparece en el caso, hay evidencia sobre la cual el jurado puede -no debe- encontrarlo culpable de asesinato.
- Mientras que la acusación debe probar la culpabilidad del imputado, no existe tal carga en el imputado para probar su inocencia.
- Si existe una duda razonable, creada por las pruebas presentadas por la fiscalía o por el imputado, ello significa que la fiscalía no ha podido probar su caso y que el imputado tiene derecho a ser absuelto.

Esta sentencia no sólo establece la regla general de que la acusación debe probar los hechos en los que funda su acusación y la culpabilidad del acusado más allá de la duda razonable, sino que debe además negar todas las defensas que presente el imputado¹⁸⁶⁴. Años más tarde, en el ya mencionado caso *Rex v Steane* (1947), se estableció que la intención no puede ser presumida, sino que debe ser probada, así como que la carga de la prueba de la intención permanece completamente en la fiscalía¹⁸⁶⁵.

Al rechazar la ley de la Corona de Foster, el caso *Woolmington v DPP* (1935) estatuye un principio fundamental, que podré vincular con la *teoría de las condiciones para el conocimiento* materia del siguiente capítulo. Este principio dicta que, en un Estado democrático, a los ciudadanos no les incumbe probar su inocencia o, más específicamente, no les incumbe probar la no configuración en su caso concreto de los elementos que exige un tipo penal. A partir de ello, puedo afirmar que el establecimiento de incumbencias –en especial, de incumbencias de conocimiento- tiene como límite infranqueable el que no deben convertirse en incumbencias de probar la inocencia o de aportar evidencia para negar la configuración de algún elemento que exige un tipo penal.

A continuación, considero pertinente abordar tres asuntos específicos. En primer lugar, los fundamentos de la presunción de inocencia y la carga de la prueba en el proceso penal inglés. En segundo lugar, la utilización de presunciones para la

¹⁸⁶⁴ CARD, *Card, Cross & Jones Criminal Law*, 21ª ed., pp. 111-112.

¹⁸⁶⁵ *R v Steane* [1947] KB 997.

inferencia de los estados mentales en el proceso penal. Finalmente, los medios de prueba de los estados mentales que utilizan las cortes inglesas.

4.2.1. Presunción de inocencia y carga de la prueba

La presunción de inocencia es una de las condiciones mínimas del debido proceso. Siguiendo a ASHWORTH, entiendo que los fundamentos de la presunción de inocencia son tres. En primer lugar, en un Estado democrático y cuya base fundamental sea la protección de la dignidad humana, las personas inocentes deben ser protegidas de la pública censura que implica la imposición de una condena en el marco de un proceso penal. En segundo lugar, la presunción de inocencia se sustenta en la fragilidad de la prueba de hechos en el proceso penal. En esa medida, la institución de la carga de la prueba constituye una herramienta para asignar el riesgo de una decisión incorrecta y, en consecuencia, la especial responsabilidad que implican las labores de acusación y de juzgamiento. Finalmente, la presunción de inocencia es inherente a una relación adecuada entre los ciudadanos y el Estado, en el marco de una sociedad abierta y democrática, más aún si se tiene en cuenta la disparidad de recursos que existe entre el Estado (que tiene el monopolio y el poder del sistema penal) y el imputado¹⁸⁶⁶.

Es importante anotar que las cortes inglesas deben cumplir con la Convención Europea de Derechos Humanos, la cual consagra el principio de presunción de inocencia. Ello a partir de la vigencia de la ley de derechos humanos de 1998, según la cual los jueces ingleses pueden declarar que una provisión de un estatuto que invierta la carga de la prueba resulta incompatible con la Convención Europea de Derechos Humanos¹⁸⁶⁷. Al respecto, cabe anotar que el artículo 6(2) de la Convención Europea de Derechos Humanos y el artículo 14(2) del Convenio Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establecen que toda persona acusada de delito debe ser presumida inocente hasta que su culpabilidad sea probada de acuerdo al Derecho¹⁸⁶⁸. Según el citado artículo 6(2), la presunción de inocencia es un elemento del debido proceso. Asimismo, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha señalado que la presunción de inocencia impone a la acusación la carga de la prueba y garantiza que la culpabilidad no se presuma hasta que los cargos hayan sido probados más allá de toda duda razonable¹⁸⁶⁹.

¹⁸⁶⁶ ASHWORTH, "Four Threats to the Presumption of Innocence", pp. 71-75.

¹⁸⁶⁷ DOAK, MCGOURLAY, *Evidence in Context*, 3ª ed., Routledge Taylor & Francis Group, 2012, p. 40.

¹⁸⁶⁸ Considero más adecuada la referencia a que la culpabilidad sea probada "de acuerdo al Derecho", en lugar de la traducción textual y sumamente positivista "de acuerdo a la ley".

¹⁸⁶⁹ TOCHILOVSKY, *The Law and Jurisprudence of the International Criminal Tribunals and Courts. Procedure and Human Rights Aspects*, 2ª ed., Intersentia Publishing Ltd., 2014, p. 451.

Sin embargo, el desarrollo de este principio por parte de la Corte de Estrasburgo ha sido exiguo. Así, por ejemplo, en el caso *Salabiaku v France*, la Corte estableció que no existía violación del artículo 6(2) de la Convención en una ofensa (con sanción privativa de la libertad) que colocaba la carga de la prueba en el imputado¹⁸⁷⁰. Como bien refieren JACKSON y SUMMERS, al referirse al hecho de que la Convención obliga a los Estados contratantes a mantener presunciones dentro de ciertos límites en lo que respecta al Derecho penal, el TEDH en *Salabiaku v France* parece estar más preocupado por garantizar que las presunciones no pusieran a los acusados en situación de no poder refutarlas en lugar de asegurar que tales presunciones no colocaran innecesariamente a los acusados en la posición de tener que refutarlas¹⁸⁷¹.

Siguiendo a FLETCHER, podemos afirmar que, en las jurisdicciones del Derecho común, esta presunción se expresa bajo la máxima de que la condena en un proceso penal debe sustentarse en la prueba de la responsabilidad penal del imputado “más allá de toda duda razonable”¹⁸⁷². Al respecto, se hace referencia al estándar de prueba, que tiene que ver con el nivel o grado de prueba que debe ser establecido en el proceso judicial. Según explican DOAG y MCGOURLAY, en el Derecho penal inglés, existen dos estándares distintos. Por un lado, el estándar de la prueba más allá de la duda razonable, que se aplica a los casos penales, y, por otro lado, el estándar del balance de probabilidades, que se aplica a los casos civiles. La duda razonable puede ser creada por la evidencia presentada tanto por la defensa como por la acusación¹⁸⁷³.

En el caso *Miller v Minister of Pensions*¹⁸⁷⁴, se estableció que el estándar de la prueba más allá de la duda razonable no exige certeza, pero sí un alto grado de probabilidad, así:

“No tiene por qué llegar a la certeza, pero debe llevar un alto grado de probabilidad. La prueba más allá de la duda razonable no significa prueba más allá de una sombra de duda. La ley no protegería a la comunidad si admitiera posibilidades fantasiosas de desviar el curso de la justicia. Si la evidencia contra un hombre es tan fuerte como para dejar sólo una posibilidad remota a su favor que pueda ser desechada con la sentencia, la responsabilidad se demuestra más allá de la duda razonable. Ahora bien, nada menos que ello resulta suficiente”. (Traducción libre del autor)

Cosa distinta es la carga de la prueba, que la doctrina procesal de Reino Unido insiste en distinguir del concepto de carga probatoria. Así, DOAK y MCGOURLAY

¹⁸⁷⁰ ASHWORTH, HORDER, *Principles of Criminal Law*, 7ª ed., p. 71.

¹⁸⁷¹ JACKSON, SUMMERS, *The Internationalisation of Criminal Evidence*, Cambridge University Press, 2012, pp. 223-224.

¹⁸⁷² FLETCHER, *Gramática del Derecho penal*, p. 39.

¹⁸⁷³ DOAK, MCGOURLAY, *Evidence in Context*, 3ª ed., pp. 62-63.

¹⁸⁷⁴ *Miller v Minister of Pensions* [1947] 2 All ER 372.

explican que la expresión carga de la prueba describe adecuadamente la carga jurídica o persuasiva, que es la obligación que tiene la acusación de probar todos los hechos necesarios para establecer la culpabilidad del imputado. Sin embargo, advierten que el término también se utiliza incorrectamente para describir la carga probatoria, que es la obligación que puede tener tanto la fiscalía como la defensa del imputado de aportar pruebas suficientes para establecer los hechos. Este último deber, sostienen, debería ser denominado como carga probatoria o carga de presentar evidencia¹⁸⁷⁵.

En el Derecho penal inglés, existe un amplio debate acerca de si la presunción de inocencia está siendo efectivamente protegida. Al respecto, ASHWORTH presenta una perspectiva crítica del caso *Woolmington v DPP* (1935), al sostener que en su tiempo fue un importante punto de quiebre con el pasado. Sin embargo, concibe que los efectos de esta sentencia a largo plazo han sido muy confusos. Ello debido al hecho de que falla al dar razones por las que la presunción de inocencia es un principio básico, permitiendo que se encuentra sujeta a cualquier excepción estatutaria¹⁸⁷⁶.

Un ejemplo reciente es el caso *Sheldrake v Director of Public Prosecutions Attorney General's Reference (N° 4 of 2002)*, en el que la Cámara de los Lores ha sostenido que está justificado imponer una carga legal de prueba al imputado en determinados casos, en los que este está en mejores condiciones que la acusación para acreditar un hecho¹⁸⁷⁷. En un detallado estudio, ASHWORTH detecta cuatro grandes amenazas contra la presunción de inocencia en el Derecho penal inglés contemporáneo¹⁸⁷⁸:

Una primera amenaza se encuentra en la interpretación de la presunción de inocencia en su sentido procesal más estrecho, aquel que sostiene que el concepto de inocencia es lo opuesto al de culpabilidad “según la ley”, con lo que el tipo penal es el llamado a establecer qué significa ser culpable en un determinado caso. Al respecto, debe ponerse en evidencia que no resulta suficiente la presunción de inocencia como principio procesal, sino que el principio sustantivo de culpabilidad resulta de suma trascendencia.

Una segunda amenaza está constituida por las excepciones que erosionan la presunción de inocencia. Al respecto, sostiene ASHWORTH que una interpretación

¹⁸⁷⁵ DOAK, MCGOURLAY, *Evidence in Context*, 3ª ed., p. 38.

¹⁸⁷⁶ ASHWORTH, “Four Threats to the Presumption of Innocence”, pp. 70-71.

¹⁸⁷⁷ *Sheldrake v DPP* [2003] EWCA Crim 762, [2005] 1 AC 264. Ver más detalle en MARTIN, *Key Facts Key Cases. Criminal Law*, pp. 16-17. Ver también CARD, *Card, Cross & Jones Criminal Law*, 21ª ed., pp. 112-113, quien hace referencia a aquellos casos en los que el imputado tiene la carga de probar las defensas (causas de justificación o causas de exculpación) o aquellos supuestos en los que el estatuto establece una presunción de Derecho contra el imputado.

¹⁸⁷⁸ El desarrollo de las cuatro amenazas que se exponen en el texto se encuentra en ASHWORTH, “Four Threats to the Presumption of Innocence”, pp. 76-97.

absoluta de la presunción de inocencia establecería que esta es violada cuando se impone al imputado la carga de probar algún hecho para evitar su condena, sin importar que se trate de una defensa o de una excepción. Sin embargo, en la práctica se admiten diversas excepciones a la presunción, que justifican la imposición de la carga de la prueba en el acusado. Dicho traslado de la carga de la prueba puede deberse a la gravedad de la ofensa, a la dificultad que tiene la acusación para probar la inexistencia de las defensas presentadas por el imputado, a la existencia de una materia en la cual el acusado tiene particular conocimiento. La primera razón resulta inaceptable. La gravedad de la ofensa no puede constituir justificación válida para la inversión de la carga de la prueba. Por el contrario, es justamente en aquellos casos en los que cabe la posibilidad de imponer una pena más grave en los que las exigencias a la acusación deben ser mayores. En cuanto a las otras dos razones, cabe señalar que no permiten justificar la inversión de la carga de la prueba, aunque podrían ser valoradas como reglas para la presentación de evidencia.

Una tercera amenaza contra la presunción de inocencia la constituyen las órdenes civiles que permiten evadir la presunción. Un ejemplo de ello se encuentra en la orden de conductas antisociales (*Anti-social behaviour order*), mediante la cual un juez puede prohibir a una persona que ha actuado de una manera que puede causar hostigamiento, alarma o angustia a otra, la realización de determinadas actividades por un plazo mínimo de dos años. El aspecto penalmente relevante de esta orden es que su violación constituye un delito sancionado con pena de cárcel. Desde el punto de vista del Derecho penal continental, me atrevería a afirmar que nos encontramos frente a una especie de incumbencias legisladas, cuyo incumplimiento generaría responsabilidad penal. Si bien podría sostenerse que una de las características de las incumbencias es que su incumplimiento no acarrea un efecto sancionatorio; como ya sostuve en el primer capítulo, en la práctica el efecto indirecto de su incumplimiento resulta en la imputación penal. Lo que sucede en el caso del Derecho penal inglés es que dicho efecto “indirecto” se encontraría expresamente legislado.

Finalmente, una cuarta amenaza contra la presunción de inocencia está constituida por la existencia de mecanismos preventivos en el proceso penal, como es el caso de la detención preventiva. Por ejemplo, la ley antiterrorista de 2001 (*Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001*)¹⁸⁷⁹ introdujo la detención indefinida para personas que sean catalogadas como sospechosas de ser terroristas internacionales.

¹⁸⁷⁹ Disponible en: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2001/24/contents> [consulta: 02 de marzo de 2017].

4.2.2. Presunciones para la inferencia de los estados mentales en el proceso penal

Como principio, en el proceso penal inglés se rechazan las presunciones de Derecho que atribuyan responsabilidad penal al imputado. Sin embargo, se admiten presunciones de Derecho que eximan de responsabilidad, como es el caso de los niños menores de diez años a quienes se presume incapaces de cometer una ofensa. Distinto es el caso de las denominadas presunciones de hecho, que son más bien reglas de evidencia y forman parte medular del proceso penal inglés. Al respecto, CARD¹⁸⁸⁰ sostiene que existe una presunción de hecho cuando, a partir de la prueba de un hecho, el jurado puede inferir la existencia de otro hecho, que en estricto no puede probar. Se trata de un proceso de inferencia, que suele ser el único medio para probar el estado mental del imputado. El tratamiento de la intención oblicua y, específicamente, el criterio de la inferencia frente a la virtual certeza, constituyen un ejemplo de “presunción de hecho” admitido por el ordenamiento penal inglés. Por la confusión a la que puede prestarse, considero preferible utilizar el término “inferencia” antes que el de “presunción de hecho”.

Otro asunto sumamente actual es el concerniente a la posibilidad de valorar el carácter del imputado en el proceso penal y si dicha valoración puede contribuir a la prueba de los estados mentales del sujeto activo de un delito. Al respecto, REDMAYNE explica que, en el transcurso del siglo XX, la normativa procesal penal anglosajona ha sido escéptica en admitir la evidencia del mal carácter del imputado como prueba de su propensión a delinquir. En específico, existía una tendencia a rechazar la idea de que era más probable que hubiera cometido el delito actual aquel acusado que en el pasado había cometido otros crímenes. Sin embargo, esta tendencia al rechazo ha variado en Inglaterra y Gales a partir de la entrada en vigencia de la ley de justicia criminal de 2003 (*Criminal Justice Act 2003*)¹⁸⁸¹, que abre un régimen de admisibilidad distinto¹⁸⁸². Como veremos a continuación, varios de sus artículos hacen referencia a la evidencia del carácter del imputado.

En primer lugar, en las secciones 98 a 113, que se agrupan bajo el título de “evidencia del mal carácter” (*bad character evidence*), se regula la valoración del

¹⁸⁸⁰ CARD, *Card, Cross & Jones Criminal Law*, 21ª ed., pp. 115-116.

¹⁸⁸¹ Disponible en: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/44/contents> [consulta: 21 de febrero de 2017].

¹⁸⁸² REDMAYNE, *Character in the Criminal Trial*, Oxford University Press, 2015, p. 274. Con relación a la ley de justicia criminal de 2003, ver CARREÑO AGUADO, “Crime and punishment in the UK”, en *InDret Penal*, N° 1, 2007, quien refiere que dicha norma, si bien explicita como fines de la sanción penal el castigo en sí mismo, la reducción del crimen, la rehabilitación del condenado, la protección de la sociedad y la reparación de las víctimas, en realidad centra su atención en la elevación de sanciones como medio de prevención del crimen, lo que resulta una medida riesgosa.

mal carácter del imputado al interior del proceso penal. Específicamente, en el artículo 98 se define el “mal carácter” en los siguientes términos:

"98. Mal carácter. Las referencias en este capítulo a la evidencia del "mal carácter" de una persona se refieren a una mala conducta o a una disposición hacia una mala conducta del sujeto, que no sean evidencia de:

- (A) los hechos del delito del cual se le ha acusado, o
- (B) la mala conducta en relación con la investigación o enjuiciamiento de ese delito"¹⁸⁸³. (Traducción libre del autor)

A continuación, en la sección 101 se hace referencia específica a la evidencia de mal carácter del imputado y su admisibilidad:

"101. (1) En el proceso penal, la evidencia del mal carácter del acusado es admisible sólo si:

- A) todas las partes del proceso se encuentran de acuerdo en que la prueba sea admitida,
 - B) la evidencia ha sido aportada por el propio imputado o se ha producido en respuesta a una pregunta formulada por el imputado en el contrainterrogatorio,
 - (C) la evidencia ostenta importante contenido explicativo,
 - (D) la evidencia es pertinente para el asunto materia de litigio,
 - (E) la evidencia tiene valor probatorio sustancial en relación con el asunto materia de litigio,
 - (F) constituye evidencia para corregir una falsa impresión dada por el imputado, o
 - (G) el imputado ha efectuado un ataque contra el carácter de otra persona.
- (...)
- (3) El tribunal no debe admitir evidencia en virtud del apartado (1) (d) o (g) si, a solicitud del imputado, el tribunal considera que la admisión de la evidencia tendría un efecto adverso sobre la equidad del procedimiento (...)"¹⁸⁸⁴. (Traducción libre del autor)

¹⁸⁸³ Texto original en inglés: "98. "Bad character". References in this Chapter to evidence of a person's "bad character" are to evidence of, or of a disposition towards, misconduct on his part, other than evidence which— (a) has to do with the alleged facts of the offence with which the defendant is charged, or (b) is evidence of misconduct in connection with the investigation or prosecution of that offence".

¹⁸⁸⁴ Texto original en inglés: "101. Defendant's bad character. (1) In criminal proceedings evidence of the defendant's bad character is admissible if, but only if— (a) all parties to the proceedings agree to the evidence being admissible, (b) the evidence is adduced by the defendant himself or is given in answer to a question asked by him in cross-examination and intended to elicit it, (c) it is important explanatory evidence, (d) it is relevant to an important matter in issue between the defendant and the prosecution, (e) it has substantial probative value in relation to an important matter in issue between the defendant and a co-defendant, (f) it is evidence to correct a false impression given by the defendant, or (g) the defendant has made an attack on another person's character. (...) (3) The court must not admit evidence under subsection (1)(d) or (g) if, on an application by the defendant to exclude it, it appears to the court that the admission of the evidence would have such an adverse effect on the fairness of the proceedings that the court ought not to admit it".

En segundo lugar, en la sección 143 de la ley de justicia criminal se establece que el carácter del imputado debe ser tomado en cuenta para la determinación de la gravedad del delito. Es más, se dispone que el juez penal deberá tratar cada condena previa del imputado como un factor agravante del delito presente:

“143. Determinación de la gravedad de una infracción

(1) Al valorar la gravedad de cualquier delito, el tribunal debe tomar en cuenta la culpabilidad del autor al cometerlo y cualquier daño que el delito haya causado, que el autor haya tenido la intención de causar o que pudiera haber previsiblemente causado.

(2) Al considerar la gravedad de un delito ("el delito actual") cometido por un delincuente que tiene una o más condenas anteriores, el tribunal debe considerar cada condena anterior como un factor agravante si (en el caso de esa condena) el Tribunal considera que puede razonablemente ser tratado así teniendo en cuenta, en particular:

(A) la naturaleza del delito al que se refiere la condena y su relevancia para el delito actual, y

(B) el tiempo transcurrido desde la condena.

(3) Al considerar la gravedad de cualquier delito cometido mientras el infractor se encontraba bajo fianza, el tribunal debe considerar como factor agravante el hecho de que el delito fue cometido en dichas circunstancias.

(4) Cualquier referencia en la subsección (2) a una condena anterior debe leerse como una referencia a:

(a) una condena anterior por un tribunal de Reino Unido,

(aa) una condena anterior por un tribunal de otro Estado por un delito tipificado por la legislación de dicho Estado (...)”¹⁸⁸⁵. (Traducción libre del autor)

Finalmente, entre las secciones 224 y 236 de la ley de justicia criminal, se prevén una serie de dispositivos para el tratamiento de delincuentes peligrosos en el proceso penal.

Según BAYLES, fue HUME quien sostuvo que la culpa y el castigo no se derivaban directamente de los actos, sino de los rasgos del carácter. A partir de ello, sólo sería apropiado el castigo cuando el acto manifieste un rasgo del carácter

¹⁸⁸⁵ Texto original en inglés: “143. Determining the seriousness of an offence. (1) In considering the seriousness of any offence, the court must consider the offender’s culpability in committing the offence and any harm which the offence caused, was intended to cause or might foreseeably have caused. (2) In considering the seriousness of an offence (“the current offence”) committed by an offender who has one or more previous convictions, the court must treat each previous conviction as an aggravating factor if (in the case of that conviction) the court considers that it can reasonably be so treated having regard, in particular, to— (a) the nature of the offence to which the conviction relates and its relevance to the current offence, and (b) the time that has elapsed since the conviction. (3) In considering the seriousness of any offence committed while the offender was on bail, the court must treat the fact that it was committed in those circumstances as an aggravating factor. (4) Any reference in subsection (2) to a previous conviction is to be read as a reference to— (a) a previous conviction by a court in the United Kingdom, (aa) a previous conviction by a court in another member State of a relevant offence under the law of that State (...)”.

indeseable. BAYLES sostiene que este punto de vista otorga una razón para rechazar la responsabilidad penal estricta, ya que en dichos supuestos el imputado no muestra ninguna actitud hacia el daño, socavándose la base para inferir un rasgo de carácter indeseable¹⁸⁸⁶.

Por su parte, REDMAYNE sostiene que, si bien la legitimidad de valorar la evidencia del mal carácter del imputado suele ser cuestionada, la evidencia del buen carácter del imputado suele ser vista generalmente con mucha más favorabilidad. Explica que el Derecho procesal penal inglés acoge la práctica de informar al jurado cuando el imputado no ha tenido condenas previas. En ese sentido, la ausencia de condenas anteriores, la evidencia del buen comportamiento general del imputado y sus contribuciones sociales positivas son considerados como factores atenuantes a efectos de determinación de la pena. Como bien explica REDMAYNE, la inexistencia de condenas previas no hace menos culpable al imputado, sino que su buen carácter implica que es una persona con mayores probabilidades de atender y entender el mensaje de censura inherente a la condena¹⁸⁸⁷.

Más difícil resulta la valoración del mal carácter del imputado. REDMAYNE cita dos casos. En primer lugar, hace referencia a los casos de tentativa, en los que el imputado aún no se ha involucrado en una conducta abiertamente amenazadora, por lo que podría ser más difícil probar su intención criminal. En ese supuesto, la evidencia del carácter podría ser una forma de demostrar cuál habría sido su intención. En segundo lugar, hace alusión a la prueba de la intención en un delito consumado. Cita el ejemplo de un imputado que admite haber golpeado a la víctima, pero que afirma que fue un hecho accidental. Si el imputado tuviera condenas anteriores por agresión, sostiene REDMAYNE que podría pensarse que es más probable que haya golpeado a la víctima de manera intencional que si tuviera un récord limpio. Para REDMAYNE, la inferencia de la existencia del estado mental implica una suposición de que el comportamiento pasado del imputado es relevante para el comportamiento actual, pero no cambia la naturaleza del estado mental, ya que el foco está todavía en lo que pasaba por la mente del imputado al momento de realizar el hecho materia de procesamiento¹⁸⁸⁸.

En mi opinión, si esta propuesta está dirigida a construir la imputación, no puede admitirse con carácter general, ya que podría acercarse a un Derecho penal de autor, cuya legitimidad he cuestionado ampliamente en el primer capítulo. Distinto sería el caso de que ejerza alguna influencia para exonerar al imputados de los deberes de conocimiento, por ej., en el marco de la *teoría de las condiciones para el conocimiento*.

¹⁸⁸⁶ BAYLES, "Character, Purpose, and Criminal Responsibility", en *Law and Philosophy*, 1, pp. 7-11.

¹⁸⁸⁷ REDMAYNE, *Character in the Criminal Trial*, p. 275.

¹⁸⁸⁸ REDMAYNE, *Character in the Criminal Trial*, pp. 276-278.

4.2.3. Medios de prueba de los estados mentales

CARD¹⁸⁸⁹ sostiene que, a efectos de probar el estado mental del imputado, las cortes inglesas suelen valorar los siguientes medios de prueba: (i) las declaraciones del imputado, incluso aquellas vertidas fuera de juicio; (ii) la presencia o ausencia de motivos en el imputado, aunque estos suelen tener un rol residual en la decisión definitiva del caso¹⁸⁹⁰; (iii) la situación y conducta del imputado; y (iv) las consecuencias naturales y probables de los actos del imputado. Destacan por su importancia los dos últimos.

Respecto de la situación y conducta del imputado, CARD explica que la prueba de que el imputado realizó los elementos objetivos del delito puede justificar una inferencia de que lo hizo voluntariamente, con conocimiento de las circunstancias circundantes y, cuando proceda, con intención o previsión en cuanto a sus consecuencias normales, aunque nunca debe olvidarse que esta es sólo una inferencia y el jurado puede concluir que no está justificada en los hechos particulares del caso. Añade que, si se ofrece una explicación creíble, el jurado debe, por supuesto, considerar la prueba en su totalidad y, si tiene alguna duda razonable, la regla general de que la acusación tiene la carga de la prueba obliga a favorecer al imputado con la duda. Si el imputado, en cambio, no ofrece una explicación creíble, normalmente se deducirá la inferencia¹⁸⁹¹.

Finalmente, con relación a la valoración de las consecuencias naturales y probables de los actos del imputado, el mismo CARD sostiene que ciertos actos son susceptibles de producir consecuencias particulares. Este hecho, junto con el hecho de que la gente suele prever las consecuencias normales de su conducta, ha llevado a la gente a hacer referencia a una presunción (o inferencia) de que todo el mundo pretende o prevé las consecuencias naturales y probables de sus actos conscientes. CARD entiende que dicha afirmación es inofensiva siempre que se recuerde que la presunción es una de hecho y no se exija al imputado, como cuestión de Derecho, aportar pruebas que demuestren que no pretendió o que no previó las consecuencias naturales y probables de ese acto¹⁸⁹².

¹⁸⁸⁹ Cfr. CARD, *Card, Cross & Jones Criminal Law*, 21ª ed., pp. 116-117.

¹⁸⁹⁰ OXMAN, *Sistemas de imputación subjetiva en Derecho Penal...*, p. 67. En igual sentido, MCALHONE, WORTLEY, *Criminal Law. The Fundamentals*, p. 51.

¹⁸⁹¹ CARD, *Card, Cross & Jones Criminal Law*, 21ª ed., p. 116.

¹⁸⁹² CARD, *Card, Cross & Jones Criminal Law*, 21ª ed., p. 117.

5. Conclusiones preliminares del capítulo. Síntesis de los aportes más relevantes de la jurisprudencia penal inglesa para el tratamiento del problema del dolo

El presente capítulo ha tenido como objetivo exponer una visión panorámica del tratamiento de la problemática de la imputación subjetiva en Reino Unido. He prestado especial atención a los criterios de inferencia de los estados mentales que han sido elaborados por las cortes inglesas con la finalidad de otorgar herramientas de aplicación a los jurados que deben efectuar un juicio fáctico de relevancia penal a pesar de no contar con conocimientos jurídicos. En este punto, resulta claro que el Derecho penal inglés centra su atención en el nivel aplicativo de la teoría del delito.

En este último apartado, me propongo, a modo de conclusión preliminar, presentar una síntesis de los aportes más relevantes de la jurisprudencia penal inglesa para el tratamiento del problema del dolo, que constituyen también premisas de la *teoría de las condiciones para el conocimiento*.

- 1) En primer lugar, he confirmado que en el Derecho penal inglés también puede observarse una marcada diferencia entre los dos niveles de análisis del problema del dolo: el nivel conceptual y el nivel aplicativo. En el presente capítulo, he mostrado que la jurisprudencia penal inglesa otorga primacía al nivel de determinación procesal del dolo y está abocada principalmente a la construcción de un sistema o conjunto de criterios de inferencia de los estados mentales del delito. En efecto, se trata de un Derecho prioritariamente jurisprudencial, con la notoria ausencia de un Código penal, que además recurre frecuentemente al sistema de jurados populares, por lo que requiere que toda institución jurídica sea de fácil comprensión y tratamiento. Ello ha generado que la concentración principal de los jueces penales esté en cómo formular directivas al jurado, a efectos de que este cuente con las herramientas suficientes para inferir los estados mentales del imputado.
- 2) En segundo lugar, se trata de un Derecho penal que toma especial atención al conflicto reseñado en el primer capítulo entre el principio deontológico y el principio consecuencialista. En Reino Unido, los autores más destacados han tomado partido por la orientación consecuencialista en el marco de una tradición marcadamente preventiva. Cabe recordar que ya BLACKSTONE sostenía que un acto de la mente no puede ser objeto de ningún conocimiento judicial, a menos que fuera demostrado por algún acto manifiesto. Por su parte, BENTHAM afirmó que el valor de las acciones era determinado por sus consecuencias antes que por sus motivos y MILL construyó una teoría del delito en torno al principio de daño, según el cual poder punitivo sólo podía

ser ejercido en contra de un ciudadano para prevenir el daño de otro. La jurisprudencia ha seguido la misma línea.

Ahora bien, no se trata de un consecuencialismo utilitarista cerrado, ya que, como bien matiza HART, debe distinguirse el utilitarismo como justificación de la sanción penal de la retribución como justificación de la distribución del castigo. Defiende entonces una teoría garantista del delito, en la cual el dolo adquiere relevancia en dos momentos distintos. En primer lugar, en el momento de establecer la responsabilidad penal del imputado, en el que sólo será justo el castigo de una persona, si esta tuvo la capacidad y la oportunidad justa de cumplir la ley. En segundo lugar, la intención resulta relevante en el momento de determinación de la pena, en el que debe diferenciarse la gravedad de cada caso, según la configuración de los estados mentales del imputado. Se trata de un razonamiento coherente con la propuesta efectuada en el primer capítulo de esta tesis, en el sentido de que resulta posible y deseable la adopción de modelos que combinen de forma armónica la perspectiva deontológica y la perspectiva consecuencialista no utilitarista.

- 3) En tercer lugar, la discusión acerca del método de aproximación a los estados mentales en la jurisprudencia inglesa se asemeja a la mantenida en el Derecho penal occidental entre los enfoques psicológicos y los enfoques normativos del dolo. En Reino Unido esta discusión se traduce en el conflicto entre el principio de autonomía individual y el principio de bienestar, existiendo dos planteamientos muy diferenciados acerca de lo que debe ser acreditado en juicio. Por un lado, el planteamiento de los subjetivistas, quienes proponen que, al menos en los delitos más graves, el elemento mental requiere la prueba de que el imputado tuvo conciencia personal de sus acciones y fue consciente de las circunstancias relevantes y de las consecuencias que forman parte de los elementos objetivos del delito. Por otro lado, el planteamiento de los objetivistas, para quienes es suficiente probar que una persona razonable hubiera sido consciente de las circunstancias y consecuencias relevantes que forman parte del delito, independientemente de si el imputado fue consciente de las mismas. Existen, asimismo, múltiples propuestas intermedias, que se alinean con el ya mencionado proceso continental de normativización del dolo.

Lo cierto es que, más allá del enfoque que se adopte, el desarrollo reciente de la jurisprudencia penal inglesa ha estado marcado por lo menos por tres factores. En primer lugar, en Reino Unido se reconoce mayoritariamente que los jueces penales o los jurados populares no tienen a su disposición una prueba directa del estado mental del imputado. En segundo lugar, existe una tendencia de la jurisprudencia penal inglesa a apartarse de las presunciones de Derecho, como aquella que antiguamente establecía que el imputado

necesariamente prevé y tiene la intención de realizar las consecuencias naturales de su conducta. Se asume así una teoría racional de la intención, como la planteada por WILLIAMS. En tercer lugar, las cortes inglesas muestran una tendencia a apartarse de criterios o valoraciones morales a la hora de determinar el estado mental imputado, como ocurrió en el caso *Regina v Moloney* (1985), aunque no puede negarse que existen propuestas, como la de HUSAK, que abogan por la valoración de los motivos del agente.

Este desarrollo ha llevado a las cortes inglesas a reconocer la necesidad de recurrir a la inferencia como herramienta para establecer los estados mentales del imputado. Así, a partir de la acreditación de la acción realizada y del contexto en el que tuvo lugar -incluyendo la conducta previa y la ejecución-, las cortes inglesas establecen reglas para inferir el estado mental con el que el sujeto activo obró. Según un criterio ampliamente establecido, la presunción de inocencia se quiebra cuando el juez o el jurado son persuadidos de que un estado mental se evidencia más allá de toda duda razonable. Aunque con una terminología quizás distinta, puedo afirmar entonces que, en las últimas décadas, el problema central para la jurisprudencia penal inglesa reside en cómo formular la imputación -o cómo plantear criterios de inferencia- en los casos de dolo no intencional (dolo de segundo grado o casos de intención oblicua y dolo eventual o casos de temeridad subjetiva).

- 4) En cuarto lugar, en el presente capítulo he expuesto y valorado diversos criterios de inferencia de los estados mentales elaborados por la jurisprudencia penal inglesa. Ahora me interesa destacar aquellos criterios que considero relevantes al momento de plantear la *teoría de las condiciones para el conocimiento*:
 - a. Un primer grupo de criterios jurisprudenciales sostiene que, para imputar la comisión de un delito doloso (intencional), no es necesario acreditar que el imputado haya actuado con la intención de producir el resultado típico. Basta con la existencia de “intención oblicua”. La intención oblicua no es una estructura conceptual ni una forma de intención, sino un medio de inferencia de la intención, es decir, un instrumento de aplicación del concepto.
 - b. Un criterio específico de inferencia de la intención oblicua es el “baremo objetivo” establecido en el caso *DPP v Smith* (1961). Según este, existe homicidio intencional cuando la muerte del sujeto pasivo era previsible según la perspectiva de una persona razonable situada en la posición del autor. Se trata de un proceso de atribución objetiva del estado mental, similar a los enfoques normativos más radicales del Derecho penal continental.

- c. Un segundo criterio específico de inferencia de la intención oblicua es el de la “consecuencia prácticamente segura” establecido en el caso *Hyam v DPP* (1975). Según este criterio, el resultado de un delito de homicidio es intencional, aun cuando no hubiera sido el propósito del autor causarlo, si es que el autor tuvo conocimiento de que el resultado era una consecuencia prácticamente segura de su conducta. Se trata de un enfoque que guarda similitud con la teoría de la probabilidad subjetiva del Derecho penal continental.
- d. Un tercer criterio específico de inferencia de la intención oblicua es el criterio de la “consecuencia natural o certeza moral” planteado en el caso *Regina v Moloney* (1985). De acuerdo a este criterio, sólo puede afirmarse que el imputado actuó intencionalmente si es que él mismo tuvo conocimiento que el resultado típico era una consecuencia natural de su conducta. Se trata también de la aplicación de un baremo subjetivo de probabilidad, aunque con un contenido presuntivo que ha generado más de una duda.
- e. Un cuarto criterio específico de inferencia de la intención oblicua es el criterio de la “alta probabilidad” del caso *Regina v Hancock & Shankland* (1986). De acuerdo a este, cuanto más alta es la probabilidad de una consecuencia, es más probable que esta haya sido prevista y, si la consecuencia ha sido prevista, es más alta la probabilidad de que la consecuencia haya sido intencional.
- f. Un quinto criterio específico de inferencia de la intención oblicua es el criterio de la “virtual certeza” del caso *Regina v Nedrick* (1986), ratificado parcialmente en el caso *Regina v Woollin* (1998) y en *Regina v MD* (2004). Según este criterio, la previsión del resultado no es más que una prueba de la cual se puede inferir la intención del imputado que ha apreciado la virtual certeza del resultado generado por su conducta.
- g. Más allá de la pertinencia de cada criterio específico de inferencia de la intención oblicua, que responde a momentos distintos de la evolución jurisprudencial, todos se enmarcan en el nivel de análisis aplicativo antes que en el conceptual. Lo importante para la tradición jurídica inglesa no es establecer la definición de la intención, sino más bien dictar los criterios que describen un caso modelo o un caso tipo a partir del cual se puede -no se debe- atribuir un determinado estado mental, según las circunstancias del caso. En esa línea, el artículo 8° de la Ley de Justicia Criminal de 1967 estableció que el tribunal o el jurado, al determinar si una persona ha cometido un delito, no está

obligado a realizar la inferencia de la intención, sino que más bien debe decidir en base a todas las pruebas, efectuando una inferencia a partir de la evidencia tal como aparezca de las circunstancias del caso concreto. En el mismo sentido, en el caso *Regina v Darren John Matthews and Brian Dean Alleyne* (2003), resolvió que la ley no había alcanzado una definición de lo que es la intención y que la jurisprudencia no había establecido ninguna regla de derecho sustantivo al respecto. Sin embargo, se afirmó la existencia de una regla de evidencia, que es el criterio de inferencia del caso *Regina v Nedrick* (1986) y su posterior desarrollo jurisprudencial.

- h. Otro grupo de criterios jurisprudenciales se elaboran en torno a la figura de la temeridad, que, en su acepción subjetiva, se asemeja a los casos de dolo eventual del Derecho penal continental. Se trata de aquellos casos en los que el imputado decide llevar a cabo riesgos injustificables que pueden dañar a terceros. En este supuesto, las cortes inglesas siguen los criterios de inferencia establecidos en el caso *Regina v Cunningham* (1957) y ratificados (tras un breve receso en el que se defendió una versión objetiva de la temeridad) por el caso *Regina v G* (2003). Según esta línea jurisprudencia, la temeridad subjetiva se infiere a partir de elementos que indiquen que el imputado tuvo conocimiento de que su conducta podía causar un grave daño (indicio de reconocimiento de la existencia del riesgo) y, a pesar de ello, insistió con realizarla (indicio de toma deliberada del riesgo).

Como puede observarse, se trata de criterios de inferencia que toman en cuenta el contexto del caso. Al respecto, en el caso *Regina v G* (2003), la jurisprudencia penal inglesa estableció que era posible confiar en que los jurados aplicarían los criterios de inferencia de la temeridad subjetiva sin aceptar ciegamente la afirmación del imputado de que “nunca pensó en un cierto riesgo” cuando en realidad todas las circunstancias, probabilidades y pruebas de lo que hizo y dijo en ese momento demuestran que debió haberlo hecho.

- i. Existen otros criterios jurisprudenciales que se refieren al conocimiento, que es un estado mental que se suele vincular a las circunstancias del delito, mientras que la intención y la temeridad suelen referirse a la propia conducta o el resultado. Un primer criterio específico de inferencia del conocimiento es el de la “creencia razonable” planteado en el caso *Regina v Edward Leonard Hall* (1985), según el cual no es necesario acreditar el conocimiento efectivo del imputado, sino que resulta suficiente atribuirle una creencia razonable, que es el estado mental de la persona que se dice a sí misma que no puede estar segura de la circunstancia delictiva, aun cuando no puede

haber otra conclusión razonable, a la luz de todas las circunstancias del caso, de lo que ha oído y visto.

- j. Otro criterio específico de inferencia del conocimiento se extrae del caso *Taylor's Central Garages Ltd. (Exeter) v. Roper* (1951), en cuya fundamentación se establece que el conocimiento como estado mental, además de abarcar los casos de conocimiento actual y virtualmente cierto de un hecho particular, comprende aquellos supuestos en los que el imputado ha actuado bajo una ceguera voluntaria frente a la verdad. El criterio de inferencia dicta que los jueces o el jurado tendrán que considerar en el caso si lo que el imputado hizo fue cerrar sus ojos a un medio obvio de conocimiento.
 - k. Finalmente, cabe destacar el criterio jurisprudencial que establece que el error del imputado debe ser tratado como una defensa. Al respecto, en el caso *The Queen v Tolson* (1889), se fijó el criterio de que constituye una defensa del imputado la creencia honesta y razonable en la existencia de circunstancias que, de ser ciertas, harían que el acto por el cual se condena al preso sea uno inocente. Más adelante, en el caso *DPP v Morgan* (1975), se sostuvo la irrelevancia de la razonabilidad del error, criterio que fue ratificado en el caso *Regina v Williams Gladstone* (1987) y en el caso *B (a minor) v DPP* (2000). Sin embargo, en la práctica, cuanto más irrazonable resulte el error, menores son las probabilidades de que un jurado acepte la existencia de una genuina situación de error. Ello constituye, en mi opinión, una evidencia más del carácter aplicativo y de análisis del caso concreto de la jurisprudencia penal inglesa en materia de imputación subjetiva.
 - l. Más allá de los criterios de inferencia, las cortes inglesas, a efectos de probar el estado mental del imputado, suelen trabajar con los siguientes medios de prueba: (i) las declaraciones del imputado (incluso aquellas vertidas fuera de juicio); (ii) la presencia o ausencia de motivos en el imputado (aunque estos suelen tener un rol residual en la decisión definitiva del caso); (iii) la situación y conducta del imputado; y (iv) las consecuencias naturales y probables de los actos del imputado.
- 5) En quinto lugar, debo destacar que el tratamiento de la responsabilidad objetiva en el Derecho penal inglés constituye el espejo de lo que podría ocurrir si se lleva a cabo el proyecto de objetivación del dolo hasta sus últimas consecuencias. Como se ha visto en el desarrollo del presente capítulo, en los casos de responsabilidad estricta u objetiva, no se exige probar el estado mental o la negligencia del autor respecto de uno o algunos de los elementos objetivos del delito. En no pocos casos, se aplican incluso penas privativas

de la libertad de considerable gravedad. Ante ello, la jurisprudencia penal inglesa ha desarrollado, a partir del caso *Sweet v Parsley* (1969) la presunción de *mens rea*, para cuya vigencia se valora el contexto del estatuto, la redacción de las normas, el contexto social, la naturaleza del objeto de regulación, la gravedad de la ofensa y el daño ocasionado por la misma. Llama la atención que la gravedad de la pena no sea un elemento concluyente, lo cual ratifica el grave riesgo de la implementación de un sistema de responsabilidad penal objetiva.

- 6) En sexto lugar, debo hacer referencia al principio establecido por la jurisprudencia penal inglesa en el sentido de que a los ciudadanos no les incumbe probar su inocencia o, más específicamente, no les incumbe probar la no configuración en su caso concreto de los elementos que exige un tipo penal. Al respecto, en el caso *Woolmington v DPP* (1935), la jurisprudencia penal inglesa fijó como principio que la acusación tenía el deber de probar la culpabilidad del imputado y que, si existía una duda razonable creada por las pruebas presentadas ya sea por la fiscalía o por el imputado, este último tenía derecho a ser absuelto. Es más, a partir de dicha sentencia, se estableció que la acusación debía negar todas las defensas que presentara el imputado. En esa medida, una premisa fundamental de la *teoría de las condiciones para el conocimiento* consiste en que el establecimiento de incumbencias –en especial, de incumbencias de conocimiento- tiene como límite infranqueable el que no deben convertirse en incumbencias de probar la inocencia o de aportar evidencia para negar la configuración de algún elemento que exige un tipo penal.
- 7) Finalmente, debo resaltar la diferencia que el Derecho procesal penal inglés establece entre el concepto de carga de la prueba y el concepto de carga de aportar evidencia. Mientras que el primero describe la carga jurídica o persuasiva, que es la obligación que tiene la acusación de probar todos los hechos necesarios para establecer la culpabilidad del imputado, la segunda es la obligación que puede tener tanto la fiscalía como la defensa del imputado de aportar pruebas suficientes para establecer los hechos.

Por lo pronto y antes de comenzar la exposición central de la *teoría de las condiciones para el conocimiento*, a la que dedico completamente el cuarto capítulo de esta tesis, debo indicar que concuerdo con KUHLEN cuando sostiene que la taxatividad de una ley no puede medirse contemplando sólo el texto legal, sino sólo si se incluyen también las posibilidades de interpretación judicial. En ese sentido, considero correcta la afirmación de que el sistema penal continental y el sistema penal anglosajón tienen puntos de encuentro. Es posible entonces construir una teoría a partir de elementos extraídos de ambas tradiciones, más aún cuando en ambas es tangible el tratamiento de la teoría del delito, a partir de la relación entre dos principios antagónicos: el principio deontológico y el

principio consecuencialista. Probablemente la diferencia más significativa reside en que en el sistema penal anglosajón se haya hecho más énfasis en el segundo principio, aunque propuestas como la de HART evidencian, desde hace buen tiempo, que la necesidad de asumir el conflicto entre ambos principios y brindar una solución conciliatoria al problema penal es propia de ambas tradiciones jurídicas. Intentaré trabajar en esa línea en el siguiente capítulo.

CUARTO CAPÍTULO: TEORÍA DE LAS CONDICIONES PARA EL CONOCIMIENTO

1. Introducción

En los tres primeros capítulos de esta tesis, he pretendido cumplir con uno de los cometidos esenciales de este trabajo consistente en evaluar el estado actual de la discusión acerca del dolo en dos tradiciones jurídicas del mundo occidental: la dogmática penal alemana y española, que representan al Derecho penal continental, y la jurisprudencia penal inglesa, que representa al *Common law*. A través de la distinción de dos niveles de análisis -conceptual y aplicativo- mi interés principal se ha centrado en plantear los diversos problemas de legitimidad y de eficacia que plantean las teorías y que se agudizan en aquellos planteamientos que asimilan los elementos subjetivos del delito a la denominada conducta interna del sujeto.

Reitero mi convicción, siguiendo a CORCOY BIDASOLO, de que ningún sentido tiene exigir un elemento en el dolo que luego no pueda ser apreciado¹⁸⁹³. En esa línea, corresponde desarrollar ahora el segundo objetivo esencial de la tesis, que es esbozar una propuesta alternativa, que a través del planteamiento de un concepto unitario y -en la medida de lo posible- neutro de dolo, permita establecer una distinción viable respecto de la imprudencia y, sobre todo, materializar una teoría de determinación del dolo en el caso concreto que se ajuste a los principios esenciales de un Estado social y democrático de Derecho conforme lo plantea MIR PUIG¹⁸⁹⁴, y se aleje de modelos de Estado autoritario. Considero que la *teoría de las condiciones para el conocimiento*, que a continuación desarrollaré, puede ser un instrumento válido de análisis. Su finalidad principal no es proporcionar una respuesta matemáticamente precisa de cuándo un supuesto es doloso o no lo es, lo que desde mi concepción resulta imposible, sino servir de base argumentativa racional a las partes en el proceso penal¹⁸⁹⁵.

El desarrollo de los tres primeros capítulos permite plantear la conclusión preliminar de que el problema mayor en torno al dolo no reside en su conceptualización. Ello ha podido ser comprobado en el segundo capítulo a partir de la revisión de las principales propuestas de la dogmática clásica alemana, que no hacen más que confirmar la afirmación de RAGUÉS I VALLÈS cuando sostiene que existe un “consenso divergente”, en la medida que entre las teorías de la voluntad y las teorías de la representación hay un acuerdo práctico sobre

¹⁸⁹³ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente...*, 2ª ed., p. 264.

¹⁸⁹⁴ MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General*, 10ª ed., pp. 114 y ss.

¹⁸⁹⁵ Al respecto, ver ALEXY, “La fórmula del peso”, en CARBONELL, GRÁNDEZ CASTRO (coord.), *El principio de proporcionalidad en el Derecho contemporáneo*, Ed. Palestra, 2010, pp. 14 y ss.; ATIENZA, *El Derecho como argumentación jurídica. Concepciones de la argumentación*, Ariel, 2006; ATIENZA, *El sentido del Derecho*, Ariel, 4ª ed., 2009; LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, 2ª ed., Ariel, 2001.

el fondo de la cuestión del dolo y sus discrepancias sólo afectan a aspectos terminológicos¹⁸⁹⁶. Ahora bien, se trata de un consenso que en los últimos tiempos ha comenzado a quebrarse con planteamientos que cuestionan que el problema del dolo sea un asunto exclusivo de la parte subjetiva del delito y proponen una solución objetiva al problema. Enfrentamos hoy un claro proceso de normativización que, en su matiz moderado, plantea que el dolo debe ser objeto de imputación en el proceso penal y no objeto de un intento -a todas luces inidóneo- de indagación en la mente del sujeto. Sin embargo, en sus extremos más radicales, los normativistas proponen eliminar la distinción entre elementos objetivos y elementos subjetivos del delito e incluso abogan por la supresión del dolo como elemento esencial del injusto¹⁸⁹⁷.

En el tercer capítulo, he podido evidenciar el menor desarrollo conceptual del Derecho penal inglés en esta materia, pero al mismo tiempo rescatar un enfoque distinto del problema. La experiencia del Derecho penal inglés, cuyo sistema de justicia acude a los jurados populares para la resolución de casos penales, lo que también sucede en España, advierte que el punto primario del problema del dolo se encuentra en el establecimiento de directrices para los ciudadanos que deberán determinar su existencia en el caso concreto. Para tal fin, TAYLOR - agudo crítico de las teorías del dolo eventual desarrolladas en Alemania- encuentra ventajas en el hecho de que el sistema anglosajón carezca de una estructura teórica elaborada y de una tradición dogmática como la alemana¹⁸⁹⁸. Complementaría yo dicha afirmación en el sentido de que la solución puede encontrarse justamente en la complementación de elementos de ambas tradiciones: la dogmática de raigambre alemana y el enfoque aplicativo de origen anglosajón. Ello teniendo en cuenta sobre todo que el proceso de determinación del dolo es un punto de central interés en la discusión actual acerca del dolo.

La teoría de las condiciones para el conocimiento se centrará entonces en distinguir cuáles son los criterios para determinar la existencia (o formular la imputación) del dolo en el caso concreto, a partir de lo cual podré postular un concepto pretendidamente neutro, cuyo fin principal sea estar en capacidad de constituir una herramienta aplicable a la resolución de casos.

La importancia de lo hasta aquí dicho y la base de la que parto para plantear mi teoría puede ilustrarse a través de un ejemplo elaborado por HART y que sería regularmente tratado como un delito imprudente en el Derecho penal inglés. Se trata del caso de un albañil que lanza ladrillos a la calle desde el techo de una edificación sin mirar antes si alguien pasaba por la calle, alcanzando uno de los ladrillos a un peatón, quien sufre graves lesiones como consecuencia del

¹⁸⁹⁶ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, pp. 121-122.

¹⁸⁹⁷ En ese sentido, LESCH, *Injusto y culpabilidad en Derecho penal*, en RDPC.

¹⁸⁹⁸ TAYLOR, "Concepts of Intention in German Criminal Law", en *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 24, N° 1, 2004, pp. 99-127.

impacto¹⁸⁹⁹. El albañil no vio a la víctima, esto es, no tuvo contacto visual ni sensorial de ningún tipo con el titular de la salud que se vio afectada como consecuencia de su actuar. La existencia de una conducta penalmente relevante, al menos a título de imprudencia inconsciente, se encuentra fuera de dudas. Sin embargo, mi objetivo no es analizar el caso tal y como es planteado por HART, sino utilizar dicho supuesto de hecho a fin de valorar distintas concepciones sobre el dolo y su delimitación frente a la imprudencia. Mis objetivos son, por un lado, poner en evidencia que la calificación de un caso como doloso o imprudente no se encuentra en aquello que pasó por la mente del sujeto, sino que está en estrecha relación con el contexto social y con el contexto personal del agente, y, por otro lado, mostrar que no necesariamente existe un punto exacto de delimitación entre dolo e imprudencia, sino que se trata de una situación progresiva o gradual.

Para cumplir tales fines añadiré algunas circunstancias al caso de HART. El albañil tiene antecedentes por conductas racistas contra personas de origen árabe. La víctima del delito de lesiones es un inmigrante de origen musulmán. Una vez ocurrido el incidente, el albañil advirtió el origen de la víctima y las lesiones ocasionadas, ante lo cual continuó indiferente trabajando e incluso esbozó una sonrisa. Invito entonces a imaginar que un fiscal con alta vocación represiva y poco sustento dogmático imputa al albañil la comisión dolosa de un delito de lesiones. Sin duda la primera alegación del albañil frente a la policía consistirá en asegurar que no tuvo la intención de lesionar a alguien. En términos jurídicos, negará la existencia de dolo directo o intención. También negará haber previsto que las lesiones de un tercero fueran la consecuencia necesaria de la conducta que quería realizar (por ejemplo, desechar los materiales de construcción que le impedían continuar con su trabajo). Nuevamente en lenguaje jurídico, negará la existencia de dolo de segundo grado o intención oblicua. Sin embargo, anclado aún en la dogmática tradicional, el fiscal podrá afirmar que la inexistencia de intención en el albañil, no exime su conducta de la calificación a título de dolo eventual o de temeridad subjetiva, en la que bastaría con probar que el albañil, frente a la alta probabilidad de ocasionar un daño, consintió, aprobó o mostró indiferencia hacia la misma y prosiguió con su conducta. Tal consentimiento se demostraría por la condición de la víctima y, como mínimo, por la indiferencia del albañil frente a las lesiones que sufrió una persona por la que sentía más que enemistad. Es más, según el fiscal, ello se vería ratificado por el hecho de que el albañil continuó indiferente realizando su trabajo, no prestó atención a la víctima e incluso se alegró de lo ocurrido, asumiendo una actitud racista.

Hasta aquí la discusión ha girado en torno al elemento volitivo en sentido estricto -intención- o en sus sucedáneos -consentimiento, aprobación, indiferencia- como

¹⁸⁹⁹ HART, *Punishment and Responsibility*..., pp.147-149.

criterios para establecer la existencia de un delito doloso. Reduciendo la discusión a un término puedo señalar que esta se centra en descubrir cuál fue el motivo que llevó al albañil a actuar de determinada manera. Ya no se trata entonces de un problema estrictamente jurídico, sino que este trasciende al terreno de lo moral y, en específico, a la calificación de la personalidad del sujeto involucrado. Se ingresa así al terreno del Derecho penal de autor, en el que el fiscal considera dolosa la conducta del albañil que muestra maldad hacia la víctima (“quiere lesionarla”, “es racista”) y, en especial, una actitud de confrontación contra el orden jurídico (“consiente” o “le es indiferente” la lesión de un bien jurídico). En ese escenario, sólo podrá negarse la concurrencia de dolo si la defensa del albañil puede “demostrar” que su cliente es, en suma, “un buen ciudadano”, ya que no “aprobó” el resultado típico, ni siquiera tuvo contacto visual con la víctima, y, por el contrario, basado en su experiencia de muchos años en los que venía realizando la misma conducta sin generar lesiones a alguien, “confió” (racional o irracionalmente) en que ello no ocurriría.

¿Es posible probar dichas alegaciones – sean de la acusación o de la defensa- a través de las herramientas que nos proporciona el Derecho? ¿El resultado será legítimo en el marco de un Estado social y democrático de Derecho? La ineficacia e ilegitimidad de los enfoques psicológicos del dolo confirman las respuestas negativas a ambas preguntas. Ahora bien, el abogado del albañil podría intentar girar la discusión hacia un enfoque más bien cognitivo, entendiendo que el elemento volitivo resulta superfluo si se tiene en cuenta que el imputado, a pesar de representarse el riesgo de su conducta, prosiguió con su realización. Señalará entonces algo que, a estas alturas, resulta bastante obvio y que apunta a la dependencia del elemento volitivo frente al elemento cognitivo del dolo: “quien actúa conociendo lo que hace, entonces lo quiere; en cambio, quien actúa sin conocer lo que hace o con un conocimiento errado de lo que hace, entonces no puede decirse que lo quiere”¹⁹⁰⁰. Así, alegará que ni siquiera pasó por la mente de su cliente la posibilidad de lesionar a alguien, que se encontraba distraído y que “no reflexionó acerca del riesgo que implicaba su conducta”. En el peor de los escenarios, aceptará que no fue lo suficientemente cuidadoso y reconocerá a lo sumo un actuar imprudente. Argumentará además que los actos posteriores no son señal de aquello que su cliente pensó en el momento del hecho. Frente a ello, posiblemente el fiscal sostenga que el albañil no solo no cumplió adecuadamente su labor y fue muy poco cuidadoso, sino que la alta probabilidad de ocasionar las lesiones -ante la magnitud del ladrillo y el contexto en el que fue lanzado: una calle muy transitada a una hora de alta circulación de peatones- obliga a concluir la existencia de dolo eventual en la conducta del albañil, ya que cualquier confianza en la no producción del daño resultaría irracional “a la luz de los hechos”. Entonces rápidamente la defensa

¹⁹⁰⁰ HRUSCHKA, *Imputación y Derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, 2ª ed., B de F, 2008, p. 183.

del albañil argüirá que su cliente no fue consciente de tan alta probabilidad y la discusión volverá al lugar en el que se inició: ¿qué había en la mente del albañil al momento de actuar? ¿Realmente fue consciente de la alta probabilidad del resultado?

Desde un enfoque psicológico, casi todo tiene que ver con percepciones y muy poco con el Derecho. En dichos términos, quien quiera condenar al albañil por un delito doloso valorará la consciencia de una alta probabilidad del daño o algún motivo moralmente cuestionable en el imputado, mientras que quien pretenda negar la concurrencia de dolo, se centrará en afirmar la inexistencia de intención o móvil reprochable, la falta de antecedentes del imputado, su buena conducta en el proceso, entre otros elementos de dudosa cualidad jurídica. En ambos casos, la resolución del caso se aleja del núcleo del problema del dolo y se sostiene en una base poco democrática. Se recurre además muchas veces a circunstancias ajenas al hecho, como las reacciones posteriores del imputado o su comportamiento en el proceso penal.

En suma, la discusión acerca de si el concepto de dolo debe incluir un elemento volitivo o debe limitarse a un contenido cognitivo resulta poco relevante si el enfoque permanece en la tarea de demostrar qué pasó por la mente del imputado al momento de realizar el hecho que lo incrimina. Lo que prima es más bien un terreno de inseguridad jurídica, en el que es latente la posibilidad de ser condenado por delito doloso -y recibir la mayor penalidad que ello conlleva- en base a meras apreciaciones sobre la personalidad o en base a presunciones que no permiten una réplica basada en argumentos jurídicos.

El caso del albañil nos demuestra las ventajas de un enfoque normativo, en el que el punto de discusión se centra en los criterios que permiten atribuir al imputado la penalidad prevista para la conducta dolosa o la penalidad prevista para la conducta imprudente. Ahora bien, con esto no pretendo defender cualquier enfoque normativo sobre el dolo, sino uno de carácter limitado, que no se aparte ni niegue total relevancia a su objeto de regulación -la conducta humana- y, principalmente, que se ajuste a los límites del Estado social y democrático de Derecho, conforme al planteamiento elaborado en el primer capítulo de esta tesis. Me alejo entonces de un enfoque normativo extremo, que pueda conllevar los mismos efectos de inseguridad jurídica y de represión irracional de los enfoques psicológicos. Considero extremos aquellos planteamientos que niegan relevancia a todo elemento subjetivo de la conducta humana o que imponen indiscriminadamente deberes de buen ciudadano y, en específico, deberes de conocimiento, cuya infracción deriva sin matiz alguno en la responsabilidad dolosa del imputado. No es ello lo que plantea la *teoría de las condiciones para el conocimiento*.

Mi teoría concibe el dolo como un instrumento de valoración o juicio subjetivo-normativo que tiene como objeto determinar frente a qué clase de estructuras de comportamiento el Estado debe desplegar una reacción más intensa. A dicho juicio, que se enmarca en el modelo del Estado social y democrático de Derecho, le es ajena la acreditación de cualquier elemento volitivo o emocional de la conducta del imputado. También le es ajena la comprobación del conocimiento como un elemento que se encuentra en la mente del imputado. Por el contrario, el conocimiento es concebido como una cualidad que se expresa a través del comportamiento humano y le da sentido. A través del juicio normativo del dolo se imputa al sujeto las condiciones que permiten inferir que conoció que, a través de su conducta, exponía al riesgo un interés tutelado por el ordenamiento jurídico. Dicho juicio opera mediante la inferencia en el proceso penal de ciertas condiciones objetivas que indican que, desde un punto de vista *ex ante*, el sujeto, en el contexto social y personal de su acción, dispuso del aludido conocimiento. No se trata entonces de acreditar un conocimiento efectivo, sino de imputar al agente la posibilidad efectiva de conocimiento. Dicho de otro modo: el juicio normativo del dolo imputa el conocimiento del riesgo prohibido por la norma penal al sujeto que realiza una conducta en condiciones que lo hacían titular de un deber de conocimiento, que le proporcionaban la posibilidad efectiva de adquirir el conocimiento y que hacían imposible que confiara racionalmente en la no realización del riesgo. De ello se desprenden los que considero que son los tres requisitos de la imputación dolosa: el deber de conocimiento de un riesgo específico en el contexto de la interacción, la posibilidad efectiva de conocimiento y la imposibilidad de confiar racionalmente en la no realización del riesgo o en la afectación del interés protegido. Mientras que los dos primeros requisitos pueden ser compartidos por la imputación dolosa y la imputación imprudente, el tercero es distintivo de la primera forma de imputación.

Esta teoría permite una diferenciación más adecuada de los supuestos más claros de dolo como imputación del conocimiento y de imprudencia como imputación de un defecto del conocimiento, pero reconoce al mismo tiempo que resulta imposible efectuar una delimitación exacta entre dolo e imprudencia puesto que se trata de categorías que hacen referencia a atributos graduales en los que no existen puntos de corte precisos como los que la dogmática tradicional ha pretendido hallar¹⁹⁰¹. En este punto, puedo adelantar que, para la *teoría de las condiciones para el conocimiento*, deberá formularse una imputación dolosa cuando las condiciones del caso concreto -contexto social y contexto individual- hacían irracional la confianza del imputado en la no realización de un riesgo típico, mientras que deberá formularse una imputación imprudente cuando las condiciones del caso concreto -contexto social y contexto individual- evidenciaban la imposibilidad de adquirir un conocimiento completo o adecuado

¹⁹⁰¹ MOLINA FERNÁNDEZ, "La cuadratura del dolo: problemas irresolubles, sorites y Derecho penal", p. 733.

del riesgo prohibido. Como puede observarse, es el tercer requisito de la imputación dolosa -la imposibilidad de confiar racionalmente en la no afectación del interés protegido- el elemento que permite valorar y distinguir los casos de dolo de los casos de imprudencia.

El juicio normativo del dolo no es un juicio de probabilidad subjetiva u objetiva (estadística), sino una valoración subjetivo-normativa de la realización del peligro, es decir, de las condiciones objetivas que en el contexto social y personal comunican al sujeto la existencia del riesgo y lo hacen portador del rol normativo de conocedor del concreto riesgo o, lo que es lo mismo, le imputa una “posición de deber en el contexto de la interacción”. El juicio normativo del dolo y, específicamente, la racionalidad de la confianza en la realización del riesgo, se miden a partir de los indicadores de las condiciones para el conocimiento. Estos indicadores podrán ser valorados por el juez penal, según su presencia en el caso concreto, según el contexto social y el contexto personal, como indicadores positivos de atribución del conocimiento o como indicadores negativos de atribución de un defecto de conocimiento. La valoración conjunta de todos los indicadores permitirá al juez penal determinar la pertinencia de una imputación dolosa o imprudente y, en aquellas zonas grises, el establecimiento de la solución más adecuada en base a criterios de determinación de la pena.

Volviendo al caso del albañil, el juez penal no deberá entonces preguntarse qué pensó el sujeto al momento de lanzar el ladrillo, sino que deberá indagar acerca de las condiciones para el conocimiento, esto es, de las circunstancias del contexto social y del contexto personal en las que realizó su conducta. A título de ejemplo, con relación al contexto social, el juez penal deberá preguntarse cómo era el lugar donde ocurrió el incidente, si se trataba de una vía pública, a qué hora sucedió el incidente, etc. Con relación al contexto personal, indagará el juez penal acerca de la capacidad del albañil, su experiencia, su formación, sus conocimientos previos, sus experiencias anteriores ante supuestos similares, la posibilidad de evitar la conducta en el caso concreto, etc. Dichas condiciones deberán ser analizadas una a una, a efectos de establecer si configuran indicadores positivos -que imputan conocimiento- o indicadores negativos -que imputan defectos de conocimiento-. Recién su valoración conjunta permitirá concluir si corresponde aplicar una consecuencia legal más grave -que se encuentre dentro del rango de la penalidad prevista para el delito doloso- o una menos grave -que se encuentre dentro del rango de la penalidad prevista para el delito imprudente-. Así, por ejemplo, las condiciones objetivas de que el albañil lanzó varios ladrillos a una calle transitada por peatones, durante horas del día en las que circulan muchos peatones, con la cercanía suficiente para escuchar las voces de los transeúntes y para que los ladrillos les alcancen, apuntarían a la configuración de una imputación dolosa.

Como he indicado antes, al tratarse de un problema gradual en el que una delimitación exacta entre dolo e imprudencia resulta imposible, existirán siempre casos de duda, en los que, según mi teoría, de acuerdo a criterios de proporcionalidad y siempre teniendo en cuenta los principios limitadores de un Estado social y democrático de Derecho, el juez penal deberá optar, en principio, por aplicar una pena dentro del rango previsto para la sanción de los supuestos de imprudencia o, en caso no esté previsto este tipo de penalidad, podrá aplicar el extremo mínimo de la penalidad prevista para el delito doloso según las circunstancias del caso. Esto será explicado más adelante.

Ahora bien, la *teoría de las condiciones para el conocimiento* no limita su aplicación a casos de delitos tradicionales, sino que sobre todo muestra capacidad de rendimiento frente a supuestos de criminalidad económica y empresarial. Cabe precisar que entiendo como delito tradicional aquel que responde al paradigma del delito comisivo -por lo general, doloso- de lesión de un bien jurídico individual, mientras que el delito económico suele configurarse como un delito de peligro en contra de un bien jurídico supraindividual. Quisiera entonces ilustrar la utilidad de mi teoría con otro ejemplo práctico.

Se trata del caso del gerente general de una empresa inmobiliaria de medianas dimensiones que decide comprar un terreno para desarrollar un proyecto inmobiliario. Resulta que el vendedor del terreno es un ciudadano extranjero involucrado en actividades delictivas, que habría incurrido en un ilícito penal para adquirir el terreno que ahora ha transferido a la empresa inmobiliaria. La fiscalía imputa al gerente general de la empresa inmobiliaria un delito de blanqueo de capitales en su modalidad dolosa, que sanciona al que adquiere, posee, utiliza, convierte o transmite bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por él o por cualquier tercera persona. La imputación se sustenta además en el bajo precio que la empresa inmobiliaria pagó por la adquisición del terreno. Ante ello, la defensa del gerente general imputado plantea que su cliente no tenía conocimiento de la actividad ilegal del vendedor del terreno, que la compraventa se realizó cumpliendo todas las formalidades que exige la ley, que el gerente general contó en todo momento con asesoría legal especializada y que el precio pagado por el terreno se ajustó al valor de mercado en un contexto de crisis económica.

Casos como este y, en general, todos los casos en los que se imputa un delito económico ponen en evidencia la necesidad de abandonar los enfoques psicológicos del dolo. Cabe preguntarse cómo podría establecerse la intención del gerente general de afectar el sistema económico, la libre competencia, el sistema de justicia o aquello que se entienda que el delito de blanqueo de capitales protege. Aun asumiendo un enfoque psicológico cognitivo las dificultades persisten, ya que resulta complejo -si no imposible- probar con certeza que, en la consciencia del gerente general, al momento de efectuar la

compraventa, existió la información de que el bien que estaba adquiriendo tenía su origen en la actividad delictiva de su propietario original.

En cambio, la *teoría de las condiciones para el conocimiento* permite efectuar una valoración adecuada del caso y en función de las condiciones para el conocimiento, esto es, de las circunstancias del contexto social y del contexto personal en las que el gerente general realizó su conducta, establecer si configuran indicadores positivos -que imputan conocimiento- o indicadores negativos -que imputan defectos de conocimiento-. Nuevamente, la valoración conjunta de todos los indicadores permitirá concluir si corresponde aplicar una consecuencia legal más grave -que se encuentre dentro del rango de la penalidad prevista para el delito doloso- o una menos grave -que se encuentre dentro del rango de la penalidad prevista para el delito imprudente-, asumiendo obviamente que el caso reúne los elementos objetivos del delito (por ejemplo, que no se trata de una conducta neutra penalmente atípica).

Si bien soy consciente de que dolo e imprudencia son categorías que hacen referencia a atributos graduales en los que no existen puntos de corte precisos, considero que debe mantenerse la distinción entre ambas formas de imputación subjetiva, no solo porque la regulación legal prevé efectos distintos para cada caso, sino sobre todo porque existe una valoración distinta del injusto que se sustenta en la imputación de conocimiento del que lo hace en un defecto de conocimiento. Los problemas de delimitación son de orden aplicativo y se expresan en zonas grises en concreto, motivo por el que deben ser resueltos en sede de determinación de la pena y no deben llevar a obviar una diferencia valorativa que, a nivel de injusto, tiene alta capacidad de rendimiento. En esa medida, aludiendo al ejemplo de STRATENWERTH¹⁹⁰², el Derecho debe valorar de forma distinta el asesinato cometido por codicia y un accidente de tránsito causado por ligereza que lleva a la muerte de una persona. Ahora bien, la diferencia de valoración no surge de la presencia o no de un elemento emocional en cada caso, sino de la apreciación que el Derecho hace, a partir de indicadores objetivos, de las condiciones para el conocimiento (o defecto de conocimiento) del riesgo creado por el agente en cada caso.

La teoría del dolo que propongo tiene una base principialista y, al mismo tiempo, atiende a una finalidad consecuencialista no utilitarista. La base principialista deriva de la estructura del Estado social y democrático de Derecho, que establece una serie de límites al proceso de imputación del dolo. Cabe recordar que, como consecuencia del modelo de Estado y de la concepción abierta de sistema jurídico adoptados en el primer capítulo de esta tesis, mi teoría del dolo está regida por la vigencia y primacía de los principios limitadores de la potestad

¹⁹⁰² STRATENWERTH, *Derecho Penal. Parte General I. El hecho punible*, Thomson Civitas, 2000, p. 143.

punitiva del Estado, lo que implica exigencias específicas para la *teoría de las condiciones para el conocimiento*:

- El principio de mínima intervención exige ciertamente que el Derecho penal intervenga únicamente frente a los casos más graves, pero también implica que, cuando deba intervenir, lo haga con el arma menos lesiva que tenga a disposición. En materia de imputación subjetiva, ello implica que la imputación dolosa -con sus efectos más represivos- sea reservada para los casos penales más graves y sea, en general, de aplicación limitada, dando preferencia a la imputación imprudente y sus efectos menos lesivos para la libertad individual del imputado. Esta exigencia no tiene por qué afectar la función preventiva del Derecho penal, si es que este atiende efectivamente aquellos casos que merecen y necesitan la pena del delito doloso.
- Asimismo, el principio de mínima intervención requiere que el contexto social en el que actúa el imputado sea valorado no sólo a efectos de imputación objetiva, sino también de imputación subjetiva. En esa medida, podrá restringirse la aplicación de la penalidad del delito doloso únicamente a aquellos casos cuyo contexto social lo amerite. Permítaseme recordar el caso del albañil con el que inicié la presente introducción. Por ejemplo, la valoración de la conducta del albañil realizada a plena luz del día en una zona en la que transitan escolares no puede ser similar a la valoración de dicha conducta realizada en una zona poco habitada o en horas de escaso tránsito peatonal. El carácter de *ultima ratio* del Derecho penal exige valorar el contexto social de las acciones de cara a medir su gravedad e impacto social.
- El principio de legalidad, y específicamente el principio de seguridad jurídica, exige que sólo sean sancionadas penalmente aquellas conductas que sean *ex ante* evitables para el sujeto activo del delito. Asimismo, se deriva de este principio la exigencia de que, cuando se pretenda imputar deberes específicos de conocimiento al agente, estos deberán estar previamente establecidos en una norma jurídica accesible al ciudadano.
- El principio de culpabilidad exige que, además de valorar el contexto social en el que se realizó la conducta, en materia de imputación subjetiva, sean evaluadas las características específicas de actuación del imputado, esto es, su contexto individual. Ello es directa consecuencia de las máximas de responsabilidad penal personal y de responsabilidad penal por el hecho propio. Esta exigencia se vincula además a la concepción de pena asumida en esta tesis. La versión restringida de la teoría de la prevención general positiva postulada en el primer capítulo establece la vigencia y primacía del principio de evitabilidad como presupuesto del

juicio de imputación subjetiva y, específicamente, del modelo procesal de determinación del dolo. Dolo e imprudencia se presentan entonces como modelos de evitabilidad: evitabilidad del riesgo penalmente relevante en atención a la situación de conocimiento del mismo -dolo- y evitabilidad del riesgo penalmente relevante en atención a la no superación del defecto de conocimiento con relación a la situación de riesgo -imprudencia-. El principio de culpabilidad, en su variable de evitabilidad como premisa de la imputación subjetiva, permite entonces cumplir con la exigencia del enfoque funcionalista moderado de la teoría del delito, que exige a toda teoría del dolo justificar la mayor penalidad de aquellos supuestos que califica como dolosos.

- El principio de proporcionalidad exige, finalmente, que se efectúe una clara distinción entre los supuestos de mayor gravedad -imputación del conocimiento- de los supuestos de menor gravedad -imputación del defecto de conocimiento-. Asimismo, en aquellos casos de zonas grises en los que resulte inviable efectuar una delimitación entre supuestos de dolo y de imprudencia, el principio de proporcionalidad -en conexidad con el principio de mínima intervención- exigirá la aplicación de la reacción estatal menos intensa disponible.

A esta base principialista se une un elemento consecuencialista no utilitarista, que implica, como no podría ser de otro modo, que la teoría del dolo a ser propuesta pueda ser aplicada de manera efectiva en un proceso penal propio del Estado social y democrático de Derecho y promueva además el cumplimiento de las funciones preventivas asignadas a la pena.

Antes de proceder a describir con detalle los elementos de la *teoría de las condiciones para el conocimiento*, creo necesario hacer referencia a los fundamentos por los que descarto los enfoques psicológicos del dolo y opto por un enfoque normativo con características particulares: el modelo subjetivo-normativo. Luego, en un tercer apartado, abordaré los presupuestos de mi teoría, especialmente a qué me refiero con el planteamiento de una tesis subjetivo normativa de imputación, mi concepción de conocimiento y las condiciones de imputación del conocimiento. En el cuarto apartado, haré referencia específica a los indicadores de las condiciones para el conocimiento, los que trataré como límites del razonamiento judicial y de los procesos de inferencia en materia de imputación subjetiva. En el quinto apartado, sustentaré la necesidad de mantener una concepción unitaria de dolo y expondré criterios normativos de distinción entre las distintas formas de imputación subjetiva. Finalizaré este capítulo con un balance acerca de cómo se muestra la relación entre teoría del delito y proceso penal con ocasión de la problemática del dolo abordada.

2. Análisis previo

Como he advertido en la introducción a este capítulo, la *teoría de las condiciones para el conocimiento* concibe el dolo como un juicio subjetivo-normativo cuyo objeto es algo que efectivamente existe, la conducta humana, y no una presunción o creación estrictamente jurídica. Esto implica no solo rechazar los enfoques psicológicos del dolo, sino además tomar con reservas las propuestas estrictamente normativas.

A continuación, procederé a evaluar los problemas de legitimidad y de eficacia que se presentan en ambos enfoques extremos del dolo, el psicológico y el normativo. Para tal fin, utilizaré como herramientas el análisis principialista y el análisis consecuencialista no utilitarista propios de la versión restringida de la teoría de la prevención general positiva con correctivos expuesta y defendida en el primer capítulo de esta tesis.

2.1. Enfoques psicológicos del dolo

El objeto del presente acápite es demostrar que las dificultades que afectan a los enfoques psicológicos del dolo, esto es, aquellos que conciben el dolo como un estado mental, como un objeto de la realidad a ser probado en el proceso penal, los hacen inviables para sustentar una teoría del dolo legítima y eficaz en el marco de un Estado social y democrático de Derecho.

2.1.1. *Análisis principialista*

Desde un punto de vista principialista, cabe analizar la legitimidad de los enfoques psicológicos del dolo de cara al modelo de Estado social y democrático de Derecho y los límites que este impone a la acción penal estatal. Como he podido advertir a lo largo del segundo capítulo de esta tesis y he ratificado a través de los ejemplos expuestos en la introducción a este capítulo, los enfoques psicológicos del dolo -tanto aquellos que proponen un concepto volitivo como aquellos que defienden uno estrictamente cognitivo- presentan graves problemas de legitimidad, principalmente porque colisionan con el principio de culpabilidad, son incoherentes con el principio de mínima intervención y promueven un tratamiento inadecuado del error al admitir la validez de los supuestos de confianza irracional en la no realización del riesgo. Veamos cada uno de estos aspectos.

En primer lugar, los enfoques psicológicos colisionan con el principio de culpabilidad, toda vez que, aun cuando a nivel declarativo pretendan excluir los motivos internos del autor de la valoración subjetiva del delito, sólo pueden distinguir los casos de dolo de los casos de imprudencia acudiendo a elementos emocionales o de disposición. El problema de ello es que, al exigir un elemento

emocional, los enfoques psicológicos configuran un Derecho penal de autor, que pretende ingresar a la intimidad del sujeto. En mi opinión, ello es consecuencia de que los enfoques psicológicos mantienen, a nivel de los elementos subjetivos, una concepción causalista del delito, la cual exige la verificación de una relación psicológica del autor con el hecho delictivo. Dicha relación psicológica pretende ser traducida en términos de intención (por parte del enfoque psicológico volitivo) o en términos de conocimiento efectivo (por parte del enfoque psicológico cognitivo). Sin embargo, en la práctica, ante la imposibilidad de introducirse en la mente del autor, ambos enfoques recurren a sucedáneos de la voluntad o a reformulaciones cognitivas de la intención, que no hacen más que traducir los estados mentales de intención o de conocimiento en la supuesta actitud (sentimiento, emoción) que el autor “ha mostrado” frente al resultado. Algunos sostendrán que se trata de un proceso de inferencia de los elementos internos del delito. Sin embargo, para formular una inferencia se requiere la existencia de algo que inferir y ese algo debe poder ser acreditado en el marco de un debido proceso. Al no ser eso posible, se trata en realidad de la formulación de presunciones, que se basan en elementos extrajurídicos, básicamente de orden moral.

Un ejemplo de lo afirmado se encuentra en la concepción de BINDING, quien hace un siglo partía de la premisa de que debían excluirse los motivos internos de la valoración subjetiva del delito. Explicaba entonces que, para el análisis de un acto de voluntad, debían tenerse en cuenta exclusivamente la representación y la voluntad, debiendo quedar fuera de consideración el sentimiento, el deseo, la expectativa, la esperanza, la sensación de satisfacción o insatisfacción respecto del resultado representado. Igual suerte debía correr todo aquello que el autor hubiera pensado, dudado o se hubiera propuesto antes de realizar su hecho. A pesar de dicha declaración de principios, BINDING no se alejó del paradigma causalista vigente desde FEUERBACH y precisó que su concepción de acto de voluntad implicaba valorar tres estados mentales del autor: aquello que se había representado, aquello sobre lo que hubiera dudado y aquello que había querido durante (en su) hecho¹⁹⁰³. Enfatizó entonces la importancia de la relación psíquica entre el autor y el hecho delictivo, dejando abierta la puerta a la valoración de elementos emocionales, lo que relativizaba la premisa de la que había partido.

Los enfoques psicológicos configuran modelos de Derecho penal de autor. Se trata de enfoques que, aun cuando en algún caso lo nieguen a nivel declarativo, requieren comprobar la existencia de un elemento emocional para afirmar la existencia de dolo (aprobación, consentimiento, indiferencia, alta representación del resultado, etc.) o para desestimarla (confianza irracional en la no producción del resultado, baja representación del resultado, desaprobación del resultado,

¹⁹⁰³ BINDING, *La culpabilidad en Derecho penal*, B de F, 2009, p. 45.

etc.). No se trata de un problema exclusivo de los enfoques psicológicos volitivos, sino que también en los enfoques psicológicos cognitivos se esconde una tendencia a reformular conceptualmente la existencia de un elemento emocional que reemplace nominalmente a la intención, pero que en realidad cumpla su misma función. Así, en mi opinión, lo que está detrás de todo enfoque psicológico es la verificación de un sentimiento del imputado con relación al resultado típico (querer el resultado, ser indiferente ante el resultado, advertir la probabilidad del resultado y proseguir con la realización de la conducta sin interesar -indiferencia- la producción del resultado, etc.)¹⁹⁰⁴.

¿Por qué siendo tan frágil la argumentación del enfoque psicológico ha tenido tanto éxito y permanecido durante tanto tiempo como predominante en la dogmática del dolo? Creo yo que una de las razones reside en que este enfoque se ha sustentado siempre en el paradigma del delito de homicidio, en el que la introducción de elementos emocionales es mejor recibida, y no ha ahondado su aplicación a otras formas de criminalidad, en las que la introducción de elementos emocionales se evidencia a primera vista como un absurdo. Por el contrario, los enfoques psicológicos no han tenido en cuenta que no puede existir una concepción de dolo idéntica para todos los delitos. Así, por ejemplo, existen delitos sin víctima, delitos que afectan intereses colectivos, etc. Como afirma RUDOLPHI, “las características de los conocimientos necesarios para el dolo dependen de las características de los respectivos elementos del tipo”¹⁹⁰⁵. En esa línea, LA PORTA afirma que la ciencia penal se ha venido orientado generalmente a la dogmática del homicidio, lo que no puede seguir planteándose en dichos términos, puesto que el Derecho penal actual ha dejado de ser uno nuclear¹⁹⁰⁶.

Explicaré estas afirmaciones a partir de un ejemplo. Piénsese en la configuración de un delito de homicidio y en la configuración de un delito fiscal. Desde un enfoque psicológico, en ambos casos deberá exigirse no solo que el sujeto activo

¹⁹⁰⁴ Algunos autores conciben la indiferencia desde un punto de vista normativo. Es el caso de JAKOBS, *Derecho Penal Parte General...*, 2ª ed., pp. 312-315, quien sostiene que es un contrasentido que la ley penal alemana establezca que el desconocimiento atribuible a la indiferencia exonere, mientras que los conocimientos debidos a un exceso de escrúpulos permitan fundamentar la condena por delito doloso. Por su parte, RAGUÉS I VALLÈS, “Mejor no saber. Sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho penal”, en BOUVIER (dir.), *Discusiones*, N° XIII, EdiUNS, 2013, pp. 31 y ss., postula que, en el caso del conocimiento, la indiferencia tiene como referente concreto el objeto de protección, mientras que en el caso del desconocimiento, la indiferencia se manifiesta de manera más difusa respecto de todos los intereses susceptibles de ser lesionados. En mi opinión, es difícil establecer un concepto normativo de indiferencia, sobre todo si se establece como principal referente de la necesidad de sanción penal a los motivos que llevan al desconocimiento del sujeto. Ello implica un peligro de decisionismo, en caso no se establezcan directivas claras de cómo inferir dichos motivos en el proceso penal. Si bien en el caso de RAGUÉS I VALLÈS su propuesta de indicadores del conocimiento constituye un válido intento de establecer tales directivas, entiendo que no ocurre lo mismo con la propuesta de JAKOBS.

¹⁹⁰⁵ RUDOLPHI, *SK StGB-AT*, 5ª ed. 1988, ss 16, nm. 21.

¹⁹⁰⁶ LAPORTA, *El dolo y su determinación en Casación...*, pp. 7-11.

tenga la voluntad de realizar la conducta, elemento inherente a toda acción típica, sino que además posea internamente un elemento subjetivo que permita distinguir la conducta típica como una de comisión dolosa y no imprudente. Dicho elemento será el conocimiento para el enfoque psicológico cognitivo y la intención para el enfoque psicológico volitivo. Bajo dicha premisa, la ausencia de consentimiento del resultado o, en otros términos, la confianza subjetiva en la no producción del resultado, más allá de su racionalidad objetiva, debería operar como defensa a favor del imputado. Ello toda vez que, siguiendo la lógica de los enfoques psicológicos, una persona que no aprueba el resultado típico, no puede actuar con la intención de producirlo; así como una persona que confía en la no producción del resultado típico lo hace porque no conoce efectivamente el riesgo de que este se produzca.

En el caso del delito de homicidio, esta lógica se mantiene aparentemente sólida. Pensemos en el caso de una madre que, en un momento de desesperación, arroja a su hijo un objeto pesado causándole la muerte. ¿Se aceptará la argumentación de que la madre no quiso matar a su hijo sino solo lesionarlo o incluso apenas reprimirlo? Muy posiblemente, a partir de un enfoque psicológico del dolo, se argumente que la existencia de una relación afectiva entre madre e hijo, sumada a los antecedentes de “buena madre” que tenía la imputada, no permiten afirmar que esta aprobó la muerte de su hijo o que actuó con indiferencia con relación a un resultado que no haría más que traer pesar y dolor a su vida. Por el contrario, un enfoque psicológico permite que la madre alegue haber actuado con la confianza en que no pasaría nada grave en perjuicio de su amado hijo.

En el caso del delito fiscal, en la misma línea, un enfoque psicológico -volitivo o cognitivo- debería admitir la defensa del gerente general de una empresa que declara incorrectamente sus ingresos ante la administración tributaria cuando señale que lo hizo “sin la finalidad de defraudar a Hacienda Pública” y “confiando en la palabra” de su contador, quien le había indicado que era posible declarar pérdidas a pesar de haber adquirido la empresa dos nuevos locales durante el ejercicio fiscal. Un enfoque psicológico debiera permitir que dicha confianza irracional del sujeto activo en la no producción del resultado típico -en la no realización del delito- justifique la alegación del gerente general en el sentido de que ha actuado sin dolo. Sin embargo, la argumentación del gerente general, a simple vista, no es de recibo y resulta fácilmente cuestionable a partir de revisar los deberes infringidos por el agente económico en un delito de naturaleza económica como el fraude tributario.

El problema de los enfoques psicológicos está justamente en que, al convertir en imprescindible la valoración de elementos emocionales como medio para distinguir las conductas dolosas de las imprudentes, permiten la introducción de variables no jurídicas para la resolución de casos, lo que resulta más sencillo

cuando se trata de delitos tradicionales -como el homicidio- en el que la barrera entre lo moral y lo jurídico se hace más difusa. Se da paso así a la utilización de prejuicios que valoran la personalidad del autor antes que sus actos y a presunciones que reemplazan el juicio de imputación subjetiva, que debiera sustentarse en variables normativas y no en la concepción subjetiva del juzgador según su percepción del caso. Permiten además la introducción de valoraciones meramente políticas o morales a la teoría del delito, así como el criterio de la alarma social como pauta para determinar la “gravedad” subjetiva de una conducta¹⁹⁰⁷. Así, para el juez que adopta un enfoque psicológico resultará relevante, por ejemplo, valorar las cualidades de padre amoroso de quien le hace daño a su hijo, a efectos de concluir la inexistencia de dolo en un caso concreto, o estimar las opiniones racistas de un agresor para presumir sin más el carácter doloso de su conducta.

En este punto, TAYLOR ha efectuado un importante estudio de la evolución de las teorías del dolo en la dogmática alemana que es relevante en este punto. Desde la perspectiva del *Common law*, TAYLOR realiza una contundente crítica a la concepción de dolo eventual dominante en Alemania y llega a la conclusión de que, más que un elemento volitivo, los autores alemanes exigen un elemento emocional de disposición del imputado, al indagar cuál fue la actitud del imputado con relación al riesgo creado y a la eventual producción del resultado a efectos de calificar su conducta como dolosa. Desde la perspectiva del *Common law*, prosigue, lo más sorprendente es la apertura que tienen los autores continentales para valorar la personalidad del imputado. Según TAYLOR, la supervivencia de este requisito emocional debe entenderse en el contexto de la sistemática histórica del Derecho penal alemán, ya que aquel tiene por objeto considerar el nivel de culpabilidad personal del imputado por el acto cometido, lo que evidencia el mantenimiento de una concepción causalista del problema del dolo, a pesar de que la dogmática alemana supuestamente habría superado dicho enfoque hace varias décadas. Cuestiona TAYLOR entonces el hecho de que no existe una razón por la que un ofensor que tiene una disposición determinada no vaya a variarla en el tiempo, sea durante la planificación o la comisión del delito. Cuestiona además las primitivas asunciones psicológicas de la teoría del dolo eventual y la evidente falta de contacto de los penalistas alemanes con los conocimientos que la psicología y la psiquiatría pudieran aportar al respecto. Explica entonces con claridad que no debiera añadirse un elemento emocional al delito al menos hasta que se tuviera a disposición una convincente evidencia psicológica de la existencia de una distinción entre procesos cognitivos y emocionales, así como sobre su relevancia para la imputación subjetiva. Concluye finalmente con la siguiente reflexión:

¹⁹⁰⁷ Al respecto, resulta ilustrativo el caso de la discoteca Cromagnon en Argentina. Una versión alternativa del caso es expuesta por PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual...*, pp. 779-781.

“Los eruditos alemanes sostienen a menudo que el *Common law*, desde su punto de vista, es un sistema que parece desorganizado y que necesita un fundamento teórico y un aparato para analizar sistemáticamente la culpabilidad. Este autor ha aprendido y se ha beneficiado en muchos casos del don de los académicos alemanes para el análisis sistemático. Sin embargo, desde el punto de vista desarrollado en este texto, puede tener ventajas justamente la ausencia de una estructura teórica elaborada y de una tradición de desarrollar conceptos jurídicos de acuerdo con suposiciones académicas *a priori* sobre la naturaleza de las cosas. (...) Por lo menos mientras los jurados populares continúen existiendo en el mundo del *Common law*, el dolo eventual no podría ser un criterio apropiado para diferenciar la intención de la negligencia. (...) Como hemos visto, los jueces alemanes altamente capacitados no han podido proporcionar una explicación convincente, ni siquiera una explicación, de aquella diferencia. No existe entonces razón para esperar que los jurados populares puedan hacer algo mejor”¹⁹⁰⁸.

Podría objetarse a TAYLOR la defensa de una visión excesivamente simplificadora del problema, al reconducirlo al elemento práctico de la existencia de un juicio penal con jurados populares y obviar la importancia de la discusión dogmática. Sin embargo, no es mi interés centrarme en dicha discusión, sino más bien resaltar una verdad expuesta por el profesor australiano. A pesar de la intensa discusión dogmática sostenida en Alemania durante varias décadas acerca del problema del dolo, no ha podido hasta la fecha hallarse una salida que, por un lado, satisfaga conceptualmente y, por otro lado, proporcione herramientas prácticas de decisión. A nivel conceptual, como señala RAGUÉS I VALLÈS, la discusión se ha vuelto estéril y se centra en aspectos terminológicos antes que en asuntos de fondo, mientras que, a nivel aplicativo, como observa TAYLOR, los jueces no disponen de un criterio adecuado y que proporcione seguridad jurídica, sino que acuden a elementos emocionales, que ni siquiera encuentran sustento -o en todo caso este no ha sido buscado por los penalistas- en el área encargada del estudio de las emociones como es la psicología. Podría afirmarse entonces que ni siquiera se ha concretado la pretensión de BINDING de apartar los motivos internos de la valoración jurídica. Por el contrario, a nivel subjetivo, se mantiene una concepción causalista del delito, que no hace más que ratificar la “necesidad” de recurrir a un elemento emocional para distinguir los casos de dolo de aquellos imprudentes. Como anota STRUENSEE, el suceso psíquico de aprobar o desaprobar un resultado exige una toma de postura valorativa del actuante respecto de la producción del resultado u otras circunstancias típicas, toma de postura que se basa, por lo general, en la consciencia de que se realiza un ilícito, elemento que, desde el reconocimiento de la teoría de la culpabilidad, no debería constituir componente del dolo¹⁹⁰⁹.

¹⁹⁰⁸ TAYLOR, “Concepts of Intention in German Criminal Law”, pp. 99-127. Una perspectiva crítica del estado del Derecho penal alemán en esta materia por parte de una autora alemana en PUPPE, “Perspectivas conceptuales del dolo eventual”, p. 295.

¹⁹⁰⁹ STRUENSEE, “Consideraciones sobre el dolo eventual”, en *InDret Penal*, N° 4, 2009, p. 8.

Concluyo este punto con la crítica que formula CORCOY BIDASOLO al objetar que la aceptación, la aprobación o la indiferencia ante el resultado “suponen, en último término, un juicio sobre la personalidad del autor”¹⁹¹⁰. Lo mismo sucede con la teoría de la indiferencia, la cual construye el concepto de dolo sustentado en un mero estado de ánimo del sujeto. Al respecto, BUSTOS RAMÍREZ sostiene que esta teoría deja libre el camino a la práctica judicial “para partir de la premisa de que el indiferente es el mal ciudadano y no el buen ciudadano”¹⁹¹¹. En ese sentido, entiendo también con CORCOY BIDASOLO que:

“(…) si la antijuridicidad se fundamenta en la gravedad del hecho y no en la bondad o maldad del autor – Derecho Penal del hecho y no Derecho Penal de autor- lo que el sujeto quiera o no es algo que pertenece a su fuero interno y que no debe ser objeto de valoración”¹⁹¹².

La crítica no sólo se dirige a las propuestas teóricas, sino también a la aplicación judicial. Sucede que, como consecuencia de la concepción causalista que los acoge y frente a las dificultades probatorias que plantean y que detallaré en el siguiente acápite, la jurisprudencia que parte de un enfoque psicológico del dolo suele acudir a criterios de oportunidad al momento de condenar. Al respecto, CORCOY BIDASOLO¹⁹¹³ explica que existen criterios de oportunidad extensivos, que impiden la calificación imprudente de conductas con significado antisocial en las que se enjuicia la personalidad del autor; y criterios de oportunidad restrictivos, que se acogen para calificar como imprudentes los supuestos de actividades peligrosas, pero que son aceptadas por su utilidad. Un ejemplo de criterio de oportunidad extensivo lo podemos encontrar en la automática calificación dolosa que reciben los delitos de tráfico ilícito de drogas y un ejemplo de criterio de oportunidad restrictivo lo encontramos en la automática calificación imprudente que reciben las lesiones como consecuencia de la infracción de normas de tránsito.

En segundo lugar, se cuestiona la legitimidad de los enfoques psicológicos en vista de que no toman en cuenta el principio de mínima intervención del Derecho penal. Es el caso de la teoría del consentimiento que califica como dolosos supuestos de conciencia de escaso peligro objetivo y como imprudentes casos de conciencia de extremo peligro para el bien jurídico. Al respecto, MIR PUIG sostiene que esta teoría:

¹⁹¹⁰ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente...*, p. 263.

¹⁹¹¹ BUSTOS RAMÍREZ, “Política criminal y dolo eventual”, p. 314.

¹⁹¹² CORCOY BIDASOLO, “Concepto dogmático y procesal de dolo. Ignorancia deliberada, confianza irracional y manifiesto desprecio”, en *Imprudencia Penal. Cuestiones Generales. Revista de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Universidad de Los Andes, Año 2, Nº 4, Abeledo Perrot, 2011.

¹⁹¹³ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente...*, pp. 264-265.

“(…) lleva a afirmar el dolo eventual en supuestos de conciencia de escaso peligro objetivo, si el autor no se oponía interiormente al resultado. Y, al contrario, obliga a estimar sólo culpa consciente en actividades extremadamente peligrosas, con tal de que el autor, pese a ser consciente de su gran peligrosidad, desease que no produjese el resultado”¹⁹¹⁴.

En este último caso, según FEIJOO, las teorías de la voluntad conducen “a privilegiar de forma injustificada al autor especialmente temerario frente a otros más prudentes”¹⁹¹⁵. Problema similar presenta la teoría modificada de KAUFMANN¹⁹¹⁶, que más allá de no tomar en cuenta que la acción de evitación podría responder a un cálculo estratégico criminal del imputado, califica como dolosos los supuestos de no disminución de riesgos insignificantes. Según HASSEMER, esta última teoría conduce a resultados inaceptables, que dependen de las peculiaridades de cada caso. Al respecto, explica:

“(…) quien realiza una voluntad de evitación, que desde su punto de vista suprime cualquier riesgo adicional, no actúa ya dolosamente (y queda desde un principio fuera de esta teoría delimitadora) porque no toma en consideración la posibilidad de un daño; quien, a pesar de una voluntad activa de evitación, observa un riesgo adicional y, sin embargo, actúa, tiene por ello un dolo referido a ese riesgo adicional (lo cual contradice esta teoría delimitadora; quien no disminuye un riesgo insignificante –evitable- debe responder, según esta teoría, por dolo, mientras que aquél que reduce al mismo grado de riesgo un riesgo elevado –evitable- sólo se le puede imputar a título de imprudencia”¹⁹¹⁷.

En tercer lugar, un problema quizás menos mencionado, pero igual de importante, que enfrentan los enfoques psicológicos es el inadecuado tratamiento que efectúan de los casos de error. Así, al admitir la confianza irracional en la no realización del riesgo como elemento que impide la configuración dolosa de un delito, se llega a resultados absurdos e injustos. Ello ha sido patente en la jurisprudencia inglesa revisada en el tercer capítulo de esta tesis¹⁹¹⁸. Baste recordar el caso *DPP v Morgan* (1975)¹⁹¹⁹, en el que el imputado había invitado a tres amigos a tener relaciones sexuales con su esposa, diciéndoles que ella estaba dispuesta pero que por placer simularía reticencia. En realidad, la esposa no consintió, sino que luchó y gritó. Los imputados alegaron haber actuado bajo la creencia -confianza en- que la mujer había prestado su consentimiento. En otros términos, alegaron haber actuado bajo la confianza de que su conducta no implicaba la realización de un riesgo

¹⁹¹⁴ MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General*, 10ª ed., p. 273.

¹⁹¹⁵ FEIJOO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, p. 31.

¹⁹¹⁶ Al respecto, ver KAUFMANN, *El dolo eventual en la estructura del delito*, pp. 186 y ss.

¹⁹¹⁷ HASSEMER, “Los elementos característicos del dolo”, pp. 911-912. También en HASSEMER, *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho penal*, pp. 119 y ss.

¹⁹¹⁸ HALPIN, *Definition in the Criminal Law*, pp. 110 y ss.

¹⁹¹⁹ *DPP v Morgan* [1975] 2 WLR 913, [1976] AC 182.

penalmente relevante. Si bien finalmente la condena contra los imputados fue confirmada, los fundamentos de la sentencia de la Cámara de los Lores afirmaron la posibilidad de refutar un cargo de violación sexual con la acreditación de la existencia de un error honesto (racional o irracional) del imputado sobre el consentimiento de la víctima. Bajo un enfoque psicológico, la racionalidad del error resulta irrelevante, ya que lo que interesa es la pretendida relación psíquica entre el autor y el hecho, que puede traducirse en una confianza sin sustento objetivo alguno, una confianza como la alegada por los imputados en el caso mencionado.

2.1.1. *Análisis consecuencialista no utilitarista*

Habiendo confirmado que los enfoques psicológicos del dolo no resisten un análisis principialista, corresponde verificar si sucede lo mismo cuando son enfrentados a un análisis consecuencialista no utilitarista, que mida su eficacia en la resolución de conflictos penales. Al respecto, como bien señala DONINI, los esfuerzos de un Derecho penal del hecho, y no de autor, tendrán que operar en el sentido de hacer procesalmente practicable la prueba del dolo, “exaltando la exigencia de que no se le reduzca *ab origine* sólo a un *animus*”, a lo que añade que, si bien los propósitos y los motivos podrían servir a la prueba de que el hecho es doloso, no pueden sustituirla¹⁹²⁰.

En mi opinión, ni el enfoque psicológico volitivo ni el enfoque psicológico cognitivo muestran niveles de eficacia aceptables. Ello básicamente por dos razones. Por un lado, se trata de enfoques que tienen claras dificultades para delimitar los casos de dolo de los casos de imprudencia, llevando a resultados insostenibles desde el punto de vista de merecimiento de la pena y de cara al principio de proporcionalidad de las penas. Por otro lado, se trata de enfoques que presentan graves dificultades probatorias, toda vez que, para afirmar la existencia de un delito doloso, exigen la certeza de la configuración efectiva de un determinado estado mental (intención o conocimiento), lo que implica acuñar una prueba de imposible e incluso indebida concreción en el marco de un proceso penal propio de un Estado social y democrático de Derecho.

Con relación a la primera razón de la ineficacia de los enfoques psicológicos del dolo, se evidencia no solo que tienen dificultades para delimitar los supuestos de dolo de los de imprudencia en los casos límite, sino que se cuestiona los resultados insostenibles a los que estos enfoques suelen llevar incluso en casos no límite. Ello sucede tanto con las teorías que presentan un enfoque psicológico volitivo como con las teorías que adoptan un enfoque psicológico cognitivo. Veamos ejemplos de ambos casos. Con relación al enfoque psicológico volitivo, vale citar el caso de las teorías de la voluntad, que fracasan en aquellos

¹⁹²⁰ DONINI, *Teoría del Reato. Una Introducción*, pp. 78-80.

supuestos en los que se excluyen recíprocamente el resultado perseguido y el que se valora como posible¹⁹²¹. El ejemplo más conocido se encuentra en el caso “Lacmann”, en el que un sujeto apostó con otro que lograría alcanzar con un disparo el vaso que tenía una mujer en la mano; sin embargo, perdió la apuesta al ocasionar la muerte de la mujer¹⁹²². En este supuesto, como en los demás casos de apuestas que ponen en riesgo un bien jurídico penal, la primera fórmula de FRANK, a la que hice referencia en el segundo capítulo, llevaría a imputar un homicidio imprudente, ya que, de saber seguro que el delito se produciría, el sujeto no habría efectuado el disparo, puesto que ello habría significado perder la apuesta objeto de su acto. En palabras de FEIJÓO SÁNCHEZ, la teoría del consentimiento “falla estrepitosamente en supuestos en los que el resultado producido es incompatible con los fines del autor o los frustra”¹⁹²³. Es muy gráfico también el caso de “Los Mendigos Rusos”, quienes mutilaban a niños con los que realizaban su actividad sabiendo que sus vidas corrían peligro, pero si hubieran sabido que los niños iban a morir, preferirían haberlos vendido o explotado de una forma distinta, a fin de no perder dinero. En ese sentido, de morir uno de los niños, según la teoría hipotética del consentimiento, debería calificarse la conducta de los mendigos como homicidio imprudente, lo que resulta contrario a un mínimo sentido de justicia¹⁹²⁴.

El enfoque psicológico cognitivo también presenta problemas de eficacia. Las teorías de la representación, por ejemplo, muestran no sólo una evidente ineficacia en la resolución de casos límite, siendo imposible establecer el momento en que un resultado “posible” pasa a ser “probable”¹⁹²⁵, sino que además llevan a resultados insostenibles, como ocurre en el caso de los sujetos que juegan a la ruleta rusa, apuntando en la sien de uno de ellos con un revólver que sólo tiene puesta una de las seis balas. En dicho caso, la probabilidad de que salga la bala es de una contra cinco, con lo que es más probable que no se produzca la muerte del sujeto. Para la teoría de la probabilidad -a la que dediqué una extensa explicación en el segundo capítulo- no cabría más remedio que entender este caso como uno de culpa consciente, lo que desde la perspectiva del merecimiento de pena y del principio de proporcionalidad de las penas resulta insostenible. Asimismo, puede objetarse que esta teoría privilegia con una reacción penal menos intensa a aquellos individuos que no efectúan reflexión alguna respecto del riesgo que importa su conducta, mientras que impone una carga excesiva a aquellos sujetos más diligentes que realizan la aludida reflexión. Según RAGUÉS I VALLÈS, en los casos en que el sujeto juzga irrelevante lo que a todas luces tiene serios visos de acaecer, “parece indiscutible que la

¹⁹²¹ JESCHECK, WEIGEND, *Tratado de Derecho penal, Parte General*, 5ª ed., p. 324.

¹⁹²² Al respecto, ver MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General*, 10ª ed., p. 273.

¹⁹²³ FEIJÓO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, p. 51.

¹⁹²⁴ Una perspectiva distinta en JIMÉNEZ DE ASÚA, *Principios de Derecho penal. La ley y el delito*, Abeledo Perrot, 1990, p. 369.

¹⁹²⁵ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente...*, p. 263.

teoría de la probabilidad puede comportar un privilegio para los individuos más irreflexivos”¹⁹²⁶, imputando dolo a quienes, por el contrario, son ciudadanos más diligentes y más conscientes del riesgo que conlleva las actividades que realizan.

Como ya adelanté, la segunda razón de la ineficacia de los enfoques psicológicos del dolo reside en sus fallas a nivel probatorio. BRICOLA recuerda que los juristas romanos fueron quienes advirtieron la dificultad de indagar acerca del dolo, debido a la tendencia natural de que la resolución y la voluntad humanas escapen de cualquier observación sensible, con la consiguiente necesidad de utilizar, con fines de verificación, todas las circunstancias anteriores, concomitantes y posteriores respecto del hecho¹⁹²⁷. Ello es evidente, por ejemplo, en un caso de estafa, en el que, desde un enfoque psicológico, el fiscal está obligado a probar la presencia en la mente del autor de una intención de perjudicar el patrimonio de la víctima (enfoque psicológico volitivo) o, por lo menos, que al momento de realizar el acto de engaño era consciente de que perjudicaría el patrimonio de un tercero (enfoque psicológico cognitivo). En mi opinión, dicha labor probatoria resulta de muy difícil -sino de imposible- realización en el marco de un proceso penal democrático, toda vez que implicaría un proceso de indagación de la mente del ser humano, para lo cual hasta la fecha no se conoce una ciencia acreditada. En ese sentido, en el Derecho penal inglés, DUFF es claro al sostener que es imposible para una corte, e incluso para el propio imputado, determinar luego del hecho si un pensamiento concreto pasó por su mente en un momento determinado¹⁹²⁸. Cabe añadir que la propia psicología se sustenta en juicios de probabilidad y no en juicios de certeza, que son los que los enfoques psicológicos estrictos requerirían para poder cumplir su cometido de probar los estados mentales del autor de un delito¹⁹²⁹.

El dolo es un concepto de disposición, que posee la propiedad de carecer de verificabilidad empírica¹⁹³⁰. Justamente por pretender probar la existencia de algo que carece de verificabilidad empírica es que los enfoques psicológicos no resisten un análisis de eficacia probatoria. Dicha dificultad probatoria se expone

¹⁹²⁶ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 70.

¹⁹²⁷ BRICOLA, *Dolus in re ipsa. Osservazioni in tema di oggetto e di accertamento del dolo*, Dott. A. Giuffrè, 1960, pp. 10-11.

¹⁹²⁸ DUFF, “Caldwell and Lawrence: the retreat from subjectivism”, p. 88.

¹⁹²⁹ Cabe anotar que no todos los enfoques psicológicos son estrictos, ya que existen autores como DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos del delito. Bases metodológicas*, 2ª ed., pp. 274 y ss., cuya teoría fue abordada en el segundo capítulo, que defienden enfoques psicológicos moderados y reconocen que los elementos subjetivos son inaccesibles de modo directo a una plena constatación empírica. Asimismo, el profesor español explica que existen casos en los que resulta casi imposible definir el elemento subjetivo de manera que exprese fielmente el ámbito de realidad psíquica que las necesidades normativas pretenden abarcar, supuestos en los que debe admitirse la introducción excepcional de componentes normativos.

¹⁹³⁰ Al respecto, ver PAREDES CASTAÑÓN, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, DE VICENTE REMESAL, “Argumentación y prueba en la determinación del dolo (Comentario a la STS 24-10-1989, Pte. Sr.: García Ancos)”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, N° 8, julio 2001, p. 334.

de forma más evidente en el caso de la teoría del consentimiento, la cual recurre a sucedáneos de la voluntad, que no son más que presunciones del denominado elemento volitivo. Al respecto, JESCHECK y WEIGEND entienden que esta teoría construye el dolo eventual como un dolo directo hipotético¹⁹³¹, a lo que CORCOY BIDASOLO apunta que la exigencia del elemento volitivo se traduce, en el dolo eventual, en un “querer presunto” que debería ser ineficaz en el ámbito penal¹⁹³². GIMBERNAT añade a dichos argumentos que “la teoría del consentimiento, para funcionar, exige que se pruebe un hecho que no se ha dado en la realidad: no es que sea difícil probar lo acaecido, es que se quiere probar lo que no ha acaecido”¹⁹³³.

En este punto, considero pertinente citar un artículo de PAREDES CASTAÑÓN, en el que explica que existen cuatro dificultades que vuelven poco plausibles las hipótesis en materia probatoria de las que parten los enfoques psicológicos. En primer lugar, cita una dificultad epistemológica, que se presenta por el empleo de un lenguaje pretendidamente explicativo de los estados mentales poco riguroso. En segundo lugar, hace referencia a una dificultad de carácter ontológico, que es aquella que se presenta para establecer una distinción nítida entre aspectos físicos y aspectos no físicos de los estados mentales, así como para dotar de un contenido concreto y atendible a la “causalidad de lo mental”. En tercer lugar, otra dificultad de carácter ontológico es aquella que se produce para articular una concepción coherente de la intencionalidad de ciertos estados mentales y un método adecuado para analizarlos. Finalmente, hace referencia a la práctica imposibilidad de utilizar los métodos aceptables en las ciencias de la conducta para establecer aquellos hechos mentales que supuestamente interesan en el proceso judicial¹⁹³⁴.

Como ejemplo de tales dificultades, destaca el uso del término “intención”, que, en realidad, se refiere a un amplio e indeterminado elenco de emociones y motivos distintos ante un determinado hecho, conforme he podido demostrar en las líneas precedentes al hacer referencia a los problemas de legitimidad de los enfoques psicológicos del dolo.

Respecto de las leyes explicativas de la psicología, sostiene PAREDES CASTAÑÓN que éstas se encuentran apoyadas en la inducción, lo que permite explicar sólo “una clase de fenómenos”, más no al individuo de dicha clase. Así, sostiene que, aun cuando puedan establecerse conexiones entre formas de comportamiento y estados mentales, de ello no se infiere que en un caso concreto tal conexión exista. Concluye entonces afirmando:

¹⁹³¹ JESCHECK, WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte General*, 5ª ed., p. 324.

¹⁹³² CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente...*, p. 258.

¹⁹³³ GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios de Derecho penal*, 2ª ed., p. 185.

¹⁹³⁴ PAREDES CASTAÑÓN, “Problemas metodológicos en la prueba del dolo”, en *Anuario de filosofía del Derecho*, nueva época, t. XVIII, 2001, pp. 73-74.

“Los métodos empleados en Psicología se dirigen a constatar directamente los hechos (estados mentales), mediante percepción directa cuando ello es posible y, en la mayoría de los casos, mediante datos empíricos interpretados a la luz de leyes explicativas. Pero, por el contrario, no permiten realizar válidamente inferencias sobre dichos hechos –dichos estados mentales- una vez que los mismos han desaparecido (y, además, casi siempre bastante tiempo después) a partir de “pruebas” recogidas (azarosamente: entre las disponibles) o creadas (también azarosamente: entre las posibles). De esta manera, incluso aquello que la Psicología nos podría decir en principio, se revela incapaz de hacerlo en el contexto del proceso”¹⁹³⁵.

A una conclusión aún más radical llega RAGUÉS I VALLÈS, quien argumenta que una aplicación coherente de los enfoques psicológicos implicaría la práctica renuncia a la posibilidad de condenar por delito doloso¹⁹³⁶. Rechaza entonces que los resultados que se obtengan de la confesión del acusado, de las ciencias empíricas o de la prueba de indicios coincidan siempre con lo que fue la realidad psíquica del sujeto en el momento del hecho.

Con relación a la confesión del acusado, RAGUÉS I VALLÈS observa que ésta no siempre coincide con la realidad. Al respecto, señala que pueden darse casos en los que el individuo no recuerde exactamente qué es lo que se representó en el momento de realizar el comportamiento delictivo y que su confesión corresponda a una reconstrucción *ex post* motivada por un sentimiento de culpa; casos en los que el sujeto no encuentre las palabras adecuadas para describir lo que realmente pasó; casos en los que al autor le interese ser condenado como autor doloso a pesar de que sepa que los conocimientos que tuvo al realizar la acción no coinciden con los requeridos por la imputación dolosa; entre otros¹⁹³⁷.

Respecto de las ciencias empíricas, RAGUÉS I VALLÈS coincide en este punto con la exposición de PAREDES CASTAÑÓN y llega a la conclusión de que éstas no suministran reglas que aporten certeza sobre el conocimiento ajeno y pretérito en que se basa la determinación procesal del dolo. Al respecto, constata una serie de dificultades, entre las que se encuentran la existencia de polémica al decidir de qué disciplina científica y, dentro de ella, de qué corriente de dicha disciplina, deben ser tomadas las aludidas reglas; el hecho de que las disciplinas científicas sólo estarían en condiciones de aportar cálculos de probabilidad; la circunstancia de que los métodos de investigación suelen requerir la colaboración de la persona sometida a análisis; y el planteamiento de que las investigaciones científicas podrían proporcionar datos acerca de aspectos de la

¹⁹³⁵ PAREDES CASTAÑÓN, “Problemas metodológicos en la prueba del dolo”, pp. 86-89.

¹⁹³⁶ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 520. En el mismo sentido, LAPORTA, *El dolo y su determinación en Casación...*, pp. 90-91.

¹⁹³⁷ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, pp. 234-235.

personalidad del individuo, más no acerca del contenido cierto de su representación o voluntad en el momento en que realizó el acto delictivo¹⁹³⁸.

Finalmente, respecto de la prueba de indicios, postula que ésta siempre contiene un margen de error, lo que, de acuerdo a la concepción psicológica, debería implicar su descarte. Al respecto, explica:

“(…) mientras subsistan dudas no puede descartarse que hechos probados y realidad efectivamente acaecida no coincidan. Si se dicta una condena pese a la subsistencia de tales dudas, se asume el riesgo de que con ella se instrumentalice al reo, pues no puede descartarse que éste no hubiera contado con los conocimientos que se dan por probados. De este modo, se admite que toda condena es un posible atentado contra la dignidad del condenado”¹⁹³⁹.

En desacuerdo con RAGUÉS I VALLÈS, se encuentra la propuesta de PÉREZ MANZANO¹⁹⁴⁰, quien, más allá de compartir la idea de que no es posible probar con certeza absoluta la existencia de estados mentales, concluye que el acusado déficit probatorio en el que incurren los enfoques psicológicos no está en condiciones de sustentar su rechazo. Al respecto, detalla tres razones. En primer lugar, sostiene que, si la imposibilidad de alcanzar certeza absoluta en la prueba de los hechos subjetivos a partir de la prueba indiciaria conduce a negar su carácter fáctico, dicha comprensión debería conducir también a negar el carácter fáctico de los hechos objetivos y a negar la posibilidad de existencia misma del proceso probatorio, ya que la calidad epistemológica del tipo de verdad que se alcanza en el proceso penal es siempre una verdad probable y no absoluta¹⁹⁴¹. En segundo lugar, afirma que para hacer operativas en el proceso penal las teorías psicológicas del dolo se asumen exigencias de certeza absoluta imposibles de aportar no sólo por la psicología, sino también por las ciencias empíricas puras. Así, explica que las leyes universales también se formulan de forma inductiva, desvaneciéndose la diferencia entre las leyes que aportan conocimiento seguro y las que aportan conocimiento probable y decayendo las sobrevaloraciones del método científico y el complejo del jurista frente al científico. Finalmente, señala que la crítica del déficit probatorio parte de una comprensión maximalista de las exigencias del derecho a la presunción de inocencia respecto del estándar de prueba legítimo que no se aviene con el contenido real de este derecho. Afirma que carece de sentido alegar la eventual

¹⁹³⁸ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, pp. 221-222.

¹⁹³⁹ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 258.

¹⁹⁴⁰ PÉREZ MANZANO, “Dificultad de la prueba de lo psicológico y naturaleza normativa del dolo”, pp. 1468 y ss.

¹⁹⁴¹ Desde la perspectiva procesal civil, pero aplicable al proceso penal, en la obra de TARUFFO, *La prueba de los hechos*, 2ª ed., Trotta, 2005, pp. 14 y ss., se hace referencia a que en el proceso judicial sólo es posible establecer una verdad relativa a los medios de conocimiento, que son limitados, y relativa al contexto, al depender de presuposiciones, conceptos y reglas de ese ámbito.

vulneración de la presunción de inocencia sobre la base de que en el caso concreto no se ha alcanzado probar un hecho subjetivo con certeza absoluta, pues el derecho a la presunción de inocencia no comporta la disyuntiva entre certeza absoluta o absolución, sino que tan sólo exige que los elementos fácticos que constituyen el presupuesto de los elementos del delito se hayan probado excluyendo niveles de duda razonables y que el enunciado fáctico referido a la culpabilidad tenga un grado de confirmación netamente superior que el grado de confirmación del enunciado fáctico relativo a la inocencia.

Las tres afirmaciones de PÉREZ MANZANO tienen sustento, aunque en mi opinión no justifican su conclusión de que el déficit probatorio de los enfoques psicológicos no estaría en condiciones de sustentar su rechazo. Así, es correcta la idea de que resultan inidóneas las exigencias de certeza absoluta en el proceso penal. También es válido sostener que el principio de presunción de inocencia en ningún caso exige certeza absoluta, sino más bien la exclusión de niveles de duda razonables. Sin embargo, ello no avala los enfoques psicológicos puros, que tienen como objeto el descubrimiento de la realidad ontológica, lo que se traduce en materia de dolo en la prueba del estado mental del autor, de aquello que pensó y se propuso al momento de actuar. En mi opinión, la certeza absoluta es propia de un enfoque psicológico puro y, a medida que se vaya abandonando esta clase de enfoque y uno se acerque a enfoques de tendencia normativizadora, la exigencia de certeza absoluta irá disminuyendo y transformándose en un juicio de probabilidad o, como bien nombra PÉREZ MANZANO¹⁹⁴², en un juicio de exclusión de niveles de duda razonables. Sin embargo, mientras que se mantenga un enfoque psicológico puro, su déficit probatorio será suficiente razón para su rechazo.

Sin llegar al extremo de sostener con RAGUÉS I VALLÈS que una aplicación coherente de la concepción psicológica debería estar acompañada de la práctica renuncia a la posibilidad de condenar por delito doloso, lo cierto es que dicha concepción encuentra serias dificultades probatorias toda vez que los elementos subjetivos son inaccesibles de modo directo a la constatación empírica. Es más, ni siquiera permiten la realización del juicio de probabilidad al que hace referencia PÉREZ MANZANO, toda vez que, como he puesto en evidencia líneas arriba, los estados mentales son siempre reconducidos a elementos emocionales, cuya fijación atiende a prejuicios de orden moral, criterios de oportunidad o presunciones. Por ello es que, como bien reconoce Díez Ripollés¹⁹⁴³, toda concepción psicológica requiere al menos de una legitimación normativa que permita salvar la distancia entre la inaccesible verdad material de los elementos subjetivos y el procedimiento experimental que vincula sus conclusiones a una serie de datos o indicios objetivos.

¹⁹⁴² PÉREZ MANZANO, "Dificultad de la prueba de lo psicológico y naturaleza normativa del dolo", pp. 1468 y ss.

¹⁹⁴³ Vid. Supra Capítulo II, 5.2.

Posiblemente la respuesta al problema se encuentre en este punto propuesto por DÍEZ RIPOLLÉS, quien pretende una reconducción de la problemática estudiada a la dicotomía existente entre el enfoque atento a la descripción y averiguación de la realidad psíquica subyacente a los elementos subjetivos, y el que pretende convertir dicha operación en un proceder fundamentalmente normativo¹⁹⁴⁴. En esa medida, a pesar de defender un enfoque psicológico del dolo, reconoce que el proceso de normativización en el Derecho penal resulta irrenunciable.

2.2. Enfoques normativos del dolo

Ante las dificultades que presentan los enfoques psicológicos del dolo, señala PAREDES CASTAÑÓN que existen diferentes alternativas¹⁹⁴⁵. Entre ellas, expone la posibilidad de que el juez razone la presencia en el sujeto de determinados elementos subjetivos a partir de los indicios que proporciona la conducta externa del sujeto, de acuerdo a argumentos de sentido común. Otra alternativa consiste en imponer por vía normativa los criterios de prueba de los elementos subjetivos, acercándose al sistema de prueba tasada. También propone la construcción de un conjunto de criterios de determinación procesal de los elementos subjetivos, que podrían encontrar sustento en diferentes áreas del conocimiento, como la sociología o la psicología de la atribución.

Definitivamente debo rechazar la primera de dichas alternativas, ya que entraña un grave riesgo de inseguridad jurídica. Al respecto, rechaza RAGUÉS I VALLÈS la pretendida solución legal sustentada en confiar la determinación del conocimiento necesario para el dolo a la convicción del juez. Sostiene que ello ocurre “a costa de renunciar a la seguridad jurídica y de asumir en toda condena el riesgo de que se pueda estar instrumentalizando al sujeto condenado”¹⁹⁴⁶. Quedan entonces aquellas alternativas que proponen el establecimiento de criterios normativos para la determinación del dolo y su delimitación frente a la imprudencia en el caso concreto.

En esa medida, puedo afirmar que los déficits probatorios de los enfoques psicológicos del dolo son el punto de partida de los enfoques normativos, sea que partan de un escepticismo ontológico, al negar la existencia en sí misma de los hechos mentales; de un escepticismo epistemológico, al negar la posibilidad de conocer lo interno; o de un escepticismo metodológico, al negar la validez de los métodos de verificación de los elementos subjetivos¹⁹⁴⁷.

¹⁹⁴⁴ DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos del delito. Bases metodológicas*, 2ª ed., p. 265.

¹⁹⁴⁵ PAREDES CASTAÑÓN, “Problemas metodológicos en la prueba del dolo”, pp. 90 y ss.

¹⁹⁴⁶ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 272.

¹⁹⁴⁷ PÉREZ MANZANO, “Dificultad de la prueba de lo psicológico y naturaleza normativa del dolo”, p. 1460, n. 23.

El objeto del presente acápite es efectuar un análisis de los enfoques normativos del dolo, desde los puntos de vista de su legitimidad y de su eficacia en el marco de un Estado social y democrático de Derecho. Como he indicado al inicio de este capítulo, la *teoría de las condiciones para el conocimiento* no solo rechaza los enfoques psicológicos del dolo, por los graves problemas que han sido detallados en el acápite anterior, sino que también toma con reservas las propuestas estrictamente normativas. Al igual que en el acápite anterior, utilizaré a continuación como herramientas el análisis principialista y el análisis consecuencialista no utilitarista propios de la versión restringida de la teoría de la prevención general positiva con correctivos expuesta y defendida en el primer capítulo de esta tesis.

2.2.1. Análisis principialista

Desde el punto de vista principialista, podría objetarse a los enfoques normativos del dolo su alejamiento de los elementos ontológicos propios de la conducta humana, lo que resultaría impropio de una teoría del delito cuyo objeto de atención sea precisamente dicha conducta, que contiene tanto elementos externos de carácter objetivo como elementos internos de carácter subjetivo. Justamente, desde esta perspectiva, el dolo y la imprudencia son elementos internos, cuya calificación en el proceso requiere de un examen de naturaleza empírica que atienda a las características reales de la conducta humana. Se trata de una objeción que parte de la cuestionada visión dualista del ser humano, materializada en la teoría de DESCARTES y que ha influido de forma determinante en la construcción de la teoría clásica del delito, de orientación fundamentalmente causalista¹⁹⁴⁸.

Cabe precisar, sin embargo, que este tipo de crítica entiende que los enfoques normativos necesariamente descartan cualquier intento de valorar elementos de la realidad y se sitúan de espaldas a las características propias de la conducta humana, que debería ser en primer término el objeto de toda teoría del delito propia de un Estado social y democrático de Derecho, en el que rija el principio de culpabilidad según el cual la responsabilidad penal es personalísima, esto es, atiende a las características y circunstancias personales del sujeto imputado.

En mi opinión, este tipo de crítica es superable, no sólo por la concepción dualista -fuente cuestionable- de la que parte, sino porque la adopción de un enfoque normativo del dolo no implica necesariamente el abandono definitivo de toda referencia a elementos ontológicos o propios de la realidad del ser humano sujeto de imputación penal. Lo cierto es que, en una teoría del dolo, es posible

¹⁹⁴⁸ Al respecto, ver PORCIÚNCULA, *Lo objetivo y lo subjetivo en el tipo penal. Hacia la "exteriorización de lo interno"*, pp. 25 y ss.

concretar de distintas maneras la perspectiva normativa. En ese sentido, siguiendo la clasificación que presenta LAURENZO, tradicionalmente se distinguen dos grandes orientaciones normativizadoras: el método inductivo y el método teleológico¹⁹⁴⁹.

Con relación al método inductivo, es aquel que pretende averiguar qué tienen en común todas las conductas que se consideran merecedoras de la pena del delito doloso. LAURENZO hace referencia a la teoría de ENGISCH, quien encuentra el factor común en el ámbito de los conocimientos. Al ser autor doloso el que emprende su acción a pesar de la conciencia del riesgo de causar un resultado típico, el motivo de su reproche está en un defecto de la motivación. Para LAURENZO, este método inductivo tiene un defecto de partida, ya que selecciona una serie de comportamientos supuestamente merecedores de la sanción propia del dolo, sin establecer antes por qué dichos comportamientos son acreedores de dicho juicio de desvaloración. En este caso, es patente la crítica a este tipo de enfoques normativos, que, al no contar con un referente claro de valoración, incurren en un círculo sin salida en su razonamiento. Lo más grave de esta clase de enfoques normativos es que terminan compartiendo críticas similares a las formuladas a los enfoques psicológicos, en el sentido de que recurren a presunciones de dolo o a criterios de oportunidad sin fundamento jurídico¹⁹⁵⁰.

Con relación al método teleológico, se reúnen en torno a él aquellas teorías que pretenden descubrir lo esencial del dolo en los fines y la función del Derecho penal. Si bien se trata de teorías que tienen profundas diferencias (ROXIN, HASSEMER, PUPPE, FRISCH, JAKOBS, HERZBERG, entre otros autores cuyas propuestas concretas ya fueron abordadas en el segundo capítulo de la presente tesis), lo cierto es que tienen en común fundamentar la mayor punición en el especial significado que expresa la conducta dolosa frente al bien jurídico tutelado por el ordenamiento jurídico o frente a la vigencia de las normas afectadas. Como bien señala ALCÁCER GUIRAO, en términos generales, puede sostenerse que, a diferencia de lo que sucede con las teorías que comparten un enfoque psicológico del dolo, en las teorías que proponen un enfoque normativo, “la asignación de responsabilidad es un acto de atribución de significado social, y no una constatación de hechos del mundo de la naturaleza”¹⁹⁵¹.

Ahora bien, debo acotar que se trata de un acto de atribución sujeto a límites, que son impuestos, por un lado, por la función que debe cumplir la sanción penal

¹⁹⁴⁹ LAURENZO COPELLO, *Dolo y conocimiento*, pp. 216 y ss.

¹⁹⁵⁰ LAURENZO COPELLO, *Dolo y conocimiento*, p. 55, quien cita a ENGISCH, *Untersuchungen*, pp. 129-130.

¹⁹⁵¹ ALCÁCER GUIRAO, “Cómo cometer delitos con el silencio. Notas para un análisis del lenguaje de la responsabilidad”, en CORTÉS BECHIARELLI, E. *et al* (eds.), *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Tirant lo Blanc, 2004, p. 52.

(en mi caso, la función restringida de prevención general positiva) y, por otro lado, por los propios principios limitadores del modelo de Estado social y democrático de Derecho, entre los que destaca el principio de culpabilidad en materia de imputación subjetiva. Son justamente dichos límites los que permiten que el enfoque normativo que se adopte introduzca referencias a determinados elementos propios de la conducta humana, superando la crítica planteada al inicio del presente acápite, siendo posible defender un enfoque normativo del dolo que tenga en consideración que el objeto de estudio de la teoría del delito es un elemento de la realidad, la conducta del ser humano, así como que la responsabilidad penal debe ser personal y atender a las características personales del sujeto imputado.

Mi opción por el método teleológico implica adoptar los principios propios del Estado social y democrático de Derecho y aplicarlos de forma directa a la teoría del dolo que defiendo. Esto me lleva a considerar, como fundamentaré más adelante, que la *teoría de las condiciones para el conocimiento*, no puede valerse de un baremo exclusivamente objetivo y general para formular el juicio de imputación dolosa. En esa medida, la valoración del contexto social, que aporta los criterios generales de atribución, deberá ir acompañada por la valoración del contexto personal del imputado en la interacción, que aporta los elementos que individualizan la imputación y alejan el enfoque normativo de cualquier crítica que sostenga que se sitúa de espaldas a las características propias de la conducta humana, que es el objeto de una teoría del delito democrática.

En esa línea, creo necesario distinguir el denominado proceso de normativización del dolo, del cual he hecho extensa referencia en el segundo capítulo de la presente tesis, del proceso de objetivación del dolo, que implica llevar la normativización al extremo y postular la falta de necesidad de un juicio de imputación subjetiva. Como se ha visto en el segundo capítulo, en el proceso de normativización del dolo, existen propuestas que van más allá y cuestionan el sistema de delito en el que se enmarca el problema. Es el caso de las teorías propuestas por PÉREZ BARBERÁ, PORCIÚNCULA o KINDHÄUSER. Sin embargo, hay teorías que van todavía más lejos y proponen una valoración estrictamente objetiva de la antijuridicidad e, incluso, del delito. Es el caso de LESCH, quien postula que el auténtico reproche de culpabilidad se basa en la idea de que el autor defrauda las expectativas que el Derecho alberga con respecto a los “ciudadanos normales”, por lo que lo decisivo para la imputación en el ámbito de la culpabilidad es el incumplimiento de una pauta establecida por el Derecho, esto es, una imputación totalmente objetiva. En esa medida, sostiene que el dolo es una reliquia del antiguo concepto psicológico de culpabilidad. Concluye entonces que la distinción entre injusto y culpabilidad es insostenible, toda vez que el hecho no puede separarse de su autor y la imputación penal sirve para

establecer qué es en realidad un hecho y no para construir un vínculo entre el hecho y su autor¹⁹⁵².

Este tipo de propuestas ponen en evidencia los riesgos de asumir un enfoque normativo del dolo no sujeto a límites o, en otros términos, “externo” a los cauces de la dogmática penal clásica. Cuestionar el dualismo cartesiano y la construcción causalista del delito implica abandonar los enfoques psicológicos puros del dolo, pero no implica, en mi opinión, abandonar la idea fundamental derivada del principio de culpabilidad que establece que el juicio de imputación del dolo es un juicio de connotación subjetiva, que se diferencia de la mera atribución objetiva o imputación de infracción de deberes. De no admitir dicha distinción se corre el peligro de caer en un esquema de responsabilidad penal objetiva, proscrita por el modelo de Estado social y democrático de Derecho, cuya defensa he asumido desde el primer capítulo de la presente tesis.

En suma, desde un punto de vista principialista, asumo un enfoque normativo del dolo con las reservas anotadas, que puedo resumir en tres aspectos. En primer lugar, el enfoque normativo del dolo que se adopte deberá fundamentarse en un método teleológico y no meramente inductivo. En segundo lugar, el enfoque normativo del dolo que se adopte deberá asumir los límites propios de la función de la pena que se pretenda y de los principios limitadores de la potestad punitiva estatal que el modelo de Estado social y democrático de Derecho dicta. Finalmente, el enfoque normativo del dolo que se adopte deberá distinguir el proceso de normativización del dolo del proceso de su mera objetivación, a efectos de apartarse de este último y de asumir una normativización acorde con el principio de culpabilidad, lo que implicará sin duda abandonar cualquier enfoque psicológico puro del dolo, pero al mismo tiempo tomar como referentes valorativos las características propias del objeto de valoración de la teoría del delito, esto es, la conducta de un ser humano. Esto último implicará que la *teoría de las condiciones para el conocimiento* recurra al contexto personal del imputado y no sólo al contexto social como baremos de determinación de los indicadores de conocimiento (a efectos de una imputación dolosa) o de defectos de conocimiento (a efectos de una imputación imprudente) en el caso concreto. En ese sentido, propondré más adelante adoptar un enfoque subjetivo-normativo.

2.2.2. *Análisis consecuencialista no utilitarista*

Efectuado el análisis principialista de los enfoques normativos del dolo, que con las reservas anotadas me lleva a adoptar preliminarmente un enfoque normativo

¹⁹⁵² LESCH, *Injusto y culpabilidad en Derecho penal*, Universidad Externado de Colombia, 2001, pp. 259 y ss.

limitado, corresponde ahora aplicar el análisis consecuencialista no utilitarista a efectos de determinar los niveles de eficacia de este enfoque.

Quisiera centrarme en un asunto discutido por la dogmática penal, pero que tiene incidencia en la propia teoría general del Derecho. Este se refiere a la posibilidad de admitir el riesgo de condena errónea en el marco del proceso penal propio de un Estado social y democrático de Derecho, a efectos de lograr la eficacia de la persecución penal. Al respecto, quiero destacar dos opiniones distintas, que han sido citadas en los dos primeros capítulos de la presente tesis. Se trata de la teoría de FERRAJOLI, quien postula la necesidad de atender a un Derecho penal mínimo, y la propuesta de HOYER, recogida e incorporada a su teoría por RAGUÉS I VALLÈS.

FERRAJOLI distingue las clases de “certeza” que deben perseguir los modelos de Derecho penal máximo y de Derecho penal mínimo. Según el profesor italiano, la certeza perseguida por el Derecho penal máximo reside en que ningún culpable resulte impune, a costa de la incertidumbre de que algún inocente pueda ser sancionado penalmente, mientras que la certeza perseguida por el Derecho penal mínimo se encuentra en que ningún inocente sea castigado, a costa de la incertidumbre de que también algún culpable pueda resultar impune. Se trata de certezas que responden a opciones políticas y a concepciones del Derecho opuestas. Así, mientras que el Derecho penal máximo apunta a la máxima prevención de delitos, el Derecho penal mínimo atiende a la máxima tutela de las libertades individuales. FERRAJOLI defiende entonces un modelo de Derecho penal mínimo, aunque precisa que la certeza, aun no absoluta, a la que aspira un sistema penal de tipo garantista no es ya que resulten exactamente comprobados y castigados todos los hechos previstos por la ley como delitos, sino que sean castigados sólo aquellos en los que se haya probado la culpabilidad por su comisión. Añade que las certidumbres son siempre subjetivas y relativas, y afectan a verdades también opinables y probabilísticas¹⁹⁵³. No se trata de un punto de vista nuevo, ya que lo encontramos en la teoría de BLACKSTONE¹⁹⁵⁴.

Un punto de vista distinto es el expuesto por HOYER¹⁹⁵⁵, cuya propuesta ha sido acogida por RAGUÉS I VALLÈS en España e incorporada a su teoría¹⁹⁵⁶. HOYER sostiene que los ciudadanos tienen un doble interés. Por un lado, tienen interés en no ser condenados como culpables de un delito que no han cometido. Por otro lado, tiene interés en recibir la protección del Estado cuando sean víctimas

¹⁹⁵³ FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, p. 106.

¹⁹⁵⁴ BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, vol. 4, p. 352.

¹⁹⁵⁵ La exposición completa de la teoría en HOYER, “Der Konflikt zwischen richterlicher Beweiswürdigungsfreiheit und dem Prinzip in dubio pro reo”, en *ZStW*, 105, 1993, Heft 3, pp. 523-556.

¹⁹⁵⁶ Al respecto, ver RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 342.

de un delito. Ahora bien, no es posible que el Estado proporcione una protección absoluta de ambos intereses. En cambio, una protección relativa de ambos intereses será posible si los ciudadanos están dispuestos a pagar el precio que implica aceptar el riesgo de poder ser condenados alguna vez como culpables de un delito sin haber cumplido de forma efectiva con todas las circunstancias que la ley exige para tal condena.

Como expuse en el segundo capítulo, RAGUÉS I VALLÈS defiende la visión más realista de HOYER y explica que, al recurrir a un modelo ideal de sujeto, se incorpora indefectiblemente en toda condena un riesgo de error atribuible a la posibilidad de que el sujeto concreto a quien se juzga no reúna las características de dicho modelo. Propone entonces solventar dicho riesgo con el recurso a las ciencias empíricas en el ámbito de la culpabilidad¹⁹⁵⁷. Asimismo, sostiene que el riesgo de instrumentalización del imputado se ve superado si el reo ha contado con la posibilidad de ser condenado erróneamente por delito doloso a causa del sentido social de su conducta y, pese a ello, la ha llevado a cabo¹⁹⁵⁸.

En mi opinión, si bien a nivel declarativo resulta atractiva, no puede asumirse la perspectiva de FERRAJOLI, toda vez que implica olvidar que el Derecho penal tiene dos fines -garantía y eficacia- que deben merecer un tratamiento armónico, en el marco del Estado social y democrático de Derecho, según he explicado en el primer capítulo de la presente tesis. Asimismo, se trata de una propuesta que se centra en una tradición racionalista, que no está en condiciones de cumplir los presupuestos epistemológicos y de razonamiento que sus premisas exigen. Me explico. Entiendo con ANDERSON, SCHUM y TWINING que el principio central de la tradición racionalista es que el objetivo primario del Derecho adjetivo consiste en la aplicación correcta del Derecho a los hechos probados como verdaderos. Ello implica que, a través de medios racionales, en el proceso penal se busque la “verdad” de las cuestiones de hecho disputadas. Sin embargo, para lograr dicha finalidad, deben cumplirse determinados presupuestos, que, en mi opinión, no son de recibo. Por un lado, deben cumplirse presupuestos epistemológicos relativos a la posibilidad de hacer en el presente juicios correctos sobre eventos pasados. Por otro lado, se requiere la presencia de presupuestos de razonamiento acerca de los principios aplicados para maximizar la probabilidad de que estos juicios sobre eventos pasados sean correctos¹⁹⁵⁹. En mi opinión, el problema de este tipo de argumentaciones es que involucran la asunción plena de una teoría de la verdad como correspondencia frente a una teoría de la verdad como coherencia. Y, como se ha visto, resulta cuestionable la viabilidad de orientar el proceso penal hacia la verificación de elementos ontológicos como aquello que aconteció en la mente del imputado al momento de realizar la

¹⁹⁵⁷ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 336.

¹⁹⁵⁸ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 329.

¹⁹⁵⁹ ANDERSON, SCHUM, TWINING, *Análisis de la prueba*, pp. 116-117.

conducta, elemento que sería presupuesto de un juicio de verdad como correspondencia (con la supuesta realidad).

Comparto entonces la apreciación de RAGUÉS I VALLÈS en lo que se refiere al nivel de análisis del problema que presenta HOYER. En efecto, un modelo de Derecho penal que no pretenda acabar con su propia existencia debe admitir la imposibilidad de exigir juicios de certeza en el proceso penal. Sin embargo, no comparto la solución que se propone a efectos de solventar el riesgo de condenas injustas en el ámbito de la culpabilidad, ya que la considero insuficiente. En mi opinión, dicho riesgo puede reducirse aún más si se introduce en el ámbito de la antijuridicidad la valoración del contexto personal del imputado como baremo de determinación de los indicadores de conocimiento (a efectos de una imputación dolosa) o de defectos de conocimiento (a efectos de una imputación imprudente) en el caso concreto. Ello permitirá además reducir el riesgo de instrumentalización del imputado que realiza la conducta a pesar de contar con la posibilidad de ser condenado erróneamente en base al sentido social de su conducta (contexto social), sino a partir del sentido individual (contexto personal) de su comportamiento, lo que añade una importante dosis de eficacia en la tutela del principio de evitabilidad. Todo ello en base a elementos que puedan ser objeto de prueba en el proceso penal. Como señala NIEVA, de forma más tajante:

“No es preferible absolver a cinco, diez, cien o mil culpables antes que condenar a un inocente. Y, desde luego, tampoco sería preferible condenar a mil inocentes antes que absolver a un culpable, como demasiadas veces piensa la sociedad dependiendo de cuál sea el delito. No hay más que condenar a quien condenen las pruebas. Y absolver a quien las evidencias presenten como inocente”¹⁹⁶⁰.

3. Presupuestos de la teoría de las condiciones para el conocimiento

La *teoría de las condiciones para el conocimiento* postula que el dolo es un juicio subjetivo-normativo de imputación del conocimiento, al verificarse determinadas condiciones objetivas que indican que, en el contexto social y personal de su acción, puede imputarse al sujeto un deber limitado de conocer un riesgo específico, la posibilidad efectiva de conocimiento de dicho riesgo y la imposibilidad de confiar *ex ante* en la no realización de dicho riesgo o en la no afectación del interés protegido. En suma, se trata de un juicio de imputación de la efectiva disposición del conocimiento del riesgo típico y de la imposibilidad de negar válidamente el ejercicio de dicho conocimiento en el caso concreto. Consiste en una tesis garantista, que se enmarca en los límites del modelo de la democracia constitucional. El siguiente esquema resume a grandes rasgos la concepción de dolo que expondré a continuación:

¹⁹⁶⁰ NIEVA, *La duda en el proceso penal*, p. 167.

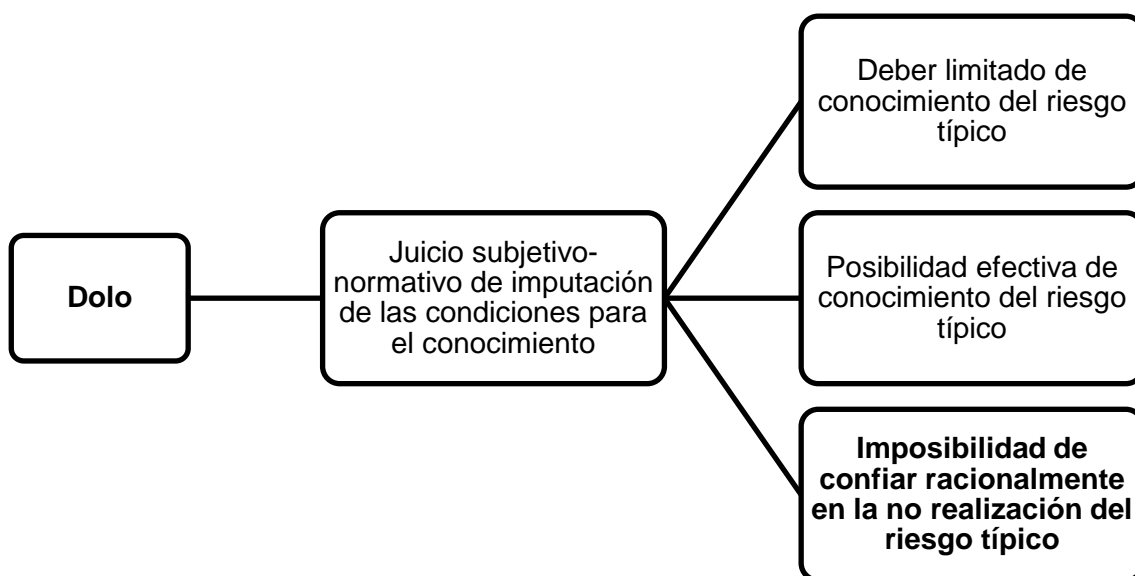


Figura 4.1. El dolo según la teoría de las condiciones para el conocimiento

A partir de estas premisas, la exposición de mi teoría se dividirá en tres aspectos esenciales. El primer aspecto esencial es la naturaleza del juicio de imputación, que consiste en un juicio subjetivo-normativo de imputación, que será expuesto a continuación en el acápite 3.1 y en el que se explicará por qué el contexto de imputación ha de tener en cuenta un análisis *ex ante* de las circunstancias sociales e individuales en las que actuó el imputado. El segundo aspecto esencial es el referente de significado de la imputación, que es el conocimiento entendido no como estado mental, sino como cualidad del ser humano que se expresa en su comportamiento y le da sentido. Ello será materia de explicación en el acápite 3.2. Finalmente, el tercer aspecto esencial de la teoría está constituido por las condiciones de imputación, que son los tres elementos que permiten inferir la existencia de conocimiento en el caso concreto. Me refiero al deber limitado de conocer un riesgo típico específico, a la posibilidad efectiva de conocer dicho riesgo y a la imposibilidad de confiar en su no realización. El desarrollo de dichos elementos será materia del acápite 3.3.

Como lo he indicado desde el inicio de la presente tesis, mi objetivo es prestar atención al dolo como regla de evidencia más allá de su desarrollo como regla sustantiva. En este punto, debo reiterar el aporte del enfoque de análisis de la jurisprudencia penal inglesa. Al respecto, cabe recordar el caso *Regina v Darren John Matthews and Brian Dean Alleyne* (2003)¹⁹⁶¹, en el que los jueces ingleses establecieron, con relación a la intención, que la ley no había alcanzado una definición de la misma, pero la jurisprudencia sí había proporcionado reglas de

¹⁹⁶¹ *R v Matthews and Alleyne* [2003] EWCA Crim 192.

prueba o de evidencia para su determinación en el caso concreto. Entre dichas reglas, se establecía que los tribunales podían inferir la intención del imputado siempre y cuando se acreditase que había previsto como virtualmente cierto el resultado típico. No solo los criterios de imputación de la intención oblicua constituyen un aporte de la jurisprudencia penal inglesa. Como se ha visto en el tercer capítulo, el tratamiento de la figura de la temeridad subjetiva por parte del Derecho penal inglés puede constituir también un instrumento valioso para enfrentar la determinación procesal del denominado dolo eventual en el Derecho penal continental, especialmente al tener en cuenta las figuras de la culpabilidad por inadvertencia. Más allá del rendimiento de las reglas específicas establecidas en el Derecho penal inglés, el aporte de este se encuentra en advertirnos que lo realmente trascendente es establecer cuál será el procedimiento de inferencia y de imputación del dolo en un caso concreto. Ese es justamente el objetivo de las líneas que siguen. En el camino, se verá que el dolo no puede ser un juicio meramente objetivo, que se base en aquello que la sociedad espera de una persona en determinadas circunstancias, sino que deberá atender a elementos subjetivos de la conducta. La pregunta será entonces hasta qué punto dichos elementos subjetivos son relevantes, si existe algún límite a su valoración y si esta debe implicar solamente a la culpabilidad o también al injusto.

En esa línea, luego de exponer los tres aspectos esenciales de la *teoría de las condiciones para el conocimiento*, dedicaré el acápite 4 a exponer los indicadores de las condiciones de imputación del conocimiento. Para ello explicaré a grandes rasgos en qué consiste el razonamiento judicial en materia de imputación subjetiva y cómo se aplica el proceso de inferencia de las condiciones para el conocimiento. Detallaré los riesgos que implica dicho proceso, sobre todo cuando el juzgador recurre a generalizaciones, a “máximas de experiencia” o a su propia intuición. Mostraré entonces que los indicadores de las condiciones para el conocimiento constituyen no sólo herramientas procesales de aplicación al proceso penal, sino que principalmente cumplen la función de limitar las generalizaciones y riesgos propios de todo proceso de inferencia judicial.

Se verá entonces que, a partir de la valoración conjunta de los indicadores que concurren en el caso concreto, el juzgador estará en condiciones de interpretarlos como indicadores positivos de imputación del conocimiento o en indicadores negativos de imputación de defectos del conocimiento. Bajo dicha premisa, en el acápite 5, someteré a prueba los indicadores planteados a efectos de establecer las diferencias entre los casos de imputación dolosa, los casos de imputación imprudente y las zonas grises (en especial aquí los supuestos de ignorancia deliberada). Mi objetivo será demostrar que cabe una imputación dolosa cuando las condiciones del caso concreto, según el contexto social y el contexto personal, hacen irracional la confianza del imputado en la no realización

del riesgo típico, mientras que procede una imputación imprudente cuando las condiciones del caso concreto, según el contexto social y contexto personal, evidencian la imposibilidad de adquirir un conocimiento completo o adecuado del riesgo típico.

Finalmente, en el acápite 6, abordaré brevemente algunos aspectos vinculados al rol de los distintos actores del proceso y, especialmente, la determinación de la pena en aquellos supuestos de zonas grises, en los que la delimitación entre dolo e imprudencia resulta difusa. Ello en atención a la relación progresiva o gradual que existe entre ambas formas de imputación.

3.1. Juicio de imputación: Tesis subjetivo-normativa

He afirmado que el dolo debe ser entendido como un instrumento de valoración o un juicio normativo que tiene como objeto determinar frente a qué clase de estructuras de comportamiento el Estado debe desplegar una reacción más intensa. A dicho juicio normativo le es ajena la acreditación de aquello que el sujeto pensó. El dolo enjuicia la posibilidad de imputar normativamente el rol de conocedor, mediante la verificación de condiciones objetivas que indican que el sujeto, en el contexto social y personal de su acción, se encontraba ante la posibilidad efectiva de conocer y no podía confiar racionalmente en la no realización del riesgo típico. No se trata entonces de acreditar o de inferir un conocimiento efectivo como estado mental, sino de imputar la posibilidad efectiva de conocimiento como cualidad que se expresa en el comportamiento humano y le da sentido.

Habiendo descartado en el acápite anterior los enfoques psicológicos del dolo, tanto por razones de legitimidad como por motivos de eficacia, y habiendo establecido que el enfoque normativo del dolo que se asuma debe ser uno estructurado a partir de un método teleológico, sujeto a los límites propios del Estado social y democrático de Derecho, y que permita niveles de eficacia acordes siempre con el principio de evitabilidad; me corresponde proponer el enfoque particular que considero correcto para abordar la problemática del dolo en el marco de la *teoría de las condiciones para el conocimiento*.

Se trata del enfoque que denomino subjetivo-normativo, el cual tiene dos características esenciales, que grafico en el siguiente cuadro y explico a continuación.

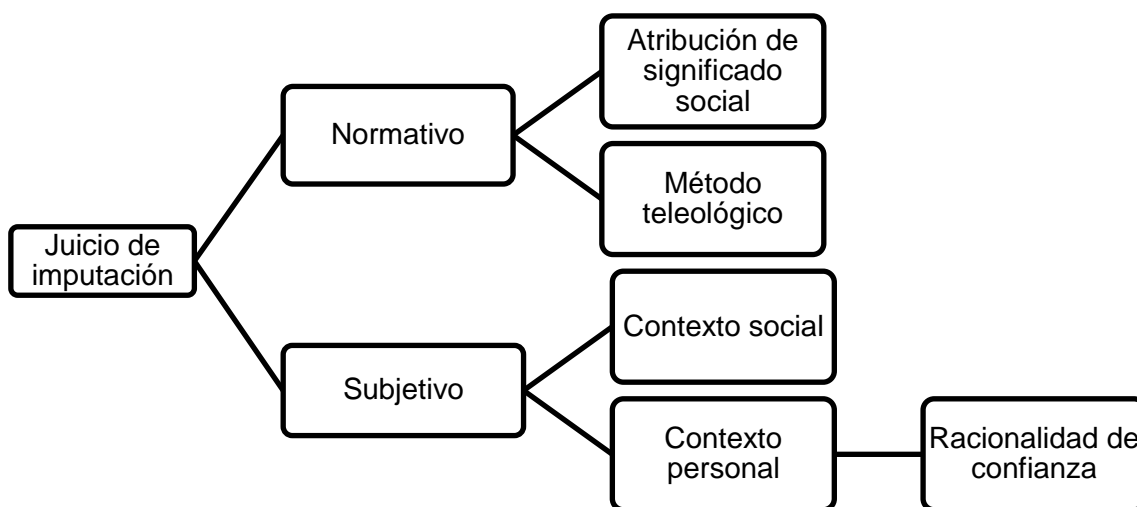


Figura 4.2. Esquema del juicio de imputación subjetivo normativo

El enfoque subjetivo-normativo del dolo es, en primer lugar, un enfoque normativo. Ello en virtud de dos motivos. Por un lado, como todo enfoque normativo, concibe la asignación de responsabilidad como un acto de atribución de significado social y no como un proceso de indagación de los estados mentales del autor de un delito. Por otro lado, se trata de un enfoque que adopta un método teleológico y no uno inductivo, toda vez que descubre lo esencial del dolo en los fines y la función del Derecho penal. Una de las premisas asumidas en el primer capítulo de la presente tesis fue la asunción de una versión restringida de la teoría de la prevención general positiva, lo que implica defender al mismo tiempo un principio deontológico como fundamento de la pena y un principio consecuencialista no utilitarista como función de la pena. La consecuencia de dicha premisa es que la teoría del dolo que se propone tendrá que establecer el criterio de evitabilidad como presupuesto del juicio de imputación subjetiva y, específicamente, del modelo procesal de determinación del dolo. Como ya se vio, esto a su vez trae como consecuencia asumir una concepción imperativa de la norma jurídico penal, que opera como norma de determinación y que obliga a situar el dolo a nivel del injusto, lo que no impide que determinadas cuestiones de la culpabilidad influyan en el juicio de imputación dolosa.

En segundo lugar, se trata de un enfoque subjetivo, toda vez que toma como referente de significado características propias de la conducta de un ser humano y adopta un doble baremo de medición, que atiende tanto a las condiciones del contexto social como del contexto personal del imputado. En esa medida, el juicio subjetivo-normativo propuesto no es exclusivamente un juicio de probabilidad subjetiva, que se centre en el pensamiento del imputado, ni tampoco un juicio de

probabilidad objetiva o estadística, que recurra únicamente a un estándar general de conducta. El juicio subjetivo-normativo va más allá e implica una valoración intersubjetiva de la realización del peligro, es decir, de las condiciones sociales e individuales que comunican al sujeto la existencia del riesgo y lo hacen portador del rol normativo de conocedor del concreto riesgo. No se trata de una subjetivización entendida como introducción de elementos psicológicos a la teoría, sino más bien se trata de la asignación de una “posición de deber en el contexto de la interacción”. Al respecto, es contundente CORCOY BIDASOLO cuando sostiene que individualizar no implica subjetivizar y que generalizando no siempre se objetiviza:

“Puede ser mucho más arbitrario, subjetivo y difícil de prueba, y de hecho lo es, la búsqueda de estos hombres ficticios. Es decir, es más inseguro generalizar que partir del individuo en concreto para objetivizar entresacando todo aquello que se exterioriza en la conducta y que es disponible a voluntad por el sujeto”¹⁹⁶².

En la misma línea, cabe citar un trabajo de HART con relación a los delitos imprudentes, en el que postula una idea que resulta de aplicación a las demás formas de imputación subjetiva. El profesor inglés sostiene que es mejor no hacer referencia a estándares objetivos y subjetivos, sino más bien a estándares invariables y a condiciones individualizadas de responsabilidad¹⁹⁶³. Se trata de una precisión correcta, ya que apunta a que la distinción entre ambos baremos es una cuestión de grado, que no se sustenta en el tantas veces cuestionado dualismo cartesiano. Esto me permite abandonar la distinción objetivo-subjetivo propia del esquema causalista de delito, que tradicionalmente ha asignado los estándares objetivos al injusto y reservado los criterios subjetivos para la culpabilidad. Por el contrario, creo más adecuada la tesis de que los estándares pueden ser generales (invariables) o individualizados y, por ende, pueden ser aplicados tanto a nivel de injusto como de culpabilidad. Al respecto, resulta relevante citar la tesis de STARK, que hace referencia a los casos de falta de cuidado culpable en el Derecho penal inglés, entre los que incluye los supuestos de temeridad subjetiva (como equivalente del dolo eventual) e imprudencia:

“La comprensión de la temeridad y la negligencia en el mundo anglosajón combinan elementos internos del imputado (su advertencia del riesgo o su falta de advertencia) y externos (si el riesgo adoptado era injustificado). Esta es una razón por la que la división entre responsabilidad “objetiva” y “subjetiva” es potencialmente confusa y debe ser evitada en la discusión sobre la falta de cuidado culpable”¹⁹⁶⁴. (Traducción libre del autor)

¹⁹⁶² CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente...*, 2ª ed., p. 113.

¹⁹⁶³ HART, *Punishment and Responsibility...*, p. 154.

¹⁹⁶⁴ STARK, *Culpable Carelessness...*, p. 23.

El juicio normativo que propongo es además subjetivo puesto que exige analizar la racionalidad de la confianza del imputado en la realización del riesgo. Esto demuestra que, a nivel de injusto, que es donde se mide la aludida confianza, cabe aplicar baremos individualizados, mejor que “subjetivos”, tal y como se les suele denominar. Se trata de un enfoque coherente con otra de las premisas asumidas en el primer capítulo de la presente tesis, aquella que establece la vigencia y primacía del principio deontológico de culpabilidad. Ello es directa consecuencia de asumir el modelo de la democracia constitucional y su concepción abierta de sistema jurídico.

Creo conveniente explayarme en la explicación de por qué el enfoque subjetivo-normativo debe atender tanto a las condiciones del contexto social como a las del contexto personal del imputado. Desde mi perspectiva, existen dos circunstancias que así lo aconsejan. La primera tiene que ver con la concepción de pena adoptada en la presente tesis, la que exige que todo instrumento de la teoría general del delito supere una doble evaluación por parte del principio deontológico y del principio consecuencialista no utilitarista. La segunda circunstancia está referida a la relevancia que debe tener lo fáctico como referente obligatorio de todo examen normativo. La explicación de ambas circunstancias que haré a continuación me ayudará a ensayar una respuesta a uno de los problemas centrales en sede de imputación subjetiva, que es el de establecer qué rol deben jugar los elementos subjetivos de la conducta en el procedimiento de imputación del dolo en un caso concreto. Adelanto que defenderé la idea de que el dolo no puede ser un juicio basado únicamente en criterios objetivos, en aquello que la sociedad espera de una persona en determinadas circunstancias, sino que debe atender a elementos subjetivos de la conducta.

Con relación a la primera circunstancia, cabe recordar la explicación efectuada en el primer capítulo, en el sentido de que el ejercicio de la potestad punitiva del Estado puede ser evaluado tanto desde una perspectiva deontológica como desde una perspectiva consecuencialista no utilitarista¹⁹⁶⁵. La primera se vincula al fin de garantía del Derecho penal y califica las conductas a partir de sus propiedades intrínsecas, dependiendo el juicio siempre de razones de principio. La segunda perspectiva se relaciona con el fin de prevención y califica las conductas en razón de sus consecuencias. Ambas perspectivas pueden conciliarse en el marco de una versión restringida de la teoría de la prevención general positiva de la pena.

En el caso específico del contexto de imputación, una aplicación aislada del principio consecuencialista, orientada exclusivamente a la prevención de delitos, abogaría por que el juicio de imputación utilice únicamente un baremo objetivo,

¹⁹⁶⁵ Al respecto, ver ALCÁCER GUIRAO, “Prevención y garantías: conflicto y síntesis”, p. 140.

general o invariable, que, de acuerdo al contexto social y a las expectativas de la sociedad, establecería un estándar objetivo de análisis de las conductas. Sería el caso, por ejemplo, de un modelo de incumbencias de conocimiento que se aplique de forma generalizada a todos los ciudadanos, sin tener en cuenta las características individuales de cada uno. Pero también sería el caso de un modelo de responsabilidad penal, en el que el juicio de antijuridicidad -tanto a nivel objetivo como subjetivo- responda únicamente a criterios generales y traslade a sede de culpabilidad toda discusión sobre las características particulares del sujeto.

En esa línea, existen propuestas como las de CARO JOHN, quien postula, a mi criterio correctamente, que el conocimiento fundamentador de la imputación subjetiva no es el fenómeno psíquico que el ser de carne y hueso tiene en su mente, sino la atribución de sentido normativo al conocimiento de un ser social concreto titular de deberes. Sin embargo, a continuación, sostiene una idea que no puedo compartir. Explica que el significado normativo de la conducta de una persona se deduce únicamente de cómo esta se comporta de cara al deber en el ámbito social concreto de su actividad, siendo el contexto social de la acción el que define la atribución de sentido normativo al conocimiento, porque en él se concreta el tipo de deber cuya observancia compete a la persona al momento de actuar¹⁹⁶⁶. Desde otra perspectiva, el modelo causalista reserva cualquier discusión de lo subjetivo a la culpabilidad, defendiendo una concepción objetiva del injusto en la que no se valoran las circunstancias individuales del hecho.

Este tipo de modelos no son acordes con la visión propuesta en esta tesis, ya que se concentran únicamente en el dictado del principio consecuencialista no utilitarista y terminan por desvirtuar la esencia del enfoque subjetivo-normativo. Incluso el propio JAKOBS en su Trat. sostiene que la imputación penal está orientada a las capacidades individuales y trasciende a los roles¹⁹⁶⁷. Por el contrario, si definiendo la convivencia armónica del principio consecuencialista no utilitarista con el principio deontológico, este último obliga a sumar al juicio del mencionado baremo objetivo -general o invariable- la valoración de un baremo individualizado, que atienda al contexto personal del imputado y tome en cuenta sus características y circunstancias personales no solo a nivel de culpabilidad, sino también a nivel de injusto. Es decir que incorpore el análisis de capacidades individuales como baremo de medición del conocimiento. Únicamente la reunión de ambos baremos, como consecuencia de la reunión de ambos principios (consecuencialista no utilitarista y deontológico) me permitirá ser fiel a la esencia del enfoque subjetivo-normativo, conforme ha sido expuesto.

¹⁹⁶⁶ CARO JOHN, "Imputación objetiva", en *Revista peruana de doctrina y jurisprudencia penales*, N° 7, 2006, pp. 249-251.

¹⁹⁶⁷ JAKOBS, *Derecho Penal Parte General...*, 2ª ed., p. 172.

En consecuencia, el enfoque subjetivo-normativo adopta una síntesis del contexto social, como fuente del baremo objetivo -general o invariable-, y del contexto individual, como fuente del baremo subjetivo. Respondo entonces afirmativamente a la pregunta acerca de si los elementos individuales vinculados a las capacidades del sujeto son relevantes para el juicio de imputación dolosa. Asimismo, respondo que la valoración de dichos elementos individuales debe ser relevante no sólo en sede de culpabilidad, sino también en sede de antijuridicidad. El límite a su valoración deberá estar marcado por su relevancia con relación al principio de evitabilidad. La síntesis de ambos contextos otorga alta capacidad de rendimiento a la teoría, toda vez que:

- Por una parte, el análisis del contexto social y la aplicación de estándares generales otorga una dosis de cierta objetividad necesaria para el juicio de imputación. Indica que se trata de un juicio que no apunta a la personalidad del individuo, sino al hecho concreto. En este punto, con relación a la temeridad (dolo eventual), STARK sostiene que la presencia de cierta objetividad no es fatal para una teoría de la indiferencia culpable¹⁹⁶⁸.
- Por otra parte, el análisis del contexto individual y el establecimiento de un estándar subjetivo operan como límites a la aplicación de los estándares generales en el caso concreto. La implicación de elementos individualizados de valoración a nivel del injusto permite el establecimiento de estándares cualificados y estándares atenuados. Así, se permite la valoración de casos de individuos desafortunados, que no pueden atender a un estándar general, sea por falta de inteligencia, por falta de poder de concentración, por falta de memoria, por torpeza (*through clumsiness*)¹⁹⁶⁹. Estos casos ponen en evidencia por qué un baremo que mida la antijuridicidad penal de una conducta no puede ser meramente objetivo y por qué determinadas consideraciones propias del juicio de culpabilidad pueden influir en el juicio de injusto.

Son relevantes en este punto las afirmaciones de DUFF, quien critica el dualismo cartesiano y, en general, a los dualistas epistemológicos contemporáneos. Argumenta que cada individuo solo tiene su propia experiencia y que existe insuficiente información para establecer criterios generales a partir de la experiencia individual. Cita el ejemplo de una persona que dice “ouch” al sentir dolor y sostiene que no se dispone de suficiente información para concluir a partir de ello que cuando otras

¹⁹⁶⁸ STARK, *Culpable Carelessness...*, p. 258. Acerca del estándar objetivo y su vinculación con la defensa de que “todos hacen lo mismo”, ver HUSAK, “The “But Everyone Does That” Defense”, en HUSAK, *The Philosophy of Criminal Law. Selected Essays*, Oxford University Press, 2010, p. 342.

¹⁹⁶⁹ HALPIN, *Definition in the Criminal Law*, p. 154.

personas digan “ouch” también sea porque sienten dolor¹⁹⁷⁰. Comparto la idea de DUFF en el sentido de que un baremo general no puede reemplazar el análisis de las circunstancias individuales de cada persona a efectos de determinar la imputación dolosa en el caso concreto. Sin embargo, no creo que ello lleve al extremo de sostener que sea imposible establecer criterios generales de orientación. La teoría de la imputación objetiva en el Derecho penal continental es claro ejemplo de que ello es posible.

Justamente la síntesis de ambos contextos permite evitar los graves problemas de legitimidad y eficacia de los enfoques psicológicos del dolo, así como poner un freno al proceso objetivador del dolo de algunos enfoques normativos que reservan la valoración de cualquier elemento subjetivo al nivel de la culpabilidad o sencillamente lo omiten. En realidad, podría afirmarse que la separación entre baremos objetivos y baremos subjetivos tiene un impacto procesal antes que sustantivo. En esa línea, es claro DUFF cuando sostiene que los criterios del hombre razonable y de la creencia razonable son criterios de responsabilidad para los objetivistas, mientras que para los subjetivistas pueden constituir una evidencia más de lo que el imputado en realidad conoció o creyó¹⁹⁷¹. Esta perspectiva plantea una especie de punto intermedio entre los enfoques psicológicos y el normativismo objetivador, en el que se encuentra el enfoque subjetivo-normativo.

Concluyo este punto con un ejemplo de una propuesta de teoría de imputación subjetiva que de alguna forma tiene en cuenta esta síntesis de contextos. Se trata de la teoría de HALPIN en Reino Unido. El profesor inglés inicia su exposición aludiendo a una serie de casos tipo que extrae de la jurisprudencia de su país y que muestran las distintas formas de imputación subjetiva existentes en el Derecho penal inglés. Distingue tres grupos de casos, que evidencian además la relación de progresividad que existen entre las distintas formas de imputación subjetiva. El primer grupo está constituido por aquellos casos en los que el imputado está dispuesto a través de su conducta a provocar un daño a la víctima. Se trata de supuestos de intención. El segundo grupo está constituido por aquellos casos en los que el imputado está dispuesto a través de su conducta a exponer a un riesgo irracional de daño a la víctima. Agrupa aquí supuestos de intención y de temeridad subjetiva, según los postulados del caso *Regina v Cunningham* (1957)¹⁹⁷². A su vez, distingue diversas manifestaciones de este grupo de casos, según la configuración del riesgo de daño. Así, distingue casos de riesgo irracional y grave de daño; casos de riesgo irracional de daño grave; y casos de riesgo irracional y grave de daño grave. Finalmente, el tercer grupo está constituido por aquellos casos en los que el imputado a través de su

¹⁹⁷⁰ DUFF, *Intention, Agency, and Criminal Liability...*, pp. 162-163.

¹⁹⁷¹ DUFF, *Intention, Agency and Criminal Liability...*, p. 151.

¹⁹⁷² *R v Cunningham* [1957] 3 WLR 76, [1957] 2 QB 396.

conducta expone irracionalmente a la víctima a un riesgo irracional de daño. Aquí distingue a su vez dos supuestos. Por un lado, aquel en el que el imputado tiene la capacidad de apreciar y evitar el riesgo. Por otro lado, aquel en el que el imputado no tiene la capacidad de apreciar y evitar el riesgo¹⁹⁷³.

Esta clasificación le permite a HALPIN poner en evidencia que la frontera entre dolo e imprudencia no es nada clara y proponer un test de responsabilidad penal que se sustenta en tres interrogantes. La primera pregunta tiene como finalidad distinguir entre conductas culpables y conductas puramente accidentales (¿El imputado ha participado de un hecho que ha causado un daño prohibido, el cual se espera que cualquier persona razonable con capacidades normales en las circunstancias hubiera evitado?). La segunda pregunta tiene como objeto distinguir entre conductas criminalmente culpables y conductas moral o civilmente culpables (¿El fallo en evitar dicha conducta en dichas circunstancias es lo suficientemente grave para justificar (merecer) la responsabilidad penal?). Finalmente, la última pregunta apunta a individualizar la responsabilidad penal (¿Podía esperarse que el imputado, dadas sus capacidades mentales y físicas, hubiera evitado esta conducta?). Se trata de un test que se sustenta claramente en estándares subjetivo-normativos. Su evaluación apunta a tres elementos: qué puede esperarse de la persona razonable, qué es suficientemente grave para justificar la responsabilidad penal, qué capacidades del imputado son relevantes y qué importancia se les debe atribuir¹⁹⁷⁴. La síntesis se muestra claramente.

Con relación a la segunda circunstancia que aconseja que el enfoque subjetivo-normativo atienda tanto a las condiciones del contexto social como a las del contexto personal del imputado, debo indicar que mi propuesta apunta a un enfoque normativo con matices particulares, ya que, a diferencia de las propuestas más radicales, en mi caso, no considero correcto negar el contenido descriptivo de las instituciones propias de la teoría del delito y su influencia en todo juicio normativo, especialmente si se trata de la atribución de un elemento subjetivo del delito, como ocurre en el caso del juicio de imputación dolosa. La explicación que hace PUPPE en ese sentido es muy clara:

“Toda afirmación normativa, si es que pretende tener algún sentido, ha de tener un contenido descriptivo (...). Constituye un error metódico de la dogmática jurídico penal normativista, actualmente dominante, rechazar o abandonar las distinciones descriptivas a causa de su equivocidad y limitarse a desarrollar un discurso sobre las fórmulas normativas de valoración”¹⁹⁷⁵.

¹⁹⁷³ HALPIN, *Definition in the Criminal Law*, pp. 127-132.

¹⁹⁷⁴ HALPIN, *Definition in the Criminal Law*, pp. 133-135.

¹⁹⁷⁵ PUPPE, “Naturalismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal moderna”, en *El Derecho penal como ciencia. Método, teoría del delito, tipicidad y justificación*, B de F, 2014, p. 137.

A ello añade que todo juicio de valor implica, según su sentido, hechos, de manera que no puede ser independiente de afirmaciones descriptivas. Explica que ello fue demostrado por HARE¹⁹⁷⁶ a través de un sencillo experimento:

“Imaginemos que una persona dice de dos cuadros que uno es bueno y el otro malo. A la pregunta de en qué se diferencian los cuadros en sus propiedades empíricas, esta persona responde que no puede señalar ninguna diferencia empírica entre ellos, sino solamente que un cuadro es bueno y el otro malo. Un juicio de valor de estas características lo calificaríamos de absurdo y a aquel que lo pronuncia, de persona rara. Sin embargo, los normativistas no proceden de modo distinto cuando, con la alusión a la ambigüedad y vaguedad de las afirmaciones empíricas se recluyen en el nivel valorativo y creen, entonces, poder hacer allí afirmaciones inequívocas”¹⁹⁷⁷.

Al respecto, existe jurisprudencia española que, de forma más o menos clara, se pronuncia sosteniendo que el juicio de imputación subjetiva debe recurrir a un sustrato fáctico¹⁹⁷⁸. Es el caso, por ejemplo, del auto dictado por la sección sexta de la Audiencia Provincial de Barcelona el 08 de junio de 2015 en el proceso penal seguido contra Lionel Andrés Messi Cuccittini. En dicha resolución se establece que el dolo es un elemento fáctico¹⁹⁷⁹, pero se reconoce que no puede ser probado directamente, sino que debe ser inferido a través de indicadores objetivos. Por su parte, el TC Español, en la sentencia N°126/2012 del 18 de junio de 2012, establece que no cabe efectuar reproche constitucional alguno cuando la condena pronunciada en apelación no altera el sustrato fáctico sobre el que se asienta la Sentencia del órgano *A quo*. Añade que el enjuiciamiento sobre la concurrencia de los elementos subjetivos del delito forma parte, a estos efectos, de la vertiente fáctica del juicio que corresponde efectuar a los órganos judiciales, debiendo distinguirse del mismo el relativo a la estricta calificación jurídica que deba asignarse a los hechos una vez acreditada su existencia. Dicha línea jurisprudencial se sustenta a su vez en los criterios expuestos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en diversos casos. Al respecto, cita la

¹⁹⁷⁶ Ver más en HARE, *The Language of Morals* (trad. Murstein), Clarendon Press, 1952, parte II, cap. 5.2.

¹⁹⁷⁷ PUPPE, “Naturalismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal moderna”, pp. 155-156, quien presenta como ejemplo de este “círculo normativista” de la dogmática jurídico-penal moderna la vaguedad del concepto de peligro y la ambigüedad del criterio de la realización de un peligro.

¹⁹⁷⁸ Sin embargo, no puedo afirmar que exista una tendencia jurisprudencial al respecto. En un sentido muy distinto, por ejemplo, la sentencia del TSE N° 717/2014 del 29 de enero de 2015 establece que la calificación de una conducta como dolosa forma parte del proceso de subsunción y no es un elemento fáctico. Así, señala expresamente que la pretensión de los recurrentes, quienes cuestionaban la calificación dolosa de la conducta imputada, no implicaba una modificación del hecho probado, ni una revaloración de la prueba sino una declaración jurídica relativa a la subsunción jurídica de los hechos.

¹⁹⁷⁹ Establecer que el dolo es un hecho puede plantear problemas procesales en aquellos sistemas en los que el recurso de casación se limita a cuestiones jurídicas. Al respecto, ver LAPORTA, *El dolo y su determinación en Casación...*, p. 14.

sentencia del 13 de diciembre de 2011 en el caso Valbuena Redondo c. España, en el que el aludido tribunal afirmó que la existencia de una voluntad de defraudar a la Hacienda Pública era una cuestión de hecho, y la sentencia del 22 de noviembre de 2011 en el caso Lacadena Calero c. España, en la que señaló lo siguiente:

“(…) cuando la inferencia de un tribunal ha tenido relación con elementos subjetivos (como en este caso la existencia de dolo eventual), no es posible proceder a la valoración jurídica de la actuación del acusado sin haber tratado previamente de probar la realidad de esta actuación, lo que implica necesariamente la verificación de la intención del acusado en relación a los hechos que se le imputan”.

Debo precisar que no comparto todos los extremos del razonamiento de los tribunales judiciales en los casos citados. Sin embargo, considero importante destacar una idea recurrente en las resoluciones anotadas, que es aquella que indica que el juicio de imputación dolosa debe tener siempre un referente fáctico. Ese punto debe ser compartido y aplicado a cualquier juicio normativo de imputación. Ahora bien, debo anotar que, en ninguno de estos casos, los órganos de justicia precisan cómo deberá efectuarse la verificación del referente fáctico. Ello es peligroso, puesto que deja abierta la posibilidad de aplicar criterios propios de los enfoques psicológicos, con las consecuencias nefastas que han sido debidamente anotadas en esta tesis. Por ello, considero importante la adopción de un enfoque subjetivo-normativo, como el que en estas líneas propongo.

El establecimiento de un juicio subjetivo-normativo de imputación, si bien implica el abandono de la indagación psicológica de los estados mentales del imputado, no impide considerar que aquello que es objeto de imputación tiene un correlato con la realidad, con un elemento fáctico, que puede y debe ser probado en el proceso penal. Ahora bien, cabe preguntarse cuál es la diferencia entonces entre el enfoque subjetivo-normativo y los tan cuestionados enfoques psicológicos. Mientras que los últimos explican el dolo como algo que debe ser encontrado en la mente del imputado y probado en el proceso penal, mi propuesta concibe al dolo como un juicio normativo que, para atribuir determinadas consecuencias jurídicas, acude a referentes de significado -como el conocimiento- que se expresan en la conducta del imputado. No se infiere entonces algo que está en la mente del sujeto. Se imputa una determinada condición que se expresa a través de la conducta humana. Las formas de expresión de dicha condición son indicadores o elementos objetivos que en efecto pueden ser probados en el proceso penal, al contar con un sustrato fáctico. Entonces, desde el enfoque subjetivo-normativo, en el proceso penal se prueban determinados indicadores objetivos, que son formas de comportamiento que, según el contexto social y el contexto personal, expresan las condiciones de ejercicio en el caso concreto de un referente de significado, el conocimiento; lo cual permite el juicio de

imputación (dolosa o imprudente) en el caso concreto. Lo que se infiere entonces son las condiciones para el conocimiento y se hace a partir de hechos susceptibles de prueba en el proceso penal. En ese sentido, es correcto sostener que los elementos subjetivos del delito tienen un sustrato fáctico. Ese sustrato está constituido por la conducta del imputado que expresa el conocimiento del riesgo típico o algún defecto de dicho conocimiento.

En este punto, creo pertinente hacer referencia a la propuesta de PÉREZ BARBERÁ, que ha sido ampliamente explicada en el segundo capítulo de esta tesis¹⁹⁸⁰. Este autor propone que el dolo no debe ser identificado ni con el conocimiento ni con la voluntad ni con ningún otro hecho psíquico o físico. Se trata de una afirmación que comparto desde que afirmo que el dolo es un juicio normativo de imputación. Añade luego el profesor argentino que el dolo debe ser entendido como una propiedad que caracteriza casos genéricos y que puede afirmarse no por la presencia o ausencia de un determinado dato empírico, sino por la racionalidad epistémica de su presencia o de su ausencia. Ello trae como consecuencias, por ejemplo, la posibilidad de negar el dolo en casos en los que existe intención de realizar el peligro inherente a la acción o afirmar el dolo en casos en los que no existe representación efectiva del peligro. Se trata de postulados que guardan razonabilidad. A partir de ello, sin embargo, debo distanciarme de la propuesta de PÉREZ BARBERÁ, quien sostiene que los estados mentales son hechos disposicionales comprobables empíricamente, que deben constatarse y no atribuirse al imputado en el proceso penal. Desde su perspectiva, el dolo no debe probarse, pero sí los datos psíquicos y físicos que resultan relevantes para el contexto dogmático específico. Añade a ello que su teoría tiene como finalidad avalar metodológicamente una praxis jurisprudencial intuitiva en materia de prueba de datos psíquicos.

En mi opinión, si bien debe compartirse la distinción que PÉREZ BARBERÁ realiza entre dolo y conocimiento, así como tener en cuenta como criterio de análisis la racionalidad epistémica de la presencia o ausencia del conocimiento; entiendo que su teoría termina por defender un enfoque psicológico, al acudir a la prueba de los estados mentales como paso previo al juicio de subsunción dolosa. Defiende entonces un sistema de inferencia de estados mentales, que, si bien no asimila al dolo, sí utiliza como ingrediente del aludido juicio de subsunción. En esa medida, la pretendida finalidad de avalar metodológicamente una praxis jurisprudencial intuitiva en materia de prueba de datos psíquicos, a mi criterio, es peligrosa y colisiona con el principio de seguridad jurídica. No me queda claro que la práctica jurisprudencial llegue siempre a resultados acertados. Por el contrario, la amplia revisión efectuada por PUPPE¹⁹⁸¹ de la jurisprudencia

¹⁹⁸⁰ PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual...*, pp. 815 y ss.

¹⁹⁸¹ PUPPE, *La distinción entre dolo e imprudencia*, pp. 96-101.

alemana o las observaciones de GIMBERNAT¹⁹⁸² y CORCOY BIDASOLO¹⁹⁸³ con relación a la jurisprudencia española en materia de dolo dan cuenta de criterios contradictorios y de intuiciones que llevan muchas veces a soluciones erradas.

Por lo expuesto, el enfoque subjetivo-normativo que defiende no implica acudir a criterios de inferencia de estados mentales, sino más bien a la prueba de hechos objetivos o situaciones fácticas accesibles al juzgador que son indicadores de referentes valorativos expresados por el comportamiento humano. Concibo entonces al conocimiento como un referente de significado que se expresa a través de la conducta humana y no como un estado mental que se encuentra afincado en la mente del sujeto. Profundizo en la fundamentación de esta idea en el siguiente acápite.

Termino con una breve precisión acerca del proceso de inferencia, que desarrollo más adelante y el cual puede ser entendido de diversas maneras, según la teoría que lo adopte¹⁹⁸⁴. Lo que en esta tesis se rechaza es la inferencia de elementos internos o de la mente del ser humano, puesto que resulta poco nítida la diferencia entre dicho proceso de inferencia y las presunciones de dolo propias de los enfoques psicológicos antes comentados. Ello en atención a que, bajo un enfoque psicológico, no existe qué inferir. Al menos, no existe algo tangible y accesible al conocimiento humano que pueda ser objeto de inferencia. Al respecto, vale preguntarse con TAYLOR¹⁹⁸⁵, cómo es posible que el Derecho penal pretenda hacer algo que ni siquiera la psicología o la medicina ha conseguido: inferir aquello que supuestamente está en la mente del sujeto sin antes estudiar a profundidad ello que supuestamente está en la mente del sujeto.

Distinto es el caso en el que existen indicadores objetivos que pueden ser probados y, a partir de los cuales, pueden formularse procesos de inferencia, que tienen como punto de partida una situación objetivamente verificable y contrastable. En efecto, ANDERSON, SCHUM y TWINING señalan que el razonamiento inferencial es una habilidad humana básica y que todos realizamos inferencias a partir de pruebas. Citan varios ejemplos ilustrativos. Si un perro ladra, uno infiere que alguien se acerca a la casa; si una bocina suena fuerte detrás de mí, infiero que el conductor está impaciente o enojado. Se trata siempre de indicadores¹⁹⁸⁶. En el mismo sentido, NIEVA explica que los hechos de un proceso se determinan casi siempre a través de inferencias. Cita el caso de la muerte de una persona, que puede constar directamente; sin embargo, el

¹⁹⁸² GIMBERNAT ORDEIG, *Ensayos Penales*, pp. 405 y ss.

¹⁹⁸³ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente...*, 2ª ed., pp. 264 y ss.

¹⁹⁸⁴ Al respecto, ver TARUFFO, *La prueba de los hechos*, 2ª ed., y NIEVA, *La duda en el proceso penal*.

¹⁹⁸⁵ TAYLOR, "Concepts of Intention in German Criminal Law", pp. 99-127.

¹⁹⁸⁶ ANDERSON, SCHUM, TWINING, *Análisis de la prueba*, p. 79.

juez debe acudir a inferencias para determinar la identidad del fallecido y la causa de la muerte¹⁹⁸⁷.

3.2. Referente de significado: Conocimiento

Corresponde ahora fundamentar cuál debe ser el referente de significado que, en concreto, constituye el objeto del juicio subjetivo-normativo a ser efectuado por la *teoría de las condiciones para el conocimiento*.

Lo expuesto en los acápites precedentes ha dejado claramente establecido que los móviles o sentimientos del autor son ajenos a dicha valoración. Sin embargo, el conocimiento y la intención también han sido tradicionalmente concebidos como estados mentales del sujeto activo del delito¹⁹⁸⁸. Así, los enfoques psicológicos han identificado el dolo con el conocimiento o con la intención entendidos ambos como estados mentales que se encuentran en el interior del autor y que deben ser descubiertos en el proceso penal, en el mejor de los casos, a través de un proceso de inferencia o, en el peor escenario, simplemente presumidos. Incluso algunos enfoques normativos -muy especialmente aquellos que he clasificado como enfoques normativos volitivos- no terminan de abandonar la concepción de intención y conocimiento como estados mentales que son objeto de la imputación. Se trata, en consecuencia, de enfoques aparentemente normativos en los que el juicio de atribución debe ser antecedido por un proceso de inferencia o descubrimiento de la conducta interna del sujeto, para luego aplicar a la misma los criterios normativos correspondientes. Con ello, estos enfoques normativos pretenden reducir los problemas de ilegitimidad y de imposibilidad de prueba de los enfoques psicológicos, pero de ninguna manera los eliminan. Un ejemplo de este tipo de enfoques me parece encontrarlo en el siguiente caso.

Se trata de la declaración de un abogado ante un Tribunal Militar Canadiense. La cuestión era determinar si el imputado, que había disparado contra un miembro de la Real Fuerza Aérea Canadiense tomado prisionero por los alemanes, hiriéndolo sin matarlo, había tenido la intención de causar su muerte. El abogado planteó el asunto ante el Tribunal Militar de la siguiente manera:

“La intención no puede ser probada, sino que debe ser inferida de los actos manifiestos. La mejor evidencia es la de los actos concretos (...). El Tribunal no puede ingresar a la mente del imputado. El individuo puede

¹⁹⁸⁷ NIEVA, *La duda en el proceso penal*, pp. 21-22 y 163, quien además precisa que en el ámbito jurisdiccional, por más que se pretenda lo contrario, no es posible alcanzar habitualmente algo mejor que una probabilidad preponderante.

¹⁹⁸⁸ STUCKENBERG, “Problems of Subjective Imputation...”, p. 312, propone una estructura básica de imputación subjetiva, con pretensiones de universalidad, la cual depende de posibles combinaciones de estados epistémicos, como son el conocimiento, la previsión y la ignorancia, y de estados emocionales, como son la intención, el propósito y la indiferencia.

manifestar con vehemencia cuáles fueron sus intenciones, pero esa evidencia está sujeta a la fragilidad humana y a la perfidia humana. En consecuencia, la intención se presume del acto manifiesto. Es una simple aplicación del principio de que las acciones hablan más fuerte que las palabras y, yo añadiría, con frecuencia más verazmente (...)¹⁹⁸⁹. (Traducción libre del autor)

Dichas afirmaciones contienen información verdadera. Es cierto que la intención no puede probarse y más cierto es todavía que la mejor evidencia de la intención se encuentra en la conducta concreta del imputado. El problema está en seguir concibiendo la intención como un estado mental, como algo que está en la mente del sujeto y que debe ser descubierto.

Considero que esto último es un error. La intención y el conocimiento no son entes que se encuentran en la mente del sujeto. Son, en cambio, referentes de significado para la imputación o, más concretamente, cualidades que distinguen la conducta humana y que se expresan en la acción penalmente relevante, la cual corresponde al contenido descriptivo que ha de tener, según PUPPE, toda afirmación normativa que pretenda tener algún sentido. Coincido entonces con lo afirmado por FLETCHER, quien, superando el dualismo cartesiano, advierte que mente y cuerpo están estrechamente interrelacionados, por lo que sería un error aludir a “estados mentales” como eventos psicológicos que tienen vida por sí mismos, independientemente de su manifestación en una acción¹⁹⁹⁰.

El enfoque subjetivo-normativo aquí defendido no solo niega que el dolo sea un estado mental, puesto que constituye el propio juicio normativo de imputación, sino que además niega que algún estado mental pueda ser objeto de dicho juicio. En consecuencia, en el proceso penal, no deberá probarse o inferirse estado mental alguno, sino más bien las condiciones objetivas que permiten atribuir al imputado los referentes de significado que su conducta expresa. Esos referentes que se expresan o manifiestan en la conducta del imputado pueden ser la intención y el conocimiento. Para la *teoría de las condiciones para el conocimiento*, únicamente resulta relevante el conocimiento, ocupando la intención una posición accesoria o dependiente del conocimiento. A continuación, fundamento estas afirmaciones.

WITTGENSTEIN ha sostenido que la intención no debe ser concebida como una emoción, un sentimiento, una sensación o una imagen, ni tampoco como un estado de la consciencia. Al respecto, LUBAN aprecia que la intención es más bien la disposición del sujeto a planificar sus actividades¹⁹⁹¹.

¹⁹⁸⁹ Extracto de: “Record of Proceedings of the Trial by Canadian Military Court of Johann Neitz held at Aurich, Germany, 15-20 March 1946”. Citado por CASSESE et al (revised by), *Cassese's International Criminal Law*, 3ª ed., Oxford University Press, 2013, p. 57.

¹⁹⁹⁰ FLETCHER, *Gramática del Derecho penal*, p. 98.

¹⁹⁹¹ Citado por LUBAN, “Contrived Ignorance”, en *Georgetown Law Review*, N° 87, 1999, p. 974.

Por su parte, DONNELLY-LAZAROV, en una monografía escrita con relación a la tentativa, sostiene que la intención no es un estado mental que los seres humanos estemos en capacidad de descubrir, sino más bien una cualidad que distingue la conducta humana. Postula que la intención no se forma a través de nuestros planes, sino que está sujeta a normas de consistencia y de coherencia, en el sentido de que una persona no puede intentar aquello que es imposible. Explica entonces que es más preciso hacer referencia a la acción intencional antes que a una intención. En esa medida, los seres humanos actúan de una manera definida y restringida por su naturaleza básica compartida, en particular por su posesión de habilidades definitorias como la capacidad de tener razones, querer, saber, creer, pensar, moverse, etc. La conciencia de todo lo que hacemos se explicará por el hecho de que estamos ineludiblemente constituidos y donde no actuamos así, realmente no actuamos. Esta manera distintivamente humana de actuar puede ser descrita como intencional. Prosigue DONNELLY-LAZAROV explicando que la intención no es algo que se encuentre “en” nosotros, ya sea como una experiencia que tenemos, un estado de ánimo o incluso como una cualidad que existe en alguna forma pura. Por el contrario, explica que la intención es “de nosotros”. Concluye que las intenciones no son algo que el ser humano tenga, por lo que no pueden ser *desenterradas* de la conciencia o *adivinadas* de nuestra experiencia, de lo cual deduce que el sistema de justicia penal, al buscar las intenciones del imputado, suele basar su responsabilidad en algo que los imputados no tienen. Finaliza la profesora inglesa afirmando que es la dimensión humana la que da a nuestra acción su forma intencional y es precisamente esta forma la que nos hace, única y exclusivamente, responsables de lo que hacemos¹⁹⁹². Se trata de una propuesta, a mi criterio acertada, que supera el dualismo cartesiano y concibe a la intención como una cualidad que se expresa en la conducta de los seres humanos y le da sentido.

De igual manera, concibo el conocimiento como una cualidad que se expresa a través del comportamiento humano y le proporcionado el significado de doloso. La explicación que presento a continuación es de índole estrictamente jurídico penal. Mi objetivo es precisar qué significa el conocimiento para la teoría jurídica que propongo y no definirlo desde un punto de vista científico. Tampoco pretendo brindar una fundamentación filosófica del conocimiento como fenómeno humano, ya que ello desbordaría el objeto de la presente investigación.

Puntualizado ello, debo reiterar que no concibo el conocimiento como un estado mental del ser humano¹⁹⁹³, sino como una cualidad que se expresa en su

¹⁹⁹² DONNELLY-LAZAROV, *A Philosophy of Criminal Attempts*, Cambridge University Press, 2015, pp. 17-34.

¹⁹⁹³ Una visión conceptual distinta presenta VARELA, *Dolo y error. Una propuesta para una imputación auténticamente subjetiva*, pp. 179 y 188, para quien el conocimiento es ante todo un

conducta y le da sentido. Según HUSAK, hasta hace medio siglo, existía consenso en entender que el conocimiento de una proposición consistía en la suma de tres componentes, que se traducían en la expresión “creencia verdadera y justificada”¹⁹⁹⁴. Incluso diversos autores contemporáneos se expresan en esa misma dirección. En el caso de VARELA, quien reconoce que el conocimiento generalizado que existe sobre los modos de comportamiento humano es menos preciso, a la vez que cambiante, que el conocimiento que se da en relación con las leyes provenientes de las ciencias naturales. En esa medida, afirma que el conocimiento, como relación de congruencia subjetivo-objetiva, requiere una condición subjetiva (que el sujeto crea en una determinada realidad), una condición objetiva (la creencia subjetiva debe encerrar el carácter de verdad) y una condición procedimental (la creencia debe ser justificada, lo que implica su racionalidad). De ello deriva que las creencias racionales falsas dan lugar a casos de error y las creencias racionales verdaderas dan lugar a casos de conocimiento¹⁹⁹⁵.

En mi opinión, admitir una concepción de conocimiento como creencia depende básicamente de los criterios que se adopten para justificar la creencia y establecer su racionalidad. Sin perjuicio de que más adelante presentaré algunas ideas sobre la racionalidad de la confianza del sujeto en la realización de un riesgo típico, que no es más que otra forma de hacer alusión al conocimiento como creencia justificada, debo adelantar que sólo es admisible una concepción que abandone la visión estrictamente psicológica del conocimiento. En esa medida, no es aceptable el planteamiento de la creencia como estado mental del imputado. Lo que interesa es más bien el juicio de probabilidad que habilita la racionalidad (justifica) dicha creencia.

Desde la perspectiva del Derecho penal, la pregunta acerca de lo que un ser humano conoce o ha conocido está incorrectamente formulada. La interrogante adecuada es aquella que indaga por el juicio de probabilidad que la conducta de un ser humano expresa acerca del riesgo creado y cómo este es aprehendido por el sujeto. En consecuencia, la *teoría de las condiciones para el conocimiento* no indaga por el conocimiento que existió en la mente del imputado, sino por qué juicio de probabilidad expresa su conducta. Es ese el conocimiento accesible al Derecho penal como referente de significado del juicio de imputación dolosa.

estado o acto mental. Desde su punto de vista, son fuentes del conocimiento la experiencia, la razón, la intuición y, en menor medida, la autoridad, la revelación y la fe.

¹⁹⁹⁴ HUSAK, “Willful Ignorance, Knowledge, and the Equal Culpability Thesis: A Study of the Deeper Significance of the Principle of Legality”, en HUSAK, *The Philosophy of Criminal Law. Selected Essays*, Oxford University Press, 2010, p. 212.

¹⁹⁹⁵ VARELA, *Dolo y error. Una propuesta para una imputación auténticamente subjetiva*, pp. 194-199.

DÍAZ ARANDA expone las características del conocimiento humano que debe ser objeto del proceso penal. Me interesa destacar algunos aspectos del estudio del profesor mexicano acerca de las formas de conocimiento que expresa la conducta humana que configura un delito. Con relación al conocimiento de los elementos descriptivos, DÍAZ ARANDA distingue el juicio de necesidad del juicio de probabilidad. Explica que el juicio de necesidad está conformado por el conocimiento nomológico, que es el conocimiento general de la experiencia humana, y por el conocimiento ontológico, que es el conocimiento de los hechos. Sostiene entonces que no es factible que el ser humano posea todos los conocimientos nomológicos y ontológicos, por lo que no le es posible emitir juicios de necesidad. En cambio, el ser humano sí está en condiciones de emitir juicios de probabilidad, en los que se distingue entre la probabilidad subjetiva, que hace referencia al conocimiento experimental y fáctico de un individuo determinado, y la probabilidad objetiva, que es un juicio de validez general. Detalla DÍAZ ARANDA que, en la planificación de un delito, el sujeto acude a sus conocimientos nomológicos generales y, al realizar los actos preparatorios y ejecutorios del delito, entran a tallar los conocimientos ontológicos, pero al mismo tiempo el sujeto aplica sus conocimientos nomológicos. Cita al respecto el ejemplo del sujeto que dispara a otro en la cabeza. En dicho caso, quien dispara tiene conocimientos ontológicos, puesto que sabe que tiene frente a él a la víctima y que su pistola está cargada, pero también conocimientos nomológicos, ya que sabe que si dispara a la cabeza las probabilidades de muerte de la víctima son altas. Sin embargo, no puede realizar un juicio de necesidad, ya que no sabe si efectivamente se producirá el resultado. Añado yo que su conocimiento se limitará a un pronóstico de la idoneidad del riesgo creado, más no podrá establecer certeza alguna. En cuanto a los conocimientos superiores o especiales, sostiene DÍAZ ARANDA que, si el sujeto los posee, ya no procede valorar sus actos dentro de una mayoría a la que no pertenece sino conforme a la minoría en que lo sitúan sus conocimientos. En cuanto a los conocimientos potenciales, deben ser excluidos de la valoración. Respecto de los conocimientos normativos del tipo objetivo, explica que éstos requieren de una comprensión espiritual, bastando con que el sujeto tenga conocimiento de la especial significación y función que poseen en la vida social los hechos designados con tales conceptos¹⁹⁹⁶.

En esa línea, puedo afirmar como conclusión preliminar que el conocimiento de los seres humanos no está constituido por juicios de necesidad, sino que tiene carácter experimental y fáctico, estando constituido por juicios de probabilidad, que atienden tanto a un baremo general (juicio de probabilidad objetiva) como a un baremo individual (juicio de probabilidad subjetiva). Esto me permite argüir que el conocimiento es una construcción de cada sujeto, según expectativas

¹⁹⁹⁶ DÍAZ ARANDA, *Dolo. Causalismo-finalismo-funcionalismo y la reforma penal en México*, Ed. Porrúa, 2007, pp. 118 y ss.

generales (sentido social) y circunstancias personales (contexto individual del imputado), que se expresa en su conducta.

En esa medida, entiendo que el conocimiento no puede ser asimilado con aquello en lo que el sujeto centra su atención conscientemente en un determinado espacio o en un determinado momento¹⁹⁹⁷. Por el contrario, el conocimiento tiene más que ver con disposiciones del sujeto que se expresan en su conducta. Al respecto, STARK, en la tesis sobre imputación subjetiva más recientemente publicada en Reino Unido, formula la interrogante de qué significa ser consciente de un riesgo. Formula su respuesta señalando que ser consciente de que existe un riesgo particular es coextensivo de creer que existe dicho riesgo particular. Cuando el profesor inglés hace referencia a las creencias del imputado, no se refiere a estados mentales, sino -en la línea de lo afirmado en esta tesis- a las disposiciones del sujeto que se expresan a través de su conducta. Así, explica que las creencias se atribuyen a un agente sobre la base de sus disposiciones existentes, antes que a partir de aquello en lo que centra su atención conscientemente en un momento dado¹⁹⁹⁸.

Ahora bien, STARK da un paso más y fiel a la tradición del Derecho anglosajón, se pregunta acerca de cómo probar el conocimiento. Al respecto, brinda la siguiente explicación:

“De toda la evidencia se pregunta al jurado si el imputado era consciente del riesgo relevante. Esto es consistente con tomar en cuenta no sólo el testimonio del imputado acerca de su experiencia mental, sino también sus acciones y respuestas conductuales, y quizás sus procesos cognitivos (si son evidentes), para decidir si tiene las disposiciones que son consistentes con creer que existía el riesgo concreto”¹⁹⁹⁹.

Cabe destacar dos puntos de esta explicación. En primer lugar, destaca el hecho de que el conocimiento se expresa en las acciones y respuestas conductuales antes que a través de la improbable exteriorización de procesos cognitivos. Por ese motivo, STARK propone considerar estos últimos únicamente cuando sean evidentes, lo que hemos visto que es altamente improbable. En segundo lugar, la consistencia constituye un elemento determinante para entender el conocimiento como referente de significado de la conducta. Lo que interesa a efectos de determinar si una persona actuó dolosamente es evaluar las

¹⁹⁹⁷ VARELA, *Dolo y error. Una propuesta para una imputación auténticamente subjetiva*, pp. 173-174, siguiendo a SEARLE, distingue niveles de consciencia. En el ámbito geográfico de la consciencia, diferencia el centro de la periferia de la atención humana. En el ámbito temporal, distingue el nivel de la consciencia actual del nivel de la consciencia supra-actual, en el que se encuentra el saber o conocimiento estático, que perdura en la mente de los seres humanos y al que pueden acudir cuando lo necesitan.

¹⁹⁹⁸ STARK, *Culpable Carelessness...*, pp. 92-99.

¹⁹⁹⁹ STARK, *Culpable Carelessness...*, p. 110.

disposiciones que expresa su conducta, a efectos de decidir si son consistentes con la atribución de la creencia que existía el riesgo concreto (conocimiento).

En suma, el conocimiento no es un elemento ontológico que acompañe al sujeto de forma sólida y plena en el momento que realiza una conducta típica. En este mismo sentido, se pronuncia MOORE, quien afirma que muchas de las acciones que hacemos, con la intención de hacerlas, y por las que se nos culpa, son realizadas mientras tenemos literalmente “nuestras mentes en otra cosa”. Por ello, sostiene que es preferible entender el término “consciente” para hacer referencia a una capacidad, a una disposición, que consiste en la habilidad de dirigir la atención a la acción que se pretende si surge la necesidad, y la capacidad de establecer cuál era la intención si surge esa necesidad²⁰⁰⁰. Del mismo modo, en Reino Unido, DUFF identifica el conocimiento con la conducta humana y no con el pensamiento:

“Mi conocimiento de lo que hago, de su contexto y de sus efectos probables, se muestra (al igual que mis intenciones) en mis acciones y reacciones: en la forma en que mis acciones están modeladas hacia mis fines; en lo que digo o no digo si me preguntan sobre lo que estoy haciendo (...); en mi falta de sorpresa por lo que realmente sucede. Así también, mi falta de conocimiento se muestra en la forma en que mis acciones fallan (...) y en mi sorpresa cuando veo lo que ha sucedido. La concurrencia o no de ciertos pensamientos explícitos resulta irrelevante para saber si realmente soy consciente de lo que estoy haciendo: mis acciones pueden manifestar mi conciencia, aunque no pasen por mi mente en dicho momento pensamientos explícitos acerca de los hechos relevantes. La concurrencia de tales pensamientos será una manifestación del conocimiento únicamente si los primeros están adecuadamente relacionados con mis acciones y reacciones”²⁰⁰¹.

Las afirmaciones del profesor inglés son concluyentes. El conocimiento no es un estado mental, al menos no lo es desde el prisma del Derecho penal. A nuestra ciencia lo que interesa es aquello que la conducta humana (las acciones y las reacciones) muestra. Lo mismo ocurre con los defectos de conocimiento. No son estados mentales. El error se manifiesta también a través de la conducta humana.

A ello cabe añadir una idea adicional ampliamente desarrollada por DUFF. Las acciones del ser humano expresan conocimiento, aun cuando este no se haya producido como pensamiento explícito al momento de actuar. Esto implica distinguir formas de conocimiento. En un artículo de 1983, el profesor inglés

²⁰⁰⁰ MOORE, “Intention as a marker of moral culpability and legal punishability”, p. 196.

²⁰⁰¹ DUFF, *Intention, Agency and Criminal Liability...*, pp. 160-161.

distingue tres niveles de conocimiento: explícito, tácito y latente. Define el conocimiento explícito como aquel que se encuentra referido a las proposiciones contempladas conscientemente por el imputado. Se trata de la consciencia del riesgo. En cambio, el conocimiento tácito es de carácter disposicional²⁰⁰². Es aquel que se expresa en las acciones y reacciones del sujeto, en la forma en que sus acciones están modeladas hacia sus fines, en qué dice el sujeto cuando se le pregunta acerca de lo que está haciendo, en su sorpresa o falta de sorpresa frente a determinadas situaciones. Finalmente, el conocimiento latente es de carácter pasivo, es aquel conocimiento que el imputado tiene acerca del riesgo en general²⁰⁰³. En una publicación posterior, DUFF reemplaza su clasificación tripartita por un modelo bipartito, en el que conocimiento explícito y tácito constituyen el conocimiento actual, que es aquel que acompaña la actuación del sujeto. Por otro parte, el conocimiento latente es aquel que el sujeto tiene almacenado y a disposición si lo solicita²⁰⁰⁴.

No se trata de una propuesta extraña al Derecho penal continental. Como recuerda GIMBERNAT ORDEIG, fue PLATZGUMMER quien, respecto de cierta clase de elementos del tipo existentes en el momento de la acción, planteó que no hacía falta tener consciencia de ellos en sentido estricto -consciencia actual- para que pudiera afirmarse el dolo, ni mucho menos que el autor “considerara y decidiera” el mal vinculado al delito, sino que era suficiente que existiese una “co-consciencia”. Lo “co-consciente” se caracteriza porque, “como tal, no es consciente ni atendido explícitamente”. Un ejemplo de ello ocurre con ocasión del elemento típico “funcionario”, en el que es muy posible que el funcionario público que malversa fondos del Estado no piense, al realizar el delito, en esa cualidad personal suya; a pesar de lo cual no podrá alegar que ha actuado sin dolo respecto de su cualidad funcional²⁰⁰⁵. En palabras de PLATZGUMMER:

“Es muy posible que el funcionario que malversa no piense, al realizar el delito, en esa cualidad personal suya, pero no por ello podrá alegar que ha actuado sin dolo respecto de su cualidad funcional: cuando alguien pregunta por esa cualidad, el sujeto no necesita, para contestar, ningún esfuerzo de la memoria sino que la respuesta está siempre inmediatamente disponible en base a la vivencia inmediata y actual, sin necesidad de reflexionar y sin los característicos fenómenos que se presentan cuando uno se acuerda de algo”²⁰⁰⁶.

²⁰⁰² STARK, *Culpable Carelessness...*, pp. 111-120.

²⁰⁰³ DUFF, “Caldwell and Lawrence: the retreat from subjectivism”, pp. 78-85.

²⁰⁰⁴ DUFF, *Intention, Agency and Criminal Liability...*, p. 159. Una clasificación parecida en MOORE, *Act and Crime. The Philosophy of Action and its Implications for Criminal Law*, pp. 151-152, quien distingue entre consciencia y pre-consciencia.

²⁰⁰⁵ GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios de Derecho penal*, 2ª ed. ampliada, pp. 188 y ss.

²⁰⁰⁶ PLATZGUMMER, *Die Bewusstseinsform des Vorsatzes*, Viena, 1964, p. 59, citado por DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, p. 60.

Cabe indicar que, según esta propuesta, resulta insuficiente el conocimiento meramente potencial, por lo que aboga por la posibilidad de aprehensión de ciertos elementos del tipo con un grado más leve de consciencia sin la necesidad de una actualización expresa en su psique. Basta entonces la co-consciencia, en especial respecto de aquellos elementos del tipo que consisten en características y obligaciones más o menos duraderas del sujeto. Según DÍAZ PITA, lo co-consciente es “aquel contenido de la consciencia al que no se atiende de modo explícito, sino de forma implícita y que se observa de modo necesario y automático”²⁰⁰⁷.

Dos casos aclaran el panorama. El primero es expuesto por el propio DUFF y consiste en el caso de un conductor de automóviles. Este sujeto tiene un amplio bagaje de conocimiento latente acerca de la conducción de automóviles. Así, por ejemplo, conoce cómo manejar, qué riesgos implica manejar, cuáles son las reglas de tránsito vigentes, etc. También tiene conocimientos latentes acerca de su propio automóvil, de los lugares en los que suele conducir su automóvil, las ubicaciones de los controles policiales, las características de las calles, etc. El conductor tiene conocimiento de dichas circunstancias aun cuando no lo utilice para guiar sus pensamientos o acciones. En efecto, mientras conduce su automóvil, piensa en otras cosas como los asuntos que discutirá en la reunión de trabajo a la que se dirige. Su conocimiento acerca de la conducción de automóviles se convierte en actual únicamente cuando lo utiliza para guiar sus pensamientos o acciones. Por ejemplo, cuando reduce la velocidad frente a un rompe muelles de cuya ubicación tiene conocimiento por haber transitado múltiples veces en dicho lugar o cuando conduce en un camino sumamente resbaloso cubierto por la nieve.

El segundo caso es planteado por STARK. Se trata de un profesor que camina siempre hacia la universidad. Como es evidente, conoce el camino, pero no “hace consciente” dicho conocimiento cuando camina. Sin embargo, si un turista que desea llegar a la universidad para asistir a un evento académico le pregunta al profesor el camino, al darle las direcciones, hará explícito su conocimiento sobre el camino²⁰⁰⁸.

²⁰⁰⁷ DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, pp. 60-63, quien se manifiesta en contra de afirmar la validez general de la teoría de la co-consciencia, al considerar que implicaría una ampliación objetivista y desproporcionada del concepto de dolo. La misma autora (p. 65) cita a KOHLER, *Vorsatz begriffund Bewusstsein des Vorsatzes*, GA 1981, p. 290, quien sostiene que la teoría de PLATZGUMMER “encubre una presunción (naturalmente prohibida) de dolo”. Frente a dichas críticas, DÍAZ PITA (p. 66) propone una precisión a la tesis de PLATZGUMMER, en el sentido de que la síntesis psíquica no se desarrolla siempre de forma automática, sino que se trata de un proceso individual. Ello en atención a que “no todos los sujetos tienen la misma capacidad de percepción y reflexión ante una situación determinada y es por ello que dicha teoría no nos sirve, como patrón general”.

²⁰⁰⁸ STARK, *Culpable Carelessness. Recklessness and Negligence in the Criminal Law*, Cambridge University Press, 2016, p. 115.

Ambos ejemplos deben ser entendidos en el contexto normativo expuesto y no en un sentido naturalista, que no es claramente su pretensión. De ambos casos, puede extraerse una conclusión fundamental: El conocimiento no es algo concreto y determinado (léase, “consciencia específica”) que acompañe a las personas mientras que realizan conductas. Por ende, el conocimiento no constituye un ser o un elemento ontológico que pueda ser descubierto, probado o inferido. Por el contrario, el conocimiento es un referente de significado de la conducta del ser humano. En esa medida, lo que hay que probar -y se puede probar con las herramientas del debido proceso penal- es la conducta. El conocimiento es entendido entonces como un referente de significado expresado en un hecho -la conducta humana- que debe y puede ser probado en el proceso penal a efectos de aplicar el juicio subjetivo-normativo de imputación dolosa. Esto implica que en ningún caso puede tratarse de un conocimiento presunto. Así, no cabe interpretar que la imputación del conocimiento latente se basa en una intuición o presunción del juzgador. El conocimiento siempre debe poder ser probado en un debido proceso en el que se respeten las garantías esenciales del modelo de Estado, de acuerdo a lo descrito en el primer capítulo.

Otro aspecto importante a ser apuntado es que el conocimiento resulta relevante tanto para la imputación dolosa como para la imputación imprudente. Sin embargo, debe adelantarse que el contenido del conocimiento se expresa de forma distinta en uno y otro caso. Al respecto, CORCOY BIDASOLO es clara al señalar que, en los supuestos de imprudencia consciente, el sujeto tiene que contrarrestar el conocimiento del riesgo que posee (por ejemplo, a través de un defecto del conocimiento), a efectos de que no se le formule una imputación dolosa²⁰⁰⁹. Este punto será desarrollado en el acápite 5 cuando trate acerca de la distinción entre dolo e imprudencia.

Finalmente, explico por qué resulta suficiente tener en cuenta el conocimiento como referente de significado de la conducta y no debe acudir también a un elemento volitivo como la intención. Existen tres razones que fundamentan esta opción.

En primer lugar, según una de las premisas establecidas en el primer capítulo de esta tesis, el modelo de democracia constitucional que defiende debe configurar un Derecho penal de hecho, en el que se sanciona penalmente únicamente aquello que es evitable para los ciudadanos. En esa medida, el enfoque subjetivo-normativo debe imputar únicamente conductas típicas realizadas por el autor del delito y nunca sustentarse en el resultado de la conducta o en otro elemento distinto a aquello que es por definición evitable: el comportamiento del ser humano. De tal premisa, se deriva la suficiencia del elemento cognitivo del dolo y la accesoriedad del elemento volitivo. En el primer capítulo de esta tesis,

²⁰⁰⁹ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente...*, p. 252.

fundamenté dicha afirmación. Sin embargo, creo conveniente ratificar y añadir algunos datos a la misma. Para ello creo pertinente recordar la teoría de HRUSCHKA expuesta ampliamente en el segundo capítulo de esta tesis. Plantea el profesor alemán un concepto de dolo como conocimiento, en el que el elemento volitivo constituye un elemento de menor rango y de innecesaria valoración. Entiende que entre intención y conocimiento existe una relación de dependencia según la cual, siempre que un autor lleva a cabo una determinada conducta bajo unas determinadas circunstancias, conociendo el carácter de la acción y las circunstancias, quiere también realizar tanto la conducta como las circunstancias en cuestión²⁰¹⁰. Desde esta perspectiva, sería una auto contradicción plantear que no se quiso hacer aquello que se hizo conscientemente. En el mismo sentido y con mayor precisión, CORCOY BIDASOLO y SILVA SÁNCHEZ en España²⁰¹¹ han defendido la idea de que el dolo se deriva necesariamente de la actuación voluntaria del sujeto al que puede imputarse el conocimiento del riesgo típico, sin ser necesaria la prueba de algún elemento volitivo adicional. Bajo dicha premisa, el elemento volitivo está contenido ya en el “comportamiento humano voluntario”, resultando únicamente necesario sumar el “conocimiento exacto del riesgo típico” como elemento característico de la conducta dolosa. Desde el enfoque propuesto en esta tesis, si la intención es entendida como una cualidad que se expresa en la conducta humana y le da sentido, necesariamente se hace referencia a la intención como expresión de un comportamiento humano voluntario y, en esa medida, resulta un elemento accesorio al conocimiento.

Ahora bien, la irrelevancia del elemento volitivo no es solamente planteada desde enfoques normativos, sino también desde algunas propuestas psicológicas. Es el caso de GRECO, quien sostiene que puede existir dolo altruista e imprudencia egoísta. Argumenta que no se excluye el dolo de matar en el caso de una persona que, a pedido de una víctima que no aguanta más las agonías de un cáncer que todavía puede acarrearle años, le administra una inyección letal; mientras que no es suficiente para justificar una conducta dolosa el mero odio que un médico desatento tiene frente a su paciente²⁰¹². En consecuencia, el

²⁰¹⁰ HRUSCHKA, *Imputación y Derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, 2ª ed., p. 183.

²⁰¹¹ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente...*, 2ª ed., pp. 244 y ss. y SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., p. 648 y ss. Vid. Supra Capítulo II, 4.7.2 y 4.7.3.

²⁰¹² GRECO, “Comentario al artículo Ramon Ragués”, p. 73. La propuesta del dolo de este autor se encuentra en GRECO, “Dolo Sem Vontade”, p. 891, donde propone que la conducta dolosa es aquella que el autor realiza con dominio. En consecuencia, el conocimiento es el factor subjetivo fundamental para que se pueda considerar que el autor actuó con dominio o control sobre aquello que estaba en vías de realizar. Cabe añadir que el propio GRECO califica su propuesta como una de naturaleza psicológica. Sin embargo, en mi opinión, su razonamiento posee una alta capacidad de rendimiento y puede ser valorado desde una perspectiva normativa, específicamente en lo que se refiere a la suficiencia del elemento cognitivo del dolo

elemento volitivo no sólo no juega un rol en la determinación del dolo, sino que su inclusión podría conllevar a resultados incorrectos.

Una segunda razón que fundamenta la preminencia del elemento cognitivo y la no valoración de un elemento volitivo reside en el peligro que significa incorporar a la teoría un elemento volitivo independiente del actuar voluntario del sujeto, ya que se trataría muy posiblemente de intención concebida como actitud frente al resultado típico. Ello implica no solo abandonar la concepción aquí asumida de intención, sino además reingresar al pantanoso terreno de los enfoques subjetivos, con toda la carga negativa que ello implica. En otras palabras, la única forma de asumir que la intención no es dependiente del conocimiento es “evarla” nuevamente a la categoría de elemento emocional o de disposición propia de la concepción causalista del delito tantas veces criticada.

Finalmente, una tercera razón que explica mi opción por el conocimiento como referente de significado del enfoque subjetivo-normativo es su alta capacidad de rendimiento, no sólo para establecer el juicio de apreciación del riesgo, sino también el juicio de evitación del mismo. En ese sentido, HALPIN señala que “es considerado normal para los seres humanos con la capacidad de apreciar el riesgo también poseer la capacidad de evitarlo”²⁰¹³. Ello va acorde además con la defensa cerrada que he hecho del principio de evitabilidad como una de las bases del Derecho penal propio de un Estado social y democrático de Derecho. Si el juicio de imputación se basa en el conocimiento, entonces únicamente se sancionarán penalmente aquellas conductas en las que el sujeto haya contado con la posibilidad de evitarlas, lo cual es corroborado en el análisis de la propia conducta que expresa el conocimiento del riesgo típico.

3.3. Condiciones de imputación: Disposición del conocimiento

Corresponde ahora exponer el tercer aspecto esencial de la teoría: las condiciones de imputación, que son aquellos elementos que indican que el sujeto dispone de conocimiento en un caso concreto. Se trata del deber limitado de conocimiento del riesgo típico, la posibilidad efectiva de conocimiento del riesgo típico y la imposibilidad de confianza racional en la no realización del riesgo típico. A continuación, detallo en qué consiste cada uno.

3.3.1. *Deber limitado de conocimiento*

Al hacer referencia al deber limitado de conocimiento como una condición del juicio subjetivo-normativo de imputación, surge la necesidad de señalar cuál es la concepción de deber que utilizo en la presente tesis. Debo precisar, sin embargo, que no es materia de la presente tesis, ni sería materialmente posible,

²⁰¹³ HALPIN, *Definition in the Criminal Law*, p. 138.

hacer una presentación de las distintas teorías sobre el deber jurídico. Únicamente haré mención entonces a una arista de este tema, que es el principio de que el deber jurídico no debe asimilarse con el deber moral o con el derecho positivo, sino más bien con la conducta humana y la evitabilidad individual. Esa arista interesa a efectos de proponer que toda introducción de deberes de conocimiento en una teoría de la imputación subjetiva como la que defiendo debe ser limitada y sujeta al tamiz previo del principio de culpabilidad.

En una definición convencional, el deber jurídico suele vincularse al deber moral. Se sostiene que el deber es aquella situación jurídica subjetiva que implica que una persona tenga una determinada obligación en virtud de un precepto legal, moral o religioso. En el uso cotidiano, deber es definido como “aquello a que está obligado el hombre por los preceptos religiosos o por las leyes naturales o positivas”²⁰¹⁴.

La confusión entre Derecho y moral presente en la definición convencional de deber no es útil para los efectos de la presente tesis. RODRÍGUEZ PANIAGUA explica que la filosofía del Derecho clásica, durante muchos siglos, definió el deber jurídico como una obligación moral, producida por un precepto de Derecho, de cumplirlo. Siglos más tarde fue KELSEN quien defendió, en cambio, una estricta diferenciación entre los conceptos de deber jurídico y de deber moral. Así, sostuvo que el deber moral se identificaba con la convicción psicológica de la obligación, con el sentimiento subjetivo del deber, mientras que el deber jurídico era la individualización de una norma jurídica aplicada a un sujeto. A partir de un análisis histórico, RODRÍGUEZ PANIAGUA concluye, en mi opinión correctamente, que el deber jurídico presenta una estructura esencialmente distinta del deber moral. Mientras que el deber moral dirige sus exigencias al individuo como tal, el deber jurídico se las dirige en cuanto miembro de la colectividad, en cuanto responsable de un orden que ha de ser observado y mantenido en la colaboración social. Por eso, el deber jurídico no necesita ser reconocido por cada uno en particular, sino que se apoya en una instancia objetiva, en la realidad de un orden objetivo de valores²⁰¹⁵. Ahora bien, acoger estas ideas no implica entender que el deber jurídico está vinculado de forma exclusiva al Derecho positivo, conforme lo entendía KELSEN.

En el ámbito de la dogmática penal, me interesa rescatar la propuesta de KINDHÄUSER, quien, en un texto en el que analiza la teoría del dominio del hecho, formula una interesante propuesta acerca de aquello que concibe como deber y

²⁰¹⁴ Fuente: Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.

²⁰¹⁵ RODRÍGUEZ PANIAGUA, “El deber jurídico y la obligación de obediencia al Derecho”, pp. 69-81. Disponible en: https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-F-1969-10006700082_ANUARIO_DE_FILOSOF%26%23833%3B_DEL_DERECHO_EI_deber_jur%ED dico_y_la_obligaci%F3n_de_obediencia_al_Derecho [consulta: 23 de mayo de 2017].

su vinculación con la conducta humana, antes que con la moral o el Derecho positivo. El profesor alemán inicia su argumentación sosteniendo que el Derecho penal protege bienes jurídicos frente a la producción de cambios desfavorables, o frente a la no-producción de cambios favorables, por la vía de la producción de normas. Explica entonces que, mediante prohibiciones, se proscriben formas de comportamiento que producen cambios desfavorables o impiden cambios favorables, y, mediante mandatos, se prescriben formas de comportamiento que producen cambios favorables o impiden cambios desfavorables²⁰¹⁶. A partir de ello, argumenta que el concepto de deber expresa la vinculación que existe entre la norma jurídico penal y su destinatario en atención a la capacidad de acción de este último. En palabras del profesor alemán:

“El concepto de deber expresa la vinculación del destinatario a la norma en atención a su propia capacidad de acción. Esto quiere decir, a la inversa: si A mata a B habiendo sido capaz de realizar la intención de evitar dar muerte a B a través de su comportamiento, entonces a él resulta imputable su comportamiento a título de infracción de deber. En la sistemática del delito, la dimensión intelectual de la capacidad de acción es objeto de comprobación bajo la etiqueta “dolo”. Y la infracción de deber puede ser designada como el injusto (subjetivo) de la acción típicamente relevante. El reproche de haber quebrantado la prohibición del homicidio consiste, entonces, en que alguien no ha evitado intencionalmente la causación de la muerte de otro ser humano, a pesar de haber sido capaz de hacerlo. Cuál sea el motivo por el cual alguien ha puesto una causa para la muerte de otro, es enteramente irrelevante bajo la prohibición del homicidio. No necesita en modo alguno tratarse de un comportamiento finalmente dirigido a la producción de la muerte. Al autor sólo se reprocha haber causado la muerte de otro a través de su comportamiento, a pesar de que él habría podido evitarlo en pos del seguimiento de la norma”²⁰¹⁷.

Dos ideas deben ser destacadas de la argumentación precedente. En primer lugar, los motivos de la conducta resultan irrelevantes a efectos de determinar la infracción o el cumplimiento de un deber. En segundo lugar, el reproche del Derecho penal se sustenta en el principio de evitabilidad. Por ende, el concepto de deber está íntimamente vinculado a la existencia de evitabilidad individual. Ese es el concepto que asumo en la presente tesis.

Por otro lado, las precisiones efectuadas por KINDHÄUSER proporcionan, en mi opinión, herramientas útiles para diferenciar lo que es un deber limitado de conocimiento, como el vínculo que existe entre una norma jurídico penal y su destinatario en atención a la evitabilidad individual de este último, y lo que es una incumbencia de conocimiento, como regla de conducta.

²⁰¹⁶ KINDHÄUSER, “Infracción de deber y autoría – una crítica a la teoría del dominio del hecho”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 14, 2011, p. 45.

²⁰¹⁷ KINDHÄUSER, “Infracción de deber y autoría – una crítica a la teoría del dominio del hecho”, p. 46.

Si bien en el primer capítulo se hizo referencia a la problemática de las incumbencias, cabe ahondar un poco más en su posible aplicación como parte de una teoría de la imputación subjetiva. Cabe entender que las incumbencias son reglas de conducta, que se distinguen de las normas y de los deberes. SÁNCHEZ-OSTIZ distingue tres niveles del concepto “obligación”: la norma (prohibitiva, prescriptiva o permisiva) que se encuentra en el plano más abstracto; el deber (prohibición o mandato) y la permisión (facultad), que se encuentran a nivel de reglas de conducta; y las incumbencias (de conocer y de disposición) que operan como instrumentos de concreción de la norma de deber y permisión²⁰¹⁸. Cabe entonces diferenciar el concepto de deber del de incumbencia. Al respecto, MAÑALICH explica:

“(…) por “deber” cabe entender (…) la concreta exigencia de comportamiento que se obtiene, como conclusión, a partir de la respectiva norma (de prohibición o de requerimiento) en tanto razón para la omisión o la ejecución de una acción (principal). Por “incumbencia”; en cambio, cabe entender una exigencia “secundaria” de comportamiento, susceptible de ser fundamentada a través de un silogismo (“secundario”) construido sobre la premisa constituida por el de desiderátum de asegurar la posibilidad y la propia capacidad de quedar en condiciones de omitir o ejecutar, en conformidad a deber, la correspondiente acción principal”²⁰¹⁹.

En consecuencia, las incumbencias son reglas pensadas en interés del propio destinatario, su lesión no inflige daño a terceros, su cumplimiento no puede ser exigido por el ordenamiento jurídico y su seguimiento queda librado a la voluntad de su destinatario. En terminología kantiana, son imperativos hipotéticos y no categóricos. Del concepto de incumbencia, puede distinguirse el de lesión de incumbencia, la cual no podría resultar en sí misma antijurídica²⁰²⁰.

¿Qué clases de incumbencias existen? Para SÁNCHEZ-OSTIZ existen dos clases de incumbencias, de conocimiento y de disposición:

“(…) incumbe al destinatario conocer tanto los datos fácticos (tengo delante a una persona y no un animal), como los contenidos normativos (está prohibido matar a otro), que son condiciones de aplicabilidad de la norma (¡prohibido matar!) en el caso concreto (...). Y por otro, le incumbe también mantenerse en disposición de poder cumplir el deber ejerciendo la voluntad tanto para actuar (evitando la pérdida de control y ejerciendo la volición), como para actuar motivadamente por la norma conocida (evitando perder la voluntariedad requerida para seguir el deber)”²⁰²¹.

²⁰¹⁸ SÁNCHEZ-OSTIZ, “¿Incumbencias en Derecho penal?.- Depende”, p. 14.

²⁰¹⁹ MAÑALICH, *Norma, causalidad y acción...*, p. 134.

²⁰²⁰ MONTIEL, “¿Existen las *Obliegenheiten* en el Derecho penal?”, p. 10.

²⁰²¹ SÁNCHEZ-OSTIZ, “¿Incumbencias en Derecho penal?.- Depende”, p. 15.

Según los teóricos que han trabajado el tema de las incumbencias, la consecuencia de su infracción no es la imposición de una sanción, sino “el restablecimiento de la imputación que se vio inicial y provisionalmente interrumpida por el defecto de imputación”²⁰²². Al respecto, se puede distinguir la consecuencia directa de la infracción de una incumbencia, que es la imposibilidad de alegar una eximente, de la consecuencia indirecta, que es la imposición de la pena.

En el primer capítulo, sostuve que la aplicación de las incumbencias en Derecho penal podía ser admisible únicamente cuando se tratase de supuestos de imputación extraordinaria y siempre y cuando estuviera sujeta a límites. Ahora bien, no encuentro razón para trasladar sin más la noción de incumbencia a una teoría de la imputación subjetiva, en la que el principio de culpabilidad y el resultante criterio de evitabilidad individual son límites infranqueables de la intervención penal. El principio de dignidad humana es un imperativo categórico, mientras que cualquier formulación a partir de incumbencias tendrá siempre un carácter de imperativo hipotético. En una teoría de deberes limitados de conocimiento, el reproche penal sólo podrá ser dirigido a quien realiza una conducta que infringe una norma jurídico penal, a pesar de haber estado en condiciones de evitar la realización de dicha conducta. En esa medida, el único deber de conocimiento que cabe imputar es aquel que expresa la vinculación del destinatario de la norma en atención a su propia capacidad de acción. Dependerá del caso concreto establecer cuáles eran las condiciones en las que actuó el imputado y, en consecuencia, cuáles eran los hechos cuyo conocimiento puede exigírsele a título de deber limitado.

En este punto, vale la pena hacer un breve apunte a la diferencia que la dogmática penal plantea entre deberes negativos y deberes positivos, ya que a partir de ello es posible establecer el carácter limitado de los deberes (e incumbencias) de conocimiento²⁰²³. Se trata de una distinción que se remonta a la teoría de TOMÁS DE AQUINO y que ha sido planteada por JAKOBS en la dogmática penal. Para el profesor alemán, los deberes negativos impiden al sujeto ampliar su ámbito de organización a costa del de los demás, lo que se traduce en un deber de no dañar a los demás a través de la configuración del propio ámbito de organización. Se trata de deberes que aseguran de forma óptima la existencia humana. En cambio, los deberes positivos se atribuyen a quienes ocupan posiciones especiales, quienes no sólo deben garantizar que no dañan a terceros, sino que incluso deben fomentar un círculo de organización

²⁰²² SÁNCHEZ-OSTIZ, “¿Incumbencias en Derecho penal?.- Depende”, p. 20.

²⁰²³ Acerca de la discusión sobre la legitimidad de establecer deberes generales negativos y deberes generales positivos y el marco del “Estado social de Derecho”, ver GARZÓN VALDÉS, “Los deberes positivos generales y su fundamentación”, en *Doxa*, N° 3, 1986, pp. 17-33. Ver también BAYÓN MOHÍNO, “Los deberes positivos generales y la determinación de sus límites: (observaciones al artículo de Ernesto Garzón Valdés)”, en *Doxa*, N° 3, 1986, pp. 35-54.

ajeno. A diferencia de los primeros, los deberes positivos son deberes de solidaridad²⁰²⁴. En su Trat., a propósito del tema de imputación objetiva, JAKOBS explica:

“En caso de responsabilidad por organización, el papel del autor se define siempre negativamente. Se trata de evitar daños. (...) La hechura del rol ha de ampliarse cuando el autor es garante del dominio de un riesgo especial. Entonces, al rol pertenece todo lo que es necesario para conseguir que no sobrevenga un resultado. (...) En caso de responsabilidad institucional, el papel nunca se define a través del deber de evitar un resultado, sino a través de un espectro de interacciones (...). A este espectro también pueden pertenecer (...) la activación de capacidades especiales; por lo general, los deberes institucionales apuntan, sin embargo, a un rendimiento estándar”²⁰²⁵.

En España, ROBLES PLANAS ha estudiado y analizado la propuesta del profesor alemán, advirtiendo que en la doctrina existen dos tendencias erróneas. Por un lado, aquella que asimila la distinción entre deberes positivos y negativos con la de acción y omisión²⁰²⁶, postulando que las conductas omisivas infringirían deberes positivos mientras que las activas infringirían deberes negativos. Por otro lado, la tendencia que asimila la idea de prestación positiva, fomento o mejora de la situación de otro con los deberes positivos, mientras que el daño, empeoramiento o menoscabo tendría que ver con los deberes negativos. Postula entonces que la distinción entre deberes negativos y deberes positivos no tiene que ver con la configuración naturalística del comportamiento, sino con el distinto fundamento de cada deber. Mientras los deberes negativos se basan en el deber intersubjetivo de respeto hacia los demás (*nemimen laedere*), los deberes positivos se fundamentan en el deber de contribuir al bienestar de los demás²⁰²⁷.

En un sentido crítico con relación a la propuesta de JAKOBS, ROBLES PLANAS propone que los deberes negativos permiten la imputación directa del daño a quien los infringe, mientras que los deberes positivos sólo deben permitir una imputación indirecta o débil, ajena a la imputación objetiva del resultado. A partir de ello, distingue los deberes positivos generales, que se dirigen a todos los ciudadanos y se fundamentan en la solidaridad intersubjetiva, de los deberes positivos especiales, que se dirigen únicamente al portador de un “estatus especial”. Cita como ejemplos de deberes positivos generales el deber de socorro y el deber de tolerancia en el estado de necesidad agresivo y como ejemplo de deber positivo especial el caso de un funcionario público. Concluye

²⁰²⁴ Una explicación detallada en ROBLES PLANAS, “Deberes negativos y positivos en Derecho penal”, en *InDret Penal*, N° 4, 2013, pp. 3 y ss.

²⁰²⁵ JAKOBS, *Derecho Penal Parte General...*, 2ª ed., p. 252-253.

²⁰²⁶ Al respecto, ver GARZÓN VALDÉS, “Los deberes positivos generales y su fundamentación”, pp. 19 y 27-28.

²⁰²⁷ ROBLES PLANAS, “Deberes negativos y positivos en Derecho penal”, en *InDret Penal*, N° 4, 2013, pp. 4-5.

que la sanción penal de ambas clases de deberes positivos no se deriva de los tipos comisivos de la Parte Especial, sino que debe estar expresamente prevista²⁰²⁸. Postula entonces una interpretación limitada de los deberes positivos, con lo que estoy totalmente de acuerdo, más aún si se tiene en cuenta que dichos deberes solo podrán establecerse cuando se trate de determinadas instituciones, como la función pública, y no de cualquier tipo de organización social.

En mi opinión, la distinción entre deberes negativos y positivos otorga una herramienta de fortalecimiento del principio de culpabilidad, al evitar que prosperen propuestas como la de PAWLIK²⁰²⁹, que postula la existencia de un amplio deber de los ciudadanos de contribuir con las funciones del Estado de velar por el bienestar general. Los deberes de contribución del ciudadano no pueden transformarse, en el marco de una teoría del delito respetuosa de los principios del Estado social y democrático de Derecho, en incumbencias de conocimiento, salvo que nos encontremos frente a deberes institucionales específicos y limitados, como es el caso de los funcionarios públicos que tienen el rol de cautelar el patrimonio público. En resumen, un supuesto deber de contribución del ciudadano para el mantenimiento de la vigencia normativa no resulta suficiente para fundamentar un quiebre del criterio de evitabilidad y, en suma, del principio de culpabilidad. Los límites al ejercicio del poder punitivo del Estado no admiten una teoría de la imputación subjetiva que deje abierta la puerta a un deber de cooperación del ciudadano (a través de normas de determinación o a través de la pena) que permita una eventual imposición indiscriminada de deberes específicos de conocimiento.

Como bien sostiene KINDHÄUSER, al autor o al partícipe de un delito sólo se le sanciona penalmente por haber infringido una norma (o lesionado o puesto en peligro un bien jurídico) a través de su conducta, a pesar de que podría haber evitado su realización y cumplido con la exigencia normativa correspondiente. En eso consiste una teoría de la imputación subjetiva que admita de forma limitada deberes de conocimiento y no una teoría que admita deberes específicos de conocimiento en virtud de un supuesto deber de cooperación del ciudadano con las funciones propias del Estado.

Habiendo definido en términos generales qué entiendo por deber limitado de conocimiento, y como este se aparta de una teoría del deber de cooperación del ciudadano con el Estado, debo añadir que debe tratarse de un deber en el contexto de la interacción. Como bien señala GARCÍA CAVERO, la imputación subjetiva o personalización de la imputación procede cuando las circunstancias personales del imputado permiten atribuirle los conocimientos exigidos por el tipo

²⁰²⁸ ROBLES PLANAS, "Deberes negativos y positivos en Derecho penal", pp. 6-7.

²⁰²⁹ Al respecto, ver PAWLIK, *Ciudadanía y derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades*, passim.

penal²⁰³⁰. En ese sentido, sostiene que es necesario diferenciar el deber de desistir de la actuación propio de la imputación dolosa del deber de cuidado propio de la imputación imprudente. Acogiendo una versión normativa de la teoría de la probabilidad, el profesor peruano explica que para determinar la atribución del deber de conocimiento:

“(…) resulta necesario tener en cuenta la importancia de los intereses protegidos y atender además a las particularidades de los diversos sectores de actuación. En este sentido, el nivel de probabilidad exigido para configurar una responsabilidad penal dolosa será menor cuando se trata de bienes jurídicos personalísimos como la vida, el cuerpo y la salud, mientras que para delitos contra el patrimonio el nivel de probabilidad tendrá que ser mayor. Por otra parte, debe considerarse también el ámbito de actuación en el que se realiza la conducta típica, pues, por ejemplo, en ámbitos con cierta habituación al riesgo (tráfico rodado, por ejemplo) el nivel de probabilidad exigido para configurar el dolo del autor tendrá que ser mucho mayor que en ámbitos en los que no exista esa habituación. Asimismo, habrá que precisar si se trata de un ámbito de actuación con riesgos cubiertos o no, pues en el caso de riesgos cubiertos la imputación dolosa requerirá niveles de probabilidad elevados como para hacer idóneos los mecanismos de protección ya establecidos”²⁰³¹.

Partiendo de la definición de delito como infracción de un rol atribuido a la persona del autor, sostiene que los criterios de imputación del conocimiento deben ordenarse con base en el rol infringido por el autor. Así, explica que las competencias de conocimiento (en otros términos, deberes de conocimiento) que el rol impone al autor son de dos tipos. Por un lado, aquellas basadas en el rol general de ciudadano, que impone el deber negativo a todo ciudadano de configurar su propia esfera de organización sin lesionar a nadie. Cita el ejemplo entonces de un ciudadano que decide comprar un arma. Según GARCÍA CAVERO, se le exige conocer el potencial lesivo del arma y las medidas de aseguramiento idóneas para evitar su uso indebido. Por otro lado, los roles especiales, que obligan positivamente al titular de una posición institucional a mantener una situación socialmente deseable. Al respecto, cita el caso de un padre de familia, que está obligado a conocer la personalidad de su hijo y, por ende, los peligros a los que está expuesto en determinadas situaciones²⁰³².

Prosigue entonces su explicación y concluye que la imputación del conocimiento se lleva a cabo en atención a las competencias de conocimiento y a las circunstancias personales del autor. Esto último se condice con el enfoque subjetivo-normativo adoptado como premisa de la *teoría de las condiciones para el conocimiento*. Según GARCÍA CAVERO:

²⁰³⁰ GARCÍA CAVERO, Derecho Penal Económico. Parte General, t. I, 2ª ed., Ed. Grijley, 2007, p. 510.

²⁰³¹ GARCÍA CAVERO, “La imputación subjetiva y el proceso penal”, p. 134.

²⁰³² GARCÍA CAVERO, “La imputación subjetiva y el proceso penal”, p. 135.

“No obstante, la sola existencia de las competencias de conocimiento no basta para fundamentar la imputación subjetiva. En la medida que la imputación penal no está estandarizada, se requiere individualizar la imputación de los conocimientos exigidos por el rol en las circunstancias personales del autor. En este sentido, la imputación requiere que el autor haya podido alcanzar en sus circunstancias personales los conocimientos exigidos por el rol. Si una persona coge una pistola y dispara a otro a pocos metros de distancia, el conocimiento exigido del carácter lesivo de su conducta podrá imputársele al autor del disparo sin mayor dificultad, pues las circunstancias en las que el autor ejecutó el hecho no le impidieron conocer el carácter mortal de su acción. Distinta sería la situación si el autor estaba en un coto de caza o en un campo de tiro y la víctima se encontraba escondida en un arbusto o detrás de una pared, ya que en estos casos las circunstancias del autor le han impedido al autor conocer el carácter lesivo de su actuación. El conocimiento no se verifica, sino que se imputa en atención a las competencias de conocimiento y las circunstancias personales del autor”²⁰³³.

Teniendo en cuenta lo hasta aquí expuesto, el deber limitado de conocimiento es un elemento que, desde el enfoque tradicional que no comparto y que divide los elementos del delito en objetivos y subjetivos, tendría claras connotaciones objetivas. Desde una perspectiva funcional, en cambio, entiendo que este deber limitado permite la concreción material del principio de evitabilidad en materia de imputación subjetiva. Sin embargo, se trata de una concreción que se produce tanto a efectos de imputación dolosa como de imputación imprudente.

Ahora bien, el deber de conocimiento del agente doloso es distinto al del agente imprudente, en la medida que el deber del primero es calificado y toma en cuenta circunstancias del riesgo concreto creado por la conducta que no necesariamente están presente en el segundo. En ese sentido, señala CORCOY BIDASOLO que el conocimiento de la posibilidad de realización típica es contenido tanto de la imprudencia consciente como del dolo, aunque a este último se suma la ausencia de conocimiento del efectivo peligro creado²⁰³⁴. El siguiente cuadro ilustra la diferencia:

²⁰³³ GARCÍA CAVERO, “La imputación subjetiva y el proceso penal”, p. 135.

²⁰³⁴ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente...*, p. 245.

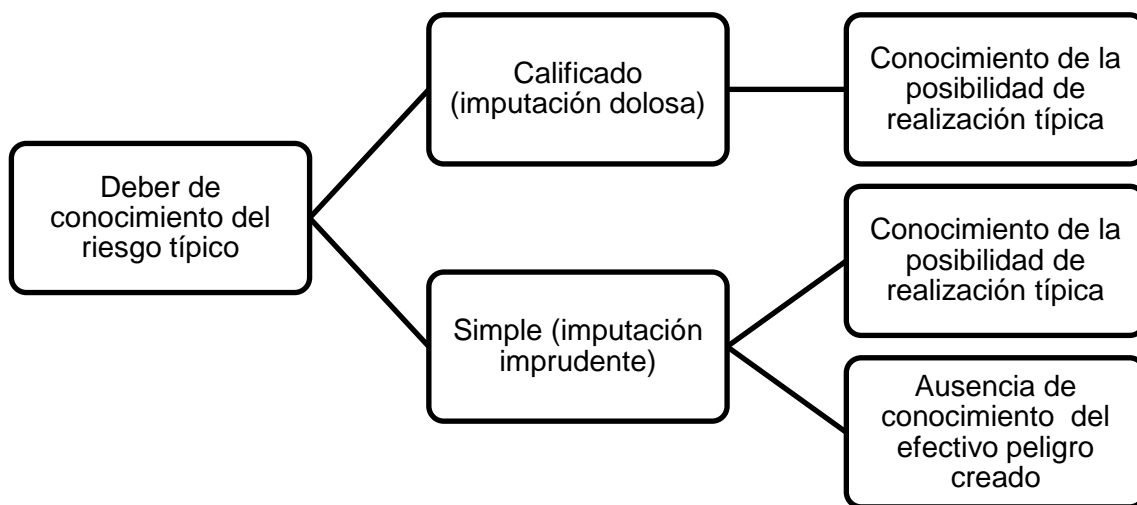


Figura 4.3. Deberes de conocimiento en delitos dolosos y en delitos imprudentes

Por ello, la evaluación del deber limitado de conocimiento no resulta suficiente a efectos de delimitar los casos de dolo de aquellos de imprudencia. En ese sentido, esta primera condición debe ir necesariamente unida a las dos que detallo a continuación: la posibilidad efectiva de conocimiento, que, como he adelantado con la cita de CORCOY BIDASOLO, de alguna forma es común a ambas formas de imputación subjetiva, y la imposibilidad de confianza racional, que es el elemento verdaderamente diferenciador.

3.3.2. Posibilidad efectiva de conocimiento

Esta segunda condición, que indica que el sujeto dispone de conocimiento en un caso concreto, es la más clara manifestación del criterio de evitabilidad y del principio de culpabilidad en la *teoría de las condiciones para el conocimiento*. Parte de la premisa de que una persona no puede ser imputada penalmente, menos aún sometida a sanción penal, si es que no tuvo la oportunidad de evitar incurrir en la infracción normativa que trae como consecuencia una sanción penal.

Si bien no puede identificarse esta condición con la culpabilidad como categoría del delito²⁰³⁵, se trata del punto de mi teoría donde existe mayor contacto entre injusto y culpabilidad. Al respecto, creo pertinente traer a colación dos asuntos relevantes: la posible influencia de los planteamientos de las neurociencias en

²⁰³⁵ O de la imputación personal, como bien precisa MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General*, 10ª ed., pp. 539 y ss.

una teoría de la imputación dolosa y la relevancia de los casos de error psíquicamente condicionados.

Con relación al primer asunto, debo indicar que investigaciones recientes en el campo de las neurociencias vienen teniendo impacto en algunos planteamientos de la teoría general del delito, especialmente por el hecho de que niegan sustento científico a la teoría del libre albedrío. En el primer capítulo, he dedicado el espacio pertinente para tratar los supuestos problemas que este planteamiento suscita, así como la contundente respuesta de la dogmática penal más autorizada, que establece que el poder actuar de otro modo es un criterio jurídico y no ontológico, por lo que los eventuales descubrimientos de las ciencias naturales no tienen por qué afectar directamente las estructuras de base eminentemente normativa. En este punto, sólo resta hacer alusión a algunas precisiones efectuadas por FEIJOO SÁNCHEZ, que evidencian que los planteamientos de las neurociencias no tienen por qué influir, al menos directamente, en una teoría de la imputación dolosa como la que aquí se plantea.

FEIJOO SÁNCHEZ sostiene que la culpabilidad no es una característica natural del ser humano, sino un proceso de imputación social con diversas reglas y criterios, que dependen en gran medida de la función social que desempeñe el Derecho penal. Bajo ese entendimiento, la disputa entre deterministas e indeterministas no es decisiva para el fundamento de la culpabilidad jurídico-penal. Es más, el aporte de las neurociencias no tiene por qué incidir en una teoría del dolo. Como apunta FEIJOO SÁNCHEZ, los neurocientíficos no discuten que el ser humano adopte decisiones, sino que dichas decisiones no son en última instancia libres sino determinadas por multitud de condiciones que no se pueden controlar conscientemente. El mismo autor concluye que las críticas de los neurocientíficos no afectan tanto a la teoría del injusto (capacidad de acción) como a la teoría de la culpabilidad.

En esa medida, el aporte decisivo de las neurociencias podrá aparecer en el ámbito de la capacidad de culpabilidad y en una eventual ampliación de los casos de inimputabilidad²⁰³⁶. E interesará a efectos de una teoría del dolo, solo en la medida que algún elemento de la culpabilidad (por ejemplo, un caso de error psíquicamente condicionado) pueda incidir en el proceso de imputación del dolo.

Pasando al segundo asunto planteado al inicio de este acápite, esto es, a la relevancia de los casos de error psíquicamente condicionados de cara a una teoría de la imputación dolosa, cabe hacer referencia a un trabajo de JOSHI JUBERT, en el que resalta la dificultad dogmática para imponer una medida de seguridad a inimputables que no han realizado una conducta antijurídica, a pesar

²⁰³⁶ FEIJOO SÁNCHEZ, "Derecho penal y Neurociencias. ¿Una relación tormentosa?", pp. 6, 20-21 y 39.

de que las necesidades prácticas de prevención lo reclaman. Analiza aquellos casos en los que la falta de alguno de los presupuestos necesarios para que el hecho sea antijurídico se debe a la situación de inimputabilidad o semiinimputabilidad que sufre el sujeto. Al respecto, advierte:

“(...) puede darse el caso, no inusual, (...) de que un sujeto inimputable o semiinimputable no cometa ningún hecho antijurídico por faltarle la acción (...), por incurrir en un error invencible (...) o bien porque actúa amparado por una causa de justificación (...). También puede suceder que estos sujetos realicen un hecho antijurídico, pero que concurra alguna causa que disminuya el injusto, como por ejemplo un error vencible, o una causa de justificación incompleta (...)”²⁰³⁷.

Con relación a los casos del sujeto inimputable o semiinimputable que actúa en error de tipo invencible, JOSHI postula que es insostenible la solución de aquel sector de la doctrina y jurisprudencia alemana que, a pesar de incluir el dolo y la imprudencia en el injusto, considera que procede aplicar una medida de seguridad postdelictual cuando el sujeto enfermo mental desconoce, debido a su enfermedad, hechos que el hombre medio normal hubiera conocido. En ese sentido, entiende que, si para que un comportamiento humano sea antijurídico se exige dolo o imprudencia, “no hay razón para hacer una excepción con las acciones de los inimputables. Esto significaría recurrir a la analogía o a la extensión teológica contra reo”²⁰³⁸. Explica entonces:

“(...) si teniendo en cuenta su inimputabilidad, el error es vencible, el sujeto podrá ser castigado por imprudencia. Pero, cuando resulte que, debido a la situación personal de inimputabilidad, el sujeto no puede vencer el error, deberá entenderse que se trata de un error invencible que dará lugar a la impunidad”²⁰³⁹.

Añade a ello:

“(...) la presencia o no de dolo, concebido como dolo natural (...) no puede decirse con un criterio normativo sin llegar a conclusiones absurdas. Además, el conocimiento de los hechos se obtiene a través de una experiencia subjetiva, que por tanto difiere en cada sujeto. De suponer que ante unos mismos hechos todo sujeto tiene que haber conocido lo mismo, y que, por tanto, a pesar de que se haya obrado desconociéndolos, se presuma el dolo o la imprudencia en su comportamiento se estará infringiendo el principio de culpabilidad”²⁰⁴⁰.

²⁰³⁷ JOSHI JUBERT, “Algunas consecuencias que la inimputabilidad puede tener para la antijuricidad”, en *ADPCP*, t. 42, fasc/mes 1, 1989, p. 127.

²⁰³⁸ JOSHI JUBERT, “Algunas consecuencias que la inimputabilidad puede tener para la antijuricidad”, pp. 134-135.

²⁰³⁹ JOSHI JUBERT, “Algunas consecuencias que la inimputabilidad puede tener para la antijuricidad”, p. 134.

²⁰⁴⁰ JOSHI JUBERT, “Algunas consecuencias que la inimputabilidad puede tener para la antijuricidad”, p. 134.

Concluye entonces que existe una laguna legal que, a su criterio, debiera ser rellenada con la introducción de un precepto legal que habilite la imposición de medidas de seguridad en estos casos, siempre y cuando se trate de sujetos peligrosos que hayan lesionado un bien jurídico, y exista la posibilidad de que cometan hechos similares en el futuro²⁰⁴¹.

Lo expuesto por JOSHI JUBERT da cuenta de una idea fundamental para mi teoría: las condiciones de imputabilidad del sujeto, cuyo análisis corresponde al juicio de culpabilidad o de imputación personal, pueden tener un impacto relativo en el juicio de imputación subjetiva propio del injusto. Como bien señala JOSHI JUBERT, el conocimiento de los hechos se obtiene a través de una experiencia subjetiva, que es distinta en cada sujeto. No puede entonces fijar una regla objetiva según la cual ante unos mismos hechos todo sujeto tiene que conocer lo mismo. Por el contrario, el respeto del principio de culpabilidad exige que, incluso a nivel de injusto en una teoría de la imputación subjetiva, se valore en lo que resulte pertinente algunas consideraciones que son propias del juicio de culpabilidad, como son los complejos casos de errores psíquicamente condicionados. Ahora bien, ello tiene un límite, como bien explica JAKOBS, cuando sostiene que la evitabilidad individual es independiente de la cognoscibilidad de la regulación jurídica y tiene que ser así porque la cognoscibilidad no aporta nada al poder del autor de realizar o no realizar algo (posibilidad efectiva de conocimiento), sino que sólo da un buen motivo al autor leal al Derecho para utilizar su poder a fin de evitar lo prohibido²⁰⁴².

Finalmente, cabe preguntarse por el contenido de esta segunda condición de la imputación dolosa. Al respecto, HART sostiene que es crucial que aquellos a los que sancionamos penalmente hayan tenido, al momento de actuar, las capacidades físicas y mentales normales para hacer lo que la ley les exigía o abstenerse de lo que les prohibía, y una justa oportunidad de ejercer dichas capacidades²⁰⁴³. En consecuencia, la posibilidad efectiva de conocimiento debe implicar, por un lado, que el sujeto imputado goce de capacidad individual y, por otro lado, que haya tenido la justa oportunidad de ejercer dicha capacidad.

Siguiendo a KESSLER FERZAN, una persona es capaz cuando es un agente moral, esto es, cuando tiene las capacidades (de racionalidad, de autonomía, de emotividad) que los animales, los orates, los muy jóvenes, y los muy intoxicados no tienen²⁰⁴⁴. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que, si bien la capacidad es un referente para el establecimiento de la posibilidad efectiva de conocimiento,

²⁰⁴¹ JOSHI JUBERT, "Algunas consecuencias que la inimputabilidad puede tener para la antijuricidad", p. 140.

²⁰⁴² JAKOBS, *Derecho Penal Parte General...*, 2ª ed., p. 173.

²⁰⁴³ HART, *Punishment and Responsibility...*, p. 152.

²⁰⁴⁴ MOORE, "Intention as a marker of moral culpability and legal punishability", p. 183.

su valoración completa recién podrá operar en sede de culpabilidad y no en el juicio de injusto. Se trata de una precisión algo confusa, pero inevitable mientras se mantenga -al menos, a efectos metodológicos- la rígida distinción entre juicio de injusto y juicio de culpabilidad, cuando en realidad nos encontramos frente al análisis normativo de un fenómeno indivisible: la conducta humana.

Más allá de ello, cabe hacer una precisión adicional. Al haber asumido un concepto de conocimiento como cualidad que se expresa en el comportamiento y le da sentido, así como al haber precisado que la imputación dolosa utiliza como referente el conocimiento entendido tanto en su sentido actual como en el latente, debo también defender la idea de que aquello que cuenta no es el ejercicio de la capacidad, sino su pertenencia. Al respecto, STARK sostiene:

“Tener conciencia tácita o preconsciente de un riesgo no exige que se produzca tal aprehensión consciente: se trata de la posesión de la capacidad relevante para tener en cuenta un asunto en la deliberación consciente sobre qué hacer, en el momento de actuar, lo que determina el alcance de la responsabilidad del agente. No es el ejercicio de esa capacidad lo que cuenta”²⁰⁴⁵. (Traducción libre del autor)

Ahora bien, que no se exija el ejercicio de la capacidad no implica que no sea necesario que el sujeto haya tenido la justa oportunidad de ejercerla. Son dos asuntos distintos. La exigencia de la justa oportunidad de ejercer la capacidad es una institución del Derecho penal anglosajón, que recoge el principio de evitabilidad propio del Derecho penal continental. El mismo STARK manifiesta que un aspecto crucial de este principio “es que los ciudadanos deben tener un acceso adecuado a una guía clara y estable sobre lo que se proscribe como conducta culpable, para que puedan razonablemente evitar fácilmente el castigo penal”²⁰⁴⁶. Una correcta comunicación implica la utilización de un lenguaje que permita la comprensión de las partes potenciales de un caso penal. Un lenguaje inaccesible no sirve. El Derecho penal no se dirige únicamente -ni principalmente- a los especialistas. Los ciudadanos deben tener una justa oportunidad de ejercer sus capacidades y de comportarse conforme a la norma. Sin evitabilidad individual, lo que implica la posibilidad efectiva de conocer el riesgo (de infracción de la norma o de afectación del interés protegido por el Derecho), no puede existir ejercicio de la potestad punitiva estatal, en el marco de un Estado social y democrático de Derecho.

Tanto en el Derecho penal continental como en el Derecho penal anglosajón existen directas amenazas al principio de evitabilidad individual o al principio de justa oportunidad de ejercer las capacidades individuales. En el segundo ámbito legal, el principio de la punta del iceberg (*thin ice principle*) constituye la más

²⁰⁴⁵ STARK, *Culpable Carelessness...*, p. 116.

²⁰⁴⁶ STARK, *Culpable Carelessness...*, p. 71.

clara amenaza. Se trata de un principio que postula que, mientras los ciudadanos puedan apreciar que su conducta es de dudosa legalidad, estarían suficientemente advertidos acerca de la perspectiva del castigo. Al continuar comportándose en este estado de incertidumbre, el ciudadano asume entonces el riesgo de responsabilidad penal y deberá aceptar las consecuencias²⁰⁴⁷. En mi opinión, se trata de un razonamiento contrario al principio de culpabilidad e inaplicable en un debido proceso propio del modelo de la democracia constitucional. Se pone en riesgo además la separación de poderes, al permitir que sean los órganos judiciales quienes finalmente decidan qué conductas deben ser criminalizadas.

3.3.3. *Imposibilidad de confiar racionalmente en la no afectación del interés protegido*

Esta tercera condición, que indica que el sujeto dispone de conocimiento en un caso concreto, es la de mayor relevancia cuando se pretende distinguir los casos que ameritan una imputación dolosa de aquellos que ameritan una imputación imprudente. Como he adelantado, entiendo que cabe efectuar una imputación dolosa cuando las condiciones del caso concreto, según el contexto social y el contexto personal, hacen irracional la confianza del imputado en la no realización del riesgo típico. Ello ocurre cuando existen suficientes elementos para afirmar que el imputado tiene un conocimiento adecuado de los elementos típicos del hecho. De lo contrario, cuando están ausentes dichos elementos o existen más bien defectos de conocimiento, es posible admitir las alegaciones de confianza en la no realización del riesgo típico y formular una imputación imprudente.

En consecuencia, la pregunta que debo responder en este punto es en qué circunstancias puede negarse válidamente la posibilidad de confianza en la no realización del riesgo típico (o en la no afectación del interés protegido, según sea el caso) en el imputado. Debo comenzar puntualizando que, cuando hago referencia a la confianza, no la entiendo como un estado mental o como una actitud particular del imputado respecto del hecho. Como la propia definición de la condición lo expone, se trata de una confianza cuya racionalidad se mide a partir de las condiciones -sociales e individuales- del caso concreto²⁰⁴⁸. En esa

²⁰⁴⁷ STARK, *Culpable Carelessness...*, pp. 82-83.

²⁰⁴⁸ Sigo en este punto la explicación de VARELA, *Dolo y error. Una propuesta para una imputación auténticamente subjetiva*, pp. 221-225, quien distingue el modelo de racionalidad humana ilimitada, según el cual las personas deciden y actúan sobre pautas lógicamente consistentes, del modelo de racionalidad humana limitada, según el cual, al tomar una decisión, las personas no calculan detalladamente lo que ocurrirá en el futuro. Según este último modelo, el pensamiento humano se compone de un sistema intuitivo y de un sistema reflexivo. Esto es sumamente relevante tenerlo en cuenta, ya que en el pensamiento intuitivo es usual que se produzcan sesgos cognitivos, que son aquellos patrones mentales aprehendidos que conducen a percepciones e interpretaciones parciales de la realidad, y juicios heurísticos, que son aquellos mecanismos que reducen la incertidumbre que produce la limitada capacidad de procesar información y tomar una decisión.

medida, debe diferenciarse la valoración volitiva de la confianza en la no producción del resultado, que es postulada ampliamente por la dogmática penal, específicamente por aquellos autores que adoptan enfoques psicológicos volitivos del dolo, de su valoración cognitiva. Mientras que la valoración volitiva sostiene que la confianza puede tener relevancia -a efectos de excluir el dolo- incluso cuando el imputado no ha dejado de representarse un determinado grado de riesgo típico, la valoración cognitiva postula que el dolo sólo debe ser excluido cuando la confianza en que el tipo penal no va a realizarse genera que el sujeto deje de representarse correctamente el riesgo de realización. En otras palabras, mientras que la valoración volitiva da lugar a admitir supuestos de confianza irracional excluyentes del dolo, la valoración cognitiva pretende cerrarles el paso y permite una nítida distinción entre supuestos de conocimiento y supuestos de defecto de conocimiento o error.

En el Derecho penal clásico, puede afirmarse que es WELZEL quien defiende una valoración cognitiva de la confianza del sujeto en la no producción del resultado. Lo hace a partir de clasificar dos grupos de casos:

- Por un lado, distingue aquellos casos en los que el autor del delito considera que la posible producción del resultado concomitante depende de su propio modo de proceder. En estos casos, para WELZEL, no existe dolo si el autor ha actuado en la confianza de que podría evitar el resultado concomitante gracias a su destreza, su presencia de ánimo, su cuidado o prudencia; mientras que existe dolo (eventual) cuando el autor no ha atribuido a su poder una “chance efectiva” de evitar el resultado, sino que lo deja al azar.
- Por otro lado, se encuentran aquellos casos en los que el autor considera que la producción de un posible resultado concomitante es independiente de su modo de proceder, sea porque no está seguro de las cualidades existentes del objeto o porque es consciente de que no podrá contrarrestar el resultado a producirse. En estos casos, para WELZEL, sólo existe dolo si el autor ha contado con la existencia de tal circunstancia del hecho o con la producción del resultado concomitante, mientras que no existe dolo si el autor sólo tiene leves dudas respecto de ellos²⁰⁴⁹.

En mi opinión, la clasificación de WELZEL puede ser adoptada a efectos de valorar cómo se configura la confianza del imputado en los casos de dolo eventual; sin embargo, no puede compartirse el enfoque psicológico o exclusivamente subjetivista del profesor alemán. Si bien podría afirmarse que en las consecuencias que atribuye a cada supuesto WELZEL pretende hacer un lado el subjetivismo y evitar los supuestos de confianza irracional en la no producción

²⁰⁴⁹ WELZEL, *Derecho penal alemán. Parte General*, 11ª ed., 4ª ed. castellana, pp. 82-83.

del resultado, conforme se vio en el segundo capítulo, su versión de la teoría mantiene como premisa la existencia de una acción final (elemento ontológico) en la que se contiene la aludida confianza “correcta”.

Como bien resalta CORCOY BIDASOLO, en el primer grupo de casos, si el peligro de producción del resultado es muy grande, debe concluirse que el autor podrá “esperar” más no “confiar” en su no producción. Así, postula CORCOY BIDASOLO, a mi criterio correctamente, que debe existir una relación directa entre el peligro de realización del delito (dato objetivo) y la posibilidad de confiar en su no producción (dato subjetivo valorado a partir de los hechos probados en el proceso), lo que a su vez ratifica la idea antes expuesta de que el elemento volitivo está siempre subordinado al elemento cognitivo del dolo²⁰⁵⁰.

En esa medida, al sostener que la racionalidad de la confianza se mide a partir de las condiciones -sociales e individuales- del caso concreto, considero que debe efectuarse un doble examen. Por un lado, debe medirse el peligro concreto de realización del delito desde parámetros objetivos y no subjetivos. Por otro lado, debe atenderse a las circunstancias específicas en las que actuó el sujeto, a efectos de determinar si, desde un parámetro intersubjetivo, le era accesible el peligro concreto. La accesibilidad del peligro concreto debe ser medida en atención a aquello que expresa la conducta del sujeto, al sentido que esta le otorga al hecho. Si el resultado de este doble examen es que efectivamente existía un peligro concreto de realización del delito y el sujeto estuvo en condiciones de conocer dicho peligro, entonces debe concluirse que cualquier alegación de confianza en la no realización del riesgo o en la no producción del resultado es irracional y no puede ser admitida como excluyente de la imputación dolosa.

Un argumento adicional a favor de esta propuesta acerca de la racionalidad de la confianza en la no realización del riesgo como requisito para que aquella se configure en excluyente de la imputación dolosa puede encontrarse en la teoría de HERZBERG en la que “objetiviza” la tradicional fórmula de la dogmática penal alemana del “tomarse en serio”. Conforme lo expuse en el segundo capítulo, el profesor alemán plantea una teoría normativa del dolo, según la cual lo importante para determinar el dolo es que el autor haya reconocido un peligro que debe tomarse en serio²⁰⁵¹. Su teoría se compone entonces de dos elementos principales. Por un lado, un elemento subjetivo que es el conocimiento del sujeto. Por otro lado, un elemento objetivo que es la efectiva existencia de un peligro relevante (“un peligro que debe tomarse en serio”). A partir de ello, sostiene que la confianza en la no realización del riesgo será fundada (racional) y podrá tener un efecto excluyente de la imputación dolosa cuando el sujeto se encuentre

²⁰⁵⁰ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente...*, p. 262.

²⁰⁵¹ Ver más en LAURENZO COPELLO, *Dolo y conocimiento*, pp. 257 y ss.

frente a un peligro cubierto o protegido, que es aquel que se produce cuando, durante la realización de la conducta típica, existen circunstancias que permiten al sujeto confiar objetivamente en que el tipo penal no va a realizarse.

Más allá de válidas críticas que apuntan especialmente a su precisión conceptual y que ya fueron explicadas en el segundo capítulo de la presente tesis, la teoría de HERZBERG resulta precisa a los efectos del punto que estoy desarrollando. Ello en la medida que se trata de una teoría cuya finalidad es excluir la valoración de alegaciones de confianza irracional en la no realización del riesgo como eximentes de la imputación dolosa. Con ello, por un lado, se cierra el paso a todo enfoque psicológico del dolo que pretenda introducir elementos emocionales o de disposición a efectos de diferenciar el dolo de la imprudencia, lo que, como ya se vio, trae graves problemas de legitimidad y de eficacia. Por otro lado, esta teoría hace depender la racionalidad de la confianza de un dato objetivo que puede ser acreditado en el proceso penal: las consideraciones fácticas que permiten establecer si el peligro en el caso concreto estaba cubierto o no. Más allá de ello, no se trata de una propuesta completamente objetivadora, puesto que siempre deberá valorarse el conocimiento del sujeto respecto de la situación de peligro (cubierto o no). Valga reiterar en este punto que dicho conocimiento no deberá ser interpretado, al menos desde la propuesta que aquí sostengo, como un estado mental o como un vínculo psicológico con la situación de peligro.

4. Indicadores de las condiciones para el conocimiento

En el apartado anterior, he expuesto las premisas generales y los tres aspectos esenciales de la *teoría de las condiciones para el conocimiento*. La exposición anterior puede resumirse en los siguientes puntos:

- 1) El dolo no es un estado mental. No puede ser algo que se encuentre en la mente del sujeto y que deba ser descubierto por el juez penal. Al menos a la fecha, no existe una ciencia que sea capaz de establecer con certeza aquello que ocurrió en la mente de un sujeto durante la realización de un evento pasado. En consecuencia, deben descartarse tanto los enfoques psicológicos del dolo, que pretenden ingresar a la mente del sujeto, como aquellas teorías del dolo que consideran viable efectuar procesos de inferencia de los estados mentales.
- 2) El dolo es un juicio subjetivo-normativo de atribución del conocimiento al imputado. La imputación dolosa se produce cuando el juzgador verifica determinadas condiciones objetivas que indican que, en el contexto social y personal de su acción, el imputado tenía el deber de conocer un riesgo específico, la posibilidad efectiva de conocerlo y la imposibilidad de confiar en su no realización o en la no afectación del interés protegido. Se trata de un juicio de imputación de la efectiva disposición del conocimiento

del riesgo típico y de la imposibilidad de negar válidamente el ejercicio de dicho conocimiento en el caso concreto.

- 3) El conocimiento que es objeto del dolo como juicio subjetivo-normativo tampoco es un estado mental, sino que es una cualidad del comportamiento humano que se expresa a través del acto específico realizado por el imputado y le da el sentido o significado de doloso. El conocimiento es entonces un referente de significado del juicio de imputación dolosa.
- 4) El conocimiento es un hecho, que se expresa a través de un comportamiento humano y que debe ser sometido a prueba en el proceso penal. El juicio subjetivo-normativo aplica entonces un proceso de inferencia del conocimiento, cuyo objeto son hechos objetivamente verificables y que se expresan en el comportamiento humano.
- 5) Dolo y conocimiento son cosas distintas. El primero es el juicio de imputación del segundo. Dolo no es conocimiento, sino el juicio que imputa el conocimiento a un determinado sujeto. En consecuencia, el objeto de prueba a nivel de imputación subjetiva en el proceso penal es el conocimiento.
- 6) La intención tampoco es un estado mental, sino que es una cualidad inherente al comportamiento humano voluntario. Su valoración en el juicio subjetivo-normativo de imputación dolosa resulta innecesaria una vez verificada la existencia de conocimiento y puede resultar peligrosa en atención a que abre la puerta a la valoración de elementos emocionales o de disposición, lo que contraviene el principio de culpabilidad propio de un Estado social y democrático de Derecho.

El enfoque adoptado por la *teoría de las condiciones para el conocimiento* pone en evidencia la necesidad de vincular la teoría general del delito y el proceso penal. Ello en atención a que el dolo es un juicio de imputación, que se sustenta en un proceso de inferencia, que deberá ser abordado a partir de indicadores que son instrumentos propios del razonamiento judicial.

Una teoría del dolo que no pueda ser implementada y aplicada en el proceso penal carece de sentido. Con lucidez BENTHAM afirmaba que no hay apenas un punto concebible del campo del conocimiento humano en el que no se recurra a la evidencia²⁰⁵². Del mismo modo, no estará a la altura un proceso penal que no esté orientado a aplicar las herramientas conceptuales que proporciona la

²⁰⁵² BENTHAM, *Introductory View of the Rationale of the Law of Evidence for Use by Non-lawyers as well as Lawyers*, vol. VI, Bowring edition, 1843. Disponible en: <http://oll.libertyfund.org/titles/1923> [consulta: 02 de mayo de 2017].

dogmática penal. Es por ello que el Derecho sustantivo se encarga de definir las hipótesis a ser testadas y las proposiciones que tendrán que ser probadas en el proceso²⁰⁵³. Se requiere entonces un punto de conexión entre ambas ramas del Derecho: la dogmática penal del dolo, que aporta el ya expuesto juicio subjetivo-normativo, y la actividad probatoria del conocimiento, como objeto del aludido juicio. La relación entre ambos se encuentra en el proceso de razonamiento judicial y, específicamente, en la valoración de la prueba que realiza el juzgador.

Desde la perspectiva que asumo en la presente tesis, para emitir una sentencia, en materia de imputación subjetiva, el juzgador deberá disponer de dos clases de información: hechos probados²⁰⁵⁴ y condiciones de imputación. Por un lado, deberá tener acceso a hechos debidamente probados, que son las circunstancias fácticas que acreditan la realización de una conducta humana, sus características particulares y el contexto en el que se realiza²⁰⁵⁵. No es materia de la presente tesis establecer los principios y procedimientos de prueba de dichas circunstancias fácticas, ya que ello corresponde a un análisis estrictamente procesal²⁰⁵⁶. Por otro lado, el juzgador deberá disponer de los criterios de imputación que el juicio subjetivo-normativo le proporciona. Se trata de aquellas condiciones que deben verificarse en el caso concreto para permitir la imputación del conocimiento al imputado y que han sido desarrolladas en el apartado anterior.

El punto de conexión entre ambos elementos se encuentra en el razonamiento judicial que, en mi opinión, debe sustentarse en un proceso de inferencia que respete las garantías propias del Estado social y democrático de Derecho, según lo expuesto en el primer capítulo. El juez penal, a partir de los hechos probados, infiere la configuración de las tres condiciones para imputar el conocimiento. En ese proceso intervienen generalizaciones, que son las razones de cada paso que el juez realiza para obtener las inferencias. Estas generalizaciones conllevan una serie de riesgos que, en un proceso penal propio del constitucionalismo penal, deben ser evitados. La forma de reducir los riesgos de dichas generalizaciones es, a mi criterio, a través del establecimiento de un catálogo de indicadores, que guíen el proceso de inferencia y lo mantengan dentro de los cauces de la racionalidad entendida esta como respeto de los principios limitadores del *ius puniendi*.

²⁰⁵³ ANDERSON, SCHUM, TWINING, *Análisis de la prueba*, p. 80.

²⁰⁵⁴ Acerca de la valoración de la prueba como proceso de recuperación de información, ver VERA SÁNCHEZ, *Tesis Doctoral "La legítima defensa en el proceso penal. Perspectivas probatorias"*, Universidad de Barcelona, 2014, pp. 111-114.

²⁰⁵⁵ Acerca de la prueba de los hechos psíquicos, desde una perspectiva procesal civil, TARUFFO, *La prueba de los hechos*, 2ª ed., pp. 159-165, afirma que el hecho psíquico interno no existe como objeto de prueba, haciendo referencia al proceso de inferencia como base del razonamiento judicial.

²⁰⁵⁶ Acerca del proceso de valoración de los hechos, ver NIEVA, *La valoración de la prueba*, Marcial Pons, 2010, pp. 158-164.

El siguiente cuadro evidencia la conexión entre Derecho penal y proceso penal en la materia estudiada:

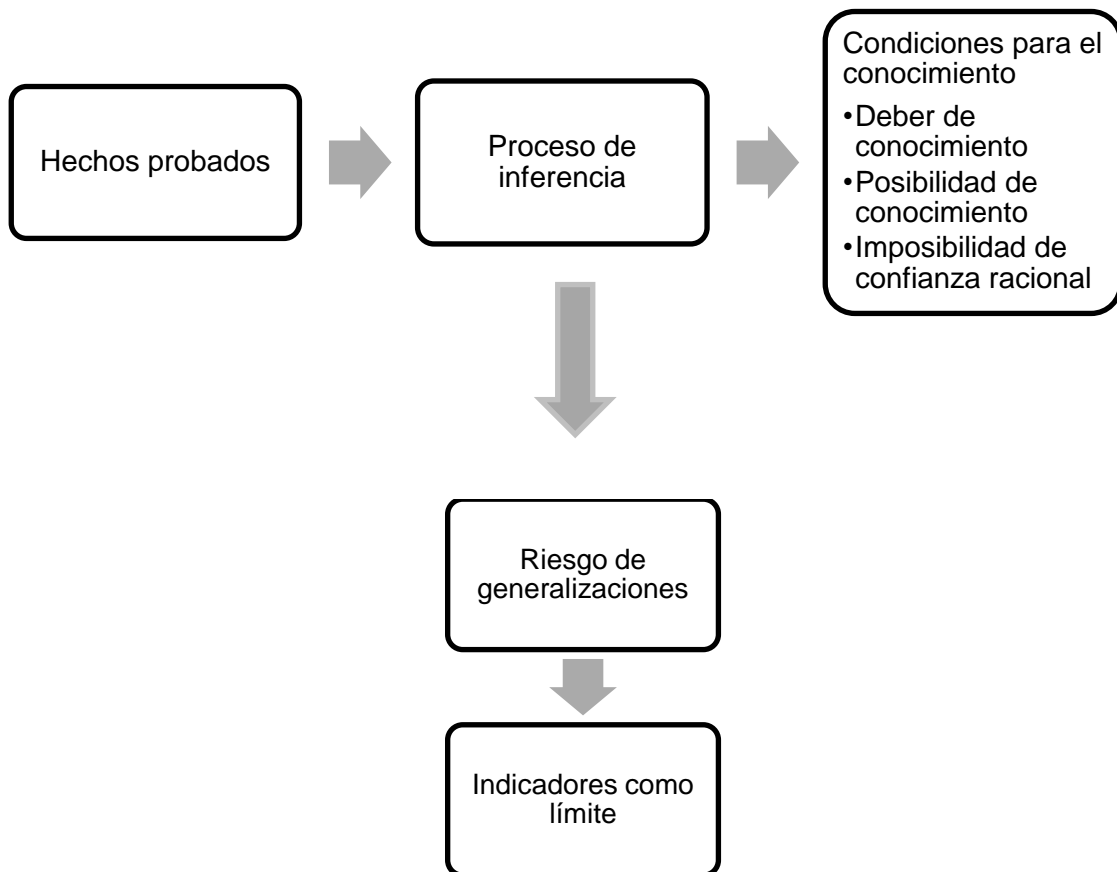


Figura 4.4. *Proceso de inferencia de las condiciones para el conocimiento*

Un ejemplo extraído de un texto de GARCÍA CAVERO permitirá entender mejor el punto de partida de esta propuesta. Dicho autor sostiene, a mi criterio acertadamente, que la actividad probatoria (aspecto procesal) tiene que orientarse a contextualizar el ámbito de actuación del titular de un rol, pues solamente así podrán fijarse las competencias de conocimiento (aspecto sustancial). Cita entonces el caso de un empresario imputado, frente al cual la acusación tendrá que precisar a qué rubro empresarial se dedica, indagar cuál es el ámbito de regulación administrativa del sector, determinar las circunstancias que rodean el hecho concreto que resultan pertinentes para precisar si el autor pudo acceder o no al conocimiento exigido por su rol, valorar si recibió asesoría técnica previa a la realización del hecho, entre otros aspectos

probatorios destinados a permitir el juicio de imputación dolosa²⁰⁵⁷. Trasladando dicho supuesto a la teoría que en esta tesis propongo, pensemos en el siguiente escenario:

- El ministerio fiscal imputa al aludido empresario la comisión de un delito ambiental, específicamente por haber permitido como gerente general de una empresa farmacéutica la realización de emisiones mayores a las permitidas por la ley del sector y que podrían causar daños sustanciales a la calidad del aire, del suelo o de las aguas.
- Por un lado, a fin de emitir sentencia, el juez deberá disponer de hechos probados, que en este caso imaginemos que son los siguientes: el empresario es ingeniero civil de profesión; además de gerente general es desde hace un par de años accionista minoritario de la empresa farmacéutica; la empresa está debidamente inscrita y cuenta con las autorizaciones estatales prescritas por la ley; el empresario tiene más de dos décadas de experiencia como gerente general de empresas dedicadas a diversos rubros; no tiene antecedentes penales y dispone de asesores legales y contables que lo orientan en la empresa a efectos de tomar las decisiones empresariales más importantes.
- Por otro lado, el juez dispone de los criterios de imputación del conocimiento estudiados. Así, su razonamiento en materia de imputación subjetiva deberá estar orientado a establecer si en el caso del empresario imputado se configuran un deber específico de conocer el riesgo para el ambiente que la actividad de emisiones de su empresa genera, la posibilidad efectiva de tener conocimiento del riesgo específico generado y la imposibilidad de alegar una confianza racional en la no realización del riesgo para el ambiente como consecuencia de sus decisiones empresariales.

El ejemplo expuesto muestra las herramientas de las que dispone el juez penal antes de decidir si es posible efectuar un juicio de imputación subjetiva dolosa o imprudente. Desde el criterio aquí defendido, el juez deberá proceder a efectuar un proceso de inferencia de las condiciones del conocimiento. Un modelo de prueba legal o tasada no resulta aceptable, ya que implicaría el peligro de la aplicación injusta del Derecho propio de sistemas como el de las “ordalías”. Bajo dicho modelo, por ejemplo, la simple posición o rol ocupado por el empresario podría dar lugar a una presunción de dolo, inaceptable en el marco del principio de culpabilidad. Sin embargo, tampoco está exento de riesgos el sistema opuesto, que es el de la libre valoración de la prueba, pues abre la puerta a resoluciones que se sustenten en la íntima convicción del juzgador, lo que no

²⁰⁵⁷ GARCÍA CAVERO, “La imputación subjetiva y el proceso penal”, pp. 135-136.

solo va en contra una debida motivación, sino que atenta directamente contra los derechos de las partes en el proceso²⁰⁵⁸. Entonces, en mi opinión, debe defenderse un modelo mixto de inferencia, que se estructure a partir de indicadores racionales, que operen como límites a las generalizaciones que sin duda intervendrán en la valoración judicial. Mi punto de partida es que la libre valoración de la prueba es distinta a la arbitraria valoración de la prueba, ya que en la primera es requisito indispensable la aportación de una motivación lógica por parte del juez penal.

En ese sentido, a continuación, abordaré cuatro asuntos. En primer lugar, en el acápite 4.1, haré referencia a las formas básicas de razonamiento judicial y cómo se relacionan con el proceso de inferencia. En el acápite 4.2, abordaré la problemática de las generalizaciones en el razonamiento judicial y los riesgos que las mismas conllevan para el proceso de inferencia judicial. En el acápite 4.3, haré algunos apuntes acerca de la relación entre las generalizaciones y la valoración de la prueba. La idea es ilustrar que el problema del razonamiento judicial no se limita a la lógica formal de la inferencia, sino que existen otras razones que construyen la decisión judicial, como es el caso de los heurísticos estudiados por la psicología. Finalmente, en el acápite 4.4, explicaré algunos indicadores que pueden operar como límites del proceso de inferencia y que permiten afirmar que la *teoría de las condiciones para el conocimiento* aspira a ser una teoría de la determinación del dolo.

4.1. Razonamiento judicial y proceso de inferencia

A efectos de hacer una breve presentación de las formas de razonamiento que permiten el proceso de inferencia, cabe recordar que el juicio subjetivo-normativo del dolo es una herramienta conceptual, que atiende al mismo tiempo al nivel aplicativo de análisis, ya que se construye a partir de indicadores de las condiciones para el conocimiento. Conocimiento y evidencia convergen con el fin de valorar la conducta humana y dar contenido al juicio de imputación.

En este punto, considero pertinente utilizar algunas de las herramientas que proporciona la teoría de análisis de la prueba propuesta por los profesores ANDERSON, SCHUM y TWINING, la cual, si bien abarca un espectro más amplio, como es la decisión judicial que se emite en un proceso penal o en un proceso civil, presenta herramientas que pueden ser perfectamente aplicadas al juicio de

²⁰⁵⁸ Con relación a los modelos de prueba legal y de prueba libre a lo largo de la historia del Derecho, ver NIEVA, *La valoración de la prueba*, pp. 37-94. En España, el artículo 741° de la LECrim establece que “el Tribunal, apreciando según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados, dictará sentencia dentro del término fijado por esta Ley. Siempre que el Tribunal haga uso del libre arbitrio que para la calificación del delito o para la imposición de la pena le otorgue el Código Penal, deberá consignar si ha tomado en consideración los elementos de juicio que el precepto aplicable de aquél obligue a tener en cuenta”.

imputación subjetiva del proceso penal. La propuesta de los aludidos autores parte de los estudios efectuados durante la primera mitad del siglo XX por WIGMORE²⁰⁵⁹, quien sostuvo la necesidad de desarrollar una ciencia probatoria independiente de las reglas de procedimiento. Planteó el profesor estadounidense que los principios de la prueba representan los procesos de razonamiento acerca de los hechos probatorios (*factum probans*). En ese sentido, destacó la importancia de razonar naturalmente, de acuerdo a los procesos lógicos que los seres humanos usan naturalmente, y con la experiencia general, así como con las inferencias comúnmente invocadas en los procesos judiciales. Concibió entonces el proceso como un intento racional de búsqueda de la verdad en los conflictos jurídicos²⁰⁶⁰.

La propuesta de WIGMORE sin duda que pretendía acercar el proceso judicial al derecho sustantivo a través del impulso de una ciencia probatoria, que constituiría, a mi parecer, el punto de contacto entre ambos. Es en esta ciencia probatoria que podría encontrarse la respuesta al problema de la determinación del dolo. Puede entenderse entonces que el juicio subjetivo-normativo planteado y fundamentado en el acápite anterior es la herramienta jurídica que el Derecho sustantivo proporciona y que debe ser sometida a examen en el proceso. Ahora bien, para ello no resultan pertinentes las reglas que organizan el procedimiento ni las reglas que establecen la admisibilidad de las pruebas. Se requiere de una ciencia distinta, que fundamente el razonamiento jurídico en el proceso y que de sustento a la sentencia. En materia de imputación subjetiva, se exige entonces una ciencia probatoria que permita dar contenido y sentido al proceso de inferencia de las condiciones para el conocimiento.

Una primera tarea de esta ciencia probatoria consiste en la investigación de los hechos. Según explican ANDERSON, SCHUM y TWINING, la investigación fáctica involucra la generación de los ingredientes necesarios para la realización del proceso de comprobación posterior en el que las partes presentarán visiones opuestas acerca de los hechos en controversia. En ese sentido, la conclusión de todo proceso judicial deberá estar basada en pruebas y podrá ser justificada como racional mediante el uso de alguna de las siguientes formas de lógica, cuyos argumentos pueden ser expresados en la forma de un silogismo y que permiten unir las pruebas con las hipótesis²⁰⁶¹:

- 1) Razonamiento deductivo, según el cual una premisa mayor, que es una declaración universalmente verdadera, es aplicada a una premisa menor para establecer que una conclusión es válida. En este caso, la premisa

²⁰⁵⁹ WIGMORE, *The Science of Judicial Proof, as Given by Logic, Psychology, and General Experience and Illustrated in Judicial Trials*, 3a ed., Little Brown, 1937.

²⁰⁶⁰ Ver más en ANDERSON, SCHUM, TWINING, *Análisis de la prueba*, pp. 125 y ss.

²⁰⁶¹ ANDERSON, SCHUM, TWINING, *Análisis de la prueba*, pp. 87-90.

mayor puede ser una proposición jurídica o una generalización²⁰⁶². Un ejemplo de este tipo de razonamiento es el siguiente:

- Premisa mayor: Todos los abogados han estudiado en la universidad
- Premisa menor: Arturo es abogado
- Conclusión: Arturo (necesariamente) ha estudiado en la universidad

2) Razonamiento inductivo²⁰⁶³, según el cual una proposición (considerada como probada), un *factum probans*, hace que otra proposición del caso, un *factum probandum*, sea más o menos probable de lo que sería de otra forma. En este caso, la premisa mayor consiste en una generalización (una proposición que puede ser verdadera “usualmente”, “muchas veces”; “algunas veces”, etc.), de cuya aceptación depende la fuerza del argumento²⁰⁶⁴. Un ejemplo de este tipo de razonamiento es el siguiente:

- Premisa mayor: Muchos imputados que se dan a la fuga son culpables
- Premisa menor: Beatriz es una imputada que se dio a la fuga
- Conclusión: Beatriz es probablemente culpable

3) Razonamiento abductivo²⁰⁶⁵, que consiste en un proceso creativo que usa información conocida para generar hipótesis a ser probadas a través de investigaciones adicionales²⁰⁶⁶. Un ejemplo de este tipo de razonamiento lo presenta PEIRCE:

- Todas las alubias de esta bolsa son blancas
- Estas alubias son blancas
- Estas alubias son de esta bolsa

El establecimiento de la conclusión en el proceso dependerá entonces de las investigaciones adicionales que se realicen a partir de las hipótesis generadas. Dichas investigaciones, en el ejemplo, deberían estar orientadas a determinar los elementos que permitan afirmar que las alubias eran de esta bolsa.

²⁰⁶² ANDERSON, SCHUM, TWINING, *Análisis de la prueba*, p. 445.

²⁰⁶³ Acerca de las diferencias entre razonamiento deductivo y razonamiento inductivo, y su aplicación al proceso penal, ver NIEVA, *La duda en el proceso penal*, pp. 24-26.

²⁰⁶⁴ ANDERSON, SCHUM, TWINING, *Análisis de la prueba*, p. 446.

²⁰⁶⁵ Acerca del concepto de abducción esbozado por PEIRCE, ver NEPOMUCENO FERNÁNDEZ, “Modelos de razonamiento abductivo”, en *Contrastes. Suplemento*, N° 10, 2005, pp. 155-180.

²⁰⁶⁶ ANDERSON, SCHUM, TWINING, *Análisis de la prueba*, p. 450.

Mientras que el razonamiento deductivo proporciona certeza, el razonamiento inductivo se basa en la probabilidad y el razonamiento abductivo en el juicio de “podría ser el caso”. Este tipo de razonamientos proporcionan racionalidad a la decisión en un proceso judicial, en el que la hipótesis es establecida por el Derecho aplicable. Justamente, en el sistema adversarial, todas las decisiones que resuelven cuestiones fácticas disputadas deben ser racionalmente justificables. Este requisito tiene, según afirman ANDERSON, SCHUM y TWINING, dos corolarios fundamentales. Por un lado, los principios de la lógica –deductiva, inductiva y abductiva- pueden ser aplicados a cualquier conjunto de datos que constituye prueba, desde la que se espera reconstruir eventos pasados en orden a resolver cuestiones fácticas disputadas. Por otro lado, las proposiciones establecidas por estos datos y aquellas expresadas como posibles proposiciones inferidas pueden articularse, organizarse y reunirse como argumentos que influyen en la resolución de tales cuestiones de hecho disputadas.

En ese marco, aparece la inferencia como el argumento de que existe una relación lógica entre dos proposiciones, en el sentido de que una respalda a la otra. Los autores citados explican que, si bien la forma básica de razonamiento al analizar las relaciones entre un conjunto de datos probatorios y una proposición a ser probada puede ser inductivo, un análisis efectivo de esas relaciones requiere la aplicación de una forma de razonamiento cuasi deductivo²⁰⁶⁷.

4.2. Generalizaciones y riesgos del proceso de inferencia

El punto central de la ciencia probatoria propuesta en el acápite anterior está en que cada inferencia, entendida como el proceso de pensamiento mediante el cual se razona desde la prueba hacia la comprobación²⁰⁶⁸, depende de una generalización, que es “una proposición general que se asume como verdadera y que se usa para argumentar implícita o explícitamente que una conclusión ha sido probada”²⁰⁶⁹. Gracias a la generalización, los argumentos inductivos se traducen en forma silogística.

Asimismo, resulta importante tener en cuenta que no existen conclusiones de las controversias jurídicas que puedan ser expresadas con absoluta seguridad, por lo que es habitual el uso de conceptos probabilísticos en las inferencias. Como explican ANDERSON, SCHUM y TWINING, las conclusiones basadas en pruebas son necesariamente de naturaleza probabilística en atención a diversas razones, entre las que se encuentran que la prueba está siempre incompleta, es comúnmente no concluyente, suele ser ambigua y proviene de fuentes con

²⁰⁶⁷ ANDERSON, SCHUM, TWINING, *Análisis de la prueba*, pp. 137-139.

²⁰⁶⁸ Al respecto, ver WIGMORE, *A Students' Textbook of the Law of Evidence*, The Foundation Press Inc., 1935.

²⁰⁶⁹ ANDERSON, SCHUM, TWINING, *Análisis de la prueba*, pp. 447-448.

diversos grados de credibilidad, así como que los conjuntos de pruebas suelen ser discrepantes. Sin embargo, cabe precisar que se trata de juicios probabilísticos expresados en forma lingüística y no numérica, ya que esta última es difícil justificar en un contexto en el que lo valorado es la conducta humana²⁰⁷⁰. En este punto, resulta trascendente analizar cómo el juzgador, a efectos de materializar los distintos tipos de razonamientos anotados, acude a generalizaciones con las que pretende dar sustento a su decisión.

Las generalizaciones constituyen frecuentes razones de los distintos pasos del proceso inferencial y se caracterizan por su gradualidad. Si bien las generalizaciones permiten acercar la estructura probatoria a la forma cotidiana en que las personas generan conocimiento²⁰⁷¹, debe tenerse en cuenta que en el contexto de la argumentación en procesos jurídicos, pueden existir proposiciones verificadas y generalmente aceptadas (por ejemplo, la ley de gravedad), intuiciones en gran parte sin verificar y a veces imposibles de verificar (por ejemplo, la perspectiva que asume que escapar de la escena del crimen es una prueba de culpabilidad) y prejuicios sin fundamento que se basan en estereotipos falsos (por ejemplo, prejuicios basados en género, raza, clase o edad). La teoría de WIGMORE, base de la propuesta de ANDERSON, SCHUM y TWINING, parte de una legítima preocupación por los riesgos que implica la aplicación de generalizaciones en el razonamiento judicial, especialmente cuando se dirigen a cuestiones de hecho dudosas o controvertidas, ya que tienden a proporcionar razones inválidas, ilegítimas o falsas para aceptar conclusiones basadas en inferencias, siendo especialmente peligrosas cuando son implícitas²⁰⁷².

En el contexto de los argumentos sobre cuestiones de hecho, pueden distinguirse generalizaciones específicas del caso y generalizaciones de contexto. Con relación a las primeras, ANDERSON, SCHUM y TWINING explican que pueden ser usadas explícita o implícitamente en la argumentación en un caso en particular. Incluyen las descripciones sobre los hábitos personales, el carácter, las prácticas locales y alegaciones de naturaleza general. Estas generalizaciones pueden ser invocadas, pero suelen permanecer en el trasfondo. Son peligrosas sobre todo cuando son inferidas a partir de las creencias contextuales de los decisores y no están apoyadas por pruebas explícitas. Las generalizaciones de contexto se producen a falta de expertos o de prueba directa. Al respecto, los profesores citados explican que, en la tradición racionalista, quien juzga unos hechos viene equipado con un acervo de

²⁰⁷⁰ ANDERSON, SCHUM, TWINING, *Análisis de la prueba*, pp. 303-304.

²⁰⁷¹ En ese sentido se pronuncia VERA SÁNCHEZ, "La legítima defensa en el proceso penal...", p. 131, quien propone una estructura tripartita del proceso de valoración de la prueba. Así, explica que, para que dicho proceso cumpla con criterios epistemológicos debe considerar que la confirmación de la hipótesis deriva de la interacción entre el soporte inductivo (medio de prueba), la regla de inferencia o generalización y la hipótesis que se intenta confirmar.

²⁰⁷² ANDERSON, SCHUM, TWINING, *Análisis de la prueba*, pp. 326 y 337.

conocimiento altamente compartido, que constituye su fuente principal de razones para la construcción de las inferencias. Dicho equipamiento es conocido como conocimiento de contexto o sentido común. Se trata de un contenido demasiado variable e impreciso, que puede sustentarse en la educación, la experiencia directa, el prejuicio, los rumores, la fantasía, entre otros²⁰⁷³. En este punto, suele hacerse alusión al concepto de consenso cognitivo, que plantea la existencia de un acervo de conocimiento generalmente compartido en una sociedad determinada. Se trata de una idea altamente problemática, en la que los límites del razonamiento judicial se difuminan²⁰⁷⁴.

A los efectos de la presente tesis, me interesa destacar la clasificación de las generalizaciones de acuerdo a su fiabilidad que presentan ANDERSON, SCHUM y TWINING. Esta clasificación permite distinguir la importancia de los límites que deben aplicarse a las generalizaciones, a partir de los indicadores que serán planteados en el siguiente acápite. Resumo a continuación las explicaciones que estos tres autores realizan con ocasión de cuatro clases de generalizaciones, que muestro en el siguiente cuadro:

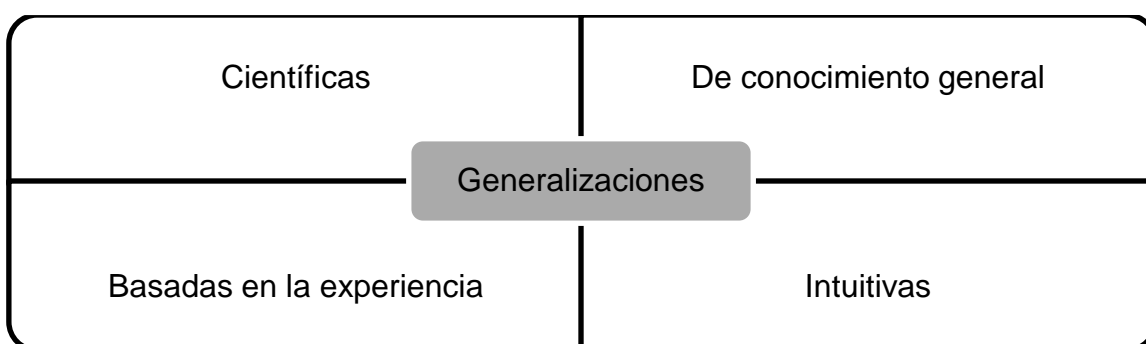


Figura 4.5. Clases de generalizaciones de acuerdo a su fiabilidad

4.2.1. Generalizaciones científicas

En primer lugar, se encuentran las generalizaciones científicas o expertas, que son aquellas que se sustentan en el conocimiento científico y en la investigación. Suelen ser acreditadas a través de la participación de testigos expertos en el proceso penal. Puede distinguirse distintos grados de confiabilidad de este tipo de generalizaciones:

- En primer lugar, se encuentran las generalizaciones que se sustentan en leyes científicas. Un ejemplo es el cálculo del tiempo en que el cuerpo de

²⁰⁷³ ANDERSON, SCHUM, TWINING, *Análisis de la prueba*, pp. 326-329.

²⁰⁷⁴ ANDERSON, SCHUM, TWINING, *Análisis de la prueba*, p. 446.

la víctima tardó en golpear la acera luego de ser empujada por la ventana de un edificio a partir de la aplicación de la ley de gravedad.

- En segundo lugar, están las generalizaciones que se basan en principios bien establecidos. Por ejemplo, el conjunto de conocimientos científicos que sustentan la identificación de personas a través de sus huellas dactilares.
- En tercer y último lugar, se encuentran aquellas generalizaciones que surgen de los resultados de investigaciones que se reconocen como menos confiables. Es el caso, por ejemplo, de los procedimientos de identificación de personas a través de los registros vocales²⁰⁷⁵.

En mi opinión, si bien las generalizaciones científicas apuntan a cuestiones generales de responsabilidad legal, algunas de estas generalizaciones pueden tener impacto específico en el razonamiento judicial a nivel de imputación subjetiva. Sería el caso, por ejemplo, de determinadas investigaciones científicas acerca de la capacidad o inteligencia cognitiva de los seres humanos o el caso de los conocimientos mínimos, al que hace alusión RAGUÉS I VALLÈS en su clasificación expuesta en el segundo capítulo de la presente tesis²⁰⁷⁶. Como se recordará, dichos conocimientos se atribuyen a las personas mayores de edad, imputables y socializadas. Se trata de imputación de conocimientos que, a mi criterio, suele recurrir a generalizaciones con sustento científico y ampliamente conocidas por las personas: el conocimiento de que una persona necesita respirar para sobrevivir o el conocimiento de que un recién nacido no puede auto administrarse el alimento que necesita para sobrevivir.

En general, las generalizaciones científicas tienen un alto grado de fiabilidad y constituyen una herramienta útil y racional para la formulación de inferencias en el proceso penal.

4.2.2. Generalizaciones de conocimiento general

En segundo lugar, están las generalizaciones de conocimiento general, que son las habitualmente aceptadas como bien establecidas en una determinada comunidad. Suelen ser interpretadas en el proceso penal como circunstancias indiscutibles por las partes.

Con relación a esta clase de generalizaciones, suele aplicarse la denominada “doctrina de los hechos públicos y notorios”, que son definidos como aquellos que no están sujetos a controversia razonable, toda vez que son generalmente

²⁰⁷⁵ ANDERSON, SCHUM, TWINING, *Análisis de la prueba*, p. 330.

²⁰⁷⁶ Vid. Supra Capítulo II, 4.7.6.

conocidos dentro de la jurisdicción del tribunal o son determinables en forma exacta y fácil a través de fuentes cuya exactitud no puede ser razonablemente cuestionada. En otros casos, se exige una mayor prueba, pero todas se caracterizan por ser aceptadas como indisputables en el momento y en el lugar del juicio.

Ejemplos de este tipo de generalizaciones son la fecha de la fiesta nacional del país en el que se lleva a cabo el proceso penal o el hecho de que las calles de una gran ciudad como Londres tienen un gran volumen de tráfico. Ahora bien, los profesores ANDERSON, SCHUM y TWINING hacen énfasis en sostener que este tipo de generalizaciones se aplica únicamente a una cierta sociedad en un momento particular, pudiendo variar a lo largo del tiempo y demostrarse luego falsas²⁰⁷⁷.

A nivel de imputación subjetiva, la imputación del conocimiento de determinados riesgos suele estar vinculada a generalizaciones de este tipo. Al respecto, es ilustrativo el citado ejemplo del albañil que lanza ladrillos desde el techo de una construcción hacia a la calle, generando lesiones en uno de los transeúntes. En dicho caso, una generalización de conocimiento general podría ser aquella que sostenga que la avenida en la que ocurrió el hecho es altamente transitada a la hora en que el albañil realizó la conducta prohibida.

Como puede verse, la fiabilidad de las generalizaciones de conocimiento general es menor que la de las generalizaciones científicas. Ello no implica que no sean útiles para el razonamiento judicial y para la formulación de inferencias. Sin embargo, su aplicación debe estar siempre limitada por las circunstancias específicas del caso concreto, no sólo del contexto social, sino también del contexto personal de actuación del imputado.

4.2.3. Generalizaciones basadas en la experiencia

En tercer lugar, se encuentran las generalizaciones basadas en la experiencia, las cuales pueden ser ampliamente compartidas en una comunidad o basarse en la experiencia individual. Especialmente estas últimas resultan peligrosas ya que constituyen extrapolaciones a partir de una experiencia personal del juzgador. Los profesores ANDERSON, SCHUM y TWINING citan el caso de una persona que ha sido tratada injustamente por la policía, que concluye generalizando que no se debe confiar en todos o en la mayoría de los policías²⁰⁷⁸. Este tipo de generalizaciones se extienden a supuestos de discriminación racial, de clase, etc., que dan lugar a un Derecho penal de autor.

²⁰⁷⁷ ANDERSON, SCHUM, TWINING, *Análisis de la prueba*, pp. 330-331 y 448.

²⁰⁷⁸ ANDERSON, SCHUM, TWINING, *Análisis de la prueba*, p. 331.

A nivel de imputación subjetiva, las generalizaciones basadas en la experiencia pueden mostrarse altamente riesgosas, más aún si se asume un enfoque psicológico del dolo en el que habilita la valoración de los motivos. Es justamente en la valoración de los supuestos motivos del autor donde se acogen los prejuicios del juzgador y son las generalizaciones supuestamente basadas en el “sentido común” aquellas que “fundamentan” el proceso de inferencia en dichos prejuicios.

4.2.4. Generalizaciones intuitivas

Finalmente, existen las generalizaciones sintético-intuitivas o de creencia. Al respecto, los profesores citados sostienen que muchas generalizaciones de sentido común pueden ser útilmente categorizadas como creencias que una persona sintetiza o intuye a partir de su acervo de conocimientos y pensamientos. Se trata de supuestos en los que predomina la intuición individual. Es el caso, por ejemplo, de aquella generalización que respalda la inferencia según la cual huir de la escena de un crimen es prueba de la responsabilidad penal de quien huye. Suele tratarse de generalizaciones que adolecen de fundamento y que dan lugar a resultados insensatos. Ejemplo de generalización insensata es aquella que permite inferir que un sujeto portaba un arma a partir del hecho probado de que aquel entró al garaje de la víctima. Dicha conclusión sería posible en base a la generalización de que los extraños que entran al garaje de otra persona usualmente llevan armas²⁰⁷⁹.

Como bien refiere NIEVA, la aplicación de intuiciones en la decisión judicial supone prescindir de las reglas de carga de la prueba, de la presunción de inocencia y de los pocos indicios que puedan extraerse de la prueba practicada²⁰⁸⁰.

A nivel de imputación subjetiva, nos encontramos frente a la clase más peligrosa y menos fiable de generalizaciones. Puede trasladarse el razonamiento de quien huye de la escena del crimen a este caso al supuesto de quien atropella a su enemigo. Una generalización intuitiva es aquella que establece que la persona que atropella a su enemigo lo hace premeditadamente y con intención, ya que, según las creencias personales del juzgador, las personas que agreden a sus enemigos, son a veces personas que actúan con la intención de realizar el delito.

Cabe acotar, finalmente, que la idea de hecho público y notorio propia de las generalizaciones de conocimiento general es distinta a la generalización de contexto o de sentido común. Se trata de una idea más amplia, toda vez que incluye el conocimiento de hechos específicos. Por ejemplo, que Madrid es la

²⁰⁷⁹ ANDERSON, SCHUM, TWINING, *Análisis de la prueba*, pp. 331-333.

²⁰⁸⁰ NIEVA, *La valoración de la prueba*, p. 206.

capital de España. Y, al mismo tiempo, es una idea más estrecha porque buena parte de lo que pertenece al sentido común o al acervo de conocimientos de la sociedad no está bien fundado y su exactitud puede ser razonablemente cuestionada²⁰⁸¹.

4.3. Las generalizaciones y la valoración de la prueba

En España, NIEVA ha realizado un profundo estudio acerca de la valoración de la prueba, en el que propone que la finalidad del proceso penal no puede reducirse a la resolución de un conflicto y que, menos aún, puede lograrse ello si se pretende construir una verdad ficticia acerca del conflicto acontecido. Según señala, de lo que se trata es de que “el juez pueda acercarse a los hechos tal y como efectivamente sucedieron de la manera más estrecha posible, reconociendo expresamente sus limitaciones”²⁰⁸². Según explica NIEVA, el objetivo general del razonamiento judicial propio de un sistema de libre valoración de la prueba es el máximo acercamiento posible a la verdad. En esa línea, detecta la voluntad común de los juristas europeos que sucedieron a BECCARIA de utilizar la racionalidad inspirada por las obras de la Ilustración y abandonar una valoración de la prueba que no tuviera en cuenta la realidad de los hechos, sino que se centrara en la autoridad de las leyes. Dicho pensamiento está presente en las obras de BLACKSTONE y de BENTHAM, de las que se extraen las causas y consecuencias del tránsito hacia el sistema de libre valoración de la prueba; y es manifiesto en los dos últimos siglos en la *intime conviction* del Código procesal penal francés de 1809; la *freie Beweiswürdigung* y los conceptos de verdad formal y de verdad material de los juristas germánicos; el concepto *beyond any reasonable doubt* y los estándares de prueba del derecho anglosajón; y la apreciación según la conciencia judicial o conforme a las reglas de la sana crítica de la doctrina y de la jurisprudencia españolas²⁰⁸³.

Con matices respecto de la teoría planteada por ANDERSON, SCHUM y TWINING, el profesor español señala que, especialmente en el siglo XX, la generalización de la que ha sido víctima con más frecuencia la libre valoración de la prueba ha sido la noción de las “máximas de experiencia”. VERA-SÁNCHEZ distingue dos casos. Por un lado, las máximas de experiencia como reglas que surgen de la observación y posterior generalización de casos concretos. Según dicho autor, cuando están bien construidas y sobre bases seguras, hacen descansar el juicio probatorio sobre una base racional. En ese sentido, las máximas de experiencia deben estar basadas en conocimientos lo suficientemente seguros como para poder ser generalizados. Por otro lado, se encuentran las máximas de la experiencia del juez, que son equivalentes al conocimiento privado y no deben

²⁰⁸¹ ANDERSON, SCHUM, TWINING, *Análisis de la prueba*, p. 334.

²⁰⁸² NIEVA, *La valoración de la prueba*, p. 23.

²⁰⁸³ NIEVA, *La valoración de la prueba*, pp. 65-90.

ser atendibles²⁰⁸⁴. En esa línea, nos encontramos frente a cláusulas de estilo que obvian cualquier otro razonamiento y que, en ocasiones, hacen referencia a simples convenciones sociales que están llenas de prejuicios y no atienden en absoluto al método científico. Se trata de un refugio vago para eludir dar motivos del juicio probatorio, que se asemeja a los peligrosos razonamientos que la aplicación ilimitada de generalizaciones lleva en el razonamiento judicial. El profesor NIEVA se rebela ante dicha situación y sostiene que en la actualidad las ciencias han avanzado lo suficiente como para poder expresar las razones de aquello que impulsa al juez a decidir de una determinada forma²⁰⁸⁵. Como el objetivo del presente apartado es justamente plantear un grupo de indicadores que coadyuven a limitar las generalizaciones y a evitar que el razonamiento judicial sea cubierto por “máximas de experiencia” que no hacen más que eludir el razonamiento probatorio, considero conveniente resumir a continuación los enfoques complementarios que, según NIEVA, coadyuvan a una adecuada valoración de la prueba y que evidencian que esta no se limita a la aplicación de una lógica formal:

- 1) Un primer enfoque de la valoración judicial de la prueba es el estrictamente jurídico. Según este, existen dos sistemas de valoración de la prueba, el libre y el legal, que normalmente configuran un sistema mixto. Mientras que, para el sistema libre, el juez debe valorar racionalmente lo que le parezca oportuno, para el sistema de prueba legal, debe imponerse instrucciones directas al juez que hacen que deje de lado su racionalidad²⁰⁸⁶.
- 2) Un segundo enfoque de la valoración judicial de la prueba es el epistemológico o gnoseológico. Según este, la estructura del razonamiento judicial debe ser explicada y, en caso no sea posible, el juez debe utilizar las reglas de la carga de la prueba. En ese sentido, el intento más conocido es el constituido por el silogismo y los razonamientos deductivo e inductivo, que ya he abordado. Para NIEVA, esta clase de razonamiento permite ordenar el pensamiento intentando reconstruir su estructura; sin embargo, deja atrás muchos datos e incurre en imprecisiones, al no explicar del todo cómo deben recogerse los elementos que componen la premisa menor o cómo debe formularse la premisa mayor, la cual se hace depender de una máxima de experiencia²⁰⁸⁷.

²⁰⁸⁴ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho Penal*, Marcial Pons, 2012, pp. 125-132.

²⁰⁸⁵ NIEVA, *La valoración de la prueba*, pp. 210-211. Acerca de las máximas de experiencia, ver también NIEVA, *La duda en el proceso penal*, p. 23.

²⁰⁸⁶ NIEVA, *La valoración de la prueba*, p. 96.

²⁰⁸⁷ NIEVA, *La valoración de la prueba*, p. 100.

En este punto, detecta NIEVA el mismo riesgo apuntado por ANDERSON, SCHUM y TWINING cuando hacen referencia a las generalizaciones: el hecho de que las máximas de experiencia que utiliza el juez suelen depender de su experiencia o, mejor dicho, de su intuición, que no es más que un atajo de la mente humana para tomar decisiones complejas y arriesgadas, que puede funcionar, pero que también puede ser erróneo al no explicarse las bases de la intuición²⁰⁸⁸. Corresponde entonces que el enfoque gnoseológico sea complementado por otros enfoques, entre los que destaca el psicológico.

- 3) Un tercer enfoque de la valoración judicial de la prueba es el psicológico²⁰⁸⁹, según el cual, las máximas de experiencia dependen del criterio psicológico del juez. Al respecto, explica NIEVA que existen dos orientaciones de la doctrina psicológica que resultan útiles para explicar el razonamiento probatorio²⁰⁹⁰.

Por un lado, se encuentra el sistema de los modelos mentales, que propone que, para entender una hipótesis, los seres humanos no suelen construir esquemas racionales, sino que combinan su percepción y su imaginación y forman una representación del objeto discutido (modelo). En el razonamiento probatorio, los indicios son conceptos clave de una determinada versión de los hechos (de un modelo mental), que se tiene por cierta cuando no son localizados otros modelos mentales alternativos. A partir de ello, pueden formularse tres predicciones: más difícil es determinar el modelo correcto cuantos más modelos se deduzcan de los diferentes indicios; dejar de lado inadvertidamente modelos mentales alternativos hace que las conclusiones erróneas se compaginen bien con sus premisas; los conocimientos previos de los sujetos pueden interferir peligrosamente en el proceso inferencial hasta hacerlo erróneo, si resulta que la conclusión inicialmente expuesta le parece creíble de entrada al

²⁰⁸⁸ NIEVA, *La valoración de la prueba*, p. 110.

²⁰⁸⁹ Aunque quizás resulta obvio, debo indicar que en este punto el enfoque psicológico se refiere a la explicación del razonamiento judicial a partir de las herramientas que la psicología proporciona. Nada tiene que ver ello con los tan cuestionados enfoques psicológicos del dolo, que hacen referencia a la concepción del dolo como estado mental y rechazan toda valoración normativa del mismo. La propuesta de NIEVA apunta más bien a otro asunto: Cómo los conocimientos de la psicología, que tienen una base científica mínima, pueden contribuir a descifrar el razonamiento judicial como procedimiento de resolución de un caso. Así, se analizan las generalizaciones, las máximas de experiencia y, en general, los juicios de probabilidad que la psicología podría aportar. Caso muy distinto es el de los enfoques psicológicos puros del dolo, que pretenden juicios de certeza sobre la conducta humana y que, en consecuencia, no tienen base científica alguna.

²⁰⁹⁰ Con relación a los enjuiciamientos *prima facie*, que son aquellos juicios en los que la ley obliga al juez a juzgar por sus primeras impresiones y restringe su campo de decisión habitual, NIEVA, *Enjuiciamiento prima facie. Aproximación al elemento psicológico de las decisiones judiciales*, Atelier, 2007, pp. 64-68, detalla las diferentes corrientes psicológicas, entre las que destaca la psicología funcionalista, que permitirían explicar el razonamiento judicial.

juez. Para NIEVA, este sistema tiene la ventaja de explicar con sencillez el razonamiento humano, pero mantiene la dificultad de imaginar todos los contextos alternativos posibles²⁰⁹¹.

Por otro lado, se encuentra el sistema de los heurísticos y de los sesgos, propuesto en las investigaciones de dos psicólogos, KAHNEMAN y TVERSKY, y que permitiría explicar por qué el juez se decanta por uno de los modelos mentales formulados²⁰⁹². Según esta propuesta, en sus decisiones cotidianas, los seres humanos siguen unos principios heurísticos que les ayudan a simplificar la realidad y a tomar decisiones. Entre dichos principios, en primer lugar, se encuentra el de la representatividad, que sostiene que los seres humanos toman sus decisiones en función de aquello que ya conocen y les resulta parecido a lo que tienen que decidir. En segundo lugar, está el heurístico de la accesibilidad, que postula que los seres humanos valoran la probabilidad de que se produzca un acontecimiento en función de la facilidad que tienen para recordar un acontecimiento similar. Otro heurístico relevante es el heurístico de anclaje y ajuste, según el cual los seres humanos suelen hacerse una idea de lo que ha sucedido en un principio, en cuanto ven algunos indicios, siendo muy difícil que posteriormente cambien de opinión, pese a que reciban nuevos datos que modifiquen la percepción inicial. También destaca el heurístico de la necesidad de justificación de la decisión, según el cual, ante la necesidad de motivar públicamente una decisión, el juez suele decidir aquello que le parece más defendible socialmente²⁰⁹³.

En conclusión, el enfoque de los heurísticos pone en evidencia que el razonamiento judicial no sólo se basa en la experiencia o en la intuición, sino que tiene detrás una simplificación construida a través de los recuerdos y que los psicólogos estudian a través de los heurísticos. Ahora bien, según se desprende de la explicación de NIEVA, el estudio de los heurísticos evidencia los peligros propios del razonamiento judicial, en el mismo sentido que expresaban las generalizaciones expuestas en la teoría de ANDERSON, SCHUM y TWINING. Creo conveniente citar algunos de los ejemplos que lo demuestran. En el caso del heurístico de representatividad, por ejemplo, este puede conducir al juez a valorar datos que no tienen que ver con el caso concreto, como son los antecedentes del imputado, su raza o su conducta procesal. En el caso del heurístico

²⁰⁹¹ NIEVA, *La valoración de la prueba*, pp. 114-119.

²⁰⁹² Acerca de los heurísticos, ver el resumen que presenta VERA SÁNCHEZ, *Tesis Doctoral "La legítima defensa en el proceso penal. Perspectivas probatorias"*, pp. 120-125.

²⁰⁹³ NIEVA, *La valoración de la prueba*, pp. 120-125. También desarrolla la problemática de los principios generales ante la toma de una decisión y sus peligros en NIEVA, *Enjuiciamiento prima facie...*, pp. 73-78.

de accesibilidad, este suele producir un sesgo de correlación ilusoria, según el cual el juez asocia una cualidad al imputado por una característica que posee, teniendo en cuenta su experiencia personal como experiencia generalizada. Finalmente, en el caso del heurístico del anclaje y ajuste, se pueden producir diversos sesgos cognitivos, como los de exceso de confianza en el juicio emitido, el sesgo egocéntrico o el sesgo de confirmación²⁰⁹⁴. En todos los casos, los heurísticos podrían conllevar a la inferencia indebida de las condiciones para el conocimiento o de defectos del conocimiento, en base a los sesgos de razonamiento que el juzgador trae consigo.

- 4) Un cuarto enfoque de la valoración judicial de la prueba es el probabilístico matemático, según el cual la aritmética puede proporcionar herramientas para fundamentar el razonamiento judicial. Para NIEVA, si bien el juicio jurisdiccional no puede ser sustituido por un cálculo matemático, herramientas como el teorema de BAYES pueden proporcionar ayuda para resolver aquellos casos en los que resulta necesario acudir a las reglas de carga de la prueba²⁰⁹⁵.
- 5) Finalmente, otro enfoque de la valoración judicial de la prueba es el sociológico, cuyo principal aporte, a criterio de NIEVA, es establecer que gran parte de las “máximas de experiencia” no son más que manifestaciones de la ideología del juez. No se trata de un enfoque que ayude al juez a construir su razonamiento, sino que permite que se tome conciencia de los condicionamientos sociológicos del juez y de los riesgos que ello implica²⁰⁹⁶.

La exposición de NIEVA evidencia que el razonamiento judicial no se limita a la lógica formal de la inferencia, sino que existen otros elementos -como los heurísticos, estudiados por la psicología- que contribuyen a la decisión judicial. Ello abona a la idea de que el razonamiento judicial acude a generalizaciones, muchas veces basadas en la experiencia personal o en la intuición del juzgador. Se ratifica entonces la necesidad de establecer límites al proceso de inferencia, en especial, de los elementos subjetivos del delito, en los que el riesgo de intervención de aspectos anímicos o emocionales es mayor.

²⁰⁹⁴ Ver más en NIEVA, *La valoración de la prueba*, pp. 127 y 120-125. Acerca de los sesgos cognitivos y su relevancia en el Derecho penal, ver más en SILVA SÁNCHEZ, VARELA, “Responsabilidades individuales en estructuras de empresa: La influencia de sesgos cognitivos y dinámicas de grupo”, en SILVA SÁNCHEZ (dir.), MONTANER (coord.), *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Atelier, 2013, pp. 265-286.

²⁰⁹⁵ NIEVA, *La valoración de la prueba*, p. 135. Acerca del teorema de BAYES, ver PENALVA MARTÍNEZ, POSADAS GARCÍA, “El planteamiento de problemas y la construcción del teorema de BAYES”, en *Enseñanza de las Ciencias*, Vol. 27, 3, 2009, pp. 331-342. Una fuerte crítica a la aplicación del teorema de BAYES para el razonamiento probatorio en TARUFFO, *La prueba de los hechos*, 2ª ed., pp. 193-206.

²⁰⁹⁶ NIEVA, *La valoración de la prueba*, pp. 140-145.

4.4. Indicadores como límites del proceso de inferencia

Como he explicado líneas arriba, en materia de imputación subjetiva, el juzgador dispone de dos clases de información: hechos probados y condiciones de imputación (el deber limitado de conocimiento, la posibilidad efectiva de conocimiento y la imposibilidad de confiar racionalmente en la no realización del riesgo típico). El punto de conexión entre ambos elementos se encuentra en el razonamiento judicial que se sustenta en un proceso de inferencia respetuoso de las garantías propias del Estado social y democrático de Derecho. En dicho proceso, el juez penal (o el jurado popular, según el caso), a partir de los hechos probados, infiere la configuración de las tres condiciones para imputar el conocimiento. En ese proceso intervienen generalizaciones, que son las razones de cada paso que el juez realiza para obtener las inferencias. Como he podido comprobar en los acápites anteriores, estas generalizaciones conllevan una serie de riesgos que, en un proceso penal propio del constitucionalismo penal, deben ser evitados. La aplicación de “máximas de experiencia” como sustitutos del razonamiento judicial es quizás el más grave de estos riesgos.

Como señala NIEVA, la valoración probatoria implica examinar hechos humanos, los cuales son complejos, por lo que no puede confiarse en la experiencia personal de cada juez sobre aquellos. En esa medida, propone que se haga lo posible por estandarizar la valoración probatoria, aunque sin encorsetarla en esquemas prácticamente matemáticos, que son igualmente falibles. En esa tarea, el enfoque epistemológico proporciona orden a la reflexión, mientras que el psicológico otorga herramientas para descubrir el grado de corroboración de las hipótesis y para determinar las razones subjetivas del juez en la elección de las hipótesis, cuando la estricta racionalidad no proporciona una respuesta²⁰⁹⁷.

En el presente acápite desarrollo una propuesta de cómo reducir los riesgos que las aludidas generalizaciones implican en lo que al juicio de imputación subjetiva se refiere. En mi opinión, no es posible desaparecer por completo los aludidos riesgos, puesto que ello implicaría abandonar un sistema de libre valoración de la prueba y reemplazarlo por uno de prueba tasada o por un estándar matemático que no proporcionaría una solución adecuada, menos aun tratándose de elementos subjetivos de la conducta humana. Lo que sí es posible es establecer un catálogo abierto y perfectible de indicadores, que guíen el proceso de inferencia y lo mantengan dentro de los cauces de racionalidad entendida como respeto de los principios limitadores del *ius puniendi*. A continuación, pondré en consideración siete posibles indicadores.

²⁰⁹⁷ NIEVA, *La valoración de la prueba*, pp. 95 y 129.

Los indicadores que voy a presentar no forman parte de un catálogo cerrado. Asimismo, se trata de indicadores que no pueden ser valorados de forma aislada, sino que deben formar parte de un análisis conjunto y sistemático propio del razonamiento judicial en los términos hasta ahora descritos.

Se trata de reglas de imputación y no de presunciones²⁰⁹⁸, que guardan similitud con algunos de los propuestos por autores como CORCOY BIDASOLO²⁰⁹⁹, FEIJOO SÁNCHEZ²¹⁰⁰ y RAGUÉS I VALLÈS²¹⁰¹, aunque son incorporados a la sistemática de la *teoría de las condiciones para el conocimiento*.

A título ilustrativo, el siguiente cuadro esquematiza lo que explico a continuación, mostrando sin pretensión de exhaustividad algunos de los efectos limitadores de los indicadores propuestos:

²⁰⁹⁸ Como bien indica RAGUÉS I VALLÈS, “La determinación del conocimiento como elemento del tipo subjetivo (Comentario a la STS 24 de noviembre de 1995)”, *ADPCP*, 1996, p. 821, n. 57, “las reglas permiten imputar tanto conocimientos como desconocimientos y (...) actúan sobre el caso concreto con todas sus circunstancias externas y no se formulan a priori para cualquier hipotético caso”.

²⁰⁹⁹ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente...*, pp. 269 y ss.

²¹⁰⁰ FEIJOO SÁNCHEZ, *El dolo eventual...*, pp. 134 y ss.

²¹⁰¹ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, pp. 357 y ss.

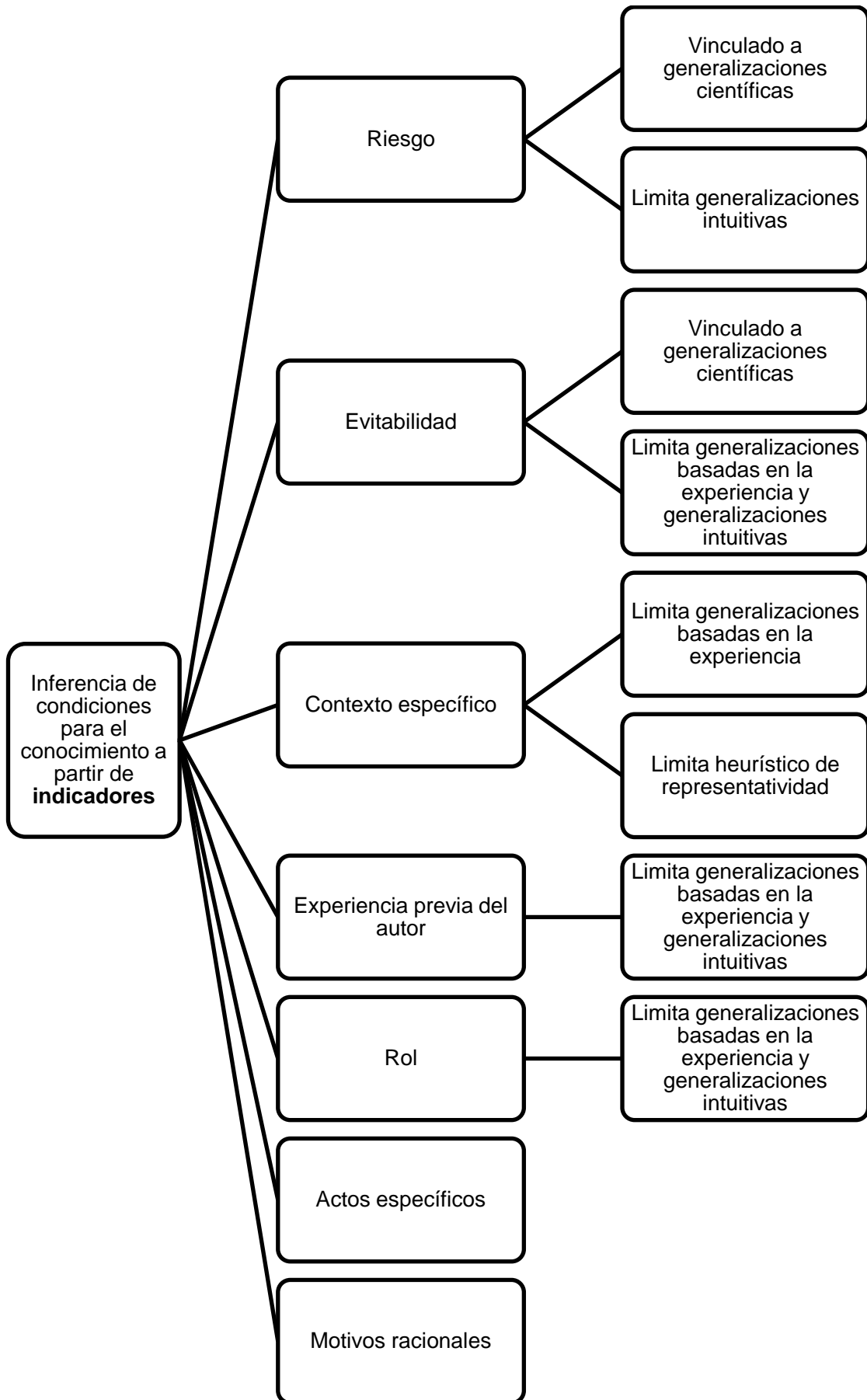


Figura 4.6. Inferencia de las condiciones para el conocimiento a partir de indicadores

4.4.1. Riesgo

Un primer indicador a ser valorado a efectos de atribuir las condiciones para el conocimiento -o de un defecto de conocimiento- es la existencia de riesgo en el hecho objeto del juicio subjetivo-normativo. Siguiendo a MAÑALICH, por riesgo puede entenderse el conjunto de circunstancias que, de acuerdo a leyes deterministas o probabilísticas, fundamenta el pronóstico de que habrá de tener lugar una modificación perjudicial²¹⁰². Se trata de un concepto neutro de riesgo, en la medida que no hace referencia al objeto del riesgo, al no establecer si se trata de la probabilidad de lesión de un bien jurídico o de la probabilidad de afectación de la vigencia de una norma.

El riesgo debe ser concebido como un indicador que puede ser medido objetivamente y, por ende, probado en el proceso penal. Hace muchos años, BINDING sostuvo que, cuando el imputado asevera que sólo ha pretendido el mínimo de resultado posible, lo único que desvirtúa tal alegación es su hecho²¹⁰³. En consecuencia, el riesgo se manifiesta en el hecho, específicamente en la conducta del autor, cómo esta se lleva a cabo y el sentido que esta expresa en un determinado contexto social.

Asimismo, el indicador de riesgo no deja de lado la relación que este tiene con el sujeto activo del delito. Como bien señala CORCOY BIDASOLO, debe valorarse no sólo la cantidad de riesgo que genera la conducta del sujeto activo del delito, sino especialmente la cualidad del riesgo creado²¹⁰⁴, lo que implica valorar la magnitud del riesgo y la inminencia de lesión desde la perspectiva *ex ante* del autor. No debe entenderse la perspectiva del autor como un juicio individual y arbitrario del sujeto, sino como el juicio esperado del sujeto activo en las circunstancias de su hecho.

Ahora bien, no puede afirmarse que la existencia de riesgo esté en directa conexión con la atribución al sujeto de las condiciones para el conocimiento. El riesgo, y específicamente su magnitud, no imputa por sí mismo un deber de conocimiento o la posibilidad efectiva de conocer. Tampoco basta para concluir en la irracionalidad de la confianza del sujeto en su no realización. Sin embargo, en el razonamiento judicial, una mayor magnitud de riesgo y la inminencia de la lesión (entendida en términos normativos y no necesariamente ontológicos) permite al juez valorar la existencia de una expectativa mayor de que el sujeto activo de un delito aprehenda el riesgo y, a la inversa, una expectativa menor de que el sujeto activo de un delito pueda confiar racionalmente en su no

²¹⁰² MAÑALICH, *Norma, causalidad y acción...*, p. 106.

²¹⁰³ BINDING, *La culpabilidad en Derecho penal*, p. 52.

²¹⁰⁴ CORCOY BIDASOLO, "En el límite entre dolo e imprudencia (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1983), en *ADPCP*, 1985, p. 969.

realización²¹⁰⁵. Ahora bien, la valoración de dichas expectativas es insuficiente a efectos de atribuir con carácter definitivo las condiciones para el conocimiento en el marco de un Derecho penal democrático respetuoso del principio de culpabilidad. Por ello este indicador, a efectos de individualizar el proceso de imputación, deberá ser evaluado de forma conjunta con otros indicadores como la evitabilidad o capacidad general del sujeto para conocer, su experiencia previa en situaciones riesgosas similares, entre otros. Con ello, se logra incorporar a la valoración no sólo el contexto social, que está constituido por las expectativas que la sociedad tiene sobre el comportamiento individual de sus miembros, sino el contexto personal del sujeto activo del delito.

El indicador de riesgo se identifica estrechamente con las generalizaciones científicas. Las leyes deterministas o probabilísticas que fundamentan el riesgo tienen una base científica o, al menos, pueden ser corroboradas a partir de una técnica mayormente aceptada (principios bien establecidos, investigaciones menos confiables, pero con cierto sustento técnico, etc.). En esa medida, el juicio meramente subjetivo e individual del autor acerca de la producción de modificaciones perjudiciales como consecuencia de su conducta es ajeno a la valoración propuesta y forma parte del terreno de la intuición. Justamente el indicador de riesgo funciona como un límite a la aplicación de intuiciones en el razonamiento que pudieran dar lugar a la inferencia de las condiciones para el conocimiento.

4.4.2. *Evitabilidad*

Un segundo indicador a ser valorado a efectos de atribuir las condiciones para el conocimiento -o de un defecto de conocimiento- es la existencia de evitabilidad individual en el hecho objeto del juicio subjetivo-normativo. En ese sentido, el hecho de que la conducta fuera de evitable realización para el sujeto activo del delito constituye, por un lado, la premisa para atribuir un deber de conocimiento y, por otro lado, un indicador de la posibilidad efectiva del sujeto de conocer el riesgo inherente a su conducta.

A efectos de construir el indicador de evitabilidad, se requiere valorar las capacidades generales del sujeto activo del delito y su impacto a nivel del injusto. Si bien tanto consideraciones concernientes a la capacidad de acción (voluntariedad de la conducta) como a la imputación personal (imputabilidad y circunstancias que permitan la comprensión de las reglas) están vinculadas con este indicador, cabe acotar que no nos encontramos frente a un juicio de reprochabilidad penal, sino ante un estándar mínimo de actuación, medible objetivamente en el caso concreto. Al respecto, MIR PUIG expone claramente

²¹⁰⁵ En esa medida, no llego al extremo de defender una diferenciación objetiva entre peligros de dolo y peligros de imprudencia. Al respecto, ver PUPPE, *La distinción entre dolo e imprudencia*, Hammurabi, 2010, pp. 88-89.

cómo en un Derecho preventivo, no se puede desvalorar lo que no se puede evitar, debiendo distinguirse los efectos de la evitabilidad en dos ámbitos distintos, el de la antijuridicidad y el de la culpabilidad²¹⁰⁶. En un sentido más general, FERNANDO CÓRDOBA propone que la evitabilidad individual de la conducta constituye el presupuesto para que pueda tener lugar la imputación penal. Añade entonces que la “evitabilidad individual significa que la conducta debe haberle sido evitable al autor concreto y no, por ejemplo, a un hombre promedio. (...) A nadie se le puede exigir más de lo que puede rendir: *ultra posse nemo obligatur*”²¹⁰⁷.

En este punto, es importante citar la tesis de CORCOY BIDASOLO, quien evidencia el impacto que los poderes individuales tienen sobre el injusto:

“(...) la capacidad, mayor o menor, del autor determina ya la propia existencia del peligro objetivo creado por la conducta. Los conocimientos que el sujeto tenga de la peligrosidad que entraña su comportamiento condiciona que nos encontremos ante un injusto doloso o imprudente”²¹⁰⁸.

Según FERNANDO CÓRDOBA, el concepto de evitabilidad se construye teniendo en cuenta las capacidades intelectuales y físicas del autor, más no su capacidad de motivación. Concluye entonces que el Derecho penal es un Derecho penal de culpabilidad por la voluntad, que no reprocha déficits cognitivos, sino exclusivamente déficits volitivos. Así, sostiene que, cuando el autor dispone de capacidades físicas e intelectuales que le habrían permitido evitar con tal de haberlo querido, hay que concluir que la razón de la no evitación y de la realización de la conducta se encuentra en un déficit volitivo²¹⁰⁹.

La vinculación entre el criterio de evitabilidad y el principio de culpabilidad fue evidenciada por la Corte Constitucional italiana en su sentencia del 24 de marzo de 1988, la cual declaró inconstitucional el artículo 5° del Código penal italiano, que establecía que el imputado no podía invocar como excusa la ignorancia de la ley penal. La Corte Constitucional declaró ilegítima dicha ley en cuanto no excluía la ignorancia inevitable de la inexcusabilidad de la ignorancia de la ley penal²¹¹⁰. Es decir que el tribunal italiano, de acuerdo a lo que es atendible en una democracia constitucional, entendió que la inevitabilidad de una conducta

²¹⁰⁶ MIR PUIG, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, p. 49. El mismo autor añade (p. 184) que la norma no se dirige al cuerpo o a los movimientos externos del mismo, por lo que sólo pueden prohibirse conductas voluntarias. Así, el imperativo normativo se dirige a la voluntad. En otro pasaje (p. 227), hace referencia a las afirmaciones de KANT, en el sentido de que el *deber* implica el *poder*, y de BINDING, quien sostenía que el Derecho, al ser racional, no podía exigir lo imposible.

²¹⁰⁷ CÓRDOBA, F., “Evitabilidad individual y lesividad en la teoría del ilícito”, en *InDret Penal* N° 3, 2015, p. 3.

²¹⁰⁸ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente...*, 2ª ed., p. 106.

²¹⁰⁹ CÓRDOBA, F., “Evitabilidad individual y lesividad en la teoría del ilícito”, pp. 4-5.

²¹¹⁰ Al respecto, ver BRICOLA, *Teoría General del Delito*, p. 209.

es un candado para la responsabilidad penal. Dicho en otras palabras, el principio de culpabilidad opera para evitar la privación de la libertad de aquellos ciudadanos que incurrieron en una conducta que no les era posible evitar.

Ahora bien, esta interpretación no tiene por qué limitarse a las capacidades de evitación propias del ámbito de la culpabilidad o de la imputación personal. En mi opinión, debe ser también aplicada al juicio de antijuridicidad, que es el que interesa al indicador que estoy planteando. En un sentido más específico, cuando se plantea la existencia de deberes de cooperación del ciudadano, como ocurre en la expuesta teoría de PAWLIK²¹¹¹, estos siempre deberán estar limitados por el criterio de evitabilidad. Así, no puede atribuirse al ciudadano deberes de adquirir determinados conocimientos, que vayan en contra del criterio de evitabilidad²¹¹². Ello en atención a que el criterio de evitabilidad individual es la premisa del establecimiento de deberes de conocimiento.

Del mismo modo que el indicador de riesgo, el indicador de evitabilidad se identifica con las generalizaciones científicas. La evitabilidad individual depende de factores vinculados a las capacidades generales de los seres humanos, en cuya determinación siempre es necesaria una base científica, la cual a su vez deberá funcionar como factor limitante de la atribución de la posibilidad efectiva de conocimiento en circunstancias en las que sea física o psíquicamente imposible adquirir el conocimiento. Si bien deberá ajustarse a las leyes científicas que sean aplicables, la valoración de la evitabilidad individual no deberá dejar de atender tanto al contexto social como al contexto personal del caso.

El indicador de evitabilidad constituye también un límite a la aplicación de generalizaciones o máximas de experiencia en el razonamiento inferencial. En ese sentido, la experiencia personal (del juez o del jurado) o su intuición (basada en un supuesto sentido común) no están en condiciones de sustentar la imputación de la posibilidad efectiva de conocimiento en un caso concreto. Debe atenderse, en primer lugar, a las capacidades generales de los seres humanos según las leyes científicas correspondientes y, en segundo lugar, a su aplicación al supuesto concreto del sujeto imputado, atendiendo a las circunstancias del contexto social y del contexto personal del caso.

Finalmente, debo indicar que existe cierto parentesco entre las capacidades generales que permiten la evitabilidad individual y el denominado indicador de los “conocimientos mínimos” propuesto en la teoría de RAGUÉS I VALLÈS y expuesto en el segundo capítulo de la presente tesis²¹¹³, según el cual existen

²¹¹¹ PAWLIK, *Ciudadanía y derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades*.

²¹¹² Ver más en HART, HENRY M., “The Aims of the Criminal Law”, en *Law and Contemporary Problems*, 23, p. 415.

²¹¹³ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, pp. 521-522.

determinados conocimientos que toda persona mayor de edad, imputable y debidamente socializada debe y puede tener o, en otros términos, “no puede negar tener”. Coincido en la interpretación que al respecto efectúa el profesor español. La diferencia reside únicamente en la connotación claramente sociológica de la teoría en la que se enmarca el indicador de los conocimientos mínimos, mientras que el indicador de la evitabilidad individual forma parte de un juicio subjetivo-normativo. Mientras que en el primer caso el punto central de atención son las expectativas de una determinada sociedad, en mi caso considero necesario añadir el contexto personal del autor, como factor limitante de la atribución de deberes de conocimiento a nivel del injusto. Se trata posiblemente de una diferencia de apreciación en el grado de subjetividad que debe intervenir en el análisis normativo del dolo.

4.4.3. Contexto específico

Un tercer indicador que puede ser valorado a efectos de atribuir las condiciones para el conocimiento -o de un defecto de conocimiento- es el contexto específico en el que el sujeto activo realiza el hecho objeto del juicio subjetivo-normativo. Si bien el contexto no puede ser elemento suficiente para atribuir un deber de conocimiento, sí puede ser un factor que coadyuve a la valoración de la posibilidad efectiva de conocimiento del riesgo y a la imposibilidad de confiar racionalmente en la no realización del riesgo.

En ese sentido, resulta importante valorar el ámbito de creación del riesgo y las circunstancias espaciales y temporales en que el sujeto activo realiza la conducta imputada. Se trata de un indicador que permite dar contenido a las generalizaciones de conocimiento general en el marco de un juicio subjetivo-normativo y que además puede servir de importante límite a las generalizaciones basadas en la experiencia o, peor aún, en el “sentido común”.

Como se ha visto anteriormente, existen circunstancias cuya presencia u ocurrencia en una determinada comunidad resultan indiscutibles por las partes. Se trata muchas veces de hechos públicos y notorios, que no están sujetos a una controversia razonable, al ser ampliamente conocidos por la comunidad o al ser fácilmente verificables en el proceso judicial. Es el caso, por ejemplo, del hecho que la Avenida Diagonal en Barcelona es una vía muy transitada, en la que los automóviles se desplazan a una velocidad media y en la que existen semáforos y líneas de cruce especialmente habilitados para los peatones.

Una aplicación indiscriminada de las generalizaciones de conocimiento general a este caso nos llevaría a imputar a cualquier persona que conducía a más de 100 km/h en dicha vía y que atropelló a un peatón la comisión de un delito doloso contra la vida, ya que el conocimiento general permite inferir la posibilidad efectiva de conocimiento del riesgo para la vida de los peatones creado por su

conducta, así como la imposibilidad de confiar racionalmente en la no afectación de la vida de los peatones. Ahora bien, la valoración del indicador de contexto específico permite introducir correctivos a este tipo de generalizaciones. Así, un correctivo puede consistir en la hora de tránsito del imputado. Si el tránsito se efectuó a medianoche de un día de semana, posiblemente el hecho público y notorio del tránsito masivo de peatones por esta vía se desdibuje y existan mayores elementos que doten de racionalidad a una supuesta confianza en la no realización de riesgos en contra de la vida de terceras personas. Ello, por supuesto, no obstaría a la imputación por un delito imprudente o de otro tipo. Lo importante es que la valoración del indicador del contexto específico permite incorporar matices a los conocimientos generales o a aquellas circunstancias que suelen ser consideradas como hechos públicos y notorios en los procesos de inferencia que realizan los jueces.

Por otro lado, el indicador del contexto específico constituye un límite directo a las generalizaciones basadas en la experiencia, que son aquellas que muchas veces se “sustentan” en la experiencia individual del juzgador. En ese sentido, constituye también un límite a la aplicación de un heurístico de la representatividad en el razonamiento judicial, que es aquel que sostiene que los seres humanos toman sus decisiones en función de aquello que ya conocen y les resulta parecido a lo que tienen que decidir. La introducción del contexto específico permite modificar parcialmente -de ser necesario- la valoración judicial basada en una experiencia anterior de un caso aparentemente similar. El contexto específico es justamente el elemento que permite detectar las diferencias entre un caso y otro.

Como precisión final, cabe señalar que el indicador del contexto específico hace referencia a circunstancias objetivas que pueden ser objeto de prueba en el proceso penal. En ese sentido, deja de lado cualquier valoración de los motivos internos, que las generalizaciones basadas en la experiencia suelen admitir.

4.4.4. Experiencia previa del autor

Un cuarto indicador que puede ser valorado a efectos de atribuir las condiciones para el conocimiento -o de un defecto de conocimiento- es la experiencia previa del sujeto activo que realiza el hecho objeto del juicio subjetivo-normativo. No se trata en este caso de la experiencia personal del juzgador aplicada al caso, sino de la valoración de la experiencia personal del sujeto imputado, experiencia que debe estar acreditada a partir de hechos objetivos que forman parte del acervo probatorio.

Este indicador de la experiencia previa del autor coadyuva especialmente a medir la posibilidad de confiar racionalmente en la no realización del riesgo. La experimentación de situaciones de riesgo similares o la adquisición de

conocimientos específicos acerca del riesgo objeto de análisis constituyen piezas claves en la medición de la racionalidad de la confianza del sujeto.

La experiencia previa del autor comprende diversos elementos, entre los que se encuentran los conocimientos previamente adquiridos, que pueden tener naturaleza técnica o convencional; los actos de exteriorización previa del conocimiento según los describe RAGUÉS I VALLÈS en su teoría expuesta en el segundo capítulo de la presente tesis²¹¹⁴; y, en general, todo aquello que pertenezca a la historia personal del imputado, que de alguna manera se exteriorice y pueda ser objeto de prueba válida en el proceso penal. Algunos ejemplos pueden dar más luces sobre este indicador. La racionalidad de la confianza en la no afectación de la salud de una persona a la que se le suministra un medicamento sin verificar las alergias del paciente será menor si quien aplica el medicamento es una persona con cierta formación previa en asuntos médicos o químicos. Una persona que ha sido previamente sancionada por una determinada conducta riesgosa, en una ocasión posterior similar tendrá menos posibilidades de argüir una confianza racional en la no realización del riesgo. Con este último ejemplo de ninguna manera sostengo que los antecedentes penales o la reincidencia pueden constituir elementos que fundamenten o agraven el delito presente. Únicamente planteo que el hecho de haber sido sometido a un procedimiento, en el que se discutió acerca del riesgo inherente a una determinada conducta, genera que a futuro la persona que fue parte de dicho procedimiento tenga menos posibilidades de alegar racionalmente la confianza en la no realización del riesgo en una situación similar a la que fue materia del procedimiento anterior.

El indicador de la experiencia previa del autor permite dar contenido a las generalizaciones de conocimiento general en el marco de un juicio subjetivo-normativo y puede servir además de límite tanto a las generalizaciones basadas en la experiencia como a las generalizaciones intuitivas.

En primer lugar, la valoración del indicador de la experiencia previa permite incorporar matices a los conocimientos generales o a aquellas circunstancias que suelen ser consideradas como hechos públicos y notorios en los procesos de inferencia que realizan los jueces. Así, el razonamiento judicial no podrá asumir de forma genérica un hecho por su notoriedad o aceptación general en una determinada comunidad, sino que a ello deberá sumar el contexto específico del caso y la experiencia previa del autor. Retomando el caso expuesto en el punto anterior del conductor que ocasionó un atropello en la Avenida Diagonal de Barcelona, su experiencia previa al haber sido parte de otro incidente en circunstancias similares (en el mismo lugar, a la misma hora o en una vía de características similares) operará como indicador de la posibilidad que tiene el

²¹¹⁴ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 411.

conductor de confiar racionalmente en la no producción del atropello. En otros términos, dicha experiencia previa podría justificar, teniendo en cuenta las demás circunstancias del caso, la inferencia de que el conductor no podía alegar una confianza racional en la no producción del riesgo.

Ahora bien, el indicador de la experiencia previa del autor no necesariamente deberá coadyuvar a desacreditar la racionalidad de la confianza en la no producción del riesgo, sino que perfectamente podría operar en sentido opuesto. Aquí surgen los casos de habituación al riesgo, expuestos claramente en la teoría de JAKOBS²¹¹⁵. Se trata de conocimientos previos del autor, que generan su predisposición a desconocer el riesgo. Básicamente pueden funcionar como indicadores de la mayor admisibilidad del error sobre la situación típica o de mayor predisposición a valorar la invencibilidad del aludido error. La valoración de este tipo de circunstancias, frecuentes en la conducción de automóviles, debe ser introducida al razonamiento judicial, pero siempre con el límite de que debe existir una valoración conjunta de todos los indicadores que sea posible aplicar al caso concreto. En esa medida, la habituación al riesgo podrá ser debilitada, por ejemplo, por el contexto específico del hecho o por capacidades especiales del sujeto imputado. En mi opinión, JAKOBS se pronuncia en la misma línea, al no llevar su teoría hasta las últimas consecuencias y exigir, a efectos de la imputación dolosa, un juicio válido para el autor en el momento de la acción²¹¹⁶.

En segundo lugar, el indicador de experiencia previa del autor sirve de límite a las generalizaciones basadas en la experiencia, que son aquellas que suelen “sustentarse” en la experiencia individual del juzgador. En ese sentido, constituye también un límite a la aplicación de un heurístico de la representatividad en el razonamiento judicial, que es aquel que sostiene que los seres humanos toman sus decisiones en función de aquello que ya conocen y les resulta parecido a lo que tienen que decidir. La introducción de la experiencia previa del autor debe sustituir la valoración de la experiencia previa del juzgador por la valoración de la experiencia previa del imputado, siempre y cuando esta se encuentre debidamente acreditada en la investigación. Dicho de otro modo, el indicador de experiencia previa del autor establece una restricción al juez, en el sentido de que no puede reemplazar la experiencia previa del imputado por su experiencia propia.

Finalmente, el indicador de experiencia previa del autor sirve de límite a las generalizaciones intuitivas. Como se recordará, la intuición está siempre vinculada al acervo personal del juzgador, a aquello que este considera racional sin ninguna base más que su propia visión particular del hecho. En esa medida, la valoración del indicador de experiencia previa del autor genera que el juzgador

²¹¹⁵ Al respecto, ver más en RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, pp. 139 y ss.

²¹¹⁶ JAKOBS, *Derecho penal Parte General...*, 2ª ed., p. 327.

disponga de un factor objetivo de medición de la racionalidad de la confianza del imputado, que sirve de freno a la introducción de elementos meramente intuitivos.

4.4.5. *Rol*

Un quinto indicador que puede ser valorado a efectos de atribuir las condiciones para el conocimiento -o de un defecto de conocimiento- es el rol del sujeto activo que realiza el hecho objeto del juicio subjetivo-normativo. Se trata de un indicador íntimamente vinculado al anterior, ya que la experiencia previa del autor puede ser justamente aquello que de contenido material a su rol. Con esto sostengo que mi concepto de rol no es uno formal, que se limite al título conferido o a la función formalmente asumida por una persona en un determinado contexto (social, personal, laboral, profesional, etc.). En cambio, concibo el rol en su sentido material, como la función efectivamente desplegada por una determinada persona, a partir de la cual se le atribuyen diversos deberes y derechos. En esa medida, la experiencia previa del autor resulta determinante para la configuración específica de su rol.

El ejemplo del administrador de hecho sea quizás el más claro a estos efectos. En un proceso penal por delito ambiental cometido por una empresa minera, la atribución del rol de administrador de la empresa conlleva la imputación de determinados deberes, como son los deberes de conocimiento de riesgos específicos, y la limitación de los supuestos de exclusión de responsabilidad. Desde un punto de vista formal, tiene el rol de administrador aquella persona que es nombrada como tal de acuerdo a las exigencias legales y asume formalmente el cargo. Sin embargo, a efectos penales, lo que realmente interesa es quién ejerció materialmente el cargo, esto es, quién tuvo control sobre las decisiones de la empresa y, por ende, manejó y pudo evitar el riesgo.

Ahora bien, los niveles de exigencia de conocimiento del riesgo y de las posibilidades de confiar racionalmente en la no realización del riesgo nunca dependerán exclusivamente del rol asumido, aun cuando se trate de una asunción en el sentido material antes expuesto. Siempre este indicador deberá ser interpretado conjuntamente con otros indicadores, especialmente con aquel de la experiencia previa del autor. En el ejemplo anotado, no podrá establecerse el mismo nivel de exigencia y la rigurosidad en la medición de la racionalidad no podrá ser igual en el caso de un administrador con muchos años de experiencia y que ha formado parte de empresas anteriormente involucradas en casos de contaminación que el caso del administrador novel. Nuevamente insisto en este punto que no se trata de generar una mayor carga de responsabilidad por una supuesta reincidencia o habitualidad en el delito. Únicamente se trata de valorar la experiencia previa como un factor de medición de la posibilidad efectiva de

conocer los riesgos y de la posibilidad de confiar racionalmente en su no realización.

El indicador del rol del autor sirve de límite tanto a las generalizaciones de experiencia como a las generalizaciones intuitivas. Ello en la medida que introduce en el proceso de inferencia la consideración de las características específicas de la función realizada por el imputado. En el caso del administrador, la inferencia de sus deberes de conocimiento, por ejemplo, no dependerá de aquello que el juzgado entiende que debe hacer un gerente general según su experiencia personal a partir de la resolución de casos anteriores, ni tampoco dependerá de lo que su intuición le diga en función de los conocimientos e impresiones personales que tiene con relación a la empresa que administra el imputado. A partir del indicador del rol del autor, lo relevante para el razonamiento judicial será entonces aquello que el desempeño del rol en el caso concreto implica, circunstancia que puede ser perfectamente objeto de prueba en el proceso penal.

El indicador del rol del autor resulta central, pero no debe ser confundido con el juicio de imputación objetiva, en el que se le atribuyen determinados deberes. El indicador del rol del autor debe ser interpretado en conjunto con los demás indicadores propuestos. Recurro a un ejemplo a fin de ilustrar mi propuesta. Arturo es administrador de una fábrica que produce y comercializa bebidas para consumo humano. En el proceso de producción de una bebida, se ha utilizado una sustancia que, según estudios científicos realizados por la autoridad competente, resulta peligrosa para la salud de los consumidores. En este supuesto, para el juicio de imputación objetiva, bastará con acreditar que la conducta de Arturo de comercializar la aludida bebida crea un riesgo penalmente relevante para la salud de los consumidores. Si se imputara dolo en base al cargo que desempeña Arturo, por el que además “debería conocer” el peligro de su conducta, se estaría recurriendo a una objetivación del dolo consistente en presumir el elemento subjetivo a partir de la simple constatación de lo objetivo. Sin embargo, si se sigue la propuesta esbozada líneas arriba, lo que debería hacer el juez es acreditar mediante indicios o indicadores una base ontológica (posibilidad efectiva de conocimiento por parte de Arturo) sobre la cual efectuar el juicio de imputación subjetiva. Dichos indicadores deberían probar, por ejemplo, que Arturo efectivamente realizaba la labor de administrador cuando ocurrieron los hechos, que entre sus labores se encontraba la de supervisar, verificar o intervenir en el proceso de producción de la aludida bebida, que tenía estudios o capacitación que le permitían conocer la peligrosidad de la sustancia utilizada, que pudo conocer que se estaba aplicando dicha sustancia a las bebidas comercializadas o, en todo caso, que tenía control efectivo sobre el proceso de producción. Será a partir de la valoración conjunta de dichos indicios positivos y de la verificación de que no se presentan indicios negativos (por ejemplo, aquellos que indiquen que Arturo consumía la bebida, que Arturo fue

asesorado por un supuesto especialista que le aseguró la inocuidad de la sustancia, entre otros), que el juez recién podrá argumentar el juicio de imputación dolosa a la conducta objetivamente peligrosa realizada por Arturo.

Finalmente, cabe añadir que, relacionado al indicador del rol del autor, se encuentra el tema de los deberes positivos o institucionales, que se atribuyen únicamente a determinadas personas. En un apartado anterior, hice referencia a la distinción entre deberes negativos y deberes positivos planteada por JAKOBS en la materia penal. Asimismo, mencioné la teoría de ROBLES PLANAS, quien propone distinguir entre deberes positivos generales, que se dirigen a todos los ciudadanos y se fundamentan en la solidaridad intersubjetiva, y deberes positivos especiales, que se dirigen únicamente al portador de un “estatus especial”. Quiero hacer breve mención a este último grupo de casos. Se trata básicamente de los supuestos de funcionarios públicos, a quienes el rol desempeñado les atribuye una serie de deberes: desempeño leal de la función pública, protección del patrimonio públicos bajo su administración, etc.²¹¹⁷. En estos casos, puede afirmarse que el proceso de inferencia de los deberes de conocimiento se objetiviza, al tratarse de deberes aceptados y conocidos por el imputado desde el momento en que asume un cargo específico: el rol de funcionario público. Ahora bien, esto no implica concluir que la imputación de las condiciones de conocimiento se basa en un estándar meramente objetivo y descarta cualquier consideración subjetiva. La imputación deberá estar siempre limitada y guiada por los principios básicos de un Estado social y democrático de Derecho. En esa medida, deberán entrar en consideración, aunque sin duda con un rigor distinto al de otros casos, indicadores como el contexto específico del hecho y la experiencia previa del autor, que den contenido subjetivo, o mejor dicho individual, al análisis.

4.4.6. Actos específicos

Un sexto indicador que puede ser valorado a efectos de atribuir las condiciones para el conocimiento -o de un defecto de conocimiento- está constituido por actos específicos que realice el sujeto activo y que afecten de alguna forma el juicio de inferencia. Básicamente se trata de un indicador que coadyuva a medir la racionalidad de la confianza en la no realización del riesgo.

Un primer caso de actos específicos está constituido por los actos de evitación. En este supuesto, el juzgador deberá valorar la interposición de medios por parte del autor para evitar la realización del resultado o mantener el riesgo bajo control, así como la capacidad objetiva de dichos medios para conseguir su finalidad. En estos casos, en el proceso de inferencia, deberá tenerse en cuenta si, objetivamente, el sujeto ha realizado acciones para disminuir el riesgo

²¹¹⁷ ROBLES PLANAS, “Deberes negativos y positivos en Derecho penal”, pp. 6-7.

penalmente relevante. En este extremo, cabe acoger la propuesta de ARMIN KAUFMANN con la precisión efectuada por ROXIN en el sentido de defender el carácter doloso de las acciones llevadas a cabo en casos de duda acerca de la efectividad de las acciones del sujeto encaminadas a evitar la producción del resultado²¹¹⁸. Por ejemplo, en el caso de presunta conducción temeraria, en el que se acredita que el sujeto activo del delito pisó el freno del vehículo segundos antes del impacto mortal, podrá valorarse el acto de evitación como indicador contrario a la imputación de dolo.

Otra clase de actos específicos que pueden ser valorados en el proceso de inferencia son aquellos que constituyen una auto puesta en peligro por parte del autor de bienes jurídicos propios o de personas estrechamente vinculadas. En estos supuestos, el juzgador deberá ser muy cuidadoso a efectos de determinar si la auto puesta en peligro puede constituir un indicador de la confianza racional en la no realización del riesgo.

En ambos supuestos, la interpretación judicial debe ser muy cuidadosa, a efectos de evitar la valoración favorable de los actos estratégicos, esto es, aquellos supuestos en los que el autor simula la realización de un acto de evitación, a efectos de presentarlo luego como defensa en contra de la imputación que se le realice. En mi opinión, la única forma de evitar este tipo de manipulaciones en el sistema de justicia es a través de la valoración de las pruebas que objetivamente establecen la realización del acto específico (sea de evitación o de auto puesta en peligro) y su contraste con otros indicadores ya estudiados, como el contexto específico en que se realiza el hecho y los conocimientos previos del autor.

4.4.7. *Motivos racionales*

Un séptimo indicador que puede ser valorado a efectos de atribuir las condiciones para el conocimiento -o de un defecto de conocimiento- está constituido por los motivos racionales del sujeto activo que realiza el hecho objeto del juicio subjetivo-normativo, que puedan ser objeto de prueba dentro de los márgenes de un proceso penal democrático en el que se sancione en base a un Derecho penal de acto y no de autor. No se trata de motivos interiores o de finalidades constituyentes de un elemento emocional del dolo. Se trata de motivos expresados objetivamente en la conducta de una persona²¹¹⁹. Al igual

²¹¹⁸ ROXIN, *Derecho penal, Parte general...*, pp. 427. Vid. Supra Capítulo II, 4.6.1.

²¹¹⁹ En esa línea, BESIO, *Los criterios legales y judiciales de individualización de la pena. Gravedad del hecho, circunstancias personales del delincuente y compensación racional de circunstancias atenuantes y agravantes, Tesis doctoral*, p. 227 (publicada como BESIO, *Los criterios legales y judiciales de individualización de la pena*, Colección Monografías N° 767, Tirant lo Blanch, 2011), sostiene que no es igual para el contenido de la culpabilidad que un médico suministre a un moribundo una dosis excesiva de morfina para aplacar su sufrimiento, que haga lo mismo un cazador de herencias para impedir que el enfermo altere su testamento antes de morir.

que en el caso anterior, se trata de un indicador que coadyuva a medir la racionalidad de la confianza en la no realización del riesgo.

Siguiendo a FLETCHER, no puede negarse que los motivos juegan un rol crítico en diversos delitos como el homicidio, los crímenes de odio, las lesiones sadomasoquistas y el delito de traición. Se trata de factores que agravan la conducta (el homicidio se convierte en asesinato), proveen defensas (el sadomasoquismo como eximente del tipo penal de lesiones) o establecen las mínimas condiciones de responsabilidad (imputación del delito de traición)²¹²⁰. Ahora bien, en todos los casos debe tratarse de motivos entendidos en un sentido objetivo. Es decir, debe tratarse de motivos que se exteriorizan o manifiestan en la conducta del imputado o en hechos del caso, que pueden ser objeto de prueba y del contradictorio en juicio.

Así, no tiene por qué constituir Derecho penal de autor imputar un delito de asesinato (homicidio agravado por lucro) a quien mata a una tercera persona con conocimiento de que recibiría una cuantiosa herencia de la víctima. Ahora bien, no se agrava la conducta por la “maldad” del sujeto expresada en su “afán” de lucro. Por el contrario, se sanciona el hecho objetivo de lucrar (beneficiarse económicamente) con la muerte de una persona. Por ello, será necesario probar la relación de riesgo y el vínculo subjetivo (conocimiento expresado en la conducta del autor) entre ambas circunstancias, así como el hecho de que el autor del homicidio saque provecho económico de la muerte de la víctima²¹²¹. Sin lugar a dudas, se trata de una cuestión probatoria de cierta complejidad, pero habitual en la labor probatoria de los tribunales penales, que deben aplicar estándares probatorios de similar complejidad en casos como el del juicio de imputación objetiva.

Lo más importante de incluir los motivos racionales y posibles de prueba como indicadores del proceso de inferencia es que es una manera abierta y frontal de limitar las generalizaciones intuitivas en el razonamiento judicial. Es también una forma de distinguir los supuestos de Derecho penal de autor en casos límite. Así, por ejemplo, deberá descartarse la interpretación que “intuya” que todo aquel que mata y luego hereda lo hace con un claro “afán” de lucro. A efectos de aplicarse una agravante de esa naturaleza, en cambio, deberá exigirse que exista prueba objetiva y contrastable en el proceso penal que indique que el autor del homicidio tuvo conocimiento de que recibiría una herencia de la víctima y que, en efecto, sacó provecho económico de la muerte de la víctima. Se trata de interpretaciones muy distintas. Una cosa es sancionar la finalidad “maliciosa” del autor y otra cosa es sancionar el hecho objetivo de sacar provecho económico a la muerte de una persona. El indicador de los motivos racionales es, en

²¹²⁰ FLETCHER, *Basic concepts of criminal law*, p. 124.

²¹²¹ Este último punto constituye una opinión personal que, reconozco, es de difícil incorporación en vista de cómo suele tipificarse el delito de homicidio por lucro.

consecuencia, antes objetivo que subjetivo y genera la necesidad de probar el conocimiento de la posibilidad de heredar y el provecho económico obtenido como consecuencia de la muerte de la víctima, más de ninguna manera coadyuva a inferir la existencia de algún tipo de finalidad o “motivo interior”. Lo único subjetivo es que se trata de un juicio individual, es decir, acerca de la conducta específica de una persona.

Como nota final, debo reiterar que la aplicación de los indicadores al proceso de inferencia de los elementos subjetivos de la conducta no se limita a los siete casos anotados. Se trata de una lista abierta y provisional, perfectible y corregible según las circunstancias propias de cada caso. Mi objetivo con la explicación precedente ha sido más bien poner en evidencia cómo funciona el juicio subjetivo-normativo de imputación subjetiva propuesto. Otro punto importante es destacar que los indicadores propuestos nunca deberán ser tratados como presunciones que no admiten prueba en contra. Se trata, en cambio, de indicios que deben ser valorados conjuntamente a fin de determinar si es razonable imputar las condiciones del conocimiento: deber limitado de conocimiento, posibilidad efectiva de conocimiento e imposibilidad de confiar racionalmente en la no realización del riesgo típico. No se trata, finalmente, de un juicio numérico o con pretensiones de exactitud. Por tal motivo, no existe una escala de valores o una relación de gradualidad entre los indicadores propuestos. Su peso dependerá de las circunstancias del caso concreto y, especialmente, de las generalizaciones aplicadas que urjan ser limitadas.

5. Distinción entre dolo e imprudencia

Como indiqué al inicio del capítulo y he desarrollado en los apartados precedentes, la *teoría de las condiciones para el conocimiento* postula que el dolo es un juicio subjetivo-normativo de imputación del conocimiento, al verificarse determinadas condiciones objetivas que indican que, en el contexto social y personal de la acción, puede inferirse un deber limitado de conocer un riesgo típico, la posibilidad efectiva de conocimiento de dicho riesgo y la imposibilidad de confiar *ex ante* en la no realización de dicho riesgo o en la no afectación del interés protegido. El juicio subjetivo-normativo implica que el juez, a partir de los hechos probados en un caso concreto, realice un proceso de inferencia de las condiciones para el conocimiento. Ello implica riesgos de generalización, aplicación de máximas de experiencia o incluso de la propia intuición del juzgador, riesgos que pueden ser atenuados a partir de la aplicación de una serie de indicadores, cuya valoración conjunta permite canalizar adecuadamente el proceso de inferencia y delimitar en la medida de lo posible los casos de imputación dolosa (atribución de las condiciones para el conocimiento) de los casos de imputación imprudente (atribución de defectos del conocimiento).

En el presente apartado abordaré tres asuntos. En primer lugar, postularé la necesidad de formular una concepción unitaria de dolo y de abandonar la tradicional clasificación tripartita de dolo, que distingue entre supuestos de dolo directo, dolo de consecuencias necesarias y dolo eventual. En segundo lugar, haré una breve mención a los vigentes criterios normativos de distinción entre imputación dolosa e imputación imprudente y plantearé el criterio que considero más adecuado y coherente con lo expuesto en los apartados precedentes, que es aquel que se centra en la racionalidad de la confianza en la no realización del riesgo típico. Someteré a prueba dicho criterio, a partir de su aplicación a dos casos reales. Finalmente, plantearé cómo considero que deben ser tratados los casos de ignorancia deliberada, que se sitúan en la zona gris de delimitación entre dolo e imprudencia.

5.1. Concepción unitaria de dolo

En el primer capítulo de la presente tesis, sostuve que, al asumir una concepción de Derecho penal de acto en la que el Derecho penal únicamente centra su atención en la conducta evitable desde la perspectiva *ex ante* del autor, debe defenderse la suficiencia del elemento cognitivo del dolo y la innecesidad de valorar jurídicamente elementos volitivos adicionales, aunque estos pudieran formar parte de la conducta dolosa desde un punto de vista naturalista. Teniendo como base dicha concepción, las tres clases de dolo planteadas por la dogmática tradicional, esto es, el dolo directo, el dolo de consecuencias necesarias y el dolo eventual, contienen un elemento común, que es el cognitivo. Asimismo, se trata de un nivel de conocimiento suficiente que convierte en irracional cualquier alegación de confianza por parte del imputado en la no realización del riesgo típico.

Del mismo modo, el análisis efectuado de diversos casos de la jurisprudencia penal inglesa me ha permitido observar que existe un elemento común entre los supuestos calificados como intención directa, intención oblicua y temeridad subjetiva, de algún modo equivalentes de la clasificación tripartita continental. Desde mi punto de vista, en todos existe una especial relación entre el autor del hecho y el riesgo propio de su conducta. En el Derecho penal inglés, según distintos planteamientos que he tenido la oportunidad de explicar, dicha relación está condicionada por la advertencia o creencia del imputado respecto del riesgo creado por su conducta. Se trata de una versión si se quiere “más subjetiva” del elemento cognitivo. Lo que diferencia al sistema penal inglés es que la forma de imputación subjetiva está sujeta a las exigencias propias de cada delito. En ese marco, se entiende que se mantenga la distinción entre figuras que comparten elementos en común y que podrían ser fácilmente identificadas, al menos por su contenido mínimo (temeridad subjetiva o advertencia).

No sucede lo mismo en el Derecho penal continental, en el que no sólo existen elementos en común entre las tres supuestas formas de dolo, sino que no existe un fundamento claro para su diferenciación. No solo la ley no efectúa una distinción, sino que existen argumentos para descartarla en función de su falta de coherencia y ambigüedad.

A continuación, indico algunas razones por las que considero que la clasificación tripartita debe ser desestimada y debe imponerse una concepción unitaria de dolo, que es la más acorde además con la *teoría de las condiciones para el conocimiento*:

- 1) Una primera razón es de orden positivista. El Código penal español, como la mayor parte de regulaciones penales occidentales, no exige la concurrencia de un elemento volitivo para efectuar la imputación dolosa ni distingue formas distintas de dolo como hace la dogmática tradicional. Por el contrario, como expliqué en el primer capítulo de esta tesis, la regulación de la Parte General contiene indicios de decantarse a favor de un enfoque cognitivo del dolo, específicamente cuando excluye el dolo en los casos de error de tipo, en función de la ausencia en el autor del conocimiento de los elementos del tipo objetivo de delito. Por otro lado, la Parte Especial del Código penal español no precisa una penalidad distinta según la conducta de los delitos dolosos se lleve a cabo con dolo directo de primer grado, dolo de segundo grado o dolo eventual.
- 2) Más allá de dicha razón contingente y de opción legislativa, una razón de fondo para optar por una concepción unitaria de dolo tiene como base las definiciones que presenta la propia clasificación tripartita. Así, esta pone en evidencia que todas las clases de dolo tienen en común –en mayor o menor medida- el elemento cognitivo definido como conocimiento del riesgo típico. Asimismo, como explica CORCOY BIDASOLO, es la propia clasificación tripartita la que muestra la incongruencia de exigir un elemento volitivo del dolo cuando no exige la concurrencia de este para el dolo de consecuencias necesarias, que vendría a ser el dolo de “gravedad intermedia” en esta clasificación²¹²². En consecuencia, no cabría exigir un elemento volitivo en el dolo eventual, figura que reúne la base mínima de contenido para considerar una conducta como dolosa; a pesar de lo cual la dogmática tradicional lo exige. Esto no hace más que poner en evidencia que la intención es un elemento irrelevante -o, al menos, circunstancial- de cara a verificar la existencia de dolo y que el conocimiento es el elemento que caracteriza a todas las formas de conducta que suelen ser calificadas como dolosas.

²¹²² CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente...*, p. 254.

- 3) Una tercera razón para adoptar una concepción unitaria de dolo es que permite una mejor valoración de la racionalidad de la confianza del autor en la no realización del riesgo. Como hemos visto anteriormente, un enfoque normativo del dolo reemplaza la confianza irracional del sujeto en la no producción del hecho como elemento excluyente del dolo por la exigencia de una confianza fundada objetivamente. Uno de los factores a valorar, si bien no el único, para establecer si la confianza permite eliminar el dolo es, siguiendo en ese extremo la teoría de HERZBERG²¹²³, la calidad objetiva del peligro. Otros factores a valorar han sido descritos cuando abordé los indicadores del dolo en el acápite anterior.

Mientras que las teorías normativas puras del conocimiento, para las que la clasificación tripartita resulta superflua, defienden que sólo debe excluirse el dolo cuando la confianza en que el tipo penal no va a realizarse genera que el sujeto deje de representarse correctamente el riesgo de realización; diversas teorías que adoptan la clasificación tripartita de dolo postulan que la confianza puede tener relevancia incluso cuando el sujeto no ha dejado de representarse un determinado grado de riesgo, corriendo el riesgo de admitir supuestos de confianza irracional excluyentes del dolo. La capacidad de rendimiento de estas últimas teorías de cara a un enfoque subjetivo-normativo como el propuesto es escasa. Son teorías aptas a sustituir el conocimiento del riesgo por elementos emocionales o de disposición, como es el caso de la confianza irracional en la no realización del riesgo.

Un ejemplo de lo afirmado es el caso del padre que, en un arrebatado de furia, arroja a su hijo de tres meses de edad al suelo, ocasionándole la muerte. A pesar de que el padre (y cualquier otro ser humano en su situación) es consciente del grave riesgo para la vida de su hijo que conlleva la realización de su conducta, un enfoque defensor de la clasificación tripartita del dolo (para el que el elemento emocional es determinante) podría abogar a favor de la inexistencia de dolo en atención a la confianza de un padre “dedicado y amoroso” de que no ocurriría nada grave a su hijo. Dichos supuestos de confianza irracional, en cambio, no son admitidos si se asume un enfoque enteramente cognitivo, que defienda a su vez una concepción unitaria del dolo, según la cual sólo se excluyan de la penalidad dolosa aquellos supuestos en los que la confianza racional en la no realización del riesgo se produzca porque existe un defecto de conocimiento, que es una distorsión o un error de percepción verificable en los hechos. Se evitar así incurrir en decisionismo y en el temido Derecho penal de autor.

²¹²³ Al respecto, ver el punto 4.7.8. del segundo capítulo.

- 4) Una cuarta razón para adoptar una concepción unitaria de dolo es que permite una mejor valoración de los casos de duda del sujeto activo del delito. La duda se corresponde con un estado mental de difícil comprobación. En mi opinión, se trata de una circunstancia irrelevante para la valoración normativa. Lo importante es la existencia de una situación de riesgo y si se dan las condiciones para imputar al autor el conocimiento de dicha situación. En un sentido normativo, la duda frente a lo evidente no es duda o, en todo caso, es una apreciación personal que adolece de racionalidad. Al respecto, FEIJOO SÁNCHEZ es claro:

“No veo que el autor que actúa con una representación segura o casi segura cometa un injusto distinto que el que lo hace con una representación con dudas, mientras sí veo una diferencia clara cuando el autor tiene una representación errónea y su injusto se basa en la infracción de un deber de cuidado, que es un deber de evitación del hecho típico más indirecto que el que caracteriza los injustos dolosos”²¹²⁴.

Según una concepción unitaria del dolo, no resulta necesario introducir elementos emocionales o de disposición en la valoración de este tipo de casos. Lo que interesa es si se verifican en el caso concreto los indicadores que permiten la inferencia de las condiciones para el conocimiento. O existen condiciones para imputar el conocimiento, caso en el que la duda resulta irrelevante, o no existen tales condiciones, con lo que más que a la duda habrá que hacer referencia a una situación de error o de defecto del conocimiento.

- 5) Una quinta razón para adoptar una concepción unitaria de dolo es que la actual clasificación tripartita no se condice con el principio de proporcionalidad, de acuerdo a lo desarrollado en el primer capítulo de esta tesis. Como ya lo sustenté anteriormente, lo que hace más grave una conducta es, por un lado, el nivel de riesgo generado por la conducta típica y, por otro lado, la realización de la conducta a pesar de que al imputado no le era posible confiar racionalmente en la no realización del riesgo típico (en otras palabras, el actuar con conocimiento del riesgo típico).

Como bien explica HALPIN, algunas instancias de exposición al riesgo de daño son igual o más culpables que la propia intención²¹²⁵. Ello implica que la presencia de intención o de cualquier otro elemento emocional no agrega por sí mismo un mayor grado de culpabilidad a la conducta. Un ejemplo de ello es el caso de una persona que, con la intención de matar

²¹²⁴ FEIJOO SÁNCHEZ, “Mejor no saber... más. Sobre la doctrina de la ceguera provocada ante los hechos en Derecho Penal”, p. 134.

²¹²⁵ HALPIN, *Definition in the Criminal Law*, p. 143.

a su enemigo y teniendo en mente los más malignos pensamientos y deseos en contra de la víctima, coloca en sus alimentos una dosis mediana de antiinflamatorios, creyendo que será suficiente para producirle la muerte. Evidentemente, se trata de una tentativa inidónea, en la que la intención y los elementos emocionales negativos con los que actúa el agente no resultan suficientes no sólo para lograr el resultado típico (que en un Derecho penal de acto como el asumido es sólo un referente y nunca objeto del dolo), sino ni siquiera para dotar de peligrosidad a la propia conducta. Si bien puede afirmarse que la conducta del agente evidencia una actitud de confrontación frente a la norma penal, en un Estado social y democrático de Derecho, en el que el principio de lesividad está vigente, dicha actitud es insuficiente de cara a legitimar la intervención penal más intensa (pena prevista para el delito doloso). En todo caso, que este tipo de casos sean sancionados o no depende en gran medida de la concepción de tentativa que asuma cada ordenamiento jurídico. Más allá de ello, lo que me interesa resaltar es cómo el elemento volitivo no tiene relación directa con la peligrosidad de la conducta. En cambio, cabe imaginar el caso de un tirador inexperto que manipula una pistola automática conociendo que se encuentra cargada y lo hace en un pequeño ambiente en el que se encuentra sentada frente a él una persona ciega. Con la manipulación, la pistola se activa, dispara y hiere mortalmente a la persona ciega. El tirador inexperto podrá alegar que no quiso matar a la víctima, incluso que confió en que nada malo acontecería. Sin embargo, en vista de la situación de alto riesgo en la que se involucró y de las condiciones que le permitieron incorporar a su conocimiento dicho riesgo, su confianza resulta a primera vista irracional. En este último caso, la existencia de una conducta no sólo más peligrosa, sino más reprochable es evidente. Este ejemplo demuestra, por un lado, que la intención no necesariamente añade mayor peligrosidad y, por otro lado, que la racionalidad de la confianza en la no realización del riesgo está en directa conexión con el grado de riesgo al que el conocimiento del imputado tuvo acceso (según lo permitan inferir los indicadores de las condiciones para el conocimiento).

El razonamiento expuesto no sólo es propio de enfoques normativos como el aquí asumido. Desde una perspectiva distinta, GRECO sostiene que la existencia de dominio en la conducta del sujeto activo del delito es suficiente para fundamentar el tratamiento más severo de los delitos dolosos, ya que hace surgir al mismo tiempo una mayor necesidad de prevención y una mayor responsabilidad del imputado. Al respecto, afirma que el conocimiento es necesario para la existencia de dominio sobre la realización del hecho. El dominio sobre la realización del hecho genera una mayor necesidad de prevención (razón consecuencialista de la mayor pena del delito doloso). Las acciones practicadas con conocimiento y, por

tanto, con dominio son acciones que pertenecen a aquel que las practica de una manera mucho más íntima de aquellas acciones practicadas sin ese conocimiento (razón principialista de la mayor pena del delito doloso). A partir de ello, plantea que la intención no tiene rol alguno en la determinación del dolo, cualquiera que sea su sentido, coincidente o contraria a aquello que el autor conoce y, por tanto, domina²¹²⁶. Por ende, entiende que no tiene sentido distinguir entre casos de dolo directo y casos de dolo eventual, ya que sólo existe una forma de dolo, que es aquella en la que el sujeto sabe lo que hace y, por ende, domina las circunstancias del hecho.

Por lo expuesto y atendiendo a que el único elemento subjetivo a ser valorado en el juicio de imputación subjetiva es el conocimiento, definiendo en la presente tesis un concepto unitario de dolo, en el que se identifiquen las tres clases de dolo acuñadas por la doctrina tradicional (dolo directo, dolo de consecuencias necesarias y dolo eventual)²¹²⁷. En los tres casos, se trata de imputar al sujeto el conocimiento de que está llevando a cabo una conducta riesgosa para intereses protegidos por el ordenamiento jurídico penal. Si bien podría alegarse que los grados de conocimiento pueden ser distintos según la clase de dolo, lo cierto es que, desde la propuesta que aquí defiendo, sólo interesa que se verifique el conocimiento necesario para delimitar el supuesto doloso de los casos de imprudencia. Ese conocimiento necesario se condice con la figura tradicional del dolo eventual, que es el dolo básico. Afirmo ello en virtud del concepto de conocimiento esbozado en el punto 3.2, que incluye el conocimiento explícito y el conocimiento latente, siempre y cuando sean susceptibles de prueba en el proceso penal. Al respecto, las siguientes palabras y ejemplo de HERZBERG resumen la vigencia de la concepción unitaria del dolo asumida:

“(...) es metodológicamente incorrecto que un *maius* calificado sea erigido como forma básica de un *minus* que ya de por sí es suficiente (...) si alguien definiera a “ave” como todo animal vertebrado de sangre caliente, con plumas, bípedo y que vuela, al observar un avestruz o un pingüino, si quiere considerarlos aves, corregirá rápidamente su definición y abandonará la característica “que vuela”. Y ello, sin duda, sería mucho más adecuado que intentar sostener que el caminar o correr de los pingüinos y avestruces es una “forma de volar debilitada”, o un “volar en sentido amplio”, etcétera”²¹²⁸.

²¹²⁶ GRECO, “Dolo Sem Vontade”, pp. 892 y 895-896.

²¹²⁷ En ese sentido, la sentencia del TSE 954/2009 de fecha 30 de septiembre señala que “(...) el dolo eventual deviene tan reprochable como el dolo directo, pues ambas modalidades carecen de trascendencia diferencial a la hora de calibrar distintas responsabilidades criminales pues, en definitiva, todas las formas de dolo tienen en común la manifestación consciente y especialmente elevada de menosprecio del autor por los bienes jurídicos vulnerados por su acción”.

²¹²⁸ HERZBERG, *JZ*, 1988, p. 575, *Juristenzeitung Tübingen*. Citado por PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual...*, pp. 345-346.

En efecto, si se entiende que el dolo directo (o la intención, en el Derecho penal inglés) contienen un elemento adicional que lo distingue de otras formas de dolo, resulta absurdo considerar que la forma calificada de algo sea al mismo tiempo considerada como la forma básica, más aún cuando, como se ha visto, aquello que supuestamente califica al dolo directo es un elemento (volitivo o emocional) no sólo innecesario para el análisis, sino muchas veces distorsionador.

En todo caso, si resultara posible observar en el proceso penal distintos grados de conocimiento, estos podrán ser valorados a nivel de determinación de la pena, en vista de que las penalidades previstas para el delito doloso suelen tener un rango bastante amplio.

5.2. Criterios normativos de distinción

Habiendo establecido que es deseable asumir una concepción unitaria de dolo y entender que los casos tradicionalmente denominados como dolo eventual son los supuestos básicos de dolo, me corresponde fundamentar el criterio normativo que considero que permite distinguir de la manera más adecuada los supuestos de imputación dolosa de los supuestos de imputación imprudente.

A modo de introducción, debo señalar que en el Derecho penal continental ha existido un amplio debate acerca del criterio que debe acogerse para efectuar una delimitación entre delitos dolosos y delitos imprudentes. Más allá de la tradicional discusión entre las teorías de la voluntad y las teorías de la representación, que ha naufragado en los problemas de legitimidad y de eficacia de los enfoques psicológicos, persisten hoy distintas propuestas que, desde una óptica más o menos normativa, pretenden afrontar la discusión alejándose de la intención o el conocimiento como elementos determinantes. En esa línea, destacan por lo menos cuatro criterios de delimitación: el criterio del deber infringido, el criterio de la clase de norma infringida, el criterio de la actitud expuesta y el criterio del riesgo creado. Los explico brevemente a continuación:

- 1) Según el criterio del deber infringido, la diferencia entre la imputación dolosa y la imputación imprudente se encuentra en función de la clase de deber que ha sido infringido por el imputado. Al respecto, FEIJOO SÁNCHEZ explica que la diferencia normativa relevante entre ambas formas de imputación subjetiva no se encuentra en las características psicológicas de la acción, sino en la infracción de deberes diferentes. En esa medida, la pena está vinculada a la importancia que para una determinada sociedad tengan esos deberes. Al conferir una pena más grave al delito doloso, este deberá ser imputado en aquellos casos en los que el deber

infringido sea de mayor valor para el ordenamiento jurídico en el que acontece la infracción²¹²⁹.

- 2) Según el criterio de la norma infringida, se sostiene que la diferencia entre ambas formas de imputación subjetiva depende de la clase de norma que ha sido contravenida por la conducta del imputado. Más allá del deber específico infringido, lo que interesa a esta perspectiva es la naturaleza de la directiva establecida por el ordenamiento jurídico que regula la conducta del imputado. En ese sentido, STRUENSEE plantea que el objeto de la norma del delito imprudente muestra una estructura distinta que el objeto de la norma del delito doloso²¹³⁰. Podría decirse entonces que, mientras que en el delito imprudente se infringe una norma objetiva de cuidado, en el delito doloso se infringe directamente la prohibición de realizar una conducta típica o la prescripción de realizar una conducta esperada.

- 3) Según el criterio de la actitud expuesta, la diferencia se encuentra en la actitud que la conducta del sujeto expresa objetivamente frente a la vigencia de la norma. No se trata de una propuesta de corte psicológico o emocional, sino que, por el contrario, propone objetivizar la actitud, imputándola a partir de las circunstancias del caso que habilitan un juicio de inferencia. Es el caso, a mi parecer, de la propuesta de STARK, quien sostiene que, quien actúa dolosamente (temerariamente, en el marco del Derecho penal inglés), lo hace manifestando un número suficiente de disposiciones que lo hacen merecedor de la adscripción de la creencia de que existe un riesgo específico y sustancial de afectación del interés protegido, a pesar de lo cual despliega su conducta. Esta “actitud” demuestra que el sujeto se encuentra insuficientemente motivado por los intereses de otros, lo que lo hace merecedor de la mayor punibilidad del delito doloso (o por temeridad). Para el profesor inglés, esta situación marca la frontera entre temeridad y negligencia²¹³¹. Algunos autores precisan que la creencia en la existencia del riesgo debe ser justificada y cierta, a efectos de poder ser asimilada con el conocimiento y de permitir la imputación dolosa (o por temeridad). En todo caso, el criterio delimitador entre ambas formas de imputación subjetiva se centra en el grado de confrontación en contra de los intereses ajenos que la conducta del imputado ha expresado.

²¹²⁹ FEIJOO SÁNCHEZ, “Mejor no saber... más. Sobre la doctrina de la ceguera provocada ante los hechos en Derecho Penal”, p. 134.

²¹³⁰ STRUENSEE, *Temas sobre teoría del delito*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 1999, p. 92.

²¹³¹ STARK, *Culpable Carelessness...*, pp. 121-122.

- 4) Finalmente, según el criterio del riesgo creado, el dolo se distingue de la imprudencia a partir de la base de que el primero tiene como contenido más condiciones del resultado, más circunstancias fácticas que sustentan el pronóstico de resultado. Al respecto, STRUENSEE explica que, a pesar de que en la imprudencia se tiene por posible la producción del resultado, se demuestra como un caso de error de tipo que excluye el dolo dado que el autor no es consciente de los factores de riesgo en la extensión necesaria para el dolo. Precisa a continuación que la graduación de riesgos suficientes para el dolo y suficientes para la imprudencia constituye un problema axiológico, por lo que el límite entre ambas figuras no es estructural sino normativo²¹³². Es decir que el criterio de delimitación entre ambas formas de imputación subjetiva no residiría ni siquiera en el grado de conocimiento -entendido como elemento interno de la conducta- sino en la medición normativa del grado de conocimiento de los factores de riesgo necesario para imputar el dolo.

En los cuatro criterios, que en mayor o menor medida muestran una inclinación a objetivizar la respuesta al problema del dolo, existe algo de cierto. Sin embargo, ninguno apunta al problema central. Si bien dichos criterios fundamentan con cierta corrección la distinta penalidad del delito doloso y del delito imprudente, e incluso permiten efectuar una delimitación en los casos más claros, no atienden a la naturaleza gradual de la distinción y dejan sin respuesta el problema de las zonas grises de delimitación. No brindan un criterio para dar una respuesta clara, segura y predecible en aquellos casos en los que, en términos clásicos, no es clara la delimitación entre dolo eventual e imprudencia consciente.

La pregunta que surge entonces es si resulta posible brindar un criterio claro que nos permita efectuar una delimitación exacta y para todos los casos entre imputación dolosa e imputación imprudente. Me temo que la respuesta es negativa, en atención al carácter gradual de la distinción entre ambas formas de imputación subjetiva. Como lo explica MOLINA FERNÁNDEZ, cuya teoría fue explicada en el segundo capítulo de la presente tesis, la distinción entre dolo e imprudencia tiene un carácter gradual, lo que pone en evidencia la dificultad de establecer legalmente criterios fijos de distinción entre ambas figuras de imputación subjetiva²¹³³. Se presenta entonces la denominada “paradoja sorites”, que concluye que existen casos más dolosos o más imprudentes, como existen personas más ricas y menos ricas, u hombres más calvos o menos calvos. Sin embargo, no existe un punto exacto en el que pueda afirmarse que una conducta dolosa se convierte en una conducta imprudente, como no existe un punto exacto en el que la persona rica deje de serlo, o uno en el que la persona con cabello se convierta en calva. Se trata de conceptos difusos que

²¹³² STRUENSEE, “Consideraciones sobre el dolo eventual”, en *InDret Penal*, N° 4, 2009, p. 11.

²¹³³ MOLINA FERNÁNDEZ, “La cuadratura del dolo:...”, pp. 692-693.

“forman parte de la esencia de la interacción del ser humano con su ambiente”²¹³⁴. Como se señaló en el segundo capítulo, una solución razonable a dicho problema de gradualidad podría encontrarse en el establecimiento de un catálogo de criterios más específicos de delimitación que sean utilizados por el juzgador en cada caso concreto aplicando los principios de la argumentación jurídica²¹³⁵.

Justamente dicho catálogo de criterios está constituido por los indicadores que he expuesto en el acápite anterior. Se trata de hechos susceptibles de prueba que permiten inferir las condiciones para el conocimiento (especialmente, la imposibilidad o no de confiar racionalmente en la no realización del riesgo) y determinar si resulta plausible formular una imputación dolosa. En ese sentido, los indicadores que se presentan en el caso concreto y que se ven reflejados en los hechos probados deberán ser valorados conjuntamente por el juez a efectos de determinar si operan como indicadores positivos (indicadores del conocimiento) o como indicadores negativos (indicadores de defectos del conocimiento).

Como he afirmado en varias ocasiones, procederá la imputación dolosa cuando en el razonamiento judicial resulta posible inferir las tres condiciones para el conocimiento. Ello ocurre en aquellos supuestos en los que, según el contexto social y el contexto personal, es posible atribuir al imputado un deber limitado de conocimiento de un riesgo típico, la posibilidad efectiva de conocer dicho riesgo y, sobre todo, la imposibilidad de confiar racionalmente en la no realización del riesgo típico, lo que significa a su vez que puede afirmarse que el imputado actuó con conocimiento y no con un defecto de conocimiento. Es a partir de esta última condición que se puede establecer un límite entre los delitos dolosos y los delitos imprudentes. Sin embargo, debo ser enfático en señalar que no es posible pretender un límite definitivo, en atención a que nos encontramos frente a conceptos graduales. En todo caso, es la aplicación de criterios de determinación de la pena lo que permitirá solventar aquellos casos que se insertan en la zona gris de delimitación.

Procederá en cambio la imputación imprudente cuando exista un deber de conocimiento del riesgo, la posibilidad efectiva de conocerlo (entendida como cognoscibilidad) y la posibilidad de confiar racionalmente en la no realización del riesgo, en virtud de la ocurrencia de un defecto de conocimiento. Coincido entonces con quienes identifican los casos de imprudencia con los supuestos de

²¹³⁴ Al respecto, ver VERA SÁNCHEZ, *Tesis Doctoral “La legítima defensa en el proceso penal. Perspectivas probatorias”*, pp. 287 y ss., quien explica que, en estos casos, para el juez debiera ser más fácil establecer grados como conceptos de textura abierta que cifras numéricas exactas.

²¹³⁵ FEIJOO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, p. 129, quien propone una mayor flexibilización de las modalidades de imputación subjetiva que evite la gran diferencia punitiva existente entre el dolo y la imprudencia.

error de tipo vencible. En los casos de imprudencia, a diferencia de los casos de dolo, las condiciones concretas evidencian la imposibilidad del imputado de adquirir un conocimiento completo o adecuado del riesgo típico. Si bien existe un deber de conocimiento e incluso puede afirmarse que existe la posibilidad efectiva de conocer, lo cierto es que las circunstancias concretas del caso hacen que dicho conocimiento se vea viciado por un error que permite una confianza racional en la no realización del riesgo. Para permitir la imputación imprudente, el defecto de conocimiento deberá ser vencible. Siguiendo la explicación de PUPPO, la vencibilidad del error puede depender de circunstancias objetivas, relativas a otros hechos relacionados con el hecho sobre el cual el agente se equivoca, o subjetivas, relativas a las capacidades del agente para reconocer y, llegado el caso, corregir tales errores²¹³⁶.

En España es CORCOY BIDASOLO quien ha trabajado de forma más profunda y exhaustiva el tema de la imprudencia. En su obra, distingue las concepciones de imprudencia de naturaleza no normativa, entre las que destacan las teorías que conciben la imprudencia como vicio de la inteligencia, como error y como previsibilidad, y las concepciones de naturaleza normativa, que se apartan de la concepción psicológica de la culpabilidad propia de las primeras y proponen que la esencia de la imprudencia es la infracción de la norma (o deber) de cuidado²¹³⁷. Postula entonces una teoría normativa, según la cual el injusto imprudente conjuga la infracción del deber objetivo de cuidado, consistente en la creación de un riesgo típicamente relevante, y la infracción del deber subjetivo de cuidado o deber de evitar el desconocimiento de la efectiva situación de peligro, que implica la ocurrencia de una situación de error vencible. A mayor detalle, distingue la norma de cuidado, que es la norma penal que tipifica el delito imprudente; el deber de cuidado, que es aquel que determina una de las formas posibles en que se debe realizar la conducta para que esta sea correcta; y las reglas técnicas, que son aquellas reglas generales de cuidado que prevén pautas de conducta con un carácter indicativo y que son producto de la ponderación de la necesidad de la actividad, la cantidad de riesgo que supone el incumplimiento del deber y la merma en utilidad y eficacia de una actividad por la limitación derivada de la existencia de la regla técnica. Para CORCOY BIDASOLO, no existen fórmulas generales que llenen en el caso concreto de contenido al deber objetivo de cuidado, lo que determina que la infracción de una regla técnica no implique *per se* la infracción del deber objetivo de cuidado y que la observancia de la regla técnica no impida la posibilidad de infringir el deber objetivo de cuidado²¹³⁸.

²¹³⁶ PUPPO, "Comentario a *Mejor no saber. Sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho penal* de Ramon Ragués i Vallès", en BOUVIER (dir.), *Discusiones*, N° XIII, EdiUNS, 2013, p. 40.

²¹³⁷ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente...*, 2ª ed., pp. 12-55.

²¹³⁸ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente...*, 2ª ed., pp. 240 y 73-101.

Con relación al contenido del tipo subjetivo imprudente, CORCOY BIDASOLO sostiene que es el desconocimiento del efectivo peligro inherente a la conducta. Distingue entonces tres modalidades de desconocimiento: La primera consiste en el conocimiento de la existencia de un peligro y previsión de la posible realización, pero no de la efectiva virtualidad del riesgo creado; la segunda conlleva el desconocimiento del riesgo inherente a la conducta como consecuencia del olvido de los factores de riesgo; y la tercera consiste en el desconocimiento no sólo del riesgo propio de la conducta, sino también de los factores de riesgo. Explica que es común a los tres casos de desconocimiento la constatación en el imputado de un error en la apreciación de la efectiva situación existente, lo que implica que el autor en ningún caso juzga correctamente la virtualidad lesiva de su conducta²¹³⁹.

Con relación a la distinción entre dolo e imprudencia, CORCOY BIDASOLO propone partir del concepto de imprudencia, sostiene que es característico de todo hecho imprudente el error en la conciencia del sujeto. Explica que, si pese al conocimiento de la peligrosidad de la conducta, el autor cree erróneamente que puede evitar la producción del resultado, concurrirá imprudencia. Asumo su teoría a efectos de distinguir cuando puede calificarse como racional la confianza en la no realización del riesgo y, en consecuencia, distinguir la imputación dolosa de la imprudente. La profesora española distingue entonces dos casos de imprudencia. Por un lado, se encuentra el error sobre la capacidad de evitación, que consiste en la sobrevaloración del autor de sus posibilidades de control. Explica que este error no puede apreciarse si el autor no tiene ninguna clase de control sobre las posibles consecuencias de su comportamiento. La racionalidad de la confianza en la no realización del riesgo depende entonces de si el imputado tiene control o no sobre el riesgo que implica su conducta. Sólo cuando tenga control, que deberá ser acreditado en el proceso mediante elementos objetivos, podrá alegar válidamente la existencia de un error sobre su propia capacidad de evitación. Por otro lado, se encuentra el error sobre el grado de probabilidad del resultado. En estos casos puede efectuarse la imputación imprudente aun cuando el sujeto pierda el control del riesgo. Ahora bien, el análisis de la racionalidad de la confianza en la no realización del riesgo deberá depender de factores objetivos que puedan ser probados en el proceso²¹⁴⁰.

La teoría de CORCOY BIDASOLO proporciona herramientas sumamente válidas para el análisis. Principalmente pone en evidencia la relación entre la problemática de la imprudencia y el error, así como la capacidad de rendimiento de su propuesta para medir la racionalidad de la confianza en la no realización del riesgo.

²¹³⁹ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente...*, 2ª ed., p. 239.

²¹⁴⁰ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente...*, 2ª ed., pp. 269-272.

La concepción del error como instrumento de delimitación del dolo y la imprudencia está también presente en el Derecho penal inglés, a pesar de la tendencia jurisprudencial altamente objetivadora. La interpretación doctrinal va en una línea más cercana a la del Derecho penal continental. Es el caso de la teoría de HART, quien define la negligencia como una falla en tomar precauciones frente al daño. Explica que las personas antes de actuar, para cumplir con un estándar, deben adquirir determinada información: deben examinar o advertir la situación y sus posibles peligros (por ejemplo, verificar si la pistola está cargada) y tener cuidado en sus acciones (por ejemplo, cargar cuidadosamente la pistola si está cargada). El baremo de medición a ser aplicado es entonces el siguiente:

“1) ¿El acusado falló al no tomar las precauciones que cualquier hombre razonable con capacidades normales hubiera tomado en las mismas circunstancias? 2) ¿Pudo el acusado, dadas sus capacidades físicas y mentales, haber tomado las precauciones?”²¹⁴¹.

Se trata de la combinación del deber de conocimiento (“elemento objetivo”) y de la posibilidad de conocimiento (“elemento subjetivo”). En la misma línea, STARK, quien califica la negligencia como el fracaso de estar en la posición epistémica del supuesto imputado que actúa con temeridad, explica que una persona actúa imprudentemente cuando, por un lado, posee las creencias y percepciones relevantes para la formación de una creencia adicional de que el riesgo relevante estaba involucrado en su conducta y, por otro lado, a través de la falla en creer que existía un riesgo relevante, muestra una insuficiente preocupación por los intereses de otros²¹⁴².

La concepción del error como instrumento de delimitación del dolo y la imprudencia pone en evidencia que no resultan válidas las críticas que sostienen que la adopción de una concepción cognitiva del dolo necesariamente expande el ámbito del dolo a costa del de la imprudencia, reduciendo además la posibilidad de admitir un concurso de delitos en los supuestos de preterintencionalidad²¹⁴³, puesto que todo se convertiría en dolo eventual²¹⁴⁴. Por el contrario, las teorías normativas puras del conocimiento no conllevan necesariamente la ampliación del ámbito del dolo y sí permiten distinguir claramente los supuestos dolosos de los imprudentes. Es más, si se sigue la teoría de CORCOY BIDASOLO, como propongo en esta tesis, el dolo no implica la imputación de cualquier tipo de conocimientos, sino de los conocimientos

²¹⁴¹ HART, *Punishment and Responsibility*..., pp. 148 y 154.

²¹⁴² STARK, *Culpable Carelessness*..., pp. 226 y 278.

²¹⁴³ Cfr. SANZ MORÁN, “Caso del homicidio preterintencional”, en SÁNCHEZ-OSTIZ (coord.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal*, La Ley, 2011, p. 299.

²¹⁴⁴ Cfr. QUINTERO OLIVARES, “Las vicisitudes del dolo y la subsistencia de la preterintencionalidad”, en *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal: (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)* / (Dir. CARBONELL MATEU / GONZÁLEZ CUSSAC / ORTS BERENGUER), vol. 2, 2009, p. 1587.

adecuados acerca de la creación del riesgo típico por medio de la conducta que realiza el sujeto; mientras que la imprudencia es la imputación de un defecto de conocimiento. Se trata de la atribución de un conocimiento erróneo o defectuoso acerca de la capacidad de evitación del propio sujeto en los supuestos en que tiene el control del riesgo que crea su conducta, o acerca de la efectiva peligrosidad de la conducta en aquellos casos en los que el autor no mantiene el dominio de su conducta.

A efectos de recordar lo hasta aquí expuesto y tenerlo en cuenta en el análisis que sigue, resumo mi propuesta en los siguientes puntos:

- 1) El dolo es un juicio subjetivo-normativo de imputación del conocimiento.
- 2) La imputación del conocimiento se produce al verificar tres condiciones: deber limitado de conocimiento del riesgo típico, posibilidad efectiva de conocimiento del riesgo típico e imposibilidad de confiar racionalmente en la no realización del riesgo típico.
- 3) La diferencia entre imputación dolosa e imprudente reside básicamente en la última condición para el conocimiento. Es el error (defecto de conocimiento) aquello que determina la racionalidad o irracionalidad de la confianza en la no realización del riesgo y, en consecuencia, la pertinencia de formular una imputación imprudente o una imputación dolosa.
- 4) El juez penal aplica un proceso de inferencia de las tres condiciones para el conocimiento, a partir del análisis de los hechos probados en el proceso penal.
- 5) En el proceso de inferencia judicial, existe el riesgo de que el juez penal incurra en generalizaciones inadecuadas, en "máximas de experiencia" o en intuiciones.
- 6) La forma de limitar los riesgos del proceso de inferencia judicial es aplicar los indicadores de las condiciones para el conocimiento propuestos, los cuales ordenan el proceso de inferencia, evitan incurrir en generalizaciones inadecuadas y coadyuvan a valorar si procede imputar el conocimiento o un defecto de conocimiento del riesgo típico específico.
- 7) El catálogo de indicadores planteado en esta tesis (riesgo, evitabilidad, contexto específico, experiencia previa del autor, rol, actos específicos y motivos racionales) es abierto. Su aplicación y valoración conjunta no proporcionan una respuesta exacta al problema del dolo, lo que no es posible por su carácter gradual, sino que proporcionan razonabilidad al

juicio de inferencia de las condiciones para el conocimiento y constituyen herramientas de análisis y de argumentación en el proceso penal.

En resumen, no puede pretenderse formular un catálogo cerrado con directrices invariables que establezcan cómo formular la inferencia del conocimiento que ampara la imputación dolosa en el marco de la *teoría de las condiciones para el conocimiento*. Por ello considero que, habiendo expuesto las premisas básicas y los elementos que forman parte de la teoría, la mejor forma de probar su capacidad de rendimiento como instrumento de análisis que contribuya a la discusión dogmática -y no como solución exacta o precisa del problema- es aplicarla a algunos casos reales que han generado controversia en lo que se refiere a los aspectos de imputación subjetiva. Al respecto, he elegido un caso de Perú y uno de Argentina. Debo precisar que mi análisis se basa en los hechos explícitamente expuestos con fines metodológicos en esta tesis, pudiendo existir diferencias de matiz con los casos reales.

1) Caso del gerente general de la discoteca Utopía (Perú)²¹⁴⁵

Los hechos del caso según la Corte Suprema de Perú fueron los siguientes:

“En horas de la madrugada del veinte de julio de dos mil dos tuvo lugar un evento denominado “Fiesta Zoo” -con presencia incluso de animales no domésticos, de propiedad del circo “Hermanos Gasca”- en la discoteca Utopía, ubicada en el (sótano del) Centro Comercial Jockey Plaza, de propiedad de Inversiones García North Sociedad Anónima Cerrada, cuyo Gerente General era el encausado Percy North Carrión. El imputado Roberto Jesús Ferreyros O’Hara, quien en esos momentos se encontraba trabajando para la aludida discoteca, realizó actos de fuego, al punto que incluso ingresó a la cabina de sonido del disc jockey, y utilizó un aerosol (Wizzard) con el que hace contacto con el fuego que utilizaba para el espectáculo, lo que provocó una llama que llegó a expandirse y causó un incendio. En vista de la falta de una adecuada señalización, y como cerca de las puertas de emergencia se encontraban mesas y sillas que impedían la rápida evacuación, la manguera contra incendio no fue señalizada debidamente y estaba tapada con una placa de fierro, y teniendo en cuenta, además, que ese día la discoteca soportaba gran cantidad de asistentes, dicho siniestro causó la muerte de varias personas mientras que otras quedaron lesionadas. El imputado Percy North Carrión no adoptó todas las medidas de seguridad para afrontar este tipo de siniestro

²¹⁴⁵ Las citas del caso corresponden a la sentencia de la Corte Suprema de Perú del 10 de diciembre de 2010 emitida en el Recurso de Nulidad N° 2167-2008, que se refiere únicamente a uno de los imputados en esta causa y que se ha elegido con fines didácticos. Cabe precisar que existieron y hasta la fecha existen otros procesos en sede penal y en sede constitucional con relación a los diversos imputados de esta causa. Disponible en: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/48aac1004bf43d68aa60be3aa702a2d1/SPP+R.N.+N%C2%BA+2167-2008+-+Lima.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=48aac1004bf43d68aa60be3aa702a2d1> [consulta: 11 de mayo de 2017].

(incendio), incluso inició las actividades de la discoteca sin contar con la licencia de funcionamiento otorgada por la Municipalidad respectiva”.

La Corte Suprema de Perú, mediante sentencia del 10 de diciembre de 2010, declaró nula la sentencia impugnada que había condenado a Percy Edward North Carrión, gerente general de la discoteca Utopía, por los delitos de homicidio culposo y de lesiones graves culposas y lo había absuelto de la acusación fiscal formulada en su contra por los delitos de homicidio doloso y lesiones graves dolosas. En su fundamentación, la Corte Suprema sostuvo:

“Que el aspecto subjetivo del tipo legal puede determinarse a partir de criterios de racionalidad mínima. Es evidente que los sujetos que procuran realizar una acción determinada tienden a asegurar el resultado que pretenden, aunque también existen acciones no intencionales -que son siempre consecuencias no queridas y no previstas de otra acción-. Entonces, para advertir el elemento subjetivo, de acuerdo con una presunción de racionalidad mínima, es necesario conocer las acciones previas realizadas antes del hecho delictivo -conducta externa- y a partir de ellas hacer inferencias basadas en la experiencia. Estas reglas o método de análisis no fueron seguidos en la sentencia recurrida”.

La Corte Suprema, sin afirmarlo directamente, entiende que existe un supuesto de dolo eventual y añade que:

“de las propias declaraciones del citado encausado se tiene que en varias oportunidades se habían ejecutado dichos actos y acepta que su realización era común (...), que con anterioridad Ferreyros O’Hara se había quemado la cara (...) -él estaba en condiciones de advertir el grado de falibilidad de los trucos con fuego y, pese a tal conocimiento, no implementó las medidas de seguridad en casos de incendio e incumplió precisas reglamentaciones sobre la materia y las advertencias de la autoridad competente (...)”.

Antes de aplicar los indicadores propuestos al análisis de este caso, quisiera hacer dos apuntes. En primer lugar, cabe anotar que este caso pone en evidencia la total incapacidad de rendimiento de los enfoques psicológicos del dolo y, específicamente, de aquellos que recurren a los elementos volitivos o emocionales a efectos de realizar la distinción entre delitos dolosos y delitos imprudentes. En este caso, resulta evidente que la finalidad principal del dueño y gerente general de un negocio que recién se estaba implementado en un lujoso centro comercial era la obtención de provecho económico. En esa línea, resultaría poco razonable afirmar que tuvo la intención, que deseó o que le fue indiferente la muerte de más de una veintena de sus clientes y, en consecuencia, el fracaso del negocio que había iniciado. Ahora bien, ello no significa descartar la imputación dolosa de todos aquellos casos en los que el lucro guía las acciones humanas. Sería absurdo también llegar a la conclusión de que en el

Derecho penal empresarial la imputación dolosa encontraría como límite el aprovechamiento económico de la actividad. En todo caso, lo que estos apuntes evidencian es el efecto distorsionador que los elementos emocionales generan en la valoración del comportamiento humano.

En segundo lugar, cabe indicar que la premisa que plantea la Corte Suprema para anular la condena por delito imprudente me genera cierta preocupación. Si bien sostiene que el aspecto subjetivo del tipo legal debe determinarse a partir de criterios de racionalidad mínima, luego expresa que para advertir el elemento subjetivo es necesario conocer “las acciones previas realizadas antes del hecho delictivo” (sic) y, a partir de ellas, hacer inferencias basadas en la experiencia. Como se ha visto, las generalizaciones basadas en la experiencia plantean una serie de dificultades. No queda claro a qué experiencia se refiere la Corte Suprema en este caso, si a la experiencia científica, por ejemplo, o la experiencia subjetiva del juez penal. Deja así abierta la puerta a la aplicación de las intuiciones en el razonamiento de los jueces que hayan de aplicar esta sentencia y emitir una nueva condena.

Habiendo efectuado ambos apuntes, corresponde ahora tratar de aplicar la *teoría de las condiciones para el conocimiento* al caso específico del gerente general de la discoteca. Para analizar si concurren las condiciones para el conocimiento, corresponde tener en cuenta los hechos probados del caso. Según la sentencia de la Corte Suprema, los principales hechos probados son los siguientes:

- Inversiones García North Sociedad Anónima Cerrada era la empresa propietaria de la discoteca Utopía.
- El imputado Percy North Carrión era el Gerente General de la discoteca Utopía.
- La discoteca Utopía se encuentra ubicada en el Centro Comercial Jockey Plaza. Aunque la sentencia no lo menciona expresamente, es importante tener en cuenta que la discoteca se encontraba ubicada en un sótano del centro comercial.
- La discoteca Utopía no tenía una adecuada señalización.
- Cerca de las puertas de emergencia de la discoteca Utopía se encontraban mesas y sillas que impedían la rápida evacuación.
- La manguera contra incendio de la discoteca Utopía no fue señalizada debidamente y estaba tapada con una placa de fierro.
- La discoteca Utopía inició sus actividades sin contar con la licencia de funcionamiento que debía ser otorgada por la Municipalidad respectiva luego de verificar que el local hubiera adoptado las medidas de seguridad correspondientes.
- La discoteca Utopía llevó a cabo el evento “Fiesta Zoo” en horas de la madrugada del 20 de julio de 2002, al cual se permitió el ingreso de una

gran cantidad de asistentes. Si bien la sentencia de la Corte Suprema no lo explicita, existió evidencia en el caso de que se había sobrepasado en extenso la capacidad máxima del local.

- La discoteca Utopía contrató al imputado Roberto Jesús Ferreyros O'Hara para que realizara actos de fuego en la "Fiesta Zoo".
- El imputado Roberto Jesús Ferreyros O'Hara ingresó a la cabina de sonido del disc jockey y utilizó un aerosol con el que hizo contacto con el fuego que utilizaba para el espectáculo, lo que provocó una llama que llegó a expandirse y causó un incendio.
- Como consecuencia del incendio, varias personas perdieron la vida y otras quedaron lesionadas.
- No era la primera vez que se ejecutaban este tipo de actos.
- El imputado Percy North Carrión expresó saber que el imputado Roberto Jesús Ferreyros O'Hara en anteriores oportunidades se había quemado la cara al realizar los actos de fuego.

A partir de dichos hechos probados, corresponde aplicar los indicadores propuestos a efectos de establecer si resulta posible y razonable inferir las tres condiciones para el conocimiento en el caso del gerente general Percy North Carrión: deber limitado de conocimiento del riesgo típico, posibilidad efectiva de conocimiento del riesgo típico e imposibilidad de confiar racionalmente en la no realización del riesgo típico.

- El primer indicador a ser valorado a efectos de analizar si es posible inferir las condiciones para el conocimiento es la existencia de **riesgo** en el hecho objeto del juicio subjetivo-normativo. Cabe recordar que el riesgo se manifiesta en el hecho, específicamente en la conducta del autor, cómo esta se lleva a cabo y el sentido que esta expresa en un determinado contexto social. Ahora bien, no debe atenderse a un concepto naturalístico de riesgo, sino a uno normativo, en el que el dominio de las circunstancias sea suficiente para efectuar la imputación. Recuérdese que nos encontramos frente al caso del gerente general, que no realizó físicamente la conducta peligrosa (acto de fuego), pero que fue el responsable de organizar el evento, de disponer (o no) las medidas de seguridad de la discoteca y de permitir la realización del acto de fuego. Teniendo ello en cuenta, corresponde efectuar el análisis.

De acuerdo a los hechos probados, la situación objetiva de riesgo es evidente frente al hecho de que el co-imputado Roberto Jesús Ferreyros O'Hara realizó un acto de fuego al interior de una discoteca ubicada en el sótano de un centro comercial. Ahora bien, como sostuve al explicar este indicador, debe valorarse no sólo la cantidad de riesgo que genera la conducta del sujeto activo del delito, sino especialmente la cualidad del riesgo creado, lo que implica valorar la magnitud del riesgo y la inminencia

de lesión desde la perspectiva *ex ante* del autor. Se trata del juicio esperado del sujeto activo -en este caso, del gerente general- en las circunstancias de su hecho. Para realizar dicho juicio, a la situación de riesgo ya expuesta, es necesario añadir la valoración de los siguientes factores, que son también hechos probados en el proceso: la discoteca no tenía una adecuada señalización, las puertas de emergencia de la discoteca no permitían una rápida evacuación, la manguera contra incendios no se encontraba señalizada adecuadamente, la discoteca no contaba con licencia de funcionamiento, se permitió el ingreso de una gran cantidad de personas. Dichos elementos permiten afirmar con sustento la cualidad del riesgo creado. No se trató de un riesgo circunstancial o menor, sino que, desde la perspectiva *ex ante* del autor, existían suficientes elementos para valorar un riesgo de magnitud considerable y la inminencia de lesión, entendida no como certeza, sino como probabilidad razonable a la luz de los hechos disponibles en el caso concreto.

Es posible entonces que en el razonamiento judicial se produzca una generalización del siguiente tipo: la realización de actos de fuego en un local cerrado como una discoteca, en el que existe material inflamable (cables eléctricos, sistema de iluminación, sistema de música, decoración, bebidas alcohólicas, etc.) genera una alta probabilidad de provocar un incendio con consecuencias lesivas para quienes se encuentren en el lugar. Lo importante será establecer a continuación si dicha generalización cuenta con base científica, relacionada básicamente a los efectos del fuego y las características del lugar en que se realizó el acto. En este punto, la intervención del perito será fundamental. Con esto, se evita aplicar un juicio meramente subjetivo e individual del autor acerca de la producción de modificaciones perjudiciales como consecuencia de su conducta y el indicador de riesgo funciona como un límite a la aplicación de intuiciones en el razonamiento que pudieran dar lugar a la inferencia de las condiciones para el conocimiento.

Como fundamenté en el apartado anterior, la magnitud del riesgo no imputa por sí misma un deber de conocimiento o la posibilidad efectiva de conocer. Tampoco basta para concluir en la irracionalidad de la confianza del sujeto en su no realización. Sin embargo, es cierto que una mayor magnitud de riesgo y la inminencia de la lesión permite al juez valorar la existencia de una expectativa mayor de que el sujeto activo de un delito aprehenda el riesgo y, a la inversa, una expectativa menor de que el sujeto activo de un delito pueda confiar racionalmente en su no realización. En el presente caso, los hechos probados dan cuenta de una alta magnitud de riesgo, lo que permite al juez penal valorar la existencia de la aludida expectativa social. Sin embargo, se trata de una conclusión insuficiente,

ya que no atiende al contexto personal del sujeto activo del delito. Por ello, deben analizarse los demás indicadores propuestos.

- El segundo indicador a ser valorado es la existencia de **evitabilidad individual**. Al respecto, el juez penal deberá valorar las capacidades generales del sujeto activo del delito y su impacto a nivel del injusto. El hecho de que el imputado haya sido nombrado gerente general de una empresa, lo que implica haber pasado por el examen de capacidad del funcionario a cargo de la inscripción del nombramiento, constituye un indicio de capacidad a efectos por lo menos de atribuir una conducta antinormativa (injusto). Sin embargo, de ponerse en duda dicha capacidad, el juez penal podrá efectuar la verificación correspondiente a través de la consulta a un perito en la materia. En este punto, el indicador de evitabilidad se identifica con las generalizaciones científicas y sirve de límite a la aplicación de “máximas de experiencia” por parte del juez penal. Es la ciencia la que define las capacidades individuales y no la intuición del juez en el caso concreto.

Más allá de ello, lo importante en este punto es determinar si al imputado, en las circunstancias del caso concreto, le era evitable realizar la conducta típica y, por ende, se le puede imputar deberes de conocimiento. Los hechos probados del caso dan cuenta de que el imputado era gerente general de la discoteca que organizó el evento en el que se realizó el acto de fuego. A partir de ello, es preciso distinguir dos temas distintos. Por un lado, se encuentra la capacidad de control sobre la realización del evento. En este punto, resulta claro que el gerente general tenía la capacidad de disponer acerca de las actividades que realiza la empresa. Por otro lado, se encuentra la capacidad de control sobre el acto de fuego específico. Los hechos probados dan cuenta de que el imputado tenía conocimiento de que en anteriores oportunidades se había realizado este tipo de actos, los cuales habían conllevado la provocación de lesiones físicas en el ejecutor, a pesar de lo cual siguió consintiendo su realización.

- El tercer indicador a ser valorado es el **contexto específico** en el que el sujeto activo realizó el hecho objeto del juicio subjetivo-normativo. Como se ha visto, se trata de un indicador que coadyuva a la valoración de la posibilidad efectiva de conocimiento del riesgo y a la imposibilidad de confiar racionalmente en su no realización. De acuerdo a los hechos probados del caso, las circunstancias espaciales y temporales se refieren a haber organizado y permitido la realización de un acto de fuego en horas de la madrugada en un espacio cerrado, ubicado varios metros bajo tierra en un centro comercial, altamente concurrido por personas y alrededor de elementos inflamables. Un punto importante a tener en cuenta es el hecho de que el acto de fuego no sólo se realizó al interior de la discoteca, sino

en un lugar específico de la misma que incrementó la situación de riesgo: en la cabina de sonido, que además de ser un espacio reducido, en el que es más difícil controlar los movimientos corporales, es un lugar en el que existen conexiones eléctricas y material altamente inflamable. En consecuencia, el contexto específico añade grados de riesgo al caso materia de análisis. La presencia física del gerente general carecerá de relevancia, en la medida que se encuentre acreditado que la realización del evento estaba bajo su control. En todo caso, se trata de un aspecto que corresponde al juicio de imputación objetiva, que hemos asumido como superado a los efectos del presente análisis.

Con la aplicación de este indicador del contexto específico se establece un freno a la generalización basada en la experiencia o en el “sentido común” consistente en que quien no está presente en el lugar del hecho no puede ser responsable del mismo. Si se analizan los hechos probados del caso, en cambio, podrá observarse que más bien no es racional confiar en la no realización de riesgos contra la vida o salud de las personas cuando se dispone y permite la realización de un acto con fuego en un espacio cerrado situado varios metros debajo de la superficie, con deficientes señales de evacuación y concurrido por muchas personas, varias de las cuales han consumido alcohol.

- El cuarto indicador a ser valorado es la **experiencia previa** del sujeto activo. En este caso, son hechos probados que no era la primera vez que se ejecutaban este tipo de actos de fuego y que el gerente general expresó saber que el imputado Roberto Jesús Ferreyros O'Hara en anteriores oportunidades se había quemado la cara al realizar los actos de fuego. En consecuencia, este indicador permite formular la inferencia de que el imputado tenía la experiencia de que este tipo de actos de fuego generaba riesgos para la salud de las personas, al menos de aquellas que lo ejecutaban. Al gerente general expresar el conocimiento de que el acto de fuego podía generar -y, en efecto, había generado- quemaduras en la cara de una persona, pone en evidencia su aprehensión de la magnitud del riesgo propio de la conducta cuya realización dispuso y permitió: el acto de fuego. Y no se trata de cualquier riesgo genérico, sino de un riesgo específico para la salud y vida de las personas.

En todo caso, el número de veces que el imputado experimentó este tipo de actos de fuego y las circunstancias en que estos fueron realizados (lugar, cercanía a elementos inflamables, ejecutante, etc.) pueden ser elementos adicionales a efectos de que el juez penal esté en condiciones de descartar una posible alegación por parte del imputado de habituación al riesgo moderado, que pretendería sustentar su confianza en la no realización de un riesgo de mayor magnitud.

- El quinto indicador a ser valorado es el **rol del sujeto activo** que realiza el hecho objeto del juicio subjetivo-normativo. En el presente caso, el imputado era no sólo dueño, sino además gerente general de la empresa. Según los hechos probados, no se trataba de un nombramiento meramente formal, sino que existió asunción material del rol. Ello toda vez que está probado que el imputado participaba de la organización de los eventos de la discoteca. De lo contrario, no hubiera tenido conocimiento de la realización de actos de fuego, de acuerdo a lo expuesto en el indicador anterior. Ahora bien, un factor adicional a tener en cuenta a efectos de valorar conjuntamente este indicador y el anterior, factor del cual no se dispone de información, debiera ser la experiencia del imputado como gerente general de este tipo de empresas.

- El sexto indicador a ser valorado está constituido por **actos específicos** realizados por el sujeto activo y que afectan de alguna forma el juicio de inferencia. Básicamente se trata de un indicador que coadyuva a medir la racionalidad de la confianza en la no realización del riesgo. En el presente caso, entre los hechos probados, no existe evidencia de que el imputado haya llevado a cabo algún acto tendiente a evitar la realización de un riesgo de la magnitud del ocurrido. Tampoco existe evidencia de una auto puesta en peligro por parte del imputado de bienes jurídicos propios o de personas estrechamente vinculadas. Existe, por el contrario, evidencia objetiva de que el imputado no interpuso ningún tipo de medio de evitación. Así, según los hechos probados la discoteca no tenía una adecuada señalización, las puertas de emergencia de la discoteca tenían obstáculos que impedían la rápida evacuación, la manguera contra incendio de la discoteca no estaba adecuadamente señalizada y la discoteca inició sus actividades sin contar con la licencia de funcionamiento correspondiente. Si bien todos estos hechos constituyen infracciones de orden administrativa y no penal, lo cierto es que su valoración conjunta permite inferir que el imputado no evidenció a través de su conducta como gerente general de la discoteca una voluntad de evitación de riesgos de la magnitud como el efectivamente acaecido.

- Finalmente, otro indicador a ser valorado son los **motivos racionales** del sujeto activo que realiza el hecho objeto del juicio subjetivo-normativo, que puedan ser objeto de prueba al haber sido expresados objetivamente en la conducta del imputado. En este caso, una generalización intuitiva podría llevar a inferir que el imputado no quiso matar o lesionar, toda vez que ello era contradictorio con su interés de conducir un buen negocio, en el que los consumidores estuvieran satisfechos y el consumo se incrementara. Sin embargo, se trataría de una generalización sin sustento objetivo alguno, más allá de aquello que el juez penal intuye que debiera

ser el caso de un “empresario promedio” y no el caso específico del sujeto imputado.

Un análisis conjunto de los indicadores expuestos permite al juez penal efectuar el siguiente razonamiento:

- En primer lugar, puede inferir válidamente que el imputado tenía el deber de conocimiento de un riesgo típico (primera condición para el conocimiento). Por un lado, utilizando el indicador de **riesgo**, puede concluirse que la realización de actos de fuego en un local cerrado, en el que existe material inflamable, genera una alta probabilidad de provocar un incendio con consecuencias lesivas para quienes se encuentren en el lugar. Por otro lado, utilizando el indicador del **rol** del sujeto activo, puede concluirse que el imputado asumió materialmente las funciones de gerente general de la empresa, lo que implica el control de los riesgos propios de su actividad.
- En segundo lugar, puede inferir válidamente que el imputado tenía la posibilidad efectiva de conocimiento del riesgo típico que debía conocer (segunda condición para el conocimiento). En esa línea, utilizando el indicador de **evitabilidad individual**, puede concluirse que el imputado tenía la capacidad de disponer acerca de las actividades de la empresa y la capacidad de control sobre el acto de fuego específico, en virtud de que asumió materialmente sus funciones como gerente general de la empresa.
- En tercer lugar, puede inferir válidamente que el imputado no podía confiar racionalmente en la no realización del riesgo típico que debía conocer y que tuvo la posibilidad de conocer (tercera condición para el conocimiento y factor de distinción de la conducta dolosa). En primer lugar, utilizando el indicador del **contexto específico**, puede concluirse que haber organizado y permitido la realización de un acto de fuego en horas de la madrugada en un espacio cerrado, ubicado varios metros bajo tierra en un centro comercial, altamente concurrido por personas y alrededor de elementos inflamables, permite sumar grados de riesgo al caso y hacer más difícil la posibilidad de alegar un defecto de conocimiento. En segundo lugar, utilizando el indicador de **experiencia previa**, puede concluirse que el imputado tenía la experiencia de que este tipo de actos de fuego generaba riesgos para la salud de las personas, al menos de aquellas que lo ejecutaban. Así, se pone en evidencia la aprehensión del imputado de la magnitud del riesgo específico para la salud y vida de las personas propio de la conducta cuya realización dispuso y permitió: el acto de fuego. En tercer lugar, utilizando el indicador de **actos específicos**, puede concluirse que el imputado no interpuso ningún tipo

de medio de evitación del riesgo. Finalmente, utilizando el indicador de los **motivos racionales**, puede concluirse que en el caso concreto no existe evidencia objetiva que exprese motivos que permitan dar racionalidad a la confianza en la no realización del riesgo.

En consecuencia, la suma de factores cuyo conocimiento puede ser imputado al gerente general de la discoteca Utopía es muy elevada y posibilita, en mi opinión, formular una imputación dolosa. El hecho de que se hubieran realizado actos previos similares no varía especialmente la situación, en tanto que existe evidencia objetiva de que el gerente general tuvo conocimiento (o, mejor dicho, expresó el conocimiento) de que el acto de fuego originaba lesiones, como es el caso de quemaduras en la cara de su ejecutor, lo que demuestra el riesgo específico que implicaba la realización de este tipo de actos, lo que se veía agravado por las circunstancias espaciales y coyunturales en que se llevó a cabo en el caso.

2) *Caso Sebastián Cabello (Argentina)*²¹⁴⁶

Los hechos del caso, según la sentencia de primera instancia, son los siguientes:

“Luego del debate realizado se prueba con certeza que el 30 de agosto de 1999, siendo cerca de las 2 hs. de la madrugada, con excelente visibilidad, Sebastián Cabello, (al que acompañaba su amigo Daniel Cristián Pereyra Carballo) decidió sin motivos de apuro y con aceptación del riesgo por ambos, correr una anormativa "picada" -sin importarle- con el auto "Honda Civic", dominio RFH-064, propiedad de su padre, junto al menos otro vehículo ("BMW") por Av. Cantilo, (desde la bajada del Pte Illia) a velocidad antirreglamentaria, inusual, impropia y extralimitada para la zona, hora y circunstancias, (137,65 kms. p/hora) y en ese contexto -efectuando una abrupta maniobra hacia la derecha ("volantazo") embistió por atrás al "Renault 6", dominio VYY-089 en el que circulaban -a menor velocidad y con sus luces reglamentarias prendidas- Celia Edith González Carman (38 años de edad) y su hija Vanina Rosales (de 3 años), provocando la muerte por carbonización de ambas a raíz del rápido incendio que produjo el impacto, resultados finales éstos que Cabello -dada su educación, conocimientos, volición y lucidez- se representó como posibles consecuencias de su decidida participación voluntaria en correr, y optó por esa conducta de correr al resultarle indiferente el prójimo y los resultados que -previamente- despreció y asumió, preocupándose luego del luctuoso hecho sólo por el estado dañado de su rodado "Honda" embistente y no por las víctimas”.

²¹⁴⁶ Las citas del caso corresponden a la sentencia del Tribunal Oral en lo Criminal N° 30 de Buenos Aires dictada el 21 de noviembre de 2003 y a la sentencia de la Sala Tercera de la Cámara Nacional de Casación Penal de Argentina dictada el 02 de septiembre de 2005. Disponible en: <http://www.terragnijurista.com.ar/jurisprudencia/cabello.htm> [consulta: 11 de mayo de 2017].

El Tribunal Oral en lo Criminal N° 30 de Buenos Aires, mediante sentencia de fecha 21 de noviembre de 2003, condenó a Sebastián Cabello, al considerarlo autor penalmente responsable del delito de doble homicidio simple cometido con dolo eventual, a la pena de doce años de prisión de efectivo cumplimiento, e inhabilitación absoluta por igual tiempo de la condena e inhabilitación especial para conducir automotores por el tiempo máximo previsto en la ley. Para tal efecto, citó los siguientes argumentos:

“Allí, en esa acción de correr que es extratípica (pero dañina y riesgosa hacia terceros, art.78 Cód. Contravencional) circula su intención directa, volitiva y razonada, motivando sus propios actos de pedal una rapidez electrizante al rodado, fuera de parámetros comunes de circulación, velocidad dinámica de "disparo" y de fuerza -repetimos- elegida decisoriamente como acto funcional propio y aceptado, y hermanado ello a una abierta subvaloración normativa y menosprecio al prójimo, hasta que ese curso causal dañó finalmente el bien jurídico protegido "vida", subvalorándolo”.

“Pero cuando -volitiva y decisoriamente- asume el conductor violar el límite legal de velocidades máximas fijadas, transforma -inexorablemente- su auto en una cosa peligrosa que sólo "dispara". El auto pasa a ser así -obviamente- un arma más, de notorio poder ofensivo y vulnerante, en manos de alguien que -previamente- hizo caso omiso a los mandatos legales, evadiendo reglas y normas a acatar”.

“No estamos ante un homicidio culposo, sino ante una primigenia decisión volitiva, lúcida y consciente de calidad anormativa que lo conduce a la comisión de un delito doloso, cometido con dolo eventual. Tampoco pudo ser probado por la defensa del incurso, la forma culposa, pese a sus dialécticos esfuerzos”.

“Advertimos, sí, que actuar indiferente a los valores del prójimo y no merituar la presencia del otro -que existe a la par de él- implica -nítidamente- la posesión inicial asumida de un sentimiento antisocial y obviamente, egoísta, sentimiento ante el cual -obviamente- el prójimo no existe ni el derecho tampoco. Vale sólo un gusto decisorio individual, hecho voluntad, aun a costa de transgredir las reglas, sólo para correr”.

Mediante sentencia de fecha 02 de septiembre de 2005, sin mayor modificación de la secuencia fáctica expuesta, la Sala Tercera de la Cámara Nacional de Casación Penal declaró hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la defensa de Sebastián Cabello y calificó definitivamente el hecho como constitutivo del delito de homicidio culposo con multiplicidad de víctimas, condenando al imputado a la pena de tres años de prisión e inhabilitación especial para conducir vehículos automotores por el término de diez años. Señaló entre sus fundamentos los siguientes:

“La mera circunstancia de circular a una alta velocidad violando conscientemente el deber de cuidado, confiado en su habilidad o destreza como conductor no resulta *per se* determinante de la existencia del dolo eventual, pues debe demostrarse que el autor fue consciente del riesgo, lo asumió y no tuvo una verdadera renuncia en la evitación del resultado, extremos que por cierto, no han sido acreditados, más allá de las numerosas oportunidades, en que en la sentencia se sostiene que es así”.

“No parece sencillo descartar esa confianza en la evitación del resultado cuando no está del todo claro que el imputado haya visto el auto de la víctima y además está probado que intentó frenar antes de la embestida”.

“Toda acción de contenido culposo, implica una actitud de menosprecio hacia el orden jurídico, que en materia penal, encuentra su límite en la descripción que formula el código, en el caso en el artículo 84 del Código Penal”.

“En el decisorio analizado, de modo insistente, se repiten conceptos incriminantes hacia Cabello, como si con la sola reiteración se lograran convencer los jueces y convencer a los terceros del acierto de lo dicho. (...) Entre las afirmaciones con las que se machaca, se advierte la sinonimia automóvil-arma, otorgándole al rodado una condición, que más allá de su acierto o error, no convierte de por sí al hecho en delito intencional, desde que con un arma en sentido propio, por ejemplo una pistola 9 mm., pueden cometerse tanto delitos dolosos como culposos”.

Al igual que en el caso anterior, voy a aplicar la *teoría de las condiciones para el conocimiento* al caso específico de Sebastián Cabello²¹⁴⁷. En primer lugar, debo tener en cuenta los hechos probados del caso. Según las sentencias de ambas instancias, que en la valoración fáctica del caso no disienten, los principales hechos probados son los siguientes:

- Sebastián Cabello trabajaba con su padre, no estudiaba y no había terminado la carrera.
- Sebastián Cabello conducía automóviles desde los diecisiete años.
- Sebastián Cabello invirtió todo el dinero que ganaba en “tunar” (personalizar) su automóvil.
- Sebastián Cabello manifestó que conducía automóviles durante todo el día y mucho en ruta.
- Sebastián Cabello manifestó que, cuando estaba en calle y no en autopista, conducía su automóvil a la velocidad mínima por los desniveles de las calles y para cuidarlo de los pozos.
- El 30 de agosto de 1999, siendo cerca de las 2 hs. de la madrugada, con excelente visibilidad, Sebastián Cabello, conducía el auto “Honda Civic”

²¹⁴⁷ Esencial al respecto, CORCOY BIDASOLO, “Concepto dogmático y procesal de dolo. ¿Puede probarse la existencia de dolo en el tráfico viario?”, pp. 173-254.

- por Av. Cantilo a velocidad antirreglamentaria, inusual, impropia y extralimitada para la zona, hora y circunstancias (137,65 kms. p/hora).
- En dichas circunstancias, Sebastián Cabello efectuó una abrupta maniobra hacia la derecha y embistió por atrás el automóvil "Renault 6", que circulaba a menor velocidad y con sus luces reglamentarias prendidas.
 - Las ocupantes del automóvil "Renault 6", Celia Edith González Carman (38 años de edad) y su hija Vanina Rosales (de 3 años), murieron carbonizadas a raíz del rápido incendio que habría producido el impacto de los automóviles.
 - Sebastián Cabello pisó el freno del automóvil antes de la colisión.
 - Sebastián Cabello exteriorizó el conocimiento de que había ingresado a la vía acelerando y después condujo a velocidad de autopista, reconociendo que circulaba a una velocidad de no más de 120/130 kms. por hora.
 - Según las declaraciones de varios testigos, Sebastián Cabello no habría demostrado interés por las víctimas, sino preocupación por la avería de su auto y por la pérdida de objetos personales.

A partir de dichos hechos probados, corresponde aplicar los indicadores propuestos a efectos de establecer si resulta posible y razonable inferir las tres condiciones para el conocimiento en el caso de Sebastián Cabello: deber limitado de conocimiento del riesgo típico, posibilidad efectiva de conocimiento del riesgo típico e imposibilidad de confiar racionalmente en la no realización del riesgo típico.

- Con relación al indicador de **riesgo**, los hechos probados dan cuenta de su producción frente al hecho de que el imputado condujo su automóvil a velocidad antirreglamentaria, inusual, impropia y extralimitada para la zona, hora y circunstancias.

Es posible entonces que en el razonamiento judicial se produzca una generalización del siguiente tipo: La conducción de un automóvil a velocidad antirreglamentaria, inusual, impropia y extralimitada para la zona, hora y circunstancias genera una alta probabilidad de provocar una colisión con consecuencias lesivas para quienes circulan en la vía. Lo importante será establecer a continuación si dicha generalización cuenta con base científica en el caso concreto. En este punto, la intervención del perito será fundamental. Con esto, se evita aplicar un juicio meramente subjetivo e individual del autor acerca de la producción de modificaciones perjudiciales como consecuencia de su conducta y el indicador de riesgo funciona como un límite a la aplicación de intuiciones en el razonamiento que pudieran dar lugar a la inferencia de las condiciones para el conocimiento.

Ahora bien, cabe apuntar una observación más vinculada a la imputación objetiva, pero que llama la atención en este caso y no debe ser pasada por alto. Existe un aparente salto valorativo en el razonamiento judicial cuando se vincula la conducta de Sebastián Cabello de forma automática con la muerte de las ocupantes del automóvil “Renault 6” carbonizadas “a raíz del rápido incendio que habría producido el impacto de los automóviles”. No se fundamenta la relación de riesgo entre el impacto de los automóviles y la producción del incendio. En todo caso, se trata de una observación ajena al objeto de la presente tesis y que resulta imposible desarrollar en la misma.

- Con relación al indicador de **evitabilidad individual**, el hecho de que el imputado fuera una persona joven, sana, con varios años de experiencia como conductor y que conducía a diario automóviles constituyen claros indicios de capacidad, a efectos por lo menos de atribuir una conducta anti normativa (injusto). De acuerdo a los hechos probados, reconocidos además por el propio imputado, en principio carece de sentido efectuar la consulta a un perito en la materia. No se trata de meras intuiciones, sino de generalizaciones sustentadas en hechos objetivos. Asimismo, cabe tener en cuenta que Sebastián Cabello exteriorizó el conocimiento de que había ingresado a la vía acelerando y después condujo a velocidad de autopista, reconociendo que circulaba a una velocidad de no más de 120/130 kms. por hora. En consecuencia, el propio imputado exterioriza el conocimiento de la conducta realizada y, por ende, puede imputársele la capacidad de evitar la realización de la misma.
- Con relación al indicador del **contexto específico**, de acuerdo a los hechos probados del caso, existía excelente visibilidad en el lugar de la colisión. Ello implica una circunstancia que ratifica la existencia de una situación riesgosa aprehensible por el imputado. Sin embargo, los hechos probados también dan cuenta de dos factores que podrían coadyuvar a la apreciación de defectos de conocimiento de la situación riesgosa por parte del imputado. Por un lado, se encuentra el hecho de que se trataba de una vía de alta velocidad, lo que podría reducir el nivel de aprehensión del riesgo por parte del imputado. Por otro lado, está el hecho de que, al tratarse de una vía de alta velocidad, aun cuando existiera buena visibilidad, lo cierto es que es muy difícil establecer que el imputado pudo ver el automóvil “Renault 6” a una distancia suficiente para evitar la colisión.
- Con relación al indicador de la **experiencia previa** del sujeto activo, los hechos probados del caso dan cuenta de que se trata un joven con cinco años de experiencia conduciendo automóviles y con una práctica diaria

de conducción de automóviles. En este punto, cabe hacer referencia al fenómeno de habituación al riesgo. El indicador de experiencia previa coadyuva especialmente a medir la posibilidad de confiar racionalmente en la no realización del riesgo, según la experimentación de situaciones de riesgo similares o la adquisición de conocimientos específicos acerca del riesgo objeto de análisis. En este punto, también la experiencia cotidiana de conducción a alta velocidad en una vía de alta velocidad sin producción de incidentes lesivos constituye un factor a ser analizado, de cara a medir la racionalidad de la confianza del imputado en la no realización del riesgo.

A diferencia del caso del gerente general de la discoteca Utopía, en el que la experiencia previa daba cuenta del conocimiento específico del riesgo por parte del imputado, en este caso, la experiencia previa de Sebastián Cabello podría jugar como un factor determinante de un defecto de conocimiento.

- Con relación al indicador del **rol del sujeto activo** que realiza el hecho objeto del juicio subjetivo-normativo, cabe indicar que en el presente caso el imputado es un joven conductor, que está sujeto al cumplimiento de las normas de tránsito correspondientes y sobre el que caben exigencias de cuidado. Sin embargo, dichas exigencias deben conjugarse con su experiencia personal.
- Con relación al indicador de **actos específicos** realizados por el sujeto activo y que afectan de alguna forma el juicio de inferencia, los hechos probados del caso dan cuenta de que Sebastián Cabello efectuó una abrupta maniobra hacia la derecha y, antes de embestir por atrás el automóvil "Renault 6", pisó el freno del automóvil antes de la colisión. Existe entonces evidencia de que el imputado llevó a cabo un acto tendiente a evitar la realización de un riesgo de la magnitud del ocurrido. Asimismo, existe evidencia de una auto puesta en peligro por parte del imputado de bienes jurídicos propios, como es su propia salud y su patrimonio.
- Finalmente, con relación al indicador de los **motivos racionales** del sujeto activo que realiza el hecho objeto del juicio subjetivo-normativo, en este caso se muestra la importancia de que se trate de motivos que puedan ser objeto de prueba al haber sido expresados objetivamente en la conducta del imputado. En el presente caso, un hecho probado es que Sebastián Cabello invertía todo el dinero que ganaba en "tunear" (personalizar) su automóvil, lo que evidencia su estrecha disposición a cuidar de un bien de su propiedad, lo que es penalmente irrelevante.

Con relación a las declaraciones de varios testigos que sostienen que Sebastián Cabello no habría demostrado interés por las víctimas, sino preocupación por la avería de su auto y por la pérdida de objetos personales, cabe indicar dos cosas. Por un lado, se trata de situaciones que, de ser ciertas, son posteriores a la realización del hecho ilícito. Al respecto, cabe recordar que no es de recibo un dolo subsecuente. Por otro lado, se trata de actitudes que pertenecen en todo caso al ámbito de lo emocional y estrictamente interno. La supuesta actitud de indiferencia, finalmente, no determina la imputación dolosa o imprudente.

Un análisis conjunto de los indicadores expuestos permite al juez penal efectuar el siguiente razonamiento:

- En primer lugar, puede inferir válidamente que el imputado tenía el deber de conocimiento de un riesgo típico (primera condición para el conocimiento). Por un lado, utilizando el indicador de **riesgo**, puede concluirse que la conducción de un automóvil a velocidad antirreglamentaria, inusual, impropia y extralimitada para la zona, hora y circunstancias, genera una alta probabilidad de provocar una colisión con consecuencias lesivas para los intervinientes. Por otro lado, utilizando el indicador del **rol** del sujeto activo, puede concluirse que el imputado al ser un conductor autorizado y que materialmente conducía de forma regular automóviles, debía conocer y controlar los riesgos propios de su actividad.
- En segundo lugar, puede inferir válidamente que el imputado tenía la posibilidad efectiva de conocimiento del riesgo típico que debía conocer (segunda condición para el conocimiento). En esa línea, utilizando el indicador de **evitabilidad individual**, puede concluirse que el imputado tenía la capacidad de evitar la conducta de conducir a alta velocidad, más aún cuando reconoce haber sido consciente de la vía en la que se encontraba y de la velocidad a la que se desplazaba.
- En tercer lugar, considero que no existen suficientes elementos para inferir válidamente que el imputado no podía confiar racionalmente en la no realización del riesgo típico que debía conocer y que tuvo la posibilidad de conocer (tercera condición para el conocimiento y factor de distinción de la conducta dolosa). Por el contrario, existen suficientes indicadores para inferir válidamente que el imputado incurrió en un defecto de conocimiento propio de la imputación imprudente. En primer lugar, utilizando el indicador del **contexto específico**, puede concluirse que, al tratarse de una vía de alta velocidad, permite reducir el nivel de aprehensión del riesgo por parte del imputado y, específicamente, la advertencia de que el automóvil “Renault 6” se encontraba a una distancia insuficiente para evitar la colisión. En segundo lugar, utilizando el

indicador de **experiencia previa**, puede concluirse que el imputado adolecía del fenómeno de habituación al riesgo, en base a su experiencia cotidiana de conducción a alta velocidad en una vía de alta velocidad sin producción de incidentes lesivos. En tercer lugar, utilizando el indicador de **actos específicos**, puede concluirse que el imputado interpuso un medio de evitación del riesgo consistente en realizar una maniobra de evasión y frenar el vehículo antes de que se produjera la colisión. Finalmente, utilizando el indicador de los **motivos racionales**, puede concluirse que en el caso concreto no existe evidencia objetiva que expresa motivos que evidencien que no era racionalmente posible confiar en la no realización del riesgo.

En consecuencia, la suma de factores cuyo conocimiento puede ser imputado a Sebastián Cabello es reducida y no posibilita, en mi opinión, formular una imputación dolosa. Por el contrario, de los hechos probados, puede inferirse la existencia de defectos de conocimiento en el imputado, lo que habilita la imputación imprudente.

La aplicación de la *teoría de las condiciones para el conocimiento* a dos casos paradigmáticos de los sistemas de justicia de dos países que comparten la tradición del Derecho penal continental, y especialmente la española, permite demostrar que aquella proporciona suficientes herramientas para una argumentación racional del juicio subjetivo-normativo de imputación. Si bien resulta una propuesta perfectible y sujeta a crítica, entiendo que brinda herramientas de factible aplicación en el proceso penal y que pueden abrir un panorama más claro en la discusión sobre el dolo.

5.3. Ignorancia deliberada

El estudio de la jurisprudencia penal inglesa efectuado en el tercer capítulo de la presente tesis permite distinguir tres supuestos fácticos distintos en materia de imputación subjetiva:

- 1) En un extremo, se encuentran aquellos casos en los que es posible atribuir al imputado el conocimiento del riesgo que conlleva su conducta, más allá de si actúa con intención directa de producir el resultado o no. Se trata de los supuestos de intención directa u oblicua y de los casos de temeridad subjetiva. En Derecho penal continental, estos casos son tradicionalmente calificados como dolo directo de primer grado, dolo directo de segundo grado y dolo eventual. Mi propuesta explicada al inicio del presente apartado dio cuenta de la necesidad de asumir una concepción unitaria que trate todos estos casos como supuestos de imputación dolosa a partir de la inferencia de las tres condiciones para el conocimiento.

- 2) En otro extremo, se encuentran aquellos casos en los que el imputado no tiene conocimiento del riesgo que conlleva su conducta, pero debió tenerlo de acuerdo a las exigencias de un baremo objetivo como el del hombre promedio. Si se sigue un criterio subjetivo de temeridad, no hay duda de que estos supuestos deben ser calificados como casos de imprudencia. Como ya se vio en el tercer capítulo, la adopción de un criterio objetivo de temeridad, en cambio, genera graves problemas de interpretación, al pretender calificar este segundo grupo de casos como supuestos de temeridad. En términos del Derecho penal continental, adoptar un criterio objetivo de temeridad, haría muy difícil la distinción entre los supuestos de dolo eventual y los de imprudencia; por ello, debe ser descartado, como en efecto es la tendencia actual en la jurisprudencia penal inglesa. Mi propuesta explicada en el acápite anterior puso en evidencia que la imputación imprudente implica la verificación de un defecto de conocimiento, mientras que en los casos de imputación dolosa se verifica, entre otras condiciones para el conocimiento, la imposibilidad del sujeto activo del delito de confiar racionalmente en la no realización del riesgo.
- 3) Finalmente, en un punto intermedio, se encuentran aquellos casos en los que el imputado tampoco tiene conocimiento del riesgo que conlleva su conducta, pero debió tenerlo, no a partir de un baremo objetivo como el de la imprudencia, sino a partir de sus circunstancias individuales y específicas. La jurisprudencia penal inglesa valora entonces los motivos de la ausencia de conocimiento y trata muchos de estos casos como supuestos de ignorancia deliberada, al considerar que existía un deber específico de conocimiento en el caso concreto que ha sido voluntariamente infringido por el imputado. Estos casos resultan altamente problemáticos para la dogmática penal continental, ya que, desde una perspectiva subjetivista, propia de un enfoque psicológico del dolo, no resulta posible imputar dolo a una persona que no tuvo en la mente al momento de actuar el conocimiento del riesgo típico. Desde una perspectiva normativa, en cambio, se puede pretender la imputación del dolo en base a la infracción personal de deberes de conocimiento²¹⁴⁸, pero se corre el riesgo de objetivizar por completo un juicio de imputación que debería ser subjetivo. La pregunta que está detrás del problema es si existe realmente ausencia de conocimiento en los supuestos de ignorancia deliberada. Mi objetivo en el presente acápite es verificar si la concepción de conocimiento propuesta en esta tesis permite dar un tratamiento más sencillo a este tipo de casos.

Es el caso *Regina v. Sleep (1861)*²¹⁴⁹ el que marca el punto de partida de la discusión jurisprudencial sobre la ignorancia deliberada en el Derecho penal

²¹⁴⁸ En esa línea, JAKOBS, *Estudios de Derecho penal*, pp. 378 y ss.

²¹⁴⁹ *Regina v Sleep (1861)* Leigh and Cave 44, 169 ER 1296.

inglés y, en general, en el Derecho penal occidental²¹⁵⁰. En este caso, William Sleep fue encontrado en posesión de suministros de cobre de la Marina. Se trataba de bienes públicos, de propiedad del gobierno, cuyo comercio estaba prohibido. Ello se evidenciaba de las marcas que tenía el cobre para identificar su procedencia (una flecha ancha). El delito imputado requería el conocimiento de que los bienes apropiados fueran de titularidad estatal. Al resolver el caso, el jurado sostuvo que no había tenido suficiente evidencia que le mostrase que el imputado había efectivamente conocido que el cobre se encontraba marcado y que era de titularidad estatal, pero que sí había tenido medios razonables para saberlo. En la revisión de la sentencia, a favor de su confirmación, se argumentó que, si fuera necesario para la acusación probar el conocimiento del imputado en este caso, existiría una gran dificultad para obtener una condena. Sin embargo, el tribunal resolvió anular la condena, bajo el argumento de que el jurado no había podido establecer ni que el imputado conociera que los bienes estaban marcados y pertenecían al gobierno, ni que se hubiera abstenido voluntariamente de adquirir ese conocimiento. En este razonamiento se encuentra el punto medular de la ignorancia deliberada: La abstención voluntaria de adquirir un conocimiento relevante acerca del riesgo típico de la conducta equivaldría a poseer efectivamente dicho conocimiento.

Entre los autores anglosajones, destaca la propuesta de LUBAN, para quien la ignorancia deliberada se vincula al concepto de negación, específicamente a la capacidad de las personas de negar sinceramente el conocimiento culpable. Sostiene que la negación autogenerada no funciona como eximente, ya que puede condenarse a quien comete un delito aun cuando no haya tenido conocimiento efectivo, si es que ha creado su propia ignorancia. Ahora bien, ello implica afectar el principio de *mens rea*, que exige una “mente culpable” y no se satisface frente a una “mente vacía”. Ante ello, LUBAN revisa las posibles soluciones. Con relación a la alternativa de calificar estos casos como supuestos de imprudencia, sostiene que es complejo establecer un deber de informarnos acerca de todo aquello que podría afectar nuestras obligaciones. Una segunda opción es que la regulación legal establezca la ignorancia deliberada como un estado mental autónomo, que es lo que hace el Código Penal Modelo de Estados Unidos de Norteamérica. Sin embargo, apunta que en la práctica se sancionan casos en los que es evidente la existencia de dolo, como es el caso de la “mula”

²¹⁵⁰ En PUFENDORF ya se encuentra mención a esta problemática. Al respecto, ver PUFENDORF, *Elementa*, Lib. II, obs. I, ss 9, citado por HRUSCHKA, “La imputación ordinaria y extraordinaria en Pufendorf”, en *Imputación y Derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, B de F, 2009, p. 61: “Una ignorancia inevitable es inevitable considerada en sí misma pero no en su causa, o es inevitable considerada en sí misma pero no en su causa, o es inevitable considerada en sí misma y, al tiempo, en su causa. El primero es el caso en el que alguien, en la ejecución de la acción (incorrecta), no está en condiciones de sacudir y disipar la ignorancia de la que resulta la acción; sin embargo, sí tiene la culpa de encontrarse en un estado de ignorancia... El último es el caso de quien no solamente ignora algo que no podía saber antes de la ejecución de la acción (incorrecta), sino que tampoco ha sido su culpa ignorar ni haber ido a parar a la ignorancia”.

que transporta drogas o el del gerente que no pidió razones a su vendedor en el extranjero que le pidió un millón de dólares en efectivo para pagar comisiones; sin embargo, no se sancionan las estructuras de negociación, aquellas en las que el ejecutivo de alto rango crea una estructura empresarial de negociación, un sistema de reporte que lo mantiene protegido del conocimiento riesgoso²¹⁵¹.

Frente a ello, LUBAN propone diferenciar los casos de ignorancia deliberada atribuible a la debilidad moral del imputado de aquellos casos en los que el individuo ha buscado beneficiarse de su estado de ignorancia para eludir su responsabilidad. Distingue tres niveles de motivación que corresponderían a tres niveles distintos de culpabilidad. El primer nivel lo asimila a un “avestruz medianamente honesto”. Es el caso de un débil moral que no quiere saber que actúa incorrectamente, pero, si lo supiera, no continuaría realizando su conducta. El segundo nivel es el del “avestruz deshonesto”. Aquí el débil moral tampoco quiere saber que actúa incorrectamente, pero, aun cuando tuviera conocimiento de ello, persistiría en la realización de su conducta. Finalmente, está el nivel del “zorro astuto”, que es el caso de aquel que ha optado decididamente llevar a cabo una conducta ilícita y ha buscado su propia ignorancia como una excusa para protegerse frente a la eventual persecución legal en su contra. Para LUBAN, en el caso del zorro se advierte una necesidad de sanción similar a la de los casos de dolo eventual²¹⁵².

En mi opinión, la clasificación de LUBAN resulta atractiva, pero implica una categorización que no solo no necesariamente se condice con la gradualidad de los casos de conocimiento, sino que además recurre a situaciones hipotéticas (aquello que el “avestruz” hubiera hecho de conocer o no la incorrección de su conducta) con las dificultades de medición en el proceso penal que ello implica. Sin embargo, existe un punto de la teoría de LUBAN que merece ser destacado. Me refiero a su explicación de las estructuras de negociación y a la explicación que LUBAN hace a partir del ejemplo del administrador de una gran sociedad:

“El CEO (director) hace saber a todos los empleados de la empresa que odia la micro gestión. Sólo está interesado en el panorama general de la empresa y en si los objetivos se cumplen, y no en los detalles sobre cómo se cumplen. Huelga decir que el CEO debe estar al abrigo de las malas noticias, especialmente el conocimiento de que cualquier persona en la organización actúe fuera de lo legal. Como subordinados ambiciosos, los miembros de su equipo directivo intentan anticipar sus deseos (...). Funcionarios demasiados obtusos para entender esto se dice que carecen de iniciativa, y sus carreras son cortas. Entre las directivas tácitas destaca el primer mandamiento: "Mantendrás la capacidad de negociación de tu jefe". Para el conocimiento público, la organización establece un mecanismo de rendición de cuentas elaborado, que exige a los empleados informar por

²¹⁵¹ LUBAN, “Contrived Ignorance”, pp. 959-962.

²¹⁵² LUBAN, “Contrived Ignorance”, pp. 968-969.

escrito todo lo que observen que es ilegal, poco ético o inseguro. En la práctica, sin embargo, los empleados que siguen estas instrucciones son reasignados a los puestos menos importantes (...). Los veteranos explican a los recién llegados que el propósito del mecanismo de presentación de informes no debe utilizarse, asegurando así que sólo los empleados de nivel más bajo -los que fallan en presentar sus informes escritos- tendrán la culpa si algo sale mal”²¹⁵³. (Traducción libre del autor)

En España es RAGUÉS I VALLÈS quien ha estudiado con mayor detalle la problemática de la ignorancia deliberada, haciendo énfasis en la falta de uniformidad de su desarrollo en la jurisprudencia española. Explica que en las primeras sentencias la ignorancia deliberada se emplea como un indicio de la concurrencia del elemento volitivo del dolo eventual, pero luego se convierte en una figura cuya presencia permite afirmar a los tribunales que el sujeto ha actuado con dolo pese a no constar acreditado su conocimiento de algún elemento típico. En otros casos, se afirma que el desconocimiento provocado puede dar lugar a una imputación dolosa o a una imputación imprudente. Destaca que, en ciertas situaciones, la ignorancia deliberada se convierte en un nuevo título de imputación subjetiva que permite condenar una comisión dolosa pese a la ausencia de indicios de conocimiento²¹⁵⁴.

En una reciente publicación, RAGUÉS I VALLÈS recoge algunas ideas de la propuesta de LUBAN y sostiene que la inclusión de los supuestos de mera representación de la posibilidad en el concepto de dolo plantea dos grandes problemas. Por un lado, el que se cobijen bajo un mismo título de imputación subjetiva supuestos muy distintos desde el punto de vista del grado de implicación subjetiva del sujeto en el hecho. Por otro lado, el que no quede clara la solución que se propone para aquellos supuestos en los que, de manera intencionada, el sujeto haya evitado adquirir incluso aquellos conocimientos mínimos que requiere el dolo eventual. Hace referencia entonces a la falta de consenso sobre esta materia en la jurisprudencia del TSE. Explica que, por un lado, están aquellas sentencias que imputan el dolo a los casos de ignorancia deliberada en base al cumplimiento de tres requisitos: la falta de representación suficiente de todos los elementos que definen el tipo delictivo, la decisión del sujeto de permanecer en la ignorancia aun hallándose en condiciones de disponer directa o indirectamente de la información que se pretende evitar y el propósito de beneficiarse del estado de ignorancia. Sin embargo, se encuentran

²¹⁵³ LUBAN, “Contrived Ignorance”, p. 963.

²¹⁵⁴ RAGUÉS I VALLÈS, *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, pp. 58-61. El mismo autor (pp. 83 y ss.) destaca que en la discusión actual del Derecho penal anglosajón existen diversas teorías que proponen equiparar la ignorancia deliberada a la mera representación de una probabilidad o un riesgo que caracteriza a la figura anglosajona de la *recklessness* (ROBBINS); eliminar la exigencia de provocación del desconocimiento y optar por una definición amplia de conocimiento, lo que implicaría abandonar la doctrina de la ignorancia deliberada y acercarse a la doctrina continental del dolo eventual (MARCUS); o establecer una previsión específicos en los que quisiera aplicarse la doctrina de la ignorancia deliberada (CHARLOW); entre otras.

también sentencias, como la del 20 de junio de 2006 (ponente Bacigalupo Zapater), en la que se niega la relevancia de la ignorancia deliberada y se concluye que si se tiene intención de ignorar es porque en realidad se sabe lo que se ignora. A partir de este estado de la discusión, entiende RAGUÉS I VALLÈS que, *de lege ferenda*, lo deseable sería una evolución hacia un sistema que acoja un mayor número de modalidades de imputación subjetiva que permitan captar adecuadamente las peculiaridades de cada caso y otorgar un tratamiento más proporcionado en las consecuencias²¹⁵⁵.

Otros autores niegan directamente la posibilidad de que los casos de ignorancia deliberada puedan ser tratados como supuestos de imputación dolosa. Según PUPPO, el principio de legalidad penal constituye un importante obstáculo a la dilatación de la noción de dolo. Cita los casos de “crasa indiferencia” que, a su parecer, resultan difícilmente sancionables a título de dolo, ya que una persona no puede decidir ignorar hechos con relevancia penal que no conoce. Para este autor, aun si se sostiene la plausibilidad de una versión limitada de la ignorancia deliberada, persiste siempre la sospecha de que la prueba de sus elementos dependa de la valoración moral del juez sobre la reprochabilidad moral del imputado²¹⁵⁶.

Según MANRIQUE, aun cuando existan razones morales para reprochar de la forma más grave los casos de ignorancia deliberada, los códigos penales que poseen la figura del error establecen un límite para el reproche de esas conductas. Sin embargo, anota que, desde su punto de vista, los motivos son relevantes para la atribución de responsabilidad. Existe entonces una disyuntiva entre dar cabida a los motivos para imputar dolo en los casos de ignorancia deliberada o mantener la idea de que la estabilización de expectativas normativas es el fundamento de los reproches más graves²¹⁵⁷.

Por su parte, GRECO coincide en apuntar la problemática de la figura de la ignorancia deliberada de cara al principio de legalidad. Recuerda que el CPE contiene una regla expresa sobre el error de tipo, que determina que el desconocimiento de elementos del tipo excluye el dolo. Se trataría de una regla que excluye de antemano la figura de la ignorancia deliberada en sentido estricto, ya que reconocerla implicaría incurrir en una analogía contra reo²¹⁵⁸. Más allá de

²¹⁵⁵ RAGUÉS I VALLÈS, “Mejor no saber. Sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho penal”, pp. 11-38.

²¹⁵⁶ PUPPO, “Comentario a *Mejor no saber. Sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho penal* de Ramon Ragués i Vallès”, pp. 39-66.

²¹⁵⁷ MANRIQUE, “¿Mejor no saber? Algunas consideraciones sobre la atribución de responsabilidad penal en caso de ignorancia”, en BOUVIER (dir.), *Discusiones*, N° XIII, EdiUNS, 2013, pp. 79-100.

²¹⁵⁸ En un sentido distinto se pronuncia RAGUÉS I VALLÈS, “A modo de contrarréplica: la ignorancia deliberada y su difícil encaje en la teoría dominante de la imputación subjetiva”, en BOUVIER (dir.), *Discusiones*, N° XIII, EdiUNS, 2013, p. 162, quien sostiene que solo yerra aquel que tiene interés en conocer, de tal modo que quien busca permanecer en la ignorancia no incurre en error alguno.

dicho argumento positivista, GRECO postula el carácter en parte superfluo de la ignorancia deliberada, ya que, según su parecer, en la mayoría de los casos en que la idea de la ignorancia deliberada ha sido reconocida, existiría, en rigor, dolo. Al respecto, distingue dos supuestos. En primer lugar, están aquellos casos en los que la acción es realizada con conciencia de la posibilidad de un riesgo, lo que resulta suficiente para observar dolo eventual. Explica que, desde la perspectiva *ex ante* que es la que interesa a efectos penales, la posibilidad de un riesgo y la existencia de un riesgo son nociones que se confunden. En segundo lugar, se encuentran los casos en los que la posterior ignorancia es resultado de una situación anterior de conocimiento, de modo que el comportamiento previo justifica la responsabilidad por dolo, a partir de la aplicación de los principios de la autoría mediata, de la *actio libera in causa* o del delito a distancia. En estos casos, por lo general, se tratará de una autoría mediata en la que el autor hace uso de su “yo futuro” como instrumento que actúa con error excluyente del dolo. Por otro lado, para GRECO, en aquellos pocos casos de ignorancia deliberada en sentido estricto²¹⁵⁹ debe reconocerse la imposibilidad de fundamentar el dolo, ya que no es posible establecer que el imputado en dichos supuestos disponga de un cierto dominio del riesgo inherente a su actuar. Arguye que, si se aceptase la ignorancia deliberada como un supuesto de dolo, debería acusarse y condenarse por la tentativa de todos los tipos penales que podría haber realizado. Finaliza con la idea de que solo desde la perspectiva *ex post*, impropia del Derecho penal, parecería tener sentido la idea de la ignorancia deliberada²¹⁶⁰.

Finalmente, FEIJOO SÁNCHEZ coincide en la idea de que la mayor parte de casos que suelen ser citados como ejemplos de ignorancia deliberada son, en realidad, supuestos de dolo. Explica que en diversas ocasiones se utiliza la doctrina de la ignorancia deliberada no para resolver casos de ceguera fáctica, sino casos de ceguera moral, en los que el imputado dispone de un importante acervo cognitivo para abstenerse de actuar, pero lo neutraliza para hacer más fácil su decisión de actuar. No es que el imputado prefiera no saber, sino que prefiere no saber más porque no le interesa dejar de hacer lo que está haciendo. En esa medida, actúa con dolo el que ha decidido seguir adelante en situaciones de incertidumbre sin despejar dudas o sospechas racionalmente fundadas a pesar de la presencia de indicios racionales del significado de su conducta. Concluye entonces que quien busca fraudulentamente eludir responsabilidades no tiene “puntos ciegos” si al momento de provocar su ceguera dispone de todos los datos relevantes en

²¹⁵⁹ Al respecto, cita los ejemplos propuestos por RAGUÉS I VALLÈS, como son el caso del director de una empresa que emite la orden a los empleados para que repelan las comunicaciones oficiales o el caso de quien recibe dinero para cruzar en un automóvil la frontera de México a Estados Unidos de Norteamérica, consciente de que el automóvil tiene un compartimento secreto y de que en él hay alguna carga, pero sin tener cómo saber de qué tipo de carga se trata. Vid. *Supra* n. 2162.

²¹⁶⁰ GRECO, “Comentario al artículo Ramon Ragués”, pp. 67-78.

función del tipo correspondiente²¹⁶¹. Por otro lado, define los casos de ignorancia deliberada en sentido estricto como supuestos de *actio libera in causa*, de imputación extraordinaria o de dolo por asunción²¹⁶². En sentido crítico, alega que esta doctrina pretende castigar con la pena del delito doloso saltándose las exigencias legales para tal modalidad delictiva; en suma, se trata de una teoría versarista, que hace responsable al imputado por las consecuencias más imprevisibles. Para FEIJOO SÁNCHEZ, sólo actúa con dolo el que ha decidido seguir adelante sin despejar sospechas racionalmente fundadas o a pesar de la presencia de indicios racionales del significado de su conducta²¹⁶³.

El propio TSE ha advertido acerca de los peligros de la doctrina de la ignorancia deliberada. Es el caso de la Sentencia núm. 57/2009 de 2 de febrero (Ponente Manuel Marchena Gómez), en la que objeta:

“Sustituir el conocimiento o la representación de los elementos del delito por la prueba de que el sujeto activo ha evitado deliberadamente abarcar esos elementos, puede implicar nuestro apoyo a una verdadera desnaturalización del desafío probatorio que incumbe a las acusaciones. En supuestos como el que nos ocupa, la condena del acusado sólo puede basarse en lo que éste sabía, no en lo que debió conocer. El reproche penal por lo que se debió conocer y, sin embargo, no se conoce, no puede servir, sin más, de fundamento para la afirmación del dolo”.

A partir del panorama expuesto, destacan en España dos propuestas doctrinales acerca de los efectos legales que debe conferirse a los supuestos de ignorancia deliberada en sentido estricto. Por un lado, se encuentra la propuesta de RAGUÉS I VALLÈS, quien defiende la posibilidad de asimilar determinados casos de ignorancia deliberada en sentido estricto con el fraude de ley y calificarlos como dolosos siempre y cuando concurren unos requisitos específicos:

“Seguramente deba restringirse notablemente la equiparación entre el dolo y ciertos casos de ignorancia deliberada y limitarlos a aquellas situaciones en las que concurren los dos elementos siguientes: 1) Que el sujeto haya obrado en la sospecha de estar llevando a cabo una acción u

²¹⁶¹ FEIJOO SÁNCHEZ, “La teoría de la ignorancia deliberada en Derecho penal: una peligrosa doctrina jurisprudencial”, en *InDret Penal* N° 3, 2015, pp. 17-18.

²¹⁶² Al respecto, RAGUÉS I VALLÈS, “A modo de contrarréplica: la ignorancia deliberada y su difícil encaje en la teoría dominante de la imputación subjetiva”, en *Discusiones*, N° XIII, EdiUNS, 2013, p. 150, advierte que debe valorarse con suma cautela la aplicación automática de esta teoría al tipo subjetivo, “pues la renuncia a la exigencia temporal en este ámbito -es decir, a la simultaneidad entre representación y conducta objetiva- puede llevar a afirmar necesariamente que existe dolo en aquellas situaciones en las que ha existido una representación inicial de un riesgo que ha sido eliminada mentalmente de forma voluntaria por el sujeto, en su confianza - más o menos fundada- de que todo acabaría bien: aceptar que para el dolo basta con representaciones o propósitos anteriores en el tiempo a la conducta inequívocamente típica entraña el riesgo de una importante ampliación del alcance de lo doloso”.

²¹⁶³ FEIJOO SÁNCHEZ, “Mejor no saber... más. Sobre la doctrina de la ceguera provocada ante los hechos en Derecho Penal”, pp. 101-138.

omisión potencialmente lesiva en el futuro para algún interés indeterminado; y 2) Que haya permanecido en la ignorancia con el propósito de “construirse” una excusa que le exonere en el supuesto de acabar produciéndose tal lesión. El primer elemento incorpora el factor de indiferencia cualificada que, como se ha dicho, exige el tratamiento punitivo agravado del dolo respecto de la culpa; y el segundo toma en cuenta la necesidad -acentuada en los casos de dolo- de provocar con la pena el fracaso del sujeto infractor”²¹⁶⁴.

Por otro lado, se encuentra la propuesta de FEIJOO SÁNCHEZ, quien vincula la ignorancia deliberada a la problemática de las incumbencias y defiende la necesaria calificación imprudente de estos casos:

“Se puede observar el auténtico fundamento de la “doctrina de la ignorancia deliberada”: encontrar una “mala voluntad” que censurar o reprochar al sujeto modificando el objeto del dolo. Éste dejaría de ser el hecho típico o el tipo objetivo, para pasar a convertir en delito algo que no está tipificado como tal: la infracción previa deliberada o consciente de una *obligatio ad diligentiam* (lo que algunos autores denominan con la expresión alemana *Obliegenheit* entendida como una incumbencia o carga de procurarse determinados conocimientos o capacidades para poder cumplir con deberes jurídicos cuya infracción sí que conlleva una sanción). Pero dicha *obligatio* en lo que respecta a la vinculación subjetiva con el hecho se encuentra en nuestra tradición jurídica en el código genético de la responsabilidad por imprudencia desde los tiempos de FEUERBACH y de las primeras codificaciones”²¹⁶⁵.

Debo destacar la coincidencia de opiniones de diversos autores en el sentido de diferenciar los casos de ignorancia deliberada aparente²¹⁶⁶ de los casos de ignorancia deliberada en sentido estricto. Los primeros son en definitiva casos

²¹⁶⁴ RAGUÉS I VALLÈS, “A modo de contrarréplica: la ignorancia deliberada y su difícil encaje en la teoría dominante de la imputación subjetiva”, p. 156. En otro lugar, RAGUÉS I VALLÈS, *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, pp. 192-193, define los supuestos de ignorancia deliberada como aquellos en los que “el sujeto que realiza una conducta objetivamente típica sin representarse que concurren en ella los concretos elementos de un tipo legal, pero sospechando que está actuando de manera potencialmente lesiva para algún interés ajeno y que, pudiendo desistir de tal conducta, prefiere realizarla manteniéndose deliberada o conscientemente en una ignorancia prolongada en el tiempo como medio para obtener algún beneficio, sin asumir riesgos propios ni responsabilidades, muestra un grado de indiferencia hacia el interés lesionado no inferior al del delincuente doloso-eventual y, en términos preventivos, merece la misma pena que éste”.

²¹⁶⁵ FEIJOO SÁNCHEZ, “La teoría de la ignorancia deliberada en Derecho penal: una peligrosa doctrina jurisprudencial”, p. 11.

²¹⁶⁶ En ese sentido, RAGUÉS I VALLÈS, *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, p. 21. Para el mismo autor (p. 99), cuesta entender que el TSE invoque la teoría de la ignorancia deliberada con una pretensión ampliatoria del concepto de dolo cuando, si se trasladara dicha figura al sistema español en los términos en que es aplicada en Estados Unidos de Norteamérica, podrían quedar impunes casos que desde siempre se han condenado como dolosos en España. Advierte además (p. 101) del peligro de que la doctrina de la ignorancia deliberada se utilice como un subterfugio para eludir los deberes de motivación en lo que respecta a la prueba del conocimiento en el que se basa la aplicación de la figura del dolo eventual.

de dolo, ya que el imputado realiza su conducta sin despejar sospechas racionalmente fundadas, a pesar de la presencia de indicios racionales del significado de su conducta (FEIJOO SÁNCHEZ) o con conciencia de la posibilidad de un riesgo típico (GRECO). Coincido entonces con aquellos autores que sostienen que la mayor parte de casos etiquetados como supuestos de ignorancia deliberada son, en realidad, casos dolosos. La solución está entonces en la verificación de las tres condiciones para el conocimiento, conforme ha sido propuesto.

La controversia se centra en el segundo grupo de casos, los denominados por RAGUÉS I VALLÈS como supuestos de ignorancia deliberada en sentido estricto. Cita como ejemplos de estos supuestos el caso del magistrado que, ante la sospecha de que uno de sus colegas de sala, ponente de sentencia, puede estar prevaricando, decide no participar en la deliberación y firma la resolución sin haberla leído; el caso del sujeto que acepta el cargo de administrador de una sociedad para proceder ante notario a la adquisición de inmuebles, sospechando que la empresa se empleará para alguna actividad ilícita, pero sin llegar a concretar en su representación los elementos típicos de ningún delito en particular y sin pedir que se le aclare el sentido de la operación; el caso del director general de una multinacional que hace saber a todos sus subordinados que sólo se le podrá remitir información acerca de la consecución de los grandes objetivos de la empresa, sin querer saber nada acerca de los medios para alcanzarlos, colocando a su alrededor una serie de cargos intermedios a cargo de filtrar la información que llega desde los niveles inferiores de la empresa, con lo que logra no tomar conocimiento del soborno efectuado por empleados para conseguir unas licencias que reportan altos beneficios a la empresa; el caso del alcalde que firma una vez por semana rutinariamente y sin lectura previa las resoluciones que le preparan sus subordinados, sancionando en un caso a un ciudadano que no había cometido infracción alguna; entre otros²¹⁶⁷. La cuestión es determinar si deben merecer el tratamiento de la imputación dolosa o el de la imputación imprudente. Considero correcta la apreciación de que la regulación del error de tipo en algunos países puede constituir un límite legal a la imputación dolosa en estos casos. Sin embargo, coincido con RAGUÉS I VALLÈS en la idea de que un argumento de naturaleza meramente positivista no resulta suficiente para descartar de plano la imputación dolosa. Cabe preguntarse entonces qué alternativas existen frente a esta controversia. Creo necesario hacer referencia a dos alternativas.

En primer lugar, cabe una solución legalista. Es el caso del Derecho penal anglosajón, en el que se prevé -legal o jurisprudencialmente- una figura de imputación subjetiva autónoma distinta al dolo y a la imprudencia. Asimismo, en dicho ámbito jurídico existen propuestas que se alejan de la mera regulación

²¹⁶⁷ RAGUÉS I VALLÈS, *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, pp. 104 y ss.

legal y buscan un fundamento material para la sanción de los casos de ignorancia deliberada. Al respecto, HUSAK advierte acerca del uso político de la estructura de la ignorancia deliberada y cita el ejemplo de la lucha contra las drogas. Propone una aplicación estricta del principio de legalidad, como límite de imputación no solo a nivel objetivo, sino también a nivel de los elementos subjetivos del delito. Señala entonces la necesidad de aplicar restringidamente la normativa de ignorancia deliberada y limitarla al cumplimiento de tres requisitos:

- En primer lugar, debe existir una sospecha justificada. Una sospecha infundada no puede configurar un caso de ignorancia deliberada.
- En segundo lugar, el imputado debe haber tenido los medios para conocer la verdad o para obtener mayor evidencia acerca del significado de su conducta y ser consciente de dichos medios.
- En tercer lugar, el ignorante deliberado debe haber tenido un motivo para permanecer inconsciente de la verdad.

Explica entonces que algunos ignorantes deliberados son igual o más culpables que los que actúan con conocimiento, mientras que otros son menos culpables, por lo que se incurriría en analogía al sancionarlos igual que quien actúa con conocimiento. Sugiere entonces que el fundamento de responsabilidad en los casos de ignorancia deliberada reside en el hecho que el imputado se haya dejado utilizar: los ignorantes deliberados se dejan usar en un esquema criminal al fallar en informarse acerca de los hechos relevantes del caso²¹⁶⁸. Lo relevante no es tanto el carácter deliberado del desconocimiento, sino las razones o motivos que llevan al sujeto a no querer saber²¹⁶⁹. Encuentra así la justificación de que la ignorancia deliberada constituya una forma de imputación subjetiva que se diferencie de los supuestos ingleses de dolo (*intention, recklessness*) y de imprudencia (*negligence*). En el Derecho penal continental, *de lege ferenda*, es RAGUÉS I VALLÈS quien destaca la necesidad de ampliar los supuestos de imputación subjetiva, con el fin de resguardar más adecuadamente el principio de proporcionalidad e incluir en la regulación penal continental supuestos distintos al dolo y a la imprudencia.

En segundo lugar, cabe una solución interpretativa a partir de la legislación vigente. En esa línea, sostiene GRECO que si se plantea que el Derecho prohíbe

²¹⁶⁸ HUSAK, "Willful Ignorance, Knowledge, and the Equal Culpability Thesis: A Study of the Deeper Significance of the Principle of Legality", pp. 201, 221-227, 231. Una perspectiva crítica de esta propuesta en RAGUÉS I VALLÈS, *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, pp. 134 y ss., para quien el requisito de la sospecha justificada debe ser reemplazado por la circunstancia de que el imputado haya dejado voluntariamente de adquirir determinados conocimientos para que le sea aplicado un tipo penal.

²¹⁶⁹ RAGUÉS I VALLÈS, *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, pp. 155.

y castiga comportamientos en virtud de lo que estos comunican respecto de la vigencia de una norma, puede formularse una imputación dolosa en los casos de ignorancia deliberada sustentada en los motivos del desconocimiento. En cambio, si se entiende que la razón de la prohibición estriba en el peligro que el comportamiento representa para la subsistencia de un bien, debe distinguirse necesariamente el supuesto doloso, en el que el agente controla el riesgo típico, de los casos de ignorancia deliberada en sentido estricto, en los que el agente no dispone de dicho dominio, al no tener conocimiento del riesgo²¹⁷⁰. En mi opinión, debe valorarse necesariamente la peligrosidad del comportamiento y el conocimiento de dicha peligrosidad que la conducta del imputado expresa, al ser esa la única forma de diferenciar el dolo de los motivos internos del comportamiento. Sin embargo, no creo necesario asumir la explicación psicológica de GRECO, ya que lo relevante de la peligrosidad de la conducta es cómo esta se expresa frente a un ordenamiento jurídico específico y no cómo el imputado la conciba. De acuerdo a la propuesta de la *teoría de las condiciones para el conocimiento*, puede asumirse un punto de vista intermedio entre la fundamentación de RAGUÉS I VALLÈS y la de GRECO, según el cual la peligrosidad de la conducta y la posibilidad de aprehensión de la misma de acuerdo a las circunstancias del caso por parte del imputado -no la impresión subjetiva de este- resultan determinantes. Cuando ambos factores en un caso concreto permitan afirmar la posibilidad de alegar una confianza racional en la no realización del riesgo, no será posible formular una imputación dolosa y los casos de “ignorancia deliberada en sentido estricto” deberán ser calificados como supuestos de imprudencia. Como bien anota RAGUÉS I VALLÈS, caben supuestos de ignorancia deliberada que merecen el tratamiento previsto para la imprudencia. Es el caso, según dicho autor, de quien decide no conocer debido a su propia pereza²¹⁷¹.

En mi opinión, lo realmente importante es tener en cuenta que no es lo mismo un caso de representación insegura del tipo, en el que puede proceder la imputación dolosa al disponer el imputado de indicios racionales del significado de su conducta y no ser posible la confianza racional del imputado en la no realización del riesgo, que un caso de error evitable del tipo, en el que resulta posible alegar dicha confianza y en el que deberá descartarse cualquier pretensión de imputación dolosa. Lo importante es determinar en cada caso de supuesta “ignorancia deliberada en sentido estricto” si es imposible fundamentar una confianza racional en la no realización del riesgo. Solo de ser ese el caso, podrá fundamentarse la imputación dolosa y no influirá la regulación del error de tipo. Así, la teoría de las condiciones para el conocimiento no obliga a optar por una determinada imputación para todos los casos de ignorancia deliberada, sino que permite el ejercicio interpretativo en cada uno de ellos.

²¹⁷⁰ GRECO, “Comentario al artículo Ramon Ragués”, p. 72.

²¹⁷¹ RAGUÉS I VALLÈS, *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, p. 158.

Vinculada a los supuestos de ignorancia deliberada, se encuentra la institución del *actio libera in causa*²¹⁷². Según explica JOSHI JUBERT, se produce un supuesto de *actio libera in causa* cuando el imputado realiza una conducta típica siendo penalmente irresponsable, pero con anterioridad a ello el mismo imputado ha provocado la situación de exención que le beneficia. Explica que existen posturas críticas que postulan la impunidad sosteniendo que los actos realizados en situación normal son meros actos preparatorios. Otros autores postulan la imputación ordinaria de la acción precedente (modelo del injusto típico) o la imputación extraordinaria de la acción defectuosa (modelo de la excepción)²¹⁷³.

Siguiendo la propuesta de la misma autora, considero que la estructura del *actio libera in causa* puede aplicarse no sólo a los casos de provocación de inimputabilidad, sino también a la provocación de la ausencia de otras categorías fundamentales del delito como la provocación de la ausencia de acción, la provocación de la concurrencia de los presupuestos de una causa de justificación, la provocación de la concurrencia de los presupuestos de una causa de exculpación, la provocación de un error de tipo, la provocación de un error de prohibición y la provocación de una imputabilidad disminuida. Específicamente en lo que se refiere a la provocación de un error de tipo, JOSHI JUBERT explica que, en estos supuestos, en el momento de la lesión, el autor está en un error de tipo invencible, pero sucede que él mismo ha provocado dolosamente el encontrarse en la situación de desconocimiento. Explica que existen diversas posturas al respecto. Algunos postulan que el imputado se hace responsable por la acción de provocación. Otros sostienen que no puede hablarse de error invencible, pues la provocación proporciona al autor la posibilidad de advertir el error, con lo cual se tratará siempre de un error vencible. Otros como HRUSCHKA entienden que estos casos dan lugar a un error vencible y que lo correcto es castigar por imprudencia, pero lo satisfactorio sería que el Código Penal previera sólo una atenuación facultativa²¹⁷⁴.

En mi opinión, es correcta la observación de CORCOY BIDASOLO cuando sostiene que, en los casos de ignorancia deliberada en sentido estricto, el autor sabe que existe el riesgo o que se va a producir y es por ello que se coloca en situación de no saber, por lo que nos encontramos ante “supuestos de *actio libera in causa*”

²¹⁷² Al respecto, ver RAGUÉS I VALLÈS, *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, pp. 199, quien sostiene que no es necesario recurrir a la estructura de la *actio libera in causa* para resolver los aparentes problemas de legalidad que plantean los casos de ignorancia deliberada, toda vez que considera que el dolo se encuentra presente en el mismo momento de la realización típica, no existiendo ninguna laguna que colmar.

²¹⁷³ JOSHI JUBERT, *La doctrina de la “Actio Libera in Causa” en Derecho penal...*, pp. 13, 18, 124-125 y 223. Según la misma autora (pp. 176 y ss.), algunos autores identifican la estructura del *actio libera in causa* con supuestos de autoría mediata.

²¹⁷⁴ JOSHI JUBERT, *La doctrina de la “Actio Libera in Causa” en Derecho penal...*, pp. 61-63 y 82-87. Esta autora efectúa una detallada explicación (pp. 97-98 y 107), en la que distingue el *actio libera in causa* de los casos de dolo *antecedens*, de dolo *subsequens*, de *dolus generalis* y de *versari in re illicita*.

en los que el sujeto desconoce el riesgo en el momento en que éste se produce porque previamente se ha colocado “dolosamente” en situación de no advertirlo”²¹⁷⁵. En ese sentido, puede aplicarse la teoría de la provocación propuesta por JOSHI a algunos casos de ignorancia deliberada. Según esta autora, los casos de *actio libera in causa* pueden ser sancionados en la medida que, por un lado, tengan el mismo significado material de ataque y puesta en peligro de un bien jurídico que cualquier infracción penada y, por otro lado, formalmente realicen alguna de las figuras de la parte especial. Lo importante no es la relación temporal entre una conducta y un resultado, sino la capacidad de la conducta para producir mediata o inmediatamente situaciones no deseadas por el Derecho penal. Afirma entonces que dejar de sancionar estos casos resultaría insatisfactorio de cara a las necesidades de prevención general limitada, ya que:

“(…) una cosa es proclamar la impunidad de aquellos que por razones que no les son imputables no son normalmente motivables (…) Y otra cosa muy distinta es dejar sin castigo a los sujetos que han provocado su situación defectuosa pudiendo prever de manera cierta que en aquel estado cometerían un delito concreto. Pues, proceder de este modo tendría el efecto seguro de disminuir o hasta anular el carácter motivador, de intimidación y de integración de la norma penal”²¹⁷⁶.

Existen requisitos objetivos y requisitos subjetivos para que pueda aplicarse el modelo de la provocación propuesto por JOSHI JUBERT. Objetivamente, la provocación debe crear un peligro directo o mediato para un bien jurídico determinado; la realización del peligro se debe poder vincular directamente a la provocación; y con la provocación el sujeto debe colocarse en un estado en el que posteriormente, de no intervenir ningún otro factor, le será casi imposible controlar la situación de peligro por él creada. Subjetivamente, el sujeto debe poder prever que su comportamiento elimina alguna de sus capacidades relevantes para el Derecho penal; que con la provocación está creando un peligro concreto para un bien jurídico concreto; y que en estado de incapacidad lesionará con una probabilidad rayana en la seguridad al bien jurídico penal determinado que había puesto anteriormente en peligro, pudiendo advertir en el instante previo que en el momento del hecho será ya imposible su evitación²¹⁷⁷.

En resumen, puedo afirmar que aquellos casos de provocación de un estado de ignorancia (o, más precisamente, de error) en los que se verifiquen los requisitos objetivos y subjetivos expuestos, podrán ser calificados como supuestos de *actio libera in causa*. En pocas palabras, siguiendo a CORCOY BIDASOLO, “es necesario

²¹⁷⁵ CORCOY BIDASOLO, GÓMEZ MARTÍN (dirs.), *Manual de Derecho Penal, Económico y de Empresa. Parte General y Parte Especial*, t. 2, p. 93.

²¹⁷⁶ JOSHI JUBERT, *La doctrina de la “Actio Libera in Causa” en Derecho penal...*, pp. 278-281 y 229.

²¹⁷⁷ JOSHI JUBERT, *La doctrina de la “Actio Libera in Causa” en Derecho penal...*, pp. 282-283.

probar que (el imputado) conocía la concurrencia de un riesgo idóneo para producir el resultado, aun cuando se negara a saber sus términos concretos”²¹⁷⁸. La pregunta acerca de su calificación dolosa o imprudente dependerá de que en el caso concreto las circunstancias en las que se presenta el acto de provocación permiten establecer que era imposible para el imputado confiar racionalmente en la no realización de un riesgo típico. En ese sentido, cabe finalizar con la siguiente cita de RAGUÉS I VALLÈS, quien si bien no concuerda con la necesidad de aplicar la estructura del *actio libera in causa* a estos casos, es muy claro en afirmar la relevancia de efectuar una aplicación limitada de la ignorancia deliberada:

“Sólo si existe prueba de que han concurrido los elementos descritos *supra* - sospecha previa, persistencia en el tiempo de la decisión de desconocer y determinada motivación- cabe afirmar que la ignorancia deliberada merece el tratamiento que la ley prevé para las conductas dolosas. Por regla general, la prueba de estos elementos no debe ser más sencilla que la constatación del conocimiento en que se basa el dolo eventual y, por ello, en modo alguno cabe convertir la ignorancia deliberada en un recurso para eludir las cargas probatorias de quien pretende sustentar una condena por delito doloso”²¹⁷⁹.

6. Teoría del delito y proceso penal

Llego al último acápite de esta tesis y creo pertinente reiterar la idea que ha sido el hilo conductor de toda la investigación. Una propuesta acerca del dolo que se enmarque en un sistema penal garantista debe atender tanto el nivel conceptual como al nivel aplicativo, ya que no tiene razón de ser exigir un elemento subjetivo del delito que no pueda ser probado en el proceso penal.

Siguiendo a ASECIO MELLADO, puedo afirmar que la función esencial del proceso penal es actuar el *ius puniendi* del Estado, pero que también son funciones del proceso la autolimitación del Estado, la protección del imputado y la protección de la víctima²¹⁸⁰. En ese sentido, como bien sostiene HASSEMER, existe una estrecha relación entre el Derecho penal y el proceso penal: “sin la existencia real del procedimiento el Derecho penal material en todo caso podría realizarse en forma natural y jurídicamente no ordenada (si es que en ese caso todavía sigue siendo “Derecho” penal material)”²¹⁸¹. En la misma línea, DOAK y MCGOURLAY sostienen que el Derecho procesal no es una entidad separada del

²¹⁷⁸ CORCOY BIDASOLO, GÓMEZ MARTÍN (dirs.), *Manual de Derecho Penal, Económico y de Empresa. Parte General y Parte Especial*, t. 2, p. 94.

²¹⁷⁹ RAGUÉS I VALLÈS, *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, p. 211.

²¹⁸⁰ ASECIO MELLADO, *Derecho Procesal Penal*, Tirant lo Blanch, 1998, pp. 27-29. Al respecto, ver también GIMENO SENDRA, MORENO CATENA, CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho Procesal Penal*, 3ª ed., Colex, 1999, pp. 43-44.

²¹⁸¹ HASSEMER, *Crítica al derecho penal de hoy*, p. 66. Acerca de la distinción entre Derecho penal y proceso penal, ver también FLETCHER, *Basic concepts of criminal law*, pp. 10 y ss.

Derecho sustantivo²¹⁸². Ahora bien, según sostiene VERA, el Derecho procesal penal no es sólo la forma de realización del Derecho penal material, sino que es también una garantía para los derechos del ciudadano y para la libertad individual²¹⁸³. Es más, si se adopta el modelo del Estado social y democrático de Derecho, como he hecho en la presente investigación, en palabras de ROXIN, el Derecho procesal penal se convierte en “el sismógrafo de la Constitución del Estado”²¹⁸⁴.

En el desarrollo de la presente tesis, se ha visto que esta relación resulta aún más intensa en el caso del Derecho penal anglosajón y, específicamente del Derecho penal inglés, en el que el problema del dolo es abordado a partir de precedentes jurisprudenciales que distinguen diversas formas de imputación que son definidas con un lenguaje aparentemente psicológico (intención directa, intención oblicua, conocimiento actual, ignorancia deliberada, temeridad subjetiva, temeridad objetiva, negligencia, etc.), pero que se centran en los criterios de inferencia que deben ser aplicados al caso concreto.

En esa línea, la *teoría de las condiciones para el conocimiento* ha pretendido presentar al dolo no sólo como una regla sustantiva, según la cual se fije conceptualmente el elemento subjetivo del injusto, sino principalmente como una regla de evidencia, que marque la pauta acerca de cómo debe llevarse a cabo el proceso de inferencia de las condiciones que considero necesarias para justificar una imputación dolosa y la reacción sancionatoria que ella implica. Así, creo haber ilustrado la necesidad de integrar Derecho penal y proceso, en el marco de “una ciencia integral del Derecho penal, claramente orientada a la actividad del juez, que englobe la teoría del delito, el proceso, los derechos constitucionales y la individualización de la pena”²¹⁸⁵.

En mi opinión, debe ser tomada en cuenta la llamada de atención de PRITTWITZ en el sentido de que la clave del problema del dolo no radica en el aspecto conceptual sino en el procesal²¹⁸⁶. Sin embargo, ello no tiene por qué implicar que se dejen de lado los aspectos conceptuales o se les otorgue un rol accesorio. Al respecto, me parece pertinente la explicación de PUPPE:

²¹⁸² DOAK, MCGOURLAY, *Evidence in Context*, 3ª ed., p. 2. Para MAIER, *Antología. El proceso penal contemporáneo*, Palestra, 2008, pp. 901-915, la relación entre Derecho penal y proceso penal es tan estrecha que el fenómeno de expansión del primero se manifiesta también en una especie de “Derecho procesal penal del enemigo”.

²¹⁸³ VERA SÁNCHEZ, *Tesis Doctoral “La legítima defensa en el proceso penal. Perspectivas probatorias”*, Universidad de Barcelona, 2014, p. 5.

²¹⁸⁴ ROXIN, *Derecho Procesal Penal* (trad. de la 25ª ed. alemana), Editores del Puerto, 2000, p. 10.

²¹⁸⁵ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., p. 76.

²¹⁸⁶ PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko: Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*, Klostermann, 1993, p. 359.

“(…) cansados de discutir sobre la correcta formulación del denominado elemento volitivo del dolo eventual, los defensores de las teorías volitivas han desplazado su foco de atención hacia los indicios o indicadores del dolo. A su juicio, el problema no estaría en el concepto de dolo, sino en su prueba, una conclusión que permitiría superar el “dilema paralizante” entre teorías de la voluntad y del conocimiento. Sin embargo, ésta es una peligrosa ilusión. Atender a los indicadores del dolo, aun siendo importante, no evita la decisión sobre el sentido del concepto, pues sólo éste delimita y legitima la elección y la importancia de aquéllos. Sin una delimitación con sentido de los indicadores del dolo, se corre el peligro de caer en un Derecho penal del carácter configurado por deseos político-criminales. (...) que la determinación del dolo eventual se refiera a un hecho interno que no puede observarse directamente no es una razón suficiente para abandonar el concepto de dolo”²¹⁸⁷.

La profesora alemana apunta al núcleo del problema. No se trata de optar por la preminencia de los aspectos conceptuales o de los aspectos probatorios. Se trata de proponer una teoría conceptualmente sólida, a efectos de que esté destinada a cumplir la misión del Derecho penal en un modelo de Estado determinado (en mi caso, el del Estado social y democrático de Derecho), y que, al mismo tiempo, se trate de una teoría que pueda ser efectivamente aplicada en el proceso penal²¹⁸⁸. En esa medida, la propuesta de esta tesis ha pretendido conciliar ambos aspectos. Por un lado, el aspecto dogmático y conceptual, al definir y fundamentar las tres condiciones para el conocimiento: deber de conocimiento, posibilidad efectiva de conocimiento e imposibilidad de confiar racionalmente en la no realización del riesgo típico. Por otro lado, el aspecto procesal o de determinación del dolo, a partir de la elaboración de una propuesta acerca del proceso de inferencia judicial, en la que han sido abordados asuntos de legitimidad (problemas de generalización) y asuntos de prueba (indicadores de las condiciones para el conocimiento como reglas de evidencia y como límites a los problemas de generalización).

En esta última sección, corresponde abordar un último problema, que es el relacionado al rol que tienen los distintos actores del proceso penal en el proceso de aplicación de la *teoría de las condiciones para el conocimiento*²¹⁸⁹. Si bien resulta imposible abordar minuciosamente esta materia, ya que implicaría desarrollar una teoría de los roles en el proceso penal, he considerado pertinente hacer algunos breves apuntes para la reflexión ulterior. A continuación, haré

²¹⁸⁷ PUPPE, “Perspectivas conceptuales del dolo eventual”, pp. 291 y 295.

²¹⁸⁸ En la misma línea, MAIER, *Antología. El proceso penal contemporáneo*, pp. 161-188, propone la tarea de edificar un sistema pena coherente en sus tres fases; las normas penales y sus consecuencias, el procedimiento que las pone en acto y la ejecución de las decisiones concretas que surgen.

²¹⁸⁹ Acerca de las partes en el proceso penal, ver ASECIO MELLADO, *Derecho Procesal Penal*, pp. 49-86, quien presenta una distinción tradicional entre partes acusadores, entre las que incluye al Ministerio Fiscal, la acusación particular y el actor civil; y partes acusadas, incluyendo al imputado y al responsable civil.

referencia al rol de la acusación (acápito 6.1); al rol del imputado (acápito 6.2), con especial énfasis en lo que a su derecho de defensa se refiere; y al rol del juez (acápito 6.3), en el que destacaré la problemática de la presunción de inocencia y, especialmente, la función que la teoría de la determinación de la pena puede cumplir en materia de imputación subjetiva.

6.1. Dolo y rol de la acusación en el proceso penal

En el modelo del constitucionalismo penal, un principio básico es que sólo puede emitirse una sentencia condenatoria cuando los hechos que se imputan al acusado hayan sido debidamente probados en un debido proceso. Al respecto, cabe diferenciar entre las afirmaciones fácticas, que son aquellas que pueden ser probadas, y los enunciados jurídicos, que son aquellos que se fundamentan, pero no se prueban. Al respecto, PUPPE explica:

“(...) afirmaciones fácticas pueden ser verdaderas o falsas y se fundamentan en la medida en que se prueban. Juicios de valor pueden ser plausibles o no plausibles y se fundamentan en tanto se convence al participante en la comunicación de su corrección, es decir, se le lleva a reconocer una regla general de valoración subyacente a esa valoración”²¹⁹⁰.

Ahora bien, en el proceso penal, la única manera de fundamentar (y aplicar) los enunciados jurídicos es a través de la previa verificación de una base fáctica, compuesta por los elementos que constituyen la conducta que la ley penal califica como delito. En esa medida, los hechos probados se refieren tanto a los elementos objetivos como a los elementos subjetivos del delito. Como lo fundamenté anteriormente, el dolo es un juicio subjetivo-normativo de imputación del conocimiento, imputación que se produce a partir de un juicio de inferencia de las condiciones para el conocimiento. Dicho juicio de inferencia conlleva la aplicación de enunciados jurídicos a circunstancias fácticas, que deben ser probadas para posibilitar tal aplicación.

En reiteradas ocasiones he afirmado que es el juez penal el llamado a formular el juicio de inferencia de las condiciones para el conocimiento. La pregunta que surge ahora es quién es la persona llamada a proporcionar la evidencia que fije la base fáctica (tanto objetiva como subjetiva) sobre la que se aplicarán los indicadores que posibilitarán el juicio de inferencia. En un sistema democrático, en el que rige un debido proceso y un catálogo de garantías tendientes a proteger la libertad individual del imputado, dicho rol corresponde a la acusación o al Ministerio Fiscal. En ese sentido, el artículo 124° de la CE dispone:

²¹⁹⁰ PUPPE, “Comprobar, imputar, valorar: reflexiones semánticas sobre la fundamentación de sentencias penales y la posibilidad de su revisión jurídica”, pp. 6 y 12, quien además hace referencia a cómo el Tribunal Supremo alemán confunde ambas formas de afirmaciones, particularmente en los casos de dolo eventual.

“El Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social”.

Sobra decir que la tarea del Ministerio Fiscal no es acusar, sino promover la acción penal en defensa de la legalidad y con prioritaria atención de los derechos de todos los ciudadanos, incluido el imputado. En esa medida, sólo corresponderá la persecución penal por un delito doloso cuando existan hechos probados que den sustento al juicio de inferencia de las condiciones para el conocimiento. En esa línea, DOAK y MCGOURLAY recogen la máxima de que la carga de la prueba debe recaer en aquel que busca afirmar algo y no en aquel que lo niega²¹⁹¹. Ello explica la función investigadora de la acusación.

Esta función está directamente conectada con el principio de presunción de inocencia. Baste señalar en este punto que el TC español, en su sentencia 126/2011 de 18 de julio, concibe el derecho a la presunción de inocencia como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas:

“El derecho a la presunción de inocencia se configura, en tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito, y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en los mismos”.

La mínima actividad probatoria se vincula a la institución de la carga de la prueba. En ese sentido, se pronuncia el TC español en una doctrina que se inició con su sentencia 111/1999 de 14 de junio:

“En ningún caso el derecho a la presunción de inocencia tolera que alguno de los elementos constitutivos del delito se presuma en contra del acusado sea con una presunción «iuris tantum» sea con una presunción «iuris et de iure». La primera modalidad de presunción «iuris tantum» no es admisible constitucionalmente ya que, como declaró la STC 105/1988 produce una traslación o inversión de la carga de la prueba, de suerte que la destrucción o desvirtuación de tal presunción corresponde al acusado a través del descargo, lo que no resulta conciliable con el art. 24.2 CE. Y la segunda modalidad, la presunción «iuris et de iure», tampoco es lícita en el ámbito penal desde la perspectiva constitucional, puesto que prohíbe

²¹⁹¹ DOAK, MCGOURLAY, *Evidence in Context*, 3ª ed., p. 2. Acerca de la teoría de la prueba en el Derecho penal inglés, HEFFERNAN, UNA NI RAIFEARTAIGH, *Evidence in criminal trials*, Bloomsbury Professional, 2014.

la prueba en contrario de lo presumido, con los efectos, por un lado, de descargar de la prueba a quien acusa y, por otro, de impedir probar la tesis opuesta a quien se defiende, si es que opta por la posibilidad de probar su inocencia, efectos ambos que vulneran el derecho fundamental a la presunción de inocencia”.

En consecuencia, no es deber del imputado destruir la presunción de los elementos constitutivos del delito, sino que es tarea del Estado probar la imputación. Por ello, el Ministerio Fiscal, más allá de tener la carga de la prueba de los hechos objetivos y subjetivos que permitirán el juicio de inferencia de las condiciones para el conocimiento, tiene un deber de defensa de la legalidad y de los derechos de los ciudadanos. En esa línea, no comparto la opinión de NIEVA, cuando sostiene que la actividad investigadora del Ministerio Fiscal vulnera la presunción de inocencia, toda vez que inicia su investigación en base a una sospecha²¹⁹². Si bien comparto la idea de que quien dirige las actuaciones de la investigación no puede hacer la función de juez en el juicio oral, ya que de lo contrario se vulnera el principio acusatorio²¹⁹³ y la imparcialidad del juzgamiento, considero que no debe renunciarse a una mínima exigencia de objetividad en la labor del Ministerio Fiscal.

A diferencia de la policía, cuyo trabajo se inicia muchas veces en conjeturas e hipótesis de culpabilidad y cuya función principal es proveer de seguridad y asistir en la persecución penal, los funcionarios del Ministerio Fiscal son profesionales del Derecho, cuya tarea según mandato constitucional se centra en la defensa de la legalidad. En esa medida, un defensor de la legalidad no puede sustentar su labor en el quiebre de un principio básico del Estado social y democrático de Derecho como es la presunción de inocencia. Al menos a nivel de pretensión, considero que la tarea del Ministerio Fiscal debe estar siempre orientada a la defensa del Derecho y sus principios.

En lo que se refiere a la imputación subjetiva, la tarea del Ministerio Fiscal consiste justamente en probar aquellos hechos necesarios para establecer una base fáctica suficiente que dé sustento al proceso de inferencia de las condiciones para el conocimiento, según he propuesto.

6.2. Dolo y rol del imputado en el proceso penal

Un elemento central del proceso penal es la afectación de la libertad individual del imputado, no sólo ante la imposición de una condena, sino ante el propio sometimiento al proceso penal con las restricciones que ello conlleva. En el

²¹⁹² NIEVA, *La duda en el proceso penal*, pp. 99 y ss.

²¹⁹³ Acerca de este principio, ver ROXIN, *Derecho Procesal Penal* (trad. de la 25ª ed. alemana), pp. 86-87. Ver también GIMENO SENDRA, MORENO CATENA, CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho Procesal Penal*, 3ª ed., pp. 76-85.

marco del Estado social y democrático de Derecho, como bien señala ROXIN, el reconocimiento de derechos fundamentales precedentes al mismo trae como consecuencia que el imputado sea reconocido como sujeto del proceso y sea dotado de derechos autónomos, de los cuales los más importantes son la dignidad humana y el derecho amplio a la defensa²¹⁹⁴.

Si la carga de la prueba del delito y de la responsabilidad penal corresponde al Ministerio Fiscal, cabe preguntarse si el imputado y su defensa tienen también una carga de negar la imputación o, en todo caso, de sustentar las eximentes (justificantes, exculpantes) que aleguen.

Adelanto que mi respuesta es negativa. En un Estado social y democrático de Derecho, la presunción de inocencia impide que se establezca un deber de probar la inocencia o un deber de cooperación con la función de investigación del Ministerio Fiscal a efectos de evitar la condena. Esto último implicaría la imposición de un deber de contribución con la autoincriminación, lo que resulta inaceptable. Sin embargo, resulta relevante la diferencia que en el Derecho penal inglés se plantea entre la carga de la prueba, que corresponde en exclusiva a los órganos del Estado, y la carga de aportar evidencia, que más que un deber parece ser una necesidad propia del ejercicio efectivo del derecho de defensa. Al respecto, conforme expliqué en el tercer capítulo, DOAK y MCGOURLAY sostienen que la carga de la prueba es una carga jurídica o persuasiva, que conlleva la obligación de la acusación de probar todos los hechos necesarios para establecer la culpabilidad del imputado. Cosa distinta es la carga probatoria o carga de presentar evidencia, que es la obligación -añadiría yo, la necesidad- que puede tener tanto la fiscalía como la defensa del imputado de aportar pruebas suficientes para establecer determinados hechos²¹⁹⁵. En ese sentido, debe rechazarse cualquier carga sobre el imputado que implique el surgimiento de una obligación o incluso de una incumbencia, cuyo incumplimiento conlleve la imputación de elementos subjetivos del delito, es decir, de las condiciones para el conocimiento. Cosa distinta es la necesidad de aportar evidencia que sustente un hecho alegado, lo que es admisible como parte del ejercicio del derecho de defensa, siempre y cuando: 1) su no realización no implique la aplicación de una presunción de culpabilidad y 2) la imposibilidad de sustentar una eximente no implique concluir la existencia de responsabilidad penal.

En esa medida, no es de recibo la línea jurisprudencial expuesta por el TSE en la sentencia 336/2009 de 2 de abril acerca de la carga de la prueba de las eximentes:

²¹⁹⁴ ROXIN, *Derecho Procesal Penal...*, pp. 11 y 123-128. Acerca de la imputación en el proceso penal y el ejercicio efectivo del derecho de defensa, ver GIMENO SENDRA, *Manual de Derecho Procesal Penal*, 2ª ed., Colex, 2010, pp. 213-220.

²¹⁹⁵ DOAK, MCGOURLAY, *Evidence in Context*, 3ª ed., p. 38.

“(…) corresponde a quien lo alega, y su defensa, exponer las condiciones que hacen que en el sujeto concreto concurre el supuesto de exclusión de la responsabilidad penal, o su atenuación, por la concurrencia del error [de prohibición], y su razonabilidad deberá ser extraída de condicionamientos particulares que concurren en el sujeto [..]”.

Como bien explica CUERDA RIEZU, en este caso se traslada la lógica del proceso civil al proceso penal. En el proceso civil, se aplica la máxima de aportación de parte, por medio de la cual la iniciativa de los jueces y tribunales se constriñe a la voluntad de las partes, en lo que se refiere a los hechos y a la prueba de los mismos. En ese sentido, explica que la Ley de Enjuiciamiento Civil incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos que se contienen en la demanda. La aplicación de este razonamiento al proceso penal es incorrecta, ya que olvida la función del Ministerio Fiscal como promotor de la acción de la justicia en defensa de la legalidad. En esa medida, afirma CUERDA RIEZU que el Ministerio Fiscal no está solo para acusar, sino para actuar de oficio cuando concurre una eximente y solicitar al órgano judicial su consideración²¹⁹⁶.

La solución es menos compleja de lo que aparenta. Es necesario distinguir la alegación de la eximente, que corresponde a la defensa del imputado, de la prueba de lo alegado. Al respecto, CUERDA RIEZU afirma, a mi criterio correctamente, que corresponde siempre al Ministerio Fiscal la prueba de la existencia de los elementos del delito, entre los que se encuentran los elementos subjetivos del hecho, a partir de los cuales sea posible realizar el juicio de inferencia de las condiciones para el conocimiento²¹⁹⁷.

Mientras que la defensa del imputado tiene siempre la posibilidad de alegar y fundamentar eximentes -como podría ser en materia de imputación subjetiva la existencia de un error (vencible o invencible)- es el Ministerio Fiscal quien tiene el deber de acreditar la existencia de los elementos del delito. No es que el Ministerio Fiscal deba rebatir de forma específica cada alegación planteada por la defensa, sino que su tarea se centra en sustentar la prueba de los elementos necesarios para inferir el conocimiento y los demás elementos del delito y, en esa medida, de ser exitoso en su tarea, descartar la producción de una eximente. Mientras que la carga de aportar evidencia de la defensa para sustentar sus respectivas hipótesis es parte del ejercicio de un derecho, la carga de la prueba del Ministerio Fiscal es un deber que se materializa a partir de la investigación en la que se procura reunir los elementos suficientes para la imputación de un delito.

²¹⁹⁶ CUERDA RIEZU, “La prueba de las eximentes en el proceso penal: ¿obligación de la defensa o de la acusación?”, en *InDret Penal*, N° 2, 2014, pp. 8 y 10.

²¹⁹⁷ CUERDA RIEZU, “La prueba de las eximentes en el proceso penal...”, p. 11.

En resumen, en lo que se refiere a la imputación subjetiva, el imputado no tiene una carga de la prueba consistente en negar la configuración de la base fáctica que permita el juicio de inferencia de las condiciones para el conocimiento. En todo caso, tiene el derecho de alegar y fundamentar circunstancias que lo eximan de la imputación del conocimiento, a efectos de crear una duda razonable frente al juzgador. Frente a ello es el Ministerio Fiscal, como defensor de la legalidad, el encargado o bien de rebatir la alegación de la eximente, a partir de la prueba de los elementos configuradores de la base fáctica que permite la imputación, o bien de solicitar al órgano juzgador la consideración de la eximente, en ejercicio de su rol como defensor de la legalidad.

6.3. Dolo y rol del juez en el proceso penal

Habiendo presentado brevemente cuál es el rol del Ministerio Fiscal y el rol del imputado en el proceso penal, corresponde preguntar por la función que cumple el juez penal, específicamente en lo que a la determinación del dolo en un caso concreto se refiere. Según la ley procesal alemana, el tribunal decide acerca del resultado de la prueba recibida de acuerdo con su libre convicción formada a través del debate probatorio llevado a cabo en el juicio oral²¹⁹⁸. Se trata de la ya mencionada teoría de la libre valoración de la prueba, con énfasis en el aspecto altamente subjetivo de la convicción del juzgador.

Al respecto, FRISTER explica el cuestionamiento a que la certeza personal del juez sea una condición suficiente para la condena. Explica que, para la concepción dominante, la condena presupone no solo una valoración personal, sino también la prueba objetiva de una alta probabilidad o de una probabilidad lindante en la seguridad de la culpabilidad del imputado. La certeza del juez tiene entonces una base probatoria objetiva. Si bien FRISTER defiende la certeza personal del juez como condición necesaria y suficiente para el dictado de una sentencia condenatoria, sostiene la necesidad de establecer límites como la prohibición de una valoración hipotética²¹⁹⁹. Ello indica que una posición estrictamente subjetivista no es de recibo, ni siquiera para aquellos autores que, como FRISTER, defienden el concepto de la íntima convicción del juzgador.

En mi opinión, el rol del juzgador es de primera importancia y su convicción a partir de los hechos probados en el juicio resulta determinante en la construcción de los procesos de inferencia de los elementos del delito, entre los que se encuentran las condiciones para el conocimiento que permiten la imputación dolosa. Como he explicado anteriormente, la producción de generalizaciones es

²¹⁹⁸ Al respecto, ver § 261, StPO. Disponible en: http://portal.setec.gob.mx/docs/cp_alemania.pdf [consulta: 17 de mayo de 2017].

²¹⁹⁹ FRISTER, "La certeza personal como presupuesto de la condena en el proceso penal", en *InDret Penal*, N° 3, 2011, pp. 3-4, 15 y 19.

inherente a este proceso y debe ser limitada. Ello se logra -parcialmente- a través del establecimiento de indicadores que limitan el proceso de inferencia y los riesgos que este implica. Sin embargo, la intervención de la íntima convicción conlleva siempre un riesgo adicional de introducción en la valoración de elementos personales, subjetivos e intuitivos, lo que no sólo afecta la seguridad jurídica y la predictibilidad de las sentencias, sino que pone en peligro los derechos del imputado. Como freno a dicha impronta subjetivista, se configura el principio de presunción de inocencia, al que ya he hecho referencia, pero que considero necesario traer nuevamente a colación como punto de llegada y conclusión de esta tesis.

Desde mi perspectiva, la presunción de inocencia es un principio del proceso penal, que constituye el límite de racionalidad a la libre valoración de la prueba por parte del juez penal. A nivel de imputación subjetiva, una valoración racional de la prueba es aquella que se sustenta en indicadores objetivos de las condiciones para el conocimiento. Ahora bien, si la valoración de todos los indicadores posibles en un caso concreto no permite al juez penal efectuar un proceso de inferencia del conocimiento (dolo) o de un defecto de conocimiento (imprudencia), cabe aplicar la presunción de inocencia.

La presunción de inocencia constituye un principio que debe informar a todo el proceso penal y que intenta alejar al juez de los prejuicios sociales de sospecha. Como bien explica GIMENO SENDRA, la presunción de inocencia se encuentra presente a lo largo de todo el proceso penal. Así, en la fase de instrucción, impide que los actos limitativos de derechos fundamentales sean adoptados sin la existencia previa de fundados motivos de participación en el hecho punible del imputado y exige una resolución motivada que cumpla con todas las exigencias del principio de proporcionalidad²²⁰⁰.

Siguiendo a NIEVA, debo afirmar que no se trata realmente de una presunción, ni de una regla de carga de la prueba. Se trata de un principio, de cuya aplicación depende la imparcialidad judicial, la garantía de no ser condenado sin pruebas y el derecho a no ser violentado como consecuencia de una investigación sin un motivo razonable. Su efecto directo es evitar el *non liquet*, pero no esclarece la duda²²⁰¹.

La finalidad de la presunción de inocencia no es convencer al juez de que el Ministerio Fiscal debe probar sus acusaciones, ni persuadirle de que los

²²⁰⁰ GIMENO SENDRA, MORENO CATENA, CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho Procesal Penal*, 3ª ed., pp. 86-89.

²²⁰¹ NIEVA, *La duda en el proceso penal*, pp. 61-77. El mismo autor (pp. 133-160) evalúa otras opciones para hacer frente al *non liquet*, como la consulta a los abogados de las partes durante la deliberación judicial, la ampliación de las facultades del juez para practicar la prueba de oficio, la detección psicológica y fisiológica de la mentira, la imagen por resonancia magnética funcional, etc.

ciudadanos suelen ser más inocentes que culpables, sino tratar de hacer al juez más imparcial, alejándolo del impacto que haya generado el daño que hayan podido provocar los hechos (resultado), a fin de que no quiera ver con precipitación a un culpable donde no lo hay²²⁰². Se trata de un principio que centra su atención en el desvalor de la conducta. De no existir hechos probados -objetivos y subjetivos- suficientes para efectuar las inferencias necesarias para la imputación penal de la conducta, no será posible emitir una sentencia condenatoria.

Un asunto estrechamente vinculado a la presunción de inocencia es si debe ser finalidad del proceso penal probar la verdad de los hechos²²⁰³. Se plantea entonces la pregunta de qué es la verdad para el proceso penal. Al respecto, existen por lo menos dos grandes perspectivas. Por un lado, la teoría consensual de la verdad, que implica el respeto de las reglas y principios que regulan la práctica de la prueba, y, por otro lado, la perspectiva epistemológica, que entiende la verdad como correspondencia con la realidad²²⁰⁴. MUÑOZ CONDE opta por la primera al sostener la necesidad de decisiones judiciales motivadas, de las que pueda verificarse racionalmente las razones por las que se llega a una determinada valoración. En esa línea, frente a la pregunta de si debe probarse la verdad sostiene:

“El objeto del proceso penal es la obtención de la verdad sólo y en la medida en que se empleen para ello los medios legalmente reconocidos. Se habla así de una “verdad forense” que no siempre coincide con la verdad material propiamente dicha. Este es el precio que hay que pagar por un proceso penal respetuoso con todas las garantías y derechos humanos característicos del Estado social y democrático de Derecho”²²⁰⁵.

A partir de dicha afirmación, puedo extraer dos conclusiones. Por un lado, más allá de que no existen medios conocidos para tener acceso completo a la verdad objetiva de los hechos objeto del proceso penal, lo cierto es que no resulta legítimo pretender dicho conocimiento, ya que implicaría una inminente vulneración de la esfera íntima de las personas vinculadas al proceso y la configuración de un Derecho penal de autor. Como sostiene MAIER, la verdad que se pretende encontrar en el proceso penal es limitada, así como limitado es el método para averiguarla²²⁰⁶. Por otro lado, el hecho de que no pueda conocerse la realidad exacta de lo acontecido no implica que la finalidad del proceso no pueda ser acercarse justamente a dicha realidad, a través de los

²²⁰² NIEVA, *La duda en el proceso penal*, pp. 50-51.

²²⁰³ Al respecto, ver MAIER, *Antología. El proceso penal contemporáneo*, pp. 507-545.

²²⁰⁴ MUÑOZ CONDE, *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*, 3ª ed., Hammurabi, 2007, pp. 116 y ss.

²²⁰⁵ MUÑOZ CONDE, *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*, p. 115.

²²⁰⁶ MAIER, *Antología. El proceso penal contemporáneo*, pp. 518-543.

medios legítimos que el proceso penal de un Estado social y democrático de Derecho provee²²⁰⁷. En ese sentido, se pronuncia GÖSSEL:

“Es obvio e indiscutible que la verdad objetiva no puede ser conocida por el hombre, (...) la finalidad del procedimiento es el descubrimiento de esa verdad que es accesible al conocimiento humano, es decir, la realidad relativa-objetiva, a la cual deberá de llegarse partiendo de la observancia del Derecho. La obligación derivada del principio del Estado de Derecho, consistente en averiguar lícitamente la verdad, es asimismo una limitación en el conocimiento de ésta”²²⁰⁸.

El profesor alemán hace referencia a la imagen judicial de la verdad que es elaborada en el proceso penal. Ahora bien, no se trata de una construcción artificial, sino del procedimiento de acercamiento a un acontecimiento real a partir de los medios legítimos que un proceso penal democrático proporciona. En ese sentido, explica que, junto a la imagen judicial de la verdad, debe reconocerse la existencia de un acontecimiento real, del que puede desviarse la imagen del juez, afortunadamente susceptible de verificación por medio de recurso. Afirma entonces que “la verdad sobre el hecho es aprehendida, pero no construida, si bien tal aprehensión tiene procesalmente lugar a través de una imagen de la verdad, que en su libre convicción se forma y, en este sentido, “instaura” o “crea” el juez”²²⁰⁹.

En mi opinión, la finalidad del proceso penal es obtener una decisión judicial motivada, que se sustente en hechos probados que resulten veraces, esto es, que se acerquen al acontecimiento real²²¹⁰, respetando los límites dictados por los principios básicos de un Estado social y democrático de Derecho (legalidad, culpabilidad, proporcionalidad, garantías procesales, etc.) y las prohibiciones derivadas de dichos límites (prohibición de tortura, prueba ilícita, etc.). Coincido en este punto con GÖSSEL cuando señala que una decisión sólo es justa si el presupuesto de hecho sobre el cual se basa ha sido indagado en cuanto a su

²²⁰⁷ MAIER, *Antología. El proceso penal contemporáneo*, pp. 509 y ss., distingue entre la certeza, que expresa el juicio positivo del sujeto cognoscente acerca del resultado de la actividad cognoscitiva; la probabilidad, que significa el juicio del sujeto cognoscente que estima haberse acercado al resultado buscado, el conocimiento de la verdad, pero cree que se ha aproximado bastante a ella; y la duda, que representa una posición subjetiva del sujeto cognoscente que se ubica en la antípoda de la certeza, al reconocer el fracaso absoluto de su intento por conocer la verdad. MAIER estima que la sentencia condenatoria requiere la certeza positiva sobre todos los elementos de la imputación que en ella se afirman, mientras que la sentencia absolutoria se satisface con cualquier posición subjetiva respecto de la verdad que no sea la certeza positiva (certeza negativa, probabilidad positiva o negativa y la duda en sentido estricto).

²²⁰⁸ GÖSSEL, *El Derecho procesal penal en el Estado de Derecho*, Rubinzal – Culzoni Editores, 2007, p. 23.

²²⁰⁹ GÖSSEL, *El Derecho procesal penal en el Estado de Derecho*, p. 117.

²²¹⁰ Para MAIER, *Antología. El proceso penal contemporáneo*, pp. 516-517, el hallazgo de la verdad objetiva debe ser considerado como un ideal, como un objetivo al que tiende el procedimiento penal, que constituye una de sus razones de ser, pero que puede no alcanzarse en un proceso concreto.

veracidad, a lo que añade que la verdad existe, puede ser buscada y debe ser buscada, puesto que así lo exige la relación de cualquier acto de poder estatal también con la justicia²²¹¹.

En resumen, el rol del juez penal se circunscribe a la conducción de un proceso penal rodeado de las garantías propias del Estado social y democrático de Derecho, cuya finalidad es el acercamiento al acontecimiento real en la medida de lo posible y de lo legítimo. A nivel de imputación subjetiva, el rol del juez penal consiste en la realización de procesos de inferencia racional de las condiciones para el conocimiento en base a hechos probados que se aproximen al acontecimiento real y a los indicadores propuestos. El límite a la labor del juez penal y la garantía de su imparcialidad vienen dictados por el principio de presunción de inocencia, según ha sido presentado.

En la presente tesis, he centrado mi atención en la propuesta de una teoría de determinación del dolo que proporcione herramientas conceptuales (condiciones para el conocimiento) y procesales (indicadores de las condiciones para el conocimiento) que están centradas en una de las funciones relevantes del dolo, que es la determinación de la existencia del delito y de la responsabilidad. Sin embargo, existe otra faceta en la que el dolo también ejerce una función. Se trata de la determinación de la pena en el caso concreto. Al respecto, cabe recordar la teoría de HART, para quien el dolo (*intention* o *recklessness*, en el Derecho penal inglés) es relevante no sólo a efectos de determinar la existencia del delito y de la responsabilidad penal, sino también es relevante al momento de la sentencia, cuando se hace la interrogante de cuán severamente debe ser sancionado el imputado²²¹².

Entra en cuestión entonces el principio de proporcionalidad de las penas y su relación con el grado de imputación subjetiva del caso. Cabe recordar que este principio, a nivel de imputación subjetiva, exige que se efectúe una clara distinción entre los supuestos de mayor gravedad (imputación subjetiva por atribución del conocimiento) de los supuestos de menor gravedad (imputación subjetiva por atribución del defecto de conocimiento). Sin embargo, como se apuntó al inicio de este capítulo, esta distinción no es clara en los casos de zonas grises en los que resulta inviable efectuar una delimitación rígida entre supuestos de dolo y de imprudencia. Ello ocurre porque, como se vio en el segundo capítulo, el problema de la distinción entre imputación dolosa e imputación imprudente tiene un carácter gradual, lo que desde ya plantea un desafío a la teoría de la determinación de la pena. En ese sentido se pronuncia la teoría de MOLINA FERNÁNDEZ, quien pone en evidencia que resulta imposible efectuar una delimitación rígida entre dolo e imprudencia, ya que se trata de categorías que

²²¹¹ GÖSSEL, *El Derecho procesal penal en el Estado de Derecho*, pp. 134 y 136.

²²¹² HART, *Punishment and Responsibility...*, p. 115.

hacen referencia a atributos graduales en los que no existen puntos de corte precisos. Propone entonces la introducción de una lógica multivalente o gradual en base a la utilización de valores intermedios y postula que debiera permitirse al juez penal hacer uso del espacio que habitualmente existe entre el marco de pena del delito doloso y el del delito imprudente grave, a efectos de sancionar las zonas grises de delimitación entre ambas formas subjetivas de comisión del delito²²¹³.

Como ya lo adelanté en el segundo capítulo, entiendo que la teoría de MOLINA FERNÁNDEZ hace un análisis adecuado del problema. Sin embargo, la solución que propone no muestra capacidad de rendimiento, al postular realmente la introducción de una tercera forma de imputación subjetiva, con los problemas dogmáticos que ello conlleva. En este punto, una propuesta complementaria interesante es la formulada por SILVA SÁNCHEZ, quien sostiene que, en los supuestos de vaguedad, pueden distinguirse tres zonas dentro del campo semántico de un término. Así, hace referencia a la teoría de los candados positivos y de los candados negativos de HASSEMER y explica:

“De conformidad con todo lo anterior, en los supuestos de *vaguedad* la doctrina tiende a distinguir, cuando procede al *análisis lingüístico de un término*, tres zonas dentro del campo semántico del mismo: una *zona de seguridad*, en la que se englobarán todos los casos que de modo cierto aparecen incluidos en la *extensio* (referencia empírica) del concepto (esta zona se denomina núcleo de significación, *Bedeutungskern*); otra zona de seguridad, que aludirá a todos los casos que de modo cierto no entran en la *extensio* del referido concepto; y, finalmente, una zona de penumbra, de duda, en la que se incluirán todos los casos de los que no se sabe con seguridad si pertenecen a la *extensio* conceptual o no (campo de significación, *Bedeutungshof*)”²²¹⁴.

Frente a dicho análisis, que sin duda se aplica a la problemática del dolo, argumenta que es imprescindible renunciar a los conceptos estrictamente clasificatorios o, por lo menos, a las clasificaciones binarias (o dolo o imprudencia). En consecuencia, concluye que debe abandonarse el criterio estrictamente clasificatorio mediante “conceptos de orden”, aceptando que, en un objeto, determinada propiedad puede constatarse en mayor o menor medida²²¹⁵. Justamente es el juez penal quien, a nivel de determinación de la pena, puede efectuar el análisis de cada caso y, de acuerdo a las condiciones para el conocimiento que haya sido posible inferir, constatar si este se produce en mayor medida o en menor medida y cuál es la penalidad más adecuada a ser impuesta.

²²¹³ MOLINA FERNÁNDEZ, “La cuadratura del dolo: problemas irresolubles, sorites y Derecho penal”.

²²¹⁴ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 1ª ed., p. 130.

²²¹⁵ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., p. 289.

En la misma línea, RAGUÉS I VALLÈS reflexiona acerca de la alternativa de optar por un modelo menos rígido de imputación subjetiva, en el que sea el juez quien determine el grado adecuado de pena en cada caso:

“Si acaso no sería mejor optar por un modelo que no distinguiera entre títulos de imputación subjetiva y delegara en el juez la concreción penológica que en cada supuesto concreto mereciera el grado de indiferencia mostrado por el sujeto respecto del interés lesionado y otras circunstancias relevantes, precisando en todo caso a propósito de delitos concretos determinadas exigencias subjetivas mínimas”²²¹⁶.

Si bien la idea de la indiferencia puede ser problemática, se trata de una propuesta que, en mi opinión, debe ser tomada en cuenta, toda vez que atiende a la realidad del problema: la gradualidad de las formas de imputación subjetiva y la imposibilidad de establecer una delimitación exacta o rígida entre dolo e imprudencia. En esa medida, es a nivel de determinación de la pena donde puede medirse de mejor manera la reacción penal adecuada según la concreción de los indicadores de los elementos subjetivos del delito.

Para pronunciarme a favor de alguna alternativa, creo necesario repasar previamente la problemática que plantea la legislación vigente. Si bien en la PG de los códigos penales²²¹⁷, e incluso en las Constituciones Políticas²²¹⁸, de los países que acogen el sistema propio del Derecho penal continental suele estar previsto el principio de proporcionalidad de las penas, este no suele encontrar un correlato material en la PE de los códigos penales, más aún si se tiene en cuenta la gradualidad de las formas subjetivas de comisión del delito. Al respecto, se observan dos fenómenos que afectan la vigencia de dicho principio.

En primer lugar, aparecen claros saltos cuantitativos entre la penalidad máxima prevista para la comisión imprudente y la penalidad mínima prevista para la comisión dolosa del mismo tipo penal. Existe entonces un espacio de penalidad que no es cubierto por ninguna forma de comisión subjetiva del mismo delito. Teniendo en cuenta que el problema de la imputación subjetiva del delito es uno gradual, este vacío genera una aplicación indebida de las consecuencias jurídicas del delito.

En el CPE, por ej., suelen existir claras diferencias entre la penalidad de la forma de comisión dolosa y la penalidad de la forma de comisión imprudente de un

²²¹⁶ RAGUÉS I VALLÈS, “A modo de contrarréplica: la ignorancia deliberada y su difícil encaje en la teoría dominante de la imputación subjetiva”, p. 164. En mi opinión, se trata de una propuesta interesante y más adecuada que aquella que postula legislar diversos supuestos de imputación subjetiva distintos a los casos de dolo e imprudencia.

²²¹⁷ Es el caso, por ejemplo, del Código penal peruano, que en el artículo VIII del Título Preliminar establece que la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho.

²²¹⁸ El artículo 9° de la CE se garantiza la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

mismo delito. Es el caso del delito de homicidio: en su versión básica dolosa la pena de prisión prevista es de diez a quince años²²¹⁹, mientras que la pena prevista para el homicidio imprudente va de uno a cuatro años de prisión²²²⁰. Existe entonces un importante salto cuantitativo entre la pena máxima del homicidio imprudente (cuatro años de prisión) y la pena mínima del homicidio doloso (diez años de prisión). Lo mismo ocurre en el caso del delito de falsedades documentales cometido por autoridades o funcionarios públicos. En este caso, la pena de prisión prevista para la comisión dolosa va de tres a seis años, mientras que la pena de prisión prevista para la comisión imprudente es de seis a doce meses. Se observa también aquí un salto cuantitativo entre la pena máxima de la comisión imprudente (un año de prisión) y la pena mínima de la comisión dolosa (tres años de prisión).

En segundo lugar, existen cruces entre la penalidad prevista para la comisión imprudente y la penalidad prevista para la comisión dolosa del mismo delito. Ello trae como consecuencia que pueda ser el caso que un delito imprudente sea sancionado con mayor pena que su comisión dolosa.

En el CPE, encontramos el caso del delito de blanqueo de capitales. La comisión dolosa de este tipo penal tiene prevista una pena de prisión de seis meses a seis años, mientras que la pena de prisión para la comisión imprudente es de seis meses a dos años²²²¹. Es decir que ambas formas subjetivas de comisión del delito reciben la misma penalidad en el tramo que va de los seis meses a los dos años de prisión.

Las distorsiones que la legislación plantea refuerzan el protagonismo del razonamiento judicial en la solución de aquellos casos que se sitúan en zonas grises de delimitación entre dolo e imprudencia, en los que existen dificultades para determinar la pertinencia de inferir condiciones para el conocimiento o defectos de conocimiento. Como premisa, cabe indicar que el principio de proporcionalidad, en conexidad con el principio de mínima intervención, debe exigir la aplicación de la reacción estatal menos intensa disponible. Ello en atención al modelo del constitucionalismo penal adoptado en el primer capítulo de esta tesis y las limitaciones que ello implica al ejercicio del poder punitivo por parte del Estado. Ello se enmarca en una configuración del proceso penal orientada a la favorabilidad hacia el reo, lo que tutela adecuadamente su libertad individual, previene el abuso de poder estatal y otorga racionalidad al ejercicio del poder punitivo del Estado.

²²¹⁹ Artículo 138° del CPE.

²²²⁰ Artículo 142° del CPE.

²²²¹ Artículo 301° del CPE.

Esta propuesta implica un mayor arbitrario judicial, mas no arbitrariedad²²²². Se trata de arbitrio motivado. Al respecto, BESIO explica que el juez carga con la obligación de explicitar cuáles son las razones que justifican su decisión “si se concibe la individualización de la pena como un proceso racional desligado del intuicionismo, del simple subjetivismo, de la arbitrariedad, a fin de cuentas”. Se trata de un proceso de individualización punitiva, prosigue el autor, en el que se distinguen factores reales, que son las circunstancias de hecho que deben considerarse en la cuantificación penal; factores finales, que representan a los fines de la pena (prevención especial y principio de proporcionalidad) cuya incidencia se considera admisible en la individualización punitiva; y factores lógicos, que apuntan a la relación o vinculación entre los dos factores anteriores. No se trata, en cambio, de un proceso librado a la intuición o a la subjetividad, en el que las decisiones del juez se sujetan a una determinada estructura de razonamiento. En esa medida, la individualización de la pena es un proceso racional constituido por tres etapas: la determinación de los fines del Derecho penal que tengan incidencia en la fase de individualización punitiva, la determinación de las circunstancias de hecho a ponderar y la conversión de la ponderación de estas circunstancias en una medida aproximada de condena. Es el factor real de la gravedad del hecho el que permite establecer la medida de pena proporcionada al específico desvalor de injusto y a la normal o menor culpabilidad del autor del delito. Comparto con BESIO la idea de que la decisión cuantitativa de la pena tiene el sentido normativo de traducir en una medida específica de sanción el contenido del hecho delictivo y de procurar la no desocialización del autor²²²³. En resumen:

“El criterio de gravedad del hecho contiene como objeto de ponderación el específico desvalor de injusto del hecho y el grado de su imputación al autor (...). El desvalor de injusto puede ser desagregado para efectos sistemáticos en las categorías de desvalor subjetivo y objetivo de la conducta ejecutada y en el desvalor de resultado del hecho, todos los cuales, en principio, debiesen ser objeto de ponderación en la decisión cuantitativa de la pena, puesto de lo que se trata en dicha fase es (...) de actualizar dicho desvalor global en una medida proporcional de la pena. En el ámbito del desvalor subjetivo de injusto, la tendencia dogmática mayoritaria entiende que es posible tomar en consideración las diferentes categorías de dolo y, en general, la especial motivación del autor en la ejecución del delito, sobre la base de que dichos aspectos incidirán en una mayor o menor gravedad del hecho: el dolo directo de primer grado sería más grave que el dolo eventual y algunas motivaciones serían, también, más graves que otras, por lo que en función de dichas

²²²² En ese sentido, ver VERA SÁNCHEZ, *Tesis Doctoral “La legítima defensa en el proceso penal. Perspectivas probatorias”*, Universidad de Barcelona, 2014, pp. 110 y ss., quien propone la necesidad de abandonar el sofisma que indica que la insuficiencia de todo modelo lógico “total” para explicar el juicio de decisión imposibilita la configuración racional de este proceso de valoración de la prueba.

²²²³ BESIO, *Los criterios legales y judiciales de individualización de la pena...*, pp. 12, 28, 408-409, 417 y 133.

distinciones (que importarían un mayor o menor grado de injusto subjetivo o, según la concepción adoptada, una mayor o menor culpabilidad) sería posible la atribución de una mayor o menor cuantía de pena. Aquí, con todo, no he estimado admisible la consideración de dichas distinciones dogmáticas como sub-criterios de cuantificación de la mayor o menor gravedad del hecho, fundamentalmente, pues me parece no pueden explicar racionalmente en la fase de individualización punitiva una distribución diferenciada de magnitudes de sanción y, sobre todo, en la medida de que no resultarían compatibles con los presupuestos asociados a un Derecho penal de corte garantista, centrado en la valoración objetiva de la conducta externa ejecutada, al margen de la ponderación -al menos con efectos punitivos agravatorios- del fuero interno del autor²²²⁴.

En lo que se refiere a los aspectos de imputación subjetiva, que son los que a efectos de esta tesis interesan, cabe afirmar con BESIO que la exigencia de proporcionalidad existe respecto del injusto penal, que es donde radica la gravedad del delito y la necesidad preventiva de pena. En lo que se refiere al desvalor subjetivo de la conducta, explica, la legislación penal no provee información acerca de las distintas clases de dolo -dolo directo, dolo de consecuencias necesarias y dolo eventual- sino que les asigna la misma penalidad. En consecuencia, entiende BESIO que sería injustificado valorar las diferentes clases de dolo en la decisión cuantitativa de la pena²²²⁵.

No es posible en esta tesis plantear una teoría de determinación de la pena y de valoración de los elementos subjetivos del delito para tal efecto. Únicamente es posible presentar las líneas generales que deberían tomarse en cuenta para una futura elaboración. Lo que interesa es, en mi opinión, valorar las circunstancias del caso concreto y la gravedad que expresan de cara al ordenamiento jurídico concreto. Esa es la única forma de construir un sistema de imputación penal coherente con los fines de la pena propuestos en el marco de una teoría restringida de la prevención general positiva. En este punto, me distancio de la propuesta de BESIO, quien se centra más bien en los fines de prevención especial.

Tanto las circunstancias del hecho, la gravedad de la conducta manifestada y las circunstancias personales del imputado que dan sentido a su comportamiento son elementos susceptibles de prueba objetiva. Según la *teoría de las condiciones para el conocimiento*, no resulta necesario postular la introducción de más formas de imputación subjetiva, sean a título de clases de dolo o como formas intermedias entre el dolo eventual y la imprudencia consciente. Lo importante es establecer en el caso concreto cómo se manifiestan las condiciones para el conocimiento, especialmente la posibilidad de confiar

²²²⁴ BESIO, *Los criterios legales y judiciales de individualización de la pena...*, p. 418.

²²²⁵ BESIO, *Los criterios legales y judiciales de individualización de la pena...*, pp. 134, 205 y 223.

racionalmente en la no realización del riesgo típico, y, de ser el caso, los defectos de conocimiento. Con dicha información, establecida principalmente a partir de los indicadores objetivos ya expuestos, es el juez penal quien debe valorar la gravedad del caso y cuál resulta la pena disponible más proporcional a ser impuesta.

Más allá de que en todos los casos de duda por parte del juez, deberá optarse por la solución más beneficiosa para el reo, lo que incluye una eventual absolución, consecuente con los lineamientos expuestos, creo importante hacer mención a dos casos específicos en los que también deberá operar el criterio de favorabilidad al imputado. En primer lugar, cuando se trate de un caso ubicado en la zona gris de delimitación entre dolo e imprudencia, en el que converjan en grado más o menos similar tanto indicadores que avalan la imputación del conocimiento como indicadores que avalan la imputación de un defecto del conocimiento. En este caso, deberá optarse por el extremo máximo de la pena prevista para la comisión imprudente, más no por la penalidad prevista para el delito doloso. Posiblemente encaje en este supuesto el caso Sebastián Cabello resuelto por la justicia argentina y que fue expuesto líneas arriba. En segundo lugar, cuando se trate de un caso en el que no puede imputarse el conocimiento efectivo y/o seguro del riesgo, pero sí la provocación del defecto de conocimiento. Se trata de un caso de ignorancia deliberada en sentido estricto, en el que la aplicación de la penalidad dolosa debe estar sujeta al estricto cumplimiento de los requisitos que ya fueron expuestos. Sin embargo, aun acreditándose la pertinencia de la aplicación de la penalidad prevista para el delito doloso, considero que este tipo de casos no puede ser valorado de igual manera a aquellos en los que se verifica un *actio libera in se*. Por tal motivo, los supuestos de *actio libera in causa* podrán ser valorados excepcionalmente como dolosos, pero -debido a la fragilidad de la prueba de cargo y no a algún especial elemento que se verifique en la conducta del imputado- podrá operar la favorabilidad aplicando el extremo mínimo de penalidad previsto para la forma de comisión dolosa.

CONCLUSIONES

1. A lo largo de la presente tesis, he definido el dolo como un juicio subjetivo-normativo de imputación del conocimiento, que no constituye un estado mental ni emocional, sino una cualidad que se expresa a través del comportamiento humano y le da sentido. Este juicio de imputación es válido y legítimo cuando el juzgador, de acuerdo al contexto social y personal de la acción del imputado, puede inferir tres condiciones para el conocimiento: un deber limitado de conocer el riesgo típico, la posibilidad efectiva de conocimiento de dicho riesgo y la imposibilidad de confiar *ex ante* en la no realización de dicho riesgo o en la no afectación del interés protegido por el ordenamiento jurídico. Dicho proceso de inferencia de las condiciones para el conocimiento puede estar a cargo de un juez penal o de un jurado popular, lo que implica riesgos de incurrir en generalizaciones, de aplicar máximas de experiencia o incluso de recurrir a la intuición del juzgador. Estos riesgos no pueden ser eliminados por completo, pero sí pueden ser atenuados a partir de la aplicación de una serie de indicadores objetivos -riesgo, evitabilidad, contexto específico, experiencia previa del autor, rol efectivamente asumido, actos específicos, motivos racionales, entre otros- cuya valoración conjunta permite canalizar adecuadamente el proceso de inferencia y delimitar en la medida de lo posible los casos de imputación dolosa, en los que se verifican las tres condiciones para el conocimiento, de los casos de imputación imprudente, en los que se verifica un defecto del conocimiento. En suma, el enfoque adoptado por la *teoría de las condiciones para el conocimiento* pone en evidencia la necesidad de vincular las herramientas dogmáticas de la teoría general del delito y los criterios de razonamiento judicial propios de una ciencia probatoria.

2. La *teoría de las condiciones para el conocimiento* constituye una teoría de límites al razonamiento judicial y, específicamente, al proceso de inferencia de los elementos subjetivos del injusto. Se trata de una propuesta que se enmarca en un sistema penal garantista, propio del Estado social y democrático de Derecho. Ello implica partir de cuatro premisas, según he expuesto en el primer capítulo de esta tesis: (i) enmarcar la teoría en un modelo de democracia constitucional, (ii) asumir una concepción del Derecho penal basada en el acto, (iii) concebir la función de la pena de acuerdo a una versión restringida de la teoría de la prevención general positiva y (iv) concebir el delito desde un enfoque funcionalista moderado.
 - 2.1. Al enmarcar mi teoría en un modelo de democracia constitucional, definiendo las bases del Estado social y democrático de Derecho, de acuerdo a la tesis del maestro MIR PUIG. Esto ha implicado asumir varias consecuencias. Por un lado, he rechazado toda forma de imputación subjetiva propia de un modelo autoritario de Estado, como son los casos

de las presunciones -legales o jurisprudenciales- de los elementos subjetivos del delito o de las teorías que postulan una completa objetivación del dolo. En consonancia con lo anterior, he afirmado la necesidad de trascender el principio de la mayoría como sustento de las decisiones estatales y apelar a la necesidad de adoptar un modelo de democracia, en el que el poder punitivo del Estado se encuentre limitado por principios que garanticen las libertades ciudadanas. Entre dichos principios, he destacado la importancia del de culpabilidad y del criterio de evitabilidad como premisas de todo juicio de imputación subjetiva, que además determinan la frontera entre el ejercicio legítimo de la potestad punitiva del Estado y la expresión de mera violencia o abuso de poder. En este punto, es pertinente recordar que la vigencia del principio de culpabilidad se sustenta, entre otros elementos, en la teoría del contrato social, que legitima el poder punitivo del Estado únicamente cuando es ejercido con la finalidad de proteger la libertad de los ciudadanos y tutelar los derechos necesarios para la convivencia; en la dignidad humana, que impide desconocer la personalidad innata del ser humano y hacerlo responsable por hechos o circunstancias inevitables; en el modelo de Estado democrático, que concibe un Derecho penal al servicio de todos los ciudadanos, incluido el imputado; en el principio de la autonomía comunicativa, que permite mantener la exigencia de lealtad comunicativa de los ciudadanos incluso en quienes no han participado del proceso democrático, cuando sus intereses se encuentran regulados de forma justa por el ordenamiento jurídico; y en la necesidad de diferenciar materialmente las conductas penalmente ilícitas de otro tipo de conductas ilícitas, lo que es posible gracias al carácter personal y subjetivo del ilícito penal.

2.2. Al enmarcar mi teoría en un modelo de democracia constitucional, he defendido también el planteamiento de un sistema jurídico abierto a las orientaciones político criminales, lo que me lleva a adoptar una concepción funcional moderada de delito y un enfoque normativo del dolo que no deje de lado las referencias a la realidad objeto de regulación: la conducta humana. No es de recibo entonces un modelo de Estado en el que los ciudadanos ostenten una corresponsabilidad jurídica por la continuidad del estado de libertades en el que viven. Cosa distinta es que se admita la regulación de determinados deberes de cooperación y, en específico, de deberes de conocimiento del riesgo típico, siempre y cuando su imposición se encuentre limitada al ejercicio legítimo del poder estatal. En esa línea, es la teoría del profesor MIR PUIG la que mejor expresa en España cómo debe ser delineada una intervención penal legítima. Según esta, el Estado de Derecho impone el sometimiento de la potestad punitiva al Derecho, lo que implica la vigencia de las garantías propias del principio de legalidad; el Estado social legitima la función de

prevención solo en la medida en que sea necesaria para proteger a la sociedad; y el Estado democrático obliga a poner el Derecho penal al servicio del ciudadano, siendo la fuente de principios como los de culpabilidad, proporcionalidad, dignidad humana e igualdad. En este punto, no puedo negar la función que las incumbencias vienen desempeñando en distintos modelos contemporáneos de la teoría del delito. Incluso cabe señalar que su capacidad de rendimiento puede ser satisfactoria en determinados supuestos de imputación extraordinaria. Sin embargo, su aplicación debe estar limitada por las exigencias del principio de culpabilidad y del criterio de evitabilidad. En ese sentido, he fundamentado la tesis de que el principio de dignidad humana constituye un imperativo categórico, mientras que cualquier imputación penal a partir de las denominadas incumbencias tendrá siempre un carácter de imperativo hipotético. Como consecuencia de esto último, una premisa fundamental de la *teoría de las condiciones para el conocimiento* consiste en que el establecimiento de incumbencias –en especial, de incumbencias de conocimiento- tiene como límite infranqueable el que no se conviertan en incumbencias de probar la inocencia o de aportar evidencia para negar la configuración de algún elemento que exige un tipo penal.

2.3. Al asumir una concepción del Derecho penal basado en el acto, la *teoría de las condiciones para el conocimiento* rechaza cualquier valoración legal del fuero interno del ser humano, concibe el delito como la infracción de una norma jurídico penal y contempla la conducta humana desde una perspectiva *ex ante*. En esa medida, mi teoría se aparta de las concepciones propias de un Derecho penal de autor o de un Derecho penal de la actitud. Defiendo, en cambio, la necesidad de que el objeto del juicio de imputación dolosa sea aquello que resulta evitable para el autor: la realización de la conducta desde un punto de vista *ex ante*, lo que incluye el conocimiento de los elementos objetivos del tipo indiciario y el conocimiento de la ausencia de los elementos objetivos de las causas de justificación de la conducta. Esto implica al menos dos consecuencias para mi teoría. La primera consecuencia es que el elemento cognitivo del dolo resulta suficiente para formular el juicio de imputación subjetiva. Si bien no niego que el elemento volitivo pueda ser propio de la conducta dolosa, su valoración jurídica resulta innecesaria, toda vez que la valoración del elemento cognitivo desde la perspectiva *ex ante* de un Derecho penal de acto resulta suficiente. El autor que, desde una perspectiva *ex ante*, tiene conocimiento de la peligrosidad de la conducta que va a realizar, una vez que la realiza a pesar de tener dicho conocimiento, actúa con dolo en el sentido de que quiere realizarla, siendo innecesario probar esta intención. La segunda consecuencia es la necesidad de adoptar una concepción unitaria de dolo, que rechace la

tradicional clasificación tripartita que diferencia los casos de dolo directo, de dolo de consecuencias necesarias y de dolo eventual. En esa línea, he defendido en esta tesis que tampoco cabe efectuar una diferencia entre dolo de peligro y dolo de lesión, ya que el dolo responde a un concepto único y lo que puede variar es la configuración objetiva del tipo penal como objeto del dolo.

2.4. La tercera premisa del sistema penal garantista asumido en esta tesis es concebir la función de la pena de acuerdo a una versión restringida de la teoría de la prevención general positiva. Al respecto, he partido de la idea de que el Derecho penal debe estar orientado a reducir violencia en dos niveles distintos. Por un lado, reducir la violencia del delito a través de su persecución eficaz y, por otro lado, reducir la violencia del ejercicio de la potestad punitiva estatal a través de la tutela de las garantías de las personas sometidas a la justicia penal. Con relación a esto último, he sostenido que la sanción penal debe justificarse desde dos planos. Desde el plano deontológico, la pena se justifica frente a quien es sujeto de pena mediante el respeto de su personalidad innata y de los principios limitadores de la potestad punitiva estatal que de ello derivan. Desde el plano consecuencialista no utilitarista, la pena se justifica por sus efectos de prevención general positiva, que son el reforzamiento de la confianza de la población en el funcionamiento de un sistema penal respetuoso de los límites propios del contrato social y la generación del efecto de pacificación social que produce la adecuada aplicación del Derecho. Ambos planos de justificación pueden coexistir en la medida que los efectos de prevención general positiva de la pena encuentren su límite en el respeto del principio deontológico.

2.5. La función de la pena que defiende implica, a su vez, asumir una concepción imperativa de la norma jurídico penal, la cual opera como norma de determinación y obliga a situar el juicio de imputación dolosa en el terreno del injusto penal. Sin embargo, ello no impide defender la idea de que determinadas consideraciones propias del juicio de culpabilidad, como son los complejos casos de errores psíquicamente condicionados, ejerzan influencia en la determinación del injusto. Ello es consecuencia de la concepción intersubjetiva de evitabilidad que he asumido en la presente tesis. En este punto, cabe sólo recordar que la evitabilidad como presupuesto de la imputación subjetiva puede ser concebida desde distintos puntos de vista. En un extremo, puede ser entendida como una circunstancia psicológica, que implica que el sujeto específico cuente con la posibilidad de ser motivado por la norma y posea las capacidades físicas e intelectuales para evitar la realización dolosa de la conducta prohibida. Se trata de una propuesta defendida, por ejemplo, por quienes asumen un esquema causalista de delito. En otro

extremo, puede entenderse la evitabilidad desde las circunstancias sociales, por ejemplo, a partir del criterio del hombre medio. Se trata de la propuesta defendida por quienes postulan altos niveles de normativización -e incluso de objetivación- del dolo. Común a ambos puntos de vista es la concepción objetiva del injusto. Entre ambos, se plantean propuestas intermedias, como la que se ha defendido en esta tesis, cuyo objetivo es determinar el nivel de influencia que debe ejercer lo subjetivo -y, específicamente, las circunstancias individuales- en el proceso de imputación del dolo como elemento del injusto.

2.6. Al concebir el delito desde un enfoque funcionalista moderado, parto de la idea de que la norma jurídico penal es un elemento de enlace entre los fines del Derecho penal y las categorías del delito. El sistema de delito funcionalista moderado no sólo supera el positivismo del Derecho penal clásico y el ontologismo de la escuela finalista, sino además las barreras existentes entre el Derecho penal y la política criminal, al evitar los excesos del funcionalismo sistémico. En ese sentido, mientras que el funcionalismo moderado apela a los principios consecuencialistas no utilitaristas del Derecho penal y toma en cuenta de forma determinante el principio deontológico, al colocar en primer plano al ser humano como destinatario de las consecuencias penales; el funcionalismo radical acude exclusivamente a las necesidades sistémicas para confirmar el sistema dogmático del Derecho penal.

2.7. Como consecuencia del sistema de delito funcionalista moderado que he adoptado, la *teoría de las condiciones para el conocimiento* justifica la mayor gravedad de la conducta dolosa frente a la imprudente en criterios de prevención general positiva, con las limitaciones que establece la concepción de bien jurídico como instrumento polivalente de la argumentación jurídico-penal, según la propuesta de AMELUNG. Al respecto, he sostenido que la teoría del bien jurídico no está en capacidad de indicarnos qué debe proteger el Derecho penal o cuál debe ser el contenido del injusto, pero sí permite diferenciar la mera facticidad de la legitimidad de la intervención penal. En específico, permite establecer que, para justificar la intervención penal, resulta insuficiente que la norma jurídico penal reúna determinados requisitos formales, ya que debe cumplir además con una utilidad -principio consecuencialista- acorde con las exigencias constitucionales según el modelo de Estado adoptado -principio deontológico-. En esa línea, la conducta dolosa resulta más necesitada de respuesta penal por parte del Estado, en atención a que el autor del delito ha negado con su conducta la vigencia de una norma penal útil y acorde a las aludidas exigencias constitucionales.

3. La *teoría de las condiciones para el conocimiento* parte de la premisa fundamental expuesta por CORCOY BIDASOLO de que no tiene razón de ser que la dogmática penal exija un elemento subjetivo del delito que luego no pueda ser probado en el proceso penal. Por ende, mi teoría ha buscado atender a dos niveles distintos de análisis del problema del dolo. El primer nivel de análisis es el nivel conceptual, que se refiere al contenido del dolo y que comprende los aspectos conceptuales y de delimitación frente a la imprudencia. En cuanto al contenido del dolo, se distinguen aquellas teorías que precisan de un elemento volitivo además del cognitivo como factor de distinción entre las conductas dolosas y las imprudentes; y aquellas teorías que limitan el contenido del dolo al elemento cognitivo. El segundo nivel de análisis es el nivel aplicativo o de determinación del dolo en el caso concreto. En este, se distinguen las perspectivas psicológicas, que conciben al dolo como un estado mental, como un elemento ontológico que debe ser probado en el proceso; y las perspectivas normativas, que conciben al dolo como un juicio de imputación normativo. En la presente tesis, he analizado el tratamiento de la problemática del dolo en el Derecho penal continental, que es el de mayor tradición dogmática y en el que el nivel de análisis conceptual ha sido extensamente desarrollado; y en el Derecho penal anglosajón, básicamente en el Derecho penal inglés, en el que, si bien el desarrollo teórico es exiguo, existe un mayor énfasis en la creación jurisprudencial de herramientas probatorias de los estados mentales del autor. El análisis de ambos sistemas legales -abordados en el segundo y tercer capítulo de esta tesis- me ha permitido sentar las bases de la propuesta desarrollada en el cuarto capítulo.

4. El análisis de las teorías acerca del dolo planteadas en el Derecho penal continental, básicamente por autores alemanes y españoles, me ha permitido llegar al siguiente balance:
 - 4.1. A nivel conceptual, he encontrado referencias a los elementos subjetivos del delito desde el Código de Hammurabi. Hasta el siglo XIX, la discusión de la ciencia jurídico penal estuvo concentrada fundamentalmente en la elaboración de un concepto estricto de dolo, limitado a los casos de intencionalidad directa, conforme había sido estructurado por el Derecho romano tardío. Fue probablemente la recepción de la obra de ARISTÓTELES en la Edad Media y en la Edad Moderna la fuente de la actual concepción de dolo como “conocer y querer la realización de un tipo delictivo”. La ciencia jurídico penal también se planteó el problema de cómo tratar aquellas conductas que lesionaban un bien jurídico, pero cuya voluntad no había estado dirigida de forma directa a lograr dicha lesión, aunque valorativamente merecerían la misma respuesta estatal prevista para los casos de intencionalidad directa. Al respecto, en el siglo

XVIII, se planteó la teoría del dolo eventual, que ampliaba el concepto del dolo más allá de la estricta intención.

4.2. A nivel aplicativo, las dificultades probatorias de entender el dolo como un elemento anímico e interno del autor del delito se han manifestado por lo menos desde la época romana. Fue entonces que, a través de la figura del *dolus ex re*, se planteó la derivación del dolo a partir de la génesis externa del delito. Más adelante, fueron COVARRUBIAS y CARPZOV quienes, con matices, plantearon la teoría del dolo indirecto, según la cual era posible imputar el resultado que, según la experiencia, solía seguirse de la conducta realizada por el autor. Ambas instituciones constituyen probablemente los más claros antecedentes de los criterios normativos de inferencia del dolo.

4.3. En el siglo XIX, FEUERBACH retomó la clásica identificación entre dolo e intencionalidad, al entender que la previsión del resultado era condición general de la culpabilidad penal. En la presente tesis, he considerado atinada la observación de RAGUÉS I VALLÈS cuando sostiene que fue FEUERBACH quien dio fin a la era del dolo indirecto y dio impulso a la búsqueda del dolo como fenómeno ontológico o como estado mental del autor. Ahora bien, la impracticabilidad de la propuesta de FEUERBACH fue puesta en evidencia por su propia teoría, al plantear luego dicho autor extensiones del dolo -como fueron las figuras del *dolo indeterminado* y de la *culpa dolo determinata*- y proponer incluso la introducción de una presunción de dolo en el Código Penal bávaro de 1813.

4.4. La singularidad de la secuencia histórica que he planteado en el segundo capítulo de esta tesis consiste en presentar las teorías del dolo no de forma cronológica, sino más bien atendiendo al cruce de ambos niveles de análisis -que constituyen al mismo tiempo planos de valoración- y a las cuatro posibles combinaciones que de ello se derivan:

- 1) En primer lugar, se encuentran las teorías del dolo que comparten un enfoque psicológico volitivo y que exigen probar la efectiva existencia de los elementos cognitivo y volitivo en la mente del autor. Para estas teorías, a nivel conceptual, la conducta dolosa implica una intención de producir el resultado típico del delito, mientras que, a nivel aplicativo, el dolo es concebido como un elemento interno o una actitud del sujeto activo frente al delito, que debe ser probada en el proceso. Dentro de este grupo de teorías, he considerado el planteamiento de CARRARA y, fundamentalmente, su concepción de la culpabilidad como libre albedrío; las distintas versiones de la teoría del consentimiento y de los sucedáneos de la voluntad; la teoría de la indiferencia defendida por ENGISCH; la concepción de dolo en la teoría

del delito propuesta por MEZGER; y las teorías modificadas de la voluntad propuestas por la doctrina española contemporánea. Estas teorías han sido sometidas a diversas críticas, no sólo por la dificultad de probar en el proceso penal la relación psicológica entre el autor y el resultado de su hecho, sino además porque se considera que colisionan con el principio de culpabilidad, al comprender el dolo eventual como un dolo directo hipotético o un querer presunto, y con el principio de lesividad, al sancionar como dolosos supuestos de escaso peligro objetivo y como imprudentes casos de extremo peligro.

- 2) En segundo lugar, están las teorías del dolo que comparten un enfoque psicológico cognitivo y que únicamente exigen probar la efectiva existencia de un elemento cognitivo en la conducta dolosa. A nivel conceptual, para estas teorías, la intencionalidad de producir el resultado no juega un rol relevante, sino más bien el nivel de representación subjetiva que tiene el autor frente a la probabilidad de producir el resultado. El objeto del dolo es la representación de la conducta peligrosa antes que el propio resultado típico. A nivel aplicativo, estas teorías conciben el dolo como un elemento interno, una actitud del sujeto frente al delito, que debe ser probada en el proceso. Dentro de este grupo de teorías, he considerado la concepción de dolo elaborada por los deterministas; las teorías de la representación con especial atención a sus versiones de la probabilidad y de la posibilidad; la propuesta de la teoría finalista de WELZEL, en la que destaca su planteamiento de valorar cognitivamente la confianza del sujeto en la no producción del resultado, lo que permite cerrar la puerta a los supuestos de confianza irracional como excluyentes del dolo; y las teorías de A. KAUFMANN y MIR PUIG. Si bien es cierto que, a nivel aplicativo, el enfoque psicológico cognitivo puede presentar dificultades de prueba similares a las de las teorías pertenecientes al enfoque psicológico volitivo, cabe destacar la existencia de algunas teorías psicológico cognitivas que han evolucionado hacia concepciones objetivas de la probabilidad, en las que lo importante ya no es el nivel de representación subjetiva del autor, sino la característica objetiva del peligro que se representa el autor. Se trata de teorías que se acercan a los enfoques normativos del dolo.
- 3) En tercer lugar, se encuentran las teorías del dolo que adoptan un enfoque normativo volitivo y que no pretenden probar la efectiva concurrencia de los elementos del dolo, sino establecer criterios para imputar al sujeto el conocimiento y la voluntad de realizar el tipo penal. A nivel conceptual, estas teorías conciben la conducta dolosa como aquella que se realiza con conocimiento y voluntad, mientras que, a

nivel aplicativo, el dolo es concebido como un juicio normativo de imputación que se realiza a partir de indicadores externos de la conducta del sujeto activo del delito. Dentro de este grupo de teorías, he considerado las propuestas de ROXIN, HASSEMER, SCHÜNEMANN, DÍAZ PITA y RODRÍGUEZ MONTAÑÉS. Si bien a nivel aplicativo se trata de teorías que superan los cuestionamientos de eficacia y de legitimidad vertidos sobre los enfoques psicológicos, el mantenimiento del elemento volitivo -concebido por diversos autores como “decisión de actuar”- genera que estas propuestas no terminen de desligarse de las visiones más tradicionales del dolo.

- 4) Finalmente, están las teorías que adoptan un enfoque normativo cognitivo y que se limitan a elaborar criterios de imputación del conocimiento para calificar la conducta como dolosa. A nivel conceptual, estas teorías entienden que el elemento volitivo del dolo es un componente de menor rango que el elemento cognitivo. Plantean así que, cuando alguien realiza un hecho siendo consciente de tal realización y de sus circunstancias relevantes, resulta innecesario imputarle una determinada voluntad o intencionalidad. A nivel aplicativo, el dolo es concebido como un juicio normativo de imputación que se realiza a partir de indicadores externos de la conducta del sujeto activo del delito. Dentro de este grupo de teorías, he considerado las propuestas de FRISCH, CORCOY BIDASOLO, SILVA SÁNCHEZ, FEIJOO SÁNCHEZ, HRUSCHKA, RAGUÉS I VALLÈS, JAKOBS, HERZBERG y PUPPE.

4.5. La concepción funcional de la *teoría de las condiciones para el conocimiento* ha tenido en cuenta una serie de puntos propuestos por autores contemporáneos que defienden teorías que se enmarcan principalmente en los enfoques normativos -tanto volitivos como cognitivos- del dolo. Es el caso de los planteamientos de FRISCH cuando sostiene, por un lado, que el objeto del dolo es el comportamiento típico y, por otro lado, que no puede imputarse a título de dolo la producción de una consecuencia que vaya más allá de lo evitable para el autor. Asimismo, he rescatado la propuesta de HERZBERG, en el sentido de que debe rechazarse una valoración subjetivista de la confianza del sujeto en la no producción del riesgo típico, lo que va en la línea de lo planteado por WELZEL, a lo que HERZBERG añade la necesidad de trazar el límite de la confianza a partir de la calidad objetiva del peligro. He valorado también la propuesta de PUPPE, quien plantea la necesidad de diferenciar en un nivel objetivo los peligros de dolo de los peligros de imprudencia, pero añade que ello debe distinguirse del plano subjetivo, en el que se califica el hecho a partir de los concretos conocimientos del sujeto. Del mismo modo, he incorporado a mi teoría el planteamiento de CORCOY

BIDASOLO, cuando sostiene que un enfoque cognitivo del dolo no tiene por qué ampliar su ámbito de aplicación, si se diferencia el contenido del conocimiento propio de la conducta dolosa del contenido del conocimiento propio de la conducta imprudente. Finalmente, he recogido la propuesta de MOLINA FERNÁNDEZ, en el sentido de que el problema de distinción entre dolo e imprudencia tiene un carácter gradual, lo que pone en evidencia la dificultad –sino imposibilidad- de establecer legalmente criterios fijos de distinción entre ambas formas de imputación subjetiva.

4.6. Más allá de los cuatro enfoques indicados, en el proceso de normativización del dolo, existen nuevas propuestas que van más allá y cuestionan el sistema de delito en el que se enmarca el problema. Así es el caso de PÉREZ BARBERÁ, quien sostiene que debe abandonarse la identificación del dolo con conocimiento, voluntad o cualquier otro hecho psíquico o físico; PORCIÚNCULA, quien propone la necesidad de superar el sistema de delito de la dogmática penal, que divide al delito en función de elementos objetivos y subjetivos; y LESCH, quien propone una valoración estrictamente objetiva de la antijuridicidad. Todas estas propuestas han sido abordadas en la presente tesis y, si bien no puedo compartirlas por las diversas razones expuestas en su momento, reconozco que plantean válidos cuestionamientos que he tomado en cuenta al momento de elaborar las bases de mi teoría.

5. El análisis de jurisprudencia inglesa acerca de los elementos subjetivos del delito me ha permitido llegar al siguiente balance:

5.1. En el Derecho penal inglés, también se observa una marcada diferencia entre los dos niveles de análisis del problema del dolo: el nivel conceptual y el nivel aplicativo. Sin embargo, como he puesto en evidencia en el tercer capítulo de esta tesis, la jurisprudencia penal inglesa otorga primacía al nivel de determinación procesal del dolo y está abocada principalmente a la construcción de un sistema o conjunto de criterios de inferencia de los estados mentales del delito. En efecto, se trata de un Derecho prioritariamente jurisprudencial, con la notoria ausencia de un Código penal, que además recurre frecuentemente al sistema de jurados populares, por lo que requiere que toda institución jurídica sea de fácil comprensión y tratamiento. Ello ha generado que la concentración principal de los jueces penales esté en cómo formular directivas al jurado, a efectos de que este cuente con las herramientas suficientes para inferir los estados mentales del imputado.

5.2. Si bien el desarrollo de la dogmática penal en Reino Unido es ciertamente menor a la del Derecho penal continental, en mi investigación he encontrado diversas fuentes en las que se presentan planteamientos con

alta capacidad de rendimiento y que he incorporado a mi *teoría de las condiciones para el conocimiento*. En primer lugar, he rescatado la propuesta de BLACKSTONE, en el sentido de que un acto de la mente no puede ser objeto de ningún conocimiento judicial, a menos que sea demostrado por algún acto manifiesto. Se trata de la obra de un penalista del siglo XVIII en la que se advierte la visión pragmática y aplicativa del Derecho penal inglés. En segundo lugar, he tomado en consideración el principio del daño elaborado por MILL y, específicamente, la idea de que una simple protección contra la tiranía del gobernante no resulta suficiente, ya que se requiere también una protección contra la tiranía de las opiniones y sentimientos prevalentes en la sociedad. Justamente esta propuesta se vincula con mi teoría, en la medida que se presenta como un límite a la aplicación de generalizaciones e intuiciones en el razonamiento judicial que formula el juicio de imputación subjetiva. En tercer lugar, he asumido la propuesta de H.L.A. HART, cuando defiende un principio sustantivo de distribución, que ordena que sólo deben ser castigadas aquellas personas que han tenido una justa oportunidad de ajustar su conducta a las exigencias de la ley. Se trata de un planteamiento muy cercano al criterio de evitabilidad del Derecho penal continental. A ello añade el mismo autor inglés el planteamiento de que el dolo resulta relevante no sólo al determinar si el imputado es penalmente responsable, sino también al momento de establecer la medida de la sanción penal. Esto último resulta sumamente relevante para mi teoría, en la medida que he reconocido que el problema de delimitación entre dolo e imprudencia tiene naturaleza gradual y aquellos casos de difícil delimitación deben encontrar una solución en el terreno de la determinación de la pena.

- 5.3. No existe una gran distancia entre la discusión acerca del método de aproximación a los estados mentales mantenida por la jurisprudencia inglesa y el debate sostenido en el Derecho penal continental entre los enfoques psicológicos y los enfoques normativos del dolo. En Reino Unido esta discusión se ha traducido en el conflicto entre el principio de autonomía individual y el principio de bienestar, existiendo dos planteamientos muy diferenciados acerca de lo que debe ser acreditado en juicio. En un extremo, el planteamiento de los subjetivistas, quienes proponen que, al menos en los delitos más graves, el elemento mental requiere la prueba de que el imputado tuvo conciencia personal de sus acciones y fue consciente de las circunstancias relevantes y de las consecuencias que forman parte de los elementos objetivos del delito. En otro extremo, el planteamiento de los objetivistas, para quienes es suficiente probar que una persona razonable hubiera sido consciente de las circunstancias y consecuencias relevantes que forman parte del delito, independientemente de si el imputado fue consciente de las

mismas. Entre ambos extremos, existen múltiples propuestas intermedias, que van en la misma línea del proceso de normativización del dolo del Derecho penal continental. En esa medida, si bien algunos autores afirman que recientemente las cortes inglesas han mostrado una tendencia subjetivista y una preferencia por juzgar al imputado sobre la base de lo que intentó o conoció, antes que sobre la base de lo que una persona razonable hubiera realizado, lo cierto es que el Parlamento inglés ha mostrado una tendencia por crear cada vez más delitos con elementos de responsabilidad objetiva o estandarizada, lo que ha obligado a la judicatura a optar en no pocas ocasiones por planteamientos intermedios a efectos de respetar los mínimos principios de limitación de la intervención penal.

5.4. En dicho marco, tres factores caracterizan la mayor parte de decisiones judiciales contemporáneas en materia penal. En primer lugar, existe una tendencia a apartarse de las presunciones de derecho, como aquella que antiguamente establecía que el imputado necesariamente prevé y tiene la intención de realizar las consecuencias naturales de su conducta. En segundo lugar, las cortes inglesas muestran una tendencia a apartarse de criterios o valoraciones morales a la hora de determinar el estado mental imputado, como ocurrió en el caso *Regina v Moloney*. Finalmente, quizás el factor más importante consiste en que los tribunales mayoritariamente reconocen que los jueces penales y los jurados populares no tienen a su disposición una prueba directa del estado mental del imputado. Esto último ha llevado a las cortes inglesas a reconocer la necesidad de recurrir a la inferencia como herramienta para establecer los estados mentales del imputado. Así, a partir de la acreditación de la acción realizada y del contexto en el que tuvo lugar incluyendo la conducta previa y la ejecución, las cortes inglesas establecen reglas para inferir el estado mental con el que el sujeto activo obró. Según un criterio ampliamente establecido, la presunción de inocencia se quiebra cuando el juez o el jurado son persuadidos de que un estado mental se evidencia más allá de toda duda razonable. Aunque con una terminología quizás distinta, puedo afirmar entonces que, en las últimas décadas, el problema central para la jurisprudencia penal inglesa reside en cómo formular la imputación -o cómo plantear criterios de inferencia- en los casos de dolo no intencional: dolo de segundo grado o casos de intención oblicua y dolo eventual o casos de temeridad subjetiva.

5.5. En materia de imputación subjetiva, si bien a primera vista pareciera que la jurisprudencia inglesa ha evolucionado de una visión objetiva del dolo hacia una perspectiva más subjetiva, lo cierto es que la real transición ha operado desde el establecimiento de presunciones objetivas de la

intención hacia una concepción procesal de formulación de criterios de inferencia de la intención. En el desarrollo de la jurisprudencia inglesa del siglo XX, he podido distinguir por lo menos cinco criterios de inferencia del dolo o intención que he considerado relevantes al momento de plantear la *teoría de las condiciones para el conocimiento*. En primer lugar, se encuentra el criterio objetivo de inferencia desarrollado en el caso *DPP v Smith*, en el que se aplica un baremo según el cual existe homicidio intencional cuando la muerte del sujeto pasivo es previsible por parte de una persona razonable situada en la posición del autor. Se trata de un proceso de atribución objetiva del estado mental, similar a los enfoques normativos más radicales del Derecho penal continental. En segundo lugar, el criterio de la consecuencia prácticamente segura, planteado en el caso *Hyam v DPP*, afirma que el resultado es intencional, aun cuando no hubiera sido el propósito del autor causarlo, si es que el autor ha tenido conocimiento de que el resultado era una consecuencia prácticamente segura de su conducta. Se trata de un enfoque que guarda similitud con la versión subjetiva de la teoría de la probabilidad del Derecho penal continental y que implica asumir una concepción amplia de la intención. En tercer lugar, el criterio de la consecuencia natural, desarrollado en el caso *Regina v Moloney*, parte de la idea que la intención implica una certeza moral, por lo que sólo puede afirmarse que el imputado ha actuado intencionalmente si es que él mismo ha tenido conocimiento que el resultado era una consecuencia natural de su conducta. Se trata también de la aplicación de un baremo subjetivo de probabilidad, aunque con un contenido presuntivo que ha generado más de una duda en el Derecho penal inglés. En cuarto lugar, el criterio de la alta probabilidad, planteado en el caso *Regina v Hancock & Shankland*, afirma que cuanto más alta es la probabilidad de una consecuencia, es más probable que esta haya sido prevista y, si la consecuencia ha sido prevista, es más alta la probabilidad de que la consecuencia haya sido intencional. Finalmente, el criterio de la inferencia frente a la virtual certeza, planteado en casos como *Regina v Nedrick*, *Regina v Woollin* y *Regina v MD*, establece que la previsión del resultado no es más que una prueba de la cual se puede inferir la intención del imputado que ha apreciado la virtual certeza del resultado generado por su conducta.

- 5.6. En la presente investigación, he recogido también otro grupo de criterios jurisprudenciales que las cortes inglesas han elaborado en torno a la figura de la temeridad, que, en su acepción subjetiva, se asemeja a los casos de dolo eventual del Derecho penal continental. Se trata de aquellos casos en los que el imputado decide llevar a cabo riesgos injustificables que pueden dañar a terceros. En este supuesto, las cortes inglesas siguen los criterios de inferencia establecidos en el caso *Regina v Cunningham* y ratificados en el caso *Regina v G*. Según esta línea

jurisprudencial, la temeridad subjetiva se infiere a partir del contexto del caso y, específicamente, de elementos que indiquen que el imputado tuvo conocimiento de que su conducta podía causar un grave daño - indicio de reconocimiento de la existencia del riesgo- y, a pesar de ello, insistió con realizarla -indicio de toma deliberada del riesgo-.

5.7. Finalmente, he recogido criterios jurisprudenciales que se refieren al conocimiento, que es un estado mental que se suele vincular a las circunstancias del delito. Uno de dichos criterios de inferencia del conocimiento es el de la “creencia razonable” planteado en el caso *Regina v Edward Leonard Hall*, según el cual no es necesario acreditar el conocimiento efectivo del imputado, sino que resulta suficiente atribuirle una creencia razonable, que es el estado mental de la persona que se dice a sí misma que no puede estar segura de la circunstancia delictiva, aun cuando no puede haber otra conclusión razonable, a la luz de todas las circunstancias del caso, de lo que ha oído y visto. Otro criterio específico de inferencia del conocimiento lo he extraído del caso *Taylor’s Central Garages Ltd. (Exeter) v. Roper*, en cuya fundamentación se establece que el conocimiento como estado mental, además de abarcar los casos de conocimiento actual y virtualmente cierto de un hecho particular, comprende aquellos supuestos en los que el imputado ha actuado bajo una ceguera voluntaria frente a la verdad.

5.8. La ley inglesa tampoco ha sido ajena a esta visión procesal de los elementos subjetivos del delito. En esa medida, se ha visto que el artículo 8º de la Ley de Justicia Criminal de 1967 establece que el tribunal o el jurado, al determinar si una persona ha cometido un delito, no está obligado a realizar la inferencia de la intención, sino que más bien debe decidir en base a todas las pruebas, efectuando una inferencia a partir de la evidencia tal como aparezca de las circunstancias del caso concreto.

5.9. El Derecho penal inglés, básicamente a través de normas estatutarias, regula formas de responsabilidad penal objetiva. En esta tesis he hecho especial énfasis en este asunto y en los efectos negativos que conlleva el alejarse del principio de culpabilidad. En mi opinión, la experiencia inglesa puede ser tomada como un espejo de lo que podría ocurrir en el Derecho penal continental si se lleva a cabo el proyecto de objetivación del dolo hasta sus últimas consecuencias. Como he explicado en la sección pertinente, en los casos de responsabilidad estricta u objetiva, no se exige probar el estado mental o la negligencia del autor respecto de uno o algunos de los elementos objetivos del delito. En no pocos casos, se aplican incluso penas privativas de la libertad de considerable gravedad. Ante ello, la jurisprudencia penal inglesa ha desarrollado, a

partir del caso *Sweet v Parsley* la presunción de *mens rea*, para cuya vigencia se valora el contexto del estatuto, la redacción de las normas, el contexto social, la naturaleza del objeto de regulación, la gravedad de la ofensa y el daño ocasionado por la misma. Llama la atención que la gravedad de la pena no sea un elemento concluyente, lo cual ratifica el grave riesgo de la implementación de un sistema de responsabilidad penal objetiva.

6. Los efectos prácticos de la distinción entre ambos niveles de análisis para la *teoría de las condiciones para el conocimiento* han implicado que su enfoque no se limite a los aspectos conceptuales y a la necesidad de valorar o no un elemento volitivo que se adicione al elemento cognitivo del dolo a fin de diferenciarlo de la imprudencia, sino que ha incluido -en un lugar preponderante- los criterios para determinar la existencia, inferencia o imputación, según el caso, del dolo en el caso concreto. En esa medida, he reunido elementos extraídos de dos tradiciones jurídicas -la continental y la anglosajona- muy distintas, pero de ninguna manera incompatibles. Creo pertinente destacar en este punto la cita de KUHLEN cuando sostiene que la taxatividad de la ley se mide recurriendo tanto al texto legal como a sus posibilidades de interpretación judicial. Es posible entonces construir una teoría a partir de elementos extraídos de ambas tradiciones, más aún cuando en ambas es tangible el tratamiento de la teoría del delito, a partir de la relación entre dos principios antagónicos: el principio deontológico y el principio consecuencialista. Probablemente la diferencia más significativa reside en que en el sistema penal anglosajón se haya hecho más énfasis en el segundo principio, aunque propuestas como la de HART evidencian, desde hace buen tiempo, que la necesidad de asumir el conflicto entre ambos principios y brindar una solución conciliatoria al problema penal es propia de ambas tradiciones jurídicas.
7. La evolución del tratamiento del dolo en ambas tradiciones jurídicas ha puesto en evidencia la debilidad de los enfoques psicológicos del dolo. En primer lugar, se trata de enfoques que no resisten un mínimo análisis de eficacia probatoria, ya que el dolo es un concepto de disposición, que carece de verificabilidad empírica. En esa medida, incluso defensores de teorías psicológicas del dolo, como es el caso de DÍEZ RIPOLLÉS, plantean la necesidad de una legitimación normativa que salve la distancia entre la inaccesible verdad material de los elementos subjetivos y el procedimiento experimental que vincula sus conclusiones a una serie de datos objetivos. En segundo lugar, los enfoques psicológicos no cuentan con una base científica fiable, a pesar de sustentar su propuesta en elementos propios de las ciencias exactas, como son los juicios de certeza. En tercer lugar, frente a los fallos anotados, los enfoques psicológicos convierten en imprescindible la valoración de elementos emocionales como medio para distinguir las

conductas dolosas de las imprudentes, permitiendo la introducción de variables no jurídicas para la resolución de casos. Se da paso así a la utilización de prejuicios que valoran la personalidad del autor antes que sus actos y a presunciones que reemplazan el juicio de imputación subjetiva, que debiera sustentarse en variables normativas y no en la concepción subjetiva del juzgador según su percepción del caso. Permiten además la introducción de valoraciones meramente políticas o morales a la teoría del delito, así como el criterio de la alarma social como pauta para determinar la gravedad subjetiva de una conducta. Finalmente, cabe destacar el inadecuado tratamiento que efectúan los enfoques psicológicos de los casos de error. Al admitir la confianza irracional en la no realización del riesgo como elemento que impide la configuración dolosa de un delito, se llega a resultados absurdos e injustos, conforme he detallado en el cuarto capítulo de esta tesis.

8. Descartada la eficacia y la legitimidad de los enfoques psicológicos del dolo, existe una tendencia en la doctrina a defender altos grados de normativización del dolo, restringiendo o anulando la posibilidad de que los elementos ontológicos operen algún tipo de influencia en la decisión normativa de imputación de la conducta dolosa. El problema que se plantea entonces es si dicho proceso de normativización de los elementos subjetivos del delito y, en específico, del dolo, puede implicar la anulación del principio de responsabilidad subjetiva, su flexibilización o su simple adaptación a los nuevos tiempos. En un sentido crítico, cabe recordar las expresiones de HASSEMER cuando señalaba que existe una grave amenaza al principio de culpabilidad por parte de los intereses de una política criminal eficaz. Teniendo ello en cuenta, la *teoría de las condiciones para el conocimiento* no solo rechaza los enfoques psicológicos del dolo, sino que también toma con reservas las propuestas estrictamente normativas. En esa medida, he defendido en la presente tesis un enfoque subjetivo-normativo de imputación. Se trata de un enfoque normativo porque concibe la asignación de responsabilidad penal como un acto de atribución de significado social y no como un proceso de indagación de los estados mentales del autor de un delito. Asimismo, se trata de un enfoque que adopta un método teleológico y no uno inductivo, toda vez que descubre lo esencial del dolo en los fines y en la función del Derecho penal. Ahora bien, se trata también de un enfoque subjetivo o individualizado, ya que toma como referente de significado características propias de la conducta del ser humano y adopta un doble baremo de medición, que atiende tanto a las condiciones del contexto social como del contexto personal del imputado. En mi opinión, la síntesis de ambos contextos otorga alta capacidad de rendimiento a mi teoría, toda vez que, por un lado, el análisis del contexto social y la aplicación de estándares generales indica que nos encontramos frente a un juicio de imputación que no apunta a la personalidad del individuo, sino al hecho concreto; y, por otro lado, el análisis del contexto individual y el establecimiento de un estándar subjetivo

-o, mejor dicho, la valoración de condiciones individualizadas de responsabilidad- operan como límites a la aplicación de los estándares generales en el caso concreto. En suma, la síntesis propuesta permite evitar los graves problemas de legitimidad y eficacia de los enfoques psicológicos del dolo, así como poner un freno al proceso objetivizador del dolo de algunos enfoques normativos que reservan la valoración de cualquier elemento subjetivo al nivel de la culpabilidad o sencillamente lo omiten.

9. En síntesis, los planteamientos básicos de la *teoría de las condiciones para el conocimiento* son los siguientes:

9.1. El dolo no es un estado mental que deba ser descubierto por el juzgador, a quien resulta inaccesible la mente del imputado. La distinción cuerpo-mente debe ser cuestionada.

9.2. El dolo es un juicio subjetivo-normativo de imputación del conocimiento del riesgo prohibido por la norma penal al sujeto que realiza una conducta en condiciones que lo hacían titular de un deber limitado de conocimiento del riesgo típico, que le proporcionaban la posibilidad efectiva de adquirir dicho conocimiento y que hacían imposible que confiara racionalmente en la no realización del riesgo. *Deber de conocer, posibilidad de conocer e imposibilidad de confiar* son las tres condiciones para imputar el conocimiento.

Las dos primeras condiciones son comunes a la imputación dolosa y a la imputación imprudente. Es la imposibilidad de confiar en la no realización del riesgo típico la condición determinante a efectos de distinguir los casos dolosos. Al respecto, he defendido en esta tesis la idea de que la racionalidad de la confianza en la no realización del riesgo típico debe medirse a partir de las condiciones -sociales e individuales- del caso concreto. En ese sentido, corresponde efectuar un doble examen. Por un lado, debe medirse el peligro concreto de realización del delito desde parámetros objetivos y no subjetivos. Por otro lado, debe atenderse a las circunstancias específicas en las que actuó el sujeto, a efectos de determinar si, desde un parámetro intersubjetivo, le era accesible aprehender el peligro concreto. La accesibilidad del peligro concreto debe ser medida en atención a aquello que expresa la conducta del sujeto, al sentido que esta le otorga al hecho. Si el resultado de este doble examen es que efectivamente existía un peligro concreto de realización del delito y el sujeto estuvo en condiciones de conocer dicho peligro, entonces debe concluirse que cualquier alegación de confianza en la no realización del riesgo o en la no producción del resultado es irracional y no puede ser admitida como excluyente de la imputación dolosa.

9.3. Dolo y conocimiento son elementos distintos. El primero es el juicio de imputación del segundo, mientras que el segundo es el referente de significado del primero. El conocimiento no es entonces un estado mental, sino una cualidad del comportamiento humano que se expresa a través de la realización de actos específicos por parte del imputado y que le otorga el sentido doloso a su conducta. El conocimiento es una construcción de cada sujeto, según expectativas generales -sentido social- y circunstancias personales -contexto individual del imputado- que se expresa en su conducta. En consecuencia, el conocimiento no puede ser asimilado con aquello en lo que el sujeto centra su atención conscientemente en un determinado espacio o en un determinado momento. Por el contrario, el conocimiento tiene más que ver con disposiciones del sujeto que se expresan en su conducta. Hace referencia a una capacidad, a una disposición, que se identifica con la conducta humana y no con el pensamiento. Esta forma de entender el conocimiento permite afirmar que la imputación dolosa no exige la verificación de una conciencia explícita, sino que puede atender a conocimientos latentes, siempre y cuando puedan ser objeto de prueba y no se apliquen presunciones del conocimiento.

9.4. El conocimiento se expresa en hechos -conductas humanas- que deben y puede ser probados en el proceso penal. En materia de imputación subjetiva, el juzgador dispone de dos clases de información: hechos probados y condiciones de imputación (el deber limitado de conocimiento, la posibilidad efectiva de conocimiento y la imposibilidad de confiar racionalmente en la no realización del riesgo típico). El punto de conexión entre ambos elementos se encuentra en el razonamiento judicial que se sustenta en un proceso de inferencia. En dicho proceso, el juez penal o el jurado popular, según el caso, a partir de los hechos probados, infiere la configuración de las tres condiciones para imputar el conocimiento. El proceso de inferencia puede estar constituido por distintos tipos de razonamientos, entre los que destacan el deductivo y el inductivo. La tarea de este tipo de razonamientos es proporcionar racionalidad a la decisión en un proceso judicial, en el que la hipótesis es establecida por el Derecho aplicable.

9.5. En el marco de un sistema de libre valoración de la prueba propio del Estado social y democrático de Derecho, cabe tener en cuenta que el dolo, como juicio de imputación, no es susceptible de prueba; el conocimiento, como referente del significado de una conducta, sólo puede ser inferido; y la conducta humana -en la que se expresa el conocimiento que será inferido- siempre es susceptible de prueba.

9.6. En el proceso de razonamiento judicial -o de resolución de un caso por parte de un jurado popular- intervienen siempre generalizaciones, que son las razones de cada paso que el juzgador realiza para obtener las inferencias, por ejemplo, de las condiciones para el conocimiento. Estas generalizaciones conllevan una serie de riesgos que, en un proceso penal propio del constitucionalismo penal, deben ser evitados. La aplicación de “máximas de experiencia” o de la “intuición del juez” como sustitutos del razonamiento judicial son quizás los más graves de estos riesgos.

En la presente tesis, he distinguido distintas clases de generalizaciones, que resumo a continuación. En primer lugar, se encuentran las generalizaciones científicas o expertas, que son aquellas que se sustentan en el conocimiento científico y en la investigación. Suelen ser acreditadas a través de la participación de testigos expertos en el proceso penal y se distinguen según sus distintos grados de confiabilidad. En segundo lugar, están las generalizaciones de conocimiento general, que son las habitualmente aceptadas como bien establecidas en una determinada comunidad. Suelen ser interpretadas en el proceso penal como circunstancias indiscutibles por las partes. Con relación a esta clase de generalizaciones, suele aplicarse la denominada “doctrina de los hechos públicos y notorios”, que se refiere a aquellos hechos que no están sujetos a controversia razonable, toda vez que son generalmente conocidos dentro de la jurisdicción del tribunal o son determinables en forma exacta y fácil a través de fuentes cuya exactitud no puede ser razonablemente cuestionada. En tercer lugar, se encuentran las generalizaciones basadas en la experiencia, las cuales pueden ser ampliamente compartidas en una comunidad o basarse en la experiencia individual. Finalmente, existen las generalizaciones sintético-intuitivas o de creencia, que constituyen supuestos en los que predomina la intuición individual. Estas dos últimas clases de generalizaciones suelen ser especialmente problemáticas, ya que o bien constituyen extrapolaciones a partir de una experiencia personal del juzgador, frente a las que resulta imposible un ejercicio adecuado del derecho de defensa, o bien simplemente adolecen de fundamento y dan lugar a resultados insensatos.

Asimismo, el razonamiento judicial lleva consigo una simplificación construida a través de los recuerdos y que los psicólogos estudian a través de los heurísticos. En la presente tesis, he destacado los riesgos que conllevan el heurístico de la representatividad, según el cual los seres humanos toman sus decisiones en función de aquello que ya conocen y les resulta parecido a lo que tienen que decidir; el heurístico de la accesibilidad, que postula que los seres humanos valoran la

probabilidad de que se produzca un acontecimiento en función de la facilidad que tienen para recordar un acontecimiento similar; el heurístico de anclaje y ajuste, según el cual los seres humanos suelen hacerse una idea de lo que ha sucedido en un principio, en cuanto ven algunos indicios, siendo muy difícil que posteriormente cambien de opinión, pese a que reciban nuevos datos que modifiquen la percepción inicial; y el heurístico de la necesidad de justificación de la decisión, según el cual, ante la necesidad de motivar públicamente una decisión, el juzgador suele decidir aquello que le parece más defendible socialmente. En todos los casos, los heurísticos podrían generar que el juzgador realice inferencias indebidas de condiciones para el conocimiento o de defectos del conocimiento, en base a los sesgos de razonamiento que trae consigo.

9.7. No es posible que desaparezcan por completo los riesgos que implican la aplicación de generalizaciones y heurísticos en el razonamiento judicial, ya que ello implicaría abandonar el sistema de libre valoración de la prueba y reemplazarlo por uno de prueba tasada o por un estándar matemático que no resultan adecuados para la valoración de elementos subjetivos de la conducta humana. Sin embargo, sí es posible establecer un catálogo abierto y perfectible de indicadores de las condiciones para el conocimiento, que guíen el proceso de inferencia del juzgador y lo mantengan dentro de los cauces de racionalidad entendida como respeto de los principios limitadores del *ius puniendi* del Estado. El catálogo de indicadores planteado en esta tesis -que comprende los indicadores de riesgo, evitabilidad, contexto específico, experiencia previa del autor, rol, actos específicos y motivos racionales- es abierto. Se trata de reglas de imputación y no de presunciones, cuya aplicación y valoración conjunta no proporciona una respuesta exacta al problema del dolo, lo que no es posible por su carácter gradual. Sin embargo, en el marco de una ciencia probatoria, sirven para otorgar razonabilidad al juicio de inferencia de las condiciones para el conocimiento y constituyen herramientas de análisis y de argumentación en el proceso penal.

Los indicadores que propongo en esta tesis son los siguientes:

- 1) El indicador de riesgo establece que, en el razonamiento judicial, una mayor magnitud de riesgo y la inminencia de la lesión permiten al juzgador valorar la existencia de una expectativa mayor de que el sujeto activo de un delito aprehenda el riesgo y, a la inversa, una expectativa menor de que el sujeto activo de un delito pueda confiar racionalmente en su no realización. Este indicador se identifica con las generalizaciones científicas, ya que las leyes deterministas o probabilísticas que fundamentan el riesgo tienen una base científica

o, al menos, pueden ser corroboradas a partir de una técnica mayormente aceptada. En esa medida, el juicio meramente subjetivo e individual del autor acerca de la producción de modificaciones perjudiciales como consecuencia de su conducta es ajeno a la valoración propuesta y forma parte del terreno de la intuición. Justamente el indicador de riesgo funciona como un límite a la aplicación de intuiciones en el razonamiento que pudieran dar lugar a la inferencia de las condiciones para el conocimiento.

- 2) El indicador de evitabilidad exige la valoración de las capacidades generales del sujeto activo del delito y su impacto a nivel del injusto. Este indicador se identifica con las generalizaciones científicas y constituye un límite a la aplicación de generalizaciones o máximas de experiencia en el razonamiento inferencial. En ese sentido, la experiencia personal del juez o del jurado, o su intuición basada en un supuesto sentido común no están en condiciones de sustentar la imputación de la posibilidad efectiva de conocimiento en un caso concreto. Debe atenderse, en primer lugar, a las capacidades generales de los seres humanos según las leyes científicas correspondientes y, en segundo lugar, a su aplicación al supuesto concreto del sujeto imputado, atendiendo a las circunstancias del contexto social y del contexto personal del caso.
- 3) El indicador del contexto específico establece que debe valorarse el ámbito de creación del riesgo y las circunstancias espaciales y temporales en las que el sujeto activo realiza la conducta imputada. Se trata de un indicador que permite dar contenido a las generalizaciones de conocimiento general en el marco de un juicio subjetivo-normativo y que además puede servir de importante límite a las generalizaciones basadas en la experiencia o en el “sentido común”. Constituye también un límite a la aplicación de heurísticos de la representatividad. La introducción del contexto específico permite modificar parcialmente -de ser necesario- la valoración judicial basada en una experiencia anterior de un caso aparentemente similar. El contexto específico es justamente el elemento que permite detectar las diferencias entre un caso y otro.
- 4) El indicador de la experiencia previa del autor ayuda a medir la posibilidad de confiar racionalmente en la no realización del riesgo. La experimentación de situaciones de riesgo similares o la adquisición de conocimientos específicos acerca del riesgo objeto de análisis constituyen piezas claves en la medición de la racionalidad de la confianza del sujeto. La experiencia previa del autor comprende los conocimientos previamente adquiridos, que pueden tener naturaleza

técnica o convencional; los actos de exteriorización previa del conocimiento; y, en general, todo aquello que pertenezca a la historia personal del imputado, que de alguna manera se exteriorice y pueda ser objeto de prueba válida en el proceso penal. Este indicador proporciona contenido a las generalizaciones de conocimiento general, al incorporar matices individuales a los conocimientos generales o a aquellas circunstancias que suelen ser consideradas como hechos públicos y notorios en los procesos de inferencia que realizan los jueces. En este punto, los casos de habituación al riesgo pueden constituir supuestos de conocimientos previos del autor, que generan su predisposición a desconocer el riesgo y pueden ser valorados como indicadores de la mayor admisibilidad del error sobre la situación típica o de mayor predisposición a valorar la invencibilidad de dicho error. Asimismo, este indicador sirve de límite a las generalizaciones basadas en la experiencia, al sustituir la experiencia previa del juzgador por la experiencia previa del autor; y a las generalizaciones intuitivas, al proporcionar al juzgador un factor objetivo de medición de la racionalidad de la confianza del imputado.

- 5) El indicador del rol establece que debe valorarse la competencia efectivamente desplegada por una determinada persona, así como la atribución de deberes y derechos que ello conlleva. Se trata de un indicador que constituye un límite tanto a las generalizaciones de experiencia como a las generalizaciones intuitivas, en la medida que introduce en el proceso de inferencia la consideración de las características específicas de la función realizada por el imputado.
- 6) El indicador de actos específicos realizados por el imputado coadyuva también a medir la racionalidad de la confianza en la no realización del riesgo típico. Un primer caso de actos específicos está constituido por los actos de evitación. En este supuesto, el juzgador deberá valorar la interposición de medios por parte del autor para evitar la realización del resultado o mantener el riesgo bajo control, así como la capacidad objetiva de dichos medios para conseguir su finalidad. En estos casos, en el proceso de inferencia, deberá tenerse en cuenta si, objetivamente, el sujeto ha realizado acciones para disminuir el riesgo penalmente relevante. Asimismo, el juzgador deberá evitar la valoración favorable de los actos estratégicos del imputado, esto es, de aquellos actos de simulación de la realización de un acto de evitación, a efectos de presentarlo como defensa ante una futura imputación. Otra clase de actos específicos que pueden ser valorados en el proceso de inferencia son aquellos que constituyen una auto puesta en peligro por parte del autor de bienes jurídicos propios o de personas estrechamente vinculadas. En estos supuestos, el juzgador

deberá ser muy cuidadoso a efectos de determinar si la auto puesta en peligro puede constituir un indicador de la confianza racional en la no realización del riesgo.

- 7) El indicador de motivos racionales del imputado hace referencia únicamente a aquellos motivos expresados objetivamente en la conducta de una persona. Se trata de un indicador que coadyuva a medir la racionalidad de la confianza en la no realización del riesgo, así como limita las generalizaciones intuitivas en el razonamiento judicial. Constituye también un mecanismo para distinguir los supuestos de Derecho penal de autor en casos límite.

9.8. La diferencia entre la imputación dolosa y la imprudente reside en la tercera condición para el conocimiento. Es la posibilidad de alegar un error -un defecto de conocimiento- aquello que determina la racionalidad o irracionalidad de la confianza en la no realización del riesgo y, en consecuencia, la pertinencia de formular una imputación imprudente o una imputación dolosa. En ese sentido, para la *teoría de las condiciones para el conocimiento*, deberá formularse una imputación dolosa cuando las condiciones del caso concreto -contexto social y contexto individual- hacen irracional la confianza del imputado en la no realización de un riesgo típico, mientras que deberá formularse una imputación imprudente cuando las condiciones del caso concreto -contexto social y contexto individual- evidencian la imposibilidad de adquirir un conocimiento completo o adecuado del riesgo prohibido. Siguiendo en este punto la tesis de CORCOY BIDASOLO expuesta en el segundo capítulo, la imputación imprudente implica la atribución de un conocimiento erróneo o defectuoso acerca de la capacidad de evitación del propio sujeto en los supuestos en que tiene el control del riesgo que crea su conducta, o acerca de la efectiva peligrosidad de la conducta en aquellos casos en los que el autor no mantiene el dominio de su conducta.

9.9. A pesar de que comparto la idea de que dolo e imprudencia son categorías que hacen referencia a atributos graduales en los que no existen puntos de corte precisos, considero que debe mantenerse la distinción entre ambas formas de imputación subjetiva, no solo porque la regulación legal prevé efectos distintos para cada caso, sino sobre todo porque existe una valoración distinta del injusto que se sustenta en la imputación de conocimiento del que lo hace en un defecto de conocimiento. Los problemas de delimitación son de orden aplicativo y se expresan en zonas grises en concreto, motivo por el que deben ser resueltos en sede de determinación de la pena y no deben llevar a obviar una diferencia valorativa que, a nivel de injusto, tiene alta capacidad de rendimiento.

En mi opinión, en el tratamiento de las aludidas zonas grises, pueden ser de ayuda los indicadores de las condiciones para el conocimiento que he planteado, ya que constituyen criterios más o menos específicos de delimitación que, al ser valorados conjuntamente por el juzgador, permiten distinguir si operan como indicadores positivos -indicadores del conocimiento- o como indicadores negativos -indicadores de defectos del conocimiento-.

Ahora bien, a pesar de los importantes intentos que pueden realizarse a nivel teórico a efectos de plantear criterios de solución para este tipo de casos, lo cierto es que ninguna teoría del dolo podrá dar solución a todas las zonas grises de delimitación entre dolo e imprudencia, sobre todo en aquellos casos en los que existan evidentes dificultades para determinar la pertinencia de inferir condiciones para el conocimiento o defectos de conocimiento. En dichos supuestos, entrarán a tallar los criterios de determinación de la pena y, específicamente, el principio que manda al juez penal a optar por la solución más beneficiosa para el reo. Al respecto, en la presente tesis, he hecho referencia a dos casos en particular. En primer lugar, se encuentra el caso en el que convergen en grado más o menos similar tanto indicadores que avalan la imputación del conocimiento como indicadores que avalan la imputación de un defecto del conocimiento. En este supuesto, considero que deberá aplicarse el extremo máximo de la pena prevista para la comisión imprudente, más no por la penalidad prevista para el delito doloso. En segundo lugar, se encuentra el caso en el que no puede imputarse el conocimiento efectivo y/o seguro del riesgo, pero sí la provocación de un defecto de conocimiento. Se trata de un caso de ignorancia deliberada en sentido estricto, en el que el imputado conoce que existe un riesgo y, ante ello, provoca una situación de desconocimiento. Si bien es posible aplicar la estructura del *actio libera in causa* a estos casos, ello no soluciona la controversia acerca de qué juicio de imputación subjetiva corresponde formular. La posibilidad de imputación dolosa dependerá de que en el caso concreto las circunstancias en las que se presenta el acto de provocación permitan establecer que era imposible para el imputado confiar -racionalmente- en la no realización del riesgo típico. Ahora bien, considero que, aun siendo pertinente la formulación de una imputación dolosa, este tipo de casos no puede ser valorado de igual manera a aquellos en los que se verifica un *actio libera in se*. Por tal motivo, los supuestos de *actio libera in causa* podrán ser valorados excepcionalmente como dolosos, pero -debido a la fragilidad de la prueba de cargo y no a algún especial elemento que se verifique en la conducta del imputado- podrá operar un mínimo criterio de favorabilidad que consista en la aplicación del extremo mínimo de la penalidad prevista

para el delito doloso. Si bien esta solución puede ser considerada algo endeble, lo cierto es que la distorsión penológica de nuestros códigos penales, sobre todo en materia de imputación subjetiva, deja un estrecho margen para las propuestas *de lege lata*.

10. Finalizo la presente tesis con la expectativa de haber dado algunos pasos en el acercamiento entre la teoría del delito y el proceso penal. La *teoría de las condiciones para el conocimiento* se presenta como una síntesis de ambos. Por un lado, el aspecto dogmático y conceptual se manifiesta en la definición y fundamentación de las tres condiciones para el conocimiento: deber de conocimiento, posibilidad efectiva de conocimiento e imposibilidad de confiar racionalmente en la no realización del riesgo típico. Por otro lado, el aspecto procesal o de determinación del dolo se manifiesta en la elaboración de una propuesta acerca del proceso de inferencia judicial, en la que han sido abordados asuntos de legitimidad -problemas de generalización y de aplicación de heurísticos en el razonamiento judicial- y asuntos de prueba -indicadores de las condiciones para el conocimiento como reglas de evidencia y como límites a los problemas de generalización-.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCÁCER GUIRAO, R., "Prevención y garantías: conflicto y síntesis", en *Doxa*, N° 25, Alicante, 2002, pp. 139-175.
- "Cómo cometer delitos con el silencio. Notas para un análisis del lenguaje de la responsabilidad", en CORTÉS BECHIARELLI, E. *et al* (eds.), *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 21-54.
- ALEXY, R., "La fórmula del peso", en CARBONELL, M., GRÁNDEZ CASTRO, P. (coords.), *El principio de proporcionalidad en el Derecho contemporáneo*, Ed. Palestra, Lima, 2010, pp. 13-36.
- ALLEN, M., *Textbook on Criminal Law*, 13ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2015.
- ALLER, G., "El Derecho penal del enemigo y la sociedad del conflicto", en CANCIO MELIÁ, M., GÓMEZ-JARA, C. (eds.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, vol. II, Edisofer S.L., Madrid, 2006, pp. 79-118.
- AMBOS, K., *Fundamentos y ensayos críticos de Derecho Penal y Procesal Penal*, Ed. Palestra, Lima, 2010.
- ANDERSON, T., SCHUM, D., TWINING., W., *Análisis de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2015.
- ANTEQUERA, J.M., *Historia de la Legislación Romana desde los tiempos más remotos hasta nuestros días*, 3ª ed., P. Infante, Madrid, 1874.
- ANTÓN ONECA, J., *Derecho penal*, 2ª ed. anotada y puesta al día por Hernández Guijarro y Beneytez Merino, Ed. Akal, Madrid, 1986.
- APONTE, A., "Derecho penal del enemigo vs. Derecho penal del ciudadano. Günther Jakobs y los avatares de un Derecho penal de la enemistad", en CANCIO MELIÁ, M., GÓMEZ-JARA, C. (eds.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, vol. I, Edisofer S.L., Madrid, 2006, pp. 163-204.
- ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco* (introducción, traducción y notas de José Luis Calvo Martínez), 1ª ed., Alianza Editorial, Madrid, 2001.
- ARROYO, L., NEUMANN, U., NIETO, A. (coords.), *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003.
- ASENCIO MELLADO, J.M., *Derecho Procesal Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.
- ASHWORTH, A., "Four Threats to the Presumption of Innocence", en *South African Law Journal*, N° 123, 2006, pp. 63-97.
- *Positive Obligations in Criminal Law*, Hart Publishing, Oxford, 2013.
- ASHWORTH, A., HORDER, J., *Principles of Criminal Law*, 7ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2013.
- ATIENZA, M., *El Derecho como argumentación jurídica. Concepciones de la argumentación*, Ariel, Barcelona, 2006.

- *El sentido del Derecho*, 4ª ed., Ariel, Barcelona, 2009.
- "Constitucionalismo y Derecho penal", en MIR PUIG, S., CORCOY BIDASOLO, M. (dirs.), *Constitución y sistema penal*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 19-39.
- BACIGALUPO ZAPATER, E., *Derecho Penal Parte General*, ARA Editores, Lima, 2004.
- BAIGÚN, D., *Los delitos de peligro y la prueba del dolo*, B de F, Buenos Aires, 2007.
- BAJO FERNÁNDEZ, M., "El Derecho penal: concepto y funciones", en LASCURAÍN, J.A. (coord.), *Introducción al Derecho penal*, Thomson Reuters - Civitas, Madrid, 2011.
- BALDÓ LAVILLA, "Sobre las desviaciones causales: "consumación anticipada" y "dolus generalis" (Comentario a la STS de 6 junio 1994. Ponente Sr. Conde-Pumpido Ferreiro)", en *ADPCP*, t. XLVIII, fascículo I, enero-abril 1995, pp. 338-360.
- BARNES, B. (ed.), *Archbold: Magistrates' Court Criminal Practice 2016*, 12ª ed., Sweet & Maxwell, Londres, 2015.
- BAYLES, M., "Character, Purpose, and Criminal Responsibility", en *Law and Philosophy*, vol. 1, issue 1, 1982, pp. 5-20.
- BAYÓN MOHÍNO, J.C., "Los deberes positivos generales y la determinación de sus límites: (observaciones al artículo de Ernesto Garzón Valdés)", en *Doxa*, N° 3, 1986, pp. 35-54.
- BECCARIA, C., *De los delitos y de las penas. Con el comentario de Voltaire*, Alianza Editorial, Madrid, 2004.
- *Tratado de los delitos y de las penas*, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2015.
- BELOFF, M., *Determinación Judicial de la Pena*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1993.
- BENTHAM, J., *Introductory View of the Rationale of the Law of Evidence for Use by Non-lawyers as well as Lawyers*, vol. VI, Bowring edition, 1843.
- *Of Laws in General* (edited by H.L.A. Hart), The Athlone Press, Londres, 1970.
- *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation (1789)* (eds. Burns y Hart), Athlone Publishers, Londres, 1970, reimpr. 1982.
- *The Principles of Morals and Legislation*, Prometheus Books, Nueva York, 1988.
- BESIO, M., *Los criterios legales y judiciales de individualización de la pena*, Colección Monografías N° 767, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- BINDER, G., "Foundations of the Legislative Panopticon: Bentham's Principles of Morals and Legislation", en DUBBER, M. (ed.), *Foundational Texts in Modern Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 79-99.
- BINDING, K., *La culpabilidad en Derecho penal* (trad. Cancio Meliá), B de F, Buenos Aires, 2009.
- BLACKSTONE, W., *Commentaries on the Laws of England*, vol. 4, 7ª ed., Clarendon Press, Oxford, 1769.

- BLANCO LOZANO, C., *Tratado de Política Criminal. Tomo I. Fundamentos científicos y metodológicos de la lucha contra el delito*, Bosch, Barcelona, 2007.
- BOBBIO, N., *Teoría General de la Política*, 3ª ed., Trotta, Madrid, 2009.
- *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*, Trotta, Madrid, 2011.
- BOHLANDER, “Volver a Radbruch. La necesidad de retomar de raíz el diálogo entre *common law* y Derecho continental, en atención al ejemplo de la justicia penal internacional”, en *InDret Penal*, N° 2, 2012.
- BRICOLA, F., *Dolus in re ipsa. Osservazioni in tema di oggetto e di accertamento del dolo*, Dott. A. Giuffrè, Milán, 1960.
- *Teoría General del Delito* (trad. Restrepo Rodríguez), B de F, Buenos Aires-Montevideo, 2012.
- BURDESE, A., *Manual de Derecho público romano* (trad. Martínez Carrión), Bosch, Barcelona, 1972.
- BURKHARDT, B., “Conducta típica y perspectiva ex ante. A la vez, una aportación contra la ‘confusión entre lo subjetivo y lo objetivo’” (trad. Pastor Muñoz), en WOLTER, J., FREUND, G. (eds.), *El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal*, Marcial Pons, Madrid - Barcelona, 2004.
- BUSTOS RAMIREZ, J., “Política criminal y dolo eventual”, en *RJCat*, vol. 83, N° 2, 1984, pp. 309-328.
- *Manual de Derecho penal español. Parte General*, Ariel, Barcelona, 1984.
- CANCIO MELIÁ, M., *Estudios de Derecho penal*, Ed. Palestra, Lima, 2010.
- CANO PAÑOS, M., “Caso de la *Luftsicherheitsgesetz*”, en SÁNCHEZ-OSTIZ, P. (coord.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 911-934.
- CARBONELL MATEU, J.C., “Sobre tipicidad e imputación: reflexiones básicas en torno a la imputación del dolo y la imprudencia”, CORTES BECHIARELLI, E. *et al* (eds.), *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 139-156.
- CARD, R., *Card, Cross & Jones Criminal Law*, 21ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2014.
- CARD, R., MOLLOY, J., *Card, Cross & Jones Criminal Law*, 22ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2016.
- CARO JOHN, J.A., “Imputación objetiva”, en *Revista peruana de doctrina y jurisprudencia penales*, N° 7, 2006, pp. 235-252.
- CARRARA, *Programa de Derecho Criminal, Parte general* (trad. teniendo en cuenta las 5ª, 6ª y 7ª eds. italianas por Ortega Torres-Guerrero), t. I, Bogotá, 1956.
- *Programa de Derecho Criminal, Parte especial*, (trad. de las 5ª, 6ª y 7ª eds. italianas por Ortega Torres-Guerrero), t. I, Bogotá, 1957.
 - *Opúsculos de Derecho criminal* (trad. de la 2ª ed. Italiana por Ortega Torres-Guerrero), t. I, Bogotá, 1976.

- CARREÑO AGUADO, J.A., "Crime and punishment in the UK", en *InDret Penal*, N° 1, 2007.
- CASSESE, A. et al (revised by), *Cassese's International Criminal Law*, 3ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2013.
- CHERRY, R., *Lectures on the Growth of Criminal Law in ancient communities*, London Macmillan and Co. and New York, Londres, 1890.
- CHIESA, L.E., "Caso La Mignonette", en SÁNCHEZ-OSTIZ, P. (coord.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 95-109.
- "Comparative Criminal Law", en DUBBER, M., HÖRNLE, T. (eds.), *The Oxford Handbook of Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 1089-1114.
- CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español, Parte General, II. Teoría jurídica del delito*, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 2004.
- COMTE, A., *Système de politique positive*, Mathias, Carrillan - Goeury, Dalmont, París, 1851.
- CORCOY BIDASOLO, M., "En el límite entre dolo e imprudencia (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1983)", en *ADPCP*, t. XXXVIII, fascículo III, septiembre-diciembre 1985, pp. 961-976.
- "Relevancia del consentimiento, el conocimiento y la competencia para la imputación objetiva y subjetiva", en *ADPCP*, t. XLIX, fascículo I, enero-abril 1996, pp. 289-322.
 - "Exigibilidad en el ámbito del conocimiento y del control de riesgos", en *Revista catalana de seguridad pública*, N° 13, 2003, pp. 31-43.
 - "Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de riesgos"; en MIR PUIG, S., CORCOY BIDASOLO, M. (coords.), *La política criminal en Europa*, 2004, Atelier, Barcelona, pp. 25-40.
 - "Repercusiones de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la doctrina penal", en *Estudios de Derecho judicial*, N° 120, 2007, pp. 155-198.
 - *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, 2ª ed., B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2008.
 - "La interpretación en Derecho penal. Favor libertatis versus favor securitatis. In Dubio pro reo versus in dubio contra reo", en LUZÓN PEÑA, D. (dir.), *Derecho penal del Estado social y democrático de Derecho. Libro homenaje a Santiago Mir Puig*, La Ley, Madrid, 2010, pp. 143-174.
 - "Concepto dogmático y procesal de dolo. Ignorancia deliberada, confianza irracional y manifiesto desprecio", en *Imprudencia Penal. Cuestiones Generales. Revista de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Universidad de Los Andes, año 2, N° 4, Ed. Abeledo Perrot, Bogotá, 2011, pp. 3-30.
 - "Concepto dogmático y procesal de dolo. ¿Puede probarse la existencia de dolo en el tráfico viario?", en *Jurisprudencia de Casación Penal*, N° 3, Hammurabi, Buenos Aires, 2011 pp. 173-254.
 - "Crisis de las garantías constitucionales a partir de las reformas penales y de su interpretación por los tribunales", en MIR PUIG, S., CORCOY BIDASOLO, M.

- (dirs.). *Constitución y Sistema Penal*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 153-173.
- “L’insegnamento dell’esperienza spagnola, dal caso della colza ai giorni nostri”, en *La Sicurezza Agroalimentare nella prospettiva europea. Precauzione, Prevenzione, Repressione* (a cura di Foffani, Doval, Castronuovo), Giuffré Editore, Milán, 2014, pp. 433-456.
- CORCOY BIDASOLO, M., CARPIO, D., “La llamada conducción “suicida” y la responsabilidad de la víctima (a propósito de la STS de 17 de noviembre de 2005)”, en *La Ley*, año XXVIII, número 6692, Madrid, 2007, pp. 1-10.
- CORCOY BIDASOLO, M., GÓMEZ MARTÍN, V. (dirs.), *Manual de Derecho penal, económico y de empresa. Parte General y Parte Especial. Tomo 2*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- CÓRDOBA, F., “Evitabilidad individual y lesividad en la teoría del ilícito”, en *InDret Penal* N° 3, 2015.
- CÓRDOBA RODA, J., *El conocimiento de la antijuricidad en la teoría del delito*, Bosch, Barcelona, 1962.
- COUSO SALAS, J., *Fundamentos del Derecho penal de culpabilidad. Historia, teoría y metodología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- CUERDA RIEZU, A., “La prueba de las eximentes en el proceso penal: ¿obligación de la defensa o de la acusación?”, en *InDret Penal*, N° 2, 2014.
- DAN-COHEN, M., “Dignity, Crime, and Punishment: A Kantian Perspective”, en DUBBER, M. (ed.), *Foundational Texts in Modern Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 101-118.
- DEMETRIO CRESPO, E., *Prevención General e individualización judicial de la pena*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1999.
- “Culpabilidad y fines de la pena: con especial referencia al pensamiento de Claus Roxin”, en *Revista General de Derecho Penal*, N° 8, 2007.
 - “Crítica al funcionalismo normativista”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N° 3, 2010, pp. 13-26.
 - “Libertad de voluntad, investigación sobre el cerebro y responsabilidad penal. Aproximación a los fundamentos del moderno debate sobre Neurociencias y Derecho penal”, en *InDret Penal* N° 2, 2011.
 - “Constitución y sanción penal”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N° 7, 2015, pp. 3-34.
- DE THAN, C., HEATON, R., *Criminal Law*, 4ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2013.
- DE VEGA, P., “En torno a la legitimidad constitucional”, en *Estudios en homenaje al Doctor Héctor Fix Zamudio*, Universidad Autónoma de México, México, 1988, pp. 813-818.
- DEVLIN, P., *The Enforcement of Morals*, Oxford University Press, Oxford, 1965.
- DÍAZ ARANA, A., “Las mentes libres en el Derecho penal. Neurociencias y libertad desde una perspectiva funcional de la mente”, en *InDret Penal* N° 1, 2016.
- DÍAZ-ARANDA, E., *Dolo. Causalismo-finalismo-funcionalismo y la reforma penal en México*, Ed. Porrúa, México, 2007.

- DÍAZ PITA, M., *El dolo eventual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., GARCÍA AMADO, J.A. (eds.), *Estudios de filosofía del Derecho penal*, 1ª ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Los elementos subjetivos del delito. Bases metodológicas*, 2ª ed., B de F, Montevideo - Buenos Aires, 2007.
- DOAK, J., MCGOURLAY, C., *Evidence in Context*, 3ª ed., Routledge Taylor & Francis Group, Londres, Nueva York, 2012.
- DONINI, M., *Teoría del Reato. Una Introducción*, Casa Editrice Dott. Antonio, Milán, 1996.
- “El caso de la ignorancia invencible”, en SÁNCHEZ-OSTIZ, P. (coord.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 335-352.
 - “La herencia de Bricola y el constitucionalismo penal como método. Raíces nacionales y desarrollos supranacionales”, en BRICOLA, *Teoría General del Delito*, B de F, Montevideo - Buenos Aires, 2012, pp. XVII-LXXVII.
- DONNELLY-LAZAROV, B., *A Philosophy of Criminal Attempts*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015.
- DUBBER, M. (ed.), *Foundational Texts in Modern Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2014.
- DUBBER, M., HÖRNLE, T., *Criminal Law. A Comparative Approach*, Oxford University Press, Oxford, 2014.
- DUFF, R.A., “Caldwell and Lawrence: the retreat from subjectivism”, en *Oxford Journal of Legal Studies*, N° 3, 1983, pp. 77-98.
- *Trials and Punishments*, Cambridge University Press, Cambridge, 1986.
 - *Intention, Agency and Criminal Liability. Philosophy of Action and the Criminal Law*, Basil Blackwell, Oxford, 1990.
 - “Criminalizing Endangerment”, en *Louisiana Law Review*, vol. 65, N° 3, 2005, pp. 941-965.
 - *Answering for crime: responsibility and liability in the criminal law*, Hart Publishing, Oxford, 2007.
- DUFF, R.A. et al (eds.), *The Constitution of the Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2013.
- DWORKIN, R., *Liberalismo, Constitución y Democracia*, Ed. La isla de la luna, Buenos Aires, 2004.
- DYSON, M. (ed.), *Blackstone’s Statutes on Criminal Law 2016-2017*, 26ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2016.
- EMMERSON, B., ASHWORTH, A., MACDONALD, A. et al (eds.), *Human Rights and Criminal Justice*, 3ª ed., Sweet & Maxwell, Londres, 2012.
- ENGELMANN, W., *Die Schuldlehre der Postglossatoren und ihre Fortentwicklung. Eine historisch-dogmatische Darstellung der jriminellen Schuldlehre der italienischen Juristen des Mittelalters seit Accursius*, Scienta Verlag Aalen, 1965.
- ENGISCH, K., *La teoría de la libertad de voluntad en la actual doctrina filosófica del Derecho penal*, B de F, Montevideo - Buenos Aires, 2006.

- FAKHOURI GÓMEZ, Y., *Delimitación entre error de tipo y error de prohibición. Las remisiones normativas: un caso problemático*, Civitas, Madrid, 2009.
- "Teoría del dolo vs. Teoría de la culpabilidad. Un modelo para afrontar la problemática del error en Derecho penal", en *InDret Penal* N° 4, 2009.
 - "Valoración crítica a la determinación del objeto del dolo conforme a la delimitación entre error de hecho y error de Derecho penal y extrapenal desde los tiempos del RG hasta la actualidad", en *InDret Penal*, N° 3, 2011.
- FARINETTI, M., "¿De qué hablamos cuando hablamos de Individualismo Metodológico? Una discusión en torno a Weber y Elster", en NAISHAT, F. (ed.), *Max Weber y la cuestión del individualismo metodológico en las ciencias sociales*, EUDEBA, Buenos Aires, 1998.
- FARMER, L., "The Modest Ambition of Glanville Williams", en DUBBER, M. (ed.), *Foundational Texts in Modern Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 263-277.
- *Making the Modern Criminal Law. Criminalization and Civil Order*, Oxford University Press, Oxford, 2016.
- FARRÉ TREPAT, E., "Dolo eventual, imprudencia y formas de imperfecta ejecución (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1982)", en *ADPCP*, t. XXXIX, fascículo I (enero-abril), 1986, pp. 257-274.
- *La tentativa de delito. Doctrina y jurisprudencia*, 2ª ed., Edisofer S.L., B de F, Madrid - Montevideo - Buenos Aires, 2011.
- FEIJOO SÁNCHEZ, B., "La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo", en *CPC*, N° 65, 1998, pp. 269-364.
- *El dolo eventual*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002.
 - *La normativización del Derecho penal. ¿Hacia una teoría sistémica o hacia una teoría intersubjetiva de la comunicación?*, ARA Editores, Lima, 2007.
 - "Sobre la crisis de la teoría del bien jurídico", en *InDret Penal* N° 2, 2008.
 - "Derecho penal y Neurociencias. ¿Una relación tormentosa?", en *InDret Penal* N° 2, 2011.
 - "Mejor no saber... más. Sobre la doctrina de la ceguera provocada ante los hechos en Derecho Penal", en BOUVIER, H. (dir.), *Discusiones*, N° XIII, EdiUNS, 2013, Buenos Aires, pp. 101-138.
 - "La teoría de la ignorancia deliberada en Derecho penal: una peligrosa doctrina jurisprudencial", en *InDret Penal* N° 3, 2015.
- FELIP I SABORIT, D., *Error iuris. El conocimiento de la antijuricidad y el art. 14 del Código penal*, Atelier, Barcelona, 2000.
- FERRAJOLI, L., "El Derecho como sistema de garantías", en *Themis Revista de Derecho*, N° 29, Lima, 1994.
- *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995.
 - *El garantismo y la filosofía del derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000.
 - *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 2ª ed., Trotta, Madrid, 2005.

- *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, Trotta, Madrid, 2006.
 - *Democracia y garantismo*, Trotta, Madrid, 2010.
- FEUERBACH, A., *Tratado de Derecho penal común vigente en Alemania* (trad. de la 14ª ed. alemana – Giessen, 1847 por Zaffaroni y Hagemeyer), Hammurabi, Buenos Aires, 1989.
- FLETCHER, G., *Basic concepts of criminal law*, Oxford University Press, Nueva York, 1998.
- *Rethinking Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, Nueva York, 2000.
 - *Gramática del Derecho penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2008.
- FONTAN BALESTRA, C., *El elemento subjetivo del delito*, De Palma, Buenos Aires, 1957.
- *Tratado de Derecho penal, Tomo II, Parte General*, 2ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1970.
- FRISCH, W., *Vorsatz und Risiko: Grundfragen des tatbestandsmässigen Verhaltens und des Vorsatzes: zugleich ein Beitrag zur Behandlung aussertatbestandlicher Möglichkeitsvorstellungen*, Heymann, Köln, 1983.
- *El error en Derecho Penal, Ad-Hoc*, Buenos Aires, 1999.
 - *Comportamiento típico e imputación del resultado* (trad. de la edición alemana de 1988 por Cuello Contreras y Serrano González de Murillo), Marcial Pons, Madrid - Barcelona, 2004.
 - *Desvalorar e imputar: sobre la imputación objetiva en Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2004.
 - “Sobre el futuro del Derecho penal de la culpabilidad”, en FEIJOO SÁNCHEZ, B. (ed.), *Derecho penal de la culpabilidad y neurociencias*, Civitas Thomson Reuters-Aranzadi, Madrid, 2012, pp. 19-70.
 - “Pena, delito y sistema del delito en transformación”, en *InDret Penal*, N° 3, 2014.
- FRISTER, H., “La certeza personal como presupuesto de la condena en el proceso penal”, en *InDret Penal*, N° 3, 2011.
- GALÁN MUÑOZ, A., “El denominado “dolo alternativo”: un caso entre el concurso de leyes y el de delitos”, en MUÑOZ CONDE, F. (dir.), *Problemas actuales del Derecho penal y de la criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 279-322.
- GARCÍA AMADO, J.A., *La Filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1997.
- GARCÍA CAVERO, P., “La imputación subjetiva y el proceso penal”, en *Derecho Penal y Criminología*, N° 26, 2005, pp. 125-136.
- *Derecho Penal Económico. Parte General*, tomo I, 2ª ed., Ed. Grijley, Lima, 2007.
- GARCÍA RIVAS, N., *El poder punitivo en el Estado democrático*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1996.

- GARDNER, J., "Rationality and the Rule of Law in Offences Against the Person", en *The Cambridge Law Journal*, Vol. 53, N° 3, 1994, pp. 502-523.
- GARZÓN VALDÉS, E., "Los deberes positivos generales y su fundamentación", en *Doxa*, N° 3, 1986, pp. 17-33.
- GIMBERNAT ORDEIG, E., *Estudios de Derecho penal*, 2ª ed. ampliada, Civitas, Madrid, 1981.
- *Ensayos Penales*, Tecnos, Madrid, 1999.
- GIMENO SENDRA, V., *Manual de Derecho Procesal Penal*, 2ª ed., Colex, Madrid, 2010.
- GIMENO SENDRA V., MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho Procesal Penal*, 3ª ed., Colex, Madrid, 1999.
- GÓMEZ-BENÍTEZ, J.M., "El concepto de dolo en la moderna dogmática penal", en *CDJ*, VII, 2006, pp. 11-32.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Culpabilidad y Derecho penal en una teoría constructivista del Derecho penal*, ARA Editores, Lima, 2007.
- "La retribución comunicativa como teoría constructivista de la pena: ¿El dolo penal como constructo comunicativo?", en *InDret Penal* N° 2, 2008.
- GÓMEZ MARTÍN, V., "Sobre la distinción entre Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo en la concepción de Günther Jakobs", en CANCIO MELIÁ, M., GÓMEZ-JARA, C. (eds.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, vol. I, Edisofer S.L., Madrid, 2006, pp. 1003-1050.
- *Delito especial con autor inidóneo: ¿tentativa punible o delito punitivo?*, Dykinson, Madrid, 2006.
 - *El Derecho penal de Autor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- GÓMEZ ROYO, E., "Reflexiones sobre el dolo en Grecia y Roma", en CARBONELL MATEU, J.C., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. et al (coords.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 791-816.
- GONZALEZ ALONSO, B., "Del Estado absoluto al Estado constitucional", en *Manuscrits: revista d'història moderna*, N° 4-5, 1987, pp. 81-90.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., "Dolus in re ipsa", en CARBONELL MATEU, J.C., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. et al (coords.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 817-838.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., MIRA BENAVENT, J., "Argumentación y Prueba en la determinación del dolo (Comentario a la STS 24-10-1989, Pte. Sr.: García Ancos). Segundo Comentario", en *RDPC*, segunda época, julio 2001.
- GONZÁLEZ VICEN, F., "La filosofía del Estado en Kant", en KANT, *Introducción a la teoría del derecho*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- GÖSSEL, K.H., *El Derecho procesal penal en el Estado de Derecho. Obras completas*, t. I, Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, 2007.
- GRACIA MARTÍN, L., *La modernización del Derecho penal y el Derecho penal del enemigo*, Ed. IDEMSA, Lima, 2007

- GRAMATICA, F., *Principios de Derecho penal subjetivo* (trad. Del Rosal, J. y Conde, V.). Instituto Editorial Reus, Madrid, 1941.
- GRECO, L., “Dolo Sem Vontade”, en SILVA DIAS (coord.), *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito*, Almedina, Coimbra, 2009.
- “Comentario al artículo Ramon Ragués”, en BOUVIER (dir.), *Discusiones*, N° XIII, EdiUNS, 2013, Buenos Aires, pp. 67-78.
- GUASTINI, R., *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, Trotta - UNAM, México, 2008.
- GUZMÁN BRITO, A., “Mos italicus y mos gallicus”, en *Revista de derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, vol. 2, 1978, pp. 11-40.
- HÄBERLE, P., *El Estado constitucional*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2003.
- HABERMAS, J., *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, 2ª ed., Trotta, Madrid, 2000.
- *Tiempo de transiciones*, Trotta, Madrid, 2004.
- HALPIN, A., *Definition in the Criminal Law*, Hart Publishing, Oxford, 2004.
- HARCOURT, B., “Beccaria’s On Crimes and Punishments: A Mirror on the History of the Foundations of Modern Criminal Law”, en DUBBER, M. (ed.), *Foundational Texts in Modern Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 39-59.
- “Mill’s *On Liberty* and the Modern “Harm to Others” Principle”, en DUBBER, M. (ed.), *Foundational Texts in Modern Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 163-181.
- HARE, R.M., *The Language of Morals* (trad. MURSTEIN), Clarendon Press, Oxford, 1952.
- HART, H.L.A., *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1968.
- HART, HENRY M., “The Aims of the Criminal Law”, en *Law and Contemporary Problems*, 23, pp. 401-441.
- HASSEMER, W., *Fundamentos del Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1984.
- “Los elementos característicos del dolo”, en *ADPCP*, N° 3, septiembre-diciembre 1990, pp. 909-932.
 - *Crítica al derecho penal de hoy*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998.
 - *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho penal* (trad. Muñoz Conde y Díaz Pita), Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
 - “Neurociencias y culpabilidad en Derecho penal”, en *InDret Penal*, N° 2, 2011.
- HEFENDEHL, R. (ed.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Madrid, 2007.
- HEGEL, G.W.F., *Filosofía del Derecho*, Ed. Claridad, Buenos Aires, 1955.
- HELVETIUS, C.A., *De l’esprit or Essays on the Mind and its several faculties*, Burt Franklin, reimpr., Nueva York, 1970.

- HERRING, J., *Criminal Law. Text, Cases, and Materials*, 7ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2016.
- HERZBERG, R., „Die Abgrenzung von Vorsatz und Bewusste Fahrlässigkeit – ein Problem des objektiven Tatbestandes“, en *JuS*, 1986, pp. 249-262.
- HIRSCH, A. V., *Doing Justice: The Choice of Punishments: report of the Committee for the Study of Incarceration*, Northeastern University Press, Boston, 1976.
- HIRSCH, A. V. et al, *Criminal Deterrence and Sentence Severity. An analysis of recent research*, University of Cambridge, Cambridge, 1999.
- HIRSCH, A. V., SEELMANN, K., WOHLERS, W. (ed. alemana), ROBLES, R. (ed. española), *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, Atelier, Barcelona, 2012.
- HOBBS, T., *Leviatán. O la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, 2ª ed. en español, 14ª reimpr., Fondo de Cultura Económica, México, 2006.
- HOCK LAI HO, “The Presumption of Innocence as a Human Right”, en ROBERTS, P., HUNTER, J. (eds.), *Criminal Evidence and Human Rights. Reimagining Common Law Procedural Traditions*, Hart Publishing, Oxford y Portland, 2012.
- HÖRNLE, T., “PJA von Feuerbach and his Textbook of the Common Penal Law”, en DUBBER, M. (ed.), *Foundational Texts in Modern Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 119-140.
- HOYER, A., „Der Konflikt zwischen richterlicher Beweiswürdigungsfreiheit und dem Prinzip in dubio pro reo“, en *ZStW*, 105, 1993, Heft 3, pp. 523-556.
- HRUSCHKA, J., *Strukturen der Zurechnung*, Walter de Gruyter, Berlin, Nueva York, 1976.
- *Imputación y Derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, Montevideo - Buenos Aires, B de F, 2009.
- HURTADO POZO, J., PRADO SALDARRIAGA, V., *Manual de Derecho penal, Parte General*, tomo I, 4ª ed., Ed. Idemsa, Lima, 2011.
- HUSAK, D., “Motive and Criminal Liability”, en *Criminal Justice Ethics*, 8, 1989, pp. 3-14.
- “Malum Prohibitum and Retributivism”, en DUFF, R.A., GREEN, S. (eds.), *Defining Crimes. Essays on the Special Part of the Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2005, pp. 65-90.
 - *Overcriminalization. The Limits of the Criminal Law*, Oxford University Press, Nueva York, 2008.
 - “Willful Ignorance, Knowledge, and the Equal Culpability Thesis: A Study of the Deeper Significance of the Principle of Legality”, en HUSAK, D., *The Philosophy of Criminal Law. Selected Essays*, Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 200-232.
 - “The “But Everyone Does That” Defense”, en HUSAK, D., *The Philosophy of Criminal Law. Selected Essays*, Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 338-361.

- “Does Criminal Liability Require an Act?”, en HUSAK, D., *The Philosophy of Criminal Law. Selected Essays*, Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 17-52.
 - “Negligence, Belief, Blame and Criminal Liability: The Special Case of Forgetting”, en *Criminal Law and Philosophy*, N° 5, 2011, pp. 199-218.
- JACKSON, J., SUMMERS, S., *The Internationalisation of Criminal Evidence*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012.
- JAKOBS, G., “Sobre la función de la parte subjetiva del delito en Derecho penal”, en *ADPCP*, t. XLII fascículo II, mayo-agosto 1989, pp. 633-652.
- *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, Civitas, Madrid, 1996.
 - *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación* (trad. Cuello Contreras y Serrano Gonzales de Murillo), 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1997.
 - *Estudios de Derecho penal* (trad. al español y estudio preliminar de Peñaranda Ramos, Suárez González y Cancio Meliá), Civitas, Madrid, 1997.
 - *Bases para una teoría funcional del Derecho penal*, Ed. Palestra, Lima, 2000.
 - “Indiferencia como dolo indirecto”, en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. (coords.) *Dogmática y ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, Marcial Pons, Madrid - Barcelona, 2004, pp. 345-358.
 - *El fundamento del sistema jurídico penal*, ARA Editores, Lima, 2005.
 - “El lado subjetivo del hecho”, en YACOBUCCI, G. (dir.), *Los desafíos del Derecho penal en el siglo XXI. Libro homenaje al profesor Dr. Günther Jakobs*, ARA Editores, Lima, 2005.
 - “La imputación jurídico-penal y las condiciones de vigencia de la norma”, en GÓMEZ-JARA, C. (coord.), *Teoría de sistemas y Derecho penal. Fundamentos y posibilidad de aplicación*, Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 203-223.
 - *El Derecho penal como disciplina científica*, Civitas, Madrid, 2008.
 - “Dolus Malus” (trad. Fakhouri Gómez), en *InDret Penal* N° 4, 2009.
- JAKOBS, G., CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2006.
- JESCHECK-WEIGEND, *Tratado de Derecho penal, Parte General*, 5ª ed., Comares, Granada, 2003.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, *Principios de Derecho penal. La ley y el delito*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1990.
- JOSHI JUBERT, U., “Algunas consecuencias que la inimputabilidad puede tener para la antijuricidad”, en *ADPCP*, t. 42, fasc/mes 1, 1989, pp. 125-140.
- *La doctrina de la “Actio Libera in Causa” en Derecho penal (Ausencia de acción o inimputabilidad provocadas por el sujeto)*, Bosch, Barcelona, 1992.
 - “Normas fde conducta y juicios de imputación”, en GARCÍA VALDÉZ, C. et al (coords.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Edisofer, Madrid, 2008, pp. 1075-1098.
- JUSTINIANO, *Instituciones*, Cultural Cuzco, Cuzco, 2002.

- KANT, I., *La Metafísica de las Costumbres*, Tecnos, Madrid, 1989.
- *Introducción a la teoría del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
 - *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* (edición de Luis Martínez de Velasco), 16ª ed., Espasa-Calpe, Madrid, 2004.
- KANTOROWICZ, H., *Baldus de Ubaldis and the subjective theory of guilt*, en *New School of Social Research*, enero 1934, pp. 358-375.
- KAUFMANN, A., *El dolo eventual en la estructura del delito* (trad. Suárez Montes), en *ADPCP*, fascículo 2, 1960, pp. 185-206.
- *Filosofía del Derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999.
- KENNY, A., *Freewill and Responsibility*, Routledge and Kegan Paul, Londres, 1978.
- KESSLER FERZAN, K., "Opaque Recklessness", en *Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 91, Issue 3 Spring, pp. 597-652.
- KINDHÄUSER, U., "El tipo subjetivo en la construcción del delito. Una crítica a la teoría de la imputación objetiva", en *InDret Penal*, N° 4, 2008.
- "Infracción de deber y autoría – una crítica a la teoría del dominio del hecho", en *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 14, 2011, pp. 41-52.
- KOHLER, M., "La imputación subjetiva: estado de la cuestión" (trad. Sánchez-Ostiz), en *AAVV, Sobre el estado de la teoría del delito (Seminario en la Universidad Pompeu Fabra)*, edición a cargo de Silva Sánchez, Civitas, Madrid, 2000.
- KUHLEN, L., *La interpretación conforme a la Constitución de las leyes penales*, Marcial Pons, Madrid, 2012.
- LANDA, C., *La forma de gobierno en el Perú. Texto adaptado del libro Tribunal Constitucional y Estado Democrático*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999.
- LAPORTA, M., *El dolo y su determinación en Casación. Normativización y ubicación estructural en una concepción personal del injusto*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007.
- LARENZ, K., *Metodología de la Ciencia del Derecho*, 2ª ed., Ariel, Barcelona, 2001.
- LAURENZO COPELLO, P., *Dolo y conocimiento*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- LESCH, H., *La función de la pena*, Dykinson, Madrid, 1999.
- *Injusto y culpabilidad en Derecho penal*, en *RDPC*, N° 6, 2000, pp. 253-272.
 - *Injusto y culpabilidad en Derecho penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001.
- LISZT, F. v., *La idea del fin en el Derecho penal* (trad. AIMONE GIBSON), Edeval, Valparaíso, 1984.
- *Tratado de Derecho penal* (trad. de la 20ª edición alemana por Jiménez de Asúa), tomo II, 4ª ed., Ed. Hijos de Reus, Madrid, 1999.
- LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, 2ª ed., Ariel, Barcelona, 1979.
- LUBAN, "Contrived Ignorance", en *Georgetown Law Review*, N° 87, 1999, pp. 957-980.

- LUHMANN, N., *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*, Ediciones Paidós Ibérica S.A., Barcelona, 1990.
- “El Derecho como sistema social”, en *Teoría de sistemas y Derecho penal. Fundamentos y posibilidad de aplicación*, ARA Editores, Lima, 2007, pp. 80-107.
- LUHMANN, N., DE GEORGI, R., *Teoría de la sociedad*, Dirección de Publicaciones de la Universidad de Guadalajara, México, 1993.
- LUZÓN PEÑA, D., “Dolo y dolo eventual: reflexiones”, en ARROYO ZAPATERO, L., BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (coords.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: “in memoriam”*, vol. I, Ediciones de la Universidad Castilla de la Mancha, Cuenca, 2001, pp. 1190-1134.
- *Lecciones de Derecho penal Parte General*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
 - “Libertad, culpabilidad y neurociencias”, en *InDret Penal* N° 3, 2012.
- LUZÓN PEÑA, D. (dir.), *Enciclopedia Penal Básica*, Comares, Granada, 2002.
- MAIER, *Derecho Procesal Penal. I. Fundamentos*, 2ª ed., 2ª reimpression, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2002.
- *Antología. El proceso penal contemporáneo*, Palestra, Lima, 2008.
- MANRIQUE, “¿Mejor no saber? Algunas consideraciones sobre la atribución de responsabilidad penal en caso de ignorancia”, en BOUVIER, H. (dir.), *Discusiones*, N° XIII, EdiUNS, 2013, Buenos Aires, pp. 79-100.
- MAÑALICH, “El delito como injusto culpable. Sobre la conexión funcional entre el dolo y la consciencia de la antijuridicidad en el Derecho penal chileno”, en *Revista de Derecho*, vol. XXIV, N° 1, julio 2011, pp. 87-115.
- *Norma, causalidad y acción. Una teoría de las normas para la dogmática de los delitos de resultado puros*, Marcial Pons, Barcelona, 2014.
 - “Retribucionismo consecuencialista como programa de ideología punitiva. Una defensa de la teoría de la retribución de Ernst Beling”, en *InDret Penal*, N° 2, 2015.
- MARTIN, J., *Key Facts Key Cases. Criminal Law*, Routledge Taylor & Francis Group, Oxon y Nueva York, 2014.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “El concepto “significativo” de dolo: un concepto volitivo normativo”, en MUÑOZ CONDE (dir.), *Problemas actuales del Derecho penal y de la criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita* (Dir. Muñoz Conde), Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 323-368.
- *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
 - *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- MAURACH, R., ZIPF, H., *Derecho penal, Parte General. Teoría general del Derecho penal y estructura del hecho punible* (trad. de la 7ª ed. alemana por Bofill Genzsch - Aimone Gibson), vol. I, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1994.

- MCALHONE, C., WORTLEY, N., *Criminal Law. The Fundamentals*, 3ª ed., Thomson Reuters, Londres, 2013.
- MEZGER, E., *Tratado de Derecho penal* (nueva edición revisada y puesta al día por RODRÍGUEZ MUÑOZ), vol. I, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1946.
- *Tratado de Derecho penal* (traducción de la 2ª edición alemana de 1933 y notas de Derecho español por Rodríguez Muñoz, J.A.), vol. II, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1949.
 - *Derecho penal, Libro de Estudio, Parte General* (traducción de la 6ª ed. alemana por Conrado A. Finzi), t. I, Buenos Aires, 1957.
- MICHAELS, A., "Acceptance: The Missing Mental State", en *Southern California Law Review*, vol. 71, N° 5, 1998, pp. 953-1035.
- MILL, J.S., *On Liberty* (ed. Edward Alexander), Broadview Literary Texts, Toronto, 1999.
- MILTON PERALTA, J., "Prevención general positiva como respeto por el orden jurídico", en *InDret Penal* N° 2, 2008.
- MIR PUIG, S., *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1982.
- "La perspectiva "ex ante" en Derecho penal", en *ADPCP*, t. 36, fascículo/mes 1, 1983, pp. 5-22.
 - *Derecho Penal Parte General*, 1ª ed., Reppertor, Barcelona, 1984.
 - "Sobre el principio de culpabilidad como límite de la pena", en BUSTOS RAMÍREZ, J., BERGALLI, R. (coords.) *El poder penal del Estado; homenaje a Hilde Kaufmann*, 1985, De Palma, España, pp. 365-384.
 - "Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva", en *ADPCP*, t. 39, fascículo/mes 1, 1986, pp. 49-58.
 - "Sobre el tipo subjetivo del concurso de delitos. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 1985 (Recurso N° 1761-85: Ponente: Sr. Hijas)", en *ADPCP*, Tomo XL, fascículo I, enero-abril 1987, pp. 203-210.
 - "Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto", en *ADPCP*, t. 41, fascículo/mes 3, 1988, pp. 661-684.
 - "Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del *ius puniendi*", en *Estudios penales y criminológicos*, N° 14, 1989-1990, pp. 203-216.
 - "El error como causa de exclusión del injusto y/o de la culpabilidad en Derecho español", en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, N° 1, 1991, pp. 1030-1039.
 - *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994.
 - "Antijuridicidad objetiva y antinormatividad en Derecho Penal", en *ADPCP*, t. 47, fascículo/mes 1, 1994, pp. 5-28.
 - *Derecho Penal Parte General*, 4ª ed. corregida y puesta al día con arreglo al Código penal de 1995, Reppertor, Barcelona, 1996.
 - *Introducción a las bases del Derecho penal*, 2ª ed., B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2003.

- “Valoraciones, normas y antijuridicidad penal”, en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, N° 6, 2004.
 - *Estado, pena y delito*, B de F, Montevideo - Buenos Aires, 2006.
 - “Límites del normativismo en Derecho penal”, en *Revista brasileira de ciencias criminais*, N° 64, 2007, pp. 197-221.
 - *Bases constitucionales del Derecho penal*, Iustel, Madrid, 2011.
 - “El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal”, en LASCURAÍN (dir.), *El principio de proporcionalidad penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2014, pp. 329-357.
 - *Derecho Penal Parte General*, 10ª ed., Reppertor, Barcelona, 2015.
- MIRÓ LLINARES, F., *Conocimiento e imputación en la participación delictiva. Aproximación a una teoría de la intervención como partícipe en el delito*, Atelier, Barcelona, 2009.
- “Caso Motassadeq y los atentados del 11-S”, en SÁNCHEZ-OSTIZ, P. (coord.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 747-761.
- MOCCIA, S., “El problema de la responsabilidad objetiva: entre el principio de tipicidad y el principio de culpabilidad”, en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. (coords.), *Dogmática y ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, Marcial Pons, Madrid - Barcelona, 2004, pp. 527-548.
- MOHAMED ELEWA BADAR, *The Concept of Mens Rea in International Criminal Law: The Case for a Unified Approach*, Hart Publishing, Oxford y Portland, 2013.
- MOLINA FERNÁNDEZ, F., *Antijuridicidad penal y sistema de delito*, Bosch, Barcelona, 2001.
- “La cuadratura del dolo: problemas irresolubles, sorites y Derecho penal”, en *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, Madrid, 2005, pp. 691-742.
- MONTIEL, J.P., “¿Existen las *Obliegenheiten* en el Derecho penal?”, en *InDret Penal*, N° 4, 2014.
- MONYER, H. et al, *Das Manifest, Elf führende Neurowissenschaftler über Gegenwart und Zukunft der Hirnforschung, Gehirn und Geist*, 2004 (<http://www.hoye.de/hirn/lieferung4.pdf>).
- MOORE, M., *Act and Crime. The Philosophy of Action and its Implications for Criminal Law*, Clarendon Press, Oxford, 1993.
- “Intention as a marker of moral culpability and legal punishability”, en DUFF, R.A., GREEN, S. (eds.), *Philosophical Foundations of Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 190 y ss.
- MORILLAS CUEVAS, L., “La doble posición del dolo y de la imprudencia en la perspectiva de una teoría unitaria del delito”, en *CPC*, segunda época, N° 91, 2007, pp. 27-46.
- MUÑOZ CONDE, *El error en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989.
- *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*, 3ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2007.

- NAISHAT, F. (ed.), *Max Weber y la cuestión del individualismo metodológico en las ciencias sociales*, EUDEBA, Buenos Aires, 1998.
- NEPOMUCENO FERNÁNDEZ, A., “Modelos de razonamiento abductivo”, en *Contrastes. Suplemento*, N° 10, 2005, pp. 155-180.
- NIEVA, J., *Enjuiciamiento prima facie. Aproximación al elemento psicológico de las decisiones judiciales*, Atelier, Barcelona, 2007.
- *La valoración de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2010.
 - *La duda en el proceso penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013.
- NINO, C.S., *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación*, Ariel Derecho, Barcelona, 1989.
- *La constitución de la democracia deliberativa*, 1ª ed., 1ª reimpr., Ed. Gedisa, Buenos Aires, 2003.
 - *Fundamentos de Derecho Penal*, Ed. Gedisa, Buenos Aires, 2008.
- NORRIE, A., *Crime, Reason and History. A Critical Introduction to Criminal Law*, 3ª ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2014.
- NOZICK, R., *Anarchy, State and Utopia*, Basic Books, Nueva York, 1974.
- ORMEROD, D., LAIRD, K., *Smith and Hogan’s Criminal Law*, 14ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2015.
- ORMEROD, D., PERRY, P. (eds.), *Blackstone’s Criminal Practice*, 26ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2016.
- ORTIZ DE URBINA, Í., “Caso de los dos psiquiatras en el III Reich”, en SÁNCHEZ-OSTIZ, P. (coord.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal*, La Ley, Madrid, 2011, p. 177-192.
- ORTOLAN, J., *The History of Roman Law, from the text of Ortolan’s “Historie de la Législation romaine et généralisation du droit”* (ed. 1870) (trad. T. Prichard y D. Nasmith), Butterworths, Londres, 1871.
- ORTS BERENQUER, E., “Consideraciones sobre los elementos subjetivos de algunos tipos de acción”, en CARBONELL MATEU, J.C., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. et al (coords.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal: (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, vol. 2, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 1483-1500.
- OXMAN, N., *Sistemas de imputación subjetiva en Derecho Penal. El modelo angloamericano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- PADFIELD, N., *Criminal Law*, 8ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2012.
- PARDO, M., PATTERSON, D., “Fundamentos filosóficos del Derecho y la neurociencia”, en *InDret Penal* N° 2, 2011.
- PAREDES CASTAÑÓN, J.M., “Problemas metodológicos en la prueba del dolo”, en *Anuario de filosofía del Derecho*, nueva época, t. XVIII, 2001, pp. 67-93.
- “Caso del Aceite de Colza”, en SÁNCHEZ-OSTIZ, P. (coord.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal*, 2ª ed., La Ley, Madrid, 2011, pp. 425-439.

- PAREDES CASTAÑÓN, J.M., DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., DE VICENTE REMESAL, J., “Argumentación y prueba en la determinación del dolo (Comentario a la STS 24-10-1989, Pte. Sr.: García Ancos)”, en *RDPC*, 2ª época, N° 8, julio 2001.
- PAWLIK, M., *La libertad institucionalizada, Estudios de filosofía jurídica y Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid – Barcelona - Buenos Aires, 2010.
- “La legítima defensa según KANT y HEGEL”, en MAÑALICH, J.P. (coord.), *La antijuridicidad en el Derecho penal. Estudios sobre las normas permisivas y la legítima defensa*, B de F, Montevideo - Buenos Aires, 2013.
 - *Ciudadanía y derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades*, Atelier, Barcelona, 2016.
 - “El delito, ¿lesión de un bien jurídico?”, en *InDret Penal* N° 2, 2016.
- PAWLIK, M., KINDHÄUSER, U. et al, *La antijuridicidad en el Derecho penal. Estudios sobre las normas permisivas y la legítima defensa*, B de F, Montevideo - Buenos Aires, 2013.
- PECES-BARBA, G., *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, Dykinson, Madrid, 2002.
- PENALVA MARTÍNEZ, M.C., POSADAS GARCÍA, J.A., “El planteamiento de problemas y la construcción del teorema de BAYES”, en *Enseñanza de las Ciencias*, Vol. 27, 3, 2009, pp. 331-342.
- PEREDA, J., *Covarrubias penalista*, Bosch, Barcelona, 1959.
- PÉREZ BARBERÁ, G., *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*, Hammurabi, Buenos Aires, 2010.
- “Problemas y perspectivas de las teorías expresivas de la pena. Una justificación deontológica de la pena como institución”, en *InDret Penal*, N° 4, 2014.
- PÉREZ DEL VALLE, C., “En el punto de mira. La crítica a la teoría de los bienes jurídicos”, en *InDret Penal*, N° 4, 2006.
- PÉREZ MANZANO, M., “Dificultad de la prueba de lo psicológico y naturaleza normativa del dolo”, en GARCÍA VALDÉS, C. et al (coords.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat, Tomo II*, Edisofer Madrid, 2008, p. 1453-1486.
- “Fundamento y fines del Derecho penal. Una revisión a la luz de las aportaciones de la neurociencia”, en *InDret Penal* N° 2, 2011.
- PERIS RIERA, J., *La preterintencionalidad. Planteamiento, desarrollo y estado actual (Tendencias restrictivas en favor de la penetración en el elemento subjetivo)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.
- PHILIPPS, L., “An der Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit – Ein Modell multikriterieller computergestützter Entscheidungen”, en SCHÜNEMANN, B. et al (eds.), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, Walter de Gruyter, Berlin, Nueva York, 2001, pp. 365-378.
- PIHLAJAMÄKI, H., KORPIOLA, M., “Medieval Canon Law: The origins of modern criminal law”, en DUBBER, HÖRNLE (eds.), *The Oxford Handbook of Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 201-224.

- PIÑA ROCHEFORT, J.I., *La estructura de la teoría del delito en el ámbito jurídico del "Common Law"*, Comares, Granada, 2002.
- PORCIÚNCULA, J.C., *Lo objetivo y lo subjetivo en el tipo penal. Hacia la "exteriorización de lo interno"*, Atelier, Barcelona, 2014.
- PORTILLA CONTRERAS, G., *Mutaciones de Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*, Ediciones Akal S.A., Madrid, 2005.
- "La influencia de las ciencias sociales en el Derecho penal: la defensa del modelo ideológico neoliberal en las teorías funcionalistas y en el discurso ético de Habermas sobre selección de los intereses penales", en ARROYO, L., NEUMANN, U., NIETO, A. (coords.), *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, Ediciones de la Universidad de Castilla, 2003, pp. 99-124.
- PRIETO SANCHÍS, L., *Constitucionalismo y Positivismo*, 2ª ed., Distribuciones Fontamara, México, 1999.
- PUPPE, I., "Error de hecho, error de derecho, error de subsunción", en FRISCH, *El error en Derecho penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999.
- *La distinción entre dolo e imprudencia*, Hammurabi, Buenos Aires, 2010.
 - "Comprobar, imputar, valorar: reflexiones semánticas sobre la fundamentación de sentencias penales y la posibilidad de su revisión jurídica", en *InDret Penal*, N° 3, 2013.
 - *El Derecho penal como ciencia. Método, teoría del delito, tipicidad y justificación*, B de F, Montevideo - Buenos Aires, 2014.
- PUPPO, A., "Comentario a *Mejor no saber. Sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho penal* de Ramon Ragués i Vallès", en BOUVIER, H. (dir.), *Discusiones*, N° XIII, EdiUNS, 2013, Buenos Aires, pp. 39-66.
- QUINTERO OLIVARES, G., "Las vicisitudes del dolo y la subsistencia de la preterintencionalidad", en CARBONELL MATEU, J.C., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. et al (coords.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal: (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, vol. 2, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 1573-1604.
- RAGUÉS I VALLÈS, R., "La determinación del conocimiento como elemento del tipo subjetivo (Comentario a la STS 24 de noviembre de 1995)", en *ADPCP*, t. XLIX, fascículo II, mayo-agosto 1996, p. 795-823.
- "Conducción de vehículos con consciente desprecio por la vida de los demás y tentativa de homicidio", en *ADPCP*, t. 50, fascículo/mes 1-3, 1997, pp. 787-813.
 - *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 1999.
 - "Consideraciones sobre la prueba del dolo", en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, N° 7, 2002, pp. 1891-1898.
 - *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2008.
 - "Caso del Cinturón", en SÁNCHEZ-OSTIZ, P. (coord.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 193-205.

- “De nuevo: el dolo eventual, un enfoque revolucionario para un tema clásico. Recensión a Gabriel Pérez Barberá, El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental, Hammurabi, Buenos Aires, 2011, 842 páginas”, en *InDret Penal*, N° 3, 2012.
 - “Mejor no saber. Sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho penal”, en BOUVIER, H. (dir.), *Discusiones*, N° XIII, EdiUNS, 2013, Buenos Aires, pp. 11-38.
 - “A modo de contrarréplica: la ignorancia deliberada y su difícil encaje en la teoría dominante de la imputación subjetiva”, en BOUVIER, H. (dir.), *Discusiones*, N° XIII, EdiUNS, 2013, Buenos Aires, pp. 139-168.
- RAMOS VÁSQUEZ, J.A., “Un “proceso interno” necesita “criterios externos”: algunos apuntes sobre la gramática profunda del elemento volitivo del dolo”, en CARBONELL MATEU, J.C., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. et al (coords.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 1639-1664.
- RAWLS, J., *Teoría de la Justicia*. 2ª ed. en español, 1ª reimpr., Fondo de Cultura Económica, México, 1997.
- REDMAYNE, M., *Character in the Criminal Trial*, Oxford University Press, Oxford, 2015.
- RISTROPH, A., “Hobbes on “Diffidence” and the Criminal Law, en DUBBER, M. (ed.), *Foundational Texts in Modern Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 23-37.
- ROBINSON, P., “Rules of Conduct and Principles of Adjudication”, en *Faculty Scholarship*, paper 617, 1990.
- “Should the Criminal Law Abandon the Actus Reus / Mens Rea Distinction?”, en SHUTE et al (eds.), *Action and Value in Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 1993, pp. 187-211.
 - “El papel que corresponde a la comunidad en la determinación de la responsabilidad penal y de la pena”, en MIR PUIG, S., CORCOY BIDASOLO, M. (dirs.), *Constitución y sistema penal*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 40-64.
 - *Principios distributivos del Derecho penal. A quién debe sancionarse y en qué medida* (trad. Cancio Meliá y Ortiz de Urbina), Marcial Pons, Madrid, 2012.
- ROBLES PLANAS, R., “Deberes negativos y positivos en Derecho penal”, en *InDret Penal*, N° 4, 2013.
- *Estudios de dogmática jurídico-penal. Fundamentos, teoría del delito y Derecho penal económico*, B de F, Montevideo – Buenos Aires, 2014.
- ROBLES PLANAS, R., SÁNCHEZ-OSTIZ, P. (coords.), *La crisis del Derecho penal contemporáneo*, Atelier, Barcelona, 2010.
- RODRÍGUEZ, D., ARNOLD, M., *Sociedad y teoría de sistemas*, 4ª ed., Editorial Universitaria S.A., Santiago de Chile, 2007.
- RODRÍGUEZ DEVESA, J., SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho penal español, Parte general*, 16ª ed., Dykinson, Madrid, 1993.

- RODRÍGUEZ HORCAJO, D., "Para este viaje, ¿hacen falta estas (empíricas) alforjas? Recensión a Robinson, P.H., *Distributive principles of Criminal Law. Who should be punished and how much?*, Nueva York (Oxford University Press), 2008, 267 pp.", en *InDret Penal*, N° 4, 2012.
- RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1994.
- RODRÍGUEZ PANIAGUA, J.M., "El deber jurídico y la obligación de obediencia al Derecho", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1969, pp. 67-82.
- ROMEO CASABONA, C.M., "Sobre la estructura monista del dolo. Una visión crítica", en *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, Madrid, 2005, p. 923-948.
- ROXIN, C., *Derecho penal, Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito* (trad. de la 2ª ed. alemana y notas de Luzón Peña, Díaz y García Conlledo y De Vicente Remesal), Civitas, Madrid, 1997.
- *Dogmática penal y política criminal*, Ed. IDEMSA, Lima, 1998.
 - *Derecho procesal penal* (trad. de la 25ª ed. alemana), Editores del Puerto S.R.L., Buenos Aires, 2000.
 - *Política criminal y sistema del derecho penal* (trad. Muñoz Conde), 2ª ed., 1ª reimpr., Hammurabi, Buenos Aires, 2002.
 - *La teoría del delito en la discusión actual*, Ed. Grijley, Lima, 2007.
 - "El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania", en *InDret Penal* N° 4, 2012.
- RUBIA, F., *El fantasma de la libertad. Datos de la revolución neurocientífica*, Crítica, Barcelona, 2009.
- RUEDA MARTÍN, M.A., *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción (Una investigación, a la vez, sobre los límites ontológicos de las valoraciones jurídico-penales en el ámbito de lo injusto)*, Bosch, Barcelona, 2001.
- RUIZ CASTELLANOS, A. (ed.), *Ley de las doce tablas*, Ediciones Clásicas, Madrid, 1992.
- SACHER DE KÖSTER, M., *La evolución del tipo subjetivo*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998.
- SÁNCHEZ LÁZARO, F.G., "El principio de culpabilidad como mandato de optimización", en *InDret Penal* N° 4, 2011.
- "Sobre la argumentación con principios en el discurso jurídico penal", en *InDret Penal*, N° 3, 2013.
- SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P., "Caso Hipercor", en EL MISMO (coord.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 353-371.
- "La libertad del Derecho penal: ¿de qué hablamos cuando decimos libertad?", en *InDret Penal* N° 1, 2014.
 - "¿Incumbencias en Derecho penal? - Depende", en *InDret Penal*, N°1, 2016.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho Penal*, Marcial Pons, Madrid, 2012.

- SANCINETTI, M., *Subjetivismo e imputación objetiva en derecho penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996.
- *Teoría del delito y disvalor de acción*, 1ª ed., 2ª reimpr., Hammurabi, Buenos Aires, 2005.
- SANZ MORÁN, A.J., *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho penal*, Lex Nova, Valladolid, 2003.
- “Caso del homicidio preterintencional”, en SÁNCHEZ-OSTIZ, P. (coord.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 291-305.
- SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, M., *Dolo e imprudencia en el Código penal español. Análisis legal y jurisprudencial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- SEARLE, J., “Free will as a problem in Neurobiology”, en *Philosophy*, N° 76, 4, 2001, pp. 491-514.
- *Libertad y neurobiología: reflexiones sobre el libre albedrío, el lenguaje y el poder político*, Paidós, Barcelona, 2004.
- SCHÜNEMANN, *Cuestiones básicas del Derecho penal en los umbrales del tercer milenio*, Ed. IDEMSA, Lima, 2006.
- “El propio sistema de la teoría del delito”, en *InDret Penal*, N° 1, 2008.
 - “Aporías de la teoría de la pena en la filosofía. Pensamientos sobre Immanuel Kant”, en *InDret Penal*, N° 2, 2008.
- SERRANO GONZÁLEZ-MURILLO, J.L., “Consideraciones en torno a las consecuencias jurídicas del denominado “dolo alternativo””, en CORTES BECHIARELLI, E. et al (eds.), *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 1049-1068.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M., “Observaciones sobre el conocimiento “eventual” de la antijuridicidad”, en *ADPCP*, t. XL, fascículo III, septiembre-diciembre 1987, p. 647-664.
- *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 1ª ed., Bosch, Barcelona, 1992.
 - “Criterios de asignación de responsabilidades en estructuras jerárquicas”, en *Empresa y delito en el nuevo Código penal*, CDJ, 1997.
 - *El delito de omisión: concepto y sistema*, 2ª ed., B de F, Montevideo – Buenos Aires, 2003.
 - “Dimensiones de la sistematicidad de la teoría del delito”, en WOLTER, J., FREUND, G. (eds.) *El sistema integral del Derecho penal, Delito, determinación de la pena y proceso penal*, Marcial Pons, Madrid - Barcelona, 2004.
 - *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Euros Editores S.R.L., Montevideo – Buenos Aires, 2006.
 - “Presentación: ¡Hay jueces en Berlín! (y en Karlsruhe)”, en *InDret Penal*, N°1, 2007.
 - *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., B de F, Montevideo – Buenos Aires, 2010.
 - *La expansión del Derecho penal*, 3ª ed., B de F, Montevideo – Buenos Aires, 2011.

- *Medio siglo de dogmática penal alemana (Un punto de vista iberoamericano)*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013.
 - “¿Adiós a un concepto unitario de injusto en la teoría del delito?: A la vez, una breve contribución a la teoría de las medidas de seguridad”, en *InDret Penal* N° 3, 2014.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M., VARELA, L., “Responsabilidades individuales en estructuras de empresa: La influencia de sesgos cognitivos y dinámicas de grupo”, en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (dir.), MONTANER, R. (coord.), *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Atelier, Barcelona, 2013, pp. 265-286.
- SIMESTER, A., “Can Negligence be Culpable?”, en HORDER, J. (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence* (4th series), 2000, at 106.
- SIMONS, K., “Should the Model Penal Code’s Mens Rea Provisions Be Amended?”, en *Ohio State Journal of Criminal Law*, vol. 1, N° 1, 2003, pp. 179-205.
- SMITH, J., *Smith & Hogan Criminal Law*, 10ª ed., Butterworths Lexis Nexis, Londres, 2002.
- STARK, F., *Culpable Carelessness. Recklessness and Negligence in the Criminal Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016.
- STERN, S., “Blackstone’s Criminal Law: Common-Law Harmonization and Legislative Reform”, en DUBBER, M. (ed.), *Foundational Texts in Modern Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 61-78.
- STRATENWERTH, G., *Derecho Penal. Parte General I. El hecho punible*, Thomson Civitas, Madrid, 2000.
- STRUENSEE, E., *Temas sobre teoría del delito*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 1999.
- “Consideraciones sobre el dolo eventual”, en *InDret Penal*, N° 4, 2009.
- STUCKENBERG, C.F., “Problems of ‘Subjective Imputation’ in Domestic and International Criminal Law”, en *Journal of International Criminal Justice* (1478-1387), año 2014, vol. 12, iss: 2, pp. 311-323.
- TADROS, V., “The system of the criminal law”, en *22 Legal Studies*, 2002, pp. 448-467.
- “Wrongdoing and Motivation”, en DUFF, R.A., GREEN, S. (eds.), *Philosophical Foundations of Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011.
- TARUFFO, M., *La prueba de los hechos*, 2ª ed., Trotta, Madrid, 2005.
- TAYLOR, G., “Concepts of Intention in German Criminal Law”, en *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 24, N° 1, 2004, pp. 99-127.
- TERRAGNI, M.A., “Delito, castigo y dolo eventual”, en AAVV, *Justicia penal y Estado de Derecho, Libro Homenaje a Francisco Castillo González*, Ed. EJC, San José, 2007, pp. 327-332.
- TEUBNER, G., *El Derecho como sistema autopoietico de la sociedad global*, ARA Editores, Lima, 2005.

- THORBURN, M., "The Radical Orthodoxy of Hart's *Punishment and Responsibility*", en DUBBER, M. (ed.), *Foundational Texts in Modern Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 279-295.
- TOCHILOVSKY, V., *The Law and Jurisprudence of the International Criminal Tribunals and Courts. Procedure and Human Rights Aspects*, 2ª ed., Intersentia Publishing Ltd., Cambridge, 2014.
- TOZZINI, C.A., *Dolo, error y eximentes putativas (desde el punto de vista de la psicología de la forma)*, Depalma, Buenos Aires, 1964.
- VARELA, L., "Strict Liability como forma de imputación jurídico penal", en *InDret Penal*, N° 3, 2012.
- *Dolo y error. Una propuesta para una imputación auténticamente subjetiva*, Bosch, Barcelona, 2016.
- VERA SÁNCHEZ, J.S., *Tesis Doctoral "La legítima defensa en el proceso penal. Perspectivas probatorias"*, Universidad de Barcelona, Barcelona, 2014.
- VILLAVICENCIO, F., *Derecho penal Parte General*, Ed. Grijley, Lima, 2006.
- VIVES ANTÓN, T., "Reexamen del dolo", en MUÑOZ CONDE, F. (dir.), *Problemas actuales del Derecho penal y de la criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 369-388.
- *Tratado de Derecho penal*, vol. I, Reus, Madrid, 1999.
- WEIGEND, T., "Subjective elements of criminal liability", en DUBBER, M., HÖRNLE, T., *The Oxford Handbook of Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 490-511.
- WELZEL, H., *La teoría de la acción finalista*, Depalma, Buenos Aires, 1951.
- *Derecho Penal Parte General* (trad. de Fontán Balestra), Roque Depalma Editor, 1956.
 - *El nuevo sistema del Derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista* (versión castellana de la edición alemana de 1961 y notas por Cerezo Mir), Ariel, Barcelona, 1964, p. 63.
 - *Derecho penal alemán. Parte General*, 11ª ed., 4ª ed. castellana (traducción del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez), Editorial Jurídica de Chile, reimpr., Santiago de Chile, 1997.
 - *Estudios de Derecho penal* (trad. Eduardo Aboso – Tea Löw), B de F, Montevideo - Buenos Aires, 2002.
 - *Estudios de filosofía del Derecho y Derecho penal*, B de F, Montevideo - Buenos Aires, 2004.
- WIGMORE, J.H., "Responsibility for Tortious Acts: Its History", en *Select Essays in Anglo-American legal history by various authors, compiled and edited by a committee of the Association of American Law Schools*, vol. III, Cambridge at the University Press, Cambridge, 1909, pp. 474-537.
- *A Students' Textbook of the Law of Evidence*, The Foundation Press Inc., Nueva York, 1935.

- *The Science of Judicial Proof, as Given by Logic, Psychology, and General Experience and Illustrated in Judicial Trials*, 3a ed., Little Brown, Boston, 1937.
- WILLIAMS, G., *Criminal Law. The General Part*, 2ª ed., Steven & Sons Limited, Londres, 1961.
- *The mental element in Crime*, Magnes Press, The Hebrew University, Jerusalem, 1965.
- WOOTTON, B., *Crime and the Criminal Law: Reflections of a Magistrate and Social Scientist*, 2ª ed., Steven & Sons, Londres, 1981,
- YANNOULIDIS, S., *Mental State Defences in Criminal Law*, Ashgate, Surrey, 2012.
- ZAFFARONI, E., ALIAGA, A., SLOKAR, A., *Manual de Derecho Penal Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2006.
- ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Trotta, Madrid, 2005.
- ZIELINSKI, D., *Dolo e imprudencia. Comentario a los SS 15 y 16 del Código Penal alemán*. (trad. Sancinetti), Hammurabi, Buenos Aires, 2003.
- ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., "La demarcación entre el dolo y la culpa: El problema del dolo eventual", *ADPCP*, t. XXXIX, fascículo II, mayo-agosto 1986, pp. 395-422.
- *Derecho penal, Parte General*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002.
- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Política criminal*, Colex, Madrid, 2002.

RELACIÓN DE SENTENCIAS DE REINO UNIDO

- *Andrews v DPP* [1937] AC 576.
- *B (a minor) v DPP* 2000 WL 527.
- *Callow v Tillstone* [1900] 83 LT 411.
- *Commissioner of Police of the Metropolis v Caldwell* [1981] 2 WLR 509, [1982] AC 341.
- *Cundy v Le Cocq* (1884) 13 QBD 207.
- *DPP v Majewski* [1977] AC 443
- *DPP v Morgan* [1975] 2 WLR 913, [1976] AC 182.
- *DPP v Smith* [1960] 3 WLR 546, [1961] AC 290.
- *Elliot v C* [1983] 1 WLR 939.
- *Gammon (Hong Kong) Ltd v Attorney-General of Hong Kong* [1984] 3 WLR 437, [1985] AC 1.
- *Her Majesty's Attorney General v Scotcher* [2005] UKHL 36, 2005 WL 1168989.
- *Hines* (1874) 13 Cox CC 114 46.
- *Hyam v DPP* [1974] 2 WLR 607, [1975] AC 55.
- *Hyam v DPP* [1975] AC 55.
- *Larsonneur* (1934) 24 Cr App R 74.
- *Matudi* (2003) EWCA Crim 697.
- *Miller v Minister of Pensions* [1947] 2 All ER 372.
- *Muhamad* (2003) 2 WLR 1050.
- *Pharmaceutical Society of Great Britain v Storkwain* (1986).
- *R v Adomako* [1994] 3 WLR 288, [1994] 1 AC 171.
- *R v Bateman* (1927) 19 Cr App R 8.
- *R v Cunningham* [1957] 3 WLR 76, [1957] 2 QB 396.
- *R v Da Silva* [2006] EWCA Crim 1654.
- *R v Edward Leonard Hall* (1985) 81 Cr App R 260.
- *R v G* [2003] UKHL 50
- *R v George Brereton Sharpe* (1857) Dearsly and Bell 160, 169 E.R. 959.
- *R v Hancock and Shankland* [1986] 2 WLR 357, [1986] AC 455.
- *R v Jones et al* [2006] UKHL 16
- *R v Lawrence* [1982] AC 510.

- *R v Matthews and Alleyne* [2003] EWCA Crim 192.
- *R v MD* [2004] EWCA Crim 1391.
- *R v Mohan* [1975] 2 All ER 193.
- *R v Moloney* [1985] 2 WLR 648, [1985] AC 905.
- *R v Nedrick* [1986] 1 WLR 1025.
- *R v Prince* [1875] LR 2 CCR 154
- *R v Rimmington and Goldstein* [2005] UKHL 63
- *R v Saik* [2006] UKHL 18.
- *R v Steane* [1947] KB 997.
- *R v Stephen Malcolm* (1984) 79 Cr. App. R. 334.
- *R v Stephenson* [1979] 3 WLR 193 [1979] QB 695.
- *R v Taylor* [2016] UKSC 5.
- *R v William Chambers* [2008] EWCA Crim 2467.
- *R v Woollin* [1998] 3 WLR 382, [1999] 1 AC 82.
- *Regina v Sleep* (1861) Leigh and Cave 44, 169 ER 1296.
- *Rex v Bywaters y Thomson*
- *Senior* [1899] 1 QB 283 46.
- *Sheldrake v DPP* [2003] EWCA Crim 762, [2005] 1 AC 264.
- *Sherras v de Rutzen* [1895] 1 QB 918.
- *Smith* [1960] 2 QB 423 47.
- *Sweet v Parsley* [1969] 2 WLR 470, [1970] AC 132.
- *Taylor's Central Garages Ltd. (Exeter) v. Roper* (1951) 115 JP 445.
- *The Queen v Henry Pembliton* (1872-75) LR 2 CCR 119.
- *The Queen v Latimer* (1886) 17 QBD 359.
- *The Queen v Tolson* (1889) 23 QBD 168.
- *Whitehouse v Gay News Ltd and Lemon* [1979] 2 WLR 281, [1979], AC 617.
- *Woolmington Appellant v DPP* [1935] AC 462.

RELACIÓN DE SENTENCIAS DE ESPAÑA Y DE OTRAS JURISDICCIONES

- STC N° 105/1988 de 8 de junio de 1988.
- STC N° 111/1999 de 14 de junio de 1999.
- STC N° 126/2011 de 18 de julio de 2011.
- STC N° 126/2012 de 18 de junio de 2012.
- STS N° 763/1983 de 28 de octubre de 1983 (Ponente Juan Latour Brotons).
- STS N° 57/2009 de 2 de febrero de 2009 (Ponente Manuel Marchena Gómez).
- STS N° 336/2009 de 2 de abril de 2009 (Ponente Andrés Martínez Arrieta).
- STS N° 954/2009 de fecha 30 de septiembre 2009 (Ponente Manuel Marchena Gómez).
- STS N° 474/2005 de 17 de marzo de 2005 (Ponente Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre).
- STS N° 717/2014 de 29 de enero de 2015 (Ponente Andrés Martínez Arrieta).
- Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 08 de junio de 2015 en el Procedimiento Abreviado 38/2014.

- Sentencia del Corte Europea de Derechos Humanos en el caso *Salabiaku v France* (1988) 13 EHRR 379, ECtHR.
- Sentencia del Corte Europea de Derechos Humanos en el caso *G v UK* (2011) 53 EHRR SE25, ECtHR.
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Valbuena Redondo c. España (Demanda N° 21460/08) de 13 de diciembre de 2011.
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Lacadena Calero c. España (Demanda N° 23001/07) de 22 de noviembre de 2011.
- Sentencia de la Corte Suprema de Perú de 10 de diciembre de 2010 emitida en el Recurso de Nulidad N° 2167-2008.
- Sentencia del Tribunal Oral en lo Criminal N° 30 de Buenos Aires de 21 de noviembre de 2003.

- Sentencia de la Sala Tercera de la Cámara Nacional de Casación Penal de Argentina de 02 de septiembre de 2005.

RELACIÓN DE NORMAS LEGALES

- Aliens Order - 1920 (Reino Unido).
- Anti-terrorism, Crime and Security Act - 2001 (Reino Unido).
- Codice Penale - 1930 (Italia).
- Código de Hammurabi.
- Código Penal - 1991 (Perú).
- Código Penal - 1995 (España).
- Código Penal - 2000 (Colombia).
- Constitución española – 1978 (España).
- Convenio Europeo de Derechos Humanos.
- Criminal Damage Act - 1971 (Reino Unido).
- Criminal Justice Act - 1967 (Reino Unido).
- Criminal Justice Act - 2003 (Reino Unido).
- Dangerous Drugs Act - 1965 (Reino Unido).
- Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano – 1789.
- Digesto (Roma).
- Domestic Violence, Crime and Victims Act - 2004 (Reino Unido).
- Enmienda V a la Constitución (Estados Unidos de Norteamérica).
- Enmienda VI a la Constitución (Estados Unidos de Norteamérica).
- Firearms Act - 1968 (Reino Unido).
- Homicide Act - 1957 (Reino Unido).
- Human Rights Act - 1998 (Reino Unido).
- Instituciones de Justiniano (Roma).
- Ley de Enjuiciamiento Criminal – 1882 (España).
- Ley de las XII Tablas (Roma).
- Medicines Act - 1968 (Reino Unido).
- Murder – Abolition of Death Penalty Act - 1965 (Reino Unido).
- Offences against the Person Act - 1861 (Reino Unido).
- Proyecto de Código Penal – 1989 (Reino Unido).
- Road Safety Act - 2006 (Reino Unido).
- Road Traffic Act – 1972 (Reino Unido).
- Road Traffic Act - 1988 (Reino Unido).
- Sexual Offences Act -1956 (Reino Unido).

- Sexual Offences Act - 2003 (Reino Unido).
- Theft Act - 1968 (Reino Unido).