

Norma e imputación en el conocimiento del tipo

Lorena Varela

TESI DOCTORAL UPF / 2015

DIRECTOR DE LA TESI

Dr. David Felip i Saborit

DEPARTAMENT DE DRET



RESUMEN

La creciente normativización de las categorías del delito es una tendencia incuestionable. Con este trabajo se pretende aportar una visión matizada de dicho fenómeno en el ámbito de los elementos subjetivos del tipo, en concreto, del dolo y la imprudencia. Para ello se ha escogido un método mixto de abordaje, desde la teoría de las normas y de la imputación, complementándolo con el aporte de las Ciencias Sociales. Desde la teoría de las normas se pondrá en evidencia la conexión que existe entre el autor del delito y sus conocimientos, necesarios para la infracción del deber. Desde la doctrina de la imputación se advertirá la dimensión exclusivamente subjetiva que ha de desvalorarse y atribuirse al autor del hecho delictivo. La tesis se estructura en cuatro cuestiones capitales: ¹definición y ²clasificación cognitiva del elemento subjetivo, ³valoración e imputación del elemento subjetivo y ⁴clases de imputación.

ABSTRACT

The increasing normativization of the categories of crime is an undeniable trend. This work aims to provide a moderate viewpoint of this phenomenon in the *mens rea*, specially in the field of knowledge and negligence. To this end, a hybrid method has been employed based on the theory of norms and the principles of adjudications with the help of Social Sciences. Concerning the theory of norms, it will be demonstrated that there is a direct connection between the offender and his awareness which is necessary for the infringement of duty. Concerning the principles of adjudications, it will be demonstrated that a full guilty mind dimension is necessary to blame and to attribute the wrong to the offender. This PH dissertation is divided in four capital issues: ¹definition and ²classification of the cognitive element, ³valuation and attribution of the *mens rea* element and ⁴classes of imputation.

“noverim me, noverim te”

san Agustín

ÍNDICE

ABREVIATURAS	
INTRODUCCIÓN	15

PARTE PRIMERA NORMA E IMPUTACIÓN

CAPÍTULO INTRODUCTORIO: PUNTOS DE PARTIDA

I.1. Consideraciones generales	21
I.2. Sobre los fines del Derecho penal y sobre los fines de la pena	29
I.2.a. Fines del Derecho penal	29
I.2.b. Fines de la pena	40
I.2.c. Algunas consideraciones sobre los principios de lesividad y de culpabilidad	44
I.3. Persona y responsabilidad	53
I.4. Breve mención de las posturas desde las cuales abordar el hecho punible	66
I.4.a. Teoría del delito desde la teoría de las normas	72
I.4.b. Teoría del delito desde la doctrina de la imputación	77
I.4.c. Teoría del delito desde una tesis mixta	85
I.5. Toma de postura	89
I.5.a. Modelo bipartito del delito	90
I.5.a.i. Antijuridicidad penal y sancionabilidad penal	92
I.5.b. Teoría de las normas como normas de conducta y normas de sanción	96
I.5.c. Doctrina de la imputación como reglas de imputación	108

PARTE SEGUNDA NORMA E IMPUTACIÓN EN EL CONOCIMIENTO DEL TIPO

CAPÍTULO PRIMERO: DEFINICIÓN DEL CONOCIMIENTO

II.1.1. Consideraciones generales	119
II.1.2. Conocimiento y error	120
II.1.2.a. Definiciones próximas al conocimiento: representación y consciencia	120
II.1.2.b. Definición de conocimiento	129
II.1.2.b.i. ¿Conocimiento como estado mental o como acto mental?	130
II.1.2.b.ii. Conocimiento como proposición	137
II.1.2.b.iii. Conocimiento y creencia	145
II.1.2.b.iv. Teorías de la verdad	148
II.1.2.c. Definiciones de desconocimiento y error	160
II.1.2.d. Modelo de la racionalidad humana limitada	164
II.1.3. Conocimiento típico	171
II.1.3.a. Planos empírico y normativo del conocimiento típico	173
II.1.3.b. Objeto del conocimiento típico	180
II.1.3.b.i. Dimensiones fáctica y expresiva de los hechos típicos	185
II.1.3.b.ii. Acerca del riesgo típico y el resultado	191
II.1.3.b.ii.a. Riesgos idóneos y riesgos inidóneos	198
II.1.3.b.ii.b. Dañosidad social y adecuación social	205
II.1.3.b.ii.c. Peligrosidad <i>ex ante</i>	207
II.1.4. Error directo de tipo y error indirecto de tipo	213
II.1.4.a. Error directo de tipo	215
II.1.4.a.i. Error de tipo sobre la dimensión fáctica	217

II.I.4.a.ii. Error de tipo sobre la dimensión expresiva.....	222
II.I.4.b. Error indirecto de tipo	225
II.I.4.b.i. Consideraciones generales sobre la tentativa.....	227
II.I.4.b.ii. Tentativas según el conocimiento de la peligrosidad.....	228
II.I.4.b.iii. Modalidades de tentativas	235
II.I.4.b.iii.a. Tentativa peligrosa <i>ex ante</i> y peligrosa <i>ex post</i>	236
II.I.4.b.iii.b. Tentativa peligrosa <i>ex ante</i> y no peligrosa <i>ex post</i>	237
II.I.4.b.iii.c. Tentativa no peligrosa <i>ex ante</i> (ergo, no peligrosa <i>ex post</i>).....	246
 CAPÍTULO SEGUNDO: CLASIFICACIÓN DEL CONOCIMIENTO	
II.II.1. Consideraciones generales.....	261
II.II.2. ¿Lógica binaria o paradoja sorites? versus <i>fuzzy logic</i>	261
II.II.3. Aportes de otras disciplinas en la clasificación del conocimiento.....	270
II.II.3.a. Juicios de certeza e incerteza versus juicios de probabilidad e improbabilidad.....	270
II.II.3.b. Cálculo de probabilidades	280
II.II.4. Clases de conocimiento y error.....	287
II.II.4.a. Propuesta de clasificación (o graduación) de las modalidades subjetivas	289
II.II.4.a.i. Conocimiento consciente y coconsciente	293
II.II.4.a.ii. Conocimiento cierto e incierto	300
II.II.4.a.iii. Error, ceguera e ignorancia	303
II.II.5. Bases de una concepción cognitiva del elemento subjetivo del tipo	305
II.II.5.a. Lo correcto del conocimiento o error como elementos del tipo subjetivo	315
II.II.5.b. Consecuencias de una concepción cognitiva del elemento subjetivo del tipo	321
II.II.5.b.i. Lo incorrecto de la voluntad como elemento del tipo subjetivo	321
II.II.5.b.ii. La falacia de la intención como la forma más grave de dolo.....	327
II.II.5.b.ii.a. Ni la intención ni otras actitudes anímicas en el concepto de dolo	336
II.II.5.b.iii. El mito de la autonomía del dolo de consecuencias necesarias	338
II.II.5.b.iii.a. El dolo de consecuencias necesarias con relación al resultado	341
II.II.5.b.iv. La inevitable existencia del dolo eventual.....	354
II.II.5.b.v. El sinsentido de un dolo sin conocimiento	360
II.II.5.b.vi. Lo innecesario de la confianza en la imprudencia consciente.....	367
II.II.5.b.vii. Lo imposible de la imprudencia inconsciente como imprudencia	374
 CAPÍTULO TERCERO: NORMA Y CONOCIMIENTO	
II.III.1. Consideraciones generales	379
II.III.2. Normas de conducta y tipicidad subjetiva	383
II.III.3. Doble dimensión deóntica de las normas de conducta: generalidades	387
II.III.4. Incumbencias	393
II.III.4.a. Concepto y función	393
II.III.4.b. Inobservancia de las incumbencias y fundamentos de los efectos de su inobservancia	403
II.III.4.c. Clases de incumbencias.....	412
II.III.4.c.i. Incumbencias-fin (categóricas): ejercicio razonable de la libertad	415
II.III.4.c.i.a. Incumbencia de no lesionar a otros (<i>neminem laedere</i>) y de salvar a otros (<i>alterum salvare</i>)	422
II.III.4.c.i.b. Incumbencia de autoprotegerse de lesiones de otros	425
II.III.4.c.ii. Incumbencias-medio (hipotéticas): seguimiento razonable de las normas	433
II.III.4.c.ii.a. Incumbencia de mantenerse capaz de seguimiento (imputatividad) y de seguir las normas	434
II.III.4.c.ii.b. Incumbencia subjetiva de conocer	437
II.III.4.c.ii.b.ii. Incumbencia subjetiva de conocer según el grado de conocimiento o creencia.....	441
II.III.4.c.ii.b.ii.a. Duda resoluble e irresoluble.....	444
II.III.4.c.ii.b.ii.b. Error vencible e invencible	446
II.III.4.c.ii.b.ii.c. Ceguera provocada o no evitada.....	451

CAPÍTULO CUARTO: IMPUTACIÓN DEL CONOCIMIENTO

II.IV.1. Consideraciones generales	453
II.IV.1.a. Consideraciones generales sobre la estructura objetiva de los tipos doloso e imprudente	457
II.IV.1.b. Consideraciones generales sobre la estructura subjetiva de los tipos doloso e imprudente.....	464
II.IV.2. Juicio de imputación subjetiva	466
II.IV.2.a. Dimensión temporal del juicio de imputación: perspectivas <i>ex ante</i> y <i>ex post</i>	473
II.IV.2.b. Dimensiones objetiva y subjetiva de los juicios de atribución e imputación: baremos de medición.....	475
II.IV.2.b.i. Baremo de la persona limitadamente razonable en la atribución objetiva y en la imputación subjetiva.....	479
II.IV.2.b.i.a. Concepto de hombre medio como baremo objetivo	483
II.IV.2.b.i.b. Concepto de autor individual como baremo subjetivo	490
II.IV.2.b.ii. ¿Baremo objetivo o baremo subjetivo en la imputación subjetiva?	491
II.IV.2.b.ii.a. Toma de postura a favor del modelo diferenciador intersubjetivista-subjetivista.....	504
II.IV.2.c. Dimensión valorativa del juicio de imputación	514
II.IV.2.d. Dimensión de sentido del juicio de imputación: el reconocimiento	519
II.IV.3. Resulta: un modelo de imputación moderado	524
II.IV.3.a. Fundamento del modelo de imputación moderado: exigibilidad como criterio regulativo	532
II.IV.3.a.i. Exigibilidad según la evitabilidad en el conocimiento y en el error	539
II.IV.3.b. Casos problemáticos de la imputación dolosa y de la imputación imprudente	546
II.IV.3.b.i. Conocimientos coconscientes o marginales: ¿imputación dolosa?.....	547
II.IV.3.b.ii. Conocimientos especiales: ¿imputación dolosa?	559
II.IV.3.b.iii. Asunción de riesgos extravagantes: ¿imputación dolosa?.....	577
II.IV.3.b.iv. Asunción de riesgos con consecuencias colaterales: ¿imputación dolosa?.....	590
II.IV.3.b.v. Asunción de riesgos controlables: ¿imputación imprudente?.....	595
II.IV.3.c. Breves consideraciones valorativas sobre los casos problemáticos	607
II.IV.4. Interpretación y argumentación en el juicio de imputación.....	609
II.IV.4.a. Condiciones de seguimiento del juicio de imputación como discurso racional	609
II.IV.4.b. Reglas normativas de la interpretación	613
II.IV.4.b.i. Teoría de la verdad en el modelo de imputación moderado	619
II.IV.4.b.ii. Sesgos cognitivos en el juez.....	625
II.IV.4.c. Reglas de prueba y reglas de imputación	629
II.IV.4.c.i. El modelo moderado de la imputación.....	640

CAPÍTULO QUINTO: CLASES DE IMPUTACIÓN DEL CONOCIMIENTO

II.V.1. Consideraciones generales	661
II.V.2. Clases de imputación: ordinaria y extraordinaria.....	666
II.V.2.a. Fundamento común a las clases de imputación	670
II.V.2.b. Objeto de la imputación	672
II.V.2.c. Reglas de operación: consecutivas y adversativo-consecutivas	675
II.V.3. Imputación ordinaria (<i>libera in se</i>).....	678
II.V.3.a. Clases de imputación ordinaria	678
II.V.3.a.i. Imputación ordinaria grave	679
II.V.3.a.i.a. Conocimiento cierto	679
II.V.3.a.i.b. Ceguera instantánea cierta.....	679
II.V.3.a.i.c. Error de tipo al revés (tentativa idónea aparente)	687
II.V.3.a.ii. Imputación ordinaria leve	689
II.V.3.a.ii.a. Conocimiento incierto.....	689
II.V.3.a.ii.b. Ceguera instantánea incierta	691
II.V.4. Imputación extraordinaria (<i>non libera in se</i> pero sí <i>in [sua] causa</i>).....	692
II.V.4.a. Modelos explicativos de la imputación extraordinaria.....	694
II.V.4.b. Clases de imputación extraordinaria	702
II.V.4.b.i. Imputación extraordinaria grave	704
II.V.4.b.i.a. Ceguera provocada.....	707

II.V.4.b.i.b. Ceguera no-evitada.....	721
II.V.4.b.i.c. Imputación extraordinaria grave y deber cualificado de conocer.....	722
II.V.4.b.ii. Imputación extraordinaria leve.....	728
II.V.4.b.ii.a. Error de tipo vencible.....	733
II.V.4.b.ii.b. Ceguera evitable.....	737
EXCURSO	
E.1. El desvalor de la imputación ordinaria y de la extraordinaria.....	739
E.1.a. Equivalencia penológica entre la imputación extraordinaria grave y la imputación ordinaria grave.....	741
E.1.b. Equivalencia penológica entre la imputación extraordinaria leve y la imputación ordinaria leve.....	743
CONCLUSIONES	
BIBLIOGRAFÍA	
ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA	

PRINCIPALES ABREVIATURAS Y SIGLAS UTILIZADAS

<i>alic</i>	<i>actio libera in causa</i>
art.	artículo
<i>AT</i>	<i>Allgemeiner Teil</i>
ATS	Auto del Tribunal Supremo
AA.VV.	Autores Varios
<i>BayOBLG</i>	<i>Bayerisches Oberstes Landesgericht</i>
<i>BGHSt</i>	<i>Bundesgerichtshof Strafsachen</i> (Sentencia penal del Tribunal Supremo alemán)
cap.	capítulo
CE	Constitución Española
Cfr.	Confrontar
comp. / comps.	compilador / compiladores
coord. / coords.	coordinador / coordinadores
CPes.	Código Penal español
CPit.	Código Penal italiano
CPM	Código Penal Militar
dir. / dirs.	director / directores
DRAE	Diccionario de la Real Academia Española (<i>online</i>)
ed. / eds.	edición / editor / editores
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LSA	Ley de Sociedades de Capital
LSRL	Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada
<i>MPC</i>	<i>Model Penal Code</i>
<i>NJW</i>	<i>Neue Juristische Wochenschrift</i>
nm. / nms.	número marginal / números marginales
obs.	observación
p. / pp.	página / páginas
reimpr.	reimpresión
rev.	revisor / revisión
s. / ss.	siguiente / siguientes
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
<i>StGB</i>	<i>Strafgesetzbuch</i> (Código penal alemán)
STMT	Sentencia Tribunal Militar Territorial
STS / SSTS	Sentencia del Tribunal Supremo / Sentencias ...
t. / tt.	tomo / tomos
trad. / trads.	traductor / traductores
TS	Tribunal Supremo
v. / vv.	volumen / volúmenes
<i>WStG</i>	<i>Wehrstrafgesetz</i> (Codigo Penal Militar)

INTRODUCCIÓN

La cuestión sobre la definición del dolo, su posible clasificación, su valoración e imputación forma parte de uno de los temas, que desde las primeras épocas ha suscitado entre filósofos y juristas un innegable interés y apasionado debate. A decir verdad, ya la sola discusión sobre la definición podría llenar una modesta biblioteca, de modo que plantear un trabajo en donde, además, se analice dicha discusión desde la teoría de las normas y de las reglas de imputación hace todavía más interesante y compleja la labor. Como en todos los planos de la vida, también en la discusión científica, existen temas sobre los cuales siempre se habla, opina y teoriza, quizá no porque se tenga nada nuevo por aportar o algo por resolver inmediatamente, sino, simplemente, porque hablar de esos temas causa una curiosa fascinación. Y esto es lo que caracteriza al dolo, una especie de atracción irresistible sobre su teoría y no sólo por su innegable trascendencia práctica, sino también porque, en sí, el debate teórico va abriendo nuevos frentes de argumentación de una serie de cuestiones bien distintas, que en ocasiones se resuelven del mismo modo sin mayores razones¹.

Lo cierto es, que la teoría y práctica del dolo son dos mundos diferentes, que han de complementarse en la medida de lo posible, porque el primero no ha de reducirse al segundo, ni éste a aquél. Soy de la idea, que la teorización del dolo no ha de ser vista como la apología de una dogmática sin consecuencias, sino, en todo caso, como una constante en el proceso de reflexión sobre una serie de cuestiones -que con tiempo y esfuerzo- hacen posible, propuestas de solución aplicables a determinadas realidades delictivas. En consecuencia, la desesperanzada conclusión, que señala la difícil tarea de definir el dolo, a la vez que separarlo de la imprudencia, ha de matizarse. Ciertamente, como atributos subjetivos, el dolo y la imprudencia no pueden precisarse con exactitud. ¿Pero, acaso, es un requisito ineludible tal exactitud? Sólo en las Ciencias formales existe la exactitud y hasta cierto punto sucede ello en la exactitud formal, no así la material, que es compensada por lo que los matemáticos denominan la técnica del redondeo. De este modo, si ni las Ciencias formales requieren, ya de modo imponderable, la cualidad de exactitud en sus fórmulas, por

¹ Hace pocos años atrás, PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, 2011, pp. 52, 55 defendió la relevancia práctica de una investigación sobre el dolo basada en un “imperativo de corrección teórica”, pero al servicio de la práctica, en donde además se destacó que es a través de las precisiones conceptuales desde las cuales se logra mayor plausibilidad en el encuadramiento de casos.

qué entonces la exigimos en las Ciencias sociales. Desde la revolución cuántica, los campos científicos llamados a obtener precisión y medidas cuantificables han renunciado a la exactitud y se gobiernan, actualmente, por otros principios, como el de incertidumbre e indeterminación². Entonces, con mayor razón, hay que concebir que, en las Ciencias sociales, atributos como exactitud, completitud y precisión de los conceptos y teorías son elementos bien extraños. Por otro lado, también ha de matizarse la desesperanzada conclusión de que las definiciones de dolo son artilugios teóricos impracticables, por cuanto hacer depender el concepto de dolo de la prueba procesal del mismo cuando menos comporta un error categorial, al confundir el plano conceptual con el probatorio³. De este modo, si en materia probatoria se dificulta la acreditación de los elementos subjetivos para su eventual imputación, no por ello se considerará inútil un concepto de dolo que lo identifique con aquello que es de dificultosa probanza, así como tampoco no por ello se suplantarán el “dolo del autor” por el criterio del juez.

Las pretensiones de este trabajo son modestas, a pesar de su extensión. Asumo, en consecuencia, las posibles contradicciones que se encuentren a lo largo del mismo, así como la debilidad de alguno de sus argumentos. Muchas veces, cuando queremos aportar algo al debate teórico descuidamos que nuestra capacidad intelectual es más limitada de lo que creemos y sin ella poco o nada podemos hacer. Dicho esto, como el objeto del estudio impide un exhaustivo desarrollo de todos los puntos que pueden relacionarse con el dolo, me centraré exclusivamente en cuatro cuestiones capitales⁴. En primer lugar, abordaré lo atinente a una definición cognitiva del elemento subjetivo del tipo como objeto del dolo. A continuación, me ocuparé de la clasificación del conocimiento desde esta teoría cognitiva, así como de lo relativo a la valoración e imputación del conocimiento típico y cerraré con las clases de imputación del conocimiento. El trabajo se organiza en dos partes. La Parte

² De hecho, se habla de la certidumbre probabilística y no de la certeza absoluta, así como de la aproximación a la realidad, y no de la realidad absoluta.

³ Esta es la misma crítica que PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, 2011, p. 49, hace a las teorías del dolo que lo definen desde datos psicológicos, porque confunden el concepto de dolo con los indicadores empíricos que se emplean para su aplicación.

⁴ Para un análisis más detallado de la teoría del dolo y su evolución me remito a la bibliografía especializada en la materia. En Iberoamérica MANRIQUE PÉREZ, *Acción, dolo eventual y doble efecto*, 2012 (con un planteamiento más filosófico); PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, 2011; SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, *Dolo e imprudencia*, 2007; FEIJOO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, 2002; LAURENZO COPELLO, *Dolo y conocimiento*, 1999; RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, 1999; DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, 1994. En Alemania, BUNG, *Wissen und Wollen*, 2009; SAFFERLING, *Vorsatz und Schuld*, 2008; STUCKENBERG, *Vorstudien zu Vorsatz*, 2007; PUPPE, *Vorsatz und Zurechnung*, 1992; FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983.

Primera intitulada *Norma e imputación* cuenta con un *Capítulo Introductorio* en el cual se exponen las principales premisas del trabajo, tomando postura en relación con algunos conceptos y teorías generales, como lo relativo a los fines del Derecho penal y los fines de la pena y lo atinente a la teoría de las normas y doctrina de la imputación. En la Parte Segunda bajo la rúbrica *Norma e imputación en el conocimiento del tipo* se trabajan cinco capítulos. En el *Capítulo Primero* (Definición del conocimiento) se reseña sobre los conceptos de conocimiento y error desde la filosofía y psicología, y sobre los conceptos de conocimiento y error típicos desde la dogmática jurídica. En el *Capítulo Segundo* (Clasificación del conocimiento) se propone desde una postura cognitivista una graduación del conocimiento y error y se mencionan algunas consecuencias de esta postura cognitivista en la actual clasificación de los elementos subjetivos del dolo y error. En el *Capítulo Tercero* (Norma y conocimiento) se analiza la relación entre las normas de conducta y la tipicidad subjetiva, distinguiendo entre los deberes jurídicos y las incumbencias, como los dos presupuestos deónticos necesarios para la norma y la imputación. En el *Capítulo Cuarto* (Imputación del conocimiento) se desarrollan los diferentes aspectos del juicio de imputación subjetiva y se propone un modelo moderado de imputación planteado desde la subjetividad del autor. En el *Capítulo Quinto* (Clases de imputación del conocimiento) se abordan las clases de imputación ordinaria y extraordinaria, junto a sus subclases (leve y grave). Complemento este último capítulo con un *Excursus* relativo a la dimensión valorativa de las clases ordinaria y extraordinaria de la imputación⁵.

Para finalizar: este trabajo no hubiese sido posible sin la concurrencia de muchas condiciones de variada índole. Si las suprimiera mentalmente, con total certeza, no estaría escribiendo estas palabras. Académicamente debo gratitud a muchas instituciones y personas. Al Departamento de Derecho de la Universitat Pompeu Fabra de Barcelona, al Ministerio de Educación, Cultura y Deporte español (MECD), al *Deutscher Akademischer Austausch Dienst* (DAAD) y al *Max-Planck-Gesellschaft* (MPG) alemanes por las ayudas económicas recibidas para estadías de investigación en Alemania y España durante la elaboración de esta texto. Un recuerdo especial a la “mejor versión” del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Jesús-María Silva Sánchez que, desde el inicio de mi doctorado en el 2005 hasta pocos meses antes del depósito de mi tesis en el 2015, fue mi maestro. También un agradecimiento especial al Prof. em. Dr. Dres. h.c. Wolfgang Frisch por tutorizar mis dos

⁵ El *Excursus* se corresponde en realidad con el *Capítulo Sexto* que he tenido que suprimir provisoriamente de este trabajo por cuestiones formales.

estancias de enero a marzo de 2009 y de septiembre de 2009 a marzo de 2010 en el *Institut für Strafrecht und Strafprozessrecht, Albert-Ludwigs-Universität Freiburg*; al Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Ulrich Sieber del *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht de Freiburg im Breisgau*, a los Dres. Pablo Galain Palermo y Teresa Manso Porto y al Jefe de Sección de América Latina Jan-M. Simon, quienes tan desinteresadamente me ayudaron en la búsqueda bibliográfica en mi paso por el instituto en el caluroso julio y agosto de 2012. Asimismo, mi reconocimiento al Prof. Dr. Pablo Sánchez-Ostiz, quien compartió interesantes observaciones a mis primeras exploraciones sobre la doctrina de la imputación durante una estancia en la Universidad de Navarra en el verano de 2013; al Prof. Dr. Fernando Molina Fernández en mi paso estival de 2014 en la Universidad Autónoma de Madrid por respaldar científicamente mi formación en teoría de las normas y teoría del delito; así también, a todos los profesores de la misma universidad por incluirme en sus debates diarios y permitirme ensayar mis ideas en un seminario en pleno calor seco de julio; finalmente, al Prof. Dr. Bernardo Feijoo Sánchez por darme a entender que en el cultivo de la ciencia penal “mejor saber... saber más”.

No puedo dejar de mencionar al personal del Departamento de Derecho de la Universitat Pompeu Fabra por la eficiente gestión en todo lo atinente al doctorado y, en particular, por la amabilidad y paciencia que han mantenido con mis idas y vueltas en la elaboración de esta tesis. Igualmente, al personal de biblioteca que me ha facilitado sin condiciones, cotidianamente durante una década, los recursos necesarios para elaborar este texto.

Indudablemente, en el plano personal radica mi más gravosa deuda de gratitud. El amor de mi familia, de mis amigos más o menos cercanos y de mis amigos-hermanos han significado esa base compleja sin la cual, derechamente, no somos nada o somos algo sin mucho sentido. Por pudor sentimental prefiero mantenerlas en reserva.

Mención individual, como Dios manda, merece el apoyo intelectual, académico y personal del Prof. Dr. David Felip i Saborit, que ha sido brindado en el momento más amargo pero, a la vez –no sé por qué–, el más feliz de la culminación de mi tesis doctoral.

PARTE PRIMERA
NORMA E IMPUTACIÓN

CAPÍTULO INTRODUCTORIO

PUNTOS DE PARTIDA

I.1. CONSIDERACIONES GENERALES

1. Dentro del mundo de planteamientos teóricos posibles, un trabajo de investigación nos obliga a escoger alguno de ellos, por la razón que fuera, y a desarrollarlo. Los modos cómo podemos hacerlo son varios. O bien describir, a la vez que valorar, el estado de la cuestión del problema escogido, para a partir de allí ofrecer alguna que otra propuesta de solución, o bien directamente exponer algunas de las premisas de abordaje y desarrollar críticamente la propuesta personal sobre el tema. El primer modo caracteriza a casi todas las monografías más importantes sobre el dolo, esto es, un estudio histórico-dogmático de la figura penal acompañada de la propuesta personal. Pero, el estilo escogido para este trabajo no quiere redundar sobre lo que ya se ha aportado, sino que prefiere ofrecer una visión alternativa, desde la asunción de determinadas premisas y la extracción de sus corolarios, para ver si de esa manera se aprecia la problemática desde otra perspectiva y se aprecian así también sus otras caras menos conocidas o poco trabajadas.

2. Al escoger el “modo premisas-corolarios” –por decirlo de alguna forma- el trabajo no consistirá en explicar el porqué se asumen tales o cuales premisas, sino más bien el porqué se extraen tales o cuales corolarios. Así, por ejemplo, no se fundamentará por qué se da por supuesta alguna teoría sobre la libertad, pero sí, en cambio, por qué se entiende que el juicio de imputación subjetiva ha de responder a alguna de estas concepciones. Ciertamente, ello revelará de forma indirecta la razón de la elección de tal premisa, y en ello aprovecho para excusar mi limitada capacidad para ofrecer respuestas a todo. En la medida en que las premisas se encuentren correctamente planteadas o enfocadas, no incompletas o interesadamente manipuladas y, en la medida en que no se pretendan proponer nuevas premisas encubiertas en otras ya conocidas, o que se extraigan corolarios falsos, la propuesta de tesis no consiste en discutir sus fundamentos más básicos, sino en discutir los resultados a los que dichos fundamentos dan lugar. En resumidas palabras, el aporte estará en los corolarios y no en las premisas.

3. El *modus operandi* de premisas-corolarios en un trabajo sobre una de las categorías dogmáticas más relevantes, como la del dolo, permite a su vez diferentes enfoques. Los enfoques quedan referidos a la construcción del planteamiento dogmático, no a la aplicación del mismo, que pertenece al juez y, a su vez, aquel planteamiento puede realizarse tanto desde el Derecho vigente como no. Las alternativas son: (1) o bien se asumen premisas propias de la dogmática penal, a través de los fundamentos internos del discurso jurídico desprovistos de la influencia de otras disciplinas, dando lugar a una obra de tipo técnico-dogmática; (2) o bien se asumen premisas exclusivas de otras ciencias o ramas del saber, relegando el aporte dogmático al plano didáctico; (3) o bien se asumen premisas mixtas tanto de la dogmática penal, como de otros campos del conocimiento. Incluso, dentro de esta tercera vía se puede todavía distinguir entre equiparar la importancia que se le dé a la dogmática y a las otras ramas de la ciencia, o bien asumir la construcción dogmática como la “ciencia del Derecho penal por excelencia”⁶ y contar con las otras disciplinas autónomas como construcciones auxiliares⁷. En este trabajo se entiende de forma necesaria hacerlo en este último sentido, empleando un método mixto de abordaje⁸. Por ejemplo, habrán de tenerse en cuenta algunas consideraciones de filosofía moral y política⁹ como fundamentos objetivos de algunos conceptos (persona, libertad y responsabilidad), así como algo de la teoría general del Derecho para conformar lo relativo al deber e, incluso, de epistemología y psicología para comprender algunas definiciones del conocimiento y el error. Un claro ejemplo de este modo de proceder se refleja en el ámbito de las incumbencias de autoprotección, en donde los planteamientos en victimodogmática exigen una “teoría del delito abierta a las ciencias empíricas y sociales, y no encerrada en sí misma como

⁶ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2010 (2ª ed.), p. 66.

⁷ Sobre esta idea SILVA SÁNCHEZ, *ibidem* pp. 66 y ss., 133 y ss., 143 (sobre la relación entre las Ciencias sociales y la dogmática). También MIR PUIG, “Sobre la posibilidad y límites de una ciencia social del Derecho penal”, en *Dp y Ciencias sociales*, 1989, pp. 9 y ss. Destaca que la dogmática como ciencia práctica no puede desatender los datos que la realidad le aporta en un análisis sobre lo fáctico y normativo en la construcción de las categorías dogmáticas, ALCÁ CER GUIRAO, “Facticidad y normatividad”, *ADPCP*, 1999, pp. 178 y ss.

⁸ El dualismo metodológico de la dogmática trata de combinar el método explicativo propio de las Ciencias naturales, y el método comprensivo (o valorativo) propio de las Ciencias humanas. Sobre ello SILVA SÁNCHEZ, *ibidem*, pp. 149 y ss. Una monografía sobre el concepto de dolo que asume un punto de partida metodológico similar al aquí empleado en PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, 2011, p. 637.

⁹ Desde una orientación científico-social del Derecho penal, asume importantes consideraciones de la filosofía social, NAUCKE, “La filosofía social del Derecho penal”, en *Dp y Ciencias sociales*, 1989, pp. 73-96. Desde un estudio histórico-dogmático enseña que el Derecho penal también precisa del apoyo de la filosofía para determinar algunos de sus conceptos fundamentales (pena, delito, injusto y culpabilidad), SCHAFFSTEIN, *La ciencia europea*, 1957, p. 26.

construcción lógico-abstracta”¹⁰ al estilo bindigniano o kelseniano. Un enfoque en este sentido reconoce la doble función técnico-material de la dogmática. Por un lado, su función instrumental-racional, como disciplina que se ocupa de la responsabilidad por el hecho¹¹ y que se vale de la colaboración de otras ramas del saber, y por el otro, su función garantística, como disciplina encomendada a garantizar los derechos fundamentales del individuo frente al poder punitivo del Estado¹² y los espacios de libertad entre autor, víctima y sociedad.

4. De la mano de esta cuestión se presenta la siguiente: muchas de las propuestas dogmáticas actuales cuentan con una elevada dosis de normativización en sus construcciones¹³. Sobre este punto es necesario también realizar algunas apreciaciones. En primer lugar, que en este trabajo se intentará desmitificar la siguiente idea: que los conceptos de dolo que tienen en cuenta la naturaleza psicológica incurren en una falacia naturalista, y esto se podrá apreciar en la propuesta de un concepto normativo de conocimiento típico de base psicológica¹⁴, porque considera la realidad humana en la que se fundamenta el juicio de imputación. En segundo lugar, que normativo no es sinónimo de conceptualismo ni de expresiones meramente formales, cuyo contenido suele reducirse a otros conceptos o estructuras autorreferenciales (como la dogmática formalista). Por el contrario, normativo se concibe en este trabajo como la última fase del proceso valorativo al que hay que someter las definiciones y categorías jurídicas concebidas desde ciertas

¹⁰ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, “¿Consideraciones victimológicas en la teoría jurídica del delito?”, en *LH al Profesor Antonio Beristain*, 1989, pp. 634 (nota al pie 9), 642 y s. En realidad, el planteamiento de este autor no sólo se limita a la víctimodogmática, sino que abarca a la dogmática en sí y la concibe como un “sistema abierto”, permeable a las Ciencias sociales. Sobre esto último SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2010 (2ª ed.), pp. 66 y ss. También SCHÜNEMANN, “Introducción al razonamiento sistemático”, en *El sistema moderno del Dp*, 2012 (2ª ed.), pp. 8 y ss. defiende un “sistema abierto” o “elástico” al desarrollo social y jurídico.

¹¹ Sobre el significado y función de la dogmática como teoría racional, GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios de Dp*, 1990 (3ª ed.), pp. 140 y ss.

¹² Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2010 (2ª ed.), p. 63.

¹³ Una valoración crítica sobre los excesos del normativismo, sobre todo en relación con los institutos de la imputación objetiva (causa, peligro, resultado), PUPPE, “Naturalismo y normativismo”, en *El Derecho penal como ciencia*, 2014, pp. 137 y ss. [= “Naturalismus und Normativismus”, *GA*, 1994, pp. 297 y ss.]. También MIR PUIG, “Límites del normativismo en Derecho penal”, *RECPC*, 2005, pp. 1 y ss.

¹⁴ NAUCKE afirma que un planteamiento realista del Derecho penal científico-socialmente orientado niega el famoso “abismo entre ser y deber ser”. Esto es así, por cuanto la realidad ya contiene en sí misma la estructura normativa, de modo que la cognición de la realidad es al mismo tiempo la cognición del deber ser. Cfr. NAUCKE, “La filosofía social del Derecho penal”, en *Dp y Ciencias sociales*, 1989, p. 80. A favor de la relación entre lo normativo y lo fáctico en la configuración de los elementos del delito, MIR PUIG, *ibidem*, pp. 15 y ss.

estructuras no manipulables del ser^{15/16} y orientadas hacia los fines del Derecho penal. Esta aclaración de las estructuras no manipulables del ser no se identifica en absoluto a las estructuras ontológicas de la dogmática finalista, por cuanto éstas como estructuras pertenecientes al mundo de lo real (del ser) tenían ya incorporada la dimensión de sentido, desde la cual se condicionaba toda valoración que pudiera hacerse posteriormente. De este modo el ontologismo welzeliano no sólo se refería a la naturaleza de la cosa en sentido objetivo, sino también valorativo. Por el contrario, en este trabajo se asumen algunas realidades del ser cuya valoración es externa porque provienen del sujeto cognoscente¹⁷. En tercer lugar, y prácticamente como consecuencia de lo anterior, tanto el juicio de valoración *ex ante* como el juicio de interpretación *ex post* de lo que se considera lesivo, han de abordarse en primer término desde la naturaleza del ser. Nuestra normatividad no puede concebirse exclusivamente como un valor, sino en todo caso, como un valor de algo¹⁸, no siendo en consecuencia planteamientos dicotómicos, sino afines, el del mundo de los valores y el de la realidad social. En el ámbito jurídico se ha intentado, no el hecho de advertir -como los finalistas- la dimensión de sentido inherente a la realidad como para a

¹⁵ Sobre la realidad como límite negativo, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2010 (2ª ed.), p. 105: “en efecto, la ‘naturaleza de las cosas’ no impone una solución concreta en el ámbito jurídico, sino que tan sólo se limita a fijar un marco (el proporcionado básicamente por el núcleo de los conceptos previamente conformados) que encuadra los términos de la creación de los conceptos jurídicos”. En nota al pie 125: “Por ello, más que de una relativa vinculación por las estructuras lógico-objetivas, (...) es preciso hablar de cierta conformidad con la realidad, con la ‘naturaleza de las cosas’, en la que muchos autores advierten elementos variables en función del cambio de circunstancias históricas, sociales, culturales”. En igual sentido, SCHÜNEMANN señala que aun cuando los conceptos permiten un “cierto espacio de juego”, no es menos cierto que ellos deben ser “conformes con la realidad” (*wirklichkeitskonform*). Cfr. SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen*, 1971, pp. 37-38.

¹⁶ No tanto en su versión más pretérita, como RADBRUCH y la “naturaleza de la cosa”, WELZEL y las “estructuras lógico-objetivas”, o KAUFMANN y las “estructuras permanentes del ser” [sobre estos autores, cfr. ENGISCH, *La idea de concreción en el Derecho*, 2004, pp. 200 y ss. Sobre el método del finalismo, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2010 (2ª ed.), pp. 92 y ss., 94]; sino en la versión más moderna, esto es, la postfinalista, como el planteamiento de STRATENWERTH y la “vinculación genérica a la realidad” (= vinculación negativa / vinculación relativa), SCHÜNEMANN y la “conformidad con la realidad”, o SILVA SÁNCHEZ y la “realidad de las cosas”. Acertadamente, a mi juicio, este último autor advierte que es necesario determinar el marco ontológico desde el cual asumir las decisiones normativas. Así, por ejemplo, en relación con la función o vinculación negativa del concepto de acción establece que la misma “puede poner freno a algún exceso *funcionalista*”. Véase SILVA SÁNCHEZ, “Sobre los movimientos ‘impulsivos’ y el concepto jurídico-penal de acción”, *ADPCP*, 1991, pp. 13-14.

¹⁷ En todo caso lo “ontológico” puede y debe precisar el campo de posibles valoraciones. Pero, lo que no puede, ni debe, es generar el deber ser, esto es, no puede dar los valores. Cfr. SAUER, *Die Gerechtigkeit*, 1959, p. 100.

¹⁸ SILVA SÁNCHEZ en ocasión de las *II Jornadas de Discípulos, Universidad Austral (Buenos Aires-12/2012)* preguntó: “¿hay ontologismo indisponible para el normativismo? Si la respuesta es afirmativa ¿cómo se fija, cómo se limita?”

partir de allí proponer soluciones a los diferentes problemas¹⁹, sino, por el contrario, se ha de intentar advertir qué dimensión de sentido es la más acorde a la realidad²⁰. En todo caso, las estructuras del ser reflejarían indicios de determinados valores posibles, lo que debería concretarse por parte del sujeto cognoscente²¹. En otras palabras, no es el *ser* el que ya contiene una dimensión de sentido o valor, sino que contiene una dimensión de un posible sentido o valor. Así, empleando las mismas estructuras ontológicas del finalismo, la finalidad de la acción o comportamiento humano no sería *la* dimensión de sentido, sino que sería *una* de las posibles dimensiones de sentido; de allí que no es incompatible una visión normativista conforme a la realidad. Si la sociedad sólo por razones preventivas tiene que interpretar y por ello imputar determinados comportamientos como dolosos, entonces, se dejan de lado razones primarias de justicia material²². Si lo que interesa a los fines del mantenimiento del sistema social es dar una respuesta a cómo salvar el sistema de hechos disfuncionales, entonces también se deja de lado la individualidad, esto es, a las personas en sí, en cuanto tales. Por el contrario, si la sociedad contempla en el juicio de desvalor y de imputación de libertad tanto sus propias razones de pervivencia como sistema social, como las razones individuales de acción de sus miembros, entonces, deja a salvo, junto a la necesidad, el merecimiento del castigo²³. De un planteamiento que abraza las dos dimensiones de la responsabilidad se puede detectar que, a los fines de determinar la lesividad de un hecho, contamos con un amplio margen de generalización, pero de cara a la imputación se ha de individualizar. Las capacidades de observancia del deber concreto han de examinarse desde la exclusiva subjetividad. Y es la individualidad la que nos lleva a las consideraciones del ser²⁴.

¹⁹ Sobre estas consideraciones, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2010 (2ª ed.), p. 96.

²⁰ Siguiendo la filosofía del conocimiento de VON HILDEBRAND, hay que reconocer que existen ciertas verdades que el Derecho penal no puede ignorar. Son las verdades que este filósofo denomina estados de cosas esenciales, como el que se refleja en el adagio “no se puede querer lo que no se conoce” (esta proposición es necesaria en sí misma, antes de que pensemos en el hecho de que es necesariamente verdadera en cada caso concreto de volición). Para más detalles, VON HILDEBRAND, *¿Qué es la filosofía?* 2000, pp. 67-69.

²¹ Señala STRATENWERTH, *Das rechtstheoretische Problem*, 1957, p. 27, que la noción de “naturaleza de la cosa” no se trata sólo de datos ónticos, sino también de su sentido, que está referido inevitablemente al punto de vista del sujeto.

²² Un exceso de normativización en la teoría de la responsabilidad penal conduciría a lo que en la filosofía social honnethiana se denomina “reificación”, que se deriva de la ya conocida pauta kantiana de la no-instrumentalización del hombre. Me ocupé de esta cuestión en el *Capítulo Cuarto*, epígrafe *II.IV.2.d. Dimensión de sentido del juicio de imputación: el reconocimiento*.

²³ Consideraciones similares se pueden extraer de SILVA SÁNCHEZ, *Normas y acciones*, 2003, pp. 36 y ss.

²⁴ De igual idea, MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuricidad penal*, 2001, pp. 726-727, nota al pie 209, 732-733. Para este autor la “normativización” se ha convertido en el Derecho penal moderno en una especie de varita mágica para sortear problemas. Basta con decir que algo es normativo y no ontológico para que, de forma misteriosa,

5. Consecuencia inmediata de los planteamientos más normativos suele ser una dogmática que ofrece una visión parcial de la realidad de la responsabilidad penal. Esta visión puede definirse desde dos palabras claves: imputación y fines de la pena. Esto es, abordan la cuestión de la responsabilidad penal desde la dimensión *ex post*, cuando se ha producido el delito, y este es el mejor indicio del porqué se abusa de la normativización de las categorías. Por citar algunos ejemplos, de allí que el dolo sea un criterio de imputación basado en los criterios sociales de atribución, que la regla de la adecuación social o el principio de autorresponsabilidad operen simplemente como criterios de interpretación o de imputación y no como criterios reguladores de la conducta (del autor o de la víctima²⁵). Todo esto supone olvidarse de la dimensión *ex ante* del hecho delictivo o, lo que es lo mismo, supone reducirla a una mera plataforma de valoración, sin contar con la norma de conducta en su función prospectiva en relación con el destinatario o con el comportamiento relevante de la víctima, y la mayor trascendencia de los fines del Derecho penal. Un planteamiento dogmático que contemple ambas dimensiones temporales del delito de modo autónomo, pero relacionados, seguramente nos brindará mejores respuestas al desafiante interrogante de cómo atribuir más justa y racionalmente responsabilidad penal.

6. Por ello, en la base del trabajo se apreciará la inevitable tensión que surge en una concepción del delito abordada desde las normas y la imputación. Una concepción de esta naturaleza tiene directamente que ver con el modelo de sociedad que se pretenda defender. Un planteamiento genuinamente a favor del ejercicio autorresponsable de la libertad deberá considerar tanto las libertades individuales como las sociales, en donde las reglas de juego se conocen de antemano. En el traslado a sede jurídico-penal, esto significa que la norma de conducta ha de ser lo suficientemente clara en materia de libertades y acorde con su sistema de imputación. Por el contrario, un modelo que simplemente se ocupara por las reglas de imputación, podría llegar a resultar un modelo “engañoso” de libertad. Como se verá, los sistemas que abordan el hecho punible sólo desde la imputación suelen operar con una lógica de imputación fuerte, que no siempre coincide con el grado de libertad individual que predicán. En efecto, en el momento de imputar, estos planteamientos no suelen tener en

desaparezcan las dificultades. Desgraciadamente la realidad es muy obstinada, y al final suele salirse con la suya”. Por tal motivo, él concluye que es necesaria la presencia “del elemento psicológico (...) de la relación normativa”, como “elemento central de la responsabilidad personal”.

²⁵ El principio de autorresponsabilidad bien entendido “empieza por casa”, de allí que las incumbencias sean las que se encuentran más relacionadas con este principio, y los deberes con el principio de heteroresponsabilidad. Me ocupo en general de esta cuestión en el *Capítulo Tercero*.

cuenta al infractor real al cual han brindado máxima libertad en el juego social (predicando un simple *neminem laedere*), sino a un infractor ideal que no existe y que tampoco es auténticamente portador de libertad. Esto es porque, dado el conflicto, dan exclusiva prioridad a la dimensión social del conflicto y a la estabilización del sistema normativo, y no a la dimensión individual como causa del conflicto²⁶.

7. También se hace necesario precisar en este estadio, lo relativo al par conceptual objetivo-subjetivo, que se presenta a lo largo de todo el trabajo. Así, lo objetivo suele ser lo externo, pero también lo general e, incluso, lo normativo (por asociación). Por su parte, lo subjetivo suele ser lo interno, pero también lo individual e, incluso, lo psicológico (también por asociación)²⁷. Toda la historia de la dogmática penal está cargada de estas palabras y de sus equívocos sentidos²⁸. En un inicio, por ejemplo, en la versión del delito de VON LISZT lo objetivo fue lo externo y lo subjetivo lo interno (antijuridicidad formal, objetiva versus culpabilidad). Que lo objetivo siga siendo algunas veces lo externo y que lo subjetivo sea lo interno no ha dejado de ser así. Lo que ha dejado de ser así es el enfoque que se le brinda. No es lo mismo hablar de objetivo como lo externo en términos empíricos, que hablar de lo objetivo como lo externo en términos normativos. Asimismo, no es lo mismo en cuanto a lo subjetivo. Antes lo objetivo y lo subjetivo se entendían en términos empíricos, de realidad física versus realidad psíquica. Hoy, por el contrario, se los entiende desde lo normativo.

7.a. Igual dicotomía se enseña desde la filosofía searleana, cuando se distingue entre lo objetivo y subjetivo desde sus dos sentidos: el epistémico y el ontológico²⁹. *Desde el punto de vista epistémico,*

²⁶ Una de las características de la concepción jakobsiana es la irrelevancia que le otorga a la relación interna entre el autor del hecho y la norma, y la especial relevancia que le otorga a la significación social de la vigencia de las normas y su infracción. Cfr. PEÑARANDA RAMOS, “Sobre la influencia del funcionalismo”, *Doxa*, 2000, p. 296.

²⁷ Cfr. un análisis conceptual de las expresiones objetivo y subjetivo en la dogmática penal en SCHILD, “‘Objektiv’ und ‘subjektiv’ in der strafrechtswissenschaftlichen Terminologie”, en *FS für Verdross*, 1980, pp. 215 y ss. También, algunas consideraciones en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *El error*, 2008, p. 151; BURKHARDT, “Conducta típica”, en *El sistema integral del Dp*, 2004, pp. 160 y s.; PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido*, 1995, pp. 347 y ss. Expresamente JOSHI JUBERT, “Normas de conducta y juicios de imputación”, en *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, 2008, pp. 1091-1092, emplea objetivo como válido para todos (intersubjetivo), y subjetivo como relativo al sujeto, rechazando la asimilación de objetivo como externo y subjetivo como interno.

²⁸ Desde la filosofía del conocimiento enseña VON HILDEBRAND, *¿Qué es filosofía?* 2000, pp. 149-150, 151, que el término “subjetivo” y su correlato “objetivo” se utilizan con sentidos diferentes de modo indiscriminado y esto genera bastante confusión. De hecho, el término subjetivo es desafortunado, y prefiere hablar de “subjetividad” para comprender todo lo referido a la persona como sujeto.

²⁹ Cfr. SEARLE, *La construcción de la realidad social*, 1997, pp. 27 y ss.

objetivo y subjetivo son predicados de juicios, esto es, respectivamente, cuando la verdad o falsedad del juicio es una simple cuestión de hecho (son hechos objetivos) y cuando la verdad o falsedad del juicio depende de ciertas actitudes o sentimientos de los sujetos participantes en el juicio³⁰. En cambio, *desde un punto de vista ontológico*, objetivo y subjetivo son, también respectivamente, predicados de entidades e imputan modos de existencia. Así, por ejemplo, son entidades ontológicamente objetivas las montañas, porque su modo de existencia es independiente de cualquier sujeto o estado mental³¹; mientras que los dolores son entidades subjetivas, porque su modo de existencia sí depende de que sean sentidas por los sujetos³². Ciertamente, es posible formular enunciados epistémicamente subjetivos sobre entidades ontológicamente objetivas, y viceversa, podemos formular enunciados epistémicamente objetivos sobre entidades que son ontológicamente subjetivas³³. Relacionado directamente a ello se ubica el uso versátil del término “empírico”. Para SEARLE, en la historia de la filosofía empirista y de la filosofía de la mente hay una ambigüedad en un doble sentido en el uso de esta palabra: en un sentido ontológico y en sentido epistemológico³⁴. En un sentido ontológico suele hablarse de hechos empíricos para referirse a hechos reales y contingentes del mundo (opuestos, por ejemplo, a los hechos de la lógica)³⁵. En un sentido epistemológico, por el contrario, suele hablarse de hechos empíricos para referirse a hechos comprobables por medios propios de la tercera persona³⁶.

³⁰ Cfr. SEARLE, *ibidem*, p. 27. En especial, sobre el sentido de subjetivo, véase VON HILDEBRAND, *ibidem*, pp. 149-150, 151. Que el término subjetivo tiene una desafortunada connotación radica en la confusión entre el sentido ontológico y epistemológico de subjetivo. El sentido ontológico de subjetivo se refiere a las realidades “extramentales” que un sujeto percibe; mientras que el sentido epistemológico de subjetivo se refiere a algo no verdaderamente real que el sujeto se representa mentalmente (una suposición).

³¹ Cfr. SEARLE, *ibidem*, p. 27. Similarmente VON HILDEBRAND, *ibidem*, p. 148. Una primera acepción de “objetividad” es aquello independiente de nuestra mente, y con fundamento en la realidad objetiva. Por ejemplo, cuando sostenemos la existencia objetiva de un animal o de una persona queremos decir que esas cosas existen de modo autónomo, con total independencia de nuestro conocimiento de ellas. Son objetivas en el sentido más pleno de la palabra, son esencias genuinas, porque su objetividad supone absoluta independencia de la mente humana en general.

³² Cfr. SEARLE, *ibidem*, p. 27. Similarmente VON HILDEBRAND, *ibidem*, pp. 150-151. Como objetivo indica rango de realidad, todas las realidades subjetivas, tales como los actos personales de conocimiento y querer, son también realidades plenamente objetivas.

³³ Cfr. SEARLE, *ibidem*, pp. 28-29, 30 y ss. [también en *El redescubrimiento de la mente*, 1996, p. 13]. Para este autor hay rasgos del mundo que son *intrínsecos* a la naturaleza porque existen con independencia de la opinión de cualquier observador, como, por ejemplo, los estados mentales; pero, también, hay rasgos cuya existencia dependen de algún observador. Así, es un rasgo intrínseco del objeto que está frente a mí, que tiene una determinada masa y una determinada composición química, pero también se puede decir que ese objeto es un destornillador: cuando lo describo de ese modo, estoy determinando un rasgo del objeto que es relativo al observador. La consecuencia de ello es que la existencia de rasgos del mundo que son relativos al observador no añade nuevos objetos materiales a la realidad, pero puede añadir rasgos epistémicamente objetivos a la realidad, y por ello, a la vez que epistémicamente objetivos son también rasgos ontológicamente subjetivos.

³⁴ Cfr. SEARLE, *El redescubrimiento de la mente*, 1996, p. 84.

³⁵ Cfr. SEARLE, *ibidem*.

³⁶ Cfr. SEARLE, *ibidem*.

8. Realizadas de modo muy general estas previas consideraciones, que se podrán apreciar a lo largo del trabajo, en lo que resta del capítulo me ocuparé, en concreto, en primer lugar de algunas ideas sobre los fines del Derecho penal y los fines de la pena, junto a algunos conceptos clave, como el de persona, responsabilidad, deber y libertad. Seguidamente, reseñaré -en lo que fuera necesario- cuál es la dimensión de la teoría de las normas y de la doctrina de la imputación que asumo en relación con la teoría del delito, para poder de ese modo completar las premisas del trabajo.

I.2. SOBRE LOS FINES DEL DERECHO PENAL Y SOBRE LOS FINES DE LA PENA

I.2.a. Fines del Derecho penal

1. El interés por considerar en este capítulo alguno de los fines del Derecho penal tiene directa relación con el método teleológico que se asume para la construcción de las categorías dogmáticas del delito³⁷, como lo son el dolo y la imprudencia. En efecto, ello significa tres cosas: en primer lugar, que al tratarse de un capítulo introductorio en donde se dejan sentadas algunas de las premisas más relevantes del trabajo, ciertamente el objeto del capítulo no consistirá en reseñar la cuestión desde un punto de vista histórico-dogmático, sino más bien ofrecer ya un punto de vista asumido. En segundo lugar, que la posición que se tome al respecto servirá como fundamento valorativo a los conceptos y categorías que a lo largo del trabajo se vayan ofreciendo. Finalmente, en este capítulo no me ocuparé *qué* es lo que legitima la existencia del Derecho penal³⁸ (*ius poenale*), sino *cómo* legitima éste su intervención punitiva en la sociedad (*ius puniendi*), cuestiones que, aunque estrechamente relacionadas, es desde esta última que deben extraerse los fundamentos de los fines del Derecho penal.

³⁷ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2010 (2ª ed.), p. 293.

³⁸ A grandes rasgos lo que legitimaría la existencia del Derecho penal sería la existencia del delito, como algo consustancial a la imperfecta naturaleza humana. La existencia del Derecho penal, aun con ser un mal, sería un mal menor que el que trata de evitar. De este modo, el Derecho penal legitimaría inicialmente su presencia desde su capacidad para reducir al mínimo posible el grado de violencia que se genera en la sociedad. Cfr. estas ideas en SILVA SÁNCHEZ, *ibidem*, p. 294.

2. No es poco común que algunos autores prefieran distinguir entre los fines del Derecho penal y los fines de la pena, no porque éstos sean cosas muy distintas, sino porque los fines del Derecho penal conforman algo significativamente más amplio y que abarca a los fines de la pena. En cualquier caso, el Derecho penal no puede legitimarse exclusivamente tomando como único punto de partida los fines de la pena, sino que habrían de incluirse éstos dentro de los fines del Derecho penal³⁹. Tampoco es poco común que los fines del Derecho penal y de la pena sean abordados desde diversos enfoques. Dos de los más importantes, al menos de los que aún perviven en el debate jurídico-penal, son, por un lado, la visión más tradicional y, por el otro, la visión del funcionalismo *à la* JAKOBS⁴⁰; visiones que representan, respectivamente, las dos versiones del idealismo alemán, el kantiano (centrado en el individuo) y el hegeliano (centrado en el Estado y en lo social)⁴¹. Ello no significa que, desde estas versiones, no puedan distinguirse otros enfoques y, que, de hecho, algunos autores consideren que nos encontramos ante “dos callejones sin salida”, que se resolverían sólo a través de la relativización de sus presupuestos, por medio de decisiones *ad hoc*⁴². Curiosamente, estos dos enfoques, el clásico y el funcionalista, se corresponden con las dos visiones de los fines del Derecho penal y los fines de la pena, respectivamente. El llamado Derecho penal clásico ha procurado resaltar el papel del individuo como centro de atención y protección del Derecho penal, lo que le ha conducido a distinguir entre los fines del Derecho penal (protección de bienes jurídicos), y los fines de la pena (castigo del delincuente y prevención del delito). En sentido opuesto, el modelo funcionalista, como defensor de una versión más bien anónima y estandarizada del sujeto -persona- no encuentra necesario diferenciar los fines de la pena de los del Derecho penal. El centro de la estabilización del sistema normativo se erige desde la norma de sanción y es desde ella que

³⁹ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2010 (2ª ed.), pp. 291, 292-293 y ss.; ROXIN, *StrafR, AT*, 2006 (4ª ed.), § 3, nm. 1, p. 69 [1997, p. 81]. Reducir los fines del Derecho penal a los fines de la pena da lugar a la misma crítica que hace VOGEL, *Norm und Pflicht*, 1993, pp. 30 y ss., a la *Zwangstheorie*.

⁴⁰ Dan cuenta de estos extremos, con palabras más o menos similares, WITTIG, “Teoría del bien jurídico, *harm principle* y delimitación de ámbitos de responsabilidad”, en *La teoría del bien jurídico*, 2007, pp. 341 y ss.; PEÑARANDA RAMOS, “Sobre la influencia del funcionalismo”, *Doxa*, 2000, pp. 289 y ss.; SCHÜNEMANN, *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*, 1996, pp. 13 y ss. (refiriéndose a LÜDERSEN y HASSEMER como los representantes de la escuela tradicional del Derecho penal – Escuela de Frankfurt-, y a JAKOBS como el representante del funcionalismo).

⁴¹ Un estudio actualizado de los planteamientos kantiano y hegeliano en las teorías de la pena en FEIJOO SÁNCHEZ, *La pena como institución jurídica*, 2014.

⁴² Cfr. SCHÜNEMANN, *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*, 1996, p. 14. Por lo demás este autor destaca que desde una perspectiva teórica estos dos enfoques no se encuentran en las antípodas. Por el contrario, ambos participan de un pensamiento funcional del Derecho penal (pp. 42 y ss.).

no sólo se restablece la vigencia de las normas sino que, también se persigue una prevención general positiva⁴³. Ciertamente, ocuparme de cada una de estas visiones en estado puro, así como de las propuestas de relativización, desviaría en mucho los objetivos principales del trabajo. Por ello, me limitaré directamente a señalar cuál es mi toma de postura al respecto.

3. Asumiendo un enfoque integrador del Derecho penal, se podría sostener que éste se ha caracterizado desde hace ya algún tiempo por la persecución de al menos dos fines, inicialmente antagónicos y hoy estrechamente relacionados: libertad versus seguridad⁴⁴, que en las teorías de la pena se describe desde el binomio garantías versus prevención⁴⁵. En todo caso, la dual función de garantía y prevención no es algo que caracterice solamente a los fines de la pena, sino a los propios fines del Derecho penal -las normas de conducta y otros principios ya cumplen tales funciones-⁴⁶. Esto supone admitir que, en su función de garantía, el Estado prioriza el valor libertad por sobre la seguridad e, inversamente, en su función de prevención prioriza la seguridad por sobre la libertad. Pero dichas prioridades no han de plantearse como un todo o nada, sino intentando mantener un equilibrio razonable entre los extremos. En todo caso se puede sintetizar la tensión de fines en los siguientes dos

⁴³ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Normas y acciones*, 2003, pp. 22-23, que en alusión al planteamiento de JAKOBS, señala que como para este autor señala el Derecho penal interviene cuando el hecho se ha producido, el papel central lo termina asumiendo la norma de sanción; de modo, que los presupuestos de la responsabilidad no vienen dados por las condiciones psicológicas de la comunicación individual entre el infractor y la norma de conducta, sino por el tenor de la norma de sanción (que tiene la función de solucionar el conflicto).

⁴⁴ A diferencia del planteamiento de JAKOBS, quien sostiene que la función del Derecho penal consiste en *garantizar* la identidad normativa de la sociedad. Cfr. JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, 1996, pp. 15 y ss.

⁴⁵ Proponen alcanzar un equilibrio razonable, esto es, una síntesis entre estos dos extremos, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2010 (2ª ed.), pp. 3 y ss. 291 y ss.; ALCÁZER GUIRAO, "Prevención y garantías: conflicto y síntesis", *Doxa*, 2002, pp. 8-9, 14 y ss., 47. Para este autor, la prevención ya no es el único criterio legitimador del *ius puniendi* (intereses de las potenciales víctimas), sino que junto a la misma debe concurrir un fundamento de legitimidad independiente basado en la protección de la libertad del delincuente frente al poder estatal. Por su parte, se refiere a la doble legitimación de la pena (protección de bienes jurídicos a través de la prevención general, y adecuación del Derecho penal a un sistema valorativo), PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención*, 1990, pp. 221 y ss. En Alemania, destaca que el cometido del Derecho penal consiste tanto en servir a la protección subsidiaria de los bienes jurídicos y con ello al libre desarrollo del individuo, así como al mantenimiento del orden social, ROXIN, *StrafR, AT*, 2006 (4ª ed.), § 3, nm. 1, pp. 69-70 [1997, p. 81].

⁴⁶ Subraya especialmente la función de garantía de la ley penal para la libertad civil del ciudadano frente al poder del Estado, MAYER (Max-Ernst), *Rechtsnormen und Kulturnormen*, 1977 (reimp. 1903), p.2 ["*Die Gesetze sind Garantien der bürgerlichen Freiheit, sie schützen den Bürger vor der schrankenlosen Macht des Staates und der Staatorgane und stellen ihn in den Schutz der eingeschränkten Staatsmacht, d. h. in den Schutz des Rechtes*"]. En la concepción de JAKOBS, *Dp, Pg*, 1997 (2ª ed.), p. 45, la función de garantía del Derecho penal se reduce a garantizar la vigencia de las normas como instrumentos para el mantenimiento de la configuración social.

puntos: por un lado, el *fin de protección de las partes involucradas en el hecho delictivo*, que se reflejaría en la función de garantía y, por el otro, el *fin de protección de los bienes jurídicos (o del Ordenamiento Jurídico)*, que se manifestaría a través de la función de la prevención del delito⁴⁷ (como evitación de conductas dañosas⁴⁸, como reducción de la violencia o como prevención estabilizadora)⁴⁹.

4. En cuanto al *fin de protección de las partes involucradas en el hecho delictivo*, a pesar de que la doctrina normalmente lo ha identificado con la posición del autor, dejando el fin de protección de los bienes jurídicos para la perspectiva de la víctima y la sociedad, considero que la dualidad autor-víctima o autor-sociedad⁵⁰ se da tanto en un fin como en el otro. En el enfoque al uso parece que al autor del hecho el Estado lo protege de los desvíos o abusos eventuales del *ius puniendi* (razón de garantía), a la vez que a la víctima el Estado la protege del autor (razón de prevención), pero se deja sin contestar quién o cómo se protege al autor de la víctima⁵¹ y quién o cómo se protege a la víctima del Estado⁵². En otras palabras, se considera que la víctima es sujeto de protección, en cuanto a sus bienes jurídicos, de la interferencia antijurídica del autor, mientras que el autor es sujeto de

⁴⁷ Para ALCÁ CER GUIRAO, “Prevención y garantías: conflicto y síntesis”, *Doxa*, 2002, p. 48, la tensión entre prevención y garantías se debe a que cada opción representa los intereses contrapuestos que diferentes grupos sociales tienen frente al Derecho penal. Por un lado, para el interés de las víctimas potenciales lo racional sería un Derecho penal orientado hacia una prevención lo más eficaz posible, que protegiera todo lo que pudiera sus intereses de los ataques de terceras personas. Por el contrario, para el grupo representado por potenciales delincuentes, lo más racional sería la inexistencia de un Derecho penal, para evitar la limitación de sus intereses por parte del Estado; o, dado el presupuesto de la existencia de un *ius puniendi*, lo racional sería la reducción al mínimo de su aspecto coactivo.

⁴⁸ Cfr. KARGL, “Protección de bienes jurídicos mediante protección del Derecho”, en *La insostenible situación del Dp*, 2000, p. 50.

⁴⁹ Por lo que alcanzo a comprender, una síntesis de esta naturaleza coincide (no sé si por casualidad o causalidad) con algunos cambios de paradigma producidos en la discusión filosófico-política occidental. Al respecto, la línea de equilibrio pretende mantenerse entre el paradigma de la distribución igualitaria de la riqueza, que procura la eliminación de la desigualdad, y el paradigma del respeto por la dignidad de las personas, que intenta prevenir la humillación y el menosprecio, congeniando el primero con la protección de los bienes jurídicos y el segundo con la protección de las relaciones jurídicas entre personas. Para una mejor explicación, véanse las breves, pero contundentes, consideraciones filosófico-políticas en HONNETH, *Reconocimiento y menosprecio*, 2010, pp. 9, 10, 11 y ss. Lo que en todo caso afirma este autor es que el cambio en las orientaciones normativas se produjo desde el concepto de igualdad de bienes al concepto de dignidad, respeto o reconocimiento. Más detalles de la confrontación entre las políticas de la *redistribution* y la *recognition*, en la obra nuclear de FRASER/HONNETH, *Redistribution or recognition?* 2003.

⁵⁰ Incluso más detalladamente: autor-víctima-sociedad-Estado.

⁵¹ Por ejemplo, de las reacciones ilegítimas de la víctima (venganza privada).

⁵² Por ejemplo, en casos de infracriminalización (o criminalización deficitaria) de ataques a bienes fundamentales, o de no persecución y no castigo al autor del delito.

protección, en cuanto a su libertad, de la interferencia *antijurídica* del Estado. Pero, en verdad, tanto autor como víctima son sujetos de protección frente a las intervenciones del Estado⁵³, así como en sus “relaciones de reconocimiento recíproco”, que son las que se generan en los espacios de libertad entre intereses. Lo dicho se explica también del siguiente modo: quizá, habría que matizarse la identificación de las expresiones garantía y prevención en relación con las expresiones autor y víctima respectivamente, porque tanto la libertad del autor como la de la víctima gozan de garantía frente al Estado a través de una serie de principios limitadores al *ius puniendi* (legalidad⁵⁴, *ultima ratio*, lesividad, culpabilidad, etc.) y, al mismo tiempo, también el nexo de libertad de la relación mutua entre autor y víctima goza de dicha protección⁵⁵. Con ello, no se puede ignorar el estado de tensión entre los fines del Derecho penal, salvo que se tome partido por uno de los extremos (y se niegue rotundamente el contrario). Pero, si se reconoce el valor que cada uno de ellos comporta, entonces, caben aún dos alternativas. O se recurre a un proceso de jerarquización entre los fines (garantía sobre prevención versus prevención sobre garantía), o se recurre a un proceso de ponderación para establecer en qué casos, de qué manera y en qué dosis operan las razones de garantía y de prevención. Me inclino por esta última, aunque en este momento se me escape de las manos el detenerme en esbozar siquiera un posible modo de hacerlo.

4.a. Consideraciones de esta naturaleza, es decir, de la doble perspectiva de autor y víctima en los fines del Derecho penal se tienen en cuenta desde algunos aportes provenientes de la victimodogmática. En relación con el papel de la víctima dos aspectos del mismo se vienen trabajando. Un primer aspecto tiene que ver con las consecuencias dogmáticas que se presentan en la intervención de la víctima en la realización del delito (criterios como la competencia de la víctima, los deberes de autoprotección o la heteropuesta en peligro consentida en sede de la imputación objetiva revelan esta dimensión de la cuestión). Un segundo aspecto tiene que ver con el abordaje político-

⁵³ Destaca BLOCH que la influencia del liberalismo de FEUERBACH defendía en la ley penal no sólo al Estado frente al delincuente, sino, además, al delincuente frente al Estado (por ejemplo, de la cólera popular, o del linchamiento por orden superior). Cfr. BLOCH, *Derecho natural*, 1980, p. 265.

⁵⁴ La ley penal también es una garantía frente a las expectativas de satisfacción a la víctima. En esta línea WOLTER, “Imputación objetiva y personal”, en *El sistema moderno del Dp*, 2012 (2ª ed.), p. 124. Para este autor, el desvalor del riesgo y el desvalor del resultado, como parte de la norma de valoración inmanente a los tipos penales, pueden verse como una norma de protección y garantía para el titular del bien jurídico.

⁵⁵ Una partidaria de un Derecho penal interaccionista (relevancia de la participación de la víctima en el delito) sostiene que ello no es incompatible con la noción del Derecho penal como protector de bienes jurídicos. Así WITTIG, “Teoría del bien jurídico, *harm principle* y delimitación de ámbitos de responsabilidad”, en *La teoría del bien jurídico*, 2007, p. 343. Si bien comprendo la idea de esta autora, que el Derecho penal proteja los bienes jurídicos no impide, que una participación relevante de la víctima en el delito genere efectos compensatorios en la distribución de responsabilidad.

criminal que se presenta en la consideración de la víctima ya en el nivel de las normas de conducta, que no sólo motivan a los potenciales autores, sino que también protegen a las potenciales víctimas. Se ha dicho, en efecto, que las normas penales no sólo garantizan las expectativas de protección de las potenciales víctimas, sino también las expectativas de reparación y resarcimiento (normas de sanción) de las mismas⁵⁶. Todas estas consideraciones han provocado en algunos autores un cambio de paradigma en el ámbito del *fin de protección de las partes involucradas en el hecho delictivo*, pasándose del clásico “paradigma de la agresión” (*Angriffsparadigma*⁵⁷), esto es, el enfoque exclusivo de las garantías del autor, al “paradigma de la interacción”⁵⁸ entre autor y víctima. Este último enfoque también recibe el nombre de “responsabilidad penal comparativa” (*comparative criminal liability*⁵⁹). Desde esta perspectiva no sólo el autor, sino también la víctima gozan del estatus de sujetos protegidos frente a los abusos o disfunciones del sistema penal.

5. Junto a la protección de las partes involucradas en el delito se encuentra el *fin de protección de los bienes jurídicos (o del Ordenamiento Jurídico)*. He de mencionar aquí sólo algunas consideraciones sobre este fin, por ocuparme más delante de él bajo el epígrafe del principio de lesividad. Ya sean entendidos los bienes jurídicos como los objetos del mundo social (intereses o valores necesarios para el ejercicio de la libertad⁶⁰), o los objetos

⁵⁶ Cfr. WOLTER, “Imputación objetiva y personal”, en *El sistema moderno del Dp*, 2012 (2ª ed.), pp. 124, 127-128.

⁵⁷ Sobre esta expresión DERKSEN, *Handeln auf eigene Gefahr*, 1992, p. 24; KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989, pp. 163 y ss.

⁵⁸ La inclusión del comportamiento de la víctima en la consideración de la delimitación de los ámbitos de responsabilidad ha llevado en victimodogmática a hablar de un modelo interaccionista. Sobre ello, véanse las consideraciones de SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2010 (2ª ed.), p. 72 (§ 1.2) [también ante ya en “¿Consideraciones victimológicas en la teoría jurídica del delito?”, en *LH al Profesor Antonio Beristain*, 1989, pp. 633 y ss., 643]; WITTIG, “Teoría del bien jurídico, *harm principle* y delimitación de ámbitos de responsabilidad”, en *La teoría del bien jurídico*, 2007, pp. 343 y ss. Se refiere al cambio de paradigma en sede de la teoría de la imputación bajo el nombre de autor-víctima-compensación (*Täter-Opfer-Ausgleichs*), DERKSEN, *Handeln auf eigene Gefahr*, 1992, p. 20. También, revelando la interacción entre el deber del autor y la pretensión (*Anspruch*) de la víctima en sede de la imputación objetiva, KRÜPELMANN, “Die normative Korrespondenz”, en *FS für Jescheck*, 1985, pp. 318, 320 y ss. En nuestra literatura, sobre la relevancia del comportamiento de la víctima en la determinación de la conducta típica, CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*, 1998, pp. 17 y ss.

⁵⁹ En el sistema inglés BERGELSON, *Victims' rights*, 2009 [una visión crítica de su tesis en ORTÍZ DE URBINA GIMENO, “Old wine in the new wineskins”, *PRL*, 2008, pp. 815 y ss.]. La autora propone los casos de contribución de la víctima en la realización del delito como una causa de justificación para el acusado (una *defence*), o bien como una circunstancia de atenuación de la responsabilidad penal del autor.

⁶⁰ Para WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 1969 (11ª ed.), § 1, pp. 1 y ss. [1970, pp. 11-12], el Derecho penal tiene como función la protección de los bienes jurídicos a través de la *protección de los valores ético-sociales de actuar* (valores del actuar conforme a Derecho); pues es por medio del aseguramiento de tales valores que se podría garantizar firmemente la protección de los bienes jurídicos [en igual sentido GRACIA MARTIN, “El finalismo como método”, *RECPC*, 2004, p. 11]. Así, también HAFT, *StrafR, AT*, 2004 (9ª ed.), p. 159, comparte que al Derecho penal no le compete sólo la protección de los bienes jurídicos, sino también, en su función retributiva, la tarea de retribuir el apartamiento activo de los valores básicos del correcto actuar. Sin entrar en

del mundo interpersonal (las relaciones como instrumentos de realización personal), su tutela se encuentra entre los fines del Derecho penal⁶¹. En aras de protegerlos, al Derecho penal le compete enfocar todos sus recursos en la prevención del delito, que es el fenómeno que afecta a los bienes jurídicos. Frente al planteamiento de la finalidad del Derecho penal de proteger bienes jurídicos se erige desde hace tiempo el modelo de JAKOBS y su escuela⁶², que defiende una finalidad del Derecho penal concretamente orientada a las estructuras formales del Derecho, como lo es la protección de la vigencia de la norma⁶³; esto es, las normas como fines en sí mismas, que permiten la vida en sociedad⁶⁴. En este sentido,

demasiados detalles, también consideraba que las pretensiones primarias o exigencias obligatorias (*verpflichtenden Anforderungen*) eran portadoras de un contenido ético. De este modo, el delito se diferencia del acto puramente hostil o dañoso, ante todo, por contradecir tales pretensiones y ser, por eso mismo, objeto de una reprobación pública. Cfr. MERKEL, *Dp*, 1906, p. 277 [2004, p. 199].

⁶¹ Para FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983, pp. 47 y ss., el cometido principal del Derecho penal es la protección de bienes jurídicos y sus condiciones de existencia, sin los cuales no es posible alcanzar una convivencia saludable.

⁶² Ya antes, otros autores que comulgaban con la dimensión social hegeliana, consideraron que el Derecho penal protegía más allá de los bienes jurídicos en particular, esto es, protegiendo el Derecho en sí. Por ejemplo MERKEL, *Dp*, 1906, pp. 17-18 y ss. [2004, pp. 1, 2, 11-12, 13], entendió el delito no sólo como un enemigo de la soberanía del Estado, sino también como un enemigo de los intereses cuya protección le está encomendada a aquél. Esto le llevó a definir la acción punible como una lesión del Derecho y como una lesión de los intereses sociales. Cuando se la define como una lesión del Derecho se hace destacar la contradicción a una norma obligatoria para la sociedad, pero, a la vez, también la desobediencia a la voluntad que se manifiesta en el Derecho. En cambio, cuando se la define como una lesión a los intereses sociales se pretende poner en primer lugar el valor social que tales intereses tienen para la comunidad. También, teniendo en cuenta los dos aspectos de la protección (relación jurídica y derecho subjetivo), SILVELA, *El Dp*, 1908 (2ª ed.), pp. 113-115: “No es el hurto (...) de un objeto material la perturbación únicamente de las relaciones que mediante la cosa se establecen entre el dueño y los demás hombres, sino la negación del derecho de propiedad; no es la herida, la injuria violenta al cuerpo, sino la negación del derecho de integridad corporal; no es el homicidio la muerte sólo de un hombre, sino la negación del derecho de vivir”; “(...) cada crimen destroza todo un orden de relaciones jurídicas, y aun el Derecho todo”. Evidentemente, el pensamiento de este autor se encuentra ya en HEGEL, *Principios de la filosofía del Derecho*, 1988, § 119 (obs.), p. 184, “(...) por lo cual el asesinato no lesiona una porción de carne, algo singular, sino la vida misma”.

⁶³ Cfr. JAKOBS, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, 2003, pp. 47 y ss. [también en *Dp*, *Pg*, 1997 (2ª ed.), pp. 9 y ss., 13, 18 y ss.]. Le sigue MÜSSIG, *Desmaterialización del bien jurídico*, 2001, pp. 47 y ss. Desde otra línea, pero inspirado en la teoría de sistemas luhmanniana, CALLIESS, *Theorie der Strafe*, 1974, pp. 135 y ss., *passim*, sostiene que la ley penal protege la seguridad general de las expectativas (sociales de conducta). Según el funcionalismo penal, el cometido del Derecho penal se reduce a su función social, que se cifra en la garantía de normas esenciales para la sociedad. Cfr. WITTIG, “Teoría del bien jurídico, *harm principle* y delimitación de ámbitos de responsabilidad”, en *La teoría del bien jurídico*, 2007, p. 342. Esta autora se declara partidaria de la versión tradicional de comprensión liberal del Derecho penal, y, por ello, bastante crítica a los planteamientos del funcionalismo, aunque realizando algunas matizaciones (pp. 342 y ss.).

⁶⁴ Críticamente HIRSCH, “Das Schuldprinzip”, *ZStW*, 1994, p. 753. Por su parte, desde un normativismo moderado, ROXIN reconoce del planteamiento de JAKOBS que “ciertamente, la pena contribuye a la estabilización de la norma”, pero, aclara que dicha estabilización “no es un fin en sí mismo, sino que está destinada a contribuir a que en el futuro no se produzcan lesiones reales, individuales o sociales (esto es,

JAKOBS distingue entre el bien jurídico (según la concepción clásica) y el bien jurídico-penal, que serían las expectativas normativas socialmente institucionalizadas, es decir, previstas en la norma penal⁶⁵. De modo nada espontáneo con el tiempo este autor ha hecho una breve concesión al criterio de la lesión de los bienes jurídicos, pero únicamente como aquello que él denomina el “soporte cognitivo”⁶⁶. En este trabajo intentaré defender que la cuestión de la protección de las normas sólo se tendrá en cuenta en la medida que se entienda que el fin del Derecho penal es la protección de bienes jurídicos (objetos y relaciones), y la protección de la norma viene dada sólo en tanto y en cuanto ésta es el instrumento de protección de tales bienes. En otras palabras, las normas jurídicas se protegen como instrumentos necesarios de protección de los bienes jurídicos y no como fines en sí mismas⁶⁷. Por lo demás, para cerrar, el Derecho penal no protege todos los bienes jurídico al mismo tiempo con la misma intensidad, sino que intenta asegurar la integridad solamente de aquellos bienes que, puestos en situación de conflicto, resultan ser

lesiones de bienes jurídicos). En consecuencia, sirve, en última instancia, a la protección de bienes jurídicos, y carecería de sentido sin ese fin”. Cfr. ROXIN, “El concepto de bien jurídico”, *RECPC*, 2013, p. 4.

⁶⁵ Cfr. JAKOBS, *Dp, Pg*, 1997 (2ª ed.), pp. 44 y ss. Para este autor, la lesión de un bien jurídico-penal no es la causación de una muerte, sino la contradicción a la norma del homicidio (p. 46). Es decir, mientras que el bien jurídico es el objeto de protección de una norma, la propia validez de la norma es el bien jurídico-penal (p. 48). Este autor concibe el delito como una infracción formal a la norma (como una desobediencia al mandato), que se aprecia con mayor claridad en los delitos de peligro abstracto. Sobre estos, véase JAKOBS, *Dp, Pg*, 1997 (2ª ed.), pp. 212 y ss. [de forma crítica KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989, pp. 235 y s. También MENDOZA BUERGO, “La configuración del injusto (objetivo) de los delitos de peligro abstracto”, *RDPC*, 2002, pp. 44-45]. Desde la tesis luhmanniana y habermasiana PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, 2011, p. 129, defiende como fin del Derecho penal la estabilización contrafáctica de las expectativas normativas que resultan defraudadas.

⁶⁶ Cfr. JAKOBS, *La pena estatal*, 2006, pp. 83 y ss., 135 y ss., 139-140: la “certeza normativa, si se pretende que verdaderamente dirija la conducta, debe contar con un apoyo cognitivo”. Al respecto, lo advierte también ROXIN, “El concepto de bien jurídico”, *RECPC*, 2013, pp. 4-5, comentando a JAKOBS: “la confirmación de la norma, si se pretende que tenga un efecto ‘director de la conducta’, ha de estar ‘sustentada cognitivamente’ (...). Esto, (...), significa que el Derecho penal, para poder dirigir la conducta, persigue el fin de evitar lesiones reales de los bienes jurídicos”. Téngase en cuenta que ya en comentarios sobre los delitos de peligro abstracto, hace un tiempo JAKOBS, “¿Qué protege el Derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?”, *CDJP*, 2001, p. 35, había puesto de relieve la necesidad de una seguridad cognitiva como condición *sine qua non* para poder disfrutar de los bienes como propios.

⁶⁷ Así, también PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido*, 1995, p. 100, nota al pie 38. Por el contrario, en el sistema de JAKOBS el centro de la protección reside en la norma jurídica, y sólo como un efecto colateral aparecen los bienes jurídicos. Cfr. JAKOBS, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, 2003, pp. 48 y ss., 59, 67. En este sentido JAKOBS considera que el fin de la pena y del Derecho penal consiste en la protección de la vigencia de la norma, en donde el Derecho se asume como una relación entre personas, y sólo de modo mediato como una relación con bienes (pp. 12, 47 y ss., 61).

dignos de protección en el caso concreto⁶⁸, lo que se resuelve desde un juicio de ponderación razonable.

6. En un planteamiento integrador como el que aquí se defiende, la concepción del delito que mejor se adapta es la del delito como *afectación susceptible de imputación de la relación de reconocimiento recíproco entre las personas en cuanto tales*⁶⁹, pero, sólo en la medida de que de ello se desprenda, como mínimo, una afectación a las expectativas de uso y disfrute de los bienes jurídicos⁷⁰. Por lo demás, de modo indirecto, dicha afectación comporta también el impedimento de la realización de los fines del Derecho penal⁷¹. Una definición de esta naturaleza comulga con un concepto material del delito⁷², que tiene en cuenta algo más que la norma jurídica o la voluntad del Estado como fines en sí mismos. Cuando se la observa sólo desde una de sus perspectivas, la relación jurídica de reconocimiento puede ser interpretada de dos modos: (a) o bien como una relación de deber subjetivo, esto es un deber de reconocimiento del otro como persona (deber de respeto), lo que implica que el delito consista en una infracción a un deber; (b) o bien como una relación de derecho, esto es un derecho subjetivo al respeto del otro, lo que comporta que el delito consista en una lesión a un derecho⁷³. Pero, cuando se observa la relación

⁶⁸ Sobre esto PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, 2011, p. 90.

⁶⁹ En esta línea KAHLO, “Sobre la relación entre el concepto de bien jurídico y la imputación objetiva en Derecho penal”, en *La teoría del bien jurídico*, 2007, pp. 55 y ss.; KÖHLER, *Der Begriff der Strafe*, 1986, pp. 47, 50 y ss.; WOLFF, “Das neuere Verständnis von Generalprävention”, *ZStW*, 1985, pp. 826 y ss.; ZACZYK, *Das Strafrecht in der Rechtslehre J.G. Fichtes*, 1981, pp. 92, 108 y ss. También, pero desde otra visión, concibe al Derecho como protector de las relaciones entre personas, JAKOBS, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, 2003, pp. 61, *passim*. Se refiere al “aseguramiento de las pretensiones de respeto”, KARGL, “Protección de bienes jurídicos mediante protección del Derecho”, en *La insostenible situación del Dp*, 2000, pp. 62, *passim*.

⁷⁰ Me ocupo de este tema en un epígrafe consiguiente, contenido en este mismo capítulo. Valga, no obstante, una breve mención. El delito ha de concebirse en todo su “esplendor”: como daño material, intelectual e ideal. Sobre esta clasificación véase SILVA SÁNCHEZ, “Delito y daño”, *InDret Penal*, 2008, pp. 1-2.

⁷¹ = la conducta delictiva manifiesta la afectación a la relación de reconocimiento recíproco, a la vez que impide la realización de los fines del Derecho penal, o mejor dicho, frustra en el caso concreto, la realización de dichos fines.

⁷² Sobre el concepto material del delito fundamentado en consideraciones iusfilosóficas, FRISCH, “Delito y sistema del delito”, en *El sistema integral del Dp*, 2004, pp. 198 y ss., 206. Para este autor el injusto consiste en el quebrantamiento de la relación de reconocimiento recíproco entre personas como personas en Derecho (ya sean los sujetos particulares, el Estado, las personas jurídicas o los bienes universales); esto es, la negación del reconocimiento de las libertades jurídicas y de los bienes jurídicamente constituidos.

⁷³ Cfr. SCHMIDHÄUSER, “Der Unrechtstatbestand”, en *FS für Karl Engisch*, 1969, pp. 433 y ss., 444-445 y s., la lesión de un bien jurídico consiste en la lesión de la pretensión (*Anspruch*) de respeto que surge del mismo bien jurídico. También WOLTER, “Imputación objetiva y personal”, en *El sistema moderno del Dp*, 2012 (2ª ed.), pp.

interpersonal en toda su dimensión se aprecian las dos perspectivas al mismo tiempo: una relación jurídica bidireccional de deber subjetivo y de derecho subjetivo⁷⁴. Ésta es la alternativa que se comparte, la del delito a la luz de la teoría normativa del reconocimiento recíproco o intersubjetivo de la dignidad individual⁷⁵. De este modo, la existencia de una relación de reconocimiento entre las partes se compone de forma recíproca, por un lado, de un deber concreto de reconocimiento a la otra parte como persona y, por el otro, de forma correlativa, de una fuerza jurídica o derecho subjetivo que compele a que dicho deber se cumpla⁷⁶. Por eso, la comisión de un delito a la vez que lesiona un bien jurídico en juego (o sus expectativas de uso y disfrute) implica, en concreto, una infracción al deber de reconocimiento recíproco y, en general, un impedimento a la realización de los fines del Derecho penal⁷⁷. En cualquier caso, lo único que no lesiona el delito es el derecho *intersubjetivo* al castigo.

6.a. Todas las conductas peligrosas reales o aparentes (como la de la tentativa irreal en donde sólo concurre una peligrosidad expresiva, reveladora de la desconsideración del autor hacia los bienes ajenos) afectan las relaciones de reconocimiento entre personas en cuanto personas, pero esto por sí solo no es suficiente para fundamentar el castigo de la conducta. Aunque la relación de

126-127, destaca que es justamente el estado de peligro en el que se encuentra la víctima lo que hace surgir una pretensión de protección por parte de ésta.

⁷⁴ Con un planteamiento del injusto como el *quebrantamiento objetivo y subjetivo de la relación jurídica de reconocimiento o interpersonal* (= lesión de la libertad externa), KÖHLER, “La imputación subjetiva”, en *Sobre el estado de la teoría del delito*, 2000, pp. 74 y ss. [también en “Unbedingte Affirmation, Anerkennung und Rechtsverhältnis”, en *Anerkennung*, 2000, pp. 91 y ss.; y en *StrafR, AT*, 1997, pp. 20 y ss., 115 y ss.]. A favor de la protección de los bienes jurídicos a través de la contención de determinados actos de decisión, FRISCH, “El error como causa de exclusión del injusto”, en *Justificación y exculpación*, 1995, pp. 196 y ss.

⁷⁵ Cfr. la visión filosófico-sociológico-moral de la teoría del reconocimiento de la Escuela de Frankfurt, desde la perspectiva de HONNETH, *La lucha por el reconocimiento*, 1997, pp. 90 y ss. [una versión resumida en “Integridad y desprecio”, *Isegoría*, 1992, pp. 78 y ss.]. Enseña este autor, basándose en la filosofía *iusnaturalista* de BLOCH, que mediante los actos de desprecio o de reconocimiento negado, como la ofensa y humillación, se configura una conducta que no sólo representa una injusticia (dado que menoscaba a los sujetos en su libertad de acción), sino que también significa una conducta dañina por el cual las personas son heridas en la comprensión positiva de sí mismas que han adquirido por vías intersubjetivas. Cfr. HONNETH, “Integridad y desprecio”, *Isegoría*, 1992, pp. 79-80.

⁷⁶ MERKEL, *Dp*, 1906, pp. 23, 245 y ss., 277 [2004, pp. 15, 177 y ss., 199], define el delito como una relación jurídica entre las exigencias primarias del sujeto pasivo (derecho a que se respete su bien jurídico), del Estado (pretensión a que se obedezcan las prohibiciones), y la obligación jurídica del sujeto activo a no lesionar el bien jurídico. Cuando tales pretensiones o exigencias obligatorias no se respetan, surgen las exigencias condicionales de la víctima a reclamar un castigo, la del Estado a castigar, y el autor tiene la obligación de dejar recaer sobre sí la pena impuesta.

⁷⁷ En sentido más general, la doctrina mayoritaria define delito como infracción a la norma. Véase SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, 2005, p. 17 [también en *Subjetivismo e imputación objetiva*, 1996, p. 35].

reconocimiento pueda verse afectada por una conducta de tentativa irreal, para su castigo será preciso contar con algo más. Se requiere un sustrato de lesividad⁷⁸, ya sea de naturaleza material o inmaterial (expectativas de uso y disfrute)⁷⁹ que, aunque se da en todas las modalidades de conductas peligrosas reales y aparentes, no se da en la tentativa irreal. Más adelante me ocupo de este tema y ofrezco sus respectivos argumentos.

7. En palabras resumidas: el Estado como proveedor de la protección persigue a través del Derecho penal un fin integrador de protección de las partes intervinientes en el delito y de los bienes jurídicos relevantes (entendidos en sentido amplio). Este fin integrador de protección se realiza a través de un proceso de ponderación de las prestaciones de protección.

⁷⁸ Esta dosis de lesividad que se requiere en la afectación a la relación de reconocimiento intersubjetivo, para otorgar al hecho del sujeto relevancia penal, es incluso visible en la misma teoría filosófica del reconocimiento, cuando HONNETH, *Reconocimiento y menosprecio*, 2010, pp. 23-24, distingue entre el delito moral y un simple caso de adversidad o violencia. Mientras que en el primero “se da forzosamente el componente de privación o negación del reconocimiento”, en el segundo, por el contrario, “esta referencia, naturalmente, no está presente. Un daño físico, pues, se convierte en una injusticia moral si la persona afectada ve en él una actuación que lo menosprecia intencionalmente en un aspecto esencial de su bienestar; no es ya el dolor físico como tal, sino la conciencia resultante de *no ser reconocido en la propia concepción que uno tiene de sí mismo* lo que constituye la condición del daño moral” (cursiva añadida). Si comprendo bien a este autor es, justamente, esta conciencia de no ser reconocido la que puede darse sólo en aquellos hechos que alcancen a lesionar algún aspecto valioso de la esfera de protección de las personas, lo que, ciertamente, no se encuentra presente en las tentativas irreales (que no alcanzan a afectar ni siquiera las expectativas de disponibilidad sobre los bienes jurídicos). Para contrastar con un supuesto de relevancia penal, me atrevo a citar unas líneas de SILVA SÁNCHEZ, “Sobre los movimientos ‘impulsivos’ y el concepto jurídico-penal de acción”, *ADPCP*, 1991, p. 14, que, a mi criterio, ofrecen un argumento incipiente en esta línea de la negación del otro a través del delito. Para situarnos, la idea de este autor es tomada en el contexto del debate del concepto de acción: “Por ello, en el reflejo el sujeto pasivo no tiene por qué sentirse ‘negado’, ‘agraviado’. En cambio, tal agravio, tal *negación de la propia personalidad por la del otro*, tal ‘injuria’ se hace patente en el caso de los impulsos” (cursiva añadida). Una última aclaración del planteamiento de este autor. Mientras que, los movimientos reflejos no responden a la personalidad del sujeto, no son acción en sentido jurídico-penal, los impulsos sí, aunque sea de un modo innato y debilitado.

⁷⁹ De hecho, la conexión entre el desvalor de la conducta (infractora de la relación de reconocimiento, que sería el desvalor de acción), y la lesividad (que sería el desvalor de resultado), se encuentra ya el pensamiento de WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 1969 (11ª ed.), § 12, p. 62 [1970, p. 92], cuando señala “en la mayor parte de los delitos es esencial, (...), una lesión o peligro de un bien jurídico, pero sólo como momento parcial de la acción personalmente antijurídica, (...). La lesión del bien jurídico (desvalor de resultado) tiene relevancia en el Derecho penal sólo dentro de una acción personalmente antijurídica (dentro del desvalor de acción)”.

1.2.b. Fines de la pena

1. Sea entendida la pena como una reacción⁸⁰, como la “ordenación querida de un mal”⁸¹, como “un mal que se tiene que soportar porque a su vez se creó un mal”⁸² o como “consecuencia jurídica del delito a través de la cual se ejerce la retribución por el Estado al delincuente, en razón de la violación del Derecho”⁸³, entre otras definiciones⁸⁴, lo que verdaderamente ha ocupado el centro del debate entre los penalistas es lo relativo a los fines o funciones del castigo. Al respecto, bien conocida resulta la distinción entre las teorías absolutas (o de la retribución) y las teorías relativas de la pena (o de la prevención)⁸⁵. Con independencia de lo que defienda en concreto cada una de estas teorías, he de considerar de modo exclusivo cuáles son los fundamentos que en este trabajo se comparten.

2. Entendida, en todo caso, la retribución como la *esencia* del castigo⁸⁶, las funciones y fines de la pena presentan ciertas antinomias que han de resolverse de algún modo⁸⁷. Así la

⁸⁰ “La pena es siempre reacción ante la infracción de una norma. Mediante la reacción siempre se pone de manifiesto que ha de observarse la norma. Y la reacción demostrativa siempre tiene lugar a costa del responsable por haber infringido la norma”. Cfr. JAKOBS, *Dp, Pg*, 1997 (2ª ed.), pp. 8, 13.

⁸¹ Cfr. KÖHLER, *Der Begriff der Strafe*, 1986, pp. 14, 15 y ss., 17. Este autor señala que a través de la pena se causa un mal como reacción a la infracción de una norma jurídica, lo que supone una teoría absoluta de la pena con una finalidad y sentido social. Similarmente, enseña que la pena es un mal que se hace recaer sobre el autor de una conducta contraria al deber, MERKEL, *Dp*, 1906, p. 250 [2004, p. 180].

⁸² Cfr. LESCH, *La función de la pena*, 1999, pp. 3, 4: “la pena es 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”. Similarmente FEJOO SÁNCHEZ, *La pena como institución jurídica*, 2014, p. XVII (la pena como institución jurídica supone una restricción coactiva de los derechos del sujeto, impuesta por el Estado, y que revela un reproche o desvalor del comportamiento del sujeto que sufre el mal).

⁸³ Cfr. MAYER (Max-Ernst), *Dp, Pg*, 2007, p. 524.

⁸⁴ ROXIN, *StrafR, AT*, 2006 (4ª ed.), § 3, nm. 45, p. 89 [1997, p. 99], define la pena como la intervención coercitiva del Estado, que es una carga para el condenado, en cuanto es inherente a ella un elemento represivo.

⁸⁵ Una obra actual sobre estas versiones, FEJOO SÁNCHEZ, *La pena como institución jurídica*, 2014 [también en *Retribución y prevención general*, 2007].

⁸⁶ Cfr. MAYER (Max-Ernst), *Dp, Pg*, 2007, pp. 522 y ss., 525 y ss., 535-536, 538-539. Para este autor, la pena es retribución, en donde al concepto de retribución no se le puede atribuir como características esenciales atributos que pueden acompañar al concepto sólo de modo contingente (como que el castigo sea justo o eficaz). Lo que es justo o eficaz depende de la cultura de la sociedad, de forma que no pueden ser la esencia del castigo. Pero, ello no le impide sostener que idónea para la justificación de la pena es solamente la idea de justicia. También, ve la esencia de la pena en la retribución, MERKEL, *Dp*, 1906, p. 268 [2004, p. 193], pero añade la característica de la justicia, es decir, la retribución contenida en la pena debe ser justa, porque sólo con esta propiedad, la pena puede cumplir su fin (p. 195). Actualmente, ROXIN renuncia expresamente a la retribución de la pena entendida en términos tradicionales, y, en su lugar, ofrece como medio de limitación del poder sancionador al principio de culpabilidad. Cfr. ROXIN, *StrafR, AT*, 2006 (4ª ed.), § 3, nms. 44 y ss., 51 y ss., pp. 88 y ss., 91 y ss. [1997, pp. 98-99, 100 y ss.]. Además, para este autor una pena que por razones preventivas

dupla justicia versus eficacia⁸⁸ en la práctica no necesariamente coincide con el contraste que existe entre las teorías absolutas y las teorías relativas en el plano teórico, por cuanto no sólo existe la retribución injusta, sino también que hay formas ineficaces de lucha en contra del delito⁸⁹. En todo caso, siempre resultará que la justicia y la eficacia terminen orientándose en direcciones opuestas, como dos líneas divergentes, de modo que “cuanto más se persigue una tanto más se produce el alejamiento de la otra”⁹⁰. De este difícil dilema sólo se puede salir a través de una resolución relativa: “mientras un orden jurídico se satisfaga con penas que sean sólo en alguna medida eficaces, no existirá el peligro de perder enteramente el sentimiento de la justicia”⁹¹. Una de las formas de zanjar parte del problema de las antinomias de los fines de la pena consiste en recurrir a un planteamiento dialéctico de los mismos. De esta forma de proceder se han encargado las denominadas teorías de la unión, de la unidad o mixtas. Pero, dentro de ellas, las teorías aditivas o acumulativas⁹² resultan teorías inconsistentes e ineficaces por no poder eliminar las lógicas contradicciones entre los fines⁹³. Como contrapartida, y en pos de eliminar las naturales contradicciones entre las concepciones clásicas de la pena, se presentan las teorías dialécticas (sintéticas, o distributivas), que proponen neutralizar las deficiencias de tales concepciones conservando

rebasando la medida de la culpabilidad atenta contra la dignidad del hombre (principio constitucional), de forma que el principio de culpabilidad vendría a concebirse como un principio constitucional limitador de la pena. Sin embargo, el hecho de que las razones preventivas impidan rebasar la medida de la culpabilidad, ello no impide que si aquéllas quedan satisfechas, la medida de la pena puede reducirse por debajo de la medida de la culpabilidad. También en este último sentido JAKOBS, *Dp, Pg*, 1997 (2ª ed.), pp. 35 y ss., 29, *passim*, quien sugiere que para una pena resulte *practicable* hay que considerar la combinación de las funciones de la pena: pero, a diferencia de ROXIN, comienza con la prevención general positiva, en donde el principio de culpabilidad no opera como límite de la prevención, sino que es un derivado de la prevención, y va colmando los huecos que aquélla deja con las funciones de la prevención especial (sobre todo en la ejecución de la pena).

⁸⁷ Por ejemplo, es el intento que hace LESCH, que define a su propuesta como una teoría funcional retributiva y compensadora de la culpabilidad, en donde el fundamento se explica desde la teoría absoluta, y el fin desde la teoría relativa de la pena; teorías que se unifican para adquirir no sólo una dimensión dialéctico-hegeliana, sino también práctico-utilitarista. Cfr. LESCH, *La función de la pena*, 1999, p. 50.

⁸⁸ Cfr. MAYER (Max-Ernst), *Dp, Pg*, 2007, pp. 533 y ss.

⁸⁹ De estas palabras MAYER (Max-Ernst), *Dp, Pg*, 2007, pp. 534 y ss.

⁹⁰ Cfr. MAYER (Max-Ernst), *ibidem*, p. 541.

⁹¹ Cfr. MAYER (Max-Ernst), *ibidem*.

⁹² Son las teorías que MAYER denomina sincréticas o unificadoras. Cfr. MAYER (Max-Ernst), *Dp, Pg*, 2007, pp. 521, 533 y ss., 535, nota al pie 27, *passim*. Por el contrario, ROXIN, *StrafR, AT*, 2006 (4ª ed.), § 3, nms. 33 y ss., pp. 83 y ss. [1997, pp. 93 y ss.] emplea la terminología teorías unificadora como sinónimo de teorías de la unión, esto es, como género y no como especie.

⁹³ Críticos a las teorías aditivas, MAYER (Max-Ernst), *Dp, Pg*, 2007, pp. 531, *passim*; LESCH, *La función de la pena*, 1999, pp. 41-42; ROXIN, *StrafR, AT*, 2006 (4ª ed.), § 3, nm. 35, pp. 84 y s. [1997, pp. 94 y s.].

sólo sus ventajas⁹⁴. El cómo cada una de las versiones unificadoras procede no será objeto de un detallado análisis en estas páginas, sino sólo la mención de algunos de sus argumentos que me permita fundamentar mi toma de postura al respecto.

3. Una vertiente ecléctica y neutral⁹⁵ de los *fin*es de la pena deberá asegurar las condiciones indispensables para que el Derecho impere y cumpla sus funciones. Indudablemente estos fines se podrán llevar a cabo cohonestando las razones de prevención y garantía⁹⁶. Para alcanzar este difícil cometido hay que considerar las dos dimensiones de la vertiente ecléctica. Una primera relativa a la declaración de propósitos, y una segunda relativa al modo en cómo se habría de proceder en la práctica. En cuanto a la declaración de propósitos, estos pueden resumirse en la siguiente síntesis: (1) el fin de prevención general de delito y (2) el fin de reducción de la propia violencia estatal⁹⁷. El fin de prevención general del delito no sólo se alcanza desde la norma de sanción, ni mucho menos sólo desde la pena impuesta⁹⁸. Si bien es cierto que la prestación social que despliega la sanción penal es mucho más intensa y perceptible que la prestación social que despliegan las normas de conducta, ello no significa que el fin de la prevención general haya que limitarlo a la

⁹⁴ Cfr. ROXIN, *StrafR, AT*, 2006 (4ª ed.), § 3, nms. 36 y ss., pp. 85 y ss. [1997, pp. 95 y ss.]. Este autor propone una teoría unificadora preventiva de la pena, apelando a los fines del Derecho penal, y señalando que si las normas penales se justifican en la medida en que tienden a la protección de la libertad individual y del orden social, también la pena concreta debe perseguir esto, es decir, un fin preventivo del delito. De los fines preventivos, este autor señala como los relevantes el fin de la prevención general y especial en sus respectivas versiones positivas.

⁹⁵ Sobre el mandato de neutralidad en un Estado democrático de Derecho, que descarta de los fines de la pena el modo en cómo el ciudadano acata las normas jurídicas (lo que es un asunto exclusivamente personal), FEIJOO SÁNCHEZ, *La pena como institución jurídica*, 2014, pp. 265 y ss. A mi criterio, esta idea cuadra con el argumento que la función de la norma de conducta es meramente directiva y sólo con una pretensión motivacional.

⁹⁶ Desde otro modelo, pero con conclusiones similares, LESCH, *La función de la pena*, 1999, pp. 50-51; para quien la pena no es un fin en sí mismo, sino que tiene la función social de mantener las condiciones fundamentales de la coexistencia social, esto es la identidad normativa de la sociedad, (y para LESCH, esto último no ha de entenderse como un fin preventivo que pretende la evitación futura de delitos); a la vez que del proceso formal de su imposición se deriva un importante efecto de pacificación social.

⁹⁷ Detalladamente SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2010 (2ª ed.), pp. 339 y ss., 386 y ss. Similarmente FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983, pp. 46 y ss. (añadiendo razones de prevención especial).

⁹⁸ Por el contrario, en la concepción de JAKOBS, *Dp, Pg*, 1997 (2ª ed.), pp. 18, *passim*, es desde la pena de donde se construye la prevención general positiva, al menos en tres aspectos estrechamente relacionados: (1) a través de la pena se asegura la vigencia de las expectativas de conducta, frente a aquellos comportamientos incompatibles con la norma jurídica (al revelar una pauta de conducta alternativa a la oficial); (2) en algún momento se genera en el ciudadano el ejercicio de la fidelidad al Ordenamiento Jurídico (cuando aprende que la conducta alternativa a la oficial lleva asociada una pena); (3) asimismo, el ejercicio de la fidelidad revela la confianza en la norma y su vigencia. En conclusión, la función de la pena produce prevención a través del ejercicio en el reconocimiento de la norma.

primera. En consecuencia, las condiciones de existencia y mantenimiento del orden social dependen tanto de las normas como directivas de conducta, como de las normas como elementos de coacción psicológica⁹⁹. Ambas dimensiones de la norma despliegan efectos positivos de prevención¹⁰⁰, sobre todo en el plano de la estabilización normativa¹⁰¹. En todo caso, lo esencial de la prevención vendrá dado por apostar al efecto comunicativo positivo de la pena (ya sea en su dimensión de amenaza o de castigo concreto), que aspira a estabilizar tanto la norma de conducta vulnerada como norma básica de convivencia, como también las expectativas de comportamientos adecuados a Derecho que generan dichas normas¹⁰². Cuando la estabilización se produce, la confianza social en las mismas se restablece o se fortalece¹⁰³. Por otra parte, en cuanto al modo de poner en práctica la teoría, éste puede explicarse desde la propuesta de MAX-ERNST MAYER, quien, desde la versión distributiva de los fines de la pena¹⁰⁴, propuso *distribuir* el tesoro de las ideas de las teorías de la pena conforme a las diferentes tareas que tiene ésta encomendada¹⁰⁵: una primera tarea de la pena es la que le compete al legislador en el estadio de la amenaza penal, otra segunda

⁹⁹ En todo caso, el efecto intimidatorio de las normas penales (prevención general negativa) vendría legitimado sólo en la medida en que funcionalmente signifique un motivo complementario de cumplimiento de las normas, esto es, que cumpla una función de refuerzo a la inhibición de comisión de delitos.

¹⁰⁰ En esto tiene razón SILVA SÁNCHEZ, “Eficiencia y Derecho penal”, *ADPCP*, 1996, p. 105, cuando señala que el efecto disuasorio de las normas penales no está exclusivamente orientado a intimidar a través de la amenaza de la pena, sino también fundado en el plano de la comunicación de valor, relativo a la gravedad del hecho. También, a favor de una teoría normativa de la prevención, que apele antes que a los aspectos instrumentales del castigo, a la dimensión comunicativa, FEIJOO SÁNCHEZ, *La pena como institución jurídica*, 2014, p. 264.

¹⁰¹ Como lo señala, recientemente FEIJOO SÁNCHEZ, *ibidem*, pp. 258 y ss.: de acuerdo con esta idea, el fin primordial de la pena consiste en estabilizar contrafácticamente las normas penales infringidas, por entenderlas como las normas básicas para la convivencia social (ello conlleva la institucionalización de las expectativas de respeto a dichas normas).

¹⁰² Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, *ibidem*, pp. 266, 267 y ss. De hecho, lo que más desestabiliza la norma no es la infracción de la misma, sino la infracción sin respuesta por parte del Estado (p. 269).

¹⁰³ Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, *ibidem*, pp. 268 y ss.

¹⁰⁴ Importante aclaración al respecto: MAYER niega que él se enrole como uno de los representantes de la teoría unificadora de la pena, porque él entiende que estas teorías, como su nombre lo indica, fuerzan a la unidad las contradicciones irreconciliables de las diferentes teorías de la pena. En consecuencia, él prefiere referirse a una *repartición* de las ideas según las tareas de la pena, antes que a una *conciliación*, esto es, él prefiere una teoría *distributiva*, antes que una teoría *sinérgica* de la pena. Cfr. MAYER (Max-Ernst), *Dp, Pg*, 2007, pp. 520-521. Para evitar entrar en debates sobre qué nomenclatura resulta más adecuada, y para seguir con la que actualmente se halla en uso, he preferido incluir a este autor dentro de las teorías de la unión (que no necesariamente son unificadoras) porque él defiende una teoría mixta de los fines de la pena. En todo caso, él distingue entre teorías unificadoras (que serían las actuales teorías aditivas), y teorías distributivas (que serían como las teorías dialécticas), mientras que actualmente, tanto la primera como la segunda se ubican en el género teorías de la unión o mixtas.

¹⁰⁵ Sobre estas tres tareas MAYER (Max-Ernst), *Dp, Pg*, 2007, pp. 535, nota al pie 27, 518, 527 y ss. Para este autor el principio de distribución no puede ser otro que el de la singularidad del delincuente (p. 531).

se encuentra dirigida al juez, que es quien realiza la medición de la pena sobre la base de consideraciones individuales y sociales^{106/107} y, finalmente, una tercera se halla orientada al funcionario de los establecimiento penales, que es quien se encarga del cumplimiento efectivo de la pena. En cada uno de estos estadios habrán de contemplarse los propósitos antes mencionados: la prevención general positiva y la reducción de la violencia¹⁰⁸.

1.2.c. Algunas consideraciones sobre los principios de lesividad y de culpabilidad

1. Para saber cuándo una persona ha realizado una conducta dolosa o una conducta imprudente y para saber cómo imputársela y en qué medida imponerle una pena, previamente hay que realizar algunas consideraciones al respecto. Esto es lo relativo a los principios que regulan el carácter lesivo y culpable de un comportamiento: el principio de lesividad (*nulla lex poenalis sine iniuria*), directamente relacionado con la función de protección de los bienes jurídicos¹⁰⁹, y el principio de culpabilidad (*nulla lex poenalis sine*

¹⁰⁶ Para ROXIN, defensor de una teoría de la unión, en caso de conflicto entre estos fines debe darse prevalencia al fin preventivo especial por dos razones: (a) una jurídica: la resocialización es un imperativo constitucional; y (b) otra práctica: mientras que la primacía de la prevención general amenaza con frustrar el fin preventivo especial, por el contrario, la primacía de la prevención especial no excluye los efectos preventivos generales de la pena, sino que, a lo sumo los debilita. Pero esta prevalencia de los fines preventivos especiales por sobre los generales sólo corresponde hasta donde la necesidad mínima de la prevención general lo permita (para evitar de ese modo que la pena no sea tomada en serio por parte de la sociedad, estimulando contraproducentemente la imitación). Cfr. ROXIN, *StrafR, AT*, 2006 (4ª ed.), § 3, nm. 41, p. 87 [1997, pp. 96-97].

¹⁰⁷ Para MERKEL, *Dp*, 1906, pp. 277 y ss., 280 [2004, pp. 199 y ss., 201], el fundador de la “tercera escuela” o teoría conciliadora, el fundamento real de la medida de la pena es la *naturalis ratio*. Y, en este sentido, la medida natural de la pena depende de las condiciones mediante las cuales pueda conseguir su fin con el menor daño posible para los intereses humanos. Así, para equilibrar la culpabilidad y la pena hay que considerar los juicios sociales de referencia: esto es, teniendo en cuenta tanto la significación real de los delitos, tal y como a la sazón lo siente el pueblo; como el interés del culpable en que, a pesar de todo, se lo respete como hombre y miembro de la comunidad; y, en general, aquellos intereses que directa o indirectamente han de resultar perjudicados por la actividad penal del Estado.

¹⁰⁸ De la postura de MAYER sólo asumo la consideración formal de los estadios de la pena, porque este autor distribuye los fines de la pena de otro modo. Así, para la amenaza penal destina la prevención general negativa, y para la ejecución de la pena, la prevención especial negativa; que en mi planteamiento, ambas versiones negativas, sólo cumplen una función de refuerzo de la prevención general positiva. MAYER estaba pensando en la teoría de la coacción psicológica de FEUERBACH cuando se refería al fin preventivo general (aunque él critica que esta teoría por sí sola no funciona como teoría de la pena, sino simplemente como teoría de la amenaza penal, esto es porque sólo se ocupa de una de las tareas de la pena). En cuanto a la prevención especial, se adhiere al planteamiento de VON LISZT, de la corrección o la inocuización del condenado (a la que denomina “supresión de la nocividad del recluso”, a través de un largo internamiento o de la condena de muerte). Cfr. MAYER (Max-Ernst), *Dp, Pg*, 2007, pp. 527 y ss., 531 y ss., 533.

¹⁰⁹ Sobre la función del Derecho penal y la protección de bienes jurídicos, véase KAUFMANN (Armin), *Die Aufgabe des Strafrechts*, 1983, p. 5; también SCHÜNEMANN, “Das System des strafrechtlichen Unrechts”, en *Strafrechtssystem*, 2002, pp. 51 y ss. Sobre el principio de protección exclusiva de bienes jurídicos, SILVA

culpa), directamente relacionado con la finalidad de prevención (de la norma de conducta y de sanción).

2. Para hacer responsable a una persona por un delito han de darse una serie de requisitos, presupuestos o condiciones necesarias de legitimidad, que operan como criterios negativos o limitadores del *ius puniendi*¹¹⁰. Estos requisitos son de modo genérico: la lesión, la acción y la culpabilidad, que se corresponden con el principio de lesividad, de materialidad y de responsabilidad personal¹¹¹. El principio de lesividad constituiría el fundamento axiológico del primero de los requisitos mencionados, la lesión o efecto lesivo de la conducta sobre el bien jurídico¹¹², mientras que el principio de culpabilidad lo hace con el tercer elemento, el de la culpabilidad, entendida en términos amplios (también como dolo e imprudencia)¹¹³. En este sentido, el hecho lesivo que la persona haya realizado no sólo debe ser la plasmación de su voluntad consciente, sino también culpable¹¹⁴. A través del principio de lesividad habremos de responder a la pregunta por el “menor ilícito penalmente significativo”¹¹⁵. El injusto cometido es preciso que suponga la manifestación de una decisión libre y responsable. En un Derecho penal orientado a la protección de los espacios

SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2010 (2ª ed.), pp. 424 y ss., 429-430. Ampliamente FERRAJOLI, *Derecho y razón*, 1997 (2ª ed.), p. 466, quien concibe el Derecho penal como instrumento de protección de los *derechos fundamentales* de los ciudadanos.

¹¹⁰ Cfr. FERRAJOLI, *ibidem*, pp. 463 y ss.

¹¹¹ Cfr. FERRAJOLI, *ibidem*. Para este autor, las garantías penales o sustanciales (principios mencionados) se corresponden con los elementos constitutivos del delito (requisitos mencionados).

¹¹² Cfr. FERRAJOLI, *ibidem*, pp. 466 y ss.

¹¹³ Cfr. FERRAJOLI, *ibidem*, pp. 487 y ss.

¹¹⁴ También en el sistema angloamericano, advierte ROBINSON (P.), *Structure and function*, 1997, p. 39, que en la sociedad actual las disposiciones legales reflejan el *interés político y el compromiso que asume la ley penal con la sociedad, al exigir no sólo la vulneración de las reglas objetivas de conducta imperantes sino también la culpabilidad del sujeto*, como las dos condiciones necesarias que hacen que una conducta sea penalmente relevante.

¹¹⁵ “La pregunta por el menor ilícito penalmente significativo es la pregunta por el mínimo común denominador, al que en última instancia, se pueden reducir todos los hechos punibles”. Cfr. BLOY, “Contenido de ilícito y punibilidad de la tentativa burdamente insensata”, *ADPCP*, 2005, p. 366. De la mano de este autor, puede concebirse que la “tentativa inidónea ascendería a prototipo de ilícito penal” (p. 367) bajo ciertos fundamentos vinculados a la teoría de la impresión, como lo es la perturbación a la paz jurídica, pero sólo en forma de ataque al bien jurídico (pp. 387, 397 y ss.). En contra de los fundamentos de la teoría de la impresión KÖHLER, *StrafR, AT*, 1997, p. 454. Para JAKOBS, *Dp, Pg*, 1997 (2ª ed.), p. 863, de forma más genérica: “dado que tanto tentativa como consumación suponen ataques a la validez de la norma, el autor de la tentativa, al igual que el de la consumación, debe poner de manifiesto que no se rige por la norma. Tal es el contenido mínimo del comportamiento punible”.

de libertad en el disfrute de los bienes jurídicos¹¹⁶, sólo es posible alcanzar legítimamente dicha finalidad a través de la prevención de conductas dirigidas a la lesión de tales bienes o a la afectación de las expectativas de disponibilidad de los mismos¹¹⁷. Ello supone reconocer un sentido amplio al principio de lesividad, esto es, no sólo como *protección de los bienes jurídicos*, sino también como *protección de las expectativas intersubjetivas sobre las condiciones de uso y goce de los bienes jurídicos*. Un planteamiento de esta naturaleza contempla de forma unificada los fundamentos material e inmaterial del castigo, sin la pretensión de espiritualizar el principio de lesividad¹¹⁸, convirtiendo, por ejemplo, los delitos de peligro en delitos de lesión a través de un proceso riguroso de abstracción del bien jurídico centrado en la idea de seguridad o espacios de libertad¹¹⁹, sino ofreciendo las

¹¹⁶ También FERRAJOLI, *Derecho y razón*, 1997 (2ª ed.), p. 467, dice que el principio de lesividad vincula al legislador a la máxima kantiana, según la cual la tarea del Derecho es la de hacer compatibles entre sí las libertades de cada uno.

¹¹⁷ A la vez, el Derecho penal como garantía para los ciudadanos de la esfera intangible de *libertad*, asegura que es punible sólo lo que está prohibido por la ley, y lo que no, es libre o está permitido. Cfr. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, 1997 (2ª ed.), pp. 36, *passim*.

¹¹⁸ Crítico con tal idea MOLINA FERNÁNDEZ, *El concepto de peligro*, 2008 (inédito), p. 24, con nota al pie 39. Para este autor los bienes jurídicos, por espiritualizados que estén, deben situarse en la tierra. En consecuencia, las acciones prohibidas lo son porque pueden tener efectos en la realidad, alterando estados de cosas. Quiero expresar mi gratitud al profesor MOLINA, quien amablemente me permitió consultar su monografía inédita sobre el concepto de peligro.

¹¹⁹ Reconoce que la percepción del peligro puede producir alarma, y con ello pérdidas de libertad en el disfrute del bien, aunque esto no se debe a un efecto del peligro, sino al efecto de la percepción del mismo, MOLINA FERNÁNDEZ, *El concepto de peligro*, 2008 (inédito), p. 120. De allí que este autor en la nota al pie 210, considere que la concepción de KINDHÄUSER sirve sólo para fundamentar la amenaza que genera el peligro, pero no el peligro en sí. Este último autor, concibe como objeto de protección en los delitos de peligro una especie de bien jurídico propio, cual es la disponibilidad del uso de los bienes jurídicos. Es decir, los delitos de peligro no tienen por objeto la protección de la indemnidad de los bienes jurídicos, sino la pretensión de garantizar una tranquila disposición personal sobre los mismos. Cfr. KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989, pp. 19, 279, 344 y ss., *passim*. Hasta donde alcanzo a comprender el fundamento de lesividad que propone este autor configuraría la dimensión de lesividad inmaterial aquí defendido. Acoge críticamente parte de la idea de KINDHÄUSER, matizando JAKOBS, “¿Qué protege el Derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?”, *CDJP*, 2001, p. 35, refiriéndose a la seguridad cognitiva como condición *sine qua non* para poder disfrutar de los bienes como propios [se percibe esta tendencia ya en *Sociedad, norma y persona*, 1996, pp. 45 y s.]. Véase, también la propuesta de CRAMER, que equipara la estructura de lesividad del delito de embriaguez plena como delito de peligro abstracto a la tentativa inidónea [con reparos en considerar la tentativa inidónea como un delito de peligro abstracto, KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989, pp. 248 y ss. También BLOY, “Contenido de ilícito y punibilidad de la tentativa burdamente insensata”, *ADPCP*, 2005, pp. 370-371]. Para aquel autor, el tipo de embriaguez plena se criminaliza no desde un resultado de lesión, sino desde la conducta típica cuyo significado se encuentra dirigido a perturbar la certeza de la existencia de un bien jurídico. Cfr. CRAMER, *Der Vollrauschtatbestand*, 1962, pp. 63 y ss., 65. Así, como lo entiende este autor, la punición de tales conductas no depende ya de un resultado sino más bien del “sentido social y del significado objetivo del comportamiento en relación al conjunto de bienes jurídicos” (pp. 62 y ss.). De interesante consideración también la monografía de KRATZSCH, para quien los delitos de peligro abstracto vendrían a ser la forma más básica de prevención de conductas lesivas de los bienes jurídicos. Este autor propone un modelo de

verdaderas razones de por qué han de castigarse no sólo aquellas conductas que nos resulten evidentes de castigo (delitos de lesión), sino también aquellas que “causan” determina conmoción social digna de réplica (tentativa idónea aparente¹²⁰)¹²¹. Con ello, una conceptualización amplia de este principio permite legitimar también el castigo de los comportamientos que afectan idóneamente los estados intangibles de la lesión, como lo son las expectativas de uso y disfrute de los bienes jurídicos¹²², porque cuando el autor “cree” que su conducta sería objetivamente peligrosa para el objeto jurídicamente tutelado, y lo es desde el punto de vista intersubjetivo, también ataca el bien jurídico¹²³. En este sentido, las normas de conducta a la vez que generan expectativas de comportamientos correctos no lesivos de los bienes jurídicos y generan, en contrapartida, expectativas de que el Estado

Derecho penal concebido como un “sistema de dirección y organización social de la conducta”, en donde todo tipo de amenaza de lesión a los bienes jurídicos debe ser contrarrestada por medio de un sistema de reglas (cuya base son los delitos de peligro abstracto) que no deje ninguna oportunidad a la intervención del azar. Cfr. KRATZSCH, *Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht*, 1985, pp. 119 y s., 284, 436 y ss. Sobre el planteamiento del problema de la legitimación de los delitos de peligro abstracto, en donde pueden leerse algunos de los fundamentos que hacen referencia a la lesividad inmaterial, véase MENDOZA BUERGO, “La configuración del injusto (objetivo) de los delitos de peligro abstracto”, *RDPC*, 2002, pp. 39 y ss.

¹²⁰ Sobre esta figura, véase *Capítulo Primero*, epígrafe *II.1.4.b.iii.b. Tentativa peligrosa ex ante y no peligrosa ex post*. Para BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Dp*, 1994 (4ª ed.), pp. 310, 427-428, la tentativa absolutamente inidónea (delito imposible, como el que confundiendo a un muñeco de cera con su enemigo le dispara a matar) vulnera el principio de lesividad como principio de garantía material del Derecho penal moderno.

¹²¹ También entiende que la punición de cualquier tipo de tentativa goza del mismo fundamento del que goza el delito consumado, cual es el principio de protección de bienes jurídicos, BLOY, “Contenido de ilícito y punibilidad de la tentativa burdamente insensata”, *ADPCP*, 2005, pp. 371-372.

¹²² KINDHÄUSER afirma que el daño que una persona puede sufrir no sólo reside en el menoscabo material del bien jurídico, sino también en el menoscabo de la posibilidad de disponer de forma segura de dicho bien. Cfr. KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989, pp. 189 y ss., 277 y ss. [también en *Derecho penal de la culpabilidad*, 1996, pp. 97 y ss.; “Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto”, en *Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*, 1995, p. 448]. Así, también la protección de las expectativas de disponibilidad queda en algunos planteamientos referida a la libertad y a la seguridad de los ciudadanos en el disfrute de sus bienes jurídicos, como un bien jurídico colectivo. Así SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal*, 1997, p. 131. Por su parte WOLTER, “Imputación objetiva y personal”, en *El sistema moderno del Dp*, 2012 (2ª ed.), pp. 123 y ss., refiere como un fin del Derecho penal la protección preventiva de los bienes jurídicos, sin aludir expresamente a la dimensión inmaterial, sino sólo de modo implícito, cuando explica el fundamento de la tentativa inidónea, en la perturbación a la paz jurídica. Desde un planteamiento subjetivista del ilícito, SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, 2005, pp. 96-97, sostiene una idea, a mi entender, similar a la lesividad inmaterial, al considerar suficiente como objeto de protección de las normas jurídicas, que la protección de los bienes jurídicos se alcance ya cuando el *valor* del bien jurídico fue *atacado*, sin necesidad de atender a si el *objeto* del bien jurídico fue *lesionado*. Crítico con posturas como la de KINDHÄUSER, por entender que se produce una abstracción inviable del bien jurídico, HORMAZÁBAL MALARÉE, “Consecuencias político-criminales”, *RD*, 2003, pp. 130-131, 134 (en contra de la punición de la tentativa inidónea y de la peligrosidad abstracta). También MOLINA FERNÁNDEZ, *El concepto de peligro*, 2008 (inédito), pp. 24, 120, notas al pie 39, 210.

¹²³ Cfr. BLOY, “Contenido de ilícito y punibilidad de la tentativa burdamente insensata”, *ADPCP*, 2005, p. 372. También la “*subjetivización de la peligrosidad*” afecta al bien jurídico.

reaccionará ante un ataque a los bienes jurídicos, así también generan como consecuencia expectativas de uso y disfrute de tales bienes jurídicos¹²⁴. Todas las expectativas sociales vinculadas a la integridad de una vida social pacífica se configuran exclusivamente desde una perspectiva cognitiva, como estados mentales intersubjetivos cuyo contenido proposicional se determina desde lo que se entiende *debe ser* la vida en sociedad: los titulares de bienes jurídicos, usar y disfrutar de sus bienes, los autores potenciales, comportarse según las normas y, el Estado, actuar conforme se produce un delito. Cuando el contenido de la proposición de las expectativas no se satisface (a diferencia de las creencias, que si no son satisfechas es porque son falsas y no verdaderas) éstas se frustran. De un modo similar, tanto las expectativas como las creencias cuentan con condiciones de satisfacción que provienen de lo objetivo¹²⁵. Se podrá satisfacer una expectativa de disfrutar de los bienes jurídicos sólo en la medida en que la condición de respeto por los bienes jurídicos se dé en los hechos¹²⁶, así como se podrá satisfacer la creencia de que la nieve es blanca sólo en la medida que la nieve sea blanca. El sujeto que cuenta con la expectativa de disfrute de sus bienes jurídicos no se equivoca si alguien atenta contra su patrimonio o su vida, a diferencia de si cree que su patrimonio es intocable o su vida inviolable, porque mientras que las primeras cuentan con condiciones de objetividad (basado en las normas), la segunda es sólo subjetiva (basado en el querer)¹²⁷. En definitiva, las normas pueden sólo asegurar las expectativas de que todo funcione correctamente, pero no pueden asegurar que así será de hecho; pueden asegurar que uno puede disfrutar de su patrimonio libremente y que las normas nos protegen, pero no pueden asegurar que no se cometerán delitos¹²⁸.

¹²⁴ Sobre el ataque a la pretensión de validez que surge de los bienes jurídicos, NIEPOTH, *Der untaugliche Versuch*, 1994, pp. 119 y ss.

¹²⁵ En la filosofía searleana y hildebrandiana las expectativas son definidas como estados intencionales que tienen por objeto algo futuro. Así SEARLE, *Intencionalidad*, 1992, pp. 45, 91, señala que las expectativas, como creencias sobre algo futuro, se satisfacen si y sólo si el estado de cosas representado por el contenido de la creencia realmente se da (lo mismo que en la intención, que se satisface si y sólo si la acción representada por el contenido de la intención se realiza realmente). Por su parte, VON HILDEBRAND, *Ética*, 1997, pp. 195 y ss., concibe las expectativas como respuestas teóricas (cognitiva), cuyo contenido está relacionado con la existencia de una realidad objetiva determinada.

¹²⁶ Cfr. JAKOBS, “¿Qué protege el Derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?”, *CDJP*, 2001, p. 26: “desde el punto de vista del derecho penal, el bien aparece exclusivamente como pretensión del titular de que éste sea respetado, dicho de otro modo, (...) el bien (...) ha de representarse como norma, como expectativa garantizada”.

¹²⁷ A diferencia de las creencias, las expectativas al ser intersubjetivas, uno tiene derecho a tenerlas, pero no a modificarlas. Es decir, si un sujeto renuncia a tener expectativas (individuales) de que el resto de la sociedad cumplirá las normas, no por ello las expectativas desaparecerán o se modificarán para el resto de la sociedad.

¹²⁸ De esta idea LUHMANN, *Rechtssoziologie*, 1987, pp. 33, 42-43, *passim*, para quien el Ordenamiento Jurídico no puede garantizar la ausencia de lesiones a los bienes jurídicos, si no tan sólo, las expectativas de sus titulares

2.a. El efecto de lesión en las expectativas de uso y disfrute de los bienes jurídicos es diferente al efecto de lesión en la materialidad del bien jurídico no sólo en el plano factual sino también en la dimensión expresiva de la lesión¹²⁹. Desde lo factual (intangibles) las expectativas de uso y disfrute pueden quebrantarse en el *ex ante*, en el momento en que el sujeto realiza la conducta peligrosa para el bien jurídico, pero, según de qué conducta peligrosa se trate, pueden restablecerse inmediatamente en el *ex post* (y ello no significa que decaiga la necesidad de pena, sino sólo que se atenúe). Por ejemplo, en la tentativa idónea aparente o peligrosa *ex ante* no resultativa *ex post*¹³⁰, pasado el hecho, las expectativas de uso y disfrute se restablecerán con mayor facilidad que ante una tentativa idónea o un delito consumado¹³¹. Por el contrario, la materialidad lesionada del bien jurídico no es susceptible siempre de restablecerse en el *ex post*. Así, cuando un bien jurídico se lesiona materialmente, este bien jurídico puede perder toda su materialidad (en el homicidio, el bien jurídico vida de la víctima desaparece) o quedar afectado definitivamente (en el delito de daños la destrucción parcial de la cosa). En cuanto a la dimensión expresiva, la lesión inmaterial de las expectativas de uso y disfrute de los bienes jurídicos es menos intensa que la lesión material en el caso particular (seguramente, la víctima sufrirá más por la lesión material que por la inmaterial), pero sucede lo inverso a nivel social. Debido a su mayor efecto expansivo, la lesión inmaterial cala de forma más intensa en el resto de los participantes de la sociedad, que la lesión material. Aún cuando para la sociedad lo empíricamente percibido por los sentidos, como una agresión sexual a la víctima, sea procesado mentalmente de un modo mucho más rápido y fácilmente, produciendo un efecto reivindicador permanente que lo hace expresivamente más intenso que la afectación a las expectativas de uso y disfrute de los bienes jurídicos de la misma víctima, ello no impide que sus expectativas de uso y disfrute no se vean afectadas con la misma intensidad que la lesión material que ha sufrido la víctima. Y con esto el efecto expansivo de la afectación a las expectativas de disponibilidad de los bienes jurídicos puede hacer cuantitativamente más gravosa la lesión inmaterial en la sociedad, que la material. Ciertamente, la dimensión expresiva será más intensa en los casos de lesiones materiales que en las lesiones inmateriales, como la tentativa idónea aparente realizada contra la víctima. Por otro lado, no ha de confundirse el fundamento inmaterial del castigo con la dimensión expresiva del mismo, que se

a que el infractor sea castigado y al restablecimiento de la paz jurídica. También JAKOBS, “¿Qué protege el Derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?”, *CDJP*, 2001, pp. 24-25.

¹²⁹ El principio de lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos no se opone a definir la lesividad del injusto penal también en términos de expresividad. Cfr. RAGUÉS I VALLÈS, *La ignorancia deliberada*, 2007, p. 178.

¹³⁰ Se trata de una peligrosidad *ex ante* (porque hay lesividad expresiva y material), y no resultativa *ex post* (porque la lesividad expresiva, esto es, de las expectativas se restablece, y no hay lesividad material). Desde una concepción fuerte de la garantía de la lesividad, FERRAJOLI, *Derecho y razón*, 1997 (2ª ed.), p. 474, en concordancia con el CPit. determina el no castigo de los actos con inidoneidad de acción, o con inexistencia de objeto [art. 49: La punibilità è altresì esclusa quando, per la inidoneità dell'azione o per l'inesistenza dell'oggetto di essa, è impossibile l'evento dannoso o pericoloso].

¹³¹ Esto supone la siguiente premisa: las expectativas de uso y disfrute siempre se restablecen, porque necesitamos volver a confiar. Todos los planteamientos dogmáticos versan sobre la función de la norma en la necesidad de asegurar la confianza social en ellas a través del castigo, pero todos olvidan que esa necesidad de asegurar la confianza en las normas se reconduce a una necesidad antropológica de confiar los unos en los otros para la pervivencia de la subsistencia social, que se canaliza a través del Derecho y su regulación de las conductas.

materializa tanto en un castigo más severo del resultado frente al peligro¹³², como del dolo en relación con la imprudencia. La dimensión expresiva del castigo hace referencia al contenido comunicativo de desvalor de la pena en proporción al desvalor comunicativo del delito.

3. Ahora, en cuanto al principio de culpabilidad (*nulla poena sine culpa*¹³³)¹³⁴, éste está llamado a corresponderse con el elemento subjetivo o psicológico del delito¹³⁵, con la

¹³² Para MIR PUIG, *Función de la pena*, 1982 (2ª ed.), p. 66, el mayor castigo en los casos de producción del resultado se debe a que ha quedado demostrado que “la producción de un resultado lesivo constituye una prueba, a veces la única segura, sobre la peligrosidad que entrañaba la realización de la acción que lo ha causado, (...) mientras que la que de hecho no causa resultado lesivo alguno, no es seguro que fuera tan peligrosa (...)”. Por su parte FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988, pp. 516 y ss., señala que los delitos de resultado cuentan con una mayor necesidad de restablecimiento de la paz jurídica y de reforzamiento de la pretensión de validez de la norma jurídica, por eso, la agravación de la medida de la pena. Esto es así, porque tanto el efecto perturbador de la paz jurídica, como el quebrantamiento de la norma, en los delitos de resultado suele ser mayor que el de los delitos sin resultado. Similarmente JAKOBS, “Erfolgsunwert und Rationalität”, en *FS für Samson*, 2010, pp. 43 y ss. A mi entender, el planteamiento de estos autores resulta acertado, pero se echa en falta el fundamento del porqué se entiende que el resultado produce una mayor perturbación de la paz jurídica y un mayor quebrantamiento de la norma. Crítico con el mayor castigo del resultado, SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, 2005, pp. 68 y ss. Antes ya STÜBEL, “Ueber gefährliche Handlungen”, *NAC*, 1826, p. 312, en relación con el resultado ocasionado por la acción imprudente. Recientemente, ofrece una fundamentación matizada del mayor rigor de la pena en los delitos consumados, SILVA SÁNCHEZ, “El resultado”, *InDret Penal*, 2013, p. 2: “El mayor castigo del hecho si se produce un resultado se debe a razones de necesidad y no de merecimiento de pena. Ahora bien, para que esta idea general no conduzca a sostener la existencia de penas trascendentes a lo merecido, es preciso sentar una premisa fundamental. A saber, que el merecimiento de toda la pena correspondiente al delito ya se halla en la conducta de tentativa acabada; y que la no-producción del resultado permite atenuar dicha pena por razones de no plena necesidad. Ergo: La pena de la consumación (producción del resultado) expresa el merecimiento pleno de pena que es propio de la conducta de tentativa acabada y su plena subsistencia por razones de necesidad. En cambio, la pena de la tentativa acabada (no producción del resultado) expresa el merecimiento pleno propio de la tentativa acabada así como una menor necesidad de pena. Consumación y tentativa se distinguen por razones de necesidad de pena, que radican en el ámbito de la norma secundaria”. Hasta donde alcanzo a entender, esta idea se encuentra presente ya en la teoría del ilícito personal de ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgsunwert*, 1973, pp. 200 y ss., 207 y ss., para quien el “merecimiento de pena de la tentativa acabada sería idéntico al del delito consumado, (...), la necesidad de pena del delito tentado podría ser menor que la del delito consumado”. Cfr. la cita en SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, 2005, p. 40, quien asume las premisas de este autor, pero cuestionando la razón del mayor castigo (necesidad de pena) del delito consumado (pp. 41, 115 y ss., *passim*).

¹³³ “No hay pena sin culpa” (= *keine Strafe ohne Schuld; nessuna pena senza colpa*). En Alemania se emplean indistintamente las expresiones *Schuldgrundsatz*, *Schuldprinzip* y *Verschuldensprinzip*. Sobre este principio ROXIN, *StrafR, AT*, 2006 (4ª ed.), § 5, nm. 24, p. 148 [1997, p. 146]; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch, AT*, 1996 (5ª ed.), § 4, punto I.1, p. 23 [2002, p. 25]. En España LUZÓN PEÑA, *Curso de Dp, Pg*, 1996, pp. 535 y ss. Sobre el principio de culpabilidad y los principios derivados de este (de personalidad de las penas, de responsabilidad por el hecho, de dolo o culpa y de imputación personal), véase MIR PUIG, *Dp, Pg*, 2011 (9ª ed.), pp. 123-127.

¹³⁴ Así como en el sistema continental se distingue entre la culpabilidad como categoría del delito y el principio de culpabilidad como criterio rector de la responsabilidad penal, así también, en el sistema angloamericano se distingue entre la *mens rea* como elemento subjetivo o interno de la ofensa y el denominado principio de la *mens rea*, como uno de los criterios pilares que rigen en materia de responsabilidad penal. El principio de la *mens rea* significa que nadie puede ser inculpado ni castigado sin que se pruebe (más allá de

decisión antijurídica manifestada de un sujeto; porque ningún hecho o comportamiento humano es valorado como acción si no es fruto de una decisión consciente y voluntaria de un sujeto capaz de comprender y querer¹³⁶. Tres son las condiciones subjetivas de responsabilidad en un modelo penal garantista¹³⁷: (a) la personalidad (o *suidad*) de la acción, que permite la adscripción material del delito al sujeto, esto es, la relación de causalidad entre la decisión y la acción emprendida, a diferencia de la causalidad objetiva entre acción y resultado; (b) la imputabilidad o capacidad penal, que designa una condición psico-física del sujeto, consistente en su capacidad individual de comprender y querer; y (c) la intencionalidad o culpabilidad en sentido estricto, que se refiere a la consciencia y voluntad del delito en concreto, como el dolo o la culpa. Esta última condición presupone las dos primeras, de allí que cuando se emplea culpabilidad en sentido amplio, quedan incluidos las tres condiciones mencionadas¹³⁸. Aplicado a la teoría del delito, el principio de culpabilidad es graduable y transversal, pues se manifiesta en cada una de sus categorías¹³⁹. En un primer aspecto, se refiere al “principio (o subprincipio) del acto voluntario”, luego al “principio del dolo o la culpa” y, finalmente, al juicio de reproche o exigibilidad de obrar conforme a derecho¹⁴⁰. El principio de culpabilidad acompaña siempre al sujeto, en cuanto garantía del ciudadano en un Estado social de Derecho¹⁴¹. Del principio de culpabilidad o

cualquier duda razonable) la concurrencia del estado mental exigido por el delito. Véase COLE/SMITH (C.), *The american system*, 2007, pp. 119-120; GARDNER/JUNG, “Making sense of mens rea”, *OJLS*, 1991, pp. 559, 567, *passim*; HALL (J.), *General principles of criminal Law*, 2005 (2ª ed.), pp. 70 y ss. Excepcionalmente, se encuentra la expresión *principle of culpability* en BAYLES, *Principles of law*, 1987, pp. 300, 371. SAFFERLING, *Vorsatz und Schuld*, 2008, pp. 481-482, equipara la máxima latina *actus non sit reus nisi mens sit rea* al principio del *keine Strafe ohne Schuld*, pero no así la *mens rea* al *Schuldprinzip*. Traducen *Schuldprinzip* por *principle of guilt*, FOSTER/SULE, *German legal system and laws*, 2010, p. 340.

¹³⁵ Cfr. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, 1997 (2ª ed.), pp. 487 y ss.

¹³⁶ Cfr. FERRAJOLI, *ibidem*.

¹³⁷ Sobre estas tres condiciones FERRAJOLI, *ibidem*, pp. 490 y ss.

¹³⁸ Cfr. FERRAJOLI, *ibidem*.

¹³⁹ También llamadas las *consecuencias limitadoras* o *garantías* del principio de culpabilidad: la exigencia de dolo o culpa (que excluye la responsabilidad objetiva); la necesidad de que la pena se contraiga al hecho propio (individualización del castigo); la necesidad de tener en cuenta la situación concreta en que se hallaba el autor al cometer el delito y exigencia de que la pena sea proporcionada a la entidad culpable de la actuación del autor (equilibrio entre el castigo y el injusto). Con detalles QUINTERO OLIVARES, *Pg del Dp*, 2010, p. 78.

¹⁴⁰ JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch, AT*, 1996 (5ª ed.), § 4, punto I, p. 23 [2002, p. 25]; § 37, punto I.1, p. 407 [2002, p. 437], entienden que el principio de culpabilidad tiene como presupuesto lógico la libertad de decisión de la persona (“*Der Schuldgrundsatz hat die Entscheidungsfreiheit des Menschen zur logischen Voraussetzung*”).

¹⁴¹ Sobre la fórmula Estado social y democrático de Derecho en nuestro sistema jurídico, por todos MIR PUIG, *Función de la pena*, 1982 (2ª ed.), pp. 21 y ss., *passim* [resumidamente en *Dp, Pg*, 2011 (9ª ed.), pp. 104 y ss.]. En el sistema continental el principio de culpabilidad se encuentra consagrado en los códigos penales o implícitamente en las constituciones. En Alemania la Constitución no reconoce de forma expresa la vigencia de

de responsabilidad subjetiva se deriva que un sujeto puede ser penalmente responsable sólo de los sucesos o consecuencias derivados de su comportamiento que podría y debería haber evitado. Con ello, 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. El juicio de imputación subjetiva se refiere justamente a esto. La responsabilidad individual queda circunscrita a las capacidades individuales del agente, que son analíticamente examinadas en un determinado orden. En primer lugar, la llamada capacidad de acción (volición y conocimiento) y en segundo lugar, la llamada capacidad de motivación¹⁴².

3.a. Entre otros menesteres, el principio de culpabilidad tiene que lidiar con la “prohibición de reificación”, que explico en el *Capítulo Cuarto*¹⁴³, y no sólo en el ámbito de la norma y de la imputación, sino también en el de la aplicación de la pena. A modo de ejemplo, en el campo de la imputación actualmente se da una cierta instrumentalización del sujeto, infringiendo la garantía de culpabilidad cuando se procede a una aplicación desmesurada de la doctrina de la ignorancia deliberada. Se da una cierta instrumentalización del sujeto, no sólo por los excesos en los que incurren los jueces cuando imputan dolo ante el desconocimiento, con efectos preventivos, sino también cuando imputan sólo sobre la base de un conocimiento general. En verdad, con la ignorancia deliberada no se le reprocha al sujeto el no haber sabido cuando debía saber, sino que se le imputa dolo para prevenir determinado tipo de delitos. Con este modelo de imputación el Estado infringe el deber primario de respeto y reconocimiento que le debe al ciudadano, olvidando la esencial función del principio de culpabilidad. Como bien lo señala JAKOBS, el principio de culpabilidad garantiza dos cosas. En primer lugar, que el hecho no debe interpretarse como casualidad del destino, sino como obra de una persona y, en segundo lugar, que esta persona es competente para intervenir en asuntos públicos¹⁴⁴. Pero, a ello ha de añadirse lo siguiente: el hecho tampoco debe interpretarse como puro

este principio, pero el Tribunal Constitucional (y la doctrina más cualificada) lo deriva de los principios generales del Estado de derecho material, así como de la obligación de respetar la dignidad humana. Cfr. BAUMANN/WEBER/MITSCH, *StrafR, AT*, 2003 (11ª ed.), § 18, nm. 2, p. 429; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch, AT*, 1996 (5ª ed.), § 4, punto I.1, p. 23 [2002, p. 25]. En España la doctrina y el Tribunal Constitucional tiene dicho que la Constitución española reconoce el principio de culpabilidad, de forma subrepticia, en el principio de legalidad del art. 25 y es expresamente formulado en el art. 5 del CPes. Para detalles de la previsión del principio de culpabilidad en la letra de la CE, BACIGALUPO ZAPATER, “¿Tienen rango constitucional las consecuencias del principio de culpabilidad?”, *LL*, 1982, pp. 940 y ss. Se dice que el art. 5 del CPes. contiene el principio de culpabilidad para, VIVES ANTÓN, “Art. 5”, en *Comentarios*, 1996, pp. 60-61. En sentido contrario GÓMEZ TOMILLO, “Art. 5”, en *Comentarios*, 2010, p. 68, para quien el art. 5 sólo contiene una de las manifestaciones del principio de culpabilidad, denominado principio de imputación subjetiva que él prefiere denominar principio de responsabilidad subjetiva o de desvalor (subjetivo) de la acción. Sobre las plasmaciones del principio de culpabilidad en la normativa europea, refiriéndose especialmente al principio de proporcionalidad entre delito y pena, ARROYO ZAPATERO, “El principio de culpabilidad”, *RP*, 1999, pp. 5-10.

¹⁴² En sentido similar KINDHÄUSER, “Imputación objetiva y subjetiva”, *ADPCP*, 2006, pp. 63 y ss.

¹⁴³ En especial, en el epígrafe *II.IV.2.d. Dimensión de sentido del juicio de imputación: el reconocimiento*.

¹⁴⁴ Cfr. JAKOBS, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, 2003, p. 50.

decisionismo de prevención general (porque ésta termina siendo, a fin de cuentas, una versión refinada del adiestramiento).

I.3. PERSONA Y RESPONSABILIDAD

1. En todo modelo explicativo del proceso de asignación de responsabilidad de un hecho a un sujeto es necesaria la toma de partido sobre una serie de conceptos, que explican dicho proceso. Así, sin pretensiones de exhaustividad y con el solo objetivo de facilitar la interpretación de la propuesta realizada en este trabajo, me referiré en primer término al concepto de *persona*, luego a los de *libertad* y *deber*, para finalizar con los de *responsabilidad* e *imputación*. La secuencia ordinal entre estos conceptos se fundamenta en el siguiente razonamiento: *grosso modo* el Derecho penal mueve su eje sobre las personas, porque busca regular el comportamiento de personas, proteger a personas y castigar a personas, de modo tal que parece acertado comenzar por el concepto de persona. De inmediato, me ocupo de la libertad porque, sin duda, ésta es la condición sin la cual no puede continuar hablándose de lo que sigue: deber, responsabilidad e imputación¹⁴⁵. El orden entre estos tres últimos conceptos se explica, a su vez, por sí mismo. Antes de comenzar con cada una de las definiciones, resulta oportuno recordar, como lo puse de manifiesto al inicio de este capítulo, que hay conceptos que en Derecho penal precisan de la fundamentación de otras disciplinas, como la filosofía, si no se quiere caer en conceptos vacuos de sentido¹⁴⁶ y extraer conclusiones desligadas de la realidad que se pretende regular: la realidad social entre personas.

2. La consideración del ser humano como persona es lo que SILVA SÁNCHEZ señala como el principio valorativo rector, siendo la “piedra angular”¹⁴⁷, que todo Ordenamiento Jurídico

¹⁴⁵ También DÍAZ PALOS, *Teoría general de la imputabilidad*, 1965, p. 60: “La prueba moral de la libertad se enlaza con la idea del *deber*, pues éste sin la libertad humana carece de sentido (...) Es evidente que la responsabilidad por nuestros actos sólo es posible si somos libres”. Sobre la afinidad de los conceptos de imputación y responsabilidad (culpabilidad, acción y causalidad), MOLINA FERNÁNDEZ, *Responsabilidad jurídica y libertad*, 2002, pp. 27 y ss.

¹⁴⁶ Similar apreciación en DÍAZ PALOS, *ibidem*, p. 47.

¹⁴⁷ Así SCHÜNEMANN, *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*, 1996, p. 12, en referencia a WÜRTEMBERGER, para quien era la personalidad humana (individual) que en su dignidad y responsabilidad debía ser la piedra angular tanto del ordenamiento de bienes jurídicos del Derecho penal como del sistema de sanciones de éste.

debe necesariamente acoger¹⁴⁸. El concepto de persona en Derecho penal ha de ser concebido desde tres principios o valores antropológicos: (1) la *dignitas humanae substantiae*, como valor ontológico¹⁴⁹ de la persona al cual no se le contrapone ningún desvalor¹⁵⁰; (2) la autonomía ética del ser humano¹⁵¹; y (3) la naturaleza social de la persona, en el sentido común de la expresión, por cuanto el ser humano alcanza su plena realización como persona cuando se encuentra en sociedad¹⁵². Desde estas premisas se han de contemplar las dos dimensiones de la persona que ha de reconocer el Derecho penal: una primera dimensión que hace referencia a la persona a los efectos de la imputación de la responsabilidad penal y del castigo, y que es el concepto de persona que se sostiene, por ejemplo, desde la doctrina kantiana¹⁵³; y una segunda dimensión que hace referencia a la persona a los efectos de la protección¹⁵⁴. En la línea de lo comentado con anterioridad, el

¹⁴⁸ Para este autor el concepto de persona ha de constituir el marco infranqueable dentro del cual ha de moverse toda construcción jurídico-penal. Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2010 (2ª ed.), p. 218. El concepto de persona sería para este autor la única posibilidad de introducir un límite externo proveniente del Derecho natural a la construcción del modelo dogmático (la ontología de la persona como “ser digno”, que para acceder a ella se precisará de la epistemología), § 2.4, pp. 283-284. En todo el texto de este trabajo entiendo el Derecho natural como el derivado de la naturaleza humana. Sobre este concepto HERNÁNDEZ MARÍN, *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, 2002 (2ª ed.), pp. 79 y ss.

¹⁴⁹ Cfr. VON HILDEBRAND, *Ética*, 1997, pp. 134 y ss., 141. En la ética fenomenológica de los valores de este filósofo, los valores ontológicos (como el valor de un ser vivo, del hombre, de un ángel) no deben confundirse con los valores cualitativos (como los morales, los intelectuales, los estéticos). El valor ontológico es immanente al ser, el valor cualitativo es trascendente al ser.

¹⁵⁰ Cfr. VON HILDEBRAND, *Ética*, 1997, p. 135. La principal diferencia entre los valores ontológicos y los valores cualitativos es que, en la esfera de los valores cualitativos es posible encontrar una contrapartida, esto es un desvalor (a cada valor positivo, como la justicia, se contrapone un valor negativo, como la injusticia); en donde los desvalores no son lo mismo que la ausencia de un valor positivo. Pero, al eminente valor del ser humano, como valor ontológico, no se le contrapone ningún desvalor. En todo caso el ser impersonal no posee un carácter negativo; sólo afirmamos la inexistencia del valor, sin considerarlo un desvalor. En conclusión, no existe ningún ser real con un valor negativo o desvalor que sea lo opuesto al valor de la persona humana como tal. Permítaseme una observación: el desvalor indignidad humana sería sólo un desvalor aplicable a formas de actuar o proceder, pero no al ser de las personas. Así, quien comete un delito actúa indignamente en contra de la víctima, y en este sentido se lo puede considerar indigno de reconocimiento o de valor, pero no en cuanto a su cualidad de persona, sino en cuanto al hecho por él realizado (aunque sea el más atroz de todos los hechos delictivos).

¹⁵¹ Sobre lo permanente y universal del principio de la autonomía ética de la persona, WELZEL, *Más allá del Derecho natural*, 2013, *passim*.

¹⁵² Sobre el pensamiento hildebrandiano, YANGUAS, *La intención fundamental*, 1994, pp. 21, 23: aun cuando el ser humano es un “mundo para sí” (*Welt für sich*), su plena realización como tal se encuentra en la sociedad, esto es, en la comunión con las otras personas.

¹⁵³ Cfr. KANT, *La metafísica de las costumbres*, 1989, p. 30: “Persona es el sujeto, cuyas acciones son imputables”.

¹⁵⁴ Sobre las diferencias entre persona a efectos de responsabilidad y persona a efectos de protección, véase SILVA SÁNCHEZ, “Los indeseados como enemigos”, *RECPC*, 2007, pp. 10-11; PÉREZ DEL VALLE, *La protección*

Derecho penal concebido desde sus fines de garantía y prevención necesariamente ha de abarcar las dos dimensiones del concepto de persona¹⁵⁵. La persona como objeto de protección no sólo ha de ser entendida de cara a las víctimas concretas y las víctimas potenciales, sino también en relación con los autores concretos y los autores potenciales. Así, también inversamente, la persona como objeto de imputación no sólo ha de ser concebida en cuanto a los autores del hecho, sino también en cuanto a las víctimas, que responsablemente hayan “intervenido” en la realización del delito.

3. El concepto de persona ha de ser un concepto óntico-normativo, entendiendo al ser humano como un sujeto portador de derechos (algunos inalienables)¹⁵⁶ y deberes, mediado por lo social, pero concebido sobre su dignidad y autonomía¹⁵⁷. Un concepto de esta índole, indudablemente, excluye una concepción despersonalizada del individuo entendido como un mero constructo social, desprovisto de toda naturaleza. En esta última línea se enmarca el pensamiento jakobsiano, que al respecto sostiene lo siguiente: “ser persona significa tener que representar un papel. Persona es la máscara, es decir, precisamente no es la expresión de la subjetividad de su portador, sino que es representación de una competencia socialmente comprensible”¹⁵⁸; en otras palabras, la persona no sería algo dado por la naturaleza, sino una construcción social, de manera que, la persona sería algo distinto al ser humano¹⁵⁹. A mi entender no es aconsejable que el concepto de persona se distancie

de la vida humana, 2004, pp. 41 y ss., quien señala que el “sujeto protegido” por el Derecho no tiene por qué coincidir con la “persona” que tiene capacidad jurídica.

¹⁵⁵ Esto sobre todo teniendo en cuenta que “una persona humana no puede poseer su valor ontológico en un grado superior a otra. Dentro de un valor ontológico específico no hay grados, no hay más o menos”. Cfr. VON HILDEBRAND, *Ética*, 1997, p. 138. De allí que no es factible sostener que la dignidad se encuentra en una persona más que en otra (p. 139). Incluso en el caso de un idiota no podemos afirmar que posee un valor ontológico menor que el de una persona normal (p. 140). En todo caso, la diferencia estribará en la diferencia entre potencia y acto de sus facultades, pero no en una diferenciación del valor ontológico (p. 140). En filosofía social HONNETH, desde la concepción kantiana, realiza una similar distinción entre el debido respeto a la persona en su calidad de tal, y la valoración social que tal persona posee en la sociedad. Lo primero pertenece a todos por igual, a diferencia de lo segundo, que puede variar según lo que la sociedad experimente como significativo. Cfr. HONNETH, *La lucha por el reconocimiento*, 1997, pp. 137 y ss., *passim*.

¹⁵⁶ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2010 (2ª ed.), p. 218.

¹⁵⁷ Desde la filosofía hildebrandiana, YANGUAS señala que cuando se quiere interpretar a la persona humana desde un modelo que sólo tiene validez en el mundo “a-personal” se obtiene una comprensión insuficiente de la propia naturaleza humana. Cfr. YANGUAS, *La intención fundamental*, 1994, p. 21.

¹⁵⁸ Cfr. JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, 1996, pp. 50-51. Esto se explica cuando este autor opone la “persona” al “individuo”. En este sentido, persona es el centro de imputación de expectativas sociales, mientras que sujeto es el sistema psico-físico situado en el entorno del sistema social. Cfr. JAKOBS, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, 2003, pp. 18 y ss.

¹⁵⁹ Cfr. JAKOBS, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, 2003, pp. 20, 21.

totalmente de la onticidad del ser humano, de su natural subjetividad, por dos motivos: en primer lugar, porque la dignidad humana opera como un límite negativo a toda clase de intervención del Estado en las esferas personales (imputación y castigo) y, en segundo lugar, porque será necesariamente la autonomía individual desde la cual se habrá de fundamentar la imputación de responsabilidad y la imposición del castigo. En una concepción, que concibe las normas jurídicas como el instrumento de diálogo entre los sujetos miembros de la sociedad, se hace ineludible el principio de la autonomía individual o, lo que es lo mismo, de la capacidad personal de autodeterminarse desde la racionalidad valorativa a obrar en un sentido u en otro para mantener en niveles óptimos los lazos de reconocimiento recíproco¹⁶⁰. Por lo demás, sólo una concepción así permite que en caso de delito, el juicio de imputación sea fiel reflejo de la autonomía subjetiva¹⁶¹. Pero, en consonancia con el aspecto individual, se encuentra lo social. Un concepto de persona mediado por lo social se manifiesta tanto en el nivel de las normas de comportamiento, como en el juicio de imputación. En el plano deóntico lo social de la norma de comportamiento viene dado por la idea de la solidaridad¹⁶²; en el juicio de imputación lo social viene dado por el grado de participación de *esta dimensión* en el delito¹⁶³, impidiendo que la persona, al encontrarse indefectiblemente mediada y condicionada por lo social, haya de responder con todo el peso de una responsabilidad que no es fiel reflejo de su exclusiva subjetividad¹⁶⁴. Por eso, se es persona porque se es sujeto de dignidad y de autonomía, en

¹⁶⁰ Para el ejercicio y mantenimiento del reconocimiento recíproco se hace necesario un concepto de persona basado en la regla de la racionalidad valorativa, y no en cambio, un concepto de persona alusivo al individuo egoísta que obra según la regla de la racionalidad instrumental. Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2010 (2ª ed.), pp. 48-49 (§ 1.2) [este autor había negado la naturaleza racional instrumental del delincuente, sosteniendo en contrapartida, la naturaleza racional valorativa, también en “Eficiencia y Derecho penal”, *ADPCP*, 1996, p. 105, nota al pie 61].

¹⁶¹ En el enfrentamiento entre una teoría del delito como teoría de la infracción personal de la directiva de conducta, y una teoría del delito como teoría de la imputación de la defraudación de una expectativa social de conducta, se encuentra ya el dilema entre “persona existente” y “persona construida”. Sobre esto, lo advierte SILVA SÁNCHEZ, *Normas y acciones*, 2003, p. 33 con notas al pie 45 y 46, y p. 37 con nota al pie 55.

¹⁶² De esta idea de persona que combina la perspectiva liberal de la política criminal con la de signo comunitarista, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2010 (2ª ed.), pp. 48-49 (§ 1.2). Este autor señala que no se es persona sin referencia a la comunidad y, por eso mismo, sin referencia a la solidaridad; lo que significa que hay que concebir la comunidad como un “nosotros” y no como un conjunto de “yos” cuya libertad se ve limitada por “los otros”.

¹⁶³ Sobre la corresponsabilidad social, SILVA SÁNCHEZ, “El delito: ¿responsabilidad individual o responsabilidad social?”, *Iter Criminis*, 2002, pp. 93 y ss. [también esta idea en *Aproximación*, 2010 (2ª ed.), pp. 48-49 (§ 1.2)].

¹⁶⁴ En la medida en que la sociedad nos debilita como individuos, porque nos demanda contemplar al otro, ella misma ha de observarnos de modo personalizado cuando nos equivocamos, porque en nuestro actuar junto a la

donde lo social es una condición de desarrollo y de realización personal junto a sus semejantes, pero nunca el presupuesto desde el cual concebir la persona en cuanto tal. Ciertamente, en todo caso, sólo respecto de las personas imputables se podrá desvalorar el sentido socio-comunicativo de su comportamiento, ya sea entendido éste como un déficit de fidelidad al Derecho¹⁶⁵, un déficit en la lealtad comunicativa¹⁶⁶ o como lo concibo en este trabajo: un quebrantamiento al debido reconocimiento intersubjetivo¹⁶⁷. Las relaciones de reconocimiento recíproco a nivel social constituyen el presupuesto necesario de la integridad del ser humano, de la dignidad humana¹⁶⁸. No sería concebible una sociedad donde las premisas de la dignidad y la autonomía de la persona estuvieran desconectadas de lo social, de modo que el enlace de validez entre cada una de las dignidades y autonomías personales ha de residir en un mutuo reconocimiento como tales. Por tanto, a diferencia de las relaciones primarias (íntimas), las relaciones jurídico-sociales se configuran por

subjetividad individual se encuentra la subjetividad social. Esta idea se encuentra en la premisa antropológica de ROUSSEAU, *Emilio*, 1998, pp. 111.

¹⁶⁵ En el modelo funcionalista de JAKOBS es el criterio de la fidelidad al Derecho el que opera como eje desde el cual se construyen los conceptos (persona, dolo, culpabilidad). Cfr. JAKOBS, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, 2003, pp. 11, *passim*. PAWLIK, *Person*, 2004, pp. 84 y ss., entiende de que en un Estado secularizado no ha de imponerse el deber de lealtad al Derecho. Así, también, desde el principio de neutralidad ideológica del Derecho penal como fundamento de la responsabilidad, FEJOO SÁNCHEZ, *La pena como institución jurídica*, 2014, pp. 265 y ss.

¹⁶⁶ Para KINDHÄUSER el concepto de lealtad comunicativa se erige como elemento central del concepto de persona jurídica. Cfr. KINDHÄUSER, *Derecho penal de la culpabilidad*, 1996, p. 53, “la prohibición de la inobservancia desleal de la autonomía comunicativa de otros es la norma básica del Derecho (...) La lealtad es una experiencia básica de esa forma de vida, la cual se presupone recíproca e incidentalmente en cada acuerdo de los participantes”.

¹⁶⁷ Sobre la teoría del reconocimiento recíproco desde la escuela de la tercera generación de la teoría crítica frankfurtiana, HONNETH, *La lucha por el reconocimiento*, 1997, pp. 90 y ss., quien explica su teoría del reconocimiento desde la doctrina hegeliana del reconocimiento y la psicología social de MEAD. También HONNETH, “Entre Aristóteles y Kant”, *LOGOS*, 1998, p. 24, en donde sostiene que el reconocimiento jurídico de HEGEL debía contener lo que más o menos KANT entendía por respeto moral. Así, HONNETH le atribuye carácter universalista al deber de respeto recíproco, desde el cual tenemos que reconocer a todas las personas como portadoras de un derecho a la autonomía. Este carácter universalista convierte el deber de respeto recíproco en una restricción normativa a todas nuestras decisiones. Cfr. HONNETH, “Entre Aristóteles y Kant”, *LOGOS*, 1998, p. 35 [también en *Reconocimiento y menosprecio*, 2010, pp. 13 y ss.].

¹⁶⁸ Cfr. HONNETH, “Integridad y desprecio”, *Isegoría*, 1992, p. 83. Además, en la teoría del reconocimiento fichteano se define el reconocimiento como una interacción entre individuos que está en la base de las relaciones jurídicas; esto es, en la disposición recíproca a obrar libremente desde la delimitación de la propia esfera a favor del otro; se conforma así, entre los sujetos, la conciencia común que adquiere validez jurídica en las relaciones jurídicas. Cfr. sobre el pensamiento de FICHTE en HONNETH, *La lucha por el reconocimiento*, 1997, p. 27.

personas que se reconocen mutuamente como sujetos de derechos y de deberes y, por ello, como actores moralmente responsables¹⁶⁹.

4. Por otro lado, el concepto de persona se encuentra estrechamente conectado a la idea de libertad. No es tarea sencilla proponer un concepto de libertad, sin antes hacer una breve consideración de su ubicación en el debate pertinente. Tanto en filosofía como en la doctrina jurídico-penal durante mucho tiempo la discusión estuvo centrada entre las teorías deterministas y las indeterministas, entre la causalidad o necesidad y la libertad o espontaneidad, respectivamente. Hace ya algunos años el mismo debate ha reflorado con los nuevos aportes de la neurociencia, en donde vuelven a encontrarse razones a favor del determinismo, no ya sobre la base del pensamiento filosófico-causal, sino neurobiológico-causal¹⁷⁰. En todo caso, hasta donde alcanzo a entender, entre las tesis deterministas radicales e indeterministas radicales¹⁷¹ se encuentran las tesis compatibilistas, como aquellas que intentan conciliar de diferentes maneras las versiones del determinismo y el libre albedrío¹⁷². Dejando de lado esta discusión, de la cual no me puedo ocupar en este trabajo, hay que reconocer que no fue sino a partir del finalismo que en la sistemática del delito se han sentido con mayor intensidad las voces a favor del reconocimiento de la

¹⁶⁹ Cfr. HONNETH, “Integridad y desprecio”, *honoré*, 1992, p. 85. GARZÓN VALDÉS, “Los deberes positivos generales”, *Doxa*, 1986, p. 28, señala que a través del respeto a la libertad ajena se pueden dar por asegurados los requisitos mínimos de toda existencia humana.

¹⁷⁰ En esta última línea, SEARLE, quien explica la “experiencia de la libertad” desde la neurobiología. Resumidamente, para este filósofo de la mente y el lenguaje, también las experiencias individuales de libertad tienen explicaciones causales suficientes provenientes del ámbito de la neurobiología. En efecto, son los procesos neuronales los que producen nuestras experiencias conscientes; entre las causas de cada fase del proceso de deliberación, decisión y actuación hay una serie de intervalos que son el rasgo propio de nuestras actuaciones conscientes y voluntarias. En cada una de las fases se tiene la experiencia de que los estados conscientes no son (causalmente) suficientes para forzar el estado consciente que viene a continuación. Y, son estas experiencias conscientes del intervalo las que generan en nosotros la convicción de la libertad humana. Cfr. SEARLE, *Libertad y neurobiología*, 2005, pp. 25 y ss., 30, 32, 35, 38, 58. Ahora bien, el mismo SEARLE luego de preguntarse, si los procesos que constituyen la experiencia del libre albedrío se realizan en un sistema neurobiológico que es totalmente determinista (p. 62), responde que no (para más detalles, pp. 63 y ss.). En la filosofía searleana “ser libre no es carecer de causas determinantes de la propia acción, sino *ser uno mismo la causa*. Para ello, basta que el impulso a actuar de una determinada manera se haga consciente”. Así, CANDEL, “Prólogo”, en *Libertad y neurobiología* (SEARLE), 2005, p. 18.

¹⁷¹ Resumidamente, los deterministas radicales señalan que la libertad está sujeta a la causalidad, mientras que los indeterministas radicales señalan que la libertad está sujeta al azar.

¹⁷² Las tesis incompatibilistas, por el contrario, serían aquellas que sostienen que no es posible conciliar los extremos. Sobre el debate actual entre determinismo e indeterminismo en filosofía, FISHER/KANE/PEREBOOM/VARGAS VARGAS, *Cuatro perspectivas sobre la libertad*, 2013; MUÑOZ, “Hacia una sistematización de la relación entre determinismo y libertad”, *RIF*, 2012, pp. 5 y ss. Sobre estas distinciones en Derecho penal, MOLINA FERNÁNDEZ, *Responsabilidad jurídica y libertad*, 2002.

libertad, frente al determinismo radical¹⁷³. Así, concebida la acción de modo final, en contrapartida a la causalidad ciega, se defiende la libertad como el presupuesto de la imputabilidad¹⁷⁴.

5. En el Derecho penal actual un considerable sector de la doctrina asume una concepción normativa de la libertad y, con ello, de la culpabilidad y de la responsabilidad personal. Sea cual sea la conformación real del mundo y natural de las personas, para esta doctrina, la libertad se presupone normativamente¹⁷⁵. Esto significa que, tanto si el hombre es libre como si no lo es, debe tratársele como libre¹⁷⁶. Sin embargo, una concepción normativa construida exclusivamente sobre la base de abstracciones del deber ser se olvida que la responsabilidad no puede concebirse totalmente al margen de la realidad¹⁷⁷, porque, como se ha manifestado más adelante, la normatividad no puede cambiar ni sustituir la realidad, aunque sí puede conformarla¹⁷⁸. De ahí se desprende que, las posturas normativas precisen

¹⁷³ Cfr. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 1969 (11ª ed.), § 20, p. 148 [1970, p. 209]. Para este autor, el libre albedrío es la capacidad de poder determinarse de acuerdo con el sentido (“*Willensfreiheit ist die Fähigkeit, sinnmäßig sich bestimmen zu können*”), y no sólo el poder actuar de otro modo.

¹⁷⁴ Cfr. DÍAZ PALOS, *Teoría general de la imputabilidad*, 1965, p. 118.

¹⁷⁵ Denomina a esta idea la “presunción normativa de libertad”, MOLINA FERNÁNDEZ, *Responsabilidad jurídica y libertad*, 2002, pp. 123, 129, refiriéndose a ROXIN, quien señala que la suposición de libertad es una “aserción normativa”, una regla social de juego (*soziale Spielregel*), cuyo valor social es independiente del problema de la teoría del conocimiento y de las ciencias naturales. Cfr. ROXIN, *StrafR, AT*, 2006 (4ª ed.), § 3, nm. 55, p. 93 [1997, p. 101].

¹⁷⁶ Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, *Responsabilidad jurídica y libertad*, 2002, p. 123. En la filosofía searleana se asume que la experiencia del libre albedrío es algo muy fuerte, de modo que no podemos actuar sobre la base de la idea que la libertad es una ilusión, sino que hemos de actuar sobre la base de que somos libres. Cfr. SEARLE, *Libertad y neurobiología*, 2005, pp. 34, 38-39. Esto indicaría, según lo dicho más arriba, que la experiencia de libertad es la experiencia del intervalo consciente, esto es, el intervalo entre las causas antecedentes de nuestras decisiones y acciones libres y voluntarias, por un lado, y la adopción de esas decisiones y realización de esas acciones, por el otro.

¹⁷⁷ Para MOLINA FERNÁNDEZ, *Responsabilidad jurídica y libertad*, 2002, p. 131, quienes apelan a presunciones normativas en la culpabilidad no prescinden de la realidad, de lo ontológico. Simplemente se mantienen en la ontología del libre albedrío sin reconocerlo.

¹⁷⁸ No se puede cerrar los ojos ante la evidencia empírica que conecta la criminalidad a las condiciones sociales de marginación, y a las individuales de desviación. En consecuencia, no hay que ignorar la estrecha conexión entre el delito y las condiciones iniciales poco justas en el reparto de los bienes (no sólo patrimoniales, sino de salud, afecto y educación). Para MOLINA FERNÁNDEZ, *Responsabilidad jurídica y libertad*, 2002, p. 140, este aspecto del problema debe tenerse en cuenta para el concepto de responsabilidad subjetiva. Desde un plano filosófico-político considera a tener en cuenta determinados presupuestos socio-económicos en el momento de atribuir responsabilidad penal, SILVA SÁNCHEZ, “Presupuestos socio-políticos de la atribución de responsabilidad penal”, en *Ep en homenaje al Prof. Suárez Montes*, 2013, pp. 715 y ss. El presupuesto esencial de toda generalización ha de venir dado por un concepto desde el cual las personas puedan ser comparadas unas con otras en condiciones mínimas de igualdad. Puede asumirse para ello el criterio de “ciudadano” que según SÁNCHEZ CARRIÓN, “Sociología, orden social y modelización estadística”, *Empiria*,

de alguna clase de contrapeso, para no caer en la arbitrariedad en el momento de decidir quién obró libremente y quién no. Este contrapeso o complemento puede venir dado por algunas de las tesis compatibilistas de la libertad, que son más compartidas en filosofía moral que en Derecho penal¹⁷⁹. Una de estas versiones compatibilistas considera que la concepción determinista de la conducta humana no es incompatible con un concepto de libertad que conciba a la persona como alguien que expresa su subjetividad según su voluntad¹⁸⁰, y no porque deba entenderse que nuestra libertad también se encuentra determinada, sino porque tanto la realidad del mundo como nuestra libertad se encuentran necesariamente conectadas. Una concepción compatibilista pretende, por ello, recuperar las bondades de cada una de las premisas que emplea. Por un lado, pretende recuperar el buen sentido de la premisa determinista¹⁸¹, esto es, la virtud de poner de manifiesto la escasa equidad que existe en el reparto natural y social de ciertos dones y cargas, y sobre la imperiosa necesidad de adoptar una visión más tolerante y humana de los demás¹⁸². Por otro

2000, pp. 62-63, se ve respaldado “mediante las constituciones, que atribuyen igualdad formal (derechos jurídicos, políticos y sociales) a todos los habitantes de un país en el acto de otorgarles dicho estatuto (de ciudadano). (...) La categoría de ciudadano, producto de una negociación entre el Estado y los individuos a la hora de intercambiar servicios (yo te doy derechos si tú aceptas obligaciones), a lo largo del siglo XIX se va haciendo extensible a cada vez mayor número de los miembros de la sociedad permitiendo su equiparación formal (...). Y es precisamente esta misma equiparación formal la que permite su equiparación estadística [como la del criterio del hombre medio]”. Si bien entiendo el planteamiento de SILVA SÁNCHEZ, al cual añado el de HONNETH, *Reconocimiento y menosprecio*, 2010, p. 44, tales presupuestos socio-políticos serían las bases necesarias no ya para realizar el juicio de imputación, sino, antes ya, para ejercer lo que PAWLK denomina el deber de colaborar con los espacios de libertad. O, en todo caso, mientras tales presupuestos legitiman el juicio de atribución de responsabilidad penal, posibilitan el cumplimiento del deber de colaboración con el Estado.

¹⁷⁹ Así, MOLINA FERNÁNDEZ, *Responsabilidad jurídica y libertad*, 2002, p. 86. Las tesis compatibilistas se revelan como respetuosas “con la imagen del mundo que arroja la ciencia” y a la vez permiten “preservar una base sólida para la responsabilidad penal”.

¹⁸⁰ Sobre esta explicación, MOLINA FERNÁNDEZ, *ibidem*, pp. 132-149, 150 y ss., 168, quien entiende que esta postura propone un concepto de libertad menos exigente que el de los libertarios, esto es, un concepto que es compatible con la estructura del mundo. No obstante, para este autor, la tesis de los compatibilistas propone un concepto de libertad insuficiente que hay que complementar. Él considera que precisamos de un concepto de libertad empírica, no normativa, por cuanto, un concepto de libertad que nos sirva de base a la responsabilidad personal y que a la vez sea compatible con la estructura causal de la realidad no puede basarse en una capacidad de actuar de manera distinta, porque es contradictoria con esta estructura. Respecto a esta última afirmación en páginas posteriores aclara que al determinar si un sujeto puede ser considerado responsable de un hecho, la cuestión a indagar no es si pudo actuar de manera distinta a como lo hizo, sino si el hecho es expresión de su personalidad y si él se lo representa de esa manera.

¹⁸¹ Y no en cambio, la versión más negativa del determinismo, que se empeña en concebirnos como un mero engranaje de un complejo mecanismo cósmico, degradando la configuración moral de las personas. Sobre esto MOLINA FERNÁNDEZ, *ibidem*, pp. 89, 173.

¹⁸² A favor también de esta idea, MOLINA FERNÁNDEZ, *ibidem*, pp. 173-175. Para este autor, recuperar esta visión se consigue asumiendo una perspectiva externa, es decir, se consigue examinándonos a nosotros mismos y a los demás como parte esencial de una realidad científicamente explicable.

lado, pretende seguir asumiendo la autopercepción de la persona como un ser libre desde una premisa realista de libertad¹⁸³. Pero, no sólo la perspectiva causal del mundo condiciona la manifestación de libertad de las personas¹⁸⁴ (en cuanto libertad de elección, no libertad creadora¹⁸⁵). También internamente, el sujeto puede estar condicionado en su libertad. Entran en consideración, por lo tanto, condicionantes externos e internos. El análisis habrá de realizarse sobre las capacidades subjetivas de neutralización y superación de dichos condicionantes¹⁸⁶. ¿Podemos ir contra la ley causal (debemos ir)?¹⁸⁷ ¿Podemos neutralizar los sesgos cognitivos (debemos neutralizarlos)?¹⁸⁸. La herramienta de las incumbencias nos brinda una orientación en este proceso de neutralización y superación de las barreras a nuestra libertad¹⁸⁹. Ciertamente, las personas deben contribuir a mantenerse, a través del propio esfuerzo, como sujetos libres y responsables. Hay que autoconservar las condiciones óptimas de libertad. De allí que el principio de autorresponsabilidad bien entendido reclame incluir en él el compromiso social de los ciudadanos hacia lo que debe hacerse para el bien común, pero no ya como algo que ha de hacerse *en* los otros, sino que empieza por nosotros y para los otros. En la medida en que procuremos mantenernos capaces de responder por nuestros actos estaremos beneficiando a la sociedad entera. Esto último es lo que en filosofía política se explica desde la experiencia del reconocimiento recíproco entre las personas¹⁹⁰. Es desde esta práctica social que se refuerza la confianza de la persona en sí

¹⁸³ Como decía HEGEL, *Principios de la filosofía del Derecho*, 1988, § 4 (obs.), p. 66, “(...) es aún más cómodo atenerse directamente a que la libertad está dada como un hecho de la conciencia y afirmar que se debe creer en ella”.

¹⁸⁴ MOLINA FERNÁNDEZ, *ibidem*, pp. 120-121. Para este autor el “principio causal” resulta necesario para la responsabilidad. Ello no significa que el mundo esté completamente determinado, y de hecho esto no es así, sino que es suficiente con que las acciones humanas responsables se vean sometidas al principio causal para que, entonces, quede planteado el problema del libre albedrío.

¹⁸⁵ Así, BLOCH, *Derecho natural*, 1980, pp. 157 y ss. (sobre la libertad de elección, de acción, y ética).

¹⁸⁶ Citando la postura compatibilista de MOORE que distingue entre libertad de acción y libertad de elección, MOLINA FERNÁNDEZ concluye que la acción puede entenderse como libre porque fue elegida por el agente, pero ¿fue éste libre al elegirla? Ciertamente, para él no, es decir, no del todo, de modo que ya no hay que referirse a la *actio libera in causa*, sino a la situación inversa, a la *actio serva in causa*. Véase MOLINA FERNÁNDEZ, *Responsabilidad jurídica y libertad*, 2002, pp. 135-136.

¹⁸⁷ Sobre la influencia de las leyes causales en nuestro comportamiento, MOLINA FERNÁNDEZ, *ibidem*, p. 154.

¹⁸⁸ Para responder algunas de estas respuestas, pueden resultar útiles las teorías del comportamiento humano y toma de decisiones de las ciencias experimentales, como la psicología cognitiva. Sobre los sesgos cognitivos, véase *Capítulo Primero*, epígrafe *II.1.2.d. Modelo de la racionalidad humana limitada*.

¹⁸⁹ Me dedico especialmente a las incumbencias a lo largo de todo el *Capítulo Tercero*.

¹⁹⁰ FICHTE definió el reconocimiento como una interacción entre individuos, y que está en la base de las relaciones jurídicas. Con ello, en la delimitación de la propia esfera de acción a favor del otro se va conformando en la conciencia de los sujetos una conciencia común del reconocimiento. Cfr. la cita extraída en HONNETH, *La lucha por el reconocimiento*, 1997, p. 27.

misma, repercutiendo en una mayor libertad solidaria y en una vida satisfactoria¹⁹¹. Será así libertad no sólo aquella desprovista de presiones o influencias externas, sino ya la que interiormente en cada uno de nosotros se revele como libre de bloqueos psíquicos e inhibiciones; la que, seguramente, será posible en la medida en que el sujeto experimente como sujeto activo y pasivo el reconocimiento intersubjetivo¹⁹². Y todo esto entronca la idea de deber, como *necesidad de una acción por respeto a la ley*¹⁹³, pues todo cumplimiento del deber se fundamenta en la libertad del sujeto, en cuanto a su capacidad de seguimiento y observancia del deber¹⁹⁴. En efecto, si los deberes han de ser concebidos como instrumentos directivos de la conducta, entonces, sólo tiene sentido dentro de las capacidades de los destinatarios del deber¹⁹⁵.

6. En otras palabras, así como no existe una libertad absoluta del ser humano, tampoco puede sostenerse que no exista la libertad. A ciencia cierta no se puede saber, excepto que se asuma un conocimiento apriorístico, que *existe* la libertad, sólo se puede saber que estamos limitados y, quizá, es esto último, lo que nos permite creer en su *existencia*. Más bien ha de entenderse que la libertad, ya como capacidad de elección, ya como capacidad de acción, se desenvuelve entre un mundo de motivos y de causas endógenos¹⁹⁶ y exógenos. Y esta es una característica esencial del concepto de libertad para el Derecho penal, la que la libertad admite grados¹⁹⁷, porque indudablemente existen factores psicológicos y sociológicos que influyen sobre la libertad de elección y de actuación de las personas. A

¹⁹¹ Cfr. HONNETH, *Reconocimiento y menosprecio*, 2010, pp. 31-32. Reseñando que a la seguridad en uno mismo se llega por el camino de la experiencia del reconocimiento. En sus palabras: “(...) la libertad de la autorrealización depende de presupuestos que no están a libre disposición del individuo, porque éste sólo puede alcanzarlos con la ayuda de sus compañeros de interacción”.

¹⁹² Cfr. HONNETH, *Reconocimiento y menosprecio*, 2010, pp. 31-32. Reseñando la experiencia del reconocimiento como un presupuesto de la libertad interna.

¹⁹³ Cfr. KANT, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, 1990 (9ª ed.), p. 63.

¹⁹⁴ El deber es aquello a lo que uno está obligado a hacer o dejar de hacer, bajo una coerción (coacción) externa. Cfr. KANT, *La metafísica de las costumbres*, 1989, pp. 29, 228. En la doctrina kantiana se distinguen los deberes jurídicos (*officia iuris*) de los deberes de virtud (*officia virtutis s. ethica*); mientras que a los primeros les corresponde una coacción externa, a los segundos una autoacción libre (pp. 50, 233, 264 y s.).

¹⁹⁵ Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, *Responsabilidad jurídica y libertad*, 2002, pp. 80-81. Para este autor hay algo indudablemente cierto en el clásico principio ‘deber entraña poder’. “La imposición de deberes, al menos si se los entiende como instrumentos directivos de conducta, sólo tiene sentido dentro de las capacidades del destinatario del deber. Para más detalles MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, 2001, cap. 9, pp. 524 y ss.

¹⁹⁶ Cfr. DEL ROSAL, *Dp español*, 1960 (3ª ed.), p. 387.

¹⁹⁷ Cfr. DÍAZ PALOS, *Teoría general de la imputabilidad*, 1965, p. 75.

esta libertad se la prefiere denominar autodeterminación¹⁹⁸, antes que libre albedrío. De este modo, “estar dotado de autodeterminación no quiere decir que se vea libre de toda influencia interna y externa, (...); no quiere decir que no tenga que luchar para seguir por el recto sendero, que no tenga que emprender cada día un combate difícil contra los impulsos instintivos, tal vez enfermizos; sino que significa que, a pesar de todos los obstáculos, el hombre normal puede y debe afirmarse a sí mismo (...)”¹⁹⁹.

7. En cuanto al concepto de responsabilidad hay que diferenciar los distintos niveles o momentos que él puede abarcar. De la clasificación que ofrece HERBERT HART, que distinguió hasta cuatro modelos explicativos de responsabilidad, me centraré en los dos modelos que entiendo tienen mayor cabida en nuestra tradición dogmática del delito²⁰⁰. El primer modelo al que HART denomina *role-responsibility* concibe la responsabilidad como competencia (*Zuständigkeit*) sobre un determinado ámbito vital derivada de un rol o posición social. Un sistema del delito construido sobre este modelo es el de la escuela de JAKOBS²⁰¹, para quien ya el mismo concepto de libertad hay que concebirlo en el sentido de competencia de autoadministración²⁰². El segundo modelo recibe el nombre de *causal-responsibility*, en donde se concibe la responsabilidad como antecedente causal del hecho, propio de las sistemáticas del delito al estilo de HRUSCHKA²⁰³. Como se apreciará a lo largo

¹⁹⁸ Cfr. DÍAZ PALOS, *ibidem*, pp. 81, 83, 48, *passim*. Ya BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, t. II: *Schuld und Vorsatz*, 1965 (2ª ed. reimp.), pp. 16 y ss., concebía “la capacidad de autodeterminación (libertad) como requisito indispensable de la capacidad de acción en sentido jurídico” [*Die Fähigkeit der Selbstbestimmung (‘Freiheit’) als unentbehrliche Voraussetzung der Handlungsfähigkeit im Rechtssinn*]. En todo caso, entiéndase la capacidad de acción como competencia.

¹⁹⁹ Discurso del Papa Pío XII sobre la libertad humana en el Derecho penal. Cfr. GUTIÉRREZ GARCÍA, *Doctrina pontificia*, 1960, p. 410.

²⁰⁰ Los otros dos modelos a los que no me referiré son la responsabilidad como sometimiento que puede ser moral o legal (*liability-responsibility*), y la responsabilidad como capacidad (*capacity-responsibility*). Cfr. HART, *Punishment and Responsibility*, 2008 (2ª ed.), pp. 212 y ss.

²⁰¹ También MOLINA FERNÁNDEZ, *Responsabilidad jurídica y libertad*, 2002, p. 31, señala que la versión de la imputación objetiva de JAKOBS se asimila a la *role-responsibility* de HART.

²⁰² Cfr. JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, 1996, p. 34, nota al pie 21. Recientemente PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 158 y ss. En filosofía moral, una tesis próxima la sostiene WALLACE, quien considera que ser un agente moralmente responsable no llega a ser un problema de poseer libertad de voluntad o no. En todo caso, ser un agente moralmente responsable implica una forma de competencia normativa, esto es, la habilidad para comprender y aplicar razones morales, y para gobernar la propia conducta a la luz de dichas razones. Cfr. WALLACE, *Responsibility and the moral sentiments*, 1994, p. 1.

²⁰³ La responsabilidad como manifestación de la libertad de la persona se busca en la *causa moralis*. En el pensamiento kantiano, “por *voluntad* se entiende una especie de causalidad de los seres vivos en cuanto que son racionales, y *libertad* sería la propiedad de esta causalidad por la que puede ser eficiente independientemente de causas ajenas que la determinen (...)”. Cfr. KANT, *Fundamentación de la metafísica de*

del trabajo, el modelo que mejor se ajusta al juicio de imputación de la responsabilidad es el de la responsabilidad como “origen del hecho”²⁰⁴ (*causal-responsibility*), que por lo demás, casa mejor con el concepto de “persona existente” antes mencionado²⁰⁵. Cuando con el término responsabilidad se hace referencia a la causación de un hecho, esto es, a la relación existente entre el suceso presente y los sucesos anteriores (causas) que le han dado origen, nos queremos referir a *qué* o a *quién*, como la causa o el causante. Queremos identificar la fuente de producción del fenómeno, como fundamento de la responsabilidad²⁰⁶. En Derecho penal esta pregunta generalmente va dirigida a *quién* ha causado el hecho, es decir, *quién* es responsable por el hecho, porque la responsabilidad jurídico-penal por regla general está enlazada al comportamiento humano²⁰⁷. Desde esta primera conexión entre hecho y persona, es decir, una vez identificado el sujeto causante o productor, habrá de iniciarse la comprobación de una serie de requisitos necesarios para afirmar la responsabilidad y la imposición consecuente de una sanción jurídica por el hecho²⁰⁸. Surge así, junto a la conexión físico-causal, la conexión subjetiva del hecho con el sujeto. Pero, para evitar caer en un regreso *ad infinitum* del fundamento de la responsabilidad del sujeto, a través de la causa del hecho, se empleará como criterio delimitador, aquél que hace posible la referencia a un deber: la *role-responsibility*. Así, la *causa moralis* es sólo causa del hecho desde un anclaje normativo.

8. Respecto de la responsabilidad subjetiva es posible distinguir diferentes niveles que se extienden desde el requisito mínimo de todo comportamiento humano, la volición o la voluntariedad, pasando por el necesario conocimiento del significado del hecho que se

las costumbres, 1990 (9ª ed.), p. 129. Sobre el origen de la tesis de la “causa como culpa” en filosofía, véase MOSTERÍN, “Introducción”, en *Intención* (ANSCOMBE), 1991, pp. 11-12.

²⁰⁴ De esta expresión MOLINA FERNÁNDEZ, *Responsabilidad jurídica y libertad*, 2002, p. 17. Para este autor uno de los primeros significados de responsabilidad alude a la conexión entre el hecho y otros hechos antecedentes que guardan con aquél una relación *genética* (relación causal).

²⁰⁵ El concepto de persona construida sería compatible con la *role-responsibility*.

²⁰⁶ Soy consciente de que la sola mención de la palabra causalidad, causación o causa, despierta una notable resistencia en relación con el tipo de omisión (y el de comisión por omisión). Sin embargo, ello no resulta problemático si se asume la causalidad también en estos tipos de imputación: la omisión como condición negativa necesaria para la producción del resultado. Sobre este tema más detalladamente KINDHÄUSER, *Intentionale Handlung*, 1980, pp.175 y ss., *passim* [también en *Gefährdung als Straftat*, 1989, pp. 85, 89 y ss.].

²⁰⁷ Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, *Responsabilidad jurídica y libertad*, 2002, p. 18.

²⁰⁸ Esta idea de la *causal-responsibility* se remonta a la antigüedad. La palabra latina *accusare* deriva del latín *causa*. Así, *incusare* significaba atribuir a un sujeto la causación de un hecho, esto es, atribuirle una *causa*; y *excusare* significaba todo lo contrario. Cfr. MANZINI, *Trattato*, 1931, p. 584. También, iguales consideraciones en MOSTERÍN, “Introducción”, en *Intención* (ANSCOMBE), 1991.

realiza, hasta llegar a la culpabilidad²⁰⁹. Es tradicional en la dogmática de influencia germánica distinguir entre los presupuestos de la responsabilidad que aluden a la *antijuridicidad del hecho* y los que hacen referencia a la *culpabilidad*. El reparto de estos presupuestos en los diferentes niveles del delito hace posible distinguir cuáles son los momentos de imputación del hecho al sujeto. Así, por ejemplo, dentro de la antijuridicidad se realizarán dos juicios de imputación: uno en el momento inicial de atribuir la realización de un comportamiento voluntario y otro en el momento de imputar el conocimiento del significado social de su conducta o el error sobre dicho significado. Cabe aún contemplar otro momento de imputación entre el comportamiento voluntario y el conocimiento o error típicos, es decir, un momento de atribución intermedio de base más bien objetiva (o intersubjetiva)²¹⁰. Este momento intermedio es la imputación objetiva de la conducta o del resultado, en donde hay que constatar la creación de un riesgo desaprobado (desde un juicio de previsibilidad -peligrosidad *ex ante*-) y la realización del riesgo en el resultado²¹¹. Ya en el nivel de la culpabilidad el juicio de imputación va llegando a su final, pues van completándose los otros momentos faltantes²¹². Hasta aquí, a grandes rasgos, el término responsabilidad como la imputación de la causación de un hecho a un sujeto (la *imputatio diiudicatoria kantiana*²¹³), determinado sobre la base de un deber²¹⁴.

8.a. Enlazado a estos los dos significados mencionados de la palabra responsabilidad se encuentra, también como posible acepción, la responsabilidad como atribución de las consecuencias jurídicas previstas por la realización culpable de un hecho (la *imputatio iudiciaria kantiana*²¹⁵). Así, mientras que los dos primeros significados de la responsabilidad se identifican con las reglas de imputación, este tercero lo hace directamente con la norma de sanción.

²⁰⁹ Denomina *niveles intermedios* de la responsabilidad subjetiva a aquellos que se extienden desde la causalidad hasta la culpabilidad, MOLINA FERNÁNDEZ, *Responsabilidad jurídica y libertad*, 2002, pp. 18 y ss.

²¹⁰ La teoría de la imputación objetiva se liga al concepto de responsabilidad por originación, pero en donde esta clase de imputación requiere algo más que la mera causación física y algo menos que la imputación moral. Sobre esto MOLINA FERNÁNDEZ, *Responsabilidad jurídica y libertad*, 2002, pp. 30-31.

²¹¹ En el modelo de JAKOBS, *La imputación objetiva en Dp*, 1996, p. 133, esto se explica como la frustración de una expectativa social propia del rol del sujeto.

²¹² Primordialmente, la ausencia de causas de inimputabilidad y de inexigibilidad.

²¹³ Cfr. KANT, *La metafísica de las costumbres*, 1989, p. 35.

²¹⁴ El deber se deriva tanto del rol específico del sujeto, como del rol del sujeto como ciudadano.

²¹⁵ Cfr. KANT, *ibidem*, p. 35. La denomina “responsabilidad jurídica”, MOLINA FERNÁNDEZ, *ibidem*, p. 23.

I.4. BREVE MENCIÓN DE LAS POSTURAS DESDE LAS CUALES ABORDAR EL HECHO PUNIBLE

1. En lo que sigue asumiré un determinado posicionamiento, aunque sea aproximado, en la teoría de las normas y en la doctrina de la imputación. Aunque este trabajo no pretende ser una investigación sobre la teoría de las normas, ni sobre las reglas de imputación, el objeto de estudio exige algunas consideraciones generales sobre estos asuntos.

2. Desde una dimensión deóntica parece no existir demasiado problema en concebir al Derecho penal como un subsistema normativo dentro de un sistema normativo general, compuesto de principios, reglas y normas jurídicas²¹⁶, que atienden al cumplimiento de determinados fines, como la configuración y mantenimiento del orden social²¹⁷ y de garantías para el ciudadano²¹⁸, a través de la prohibición de determinadas conductas y de la previsión de una amenaza de pena en caso de su infracción²¹⁹. Asimismo, el Derecho penal contempla una serie de reglas o criterios que hacen posible el juicio de imputación de un hecho a una persona y la consecuente responsabilidad jurídica por ese hecho. Se aprecian, así, las dos posibles dimensiones normativas del Derecho penal. Una que se corresponde con las normas jurídicas de conducta y de sanción (teoría de las normas) y otra que se corresponde con las reglas de imputación (doctrina de la imputación)²²⁰. En otras palabras, el Derecho penal posee hasta tres clases de pautas normativas, dos de ellas incluidas en la

²¹⁶ Así, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2010 (2ª ed.), p. 505; MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, 2001, p. 59; MIR PUIG, *Introducción a las bases del Dp*, 1976, p. 29; BACIGALUPO ZAPATER, “La función del concepto de norma”, *RFDUC*, 1986, p. 62.

²¹⁷ Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, “Presupuestos de la responsabilidad jurídica”, *AFDUAM*, 2000, p. 69. Para ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgswert*, 1973, pp. 120 y ss., el Ordenamiento Jurídico tiene una función de regulación (y de valoración), desde la cual pretende conformar y preservar la convivencia humana en sociedad. La forma en que desarrolla su función es a través de las normas jurídicas que sólo pueden tener por objeto la “actividad humana orientada a fines”; es sólo desde la voluntad del hombre que puede exigírsele la realización de acciones valiosas y la evitación de acciones disvaliosas.

²¹⁸ SCHÜNEMANN, “El propio sistema de la teoría del delito”, *InDret Penal*, 2008, p. 14, señala que un enfoque normativo-funcional debe basarse en los fines del Derecho penal, como lo son la evitación de lesiones intolerables a bienes jurídicos, a través de la validez preventivo-general de las normas y la protección de la libertad del ciudadano, porque por medio de él se evita el uso abusivo del sistema de Derecho penal con objetivos meramente ideológicos.

²¹⁹ Sobre esto MIR PUIG, *Introducción a las bases del Dp*, 1976, pp. 30 y ss.

²²⁰ De modo similar ROBINSON (Paul), “A functional Analysis of Criminal Law”, *NULR*, 1994, pp. 857 y ss., quien distingue, según las funciones del Derecho penal, entre *rules of conduct* (*rule articulation function*), *principles of adjudications* (*liability assignment function*), y *grading rules* (*grading function*).

teoría de las normas²²¹. En primer lugar, posee las normas de conducta, que establecen las conductas jurídicamente no permitidas (y, de modo excepcional, las permitidas) y en esto hay que distinguir: las normas en cuanto deberes (prohibiciones, mandatos) se refieren sólo al comportamiento libre capaz, que es el único al que pueden regular y las normas en cuanto tipos penales se refieren a los demás requisitos que concretan el deber. En segundo lugar, contempla las normas de sanción, que determinan las consecuencias jurídicas de la responsabilidad penal de la persona. Y, en último lugar, posee las reglas de imputación, que establecen los elementos y criterios sobre los cuales se puede imputar responsabilidad penal a una persona por la infracción a una norma de conducta (prohibitiva o prescriptiva). Aunque estas dos dimensiones normativas arrojen la idea de que pueden complementarse, pues operarían en diferentes momentos y con diferentes funciones, no obstante la doctrina las suele presentar como dos formas bien diferentes de abordar el estudio de la teoría del delito²²².

3. Se entiende que la teoría del delito consiste en una herramienta conceptual que se emplea no sólo con fines didácticos, sino también en el momento de individualizar a un autor para atribuirle responsabilidad penal, y de allí que ésta se ocupe tanto de exponer sistemáticamente los presupuestos²²³ que deben concurrir como para imponer una sanción penal, como de las consecuencias intrasistemáticas que resultan de la concurrencia o ausencia de cada uno de tales presupuestos²²⁴. La configuración de estos presupuestos, que se encuentran ordenados sistemáticamente, cumplen funciones específicas con arreglo a las cuales se efectúa la atribución de la responsabilidad penal²²⁵. Por añadidura, el concepto de

²²¹ De modo similar, en teoría general del Derecho, se emplean tres reglas deónticas distintas: (1) la norma de conducta, que expresa un deber dirigido a los ciudadanos; (2) la norma de decisión, que va dirigida a un órgano al cual le impone el deber de decidir. La mayor parte de veces la decisión está conectada con la norma de conducta dirigida al ciudadano pero otras veces está conectada a normas dirigidas a otros órganos; y (3) la norma de ejecución, que expresa el deber del órgano de ejecución cuyo contenido consiste en cumplir lo ordenado por la norma de decisión. Cfr. ROBLES MORCHÓN, “Tres tipos de reglas en el Derecho”, *CFD*, 1985, pp. 126 y ss.

²²² Recientemente el profesor SILVA SÁNCHEZ en su intervención en el seminario de penal (UPF, martes 27/01/2015), señaló más o menos la siguiente idea: la teoría del delito puede definirse como una teoría compuesta de reglas comunes de valoración del comportamiento típico (al estilo clásico), o bien, como una teoría compuesta de reglas de valoración de contenido proposicional de la descripción de la norma (al estilo analítico).

²²³ Plasmados en categorías y elementos.

²²⁴ Sobre esta definición SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2010 (2ª ed.), p. 589.

²²⁵ Cfr. JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch, AT*, 1996 (5ª ed.), § 21, punto I.1, p. 195 [2002, p. 210]; la teoría del delito se ocupa de “la cuestión de bajo qué condiciones puede ser *imputado* un hecho al autor en el nivel delictivo correspondiente”; también SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2010 (2ª ed.), p. 116, siguiendo a NINO,

delito se distingue según la definición provenga de la teoría de las normas o de la doctrina de la imputación. A grandes rasgos, desde la teoría de las normas, el concepto formal de delito define a éste como un acto de desobediencia a la norma (BINDING), mientras que el concepto material lo define como la conducta que lesiona o pone en peligro un bien jurídico de interés social (VON LISZT). Pero, también las doctrinas de la imputación cuentan con una versión formal y material de delito. Mientras que el concepto formal concibe al delito como la imputación a la ausencia de fidelidad al Derecho (JAKOBS), un concepto material lo concibe como la imputación a un comportamiento lesivo de los bienes jurídico-penalmente protegidos (ROXIN). Ahora bien, una tesis mixta que integre las normas y la imputación habría de asumir un concepto de delito amplificado a estas dos dimensiones, como lo he manifestado en párrafos anteriores: el delito entendido como la *afectación susceptible de imputación de la relación de reconocimiento recíproco entre las personas en cuanto personas*.

4. La doctrina no es pacífica cuando tiene que decidir sobre la base de qué fundamentos ha de inferirse la estructura del hecho punible y los presupuestos de la imputación²²⁶. Como es sabido, la evolución natural de las escuelas evidencia que varias son las fuentes desde las cuales se puede abordar esta tarea. Por mencionar algunos: para los positivistas es desde el Derecho positivo, para los neokantianos son los valores sociales, para los finalistas son las estructuras lógicas del ser y, más recientemente, para los funcionalistas son los fines del Derecho penal o los fines de la pena desde los cuales ha de abordarse la teoría del delito. En cuanto al instrumento, dos han sido las principales vías que se han empleado como para realizar tal cometido. Una primera vía fue abordar el hecho punible desde la teoría de las normas. Y la segunda vía fue abordar la teoría del delito desde la doctrina de la imputación. Ciertamente, el positivismo fue el método más propicio para el desarrollo de la teoría de las normas (como en BINDING²²⁷), mientras que el neokantismo favoreció planteamientos

señala que la definición de delito debe concebirse como un conjunto de estipulaciones normativas “dirigidas a los legisladores y jueces acerca de las condiciones que se *deben* cumplir en la regulación y adjudicación de responsabilidad penal”.

²²⁶ En este sentido también SANCINETTI, *Subjetivismo e imputación objetiva*, 1996, pp. 26 y ss.

²²⁷ Obsérvese que SILVA SÁNCHEZ ya advierte que el positivismo jurídico en BINDING se caracteriza por tomar como referencia el “Derecho positivo” en donde el centro de su construcción dogmática son las “normas”, que pueden ser no escritas. Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2010 (2ª ed.), pp. 83-84. VON LISZT denominó a esta consideración de la norma como punto de partida del sistema en BINDING, el *Angelpunkt* (es decir, la norma vista como eje de todo el sistema). Cfr. VON LISZT, *Tratado de Dp*, 1925 aprox. (3ª ed.), pp. 7-8, nota al pie 2. Por lo demás, no en vano BINDING ha merecido en reiteradas oportunidades el título de creador de la *Normentheorie*. Así, por ejemplo SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2010 (2ª ed.), p. 512. También MIR PUIG,

cercanos a la doctrina de la imputación²²⁸. No obstante estas generales aclaraciones, no he de entrar aquí en detalles sobre esta evolución que ha quedado brillantemente reseñada en trabajos anteriores²²⁹, sino simplemente tomar partido por aquellas tesis que estimo más plausibles en el contexto de esta investigación. En los epígrafes que siguen desarrollaré muy brevemente las dos vías desde las cuales se puede abordar el estudio del hecho punible²³⁰, sumando una tercera vía integradora. *Grosso modo*, la primera enfoca el estudio de la teoría del delito exclusivamente desde la teoría de las normas²³¹ (teoría del delito como teoría de una infracción²³²) y la segunda lo hace desde la doctrina de la imputación²³³ (teoría del

Dp, Pg, 2011 (9ª ed.), p. 63; RENZIKOWSKI, “Die Unterscheidung von primären Verhaltens- und sekundären Sanktionsnormen”, en *FS für Gössel*, 2002, p. 3 (este autor señala que para cualquier jurista la conocida distinción entre normas primarias de comportamiento y normas secundarias de sanción es inescindible del nombre de BINDING); SANCINETTI, *Subjetivismo e imputación objetiva*, 1996, p. 37. Le rinde tributo, como el autor desde el cual se inicia el desarrollo de la teoría moderna del delito en relación con las normas, BACIGALUPO ZAPATER, “La función del concepto de norma”, *RFDUC*, 1986, p. 61.

²²⁸ Sobre el método del neokantismo, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2010 (2ª ed.), pp. 94, 88 y ss.

²²⁹ Así, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2010 (2ª ed.); SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación y teoría del delito*, 2008; MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, 2001; MIR PUIG, *Función de la pena*, 1982 (2ª ed.).

²³⁰ Sobre esto también SILVA SÁNCHEZ, *ibidem*, pp. 678 y ss. (§ 1) [también en *Normas y acciones*, 2003, pp. 26 y ss.]; MOLINA FERNÁNDEZ, *ibidem*, p. 97.

²³¹ Abordan la teoría del delito desde la teoría de las normas (aunque desde diferentes perspectivas), la doctrina mayoritaria, que se remonta a la época de BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, t. I: *Normen und Strafgesetze*, 1872. Como es bien sabido la obra de KAUFMANN dio a conocer más de cerca la teoría de las normas de BINDING, a la vez que en ella se refleja la propia teoría del autor. Cfr. KAUFMANN (Armin), *Teoría de las normas*, 1977. También ya antes MAYER (Max-Ernst), *Rechtsnormen und Kulturnormen*, 1977 (reimp. 1903), pp. 130 y ss., *passim*, se reveló abiertamente como un contradictor de la teoría de las normas de BINDING. Algunas consideraciones de la teoría de las normas de BINDING en SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2010 (2ª ed.), pp. 83 y ss.; 512 y ss. (con críticas); más recientemente FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983, pp. 505, *passim*. En el ámbito iberoamericano abordan la teoría del delito desde las normas, MIR PUIG, *Dp, Pg*, 2011 (9ª ed.), pp. 59 y ss. [completando con los momentos de imputación objetiva, subjetiva y personal en el delito, en “Significado y alcance de la imputación objetiva”, *RECPC*, 2003, pp. 10 y ss.]; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2010 (2ª ed.), pp. 584 y ss., 589 y ss. [sin dejar de considerar los momentos de imputación que concurren en la teoría del delito, pp. 678 y ss., 588 (§ 1.7)]; MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, 2001, pp. 22, 497 y ss., *passim*; BUSTOS RAMÍREZ, *Introducción al Dp*, 2005, pp. 78 y ss.; SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, 2005, pp. 43 y ss., 57 y ss., 76, *passim*, que refiere a una teoría de las normas para su teoría de la imputación [también en *Subjetivismo e imputación objetiva*, 1996, pp. 35 y ss.]. Sobre la postura del primer autor moderno que se encargó de construir el sistema de la teoría del delito sobre la base de la teoría de las normas, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2010 (2ª ed.), pp. 615 y ss. (refiriéndose a RÖDIG, quien sostuvo un planteamiento entre las normas y el delito carente de toda consideración relativa a los fines del Derecho penal); sobre autores más recientes, pp. 617 y ss. (refiriéndose a FRISCH, con un planteamiento esencialmente funcional, y por ello contemplando momentos de imputación).

²³² Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Normas y acciones*, 2003, pp. 18, *passim*. Para SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, 2005, p. 17, no hay mayores desacuerdos en entender el delito como una infracción a una norma [también en *Subjetivismo e imputación objetiva*, 1996, p. 35].

²³³ Abordan la teoría del delito desde la doctrina de la imputación de HRUSCHKA; KINDHÄUSER, VOGEL (reseñados *infra*). En el ámbito iberoamericano, SÁNCHEZ-OSTIZ, MIRÓ LLINARES, MAÑALICH (reseñados *infra*). Desde la óptica de JAKOBS, MÜSSIG, PAWLIK (reseñados *infra*). En España PÉREZ DEL VALLE, “Los

delito como teoría de la imputación de responsabilidad²³⁴). Una tercera vía aborda la cuestión desde un método mixto (teoría del delito como teoría de una infracción susceptible de imputación), con la pretensión de contemplar tanto la dimensión normológica como la de imputación del hecho punible²³⁵.

5. Antes de comenzar lo indicado, haré una breve consideración acerca de la terminología en esta materia, que presenta muchos matices, no sólo por las nomenclaturas ofrecidas sino también en relación con el lugar en donde las normas son ubicadas, y en relación con su destinatario (*Normadressat*). Por ejemplo, desde la teoría de las normas, BINDING hacía referencia a las normas de conducta (*Normen*) y a las leyes penales (*Strafgesetze*)²³⁶. Mientras que las primeras formaban parte del Derecho público en general y se dirigían al ciudadano, sólo las segundas eran parte del Derecho penal y estaban dirigidas al juez pero, en todo caso, tanto la norma de conducta como la de sanción eran normas jurídicas. Por el contrario, para MAYER -desde un fundamento propio de la filosofía del Derecho- aunque las normas de conducta también se encontraban fuera del Derecho penal, no respondían a la categoría de norma jurídicas, sino de normas de cultura (*Kulturnormen*) dirigidas al ciudadano, siendo sólo las normas de sanción las auténticas normas jurídicas (*Rechtsnormen*) del Derecho penal, dirigidas exclusivamente a los órganos del Estado²³⁷. Las leyes penales son para este autor, normas de decisión o normas abstractas del Estado (del legislador) dirigidas a los órganos estatales para que (dentro de determinados

fundamentos de una teoría iusnaturalista de la imputación”, *II JHDN*, 2001, p. 409, para quien el Derecho penal se presenta actualmente como una teoría de la imputación. Para BACIGALUPO ZAPATER, “La función del concepto de norma”, *RFDUC*, 1986, pp. 73-74, la construcción de la teoría del delito es algo independiente a las normas (que cumplen una función secundaria). En otro lugar este mismo autor, *Teoría y práctica*, 2009, pp. 280, 277, *passim*, señala que la teoría de las normas se vincula antes que con la teoría del delito, con la teoría de la pena. El primer autor español que enfocó el delito desde la doctrina de la imputación del Derecho natural, aunque de forma muy rudimentaria, parece haber sido MANUEL DE LARDIZÁBAL. Cfr. las referencias sobre la obra de este autor en SILVA SÁNCHEZ/BALDÓ LAVILLA, “La teoría del delito en la obra de Manuel de Lardizábal”, en *Homenaje al profesor José María Rodríguez Devesa*, 1989, pp. 350 y ss. MOLINA FERNÁNDEZ, *Responsabilidad jurídica y libertad*, 2002, p. 29, nota al pie 16, menciona también a SILVELA.

²³⁴ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Normas y acciones*, 2003, pp. 18, *passim*.

²³⁵ Incluso los autores que asumen las normas o la imputación, contemplan el otro aspecto en algún momento. Por ejemplo, desde la doctrina de la imputación abordan una teoría de las normas analíticas, KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989, pp. 29 y ss.; MAÑALICH, “Norma e imputación”, *REJ*, 2010, pp. 171 y ss.; desde la teoría de las normas asume momentos de imputación, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2010 (2ª ed.), p. 588 (§ 1.7) [también en *Normas y acciones*, 2003, pp. 26 y ss.]; MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, 2001, pp. 97 y ss.

²³⁶ La referencia en HAFFKE, “El significado de la distinción entre norma de conducta y norma de sanción para la imputación jurídico-penal”, en *LH a Claus Roxin*, 1995, p. 129.

²³⁷ Cfr. MAYER (Max-Ernst), *Rechtsnormen und Kulturnormen*, 1977 (reimp. 1903), pp. 15 y ss., pp. 28 y ss.

presupuestos y límites) respondan positivamente a su pretensión punitiva²³⁸. SCHMIDHÄUSER concebía las normas de conducta en lo que él denominó la “conciencia social del Derecho” (*soziale Rechtsbewußtsein*), entendido como el “Derecho conforme a la representación jurídica en la esfera del lego” (*Recht in der Rechtsvorstellung der Laiensphäre*), siendo las normas de sanción las genuinas normas jurídicas²³⁹. BIERLING prefirió las expresiones de normas primarias (*Primärnormen*) y normas secundarias (*Sekundärnormen*), como las respectivas a normas de conducta y normas de sanción²⁴⁰. Más recientemente, algunos autores emplean una dupla más omnicomprendiva, normas de conducta (*Verhaltensnormen*) y normas de decisión (*Entscheidungsnormen*). En estas últimas quedarían incluidas las normas secundarias (de sanción) y las reglas de imputación²⁴¹. En los modelos de la imputación, también se emplean duplas relativas a las

²³⁸ Cfr. MAYER (Max-Ernst), *Dp, Pg*, 2007, pp. 41 y ss.

²³⁹ Cfr. SCHMIDHÄUSER, “Illusionen in der Normentheorie”, *JZ*, pp. 424 y ss. Crítico VOGEL, *Norm und Pflicht*, 1993, pp. 30 y ss. En general, en contra de las concepciones coercitivas del Derecho (*Zwangstheorie des Rechts*), este autor señala que desde planteamientos de esta naturaleza el Ordenamiento Jurídico sería visto como un ordenamiento de violencia carente de deberes (*eine pflichtenlose Gewaltordnung*) y, por ello, privado de todo sentido normativo, lo que no es concebible. Además SILVA SÁNCHEZ, *Normas y acciones*, 2003, p. 20, considera que renunciar a una interpretación deóntica del Derecho penal es renunciar al análisis de la racionalidad valorativa de los enunciados jurídico-penales concretos, convirtiendo al Derecho penal en un puro fenómeno de poder. A mi modo de ver, y siguiendo a estos autores, en general, todas las posturas que construyen la fuerza normativa del Derecho penal exclusivamente desde la norma de sanción, vulneran desde sus presupuestos el reconocimiento a la persona en cuanto agente moral, pues la conciben antes que como persona digna, como un objeto peligroso que hay que neutralizar. Pero, dicho esto, como lo sostiene SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, 2005, p. 26, no hay que desconocer el carácter objetivo del Derecho, sólo en cuanto que “la validez de las normas no depende de la *aceptación* ni del *reconocimiento* del destinatario de ellas”, así como el carácter subjetivo del objeto sobre el que recae la “valoración *objetiva* de la norma”, que son los elementos de la voluntad del destinatario.

²⁴⁰ La referencia sobre esta distinción en HAFFKE, “El significado de la distinción entre norma de conducta y norma de sanción para la imputación jurídico-penal”, en *LH a Claus Roxin*, 1995, pp. 129 y ss. Indistintamente, se refiere a normas de comportamiento (normas primarias) y normas de sanción (normas secundarias), MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, 2001, pp. 614 y ss. (aunque haciendo la salvedad que no todas las normas secundarias son de sanción, y que no todas las normas de sanción son secundarias, en nota al pie 12, p. 615). Sobre la teoría de las normas, véase la obra nuclear de BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, t. I: Normen und Strafgesetze, 1872. Según lo explica MIR PUIG, *Dp, Pg*, 2011 (9ª ed.), p. 63, para BINDING las normas primarias no eran propiamente normas penales, sino normas externas, que pertenecían al ámbito del Derecho público general. Por su parte, la norma secundaria, la de sanción, tampoco era una norma jurídico-penal en sentido estricto, sino parte de la ley penal entendida más bien como una “proposición jurídica autorizadora” dirigida al juez. En el ámbito inglés BENTHAM se refería a la *imperative law* (la norma imperativa de conducta) y a la *punitory law* (la norma de sanción), respectivamente. Cfr. BENTHAM, *A fragment on Government*, 1948, pp. 430 y ss. Una comparación teórico-jurídica entre los modelos dualistas de BINDING, HOBBS, BENTHAM y HART (con perspectiva europeísta) en RENZIKOWSKI, “Die Unterscheidung von primären Verhaltens- und sekundären Sanktionsnormen”, en *FS für Gössel*, 2002, pp. 3 y ss.

²⁴¹ Cfr. SEHER, “Kann Strafrecht ‘subsidiarität’ sein?”, en *Mediating Principles*, 2006, pp. 73 y ss. [= “¿Puede ser subsidiario el Derecho penal?”, *Límites al Dp*, 2012, pp. 133 y ss.]. Sin incluir expresamente bajo un mismo

normas. Por ejemplo, HRUSCHKA utiliza las expresiones reglas de conducta (*Verhaltensregeln*) y reglas de imputación (*Zurechnungsregeln*)²⁴². En la misma línea se manifiesta KINDHÄUSER, aunque cambia la expresión reglas de conducta por normas de conducta (*Verhaltensnormen*), desde la teoría analítica de las normas (*Verhaltensnorm als Koordinationsregel*)²⁴³.

1.4.a. Teoría del delito desde la teoría de las normas

1. No existe una sola teoría de las normas, sino varias, y con ello la teoría del delito puede concebirse desde ópticas y con funciones diversas²⁴⁴. Por razones obvias de temario (y espacio) no me referiré a todas estas tesis en particular, sino que me limitaré a realizar unas breves y generales consideraciones al respecto²⁴⁵. Básicamente, para la teoría de las normas la sistematización del delito ha de ser concebida como una teoría de la *infracción personal de la directiva de conducta expresada en la norma*²⁴⁶, de forma que el delito no es más que la infracción de un deber personal²⁴⁷. Esta idea es resultado de la clásica discusión entre las

título a las reglas de imputación y la norma de sanción, se refiere a la norma de sanción como regla de decisión (sinónimamente), SILVA SÁNCHEZ, “Prevención del delito”, *Diario La Ley*, 2009, p. 3. En teoría general del Derecho, caracterizaba a las normas como normas de conducta y normas de decisión (refiriéndose a las normas de sanción), LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho*, 1994, p. 242.

²⁴² Sobre el modelo hruschkiano, véase *infra*. La expresión “regla” en teoría general del Derecho suele emplearse como una “expresión lingüística dirigida, por su carácter ‘vectorial’, a orientar o dirigir –directa o indirectamente– la acción”. Cfr. ROBLES MORCHÓN, “Tres tipos de reglas en el Derecho”, *CFD*, 1985, p. 116.

²⁴³ Cfr. KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989, pp. 29 y ss., 146 y ss. [una aproximación en *Derecho penal de la culpabilidad*, 1996, pp. 99 y ss.]. También MAÑALICH, “Bases para una teoría comparativa”, *RJUPR*, 2006, pp. 561 y ss.; VOGEL, *Norm und Pflicht*, 1993, pp. 27 y ss.; pp. 61 y ss. En KINDHÄUSER denominar normas de comportamiento y reglas de imputación puede tener que ver con el hecho de que en las primeras se contempla una dimensión axiológica (valoración) y una prescriptiva (determinación), que en las segundas no (que son sólo adscriptivas).

²⁴⁴ Señala que la elección de un cierto concepto de norma condicionaría los problemas y las soluciones dogmáticas de la teoría del delito, BACIGALUPO ZAPATER, “La función del concepto de norma”, *RFDUC*, 1986, p. 61.

²⁴⁵ Un repaso de algunos modelos de teoría de las normas y su repercusión en la teoría del delito en HAAS, *Kausalität und Rechtsverletzung*, 2002, pp. 72 y ss., 83 y ss., 105 y ss., 109 y ss., *passim*. Consideraciones puntuales sobre algunos de los conceptos actuales de norma en SILVA SÁNCHEZ, “Abschied von einem einheitlichen Unrechtsbegriff”, *GA*, 2013, pp. 614 y ss. [= “¿Adiós a un concepto unitario de injusto?”, *InDret Penal*, 2014, pp. 5 y ss.]. Sobre la estrecha relación entre la *Normentheorie* y la *Strafrechtsdogmatik* en AST, *Normentheorie und Strafrechtsdogmatik*, 2010, pp. 9 y ss., *passim*. También SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2010 (2ª ed.), pp. 589 y ss.; MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, 2001, *passim*.

²⁴⁶ Así, MIR PUIG, *Dp, Pg*, 2011 (9ª ed.), pp. 63, 70-71, 95-96, 141-142, 541 y ss. [también en *Función de la pena*, 1982 (2ª ed.), pp. 41 y ss.]; también MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, 2001, pp. 553 y ss., 561.

²⁴⁷ Esta teoría se deriva de la línea iniciada por WELZEL, y desarrollada por ARMIN KAUFMANN, quienes retomaron la teoría imperativista de la norma de BINDING, pero con el objetivo de fundamentar en ella la

teorías imperativistas y las no imperativistas de las normas de conducta²⁴⁸. Superado este debate, hoy en día predominan las teorías eclécticas que entienden que las normas de conducta cumplen una doble función. En primer lugar, como normas de valoración y, en segundo lugar, como normas de determinación de la conducta²⁴⁹. En este último carácter las

distinción entre injusto y culpabilidad (a diferencia de aquél). Como es sabido, la teoría imperativista de la norma concebía la infracción de la norma como la infracción de un deber, de modo que únicamente los sujetos capaces de culpabilidad podían infringir la norma, pues sólo éstos estaban en condiciones de observar el deber. El finalismo, cuyo punto de partida radicó en la teoría final de la acción, intentó personalizar el deber dirigido al sujeto, entre otras cosas, ubicando el dolo en el injusto. Del injusto de la intención de WELZEL se llega al injusto de la comisión de FRISCH. También, concibe el ilícito como una decisión de voluntad, SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, 2005, pp. 62-63, 140, *passim*; esto es, un disvalor de decisión de afectar el objeto de bien jurídico.

²⁴⁸ El debate entre las escuelas imperativistas y las no imperativistas se lee desde las normas de determinación (como imperativos) y las normas de valoración (como lesividad), respectivamente. La teoría imperativista se ha plasmado, a su vez, en una versión monista (imperativos en sentido estricto) y una versión dualista (imperativos y reglas de permiso). Sobre esto último, véase BUSTOS RAMÍREZ, *Introducción al Dp*, 2005, pp. 51 y ss.

²⁴⁹ La clásica discusión entre imperativistas y no imperativistas hoy en día se ha convertido prácticamente en una discusión inútil. En España, actualmente apenas se encuentran partidarios radicales y predominan las tesis mixtas o conciliadoras (la norma como valoración y como determinación). De esta idea, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Introducción al Dp*, 2006 (4ª ed.), pp. 429 y ss. También en Alemania la doctrina mayoritaria le reconoce a la norma de conducta una doble función: como norma de valoración (*Bewertungsnorm*) y como norma de determinación (*Bestimmungsnorm*). Como norma de valoración se refiere al comportamiento del autor calificándolo negativamente, y como norma de determinación se dirige a él prohibiéndole la comisión de acciones punibles. Así, SCHÜNEMANN, "Introducción al razonamiento sistemático", en *El sistema moderno del Dp*, 2012 (2ª ed.), pp. 69-71. Fue la línea iniciada por WELZEL, posteriormente KAUFMANN (Armin) y ZIELINSKI, la que mayor repercusión tuvo en materia de teoría de las normas. Para estos autores la norma de conducta tiene una función primordialmente de determinación (como imperativo), pero también reconocen que posee una función como norma de valoración (aunque esta función de valoración no tenga autonomía frente a la norma de determinación). Sobre esta cuestión me remito a la excelente reseña de SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, 2005, pp. 27 y ss., 64 y ss. En similar sentido GIMBERNAT ORDEIG, "El sistema del Derecho penal en la actualidad", *ACJ*, 1971, pp. 280 y ss. (desde la teoría de la motivación). Téngase en cuenta que el imperativismo dio lugar a dos concepciones (pura e impura), a lo que se le opuso el no imperativismo y, posteriormente, surgieron las posturas mixtas. Partidario de un imperativismo puro (formalista), de la norma como imperativo de deber, BINDING. Por su parte, el imperativismo impuro dio lugar al menos a dos tesis: (a) primera tesis: concebía el injusto como imperativo, más una valoración sin autonomía funcional, y la culpabilidad como imperativo. Así, THON. En la dogmática jurídico-penal, desde el finalismo, KAUFMANN (Armin), *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, 1988 (reimp. 1ª ed., 1954); [también en *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1959, pp. 2 y ss., 35 y ss.]. En la misma línea, pero alcanzando un subjetivismo extremo, ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgswert*, 1973, pp. 171 y ss.; asimismo SANCINETTI, *Subjetivismo e imputación objetiva*, 1996, p. 37 (este autor señala que la teoría de KAUFMANN constituye una modalidad o corrección de la teoría de los imperativos); (b) segunda tesis: concebía el injusto como imperativo de derecho, y la culpabilidad como imperativo de deber. Así, GOLDSCHMIDT (quien niega rotundamente algún momento de valoración). Para BUSTOS RAMÍREZ este autor se refería en términos semejantes a la norma jurídica o momento de valoración y a la norma de deber o momento de determinación (= motivación). La primera hacía referencia a una norma objetiva, como deber general e impersonal que establecía la ilicitud del hecho, mientras que la segunda hacía referencia a una norma subjetiva, como deber individual y personal que establecía la culpabilidad del sujeto. Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, *Introducción al Dp*, 2005, p. 56. Entre los no

normas imponen deberes a sus destinatarios, ya sea de omitir la realización de determinado comportamiento (prohibiciones) o de ejecutar determinada conducta (mandatos). Así, también las normas de conducta pueden autorizar o permitir la realización o no realización de determinada conducta (permisiones). Que la antijuridicidad penal no puede consistir simplemente en la infracción de una norma, entendida ésta como un mero imperativo, es un argumento que ha zanjado gran parte del debate entre imperativistas y no imperativistas. Desde que MEZGER puso de relieve la imposibilidad de la existencia conceptual de un imperativo no precedido de una valoración²⁵⁰ ha quedado bastante asentada la idea que la norma de determinación es inconcebible sin una previa norma de valoración (llámese a ésta *prius* lógico o presupuesto valorativo), toda vez que si lo que pretende la norma como imperativo es determinar el comportamiento de las personas en uno u otro sentido, habrá de subyacer a aquélla una razón de valor, una especie de fundamento axiológico de la ordenación social²⁵¹. Pero la postura de MEZGER fue asumida por la doctrina mayoritaria sólo para distinguir la doble función de la norma jurídica, tanto como norma de valoración como norma de determinación y no, en cambio, para distinguir entre antijuridicidad y culpabilidad. Así, mientras que MEZGER empleó la doble función de la norma jurídica en su faz valorativa y en su faz imperativa para diferenciar normativamente a la antijuridicidad

imperativistas, esto es de la norma como desvalor, fue VON LISZT, quien frente a la teoría de los imperativos de BINDING, consideró que lo fundamental en la teoría de las normas no es en sí la dimensión formal de la desobediencia a la norma, sino el valor (o desvalor) que ésta contiene. La conducta delictiva afecta a un bien jurídico que el legislador ha decidido proteger como algo valioso para la vida social; lo que él denominaba los “intereses para la vida humana” (*Lebensinteressen*). Cfr. VON LISZT, *Tratado de Dp*, 1925 aprox. (3ª ed.), pp. 6 y ss., 335, *passim*. Finalmente, la postura mixta, es decir, la norma como imperativo + desvalor, también dio lugar al menos a dos tesis: (a) primera tesis: concebía el injusto como norma de desvalor, y la culpabilidad como norma de deber personal. Cfr. MEZGER, “Die subjektiven Unrechtselemente”, *GS*, 1923, pp. 243 y s., 245 y ss.; (b) segunda tesis: concebía el injusto como norma de desvalor + norma de deber interpersonal, y la culpabilidad como norma de deber personal. En este sentido, la mayor parte de la doctrina actual.

²⁵⁰ Cfr. MEZGER, *Tratado de Dp*, 1955, pp. 343 y ss.

²⁵¹ Se enrolan en las tesis mixtas, JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch, AT*, 1996 (5ª ed.), § 24, punto II.2, p. 237 [2002, p. 254]; MEZGER, *Tratado de Dp*, 1955, pp. 343 y ss. En España GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Introducción al Dp*, 2006 (4ª ed.), p. 438 (para determinar algo a alguien habrá de saberse antes a qué se quiere determinar; y, por tanto, ha de valorarse previamente ese algo como positivo en cierto sentido); MIR PUIG, “Valoraciones, normas y antijuridicidad penal”, *RECPC*, 2004, pp. 1 y ss. (en donde rectifica su anterior tesis de la norma entendida exclusivamente como un imperativo); RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Dp, Pg*, 1995 (18ª ed.), p. 425; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Dp, Pg*, 1977, p. 77 (“cuando se impone a una determinada sociedad una norma jurídica, se está imponiendo un juicio de valor ... estas valoraciones operan conforme a la jerarquía valorativa que informa el orden social”, pero “la norma penal no es puro juicio de valor, sino también imperativo, que presiona sobre las tendencias antisociales del individuo, alterando la vida personal en el sentido de lo social”). Crítico a la forma mayoritaria de distinguir entre la norma de valoración y la norma de determinación, MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, 2001, pp. 557 y ss., que propone un modelo similar al de MEZGER (ver nota al pie *infra*).

(norma de valoración = juicio de desvalor) de la culpabilidad (norma de determinación = juicio de reproche)²⁵², la doctrina mayoritaria distinguió la doble faz de la norma jurídica ya en sede de la antijuridicidad, en donde el injusto comportaba la infracción al mismo tiempo de la norma de valoración y de la norma de determinación²⁵³. Con ello, la visión más extendida acerca de la naturaleza de las normas ve en ellas no sólo unas simples declaraciones valorativas sobre ciertos hechos, relaciones o resultados, sino auténticas prescripciones que imponen a sus destinatarios deberes de hacer u omitir. Ello tiene como consecuencia inevitable que, ya en esta instancia (en el injusto o antijuridicidad penal), se tomen en consideración alguna de las circunstancias personales del destinatario (previas al examen de la culpabilidad)²⁵⁴. En consecuencia, lejos han quedado para lo que interesa en este trabajo, aquellos planteamientos que asumen el injusto desde la exclusiva función de contrariedad a la norma y la culpabilidad desde la exclusiva prescripción imperativa²⁵⁵.

2. La esencia que hasta hoy en día perdura es la de concebir el delito como la infracción a un deber personal de conducta²⁵⁶ que ha quedado plasmada en un imperativismo matizado, como muestra evidente de una síntesis de aquella lucha. Por su parte, dentro de los

²⁵² MEZGER llegó a distinguir en la norma primaria una doble función: como norma objetiva de valoración (que operaba en el nivel de la antijuridicidad como injusto objetivo, y que estaba dirigida a todos), y como norma subjetiva de determinación (que operaba en el nivel de la culpabilidad, y que estaba dirigida sólo al personalmente obligado). Cfr. MEZGER, *Tratado de Dp*, 1955, pp. 337 y ss., 340 y ss., 343 y ss.

²⁵³ La doctrina mayoritaria logró mantener el resultado en el injusto, a través de la infracción a la norma de valoración. Con ello el injusto comportaba un doble juicio de desvalor: de la acción (infracción a la norma de determinación) y del resultado (infracción a la norma de valoración). Así, WOLTER, “Imputación objetiva y personal”, en *El sistema moderno del Dp*, 2012 (2ª ed.), pp. 123 y ss., distingue entre el injusto de la acción (norma de conducta) y el injusto del resultado (norma de valoración); por eso la finalidad de protección de los bienes jurídicos ha de ser concretada y completada desde la teoría de las normas (p. 124). Sobre estas distinciones, y sus críticas MIR PUIG, “Norma de determinación, valoración de la norma”, en *Estudios penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, 2008, p. 1312.

²⁵⁴ De modo más detallado, y en sentido crítico MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, 2001, pp. 493 y ss.

²⁵⁵ Véase en esta línea MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, 2001, pp. 489 y ss.

²⁵⁶ En todo caso, es seguro que el delito consiste, al menos, en la infracción de una norma. Lo señala, SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, 2005, p. 17 [también en *Subjetivismo e imputación objetiva*, 1996, p. 35]. Como versión normativa del injusto personal de la escuela finalista (el injusto de la intención) se erige el *injusto de la decisión* de FRISCH, “El error como causa de exclusión del injusto”, en *Justificación y exculpación*, 1995, p. 198. En nuestra doctrina, sostiene que el núcleo de lo injusto no consiste ni en un acto de desobediencia, ni en la voluntad de realizar una acción prohibida, sino en la *realización voluntaria de una conducta con significado social que el Derecho pretende prevenir*, MIR PUIG, *Función de la pena*, 1982 (2ª ed.), pp. 60-62 y ss. En esta línea, muy recientemente SILVA SÁNCHEZ, “¿Adiós a un concepto unitario de injusto?”, *InDret Penal*, 2014, p. 7. Desde otra visión WOLTER, “Imputación objetiva y personal”, en *El sistema moderno del Dp*, 2012 (2ª ed.), pp. 129 y ss., concibe el injusto como un injusto objetivo del sujeto, esto es, en los delitos dolosos e imprudentes, el injusto subjetivo (personal).

partidarios de abordar el estudio de la teoría del delito desde la teoría de las normas hay que distinguir dos sistemas bien diferentes. Los partidarios del modelo unitario de delito (el injusto culpable de BINDING)²⁵⁷ y los del modelo de la distinción²⁵⁸, dentro del cual se destaca el modelo binómico entre antijuridicidad y culpabilidad²⁵⁹. En el sistema actual al uso existe un alto grado de consenso en que el hecho delictivo debe analizarse desde, por lo menos, dos niveles. Por un lado, el llamado juicio de valoración de la antijuridicidad (= contrariedad del hecho al Derecho) y, por el otro, el juicio de imputación de la culpabilidad (= atribución del hecho antijurídico a su autor). El núcleo indiscutido del injusto viene dado por la infracción del contenido de la norma. Si la norma se dirige al sujeto e intenta que éste se motive en sus directivas, evitando la comisión de delitos, entonces, dicha norma ha de desplegar sus efectos antes de que el sujeto actúe, pues sólo así la norma podrá ejercer su

²⁵⁷ Por cuestiones obvias de espacio y de objeto de estudio no me ocuparé del modelo unitario, pero permítaseme unas breves consideraciones. La llamada teoría “unitaria” del delito, que es en algunos puntos heredera del concepto de delito hegeliano, llega a concebir el injusto y la culpabilidad como un todo, de modo que sólo existe el injusto culpable. Continuidad del modelo unitario del delito desde la teoría de las normas son los planteamientos actuales de algunas corrientes funcionalistas, como la jakobsiana.

²⁵⁸ Tomo esta expresión de MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, 2001, p. 42.

²⁵⁹ Véase SILVA SÁNCHEZ, “Abschied von einem einheitlichen Unrechtsbegriff”, *GA*, 2013, pp. 611 y ss. [= “¿Adiós a un concepto unitario de injusto?”, *InDret Penal*, 2014, pp. 2 y ss.]. Lo concibe como una forma mínima e irrenunciable de analizar el concepto de delito, MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, 2001, pp. 17 y ss., *passim*. Varios son los aspectos de la teoría del delito que han influido como para considerar imprescindible la distinción entre injusto y culpabilidad: lo relativo al bien jurídico como objeto de protección del Derecho penal; la cuestión sobre el desvalor de acción y el desvalor de resultado; el tema del error sobre el aspecto positivo del injusto (tipicidad) y las causas de justificación (error sobre los presupuestos objetivos de la justificación); la necesidad de distinguir entre las causas que justifican el hecho, y las que disculpan al autor; el problema de las medidas de seguridad para los inimputables que precisaba de un injusto intersubjetivo (no subjetivo como el de la teoría imperativista); entre otros más. Algunas consideraciones al respecto en SANCINETTI, *Subjetivismo e imputación objetiva*, 1996, pp. 38 y ss. Sobre la distinción entre injusto y culpabilidad, por todos MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, 2001, pp. 20 y ss., 72 y ss., 190 y s., 268 y ss., *passim* [también en *Responsabilidad jurídica y libertad*, 2002, p. 21, en donde entiende que la distinción cumple no sólo una función analítica, sino también práctica]. La posición de este autor es digna de señalar, porque asimila la antijuridicidad con la norma de conducta determinativa, que sólo puede ser infringida por un sujeto culpable, pero a la vez contempla un nivel previo de lesividad social de la conducta. Más que de injusto y culpabilidad en el pensamiento de este autor puede distinguirse entre lesividad (plenamente objetiva) e infracción del deber (plenamente subjetiva). Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, 2001, pp. 489 y ss. En sentido opuesto, se entiende que no resulta imposible concebir algunas circunstancias propias del individuo (personales) en el nivel del injusto, antes de pasar a la culpabilidad. Esta idea ya en los finalistas. Más matizadamente, en la actualidad, respecto del injusto de los inimputables, SILVA SÁNCHEZ, “Abschied von einem einheitlichen Unrechtsbegriff”, *GA*, 2013, pp. 618 y ss. [= “¿Adiós a un concepto unitario de injusto?”, *InDret Penal*, 2014, pp. 10 y ss.].

función de prevención de conductas socialmente disvaliosas. Esto indica que los presupuestos de la imputación de la antinormatividad deben derivar de la propia norma²⁶⁰.

2.a. Además, como se ha venido recordando, la teoría de las normas ha distinguido entre las normas primarias (de conducta) y las normas secundarias (de sanción), de forma tal que los autores que han intentado fundamentar la estructura del delito desde esta lógica se han preguntado por cuáles son los elementos o aspectos del delito que condicionan la infracción de la norma de conducta y cuáles, en cambio, son los aspectos que hacen posible la aplicación de la norma de sanción; o mejor dicho, qué aspectos o niveles del delito se ven afectados por la norma de conducta y cuáles por la norma de sanción. Las diferentes trayectorias de escuelas demuestran el modo en que han ido combinando las normas en relación con el sistema del delito.

1.4.b. Teoría del delito desde la doctrina de la imputación

1. Así, como en la dogmática jurídico-penal suele atribuirse a BINDING el título de creador de la teoría de las normas, respecto de las doctrinas de la imputación existen dos fuentes primordiales que destacar. Antes de referirme a ellas, téngase en cuenta que ambos modelos de imputación se fundan en la filosofía del idealismo alemán del siglo XVIII, que los lleva a delimitar el hecho humano del hecho fortuito o meramente físico²⁶¹ y en cuyo fundamento se halla la libertad de la persona. El primer modelo se remonta al pensamiento kantiano (y con ello a la filosofía aristotélica, la escolástica de santo Tomás de Aquino y los pensadores del Derecho natural racionalista del siglo XVII²⁶²)²⁶³ y el segundo, al hegeliano²⁶⁴. Mientras

²⁶⁰ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2010 (2ª ed.), p. 678 (§ 1.1); MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, 2001, pp. 497 y ss., 553 y ss.

²⁶¹ Cuando LARENZ (siguiendo a HEGEL) señala que el juicio de imputación es aquel por el cual se determina si un hecho es obra de un sujeto, no está diciendo nada diferente a cuando KANT señala que la imputación en sentido moral es el juicio por medio del cual alguien es considerado como autor (*causa libera*) de una acción. Cfr., respectivamente SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, “Estudio preliminar”, en *La imputación objetiva en Dp*, 1996, p. 23 (citando a LARENZ); KANT, *La metafísica de las costumbres*, 1989, p. 35.

²⁶² Como PUFENDORF, WOLFF y THOMASIIUS. Fue PUFENDORF quien tuvo el mérito de ser el primero en emplear la expresión *imputatio* en sentido técnico en el Derecho. Al menos así lo señala LOENING, *Die Zurechnungslehre*, 1967 (reimp. 1903), pp. X-XI; también SCHÜNEMANN, “Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva”, en *Temas actuales*, 2002, p. 72. Por su parte SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación y teoría del delito*, 2008, pp. 16-17, 19, enseña que PUFENDORF introdujo la doctrina de la imputación de ARISTÓTELES entre los autores de su época. Cfr. también WELZEL, *Introducción a la filosofía del Derecho*, 1979 (2ª ed., 3ª reimp.), pp. 133 y ss. (nota al pie 79, p. 137). Rescata asimismo que son las doctrinas del Derecho natural las que producen una concepción del delito basada en la noción de imputación, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2010 (2ª ed.), p. 589.

²⁶³ Sobre las reseñas históricas de la doctrina de la imputación en la línea de KANT (y ARISTÓTELES), HRUSCHKA, “Imputation”, *BYULR*, 1986, pp. 669 y ss. [también en “La imputación ordinaria y extraordinaria

que la línea iniciada en KANT ha derivado en el modelo que hoy se conoce de JOACHIM HRUSCHKA²⁶⁵, la generada en HEGEL lo ha hecho en el modelo de GÜNTHER JAKOBS. Aun cuando ambos modelos sostengan que el sentido de la responsabilidad reside en un ejercicio de la libertad autorresponsable, sus modos de proceder difieren. Entretanto el pensamiento analítico condujo necesariamente a la escisión del concepto de acción, distinguiéndose por ello entre la acción en sí misma y la acción culpable, la tradición hegeliana, de fuerte esencia unificadora, fusionó la acción y culpabilidad en un todo. En consecuencia, los resultados respectivos fueron, por un lado, un modelo de imputación distintivo entre el juicio de imputación del hecho (*imputatio facti*) y el juicio de imputación de la voluntad culpable (*imputatio iuris*) y, por el otro, un modelo de imputación unificado en la acción culpable.

2. En Derecho penal, a partir del aporte de HRUSCHKA, las doctrinas sobre la acción humana, la libertad y la responsabilidad de la filosofía moral comenzaron a considerarse en relación con el hecho punible²⁶⁶. Surgen así, junto a las ya conocidas normas de conducta, las llamadas reglas de imputación²⁶⁷. En el modelo de imputación de este autor, las reglas

en Pufendorf”, en *Imputación y Dp*, 2005, pp. 55 y ss.]; HARDWIG, *Die Zurechnung*, 1957. En España SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación y teoría del delito*, 2008.

²⁶⁴ Sobre las reseñas históricas de la doctrina de la imputación en la línea de HEGEL, sobre todo LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre*, 1927. Algunas consideraciones también en PÉREZ DEL VALLE, “La persona del Derecho penal en la filosofía del derecho de Hegel”, en *LH a Enrique Bacigalupo*, 2004, pp. 625 y ss.

²⁶⁵ Señala que la concepción del delito basada en la noción de imputación del Derecho natural ha sido redescubierto por HRUSCHKA, entre otros, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2010 (2ª ed.), p. 589, nota al pie 229. SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación y teoría del delito*, 2008, p. 451, nota al pie 9, sostiene algo similar diciendo que la doctrina de la imputación no ha sido *inventada* por HRUSCHKA, sino *redescubierta*. Agradece a HRUSCHKA el haber descubierto las raíces histórico-conceptuales de la teoría de la imputación del Derecho natural que hoy se maneja, VOGEL, *Norm und Pflicht*, 1993, pp. 57 y s.

²⁶⁶ Sobre esta evolución, fundamental la obra de SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación y teoría del delito*, 2008, pp. 14 y ss., 20 y ss., *passim*. También SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2010 (2ª ed.), pp. 589 y ss.

²⁶⁷ Cfr. HRUSCHKA, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 1988 (2ª ed.), pp. 289, 416. Una aproximación más superficial en HRUSCHKA, “Reglas de comportamiento y reglas de imputación”, en *Imputación y Dp*, 2005, pp. 27-39; próximos KINDHÄUSER, “Zur Rechtfertigung”, *JRE*, 1994, pp. 340 y ss. [también en *Gefährdung als Straftat*, 1989, pp. 29 y ss. Para este autor, hay que distinguir entre la antinormatividad o infracción a una norma de causación (*Normwidrigkeit*) y la infracción del deber del comportamiento antinormativo (*Pflichtwidrigkeit*), pp. 13 y ss., 56 y ss.]; VOGEL, *Norm und Pflicht*, 1993, pp. 27 y ss.; pp. 61 y ss., 304; TOEPEL, *Kausalität und Pflichtwidrigkeitszusammenhang*, 1992, pp. 13 y ss., 19. También con algunas adhesiones a la doctrina de la imputación, PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 255 y ss.; RENZIOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, 1997, pp. 23, 121 y ss. En el ámbito iberoamericano MAÑALICH, “Norma e imputación”, *REJ*, 2010, pp. 169, 171-190; SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación y teoría del delito*, 2008, pp. 32 y ss., 387 y ss., 532 y ss. [también en “Casos difíciles, teoría del delito”, en *¿Casos difíciles o irresolubles?*, 2010, pp. 84 y ss.; “Teoría del delito, imputación extraordinaria e incumbencias”, en *LH a Mir Puig*, 2010, pp. 535 y ss.]; JOSHI JUBERT, “Normas de conducta y juicios de imputación”, en *Estudios penales*

de conducta desempeñan una doble función según el momento en el que deban operar y el sujeto al que están dirigidas. Cuando lo hacen en prospectiva (*ex ante*) su función es exclusivamente configurativa de la conducta, a través de prohibiciones, mandatos y permisiones, indicándole al ciudadano lo que debe dejar de hacer, lo que debe hacer y lo que le está permitido hacer o dejar de hacer, respectivamente²⁶⁸. En cambio, cuando lo hacen en retrospectiva (*ex post*), cumplen una función de baremo de medición, de modo que en este nivel o momento, operan exclusivamente los tipos delictivos (de comisión u omisión) y los tipos de justificación, desde los cuales el juzgador valora acerca de la antijuridicidad o juridicidad de la conducta²⁶⁹. De las reglas de comportamiento han de distinguirse las reglas de imputación, que a diferencia de aquéllas, éstas últimas cumplen una función esencialmente adscriptiva y, por ello, operan en retrospectiva²⁷⁰. Sólo se asemejan a las reglas de conducta en su función de baremo de medición, al estar también dirigidas al sujeto juzgador de la conducta²⁷¹. Además de esta básica distinción, en el modelo hruschkiano, la propia imputación se divide en dos niveles y en dos clases. En cuanto a los niveles de imputación estos son dos y se encuentran integrados por un nivel intermedio de valoración²⁷². La imputación de primer nivel (*imputatio facti*) es la que permite la imputación de un proceso como ejecución de una acción por parte de una persona responsable (a la que se le considera por ello *causa moralis*)²⁷³. En el nivel intermedio de

en homenaje a Enrique Gimbernat, 2008, pp. 1075 y ss. Aborda la imputación del conocimiento en el partícipe desde la doctrina de la imputación hruschkiana, MIRÓ LLINARES, *Conocimiento e imputación*, 2009, pp. 37, 42 y ss., 254 y ss., *passim*. En un sentido similar a este binomio, algunos autores norteamericanos se refieren a *conduct rules* y *decision rules*. Cfr. DAN-COHEN, "Decision rules and conduct rules", *HLR*, 1984, pp. 626 y ss. Similarmente, emplea la dupla *rules of conduct* y *principles of adjudications*, ROBINSON (Paul), "Rules of conduct", *UChLR*, 1990, pp. 730 y ss. [también en "Structuring criminal codes", *BCLR*, 2000, pp. 3 y ss.; "Imputed criminal liability", *YLJ*, 1984, pp. 611 y ss.]. Se refiere a *question of wrongdoing (primary legal norms)* y *question of attribution*, FLETCHER, *Rethinking criminal law*, 2000, (reimp. de 1978), pp. 491 y ss.

²⁶⁸ Cfr. HRUSCHKA, "Reglas de comportamiento y reglas de imputación", en *Imputación y Dp*, 2005, pp. 28 y ss. HRUSCHKA parece no otorgar sentido valorativo a las reglas de conducta, sino simplemente prescriptivo -de deber kantiano-, esto es, de configuración de la conducta. También SÁNCHEZ-OSTIZ, "Casos difíciles, teoría del delito", en *¿Casos difíciles o irresolubles?*, 2010, p. 85. Como es sabido, el deber kantiano estaba desprovisto de valor, lo que ha motivado una aguda crítica por parte de la filosofía hildebrandiana.

²⁶⁹ Cfr. HRUSCHKA, "Reglas de comportamiento y reglas de imputación", en *Imputación y Dp*, 2005, pp. 28 y ss.

²⁷⁰ Cfr. HRUSCHKA, *ibidem*, pp. 29 y ss.

²⁷¹ Cfr. HRUSCHKA, *ibidem*, p. 29. Cabe una aclaración: las reglas de imputación además se comportan como reglas de conducta en prospectiva dirigidas al sujeto imputante (nota al pie 7).

²⁷² En lo que sigue HRUSCHKA, *ibidem*, pp. 30 y ss.

²⁷³ En la imputación de primer nivel el juzgador imputante considera que el autor ha tenido una alternativa a su hecho, esto es, que ha estado en situación de omitir el hecho comisivo o bien de ejecutar el hecho omitido. Cfr. HRUSCHKA, *ibidem*, p. 30.

valoración opera la regla de conducta en su función de baremo de medición (*applicatio legis ad factum*) del hecho imputado en el primer nivel²⁷⁴. Finalmente, la imputación de segundo nivel (*imputatio iuris*) es la que permite la imputación al merecimiento del hecho (demérito) que ha sido juzgado según el tipo penal en el nivel anterior²⁷⁵. En cuanto a las clases o tipos de imputación, HRUSCHKA contempla la imputación ordinaria (*actio libera in se*) y la imputación extraordinaria (*actio libera in causa*), que pueden darse tanto en la imputación de primer nivel como en la imputación de segundo nivel²⁷⁶. Como me ocupo especialmente de estos dos tipos de imputación y para evitar repeticiones innecesarias, me remito al *Capítulo Quinto*, no sin dejar de destacar ya en esta etapa del trabajo, que la doctrina de la imputación, al igual que la teoría de la infracción personal de la norma, concibe al sujeto como un agente moral autorresponsable, pero mucho más allá de los límites de los que la mencionada teoría de la infracción personal ha llegado a reconocer. Esto significa que la doctrina de la imputación ve posible atribuir responsabilidad penal aun en aquellos casos en que no concurren todos los presupuestos subjetivos (ordinarios) de la imputación, a través de una vía excepcional a la que denominan imputación extraordinaria y para la cual reservan un especial fundamento: la infracción de la incumbencia de mantenerse capaz de imputación.

3. Frente a este modelo analítico o distintivo de delito se erige el modelo unitario del injusto culpable de JAKOBS^{277/278}. A diferencia del modelo anterior, en donde el delito es entendido

²⁷⁴ En referencia directa a KANT, señala HRUSCHKA, *ibidem*, p. 31, que sólo de un hecho que sea imputado en el primer nivel, como manifestación de una acción libre, se puede decir que está sometido a “leyes”, que puede ser antijurídico (o estar justificado).

²⁷⁵ Cfr. HRUSCHKA, *ibidem*, pp. 34 y s. También denominado “juicio sobre la culpabilidad del autor”.

²⁷⁶ Cfr. HRUSCHKA, *ibidem*, pp. 35 y ss.

²⁷⁷ Hacia el año 2000 aseveraba KÖHLER que la situación actual sobre el estado de la teoría de la imputación en la doctrina alemana se caracterizaba por la polémica entre un objetivismo de la norma o funcionalismo, por un lado, y una concepción de la doctrina de la imputación orientada al concepto de libertad, por el otro. Cfr. KÖHLER, “La imputación subjetiva”, en *Sobre el estado de la teoría del delito*, 2000, p. 76. Esto sería algo como, entre una teoría de la imputación objetivizada, según JAKOBS, y una teoría de la imputación moral, según HRUSCHKA.

²⁷⁸ Planteamientos unitarios son las corrientes funcionalistas sistémicas. Se refiere a un *injusto funcional*, LESCH, *Injusto y culpabilidad*, 2001, pp. 28 y ss., *passim*; JAKOBS, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, 1992, pp. 41 y ss. (la acción jurídico-penalmente relevante sólo existe si se aprecia capacidad de culpabilidad), p. 44. En otros escritos, este autor reduce toda la sistematización previa al escalón del juicio de culpabilidad a conceptos auxiliares, cuyo cometido consiste exclusivamente en hacer más manejable el concepto de culpabilidad, en donde dichas categorías sólo cumplen una función didáctica. Lo único que cuenta con relevancia penal es el injusto culpable, porque el injusto no culpable se reduce a mera naturaleza y, por ello, no comporta expresión de sentido. Cfr. JAKOBS, *Sociedad, norma, persona*, 1996, pp. 60 y ss. También PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 257 y ss. En Iberoamérica MAÑALICH, “El delito como injusto culpable”,

como la *imputación a la infracción de una norma objetiva de conducta*²⁷⁹, en este modelo lo es como la *imputación a la defraudación de una expectativa normativa de conducta*²⁸⁰. Aquí los presupuestos de la imputación se originan en las expectativas sociales de conducta, para luego ser introducidas en las normas jurídicas y, de este modo, se institucionalizan²⁸¹.

RD, 2011, pp. 93 y ss. (que no sigue en todo a JAKOBS, sino también a KINDHÄUSER); GONZÁLEZ RIVERO, “Imputación jurídico-penal en estado defectuoso”, en *LH a Enrique Bacigalupo*, 2004, pp. 267 y ss. Desde una postura de la unificación del dolo (entendido éste como *dolus malus*), JAKOBS, “*Dolus malus*”, en *FS für Rudolphi*, 2004, pp. 107-122 [pero ello no significa que analíticamente este autor distinga el dolo como parte del tipo y la conciencia del injusto como parte de la culpabilidad. Cfr. JAKOBS, *Dp, Pg*, 1997 (2ª ed.), p. 311; recientemente en *System der strafrechtlichen*, 2012, pp. 55 y ss.]. También MAÑALICH, “El delito como injusto culpable”, RD, 2011, pp. 102 y ss. (distinguiendo analíticamente entre el dolo y el conocimiento de la antijuridicidad, entre los que existe una conexión funcional); FAKHOURI GÓMEZ, *Delimitación entre error de tipo y de prohibición*, 2009, pp. 453 y ss.; GONZÁLEZ RIVERO, “Imputación jurídico-penal en estado defectuoso”, en *LH a Enrique Bacigalupo*, 2004, p. 270. El modelo unitario del delito en la doctrina de la imputación puede ser visto como una continuidad del modelo unitario del delito del imperativismo puro de las normas. Sobre este tema MIR PUIG, “Norma de determinación, valoración de la norma”, en *Estudios penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, 2008, p. 1312; muy detalladamente, por todos, MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, 2001, pp. 70-72 (en alusión al planteamiento de JAKOBS); 290 y ss. (el injusto culpable en MERKEL); 301 y ss. (primera etapa de BINDING); 312 y ss. (la norma subjetivizada de HÖPFNER); 328 y ss. (la concepción imperativa de VON FERNECK); *passim*; SANCINETTI, *Subjetivismo e imputación objetiva*, 1996, p. 37 (en referencia a BINDING); MEZGER, *Tratado de Dp*, 1955, pp. 343-345.

²⁷⁹ Cfr. KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989, pp. 13 (objeto de la responsabilidad es la “*Desavouierung einer Norm, die Kriterium rechtlich richtigen Verhaltens ist*”) y ss., 56 y ss.; VOGEL, *Norm und Pflicht*, 1993, pp. 20 y ss., 28 y ss., 41 y ss. También MAÑALICH, “Norma e imputación”, *REJ*, 2010, pp. 171 y ss. Hasta donde alcanzo a comprender, en la terminología de HRUSCHKA el delito podría ser entendido como la “infracción del deber imputable” (*zurechenbare Pflichtverletzung*). Cfr. HRUSCHKA, “Kann und sollte die Strafrechtswissenschaft systematisch sein?”, *JZ*, 1985, p. 8. Tomo la traducción de la expresión alemana de SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2010 (2ª ed.), p. 166, nota al pie 306. Otra traducción como “lesión imputable del deber” la ofrece SÁNCHEZ-OSTIZ en HRUSCHKA, “¿Puede y debería ser sistemática la dogmática jurídico-penal?”, en *Imputación y Dp*, 2005, p. 272.

²⁸⁰ Cfr. JAKOBS, *Sociedad, norma, persona*, 1996, pp. 50 y ss., *passim*. Para este autor, las expectativas garantizadas jurídicamente sólo se ven defraudadas por una conducta objetivamente defectuosa, sin tener en cuenta los aspectos individuales (p. 54). También JAKOBS, “Imputación jurídico-penal”, en *Dogmática de Dp*, 2004, p. 76: “el hecho punible consiste en la defraudación de expectativas en sí misma, (...), en el quebrantamiento de la norma y no ya en las consecuencias psico-sociales de este quebrantamiento”. En esta línea BACIGALUPO ZAPATER, *Teoría y práctica*, 2009, pp. 279 y ss., para quien la ilicitud se explica como la defraudación de la expectativa normativa de conducta (a través de la infracción a la norma de conducta que las contiene); y PÉREZ DEL VALLE, “*Imputabilitas*”, *InDret Penal*, 2015, pp. 2 y ss., que desde la teoría de la imputación jakobsiana niega el injusto penal de los inimputables.

²⁸¹ Una visión general del planteamiento de JAKOBS permite advertir las diferentes dimensiones de la imputación. Por un lado, al sujeto se le imputa la formulación de una máxima de comportamiento incompatible con la norma jurídica, desautorizándola como modelo general de orientación en el contacto social. Por otro lado, y de modo vinculado con lo anterior, se le imputa al sujeto la defraudación de las expectativas sociales de conducta, y con ello, también se le imputa la ausencia de fidelidad al Ordenamiento Jurídico. De este modo, la pena como respuesta se sitúa en el mismo nivel simbólico de la infracción a la norma, y comunica que la norma jurídica sigue vigente, que las expectativas de conducta siguen rigiendo y que sigue valiendo la fidelidad al Derecho. Consideraciones similares en PEÑARANDA RAMOS, “Sobre la influencia del funcionalismo”, *Doxa*,

La diferencia primordial con la primera tesis es el que el sujeto de la imputación no es preexistente a la norma jurídica, sino que queda constituido a partir de ella, es decir, a partir de que el sujeto ha infringido las expectativas sociales de conducta ha quedado demostrada su competencia y le ha sido, en consecuencia, imputado el hecho como suyo. Es la norma, como fiel reflejo de las expectativas sociales de comportamiento, la que al imputar un hecho configura la calidad de persona de un individuo (el sujeto o lo subjetivo tienen en este modelo una relevancia dependiente²⁸²). El delito es concebido como una comunicación defectuosa, defecto que se imputa al autor como culpa suya²⁸³ por significar el apartamiento de los estándares objetivos fijados por la sociedad. De allí que el Derecho penal no se desarrolle en las conciencias individuales, sino en la sociedad a través de la comunicación, en donde sus actores son las personas (autor, víctima, juez) y en donde las condiciones de la comunicación quedan estipuladas desde la sociedad²⁸⁴. Para JAKOBS el punto de enlace entre la teoría del delito y las normas jurídicas²⁸⁵ se realiza desde la imputación objetiva (en donde se fija objetivamente qué es lo que significa un comportamiento de acuerdo a roles específicos²⁸⁶) y se completa con la culpabilidad (en donde se considera el rol general del ciudadano como una persona fiel al Derecho). Evidentemente, para esta concepción, una sociedad compleja como la actual sólo puede organizarse desde estructuras objetivizadas y no desde las preferencias subjetivas de cada uno de sus intervinientes, de modo que las

2000, p. 299, para quien lo relevante de la función preventiva de la pena es la comunicación de sentido [también en “Función de la pena”, en *RPDJP*, 2001, pp. 431 y ss.].

²⁸² Cfr. JAKOBS, *Sociedad, norma, persona*, 1996, p. 12. Los caracteres que debe reunir la persona jurídico-penal han de venir determinados por la finalidad del Derecho penal, que es el mantenimiento de la identidad normativa de la sociedad. Igualmente GONZÁLEZ RIVERO, “Imputación jurídico-penal en estado defectuoso”, en *LH a Enrique Bacigalupo*, 2004, p. 263.

²⁸³ Cfr. JAKOBS, *ibidem*, p. 18.

²⁸⁴ Cfr. JAKOBS, *ibidem*, p. 67.

²⁸⁵ En realidad JAKOBS no opera con normas desde la teoría de las normas, sino desde la teoría de los sistemas, que concibe a éstas antes que como portadoras de deberes, como portadoras de expectativas normativas que no están dirigidas a individuos, sino a personas (receptáculos comunicacionales). Es la expectativa ligada a un deber, en todo caso. De allí que al autor se lo trata como a un defraudador antes que como a un infractor de la norma. Como defraudador el análisis de su responsabilidad se eleva a lo social (mientras que si se lo hiciera como infractor el plano sería el individual). El autor no es que haya infringido un deber (*su deber*), sino que ha defraudado expectativas normativas. Cfr. JAKOBS, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, 2003, pp. 15 y ss., 17 y ss.

²⁸⁶ Patrón objetivo que ha de evitar tener en cuenta el “caos de la masa de peculiaridades subjetivas”, y que ha de quedar enmarcado desde estándares objetivos, es decir, desde roles. Cfr. JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, 1996, p. 53, “los actores y los demás intervinientes no se toman como individuos con intenciones (...), sino como aquello que deben ser desde el punto de vista del Derecho: como personas”. Téngase en cuenta que, en el modelo de este autor, no se habla de imputación del resultado, ni del riesgo, como en la teoría del delito al uso, sino de la determinación del comportamiento no permitido según el rol. Cfr. JAKOBS, “La ciencia del Dp”, en *Dogmática de Dp*, 2004, p. 33.

expectativas garantizadas jurídicamente sólo se consideran defraudadas en la medida en que provengan de una conducta objetivamente defectuosa sin tener en cuenta los aspectos individuales²⁸⁷. No obstante, no es el quebrantamiento del rol especial lo que hace reaccionar al Derecho penal, sino el quebrantamiento del rol general como ciudadano fiel al Derecho, y esto se explica desde su modelo de la unidad del injusto culpable²⁸⁸. En una concepción de esta naturaleza, las normas primarias poseen una dimensión determinativa de la conducta, pero sólo como una función latente, es decir, como manifestación de un efecto psicológico secundario que ellas poseen. Con ello, las normas jurídico-penales no tienen como misión principal influir sobre el comportamiento de los ciudadanos, sino ante todo (y esto sí que forma parte de la lógica jurídico-penal para JAKOBS) constituir la expresión de una expectativa de conducta institucionalizada y estabilizada contrafacticamente por medio de la pena²⁸⁹. Como se aprecia, en este planteamiento el papel central lo asume la norma de sanción que es la que contiene la solución punitiva a través de la cual se restablece el conflicto producido por el delito²⁹⁰. De allí que los presupuestos de la responsabilidad penal no vienen determinados por las condiciones psicológicas de los destinatarios de las normas de conducta, sino por las exigencias de una comunicación social como medio de solución de conflictos y restablecimiento del orden alterado.

4. Para concluir, hay que rescatar las dos notables diferencias entre estos modelos de imputación. El modelo de JAKOBS responde a la lógica funcionalista, mientras que el modelo de HRUSCHKA responde a una lógica discursiva. Así, la imputación al sujeto de la defraudación de una expectativa normativa de conducta tiene como fin la de estabilizar

²⁸⁷ Cfr. JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, 1996, pp. 54-55, “pues como estas expectativas (...) se dirigen a personas, es decir, a portadores de un rol, el requisito mínimo de una defraudación es el quebrantamiento de un rol”.

²⁸⁸ Cfr. JAKOBS, *ibidem*, p. 55.

²⁸⁹ Cfr. CANCIO MELIÁ/FEJOO SÁNCHEZ, “¿Prevenir riesgos o confirmar normas?”, en *La pena estatal*, 2006, pp. 18-19. A mi entender, la función determinativa de la norma no ha dejado de ser latente, aun cuando JAKOBS haya pasado a sostener que la norma sólo puede orientar socialmente, en la medida en que genere miedo o algo de convicción en los potenciales defraudadores de la norma. Sobre esto último JAKOBS, *La pena estatal*, 2006, pp. 147 y ss.

²⁹⁰ Estas consideraciones sobre JAKOBS ya reseñada en SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2010 (2ª ed.), p. 585 (§ 1.2). Desde otro planteamiento, también HAFKKE, “El significado de la distinción entre norma de conducta y norma de sanción para la imputación jurídico-penal”, en *LH a Claus Roxin*, 1995, pp. 129 y ss., 134-135, considera que la estructura del delito y las reglas de imputación se mueven en el ámbito de la norma de sanción. Ello significa que todos los elementos de la infracción de la norma de conducta han de ser pasados por el filtro de la norma de sanción.

dichas expectativas a través de la imposición de una pena (prevención general positiva)²⁹¹, mientras que la imputación al sujeto de la lesión de una norma objetiva de conducta no posee ningún sentido más allá que el de poner de relieve la mera desautorización de dicha norma. Finalmente, el modelo que se genera en JAKOBS opera desde un concepto de imputación “objetivizada” en un primer y segundo nivel (altamente normativizada en términos de estandarización de la subjetividad²⁹²), mientras que el modelo que se deriva de HRUSCHKA lo hace con un concepto de imputación “moral” (relativamente normativizada en términos de subjetivización), donde también concurre la intersubjetividad, pero referida a la persona en cuanto tal, y no a una persona según un rol, es decir, a una persona estándar²⁹³. Esto permite concluir que en JAKOBS tiene sentido hablar de imputación objetiva de comportamientos según deberes derivados del rol (que se completa con el rol general del ciudadano fiel al Derecho²⁹⁴), entretando en la línea de HRUSCHKA es más apropiado referirse directamente a la imputación subjetiva. Esto es así, porque no se imputa una acción o un resultado como en la teoría clásica del delito, así como tampoco el quebrantamiento a un rol general como en la tesis de JAKOBS, sino que se imputa una acción

²⁹¹ La finalidad del Derecho penal es el mantenimiento de la identidad normativa de la sociedad; esto es la estabilización de las normas sociales directas. Cfr. GONZÁLEZ RIVERO, “Imputación jurídico-penal en estado defectuoso”, en *LH a Enrique Bacigalupo*, 2004, p. 263 (siguiendo la tesis de JAKOBS; ver nota al pie 108, *supra*). Cfr. también JAKOBS, “Imputación jurídico-penal”, en *Dogmática de Dp*, 2004, p. 76: “no se trata de la identidad de un *Derecho penal* que permanece fiel a sí mismo, sino de la identidad de la *sociedad* que ha diferenciado el Derecho penal como sistema parcial”.

²⁹² Concurren aquí, secuencialmente, la imputación objetiva (deberes según el rol específico; incumbencias) e imputación personal (deberes según el rol general de ciudadano fiel al Derecho); en donde ambas operan con personas-baremos. Cfr. JAKOBS, “Imputación jurídico-penal”, en *Dogmática de Dp*, 2004, pp. 89 y s., 91 y ss.

²⁹³ La teoría de JAKOBS se encuentra altamente normativizada, no sólo en el ámbito de la imputación objetiva (que opera con roles, y “anónimos”), sino también en el ámbito de la imputación de la responsabilidad penal, pues ésta queda trabada entre medidas ideales de personas y no entre sujetos concretos-reales (de allí que ni siquiera se trataría de una auténtica intersubjetividad, sino, por el contrario, de una intersubjetividad ideal a la que se le podría denominar interpersonalidad, pues para éste no hay sujetos sino sólo personas). En verdad, en el modelo de este autor, la subjetividad se identifica con una ficción de lo que se espera de cada uno, de lo que se debería hacer conforme al Ordenamiento Jurídico. Existe una estandarización normativa de conductas en una sociedad de anónimos, porque sólo a través de dicha estandarización es posible la orientación. Cfr. JAKOBS, “La ciencia del Dp”, en *Dogmática de Dp*, 2004, pp. 28, 31, 33-34, *passim*. En cambio, en el modelo de HRUSCHKA se conserva la esencia de la subjetividad, por cuanto este modelo opera aún con sujetos concretos. La intersubjetividad de este modelo es real porque opera con la subjetividad de las personas, con individuos y no con estándares de personas. En este modelo, los conceptos de sujeto y persona no llegan a distinguirse tan radicalmente como en el anterior.

²⁹⁴ Para JAKOBS los que delinquen no son individuos, sino miembros de la sociedad constituidos comunicativa y objetivamente, denominados personas. Cfr. JAKOBS, “La ciencia del Dp”, en *Dogmática de Dp*, 2004, pp. 35-36.

voluntaria y un conocimiento sobre los hechos y el Derecho. De allí que la imputación final como infracción a la norma objetiva de conducta ya connote la subjetividad del autor²⁹⁵.

1.4.c. Teoría del delito desde una tesis mixta

1. De modo expreso pocos autores se autopoicionan en la tesis mixta²⁹⁶, que contempla la sistematización de la teoría del delito considerando la vertiente de la teoría de las normas y la de la imputación. Una tesis integradora debería arrojar un concepto de delito más o menos como el que en este trabajo defiende: *afectación susceptible de imputación de la relación de reconocimiento entre personas en cuanto personas*. Como ha podido advertirse, tanto la teoría de las normas, como la doctrina de la imputación operan con normas o reglas de conducta y, en consecuencia, a pesar de que no podría concebirse una doctrina de la imputación que no contemple reglas de conducta, sí podría concebirse una teoría de las normas sin reglas de imputación. Sin normas no puede existir imputación (un Derecho penal sin normas no sería Derecho), pero sin imputación pueden existir las normas (aunque sería un Derecho *penal* solamente del hecho prohibido). Sea como fuere, las tesis mixtas pretenden cohesionar los dos momentos del delito, el *ex ante* regido por las normas de conducta y el *ex post*, regido por las reglas de imputación, en donde las normas de sanción se ubican a caballo entre el *ex ante* y el *ex post*, pues no sólo operan prospectivamente desde sus efectos preventivos, sino que también lo hacen de modo retrospectivo, en cuanto a la aplicación de la sanción.

²⁹⁵ También puede advertirse una diferencia entre la tesis de KINDHÄUSER y la teoría clásica de las normas. En la postura de este autor, la norma es objetiva, como una pauta de conducta general, y, en donde la subjetividad viene dada, es decir, instaurada desde el juicio de imputación mismo; mientras que en la teoría de las normas la infracción a la norma se entiende como una infracción personal porque la subjetividad se deriva del diálogo íntimo entre norma y sujeto en un momento previo al delito. Su discípulo MAÑALICH destaca que, para esta línea, el hecho punible se concibe como una “desautorización de una norma que es criterio de comportamiento jurídicamente correcto” (citando a KINDHÄUSER y VOGEL). Cfr. MAÑALICH, “Norma e imputación”, *REJ*, 2010, p. 172 (con nota al pie 10).

²⁹⁶ Expresamente lo hace postulando una “concepción integradora de la teoría del delito como teoría de la antinormatividad (infracción de directivas de conducta) y como teoría de la imputación de la desestabilización de las expectativas asociadas a tales directivas”, SILVA SÁNCHEZ, *Normas y acciones*, 2003, pp. 38-39. No se autoproclama de la tesis intermedia, MIR PUIG, pero se puede deducir muy claramente de toda su obra. Véase MIR PUIG, *Dp, Pg*, 2011 (9ª ed.), pp. 59 y ss. [también en “Significado y alcance de la imputación objetiva”, *RECPC*, 2003, pp. 10 y ss.].

2. Aunque las tesis mixtas siempre llegan a hacer más hincapié en alguno de los puntos que intentan combinar (las normas²⁹⁷ o las reglas de imputación²⁹⁸) y esto puede dar lugar a varios modelos dentro de la tesis mixta con diferentes consecuencias, no obstante, tienen en común que no niegan la relevancia funcional que cada uno de estos puntos tienen por sí mismos. Así, por ejemplo, un modelo mixto que asuma como postulado primordial enfocar la teoría del delito desde la teoría de las normas, combinándolo con la doctrina de la imputación, seguramente estará dispuesta a reconocer la existencia de determinados elementos ontológicos²⁹⁹ más fácilmente que un modelo mixto que asuma el delito con el método inverso³⁰⁰; es decir, desde la doctrina de la imputación, empleando sólo la teoría de las normas, como reglas de conducta que operan en retrospectiva como baremos de medición. En este último modelo, seguramente, se operará con elementos más normativizados, lo que permitirá que los criterios de valor configuren el objeto de la

²⁹⁷ Cfr. SILVA SÁNCHEZ *supra e infra*; también SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, 2005, pp. 61, *passim*, para quien el concepto de infracción es un concepto funcional al sistema de imputación que se pretenda hacer operar con aquél; y FRISCH, *infra*.

²⁹⁸ Concibe la teoría del delito regido por las teorías de la imputación, SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación y teoría del delito*, 2008, pp. 503 y ss. No obstante, este autor no desconoce que las normas de conducta van más allá de ser meros baremos de medición y cumplen también una función de motivación en el sujeto (al igual que en la teoría de las normas). Cfr. SÁNCHEZ-OSTIZ, “Casos difíciles, teoría del delito”, en *¿Casos difíciles o irresolubles?*, 2010, pp. 91-92. Desde otra línea RUDOLPHI, “El fin del Derecho penal del Estado y las formas de imputación jurídico-penal”, en *El sistema moderno del Dp*, 2012 (2ª ed.), pp. 79 y ss. Para este autor la norma de conducta motiva, más que determina. Asume la pareja de normas de conducta y normas de sanción las cuales deben configurarse atendiendo a los fines del Derecho penal. Además distingue cuatro concretos niveles de imputación que se derivan también de los fines del Derecho penal: imputación personal del comportamiento externo, imputación objetiva del comportamiento antinormativo, imputación objetiva de los resultados del hecho injusto, y la imputación individual del comportamiento antinormativo. Por su parte KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989, pp. 29 y ss., 146 y ss., asume una teoría de la imputación desde la teoría analítica de las normas; MAÑALICH, “Norma e imputación”, *REJ*, 2010, p. 170, considera posible la reconstrucción del hecho punible en términos analíticos, asumiendo un modelo compuesto por la teoría de la imputación y la teoría de las normas; VOGEL, *Norm und Pflicht*, 1993, pp. 27 y ss., distingue entre las reglas de imputación previstas en la Parte general y las proposiciones jurídicas de la Parte especial (que se componen del supuesto de hecho y la consecuencia jurídica, respectivamente, de los presupuestos de la responsabilidad penal y la sanción penal).

²⁹⁹ Como el valor de la dignidad de la persona y el concepto de libertad. De hecho, SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, 2005, p. 62, fundamenta la imputación en la *decisión de acción*, entendida como *acto de voluntad* del autor.

³⁰⁰ Hace notar que la teoría de la infracción personal se encuentra más limitada por datos ontológicos que las teorías de la imputación altamente normativizadas, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2010 (2ª ed.), p. 679 (§ 1.2). Señala este autor que los mínimos ontológicos vienen dados a la teoría de la infracción personal, toda vez que ésta concibe al delito como la expresión de una relación individual sujeto-norma. De este modo, aunque la atribución de responsabilidad penal se plasme en un juicio social de atribución, la infracción de la norma no deja de ser personal.

imputación (la persona), así como que instauren la realidad de los hechos³⁰¹; a diferencia, claro está, de la función que cumple la dimensión axiológica en el modelo que parte desde la teoría de las normas, en donde los criterios de valor acompañarán a la realidad de las cosas, respetando su esencia mínima (sin contrariar su onticidad)³⁰². Con ello, un modelo asentado en la imputación propenderá a un modelo de imputación fuerte, mientras que un modelo asentado en las normas será más bien compatible con un sistema de imputación moderado (cuestión sobre la que me ocupó especialmente en el *Capítulo Cuarto*³⁰³³⁰⁴).

3. Dentro de una versión ecléctica, considero se enrola la postura de SILVA SÁNCHEZ, quien asumiendo algunos de los postulados de la teoría de las normas *à la Kaufmann*, no deja de contemplar momentos de imputación en la sistematización del delito *à la Jakobs*³⁰⁵. En cuanto a la teoría de las normas, este autor distingue entre las normas de conducta y las normas de sanción. *Grosso modo*, a las primeras les corresponde una función determinativa de la conducta, sin dejar de considerar su núcleo valorativo y a las normas de sanción les corresponde una función sancionatoria, de imposición de una consecuencia jurídica en virtud de la infracción a la norma de conducta³⁰⁶. Esta infracción es tenida en cuenta no sólo como la infracción a una directiva de conducta, sino, a la vez, como una defraudación a las expectativas socio-normativas de conducta³⁰⁷, de modo que de la teoría de las normas será

³⁰¹ Los criterios serían los valores político-criminales desde los cuales se entiende las funciones del Derecho penal.

³⁰² En este punto SCHÜNEMANN defiende que los conceptos deben guardar conformidad con la realidad (*wirklichkeitskonform*), aunque ello se realiza con flexibilidad, admitiendo un cierto margen de juego. Cfr. SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen*, 1971, pp. 37-38. Incluso, entre los autores de la doctrina de la imputación se hace hincapié en que existen conceptos (“juicios analíticos” les denominan) que tienen una esencia propia que hay que respetar. Así, SÁNCHEZ-OSTIZ, “Casos difíciles, teoría del delito”, en *¿Casos difíciles o irresolubles?*, 2010, pp. 93 y ss. (juicio analítico es cuando el término al que se refiere incluye ya el contenido que de él se predica).

³⁰³ Véase epígrafe II.IV.3. RESULTA: UN MODELO DE IMPUTACIÓN MODERADO.

³⁰⁴ Esto hace a su vez que una teoría del delito desde las normas tienda a ser más subjetivista (basada en la libertad), que una teoría del delito como sistema de imputación (basada en el rol o competencia). Con consideraciones similares SILVA SÁNCHEZ, *Normas y acciones*, 2003, pp. 36-37.

³⁰⁵ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2010 (2ª ed.), pp. 285 (§ 3.2), 287 (§ 3.6, 3.7), 588 (§ 1.7), 680 y ss. (§ 2), 584 y ss. [también en *Normas y acciones*, 2003, pp. 26 y ss., 33 y ss.]. En la teoría de KAUFMANN la norma aparece como completa y se llega a concretar como deber sólo respecto de un sujeto imputable (es decir, quien en el caso concreto es capaz de realizar el contenido de las mismas). A nivel de injusto tal imputabilidad significaba sólo la capacidad de realización de una acción final, dejando toda la imputabilidad para la culpabilidad. Esta teoría significó una primera visión intermedia entre la teoría del injusto culpable de BINDING, y las construcciones del neokantismo (con la norma de valoración). Cfr. sobre esto, véase SILVA SÁNCHEZ, *Normas y acciones*, 2003, p. 17.

³⁰⁶ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Normas y acciones*, 2003, pp. 37-38.

³⁰⁷ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *ibidem*, pp. 26 y ss.

necesario rescatar la dimensión ontológico-individual (persona existente) y de la teoría de la imputación, la referencia normativo-social (persona construida)³⁰⁸. Así, el juicio de imputación subjetiva habrá de operar desde la persona existente hacia la persona construida (que como se verá en el *Capítulo Cuarto*, ésta es la “mejor versión del autor” y no el hombre medio, ni fiel al Derecho³⁰⁹). Por lo demás, los momentos de imputación a los que parece referirse este autor se darían a nivel de la antijuridicidad (imputación objetiva³¹⁰ e imputación subjetiva) y a nivel de la culpabilidad (imputación subjetiva *strictu sensu*)³¹¹. A modo de cierre, en materia de clases de imputación, este autor no deja de contemplar -con sus matices- la imputación extraordinaria del modelo de HRUSCHKA³¹².

4. También es posible incluir en las tesis mixtas el modelo teórico de FRISCH. Para este autor, que asume la sistematización del hecho punible desde un enfoque funcionalista del Derecho penal, la norma de conducta y la norma de sanción poseen diferentes funciones político-criminales. En relación con la norma de conducta, se sostiene que su *ratio* viene dada por la concretización del ámbito de lo prohibido desde el cual se pretende asegurar la protección de los bienes jurídicos. Las restricciones a la libertad de comportamiento sólo pueden encontrarse legitimadas en la medida de su idoneidad y necesidad para la protección de dichos bienes, a lo que ha de sumarse también la idoneidad y necesidad del castigo³¹³. Así, pues, el requisito de la prohibición (tipicidad) es sólo un primer filtro de protección que se ha de completar con el requisito de la pena (sanción)³¹⁴. El modo en cómo se materializa la restricción a la libertad de comportamiento de los ciudadanos es a través de la creación de un riesgo jurídico-penalmente desaprobado, examinada desde la perspectiva *ex ante*. Con

³⁰⁸ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *ibidem*, p. 37, con notas al pie 55 y 56.

³⁰⁹ Véase epígrafe II.IV.2.b.ii.a. *Toma de postura a favor del modelo diferenciador intersubjetivista-subjetivista*.

³¹⁰ En ocasión de los seminarios de penal (UPF, martes 24/02/2015) en su intervención el profesor SILVA SÁNCHEZ manifestó en referencia a la expresión imputación objetiva lo siguiente: “la clásicamente denominada, pero erróneamente denominada imputación objetiva”, para destacar que la idea de imputación se enlaza directamente con la libertad de la persona, que no es el eje central de aquel primer nivel.

³¹¹ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2010 (2ª ed.), p. 615, con nota al pie 296. Véase también MIR PUIG, *Introducción a las bases del Dp*, 1976, pp. 29 y ss., 53 y ss.

³¹² Cfr. SILVA SÁNCHEZ, “La embriaguez atenuante”, *RDC*, 1988, pp. 168 y ss. [también en *El delito de omisión*, 2003 (2ª ed.), pp. 325 y ss.].

³¹³ Cfr. FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988, pp. 70 y ss. (el criterio orientador para determinar la idoneidad y necesidad de la prohibición y del castigo, como medios de protección de los bienes jurídicos, será el principio de proporcionalidad). Asimismo SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, 2005, pp. 108, 112, *passim*, legitima las normas que prohíben conductas desde la protección de los bienes jurídicos.

³¹⁴ Cfr. FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988, pp. 77 y ss.

esto, FRISCH ubica el desvalor de acción en la norma de conducta³¹⁵. Por su parte, para que se active la necesidad de aplicar la pena prevista en la norma de sanción, o bien ha de resultar suficiente la infracción a la norma de comportamiento (tentativa), esto es, la creación de un riesgo típico, o bien ha de producirse un resultado típico³¹⁶. A diferencia del desvalor de acción, el desvalor de resultado pertenece a la norma de sanción³¹⁷, de la que se derivan las reglas de imputación, no sólo de la conducta típica sino, en especial, del resultado³¹⁸ aplicables *ex post*.

I.5. TOMA DE POSTURA

1. Un sistema del delito concebido tanto como una teoría de la infracción y una teoría de la imputación no es tarea fácil. La teoría de las normas sugiere un planteamiento más subjetivo, esto es, relacionado directamente con el sujeto (real) de la situación, porque las normas de conducta están directamente dirigidas a la voluntad individual de cada miembro de la sociedad con el fin de regular el comportamiento individual en sociedad. De allí que los presupuestos subjetivos de la infracción de la norma de conducta puedan ser concebidos desde su esencia psicologista, como el conocimiento típico. En cambio, la teoría de la imputación sugiere planteamientos más intersubjetivos, de valoración social. Por otro lado, no deben confundirse las funciones de las normas de conducta y las reglas de imputación³¹⁹, aun cuando ambas posean una naturaleza compleja: lógico-axiológico-teológica. El cometido de las normas de conducta no se limita a la regulación lógica del comportamiento humano (desde el deber)³²⁰, sino que ésta se encuentra guiada desde razones valorativas y funcionales³²¹. Las normas de conducta contemplan directivas (*ratio* lógica), juicios de

³¹⁵ Cfr. FRISCH, *ibidem*, pp. 30 y ss., 44, 67, 509 y ss., *passim*. También MIR PUIG, *Dp, Pg*, 2011 (9ª ed.), p. 260, concibe el desvalor intersubjetivo de la conducta en la norma de conducta, a examinarse desde una perspectiva *ex ante*.

³¹⁶ Cfr. MIR PUIG, *ibidem*.

³¹⁷ Cfr. FRISCH, *ibidem*, pp. 30 y ss., 44, *passim*. También MIR PUIG, *ibidem*, concibe el desvalor de resultado en la norma de sanción a examinarse desde una perspectiva *ex post*.

³¹⁸ Cfr. FRISCH, *ibidem*, pp. 516 y ss.

³¹⁹ Similar consideración en SÁNCHEZ-OSTIZ, *La libertad del Dp*, 2014, pp. 27 y ss.

³²⁰ Véase *supra* FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988, que atribuye a la norma de conducta una función de concretización de los espacios de libertad entre ciudadanos.

³²¹ Menciona la naturaleza axiológica-teleológica de la norma de conducta, KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989, pp. 150-151, pp. 146 y ss., *passim*. Ciertamente, la norma no es sólo un juicio de valor, ya que

valor y ponderaciones de intereses (*ratio* axiológica), con el fin último de prevenir comportamientos lesivos de bienes jurídicos (*ratio* teleológica). Por su parte, la función del juicio de imputación es la de atribuir responsabilidad penal por un hecho (*ratio* lógica), devolver la dimensión desvalorada del hecho al autor (*ratio* valorativa), y distribuir, por razones de merecimiento y necesidad, las cargas sociales sobre los hechos disvaliosos que afectan a la comunidad (*ratio* teleológica)³²². En todo caso, esto último comporta el restablecimiento de la relación de reconocimiento recíproco entre ciudadanos afectada por el delito, restablecimiento que se completa con la imposición de la pena.

2. En este trabajo pretendo abordar la sistematización del hecho punible tanto desde la teoría de la infracción de la norma de conducta, como desde la teoría de la imputación de la responsabilidad penal, coherenciando las normas con la imputación.

1.5.a. Modelo bipartito del delito

1. A diferencia de los planteamientos tripartitos³²³, otros modelos asumen una versión bipartita³²⁴, en donde la tipicidad y la antijuridicidad se unen para llamarse injusto y junto a

precisamente expresa un “deber hacer” y no sólo un “deber ser”. Esto significa que en el momento axiológico se le suma uno teleológico: la norma obliga a algo, el objeto del juicio de valor es pensado como tarea (= meta). Cfr. esta idea en KAUFMANN (Armin), *Teoría de las normas*, 1977, pp. 99, *passim*, sobre la discusión completa entre juicio de valor y norma, desde pp. 87 y ss.

³²² ISAY, *Rechtsnorm und Entscheidung*, 1929, pp. 27 y ss., 82 y ss., 184 y ss., distingue entre norma jurídica (*Rechtsnorm*) y decisión (*Entscheidung*). Mientras que la norma jurídica se concibe como una regulación *a priori* de hechos abstractos, y que no dan una imagen completa de la realidad (por decirlo de algún modo, quedan en suspenso); por el contrario, la decisión judicial abarca por completo el hecho histórico con todas sus circunstancias. Por ello, la norma jurídica es en esencia un producto del pensamiento cognoscitivo que remite a valores, mientras que la decisión se revela como una consideración valorativa y volitiva.

³²³ A favor de la tripartición ROXIN, *StrafR, AT*, 2006 (4ª ed.), § 7, nm. 4, pp. 195 y ss. [1997, pp. 193 y ss.]. Destaca la difusión de la teoría del delito tripartita en la mayoría de los países europeos y no europeos, BACIGALUPO ZAPATER, *Hacia el nuevo Dp*, 2006, pp. 612-613. En Italia ZUCALÀ, “Estructura del delito y punibilidad”, en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, 2001, p. 1400. En Francia RASSAT, *Droit pénal général*, 2006, pp. 271 y ss., 274 (*élément matériel, élément moral y élément injuste*). Con vocación positiva-integradora, STUCKENBERG, *Vorstudien zu Vorsatz*, 2007, p. 208, equipara las siguientes expresiones: *animus-factum-delictum, Tatbestand-Rechtswidrigkeit-Schuld, actus reus-mens rea-defenses, élément légal-élément matériel-élément moral*.

³²⁴ La mínima partición que puede tener el delito es en dos y la mínima reducción es en uno. Puede establecerse una gradualidad entre estos modelos. En primer lugar, se ubicarían aquellos modelos que conciben el injusto y la culpabilidad con autonomía funcional y sistemática (los actuales modelos binómicos). En segundo lugar, se encontrarían los modelos que conciben el injusto como una categoría accesoria o auxiliar de la culpabilidad (esto es, como plataforma de apoyo de la culpabilidad, al estilo neokantiano y de JAKOBS). En tercer lugar, se hallarían los modelos que conciben el injusto fusionado a la culpabilidad, como LESCH, *Der*

ello se ubica seguidamente la culpabilidad³²⁵. En realidad, variadas nomenclaturas pueden encontrarse en la literatura penal. Sin intención de exhaustividad, algunas de estas duplas son: tipo de injusto y culpabilidad; antijuridicidad penal e imputación personal; antijuridicidad penal y sancionabilidad penal; lesividad (o antijuridicidad) e infracción de deber, entre otras muchas más³²⁶.

2. En toda teoría sistemática del delito se encuentran ordenados sus elementos componentes. El orden y secuencia que entre ellos se mantiene no es un tema menor. Por el contrario, estos niveles de análisis han de encontrarse ubicados de la mejor manera que permita ir de lo más general a lo más particular, esto es, de lo más intersubjetivo (si se quiere objetivo) a lo más subjetivo³²⁷. Si la finalidad primordial de la teoría del delito es permitir una justa atribución de responsabilidad penal a un sujeto, entonces, aquélla deberá concebirse como una herramienta segura de imputación. La teoría del delito tiene vocación individualizadora (concretizadora y singularizadora) de la responsabilidad penal. Un fugaz repaso por lo mencionado en párrafos anteriores pone de manifiesto las dificultades a las que conducirían pretensiones extremistas como la de construir una teoría del delito exclusivamente sobre las normas o concebir una teoría del delito simplemente como imputación. Lo aconsejable es, en consecuencia, asumir una teoría del delito que contemple

Verbrechensbegriff, 1999, pp. 190 y ss. Sobre el sistema bipartito, véase MIR PUIG, *Dp, Pg*, 2011 (9ª ed.), p. 139; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Dp, Pg*, 2010 (8ª ed.), pp. 202 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2010 (2ª ed.), pp. 610 y ss. Consúltese el comentario al manifiesto nº 27 de SCHÜNEMANN, “El propio sistema de la teoría del delito”, *InDret Penal*, 2008, pp. 14 y ss., donde tilda de “tradicionalismo erróneo” al modelo de la teoría del delito tripartito de la doctrina mayoritaria alemana, decantándose por el modelo bipartito. El modelo binómico de la tradición angloamericana consiste en la *offense* y la *defenses*. Dentro de la *offense* se ubica la máxima legal del *actus non facit reum, nisi mens sit rea* (no hay acto culpable sin mente culpable). Sobre este principio PAULSEN/KADISH, *Criminal law*, 1962, pp. 211 y ss. FLETCHER, *Gramática del Dp*, 2008, pp. 84-88 (con referencias bibliográficas en notas al pie 78 y 79), señala que el sistema bipartito es el más simple de todos y, así también, el menos correcto que se utiliza en Francia, en algún sector de la doctrina italiana y en el Estatuto de Roma. Sin embargo, a mi entender, los esquemas bipartitos de uno y otro sistema difieren. La bipartición continental difiere de la angloamericana, porque la continental se estructura sobre dos aspectos de valor secuenciales, como la contrariedad a Derecho del hecho (antijuridicidad) y la atribución personal de ese hecho al infractor (culpabilidad), mientras que la bipartición angloamericana se refiere a dos aspectos empíricos excluyentes, como la existencia del hecho delictivo (*offence*) o su no existencia (*defences*).

³²⁵ Sin que esta categorización binómica signifique compartir la teoría de los elementos negativos del tipo. Sobre este tema en especial, y en este mismo sentido, ORTIZ DE URBINA GIMENO, “De moscas y agresores muertos”, *InDret Penal*, 2008, pp. 4 y ss.

³²⁶ Más duplas terminológicas en SILVA SÁNCHEZ, “Abschied von einem einheitlichen Unrechtsbegriff”, *GA*, 2013, p. 611, nota al pie 1 [= “¿Adiós a un concepto unitario de injusto?”, *InDret Penal*, 2014, p. 2, nota al pie 1].

³²⁷ Similarmente KINDHÄUSER, “El tipo subjetivo en la construcción del delito”, *InDret Penal*, 2008, p. 15, emplea la metáfora de los *filtros* en la teoría del delito.

estas dos dimensiones, permitiendo, por un lado, identificar los presupuestos que determinan el carácter lesivo y culpable del comportamiento de un sujeto y, por el otro los presupuestos que condicionan la imputación del hecho al sujeto³²⁸.

1.5.a.i. Antijuridicidad penal y sancionabilidad penal

1. Se adopta aquí un modelo binómico del delito: antijuridicidad penal + sancionabilidad penal³²⁹. La antijuridicidad y la sancionabilidad no son en sí ni juicios de imputación, ni juicios de valoración, sino, antes bien, categorías que contemplan momentos de imputación y de valoración, en donde se producen constantes tensiones de los planos intersubjetivos y subjetivos³³⁰. Como punto de partida hay que asumir que con independencia de la relevancia que se le dé a lo subjetivo ya en el injusto, no se puede renunciar a dos premisas elementales: (1) la referencia a una persona humana, entendida en los términos como los indicados en el inicio de este capítulo³³¹; y (2) el principio *ultra posse, nemo obligatur*.

2. En la categoría de la antijuridicidad se realiza, por un lado, un juicio de valor sobre el grado en que un comportamiento humano no justificado se aparta de la norma de conducta³³² y, por otro lado, se realiza un primer juicio de imputación intersubjetivo-subjetivo. Desde la dimensión intersubjetiva se valora y atribuye el hecho típico en su

³²⁸ También lo nota MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, 2001, p. 122.

³²⁹ Sobre este modelo SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2010 (2ª ed.), pp. 610 y ss. La categoría de la sancionabilidad puede asemejarse, con todas sus diferencias, a la atribuibilidad de MAURACH. En esta gran categoría este autor contemplaba las subcategorías de la responsabilidad por el hecho y la culpabilidad. En España, fue sostenida por BACIGALUPO ZAPATER. También, desde la lógica funcionalista, ROXIN propuso la categoría de la responsabilidad, integrada por dos subcategorías, la de la culpabilidad y la de la necesidad preventiva de pena.

³³⁰ Señala que el concepto dominante de injusto continúa siendo una mezcla de elementos objetivo-sociales (dañosidad social) y subjetivos-individuales, SILVA SÁNCHEZ, “Abschied von einem einheitlichen Unrechtsbegriff”, *GA*, 2013, p. 611 [= “¿Adiós a un concepto unitario de injusto?”, *InDret Penal*, 2014, p. 2]. Para MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Dp, Pg*, 2010 (8ª ed.), p. 205, definir el delito como la conducta (acción u omisión) típica, antijurídica, culpable y punible es una definición que tiene carácter secuencial porque *el peso de la imputación va aumentando* a medida que se pasa de una categoría a otra. Con el peso de la imputación *in aumento*, estos autores quieren significar, su individualización.

³³¹ Téngase en cuenta que ni siquiera el concepto causalista de injusto renunció a la referencia de un agente como “causa” de la lesión. Cfr. este dato en SILVA SÁNCHEZ, “Abschied von einem einheitlichen Unrechtsbegriff”, *GA*, 2013, p. 611, nota al pie 4 [= “¿Adiós a un concepto unitario de injusto?”, *InDret Penal*, 2014, p. 2].

³³² Así, también MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, 2001, p. 23, para quien un comportamiento antijurídico sería aquel “*comportamiento contrario a una norma de conducta penalmente protegido por otra norma de sanción*”.

dimensión social³³³ y desde la dimensión subjetiva se valora e imputa el conocimiento al autor. Más detalladamente este juicio contempla tres submomentos: la voluntariedad del comportamiento, la previsibilidad de las consecuencias del riesgo y el conocimiento del tipo (junto a la no concurrencia de causas de justificación). La diferencia entre estos tres submomentos es que la intersubjetividad es gradual, que va de lo más general (comportamiento voluntario y atribución objetiva) a lo más individual (imputación subjetiva). Como me ocupé de esta cuestión especialmente en el *Capítulo Cuarto* al mismo me remito, haciendo en este momento únicamente unas generales consideraciones³³⁴. Por ejemplo, a diferencia del juicio de previsibilidad objetiva (la persona razonable ideal), el grado de la intersubjetividad del conocimiento del tipo es la más débil, puesto que aquí se agudiza el juicio de imputación considerando la situación del sujeto concreto desde lo que denomino la mejor versión³³⁵. Con ello, cierto es que el injusto ha de concebirse como un injusto parcialmente personal y no plenamente personal³³⁶, porque se encuentra mediado por lo social. Por su parte, en cuanto a la categoría de la sancionabilidad, en ésta se realiza un segundo juicio de imputación, pero, esta vez, estrictamente subjetivo, porque recae sobre la culpabilidad del sujeto concreto³³⁷ y, seguidamente, se realiza un juicio de aplicación de una sanción a una persona.

3. Mientras que la imputación del injusto es relativamente personal, la imputación del injusto culpable es plenamente personal. Asimismo, los efectos lesivos interpersonales que se dan a nivel de injusto difieren en su alcance de los efectos lesivos a nivel de culpabilidad. Justamente porque el injusto es relativamente personal, tampoco abarca “*todos los*

³³³ También se refiere a este nivel de evaluación jurídica del hecho como una regla intersubjetiva, MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, 2001, p. 25. Para este autor, “el contenido de la norma promulgada reflejaría la valoración jurídica del hecho con efectos generales, y por tanto con un alcance intersubjetivo, y serviría de base al juicio de antijuridicidad”.

³³⁴ Véase epígrafe *II.IV.2.b.ii.a. Toma de postura a favor del modelo diferenciador intersubjetivista-subjetivista*.

³³⁵ Máxime si para imputar el comportamiento típico y no justificado a título de dolo, la infracción dolosa a la norma de conducta prescriptiva debe contemplar el conocimiento de la ausencia de concurrencia de una causa de justificación. Como las causas de justificación son en esencia causas que contemplan situaciones conflictivas de necesidad y de deber es inevitable que éstas le den una dimensión *algo personal* al injusto.

³³⁶ Con esta acertada conclusión señala SILVA SÁNCHEZ que el concepto dominante de injusto es *bastante personal*, pues requiere de la consciencia, voluntad y dolo natural en la acción y tipicidad subjetiva, pero, a la vez, no es *completamente personal*, pues quedan fuera de él los demás presupuestos de la culpabilidad. Cfr. SILVA SÁNCHEZ, “Abschied von einem einheitlichen Unrechtsbegriff”, *GA*, 2013, p. 612 [= “¿Adiós a un concepto unitario de injusto?”, *InDret Penal*, 2014, p. 3].

³³⁷ Es en este ámbito en donde, según los criterios de individualización de la pena como el merecimiento y la necesidad, se determina la medida del castigo por el hecho delictivo.

presupuestos de la dañosidad social”³³⁸ del hecho, esto es, el injusto no tiene capacidad para “aprehender la totalidad del contenido de sentido (social) del comportamiento”³³⁹. Desde luego, tal como lo afirma SILVA SÁNCHEZ, el pleno contenido de sentido penalmente relevante de un hecho sólo puede afirmarse después de analizar la culpabilidad: “sólo el injusto culpable es injusto en sentido pleno”³⁴⁰ y, si se me permite, sólo el injusto doloso culpable es injusto en sentido perfecto. En efecto, el injusto culpable revela el sentido social completo del hecho (dañosidad o lesividad social)³⁴¹. El sentido social del hecho contempla tanto la dimensión de afectación a la materialidad del bien jurídico (dañosidad material), como a la intelectualidad de los sujetos jurídicos (dañosidad intelectual de la víctima y la sociedad)³⁴². En el injusto doloso culpable el sentido social del hecho no sólo es completo, sino también perfecto, por cuando desde él se revela un especial sentido de expresión que no acompaña al injusto imprudente. Esta caracterización se aprecia de forma más clara desde el plano normativo. En el injusto doloso culpable concurre un especial distanciamiento del sujeto respecto de la directiva de conducta, y con ello una especial defraudación de las expectativas de conducta a seguir (lo que SILVA SÁNCHEZ denomina daño ideal o simbólico³⁴³). Por el contrario, en el injusto imprudente culpable el sujeto en

³³⁸ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, “Abschied von einem einheitlichen Unrechtsbegriff”, *GA*, 2013, p. 612 [= “¿Adiós a un concepto unitario de injusto?”, *InDret Penal*, 2014, p. 3].

³³⁹ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, “Abschied von einem einheitlichen Unrechtsbegriff”, *GA*, 2013, p. 612 [= “¿Adiós a un concepto unitario de injusto?”, *InDret Penal*, 2014, p. 3]. Pero, todavía puede distinguirse entre la antijuridicidad, como el concepto jurídico técnico que haría referencia a un comportamiento contrario al Ordenamiento Jurídico y la lesividad (para los bienes jurídicos), que sería el elemento central de la antijuridicidad, es decir, el contenido material de la antijuridicidad que explicaría la prohibición del comportamiento. Con esta aclaración se comprende por qué se dice que la antijuridicidad formal es absoluta (el hecho es conforme o contrario a Derecho de modo absoluto, no más o menos conforme o contrario) y la antijuridicidad material es relativa, porque es graduable, toda vez que pueden existir hechos gravemente lesivos o levemente lesivos, según el grado de dañosidad al bien jurídico. Sobre esto MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, 2001, pp. 57-58.

³⁴⁰ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, “Abschied von einem einheitlichen Unrechtsbegriff”, *GA*, 2013, p. 615 (“*nur das schuldhafte Unrecht als Unrecht im völlstandigen Sinn verstanden werden*”) [= “¿Adiós a un concepto unitario de injusto?”, *InDret Penal*, 2014, p. 7].

³⁴¹ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, “Abschied von einem einheitlichen Unrechtsbegriff”, *GA*, 2013, p. 615 [= “¿Adiós a un concepto unitario de injusto?”, *InDret Penal*, 2014, p. 7].

³⁴² Cfr. SILVA SÁNCHEZ, “Abschied von einem einheitlichen Unrechtsbegriff”, *GA*, 2013, p. 615 [= “¿Adiós a un concepto unitario de injusto?”, *InDret Penal*, 2014, p. 7]. Permítaseme una idea al respecto. Mientras que en el injusto culpable se advierte la total dimensión social de lesividad en su aspecto material e intelectual, en el injusto no culpable el aspecto que se revela auténticamente lesivo es el material. Por el contrario, el aspecto intelectual de la dañosidad social del injusto no culpable puede ser puesto, todavía, en duda. En todo caso, en el injusto doloso no culpable el aspecto intelectual de lesividad sería de mayor entidad que en el del injusto imprudente no culpable.

³⁴³ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, “Abschied von einem einheitlichen Unrechtsbegriff”, *GA*, 2013, p. 615 [= “¿Adiós a un concepto unitario de injusto?”, *InDret Penal*, 2014, p. 7].

verdad no defrauda, en el sentido más agudo de la expresión, las expectativas de comportamiento³⁴⁴. Es decir, en términos comunicativos, la mayor defraudación de la sociedad se produce frente a un infractor doloso. Con lo dicho, se dan cuenta los efectos del injusto penal, ya no solamente concebido como un desvalor de acto, sino también como un desvalor de expresión. De este modo, a la clásica teoría del bien jurídico como exclusivo fundamento de la sanción penal se le añade la perspectiva comunicativa del injusto penal en términos de prevención³⁴⁵. Resumidamente, una teoría del delito integral ha de contemplar tanto la dimensión de la norma de conducta (que se infringe y que se imputa), como la dimensión de la norma de sanción (que se aplica) y las reglas de imputación³⁴⁶.

4. En la antijuridicidad se realiza una valoración jurídico-social del hecho, de ahí que la imputación sea intersubjetiva sobre la base de una relativa individualidad, a diferencia de la sancionabilidad, en la que se realiza una valoración jurídico-individual de la culpabilidad del sujeto, de ahí que la imputación sea subjetiva *strictu sensu*. En el primer caso se realiza una evaluación jurídica del hecho de una persona según lo que podamos esperar de “ella” en su “mejor versión” a nivel social, de forma que sobre la base de lo socialmente lesivo vendrán algunos componentes individuales que lo limitarán, mientras que en el segundo caso, se realiza una evaluación jurídica del hecho de una persona desde la perspectiva de lo que podamos esperar de “ella” entendida con todos sus componentes individuales³⁴⁷. En consecuencia, un modelo como el que se sostiene en este trabajo pone de manifiesto lo

³⁴⁴ Las expectativas que se frustran en el hecho imprudente son las expectativas cognitivas (no normativas), que se definen desde la apreciación errónea de la realidad objetiva.

³⁴⁵ En este sentido SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2010 (2ª ed.), pp. 623 y ss., “(...) debe tomarse como punto de partida el fin del Derecho penal de *protección de determinados bienes jurídicos a través de una estrategia preventiva que pasa por dirigir imperativos de conducta a los ciudadanos que les motiven mediante la amenaza de pena a realizar conductas conformes a tales imperativos*”. Por el contrario, el modelo de JAKOBS sólo contempla el sentido de desvalor expresivo de la conducta y reacciona desde la pena también en el plano expresivo o simbólico.

³⁴⁶ Una concepción integradora de la teoría del delito como teoría de la antinormatividad (infracción de directivas de conducta) y como teoría de la imputación de la desestabilización de las expectativas asociadas a tales directivas, es, como hemos visto, la de SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2010 (2ª ed.), pp. 680 y ss., *passim* [también en *Normas y acciones*, 2003, pp. 26 y ss.]; PEÑARANDA RAMOS, “Sobre la influencia del funcionalismo”, *Doxa*, 2000, pp. 312 y ss., 314 y ss. (con referencias críticas a la teoría de LUHMANN).

³⁴⁷ La distinción de los dos niveles de imputación subjetiva se revela como fundamental en los casos de error de tipo derivado de anomalías o alteraciones psíquicas, porque plantea el “importante desafío teórico de cómo justificar la imposición de medidas de seguridad” en hechos no antijurídicos. Sobre esta discusión MOLINA FERNÁNDEZ, “Error de tipo derivado de anomalías o alteraciones psíquicas”, *Icade, RCFDCEE*, 2008, pp. 113 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, *Normas y acciones*, 2003, pp. 103 y ss. [más recientemente, con consideraciones desde la teoría de las normas en “Abschied von einem einheitlichen Unrechtsbegriff”, *GA*, 2013, pp. 611 y ss.].

siguiente: en la antijuridicidad el deber de la norma de conducta se infringe de modo ordinario³⁴⁸ con la acción dolosa (volición + conocimiento de la tipicidad), mientras que en la culpabilidad se infringe desde la acción dolosa culpable (injusto subjetivo + conocimiento acabado de la antijuridicidad y con ello la completa motivación por obrar en sentido opuesto al Derecho).

1.5.b. Teoría de las normas como normas de conducta y normas de sanción

1. Como se ha comentado al inicio de este capítulo, en un Derecho penal orientado a la protección de los espacios de libertad entre personas, sólo es posible alcanzar legítimamente dicha finalidad a través de la prevención de conductas dirigidas a la lesión de los bienes jurídicos o a la afectación de las expectativas de disponibilidad de tales bienes. ¿Pero con qué instrumento el Derecho penal hace viable sus fines? En primer lugar son las normas de conducta las herramientas deónticas desde las cuales el legislador persigue los fines del Derecho penal al orientar y regular los espacios de libertad permitidos de los ciudadanos, siendo las normas de sanción el instrumento de amenaza que refuerza la consecución de tales fines³⁴⁹. Sólo ante la infracción de una norma de conducta, esto es ante la comisión de un delito, pasarán a operar la norma de sanción y las reglas de imputación.

2. En este trabajo se asume una teoría de las normas que distingue entre norma de conducta y norma de sanción, entendidas ambas como proposiciones jurídicas abstractas de *deber ser*³⁵⁰. En sentido amplio y desde el aspecto estructural lógico-formal, la norma jurídica como norma de conducta es una regla o disposición que regula lo relativo al comportamiento humano, entendida también como una proposición que organiza y delimita ámbitos y relaciones entre las personas, prescribiendo cómo deben darse las distintas relaciones interhumanas y situaciones de la vida social³⁵¹. En cambio, la norma jurídica

³⁴⁸ O extraordinario. Sobre las diferentes clases de imputación me remito a todo el *Capítulo Quinto*.

³⁴⁹ Si no existe un orden objetivo de conductas (normas determinativas) desde el que definir los espacios de autor y víctima como esferas de libertad, toda clase de injerencia en las esferas ajenas se convierte en una pura cuestión de precio (norma de sanción). Es decir, sin normas de conducta tampoco podría hablarse de derechos subjetivos. Sobre esta idea SILVA SÁNCHEZ, *Normas y acciones*, 2003, pp. 19-20.

³⁵⁰ Una introducción filosófica sobre las normas primarias y las normas secundarias en BOBBIO, *Contribución a la teoría del Derecho*, 1980, pp. 318 y ss.

³⁵¹ Cfr. LUZÓN PEÑA, "Alcance y función del Dp", *ADPCP*, 1989, p. 9. Recientemente FEIJOO SÁNCHEZ, *La pena como institución jurídica*, 2014, pp. 268, *passim*, enseña que las normas de conducta no están sólo para imponer deberes a los sujetos individuales, sino también para orientar la vida social, al tratarse de expectativas recíprocas de comportamientos.

como norma de sanción contiene una dimensión no regulativa de la conducta sino de consecuencia jurídica, como lo son las penas y las medidas de seguridad. Por eso, las normas de conducta se infringen y las normas de sanción se aplican³⁵².

3. En cuanto a la *norma de conducta*, ésta se concibe desde una doble función. En primer lugar, desde una función determinativa de la conducta y, en segundo lugar, desde una función de valoración³⁵³. En cuanto a la norma de sanción, ésta se concibe desde una triple función. En primer lugar, desde una función de imposición de una consecuencia jurídica (a lo que denomino su aspecto material). En segundo lugar, desde su función de merecimiento y prevención (a lo que denomino su aspecto teleológico). Y, en tercer lugar, desde el restablecimiento de la vigencia de la norma de conducta junto a las expectativas sociales de obrar conforme al deber (a lo que denomino su aspecto formal). Me referiré en primer lugar a las normas de conducta en su doble función y finalizaré con las normas de sanción en su triple cometido.

4. La principal función de la norma de conducta es la de dirigir el comportamiento individual, son normas de determinación orientadas a condicionar el modo de obrar de los ciudadanos, ya sea para que se abstengan de realizar determinadas conductas o se vuelquen a realizar otras. En cuanto al alcance de esta función de la norma, se entiende que la misma determina suficientemente desde el deber (*deontologischen Norm*) apelando a la autorresponsabilidad de las personas, de modo que únicamente *aspira* a determinar desde la motivación. En este punto se hace preciso una breve aclaración: como norma de deber entiendo lo que KANT quería indicar con las acciones *conformes al deber* (sin contenido moral) y no, en cambio, las acciones *por deber* (con contenido moral). Las primeras son aquellas, que no significan ningún esfuerzo moral en realizarlas, por eso son conformes al deber sin valor moral, porque corren paralelas a otras inclinaciones sensibles de la persona,

³⁵² Así, también MIR PUIG, *Dp, Pg*, 2011 (9ª ed.), p. 260, cuando sostiene que la creación del riesgo es presupuesto intersubjetivo de la infracción de la norma primaria, que prohíbe la conducta, en tanto que la realización en el resultado es presupuesto de aplicación de la norma secundaria, que impone la pena.

³⁵³ En las normas de comportamiento puede leerse la doble función que cumple la norma primaria (de valoración y de determinación) en la línea de la teoría de las normas que inició ARMIN KAUFMANN. Con matizaciones SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2010 (2ª ed.), pp. 523 y ss. [también en “Abschied von einem einheitlichen Unrechtsbegriff”, *GA*, 2013, pp. 611 y ss.]; MIR PUIG, *Dp, Pg*, 2011 (9ª ed.), pp. 59 y ss. [también en *Función de la pena*, 1982 (2ª ed.), pp. 42 y ss.].

de forma que como tales, merecen alabanzas, pero no estimación³⁵⁴. Por el contrario, las acciones realizadas *por deber* son las que no son hechas por inclinación, sino desde un esfuerzo moral por cumplir el deber³⁵⁵. Señalado esto, si el deber se entiende como una acción conforme al deber sin contenido moral, entonces, la denominada por algún sector de la doctrina función motivacional de la norma de conducta, es entendida aquí como una mera pretensión. La norma de conducta sólo aspira o pretende motivar a su cumplimiento y no, en cambio, la norma tiene una función de motivación³⁵⁶. Dicho en otras palabras, aunque suene reiterativo, la norma determinativa de conducta no tiene la función de motivar conductas conforme al deber, sino tan sólo la función de determinar a que se actúe

³⁵⁴ Cfr. KANT, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, 1990 (9ª ed.), pp. 59-61. Pero, así como la norma de conducta se observa ya cuando las personas obran conforme al deber (sin necesidad de un esfuerzo moral), así también la norma de conducta se concibe como una hipótesis, esto es, como un deber ser. En este sentido, decir norma de determinación no es referirse a un imperativo en sentido estricto, sino a una ordenación o pretensión de validez (*Geltungsordnung, Geltungsanspruch*), al estilo de LARENZ, “Der Rechtssatz als Bestimmungssatz”, en *FS für Karl Engisch*, 1969, pp. 150 y ss. No es lo mismo decir “haz esto” (norma como categórico), a decir “debes hacer esto” (norma como hipótesis). Sobre estas discusiones, véase BAJO FERNÁNDEZ, “Algunas observaciones sobre la teoría de la motivación de la norma”, *EPC*, 1977, pp. 22 y ss. Matizan el imperativismo que caracteriza a las normas de conducta, denominándolas normas de instrucción (porque informan “categóricamente a las personas sobre la forma en que no deben solucionar sus conflictos si no quieren ser objeto de una reacción penal”), BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, “Bases para una revisión de la teoría de la norma penal”, *RGDP*, 2004, pp. 2 y ss., 12; también HORMAZÁBAL MALARÉE, “Consecuencias político-criminales”, *RD*, 2003, p. 130 (nota al pie 16).

³⁵⁵ Como cuando las adversidades de la vida han arrebatado a un hombre todas las ganas de vivir, pero él, con ánimo fuerte, y aun deseando la muerte, conserva su vida sin amarla sólo por deber y no por inclinación o miedo, entonces su acción sí tiene un contenido moral. En otras palabras, desde el punto de vista moral, hay que hacer el bien, no por inclinación, sino por deber. Cfr. KANT, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, 1990 (9ª ed.), pp. 59-61.

³⁵⁶ Desde otro modelo de delito, también conciben que la norma penal, por definición, no está para motivar, PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, 2011, p. 95. Para este autor la norma está para asegurar expectativas normativas de conducta, estabilizándolas. También JAKOBS, quien defiende que la norma penal tiene efecto a través de la motivación, en donde un comportamiento contrario a la norma demuestra que ésta no constituyó un motivo suficiente para el autor; pero, ello no significa defender expresamente que la norma esté para motivar a obrar conforme a la norma. Cfr. JAKOBS, “Comportamiento evitable”, en *Estudios de Dp*, 1997, pp. 148-149. A mi entender, en la opinión de estos últimos autores, una cosa es la función de la norma (asegurar expectativas) y otra cosa es cuáles sean los mecanismos que necesita la norma para cumplir su función (en este orden: la motivación, y la imposición de una pena). Por el contrario, defienden la función de motivación de la norma, GIMBERNAT ORDEIG, “El sistema del Derecho penal en la actualidad”, *ACJ*, 1971, p. 278, aunque este autor hace especial hincapié en la motivación a través de la amenaza de pena, esto es, la norma de sanción. Defienden también la función motivacional de la norma, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2010 (2ª ed.), pp. 569 y ss.; SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, 2005, pp. 57 y ss.; MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, 2001, pp. 505 y ss.; MIR PUIG, *Función de la pena*, 1982 (2ª ed.), p. 42; MUÑOZ CONDE, *Introducción al Dp*, 1975, p. 50. Desde la doctrina de la imputación SÁNCHEZ-OSTIZ, “Casos difíciles, teoría del delito”, en *¿Casos difíciles o irresolubles?*, 2010, pp. 91-92.

conforme al deber, hayan existido o no motivos en tal sentido y, dado el caso, hayan sido los motivos que hayan sido³⁵⁷.

4.a. Los motivos pueden encontrarse referidos a un valor positivo, como el valor del bien jurídico protegido, el valor del mantenimiento de la relación de reconocimiento recíproco, o el valor en sí de la pretensión de validez del Ordenamiento Jurídico³⁵⁸. Pero, también pueden encontrarse referidos a un valor negativo, como el valor prohibitivo en sí de la conducta, el desvalor de la realización de una conducta lesiva, o el desvalor en sí del quebrantamiento de una norma de conducta³⁵⁹.

5. Puesto que la norma de conducta determina el comportamiento individual, en contrapartida, genera expectativas sociales de comportamiento conforme al deber³⁶⁰. Con ello, la función determinativa se compone de dos dimensiones³⁶¹: (a) como directiva de conducta que se centra en la relación entre el Derecho penal y el delincuente potencial, o entre aquél y un sujeto interesado en la libertad de acción; y (b) como expectativa de conducta que se centra en la relación del Derecho con cada ciudadano en tanto que no

³⁵⁷ De forma general para JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch, AT*, 1996 (5ª ed.), § 31, punto I.3, p. 324 [2002, p. 347], “lo normal es siempre la pretensión de que sea observado el mandato normativo”.

³⁵⁸ Por ejemplo, la doctrina de los *Aktwerte* de WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 1969 (11ª ed.), pp. 2, 4-5 [1970, pp. 12, 15-16], explicaba que el Derecho penal tiene como misión primaria la protección de los valores de acto (de acción ético-social), y sólo por inclusión protege los bienes jurídicos. Los valores de acto eran los valores de actuar conforme a Derecho (*Werte rechtsmäßigen Handelns*), que al encontrarse arraigados en la conciencia jurídica de la sociedad, eran fuentes de expectativas sociales institucionalizadas. En esta concepción es cierto que no se incluyen los valores de acto como los criterios de motivación en el cumplimiento de la norma de conducta, sino como los objetos de protección del Derecho penal (son el trasfondo ético-social de las normas jurídicas). No obstante, bien podrían entenderse los valores acto también dentro de la pretensión motivacional de las normas de conducta.

³⁵⁹ Es cierto que la norma no obliga a obrar motivado en un valor o desvalor en sí, pero ello no significa que el cumplimiento del deber no pueda ser realizado teniendo en cuenta los valores. De hecho, la crítica que VON HILDEBRAND dirige a KANT se fundamenta en que éste despoja al deber de todo sentido valorativo. Sobre esta crítica, véase la aclaración de YANGUAS, *La intención fundamental*, 1994, p. 135, comentando a VON HILDEBRAND. Según este autor el error de KANT consistió en pensar que cualquier tipo de conexión entre el deber y los valores que residen en el objeto conduciría al utilitarismo; y nada más detestaba aquél, como reducir la esfera moral a la categoría de lo útil. Pero, de ese modo, continua YANGUAS, el deber del imperativo categórico se vio separado de todo valor real y objetivo (*Sachwert*), perdiendo así su sustento. En consecuencia, para KANT la acción moral será sólo aquella que se cumpla no como respuesta a un valor, sino como cumplimiento de un deber. De este modo, si alguien ve a una persona en peligro y decide prestarle su ayuda salvándolo, lo hará no por amor al valor –la vida– que está en juego, sino porque sabe que ésa es una buena acción y que debe realizarla. VON HILDEBRAND juzga como farisaica tal actitud: hacerlo todo por deber y no por interés en los valores supone alzar un muro que nos separa del mundo moral.

³⁶⁰ Esta idea de la norma como expresión de determinadas expectativas sociales institucionalizadas es la esencia del planteamiento de JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, 1996, p. 50. No ve la incompatibilidad, tan a veces marcada, entre las normas de conducta como directivas, y como expectativas, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2010 (2ª ed.), p. 585 (§ 1.3) [también en *Normas y acciones*, 2003, pp. 26 y ss.].

³⁶¹ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Normas y acciones*, 2003, pp. 26 y ss.

delincuente potencial, víctima potencial o, sencillamente, alguien interesado en su seguridad³⁶². Por eso, cuando se comete un delito se infringe una norma de conducta cuya infracción no sólo comporta la infracción en sí de la directiva de conducta (infracción de un deber) sino que, a la vez, comporta la defraudación de las expectativas sociales de conducta (infracción de un derecho)³⁶³. Puede sostenerse, asimismo, que junto a las expectativas sociales de que se obrará conforme al deber se presentan las expectativas sociales que, en caso de que ello no resulte así, el Derecho penal actuará aplicando la pena correspondiente.

5.a. Resumidamente: la norma como directiva nos orienta cómo deberíamos obrar (relación entre la norma como proposición abstracta de deber ser ^[norma como prohibición] y el concreto deber personal ^[norma como deber]) y la norma como expectativa nos orienta cómo deberían obrar los demás ^[norma como derecho]³⁶⁴.

6. En cuanto a la función valorativa de la norma (*axiologischen Norm*)³⁶⁵, ésta contempla un núcleo de valores o de relaciones valorativas socialmente compartidas que se encuentran bajo su protección, pero esta función no cuenta con autonomía conceptual, sino que se encuentra estrechamente vinculada a la norma como directiva de conducta. El Derecho penal sólo puede brindar protección a los espacios de libertad interpersonales y a determinados bienes jurídicos desde las normas de conducta (cuyo refuerzo son las normas de sanción). De ahí que uno de los fines de las normas jurídicas sea el de evitar conflictos de libertades entre las relaciones con los bienes jurídicos³⁶⁶, además de su elemental “fin

³⁶² Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2010 (2ª ed.), p. 586 (§ 1.3). Destaca este autor que no pueden perderse de vista estas dos facetas de las normas, porque ambas se complementan, pues en cada sujeto confluyen las dos vertientes (autores potenciales y víctimas potenciales).

³⁶³ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Normas y acciones*, 2003, pp. 26 y ss.

³⁶⁴ También lo señalaba MIR PUIG, *Introducción a las bases del Dp*, 1976, pp. 36 y ss., desde la teoría de CALLIESS.

³⁶⁵ Desde la teoría general del Derecho, rescata la dimensión de valoración de la norma como el fundamento de legitimidad de la misma, BAYÓN MOHÍNO, *La normatividad del Derecho*, 1991, p. 632. Para este autor “mediante el empleo del poder -entendido meramente como fuerza- puede desde luego alterarse el cálculo *prudencial* de aquél sobre el que se ejerce, pero no el conjunto de razones para actuar dominantes sobre las prudenciales que éste pudiera tener. Por consiguiente, decir que alguien tiene una justificación para usar el poder es decir que hay razones morales que amparan la realización de actos que pueden modificar las razones prudenciales de otro (...) Por supuesto la autoridad legítima puede reforzar (...) sus directivas alterando *también* el cálculo prudencial del destinatario mediante la amenaza (creíble) de usar la fuerza si no se ejecuta la acción ordenada (...); pero ese refuerzo adicional, por importante que resulte en la práctica, no pasa de ser precisamente un aditamento respecto a la pretensión central de quien se considera autoridad legítima”.

³⁶⁶ Una idea similar en KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989, p. 150, quien entiende que no es relevante si la norma es de valor, o norma de determinación. Lo que interesa es que “*Der Zweck der Norm ist somit die Vermeidung eines rechtsgutsbezogenen Freiheitskonfliktes*”.

aspiracional” de la realización de la justicia, que es un fin inherente a todo el Derecho³⁶⁷. En la medida en que concibamos el Derecho penal como un sistema con fines y funciones, y no como un sistema compuesto de normas como un fin en sí mismas, las normas de conducta deberán entenderse en términos instrumentales: realizar los fines del Derecho penal³⁶⁸. En efecto, las conductas no se determinan como una finalidad en sí misma, es decir, las personas deben obrar así porque sí, sino como un medio para evitar determinados comportamientos que afecten las expectativas de disfrute de los bienes jurídicos o que lesionen tales bienes³⁶⁹. Por eso, mientras que el desvalor de acción (y de la intención) se ubica en la función directiva de la norma, el desvalor de resultado (de lesión o de peligro) se ubica en la dimensión de valoración de la norma³⁷⁰. De esta manera el Derecho penal protege los intereses jurídicos más necesarios para la colectividad, a la vez que jerarquiza su valor³⁷¹.

6.a. En sentido estricto, la función de la norma de conducta no es proteger bienes jurídicos, sino permitir la realización de los fines del Derecho penal, el cual tiene como fin la protección de los bienes jurídicos. ¿Y cómo permite la norma la realización de los fines del Derecho penal? Lo permite a través de la regulación de la conducta humana³⁷². La norma está concebida para las personas, no para los bienes jurídicos. Por eso, como se ha manifestado en el inicio de este capítulo, uno de los fines del Derecho penal es la protección de los bienes jurídicos, que se materializa a través de las normas jurídicas. En un primer momento, el fin de protección puede ser satisfecho a través de la prohibición o el mandato, cuando esta prohibición o mandato son suficientes para determinar la

³⁶⁷ Sobre esto LUZÓN PEÑA, “Alcance y función del Dp”, *ADPCP*, 1989, p. 10. Para este autor, el conjunto de normas jurídico-penales supone una regulación de determinados aspectos problemáticos de la convivencia social, con una cierta pretensión de justicia, que es inherente a todo el Derecho. También rescata como elementos fundamentales para asegurar la eficacia de las normas, la funcionalidad y justicia de las mismas, MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, 2001, pp. 531-532. En otro sentido JAKOBS, *Dp, Pg*, 1997 (2ª ed.), pp. 20 y s.

³⁶⁸ El Derecho penal está constituido por normas que atienden al cumplimiento de los fines del Derecho penal (naturaleza teleológica de las normas). Así, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2010 (2ª ed.), en especial, p. 512; también en pp. 505, 605, 610-611, 613, *passim*. Otros autores sostienen que las normas persiguen antes que todo realizar los fines de la pena. Cfr. MIR PUIG, *Función de la pena*, 1982 (2ª ed.), pp. 42 y ss.).

³⁶⁹ Para SILVA SÁNCHEZ, *Normas y acciones*, 2003, p. 37, con nota al pie 57, el contenido de la norma de conducta viene determinado por el contenido de las expectativas institucionalizadas, y es aquí donde habría que comentar lo relativo a la norma de valoración.

³⁷⁰ Esto supone incluir el desvalor del resultado ya en sede del injusto.

³⁷¹ Las normas de conducta tienen pues una función preventiva, en cierta medida, profiláctico-policial; deben evitar de antemano lesiones de bienes y de valores. Cfr. HAFFKE, “El significado de la distinción entre norma de conducta y norma de sanción para la imputación jurídico-penal”, en *LH a Claus Roxin*, 1995, p. 133. Sobre la estrecha relación entre las normas de conducta y la prevención de integración (p. 131).

³⁷² También MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, 2001, p. 62, para quien las normas son el instrumento a través del cual se pretende incidir en el comportamiento de los ciudadanos.

conducta conforme al deber. En un segundo momento, y dado el fracaso del efecto prohibitivo de la norma de conducta, en el que la prohibición por sí sola no determina a obrar conforme al deber, el fin de protección puede ser satisfecho a través de la amenaza de la pena³⁷³. Y, en un tercer momento, si ni la prohibición, ni la amenaza penal han sido suficientes como para determinar la conducta conforme al deber, dándose una infracción de la norma de conducta, será la aplicación de la sanción penal la que estará orientada no ya a proteger aquello que ya ha sido lesionado (un bien jurídico), sino aquello que aún puede seguir siendo protegido (las expectativas de uso y goce del bien jurídico) y aquello que se protege a partir de su recomposición (la relación de reconocimiento recíproco). Con ello, tanto la amenaza penal como la pena concreta cumplen una función supletoria de reforzamiento de la protección. Por eso, mientras que la norma de conducta facilita el cumplimiento de los fines del Derecho penal, la norma de sanción facilita los fines de la pena.

7. Como directivas que son, las normas de conducta emplean un lenguaje prescriptivo en el momento de establecer cuáles son las conductas debidas por los ciudadanos³⁷⁴. Los deberes sólo pueden cumplirse, ya por acatamiento deóntico, ya por motivación personal, en la medida en que las personas cuenten con los mínimos elementales: capacidad de voluntad, de conocimiento y motivación³⁷⁵. No puede concebirse el lenguaje directivo de la norma sin tener en consideración las circunstancias subjetivas del destinatario, las cuales habrán de estar referidas como mínimo a las capacidades individuales de recepción y asimilación del mensaje normativo³⁷⁶. En consecuencia, para el cumplimiento de las normas de conducta en el nivel de la teoría del delito que en este trabajo importa, se requieren determinados presupuestos subjetivos, que serán los presupuestos subjetivos de la imputación: el conocimiento o el error típicos³⁷⁷. Si los delitos sólo pueden ser cometidos por personas, es

³⁷³ Es común sostener que el Derecho penal asegura el respeto por los valores que protege a través del castigo de su inobservancia. Cfr. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 1969 (11ª ed.), p. 2 [1970, p. 12].

³⁷⁴ El lenguaje directivo tiene como función la de generar o impedir una acción, se trata de causar en otros ciertos comportamientos para influir en su voluntad (como las órdenes). Sobre este concepto JOSÉ, *Conocimiento, pensamiento y lenguaje*, 2006, p. 78. También concibe la norma jurídica desde un lenguaje directivo, MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, 2001, pp. 23, 62, 497 y ss., 513 y ss.

³⁷⁵ Los sujetos destinatarios de las normas deben contar con capacidad deóntica de cumplimiento, y ésta se tiene si se cuentan con los mínimos subjetivos. Sobre cuáles son los requisitos que deben darse en el obligado para poder hablar de obligación, cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, 2001, pp. 500 y ss., 524 y ss., 530 y ss.

³⁷⁶ También MOLINA FERNÁNDEZ, *ibidem*, p. 23.

³⁷⁷ En sentido opuesto, lo concibe KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989, pp. 13 y ss. Para este autor son las normas de sanción las que establecen los presupuestos de la responsabilidad, es decir, no son las normas de conducta las que proveen las condiciones que debe reunir el destinatario para la infracción, sino las reglas de imputación que se concretan desde las normas de sanción (de allí que el dolo y la imprudencia sean criterios de imputación). También en KINDHÄUSER, “Erlaubtes Risiko”, *GA*, 1994, p. 221, nota al pie 80, dedica una distinción al *contenido* de la imputación (que siempre es el tipo penal), y a los *criterios* de la imputación de la lesión de un deber, que pueden ser subjetivos (como el dolo o las capacidades individuales), y objetivos (como

en ellas en donde deben buscarse las propiedades de las que depende la capacidad para cometer delitos y, con ello, la capacidad para cargar con la imputación de ese delito. El Derecho vigente es el que determina respecto de qué personas es posible predicar tal capacidad³⁷⁸. Entre las condiciones, requisitos o presupuestos de esa capacidad, se encuentran el conocimiento y error vencible. Esto significa que, ante la comisión de un hecho delictivo, previamente a su imputación, o mejor dicho para su imputación, será necesario demostrar la concurrencia de alguno de estos elementos subjetivos³⁷⁹. De allí que cuando afirmamos que la norma de conducta es configuradora de comportamientos, lo decimos en un sentido subjetivo, ya que ésta intenta conectar con el sujeto para que adecue su conducta al mensaje prescriptivo. La norma de conducta no configura los comportamientos por la fuerza, apelando exclusivamente a una razón de poder o autoridad, sino a través de una lógica de deber basada en la autorresponsabilidad y, en segundo lugar, desde una pretensión motivacional³⁸⁰. Ésta última parte de la idea de que ante una prohibición, las personas se representan que tal prohibición cumple una función social útil, como la de salvaguardar la integridad de los bienes jurídicos que todos necesitan para desarrollarse y reconocerse como personas, y sólo en segundo término se representan la consecuencia negativa que conlleva la infracción a la prohibición³⁸¹. De este modo, se podría entender que la norma prescriptiva ya ejerce una suficiente fuerza motivacional para

el cuidado, el riesgo). Por eso, dado un riesgo permitido (criterio) no se elimina el tipo penal, sino que no se hace posible la imputación.

³⁷⁸ Personas físicas, personas jurídicas [respecto de éstas se pueden predicar dos modelos: el de la capacidad para cometer delitos (junto a la capacidad para responder penalmente), y el de la capacidad para responder penalmente].

³⁷⁹ Véase MERKEL, *Dp*, 1906, p. 73 [2004, p. 51].

³⁸⁰ Desde una versión puramente “económico-racional”, HOYER niega la función determinativa de la norma, asignándole una exclusiva función de coacción a través de la norma de sanción. Sobre esta concepción y su crítica, SILVA SÁNCHEZ, *Normas y acciones*, 2003, pp. 18-20. Con alguna concesión a la dimensión determinativa de la conducta, JAKOBS relega dicha dimensión a un nivel de segundo orden (como un efecto psicológico latente). Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *ibidem*, p. 21.

³⁸¹ Por lo demás, no puede dejar de reconocerse que la realidad se modela más por obra del hábito, de las creencias, de las convenciones sociales vigentes en un momento determinado, que por la virtualidad de las normas jurídicas. Al respecto DÍEZ PICAZO, *Experiencias jurídicas*, 1973, pp. 93, 89. También de esta idea FEIJOO SÁNCHEZ, *La pena como institución jurídica*, 2014, pp. 263-264. Con este argumento se da aún más fuerza a la idea que se sostiene en este texto, esto es de la función de motivación que poseen por sí mismas las normas de conducta, por cuanto éstas suelen ser reflejo fiel de las convenciones sociales. Similantemente a lo que aquí sostenido, BAJO FERNÁNDEZ, que sin negar la función de prevención que cumple el Derecho a través de la sanción, subraya la función de prevención de la norma jurídica, por cuanto ésta es *dictamen de razón* que nace del propio sentir comunitario, es decir, coincidente con unas convicciones cuyo papel preventivo es indudable. Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, “Algunas observaciones sobre la teoría de la motivación de la norma”, *EPC*, 1977, p. 48.

determinar la conducta y sólo de modo accesorio lo hace la amenaza penal, cuando ha fracasado la función directiva³⁸². Por tanto, las normas de conducta tienen un valor preventivo en sí mismas³⁸³ y sólo ante su fracaso se activa la prevención contenida en la norma de sanción. No se trata de una configuración por la fuerza bruta o por la simple razón de la imposición de una pena, sino apelando al raciocinio de las personas que atribuyen sentido y valor independiente ya a las prohibiciones y mandatos³⁸⁴. Un planteamiento inverso conllevaría a desconocer la racionalidad valorativa de las personas y su libertad de elección. Si las personas se abstuvieran de cometer delitos por el solo temor a la amenaza de pena, entonces, se debería sentenciar que éstas no encuentran razón suficiente a la prohibición, como pauta de orientación en la vida social. Finalmente, suponer que la existencia de una consecuencia jurídica aflictiva es la única motivación para obrar conforme a Derecho, implicaría entender que a las personas no les interesa la indemnidad de los bienes jurídicos. Ello supondría, por ejemplo, afirmar el siguiente absurdo: un conductor prudente no lo es porque quiera evitar resultados lesivos para terceros, esto es, porque respete la vida humana ajena (y la propia), o la seguridad del tráfico automotor, sino, por el contrario, es prudente porque le tiene miedo a la pena (= tiene más miedo al castigo que, a producir la muerte de terceras personas en el accidente).

7.a. Para cerrar lo relativo a la norma de conducta se hará una consideración final, que la menciono brevemente porque será objeto de desarrollo en el *Capítulo Tercero*. En este trabajo se asume que las normas de conducta pueden estar referidas tanto a deberes como a incumbencias. Esto significa una matización al planteamiento originario de las incumbencias como elementos exclusivos de las reglas de imputación. Las incumbencias son propiamente hablando una especie de enunciados deónticos al servicio del cumplimiento de los deberes jurídicos, permitiendo con ello la operatividad del Derecho.

³⁸² Sobre las dos modalidades del fracaso directivo, MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, 2001, pp. 506 y ss. Para este autor, el comportamiento antijurídico es una modalidad de fracaso de la norma directiva (p. 505).

³⁸³ Reconoce el valor de prevención de la norma primaria con independencia de la norma secundaria, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2010 (2ª ed.), § 2.1, pp. 492-493; HAFFKE, “El significado de la distinción entre norma de conducta y norma de sanción para la imputación jurídico-penal”, en *LH a Claus Roxin*, 1995, pp. 131-133.

³⁸⁴ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2010 (2ª ed.), pp. 438, 491, puntos 1.1; 2.1 (el Derecho penal no es un mero refuerzo sancionatorio de normas / en concreto, la prevención que lleva a cabo el Derecho penal tiene lugar mediante normas de conducta). De forma matizada BAJO FERNÁNDEZ, “Algunas observaciones sobre la teoría de la motivación de la norma”, *EPC*, 1977, pp. 36 y ss., quien, en referencia a la teoría de la motivación de GIMBERNAT ORDEIG, señala que la descripción de la conducta prohibida en el tipo no cumple por sí misma una función motivadora mientras no se le anude una pena.

Su ámbito de operancia es el ámbito de libertad informalmente regulado, a diferencia de los deberes que operan en el ámbito de libertad formalmente regulado³⁸⁵.

8. Junto a la norma de conducta existe una norma secundaria o de sanción que es la que contiene la consecuencia jurídica de la infracción a dicha norma. Las normas de conducta son el presupuesto de aplicación de la norma de sanción, porque éstas sólo reaccionan ante la infracción de aquéllas³⁸⁶. A diferencia de las normas de conducta, las normas de sanción se encuentran expresamente previstas en el tipo penal³⁸⁷. Pero, al igual que las normas de conducta, también las normas de sanción se legitiman en términos preventivos generales, aunque de segundo orden, pues, como se ha manifestado, a través de la prohibición ya puede ejercerse la prevención³⁸⁸. De las tres funciones de la norma de sanción, como imposición de una consecuencia jurídica y el cumplimiento de la dosis de merecimiento y necesidad del castigo, la tercera función, como restablecimiento de la vigencia de la norma, es la más importante³⁸⁹. El fin del Derecho penal que se cumple esencialmente a través de la norma de sanción es la restabilización de la vigencia de la norma infringida y junto a ello se restablece la confianza social en el seguimiento de la norma; confianza que hace alusión a las expectativas de comportamientos conforme al deber³⁹⁰. A diferencia de la restabilización de la vigencia de la norma, no puede sostenerse que la restabilización de las expectativas sea tarea exclusiva de la pena. Por el contrario, los comportamientos postdelictivos del autor producen muchas veces una mayor restabilización de las expectativas, que lo que alcanza a recomponer la imposición de la pena en sí. Piénsese en el arrepentimiento, la confesión o la

³⁸⁵ Mientras que el ámbito de libertad informalmente regulado sólo es producto de la propia voluntad del sujeto, el ámbito de libertad formalmente regulado siempre es producto de una relación heterónoma.

³⁸⁶ Cfr. VOGEL, *Norm und Pflicht*, 1993, p. 27, en este sentido las normas de sanción son normas condicionales (*bedingter Normen*). Por su parte JAKOBS, *Dp, Pg*, 1997 (2ª ed.), p. 8, sostiene que la pena es siempre una reacción ante la infracción de una norma, en donde se pone de manifiesto que siempre ha de observarse la norma.

³⁸⁷ De hecho, algunas concepciones de la norma entienden que los tipos penales contienen sólo la norma de sanción, como norma de competencia (*Ermächtigungsnorm*), esto es, como una norma que faculta a determinadas personas a imponer sanciones a otras personas. Sobre esto VOGEL, *Norm und Pflicht*, 1993, pp. 30 y s.

³⁸⁸ De otra idea, hay autores que entienden que la prevención ejercida por la norma primaria se da a través de la represión realizada por la norma secundaria. Cfr. HAFFKE, “El significado de la distinción entre norma de conducta y norma de sanción para la imputación jurídico-penal”, en *LH a Claus Roxin*, 1995, p. 134.

³⁸⁹ Una revisión reciente de la teoría de la norma de sanción (en cuanto a la amenaza e imposición de la pena), véase ENGLÄNDER, “Norm und Sanktion”, *RW*, 2013, pp. 192 y ss.

³⁹⁰ No puedo ocuparme de este tema en particular, pero considero necesario realizar una breve aclaración. A mi entender, las personas confían en las normas y tienen expectativas de cumplimiento de dichas normas. Se confía en el Derecho y se espera que los semejantes obren conforme al deber.

reparación realizados de modo espontáneo por parte del autor (incluso, el desistimiento en la tentativa). Cuando el autor asume el hecho injusto como obra suya de modo individual, con independencia de que posteriormente haya de recibir un castigo, tanto la víctima como la sociedad pueden sentir que ellas no han tenido nada que ver en la comisión del delito, produciéndose un mayor efecto de restabilización de las expectativas como resultado del reconocimiento voluntario del delito por parte del autor y de la ausencia de provocación o cooperación en el delito por parte de la víctima³⁹¹. Por lo demás, la restabilización de la vigencia de la norma y la confianza en su cumplimiento no sólo se producen en el plano comunicativo de las relaciones interpersonales, sino también en la dimensión empírica de los hechos³⁹².

9. La doctrina siempre ha sostenido que las normas de sanción van dirigidas al juez y que, por tal motivo, aquéllas son normas de conducta para éstos. A mi entender, la primera afirmación no elimina que las normas de sanción también vayan dirigidas al ciudadano³⁹³. De hecho, no siempre la prohibición resulta ser el motivo determinante por el cual las personas se abstienen de cometer delitos. También la amenaza de pena orienta las conductas, en aquellos casos en que el autor potencial calcula y pondera los efectos positivos y negativos de su hecho, teniendo en cuenta lo que ganaría con el delito y lo que le costaría si fuera descubierto. Asimismo, la afirmación de que la norma de sanción va dirigida al juez y que por ello es norma de conducta para éste³⁹⁴, merece una matización.

³⁹¹ No desconoce los efectos positivos de la reparación, como medio alternativo a la pena, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2010 (2ª ed.), p. 52 (§ 1.5). Para este autor la reparación puede expresar, en determinados casos, el reconocimiento y la consiguiente estabilización de la norma vulnerada en términos suficientes para producir el efecto de confianza de la colectividad en el funcionamiento del Ordenamiento Jurídico.

³⁹² Esta doble dimensión comunicativa y fáctica de la pena es lo que JAKOBS ha terminado por reconocer hacia el año 2004 (en su escrito: *Die staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*) cuando asume una posición mixta de la pena como prevención general, y afirma que el Derecho para ser real requiere facticidad. Sobre este tema JAKOBS, *La pena estatal*, 2006, pp. 83 y ss., 135 y ss. Véanse también las valoraciones de su postura en CANCIO MELIÁ/FEIJOO SÁNCHEZ, “¿Prevenir riesgos o confirmar normas?”, en *La pena estatal*, 2006, pp. 53 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, “Del Derecho abstracto al Derecho ‘real’”, *InDret Penal*, 2006, pp. 1-6.

³⁹³ A esto va relacionado directamente las garantías criminal y penal del principio de legalidad. De hecho, piénsese que la norma de sanción también posee una dimensión prospectiva para el ciudadano, y puede “hacer de norma de conducta” desde la amenaza de pena. La diferencia estaría en lo siguiente: mientras que la norma de conducta cumple una función determinativa de la conducta en el sentido propio de la determinación (basada en el valor), la norma de sanción lo hace en un sentido impropio de la determinación (basada en un desvalor: la amenaza de pena).

³⁹⁴ De esta idea SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2010 (2ª ed.), pp. 506 y ss., 584 (§ 1.1), quien entiende que la norma de sanción es una norma de conducta dirigida al juez. También VOGEL, *Norm und Pflicht*, 1993, p. 27, entiende que las normas de sanción son normas de comportamiento dirigidas a la plantilla de funcionarios del Estado (*Rechtsstab*). Por su parte, HRUSCHKA, “Reglas de comportamiento y reglas de imputación”, en

Una cosa es que la norma de conducta vaya dirigida al juez, quien es el que individualiza judicialmente la naturaleza y magnitud de la pena prevista bajo amenaza en un tipo penal determinado, la impone y la manda a ejecutar. Pero, cosa bien distinta es que ello deba entenderse como que la norma de sanción es una norma de conducta para el juez. Si entendemos, como se ha manifestado anteriormente, la norma de conducta como directiva de conducta librada al cumplimiento autorresponsable de la persona, la previsión de una sanción penal en caso de infracción de una norma primaria no contiene directiva de comportamiento alguno. Si de la estructura deóntica: “el que matare a otro será castigado con una pena de prisión de 10 a 15 años”, podemos deducir el supuesto típico “matar a otro”, junto a la norma de conducta “no matar a otro”, y también podemos deducir la consecuencia jurídica “prisión de...”, no veo de dónde pueda deducirse la norma de conducta para el juez, excepto que se entienda que ésta se deduce del “será castigado...” (y como quienes castigan en un Estado de Derecho son los jueces, entonces, esta es la norma de conducta para ellos). Pero, y sin pretensiones de contrariar en extremo a lo que la doctrina viene sosteniendo al respecto, a mi juicio, la norma de conducta para los jueces que han de aplicar la norma de sanción se deriva de las funciones judiciales a los que ellos están sometidos por los reglamentos que regulan la función jurisdiccional. Por tanto, la no aplicación de la sanción por parte del juez no significará directamente una infracción a la norma de conducta que le manda aplicar una sanción en caso de infracción.

10. Otro aspecto por diferenciar entre la norma de conducta y la norma de sanción es cuán intensas se presentan sus funciones en las dos dimensiones temporales del hecho. Las normas de conducta y las normas de sanción operan con diferente intensidad en las perspectivas *ex ante* y *ex post* en lo que hace a su función de aseguramiento de las expectativas normativas de conducta. Por una parte, la norma de conducta asegura las expectativas, ya sea por determinar el comportamiento conforme al deber, ya sea mediante una eficaz motivación. En la dimensión de la norma de conducta, el aseguramiento de las expectativas comporta simplemente una no-desestabilización de las mismas³⁹⁵. Por el

Imputación y Dp, 2005, pp. 29-30, con nota al pie 7, entiende que al igual que las reglas de conducta en su función de baremo de medición, las reglas de imputación son para el juez reglas de conducta en su función de configuración, que le indican si un acontecimiento físico debe ser o no imputado como acción, y si un hecho antijurídico debe ser o no imputado como culpable.

³⁹⁵ Las normas de conducta, en verdad, no estabilizan nada, sino que ayudan a mantener la estabilidad, evitando la desestabilización. Por ello, poseen un efecto permanente, a diferencia del efecto de la norma de

contrario, la norma de sanción asegura las expectativas mediante una imposición concreta de la sanción penal, allí donde se ha cometido un delito. En la dimensión de la norma de sanción el resguardo de las expectativas comporta, como máximo, una restabilización de las mismas³⁹⁶ y, como mínimo, una no-desestabilización de las expectativas acerca de que el Derecho penal funciona. Como hemos visto anteriormente, las expectativas sociales no sólo están referidas al comportamiento conforme al deber, sino también a que el Derecho penal actuará cuando éstas sean infringidas. Por otro lado, mientras que la norma de conducta posee una intensa función determinativa de la conducta en la perspectiva *ex ante*, la norma de sanción cumple una función menos intensa de amenaza penal, esto es, de modo latente, como mecanismo de refuerzo³⁹⁷. Por el contrario, en la perspectiva *ex post*, la norma de conducta se limita a operar como baremo de medición, mientras que la norma de sanción participa más intensamente desde la imposición del castigo concreto.

1.5.c. Doctrina de la imputación como reglas de imputación

1. Pasando a la doctrina de la imputación, aquí se asumen algunos puntos del modelo de imputación de raíz kantiana. Hemos visto que en la doctrina de la imputación se distinguían las reglas de conducta como baremos de medición de las reglas de imputación propiamente dichas³⁹⁸. Junto a lo manifestado sobre las normas (de conducta y de sanción) ahora me ocuparé de la dimensión de las reglas de imputación.

2. Para afirmar que un sujeto ha actuado en un sentido u otro se tiene que cotejar su comportamiento con la pauta de conducta que era obligatoria seguir, comparando el comportamiento realizado con la norma de conducta infringida. Esta primera subsunción no indica todavía que se pueda imputar al sujeto la infracción a dicha norma de conducta, sin simultáneamente corroborar que concurren los presupuestos subjetivos de la imputación. La operación a través de la cual se afirma que tal persona ha realizado tal hecho se denomina juicio de imputación, opera de modo retrospectivo y posee, al igual que las normas de

sanción, que a través de la imposición de una pena, producen un efecto estabilizador determinado sin demasiada continuidad temporal.

³⁹⁶ Este es la función que le asigna a las normas, PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, 2011, pp. 94, 95, 96.

³⁹⁷ El refuerzo puede ser entendido en términos coactivos-negativos, o coactivos-positivos. En este último sentido lo entiende MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, 2001, p. 60, cuando señala que las normas de sanción *intentan favorecer el respeto* de las normas de conducta.

³⁹⁸ Cfr. HRUSCHKA, "Reglas de comportamiento y reglas de imputación", en *Imputación y Dp*, 2005, pp. 27 y ss.

conducta, un carácter instrumental. Las reglas de imputación se conforman desde un conjunto de presupuestos o características generales que deben concurrir en un hecho para que éste pueda ser imputado a un sujeto, es decir, para que podamos hablar de delito en los términos de un hecho como expresión de una acción humana voluntaria y consciente. Estos presupuestos del juicio de imputación son: (a) los *presupuestos subjetivos de la imputación*: requisitos necesarios que deben concurrir en el autor del hecho, como la voluntariedad, el conocimiento de los hechos y del Derecho y la no motivación en el Ordenamiento Jurídico, y (b) los *presupuestos deónticos de la imputación*: el deber de la norma jurídica de conducta o la incumbencia de la norma de conducta natural.

3. Desde el punto de vista lógico la norma jurídica es una proposición que contiene dos elementos: el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica³⁹⁹. A los efectos de orientar la conducta, en la fase *ex ante*, la proposición deóntica se concibe de modo hipotético porque su presupuesto es condicional e incierto: si sucede lo previsto en la norma se dará tal consecuencia. Pero, en la fase *ex post*, a los efectos de realizar el juicio de imputación, la proposición deóntica ya no es hipotética, ni eventual, contingente o incierta, sino que se refiere a un estado de cosas existente, a ese estado de cosas que se pretendía evitar que suceda. De este modo, la proposición deóntica del *ex ante* se refiere a un deber ser, mientras que la del *ex post* a un ser, y desde este último aspecto, la norma jurídica que opera en retrospectiva como baremo de medición de la conducta realizada se concibe como una comprobación o verificación del ser, de la realidad. Así, mientras que la norma de conducta del *ex ante* opera con un lenguaje directivo, la norma de conducta del *ex post* lo hace con un lenguaje comparativo de medición. Por eso, para diferenciar estas dos dimensiones de operatividad de la norma de conducta las denominaré: norma de conducta a la que opera en el *ex ante* y regla de conducta a la que opera en el *ex post* (o también normas directivas de la conducta y reglas de medición de la conducta, respectivamente). Hablar de norma de conducta a secas tanto en teoría de las normas como en las doctrinas de la imputación ha llevado y conduce incluso hoy en día a confundir entre norma e imputación. Veamos algunas diferencias entre las dos dimensiones de la norma de conducta, de modo gráfico:

³⁹⁹ Cfr. LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho*, 1994, pp. 243 y ss.

	Norma de conducta (<i>ex ante</i>)	Regla de conducta (<i>ex post</i>)
dimensión	prospectiva (a futuro)	retrospectiva (hacia el pasado)
destinatario	ciudadano	juez
función subjetiva	orientar, pretender influir o motivar al ciudadano para que se comporte en un sentido	orientar al juez cuál que compruebe en qué medida se ha infringido la norma de conducta
naturaleza	deóntica-valorativa	deóntica-técnica
objeto	-la razón y voluntad del ciudadano -comportamiento propio a futuro	-la razón y voluntad del juez -comportamiento pasado de otra persona
finalidad	actuación conforme al deber	constatar infracción de la norma de conducta

4. A través del juicio de imputación el sujeto imputante insta una realidad normativa (no empírica)⁴⁰⁰ en el acto mismo de emitirlo: que el proceso en el que alguien se encuentra inmerso constituye un hecho. De allí que, a diferencia de la norma de conducta, que emplea un lenguaje directivo, las reglas de imputación emplean un discurso adscriptivo. Pero, ello no significa que el sujeto imputante cree la realidad que imputa. Una cosa es crear una realidad normativa a partir de la valoración de una realidad dada y otra es crear la realidad que se imputa. En este último sentido es que se entiende en el modelo de imputación de HRUSCHKA, donde tanto en el juicio de imputación del hecho como del Derecho no se constata ninguna realidad previa, sino que se afirma una realidad creada a través del mismo juicio de imputación⁴⁰¹. Por el contrario, en este trabajo defenderé que para realizar de modo racional el juicio de imputación, el sujeto imputante debe constatar la concurrencia de los datos del hecho junto a los presupuestos de la imputación anteriormente mencionados (los subjetivos y los deónticos). Por eso, y también a diferencia de la doctrina hruschkiana, entiendo que la norma de conducta en su dimensión retrospectiva no se ubica inmediatamente después del juicio de imputación de primer nivel (*imputatio facti*), sino en el mismo juicio de imputación⁴⁰². En consecuencia, entiendo que en su función retrospectiva las reglas de conducta operan como los presupuestos deónticos de la

⁴⁰⁰ Una realidad normativa significa un acto comunicativo que transmite un mensaje de sentido para la sociedad.

⁴⁰¹ Cfr. HRUSCHKA, “Reglas de comportamiento y reglas de imputación”, en *Imputación y Dp*, 2005, pp. 27 y ss. Próximo, pero con diferencias, RUDOLPH, *Das Korrespondenzprinzip im Strafrecht*, 2006, p. 28. Este autor llega a negar, incluso, que la *imputatio facti* se corresponda con la imputación objetiva de la teoría del delito clásica.

⁴⁰² Por eso, para HRUSCHKA las reglas de conducta son meros baremos de medición (*Maßstabsfunktion*) de lo realizado. Cfr. HRUSCHKA, “Verhaltensregeln und Zurechnungsregeln”, en *Rechtstheorie*, 1991, pp. 450, *passim* [= “Reglas de comportamiento y reglas de imputación”, en *Imputación y Dp*, 2005, pp. 27 y ss.]. En el mismo sentido SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación y teoría del delito*, 2008, pp. 117 y ss., 128 y ss.

imputación, para constatar, junto a los presupuestos subjetivos, lo realizado por el sujeto imputado. En el juicio de imputación es necesario para la constitución del injusto el “*hin- und herwandern des Blickes*”⁴⁰³ del juzgador. Un “ir y venir de la mirada” entre la situación fáctica y la norma en el proceso de aplicación de la ley, pero acompañado de los aspectos de la subjetividad que se pretenden imputar. Esta forma de ver las cosas arroja como resultado que el dolo sería una parte integrante del juicio de imputación subjetiva del tipo. Para comprender mejor la diferencia con el modelo de HRUSCHKA recordemos cuáles son para este autor los tres niveles del delito: (1) la *imputatio facti* o de primer nivel que es la imputación de un hecho, pero no de un hecho típico⁴⁰⁴; (2) la *applicatio legis ad factum* que es la aplicación de la ley al hecho, en donde a través de la valoración surge el hecho típico; y, (3) la *imputatio iuris* o de segundo nivel que es la imputación del Derecho. Como en la *imputatio facti* sólo se afirma que un suceso es un hecho cuando su origen se encuentra en un agente y éste conoce las circunstancias del caso, en este primer nivel de imputación no encontramos al dolo, sino que lo hallamos en la *applicatio legis ad factum* que es desde donde se realiza el juicio de valoración del hecho en relación con la pauta de conducta contenida en la norma de comportamiento⁴⁰⁵ (se podría decir que en este nivel se realiza la *imputatio dolus ad factum*, algo diferente a la *imputatio facti*, que es valorativamente neutra). Según este modelo, pues, habría que “imputar” y “valorar”⁴⁰⁶. Por el contrario, aquí

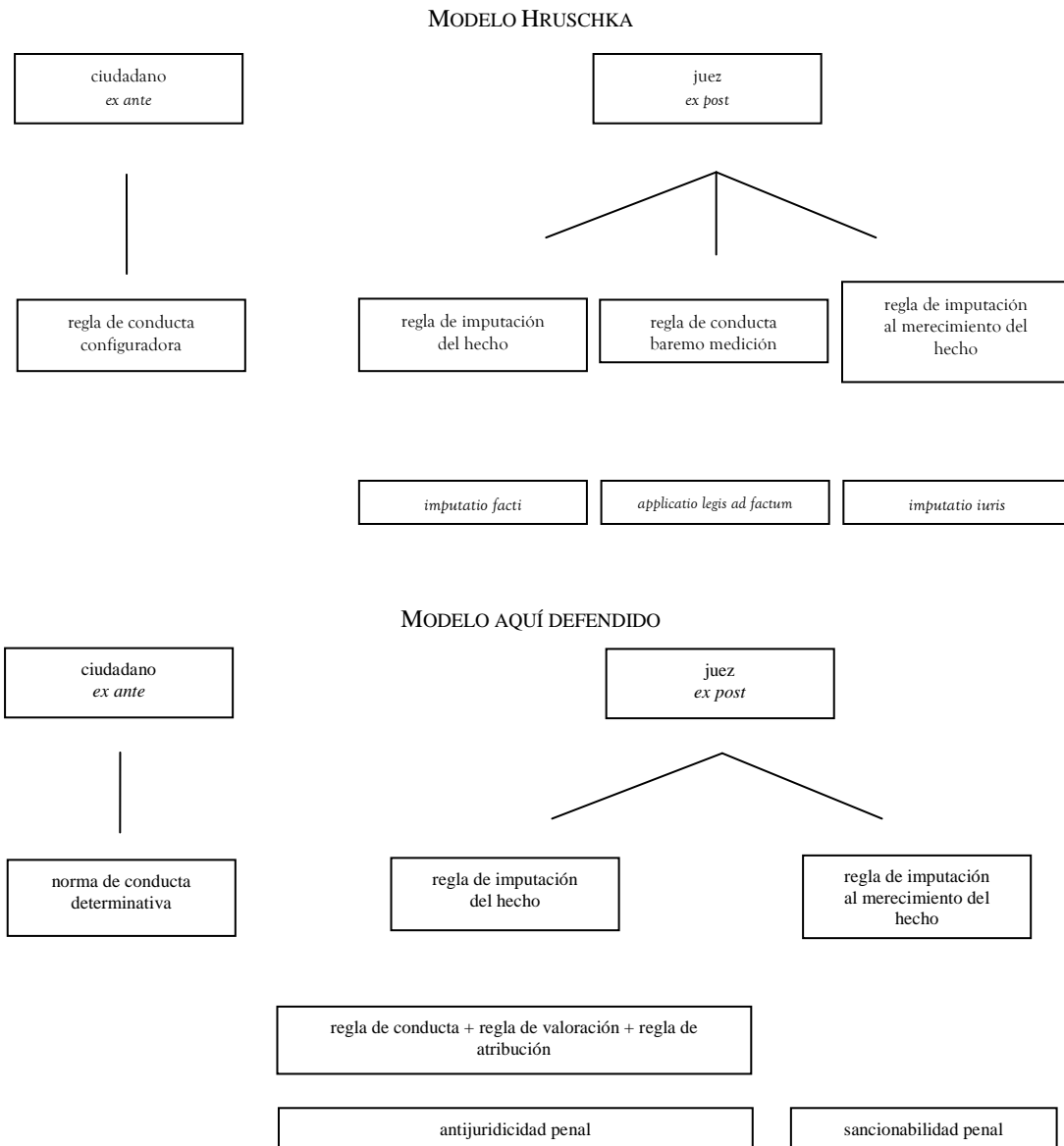
⁴⁰³ Expresión acuñada por ENGISCH, *Logische Studien*, 1963 (3ª ed.), p. 15, quien distingue entre la concreción de la norma para una situación fáctica y la formulación de criterios de valoración de la relevancia de esa situación fáctica para serle aplicada una norma (p. 28). La traducción al español ha sido realizada en la obra de LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho*, 1994, p. 275 (“ir y venir de la mirada de la premisa mayor al hecho de la vida”), y figura también en la traducción a PUPPE, “Sobre el uso de definiciones”, en *El Derecho penal como ciencia*, 2014, p. 12.

⁴⁰⁴ Véase la explicación de SÁNCHEZ-OSTIZ, “Casos difíciles, teoría del delito”, en *¿Casos difíciles o irresolubles?*, 2010, pp. 86, 89, 95. Para este autor hay que distinguir entre las expresiones “hecho” y “hecho típico”. Con *hecho* se expresa una primera atribución al sujeto, en cuanto se le exige como elementos subjetivos un cierto control sobre las leyes físicas y el conocimiento de las circunstancias fácticas que le rodean. El *hecho* se mueve en el primer nivel de imputación (la *imputatio facti*). En cambio, con *hecho típico* se expresa un juicio de valoración que le sigue a este primer juicio de imputación; que surge de la confrontación del *hecho* con la norma de conducta entendida en términos retrospectivos como baremo de medición (*applicatio legis ad factum*). En la misma línea, para el injusto del partícipe, MIRÓ LLINARES, *Conocimiento e imputación*, 2009, pp. 252 y ss., 269, *passim*.

⁴⁰⁵ Este parece ser también el modelo asumido por MIRÓ LLINARES, *Conocimiento e imputación*, 2009, p. 269, en materia del dolo del partícipe: “(...) el hecho se imputa al sujeto que lo conoce y controla y, después, se valora como injusto o no mediante su comparación con el mandato normativo”.

⁴⁰⁶ Cfr. MIRÓ LLINARES, *Conocimiento e imputación*, 2009, pp. 232-233, 254. Este autor asumiendo el modelo hruschkiano distingue entre la imputación del hecho al sujeto (desde la base del sentido social que tiene el hecho) y la posterior valoración del comportamiento conforme a la regla de conducta. Téngase en cuenta que en el hecho va ya incluido el conocimiento y control del sujeto.

se entiende que el juicio de imputación y valoración concurren de modo simultáneo e integrado⁴⁰⁷. En todo caso, si se quisiera dar un orden -aunque sea didáctico- consideraría el inverso: valorar e imputar. El siguiente gráfico ilustra las diferencias con el modelo de HRUSCHKA:



5. Compartir una doctrina de la imputación de raíz kantiana supone asumir la imputación como una operación subjetiva, lo que significa imputar exclusivamente a una persona aquello que es obra suya como causa libre. El fundamento de la responsabilidad es siempre

⁴⁰⁷ En consecuencia, para estos autores, justamente, por entender la imputación como un juicio previo a la valoración, se daría el efecto de inversión de las categorías en la teoría al uso: primero la imputación subjetiva aunque no típica, y luego la “valoración” objetiva (tipicidad más ausencia de causas de justificación).

la libertad contra deber ejercida por el sujeto -y no la infracción del deber derivado del rol, que sería un efecto-⁴⁰⁸. Desde un punto de vista analítico existen, al menos, dos claros niveles de imputación subjetiva, que comportan diferentes consecuencias jurídicas y, en segundo lugar, desde un punto de vista de la imputación de responsabilidad, existen dos vías posibles de hacerlo. La imputación subjetiva se realiza primeramente en sede de la antijuridicidad penal y, posteriormente, en sede de la sancionabilidad penal. En el primer nivel, para poder afirmar que un suceso es un hecho realizado por una persona, debe constatarse la concurrencia de dos elementos básicos: el conocimiento y el control voluntario (dominio), en relación con la norma de conducta prescriptiva. Tras concluirse que el sujeto ha obrado en contra de la regla de conducta (que la ha infringido) habrá que indagarse si además de imputarle el hecho como suyo, puede imputársele el hecho a título de culpable (infracción reprochable del deber). Para poder imputarse un hecho a una persona como demeritorio ha de constatarse la concurrencia del conocimiento del carácter antijurídico del hecho (de la prohibición). En los dos juicios de imputación existen dos momentos de valoración: en el juicio de imputación de la antijuridicidad, la tipicidad no justificada (lo que la doctrina de HRUSCHKA denomina la *applicatio legis ad factum*) y, en el juicio de imputación de la culpabilidad, más que nada la dimensión de la sanción (que podría denominarse la *applicatio poena ad personae*). Por otro lado, y de modo muy resumido porque me ocupo de estas cuestiones más adelante, las dos vías para poder imputar la antijuridicidad del hecho y la culpabilidad a una persona son: la imputación ordinaria y la imputación extraordinaria⁴⁰⁹. Los presupuestos subjetivos de la imputación ordinaria en la antijuridicidad son la voluntariedad y el conocimiento del tipo. Cuando falta la voluntariedad o se da una situación de desconocimiento o error “autorresponsables” será posible imputar el hecho por vía extraordinaria. En sede de la culpabilidad sucede lo mismo. Para poder imputarse ordinariamente el hecho al sujeto éste ha de reunir plenamente todos los requisitos de la culpabilidad. Es decir, cuando al sujeto puede atribuírsele el defecto de su imputabilidad, ya sea a nivel del injusto o de la culpabilidad, entonces, será posible construir la imputación del hecho a título extraordinario.

⁴⁰⁸ Al estilo del modelo de la *cause-responsibility* que se distingue del modelo de la *role-responsibility* (HART *supra*).

⁴⁰⁹ El origen de estas formas de imputación es muy antiguo. Se remonta más allá de ARISTÓTELES, a la teología de la justificación y del pecado original. Sobre estas cuestiones, de modo detallado SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación y teoría del delito*, 2008, pp. 36 y ss., 97, *passim*.

6. Para cerrar, considero útil realizar también algunas observaciones acerca del desvalor de acción contenido en la norma de conducta y el desvalor de resultado que algunos autores incluyen en la norma de sanción. Esto último es lo que ha conducido a identificar la palabra “imputación” con “resultado” y, a la postre, ha conducido a reunir en la norma de sanción también al dolo, al ser un criterio de imputación. Pero, ubicar el dolo en el mismo nivel que el resultado no debe llevar a desconocer sus peculiaridades. En primer lugar, porque a diferencia del resultado el dolo no es algo contingente, sino que es el requisito subjetivo ineludible que ha de acompañar a una conducta para su relevancia penal en la realización de un tipo doloso. Por eso, la presencia de conocimiento típico ha de darse ya en el momento *ex ante*, como parte del desvalor de la acción (lo que algunos denominan el desvalor de la intención), siendo elemento de la norma de conducta⁴¹⁰. Sólo así se podrá en el *ex post* imputar al sujeto “subjetivamente” la concurrencia de dolo. Suponer, por el contrario, que el dolo se imputa *ex post* del mismo modo que se imputa *ex post* el resultado es afirmar que así como el resultado ha de manifestarse como la realización del riesgo creado, el dolo ha de manifestarse como lo interpretable del hecho realizado. Pero el dolo no es simplemente lo que parezca como dolo a la mirada del juez, sino aquello que sea dolo teniendo en cuenta el conocimiento del sujeto, pues a diferencia del resultado, que puede o no realizarse dándose la conducta peligrosa, el dolo siempre se *realiza* si se da el conocimiento típico. El dolo como criterio de imputación siempre va ligado al conocimiento típico como presupuesto de la infracción, no así, el resultado, que es siempre contingente⁴¹¹. Por otro lado, otra identificación que se observa en sede de la norma de sanción es la de “imputación” y “norma de sanción”. Puesto que la imputación se encuentra directamente referida al resultado y éste es un componente de la norma de sanción, entonces, norma de sanción e imputación pasarían a ser la misma cosa. Sin embargo, deben efectuarse algunas distinciones: en primer lugar, diferenciar entre el momento *ex post* del hecho peligroso en el cual se produce el resultado (momento fáctico) y el momento *ex post* del hecho peligroso

⁴¹⁰ Recuérdese que el dolo pasó al tipo, justamente, por una razón directiva de la norma de conducta. En efecto, si la norma tiene como función determinar las conductas humanas, sólo podrá hacerlo en aquellos casos en que el sujeto cuente con los mínimos psicológicos necesarios (como la voluntad y el conocimiento). Por lo demás, como lo señala RODRÍGUEZ MOURULLO, *Dp, Pg*, 1978, pp. 329 y ss., 331, la ausencia del resultado que se da siempre en la tentativa, obliga a adelantar para la determinación de la antijuridicidad, los momentos subjetivos cuya anticipación no tiene por qué ser necesaria cuando se ha producido ya la consumación.

⁴¹¹ Además, así como “la producción del resultado típico no es esencial para el hecho punible” [Cfr. BLOY, “Contenido de ilícito y punibilidad de la tentativa burdamente insensata”, *ADPCP*, 2005, p. 366], el dolo sí lo es para los tipos dolosos. También ya mucho antes STÜBEL, “Ueber gefährliche Handlungen”, *NAC*, 1826, p. 258, señaló que el resultado pertenecía a las circunstancias azarosas de la conducta peligrosa.

con resultado en el cual se realiza la imputación del resultado al riesgo (momento judicial)⁴¹². Es en este segundo momento, el judicial, en donde se distinguen más claramente el juicio de imputación de la norma de sanción, por cuanto el juicio de imputación hace referencia a un procedimiento analítico valorativo-adscriptivo (del riesgo, del dolo, etc.), mientras que la aplicación de la sanción hace referencia a un procedimiento impositivo (de una pena determinada).

⁴¹² Sólo en el momento del enjuiciamiento del hecho se puede hablar de un “pronóstico objetivo posterior”, como lo denomina ROXIN, *StrafR, AT*, 2006 (4ª ed.), § 11, nms. 40, 56, pp. 369, 378 [en la traducción se emplean indistintamente “pronóstico” y “prognosis” 1997, pp. 360, 367]. Este autor se refiere a una “objektiv-nachträglichen Prognose”, en donde el juez en el momento de la imputación se “coloca” en la perspectiva de un espectador objetivo antes del hecho. Este observador objetivo cuenta con los conocimientos de un hombre del sector, y con los conocimientos especiales del autor.

PARTE SEGUNDA

NORMA E IMPUTACIÓN EN EL CONOCIMIENTO DEL TIPO

CAPÍTULO PRIMERO
DEFINICIÓN DEL CONOCIMIENTO

II.I.1. CONSIDERACIONES GENERALES

1. Ofrecer un concepto de dolo basado en el conocimiento nos lleva necesariamente a plantearnos el concepto de conocimiento, cuestión que debe abordarse desde algún enfoque (por ejemplo, filosófico, neurobiológico, o de otra índole), porque sólo de este modo podemos evitar caer en una conceptualización jurídico-formal, sin contenido. El ser de las personas no puede concebirse sin tener en cuenta la capacidad de conocimiento y, a la inversa, el conocimiento no se concibe sin incluir a una persona, a un ser consciente, que posee una estructura intencional junto a la capacidad de trascender la esfera de sí mismo⁴¹³. El conocimiento desempeña una función esencial en la vida del ser humano, pues a través de él tomamos contacto con nuestros semejantes y el mundo que nos rodea⁴¹⁴. No existe un solo concepto de conocimiento: usualmente, empleamos la expresión conocimiento para hacer referencia al proceso del entendimiento, la comprensión o la inteligencia, pero, también empleamos tal expresión cuando hacemos referencia a la información adquirida sobre algo a través de la experiencia sensorial, la intuición o la educación, esto es, el saber⁴¹⁵. En filosofía del conocimiento, las expresiones “saber” (*wissen*) y “tener conocimiento de” (*kennen*) difieren en cuanto a su objeto y, por ello, en cuanto a su concepto, pero para la dogmática del dolo tal distinción no ha de tener demasiada relevancia⁴¹⁶.

2. El objetivo de este capítulo consiste, luego de tomar partido por alguna concepción del conocimiento, en dilucidar dos cuestiones fundamentales en relación con el objeto del dolo. Por un lado, la cuestión referida al aspecto subjetivo, cual es el conocimiento de la realidad

⁴¹³ Cfr. VON HILDEBRAND, *¿Qué es filosofía?* 2000, p. 21.

⁴¹⁴ Cfr. VON HILDEBRAND, *ibidem*, p. 20.

⁴¹⁵ Para MOSTERÍN, *Racionalidad*, 1987 (2ª ed.), pp. 126, 129, sólo en algunas ocasiones el conocer es reductible al saber. Esto último pasa cuando el conocimiento se define como posesión de información (o saber directamente).

⁴¹⁶ Sobre estas distinciones, véase VON HILDEBRAND, *¿Qué es filosofía?* 2000, pp. 38 y ss.

como acto mental realizado por un sujeto y, por el otro, la cuestión referida al aspecto objetivo, que sería el conocimiento como proposición: la realidad socialmente desvalorada.

II.I.2. CONOCIMIENTO Y ERROR

II.I.2.a. Definiciones próximas al conocimiento: representación y consciencia

1. Al acto de conocer hay que distinguirlo de otros procesos mentales como el juzgar, el estar convencido⁴¹⁷, el representarse o el ser consciente, no sólo porque indubitadamente son datos distintos, sino también porque su delimitación arrojará claridad al concepto de conocimiento como objeto del dolo. En la dogmática penal es usual definir el aspecto intelectual del dolo desde diferentes expresiones, como conocimiento, representación, consciencia, creencia, etc., que no siempre han de ser entendidas como sinónimas. En efecto, muchas definiciones del dolo emplean de forma indistinta estas palabras, sobre todo cuando se pretende precisar sobre el grado de consciencia del conocimiento suficiente y necesario para el dolo⁴¹⁸. Veamos a continuación cuáles son los conceptos de cada una de estas expresiones, para poder determinar qué forma parte del concepto de conocimiento típico, como objeto del dolo.

2. En un sentido fenomenológico, por *representación* se entiende una imagen que se hace presente en la conciencia como reflejo de un objeto exterior o interior, como una experiencia visual introspectiva o como un fenómeno puramente psíquico. Así, cuando observamos un paisaje, automáticamente lo plasmamos en nuestra mente y podremos recordarlo tantas veces queramos cuando ya no estemos delante de él. Así, también nos podremos representar algo que no estemos observando en el presente, pero que forma parte de nuestros recuerdos e, incluso, de nuestra imaginación. Por el contrario, en un sentido epistemológico, la voz *representación* se limita a los conceptos y valores que sólo están presentes en nuestra mente, pero no en la realidad. El concepto de juventud no se encuentra

⁴¹⁷ Cfr. VON HILDEBRAND, *ibidem*, p. 20.

⁴¹⁸ En la dogmática del dolo también diferencian la conciencia (*Bewußtsein*), el conocimiento (*Kenntnis*, *Wissen*) y la representación (*Vorstellung*), FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983, pp. 192 y ss.; WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 1969 (11ª ed.), § 13, pp. 64 y ss. [1970, pp. 94 y ss.].

en la realidad, sino sólo en nuestra representación, bajo el modo que nosotros le demos al mismo, ya sea a través de imágenes, de colores o de formas. Podríamos pensar en la juventud cada vez que evoquemos el color rosado y pensar en la vejez cuando pensemos en el color gris. Lo mismo sucede con los valores. La bondad puede venirnos representada pensando en una paloma o en un ángel y la maldad cada vez que nos imaginemos un escorpión o una serpiente. Pero, también la palabra representación puede distinguirse desde la presencia real o ideal del objeto que uno tiene en mente. Lingüísticamente, a través del prefijo “re” la lengua distingue la presencia ideal del objeto en la mente del sujeto de la presencia real del mismo, esto es, respectivamente, representación y presentación⁴¹⁹. Por ejemplo, si el asesino se representa a la futura víctima mientras idea su plan (hora y *modus operandi* del hecho), podemos decir que la víctima no se encuentra presente en ese momento ante el asesino, sino sólo representada en su mente. Ahora bien, cuando el sujeto tiene realmente ante sí a su víctima, él no se la representa en sentido estricto, sino que, sólo la percibe. En la filosofía hildebrandiana, el acto de percepción se distingue del acto de representación⁴²⁰. Por percepción ha de entenderse toda forma de aprehensión cognoscitiva en la que el objeto se presenta y se revela tal como es en sí mismo a la mente del sujeto⁴²¹. Por el contrario, el acto de representación se concibe como una forma de actualizar el “tener conocimiento de algo”, de modo que un objeto dado en la representación no proporciona un nuevo saber al sujeto⁴²², sino sólo una evocación de algo que ya se sabe⁴²³. De modo similar, pero desde otro enfoque filosófico, SEARLE distingue entre las experiencias visuales de la percepción y las creencias. Mientras que las experiencias visuales nos dan acceso directo al estado de cosas percibido y, en tal sentido, ello es una presentación del estado de cosas, antes que una representación, las creencias pueden recrear el objeto en su ausencia⁴²⁴. Estas visiones filosóficas parecen no permitir que de la percepción surja una representación, por cuanto la percepción se produce ante objetos presentes, mientras que la representación

⁴¹⁹ Cfr. VON HILDEBRAND, *¿Qué es filosofía?* 2000, p. 168. También SEARLE, *Intencionalidad*, 1992, p. 59, distingue entre presentación (cuando el objeto está ante nosotros) y representación (cuando no lo está).

⁴²⁰ Cfr. sobre esto VON HILDEBRAND, *ibidem*, pp. 167 y ss.; SEARLE, *ibidem*, p. 59.

⁴²¹ Cfr. VON HILDEBRAND, *ibidem*, pp. 167 y ss.

⁴²² Cfr. VON HILDEBRAND, *ibidem*, p. 168.

⁴²³ PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, 2011, p. 79, define representación: “activación psíquica de un conocimiento o de una creencia, operada en el presente exacto de una situación y que, por tanto, no puede tener duración”.

⁴²⁴ Cfr. SEARLE, *Intencionalidad*, 1992, pp. 59, *passim*. De todos modos, hay que advertir que la “representación” en SEARLE hace alusión, tanto en los actos de habla como en los estados intencionales, a un contenido proposicional (que determina sus condiciones de satisfacción) y a un modo psicológico (que determina su dirección de ajuste), pero no, en cambio, a algo ontológico (pp. 26-27).

se produce respecto de objetos no presentes y ya conocidos por el agente⁴²⁵. Traducidos rápidamente estos conceptos a la teoría del dolo, cuando definimos el conocimiento típico como la representación de la conducta que conducirá a la realización del riesgo en el resultado, o fórmulas similares, estamos indicando que el sujeto “sabe” -en el sentido de “actualiza su conocimiento” o “es coconsciente de él”- que la conducta que él asume comporta la realización de un riesgo socialmente desvalorado⁴²⁶. Lo que es necesario para el conocimiento típico, como se verá más adelante, es la consciencia o coconsciencia de lo típico, que es algo más abstracto que los actos de percepción y representación, esto es, un acto de comprensión de la lesividad según el contexto del hecho. Lo que esto significa es que no basta un conocimiento sensorial, y hasta a veces no es necesario, sino que es preciso un conocimiento lógico (no demasiado reflexivo). En efecto, el mero percibir la concurrencia de los elementos del tipo o la simple representación *no son suficientes* por sí solos como para sostener que el sujeto “sabía lo que hacía” en términos de dolo⁴²⁷, sino que es necesario un acto de comprensión profana, sin caer en el extremo de una reflexión detallada⁴²⁸. De hecho, puede darse el caso que nos representemos un objeto porque lo

⁴²⁵ Cfr. sobre este tema VON HILDEBRAND, *¿Qué es filosofía?* 2000, pp. 167 y ss. El acto de percepción tiene el cometido esencial de darnos una oportunidad de intuir la verdad del estado de cosas al revelarse el ser-así del objeto ante nosotros; pero, ello no lo convierte en garante del conocimiento de la existencia de ese estado de cosas (pp. 77-78). Desde otro enfoque SEARLE, *Intencionalidad*, 1992, pp. 53 y ss., 78, 83, *passim*, para quien es la red y el trasfondo lo que determina lo que percibimos, porque no sólo podemos estar viendo algunos pocos aspectos del objeto, sino que nuestra perspectiva puede variar de otras perspectivas que ven el mismo objeto. Otra situación será que lo que vemos sea realmente lo visto, y no otra cosa. A mi entender, mientras que VON HILDEBRAND considera que el acto de percepción se limita a “permitir” al sujeto acceder a la esencia de la cosa que se le revela ante sí; SEARLE, por el contrario, entiende que el acto de percepción “depende” de lo que el sujeto conozca (red y trasfondo) y de su perspectiva, de forma tal, que la percepción es algo más que dar la oportunidad de acceder a la esencia de la cosa, es, ante todo, la aprehensión mental de la cosa según nuestros conocimientos y capacidades.

⁴²⁶ Por eso, definir el conocimiento típico sólo desde la representación, o percepción, sí que sería una visión muy psicologicista. Por ejemplo MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, 2001, p. 731, con nota al pie 221, cuando se refiere a la imprudencia inconsciente (para negar su relevancia penal) entiende que sólo puede ser imputado aquello que el sujeto sometió a consideración en algún momento, esto es, que haya pasado por su consciencia, requiriendo para ello el haber percibido tal cosa.

⁴²⁷ De igual idea FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983, pp. 192 y ss. Defiende la mera representación como suficiente para imputar dolo, PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, 2011, p. 80. HASSEMER, “Kennzeichen des Vorsatzes”, en *GS für Armin Kaufmann*, 1989 [= “Los elementos característicos del dolo”, *ADPCP*, 1990, pp. 929 y ss.], ofrece la visibilidad y la percepción del sujeto como criterios para inferir la representación de la situación de peligro típico. También, argumenta que para el conocimiento hace falta la representación, ROXIN, *StrafR, AT*, 2006 (4ª ed.), § 12, nms. 95, p. 483, *passim* [1997, p. 458].

⁴²⁸ Lo que la doctrina denomina en relación con el conocimiento de los elementos normativos del tipo: valoración paralela a la esfera del profano; y que resulta similar al concepto de coconsciencia material-mental (*sachgedankliche Mitbewusstheit*), por oposición a la coconsciencia lingüístico-mental (*sprachgedankliche Mitbewusstheit*) de SCHMIDHÄUSER, “Über Aktualität und Potentialität des Unrechtsbewusstseins”, en *FS für*

estamos percibiendo por los sentidos, pero no lo conocemos cabalmente en cuanto a su significado, porque no sabemos qué es, no tenemos su concepto creado en nuestro entendimiento; y aunque a partir de la representación del objeto pasemos a conocerlo, este conocimiento será simplemente una aproximación, pero no una auténtica correspondencia con lo que el objeto es. Por ejemplo, una persona puede percibir a través de sus sentidos un trozo de madera y, a partir de ese momento, conocer el objeto como “algo de madera”, mas no saber que se trata de una artesanía, porque desconoce el concepto de artesanía que comporta la máscara de una tribu africana. Pero, a la inversa, tampoco el acto de percepción y el acto de representación *son siempre necesarios* para el conocimiento típico en el momento del hecho, como se verá en los casos de ceguera fáctica⁴²⁹. En términos generales, en la teoría del dolo, a diferencia de los planteamientos filosóficos, resulta algo similar hablar de representación y de percepción, como formas de aprehensión cognitiva de una realidad externa; con la diferencia de que la representación puede darse también respecto de realidades no percibidas, mas sí conocidas. Pero, a disimilitud de la teoría del dolo, para la teoría del error, la distinción entre el acto de percepción y el acto de representación e, incluso, el acto de comprensión, sí llega a resultar relevante, justamente para determinar en qué proceso intelectual ha fallado el sujeto y de este modo poder distinguir los supuestos de error de tipo vencible de los invencibles⁴³⁰.

3. También hay que distinguir la locución *consciencia* de conocimiento. En términos ordinarios la consciencia es el conocimiento que el sujeto tiene de sí mismo y de sus

Mayer, 1966, pp. 317 y ss., 326. En el mismo sentido de este autor ROXIN, *StrafR, AT*, 2006 (4ª ed.), § 12, nm. 129, p. 501 [1997, p. 475], considera que para el dolo basta la aprehensión “de un vistazo” (*mit einem Blick*) de las circunstancias típicas. Así, igualmente SCHEWE, *Bewußtsein und Vorsatz*, 1967, p. 55, entiende que para el dolo no es necesario una expresa atención sobre todos los elementos del tipo, sino que basta una vivencia de las circunstancias del hecho dentro del todo situacional, aprehendiéndose la configuración típica.

⁴²⁹ En los casos de ceguera ante los hechos no hay representación, pero sí hay conocimiento. La doctrina señala que en la ceguera ante los hechos hay *ausencia* de representación, queriendo decir que hay ausencia de conocimiento. Así, por ejemplo, PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, 2011, p. 144. Para este autor la representación (como activación psíquica de un conocimiento) es suficiente para imputar el dolo (pp. 79-80), en lo que aquí se puede estar de acuerdo, siempre que al acto de representación le acompañe uno de comprensión; pero, en lo que no se está de acuerdo, es que la representación sea necesaria para imputar el dolo. Como veremos, el conocimiento típico se satisface aun sin concurrir una representación de los elementos típicos, bastando la coconsciencia de los hechos.

⁴³⁰ Así, por ejemplo, en algunos casos de error vencible el sujeto no percibe lo que se representa erróneamente que concurre: el cazador de jabalíes que percibe un bulto y se representa erróneamente que se trata de un jabalí (cuando se trata de una persona), o en algunos casos de tentativa inidónea por inexistencia de objeto, en donde el sujeto tampoco percibe lo que se representa erróneamente que concurre: el homicida que percibe un bulto en la cama y se representa erróneamente que se trata de su enemigo (cuando se trata de almohadas).

actos⁴³¹. En filosofía, la consciencia (*Bewusstheit, consciousness*)⁴³² se define como el hecho mental de estar consciente, el de darse cuenta de algo⁴³³, y esto sólo es posible respecto de lo que se conoce, ya sea en términos de “verdad” o bajo una condición de falsedad. También desde la filosofía de la mente, SEARLE⁴³⁴ define la consciencia⁴³⁵ como un estado del sentir y del advertir, que normalmente se inicia con nuestro despertar y concluye cuando nos dormimos, dejamos de existir o cuando de un modo u otro caemos inconscientes; y dentro del campo de la consciencia existen grados diferentes de consciencia⁴³⁶ que van de la somnolencia a la alerta plena⁴³⁷. Asimismo, para este autor, la consciencia es el fenómeno mental central, de modo que todas las demás nociones mentales (como intencionalidad), sólo pueden ser completamente entendidas como fenómenos mentales a través de sus relaciones con la consciencia⁴³⁸. En otras palabras, la consciencia siempre comporta un proceso activo, que de un modo u otro hace posible la integración de los conocimientos y creencias que el sujeto posee con aquellos nuevos que adquiere a través de la experiencia⁴³⁹.

4. Aunque sólo se puede estar consciente o tener consciencia de lo que se conoce o de lo que uno cree o desea, no obstante, de modo inverso, no necesariamente, el conocimiento y

⁴³¹ Cfr. DRAE, voz “consciencia”.

⁴³² A diferencia de la voz conciencia (*Gewissen, conscience*), que designa el conocimiento íntimo del bien que debemos hacer y del mal que debemos evitar, así como la fuerza laudatoria o condenatoria por la acción que se ha llevado a cabo. Sobre la consciencia y la conciencia, cfr. la nota del traductor en VON HILDEBRAND, *Ética*, 1997, p. 12. ROUSSEAU, *Emilio*, 1998, p. 431, denomina a la conciencia el “principio innato de justicia y de virtud”, desde el cual juzgamos nuestras acciones y las ajenas como buenas o malas.

⁴³³ Cfr. la nota del traductor en VON HILDEBRAND, *Ética*, 1997, p. 12. En la dogmática del dolo, enseña que la voz “consciencia” deriva del latín “*cum-scire*” que significa saber en relación con algo (*sapere in relazione a qualcosa*), PECORARO-ALBANI, *Il dolo*, 1955, p. 177. Para MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, 2001, p. 721, con nota al pie 221, el “tomar en consideración” (= someter a la elaboración del pensamiento) es el atributo definidor de la consciencia del sujeto.

⁴³⁴ Cfr. SEARLE, *El misterio de la conciencia*, 2000, pp. 13, 20, *passim*. Para este autor que asume un enfoque naturalista-biológico, la consciencia es un fenómeno mental cualitativo, subjetivo, pero al mismo tiempo parte del mundo físico. En otras palabras, la consciencia es un fenómeno natural, biológico, como la digestión, el crecimiento, o la fotosíntesis; [también en *El redescubrimiento de la mente*, 1996, pp. 12, 15, 102, *passim*, “los fenómenos mentales están causados por procesos neuropsicológicos del cerebro y son a su vez rasgos del cerebro”].

⁴³⁵ El término que emplea SEARLE en todas sus obras es *consciousness*, de modo tal que la traducción correcta al español sería la palabra consciencia, y no conciencia, como algunos de sus traductores lo han preferido. En todo caso, por lo que he advertido, los traductores se refieren a “conciencia”, a “estar conscientes”, a “estados conscientes”, y a “experiencias conscientes” de forma indistinta y sinónima, es decir, para significar lo mismo.

⁴³⁶ Cfr. SEARLE, *El redescubrimiento de la mente*, 1996, p. 96.

⁴³⁷ Cfr. SEARLE, *El misterio de la conciencia*, 2000, pp. 19 y ss.

⁴³⁸ Cfr. SEARLE, *El redescubrimiento de la mente*, 1996, p. 96.

⁴³⁹ La consciencia sirve para organizar las relaciones entre el organismo, su entorno y sus estados internos. SEARLE, *ibidem*, p. 118.

las creencias son plenamente conscientes, es decir, pueden también ser coconscientes o permanecer en algún nivel de la subconsciencia o de la inconsciencia⁴⁴⁰. De hecho, las personas contamos con muchísimas creencias sobre variados temas, respecto de los cuales no somos siempre conscientes, ya que no estamos pensando en ellos en todo momento y “subsisten” aun cuando nos encontremos inconscientes⁴⁴¹. Si contamos con la creencia (verdadera o falsa) de que nuestro maestro nos es leal, podemos hacerla una experiencia consciente en el momento en que conversamos con él sobre nuestra amistad académica, pero también seguiremos creyendo en su lealtad cuando la desplazemos a un segundo plano (coconsciencia) y en nuestra consciencia se encuentren otros asuntos que debemos priorizar en ese momento e, incluso, cuando estemos dormidos (inconsciencia). Aun en esos estados podemos sostener que continuamos *creyendo* en la lealtad de nuestro maestro⁴⁴².

5. Así como hay que diferenciar la consciencia de la inconsciencia, así también hay que distinguir los niveles o grados de consciencia. Dentro de la consciencia podemos encontrar una dimensión llamada el *centro* de nuestra atención, junto a otra dimensión llamada la *periferia* de nuestra atención⁴⁴³, que también forma parte de la consciencia y no debe ser confundida con la inconsciencia⁴⁴⁴. En todo caso, lo imprescindible en este punto será delimitar el ámbito de la periferia de la consciencia del ámbito de la inconsciencia⁴⁴⁵. En

⁴⁴⁰ Cfr. SEARLE, *El redescubrimiento de la mente*, 1996, pp. 31, 141 [también en *La construcción de la realidad social*, 1997, p. 26], las creencias, los deseos, y en general todo estado intencional son siempre potencialmente conscientes, incluso en los casos en los que son efectivamente inconscientes.

⁴⁴¹ Cfr. SEARLE, *Intencionalidad*, 1992, p. 59. También MOSTERÍN, *Racionalidad*, 1987 (2ª ed.), p. 109, llama creencias implícitas o inconscientes a aquellas en las que no hemos pensado, y, explícitas o conscientes a aquellas en las que sí hemos o estamos pensando, es decir, cuando hemos considerado una idea, nos hemos fijado en ella, o la hemos traído a colación.

⁴⁴² A diferencia del conocimiento y las creencias, los actos sensoriales (como la percepción visual) son eventos mentales conscientes, porque cuando se tiene una experiencia visual de estar viendo algo, si uno se duerme lo visual desaparece. Cfr. SEARLE, *Intencionalidad*, 1992, p. 59. Ello no se opone a que se pueden captar y aprehender (*awareness*) las cosas también de un modo inconsciente. Cfr. SEARLE, *El redescubrimiento de la mente*, 1996, p. 96.

⁴⁴³ Cfr. SEARLE, *El redescubrimiento de la mente*, 1996, pp. 146 y ss.

⁴⁴⁴ Cfr. SEARLE, *ibidem*, p. 147. Así, también el psicólogo ROHRACHER, *Einführung in die Psychologie*, 1976 (11ª ed.), pp. 62 y ss., 397 y ss., que inspiró la obra de PLATZGUMMER, sostenía que el saber acompañante o siempre actualizable se ubica en un punto intermedio entre lo consciente y lo inconsciente.

⁴⁴⁵ Hasta donde alcanzo a entender, SEARLE no distingue lo que está en la periferia de la consciencia y lo que está en la inconsciencia. Como mucho explica que lo inconsciente es aquello que no es consciente aquí y ahora y que por una razón u otra el agente no puede traer simplemente a la consciencia. Es decir, parecería ser que inconsciente es aquello que reclama un esfuerzo mental consciente para traerlo a la consciencia, porque no forma parte de la consciencia en un determinado punto temporal (así, la mayor parte de las creencias, deseos, recuerdos, etc. no están presentes en la consciencia en un momento dado). Véase SEARLE, *El redescubrimiento de la mente*, 1996, pp. 168, 179-180.

nuestra vida rutinaria somos conscientes de un sinnúmero de situaciones y asuntos respecto de los cuales no prestamos completa atención, pero están allí de forma periférica y pasan al centro de la consciencia cuando los necesitamos o nos concentramos en ellos; son fácilmente actualizables, sin necesidad de un esfuerzo reflexivo, porque de algún modo están allí de forma latente⁴⁴⁶, “a media luz”, disponibles a nuestros “llamados”. Por ejemplo, en este mismo momento estoy concentrada escribiendo estas palabras y pensando en los grados de la consciencia, pero seguramente más allá del centro de mi atención se encuentran varias cosas que debo hacer en los próximos días, pero sobre las cuales ahora no pienso, así como existen un montón de cuestiones sobre las que ni siquiera vale la pena ponerse a pensar: que la ventana del despacho está algo abierta y debería cerrarla porque se escucha algo de ruido, no tiene demasiada relevancia como para que dedique a pensar en ello. Sin embargo, todos estos pensamientos (centrales y periféricos) forman parte de lo que, conscientemente, me doy por enterada⁴⁴⁷, aunque algunos de ellos ocupen el primer nivel de mi atención (sobre los que focalizo), mientras otros se encuentren en niveles inferiores y periféricos de mi atención (sobre los que no focalizo porque están en un segundo plano). Esta distinción “geográfica” de la consciencia, entre el centro y la periferia, también puede distinguirse desde lo “temporal”, entre lo actual y lo supra-actual (o sobreactual) de la consciencia. En el nivel de la consciencia actual encontramos lo que conocemos de modo actual, presente. En el nivel de la consciencia supra-actual podemos encontrar al saber (o conocimiento estático), que es el que perdura en nuestra mente de forma que podemos acudir a él cuando lo necesitamos (actualizándolo en nuestro interior)⁴⁴⁸. La supra-actualidad es una característica del saber que nos permite continuar con nuestra vida, sin necesidad de aprender una y otra vez las mismas cosas, a la vez que como trasfondo o conciencia implícita nos ayuda a entender nuevos conocimientos que vamos adquiriendo⁴⁴⁹. Con esto, poseemos más que un nivel de experiencia: el actual (*aktuell*), que retiene un número limitado de contenidos y uno sobreactual (*überaktuell*)⁴⁵⁰, que puede retener un conocimiento de hechos y valores en mayor cantidad. Hay hechos que trascienden a nuestra consciencia momentánea, que están presentes en nuestro coconsciente

⁴⁴⁶ Cfr. ROHRACHER, *Einführung in die Psychologie*, 1976 (11ª ed.), pp. 62 y ss., 397 y ss.

⁴⁴⁷ Cfr. SEARLE, *ibidem*, p. 147.

⁴⁴⁸ Cfr. VON HILDEBRAND, *¿Qué es filosofía?* 2000, p. 34. Detalla este autor que cuando sabemos algo continuamos poseyéndola sobreactualmente aunque estemos ocupados con otros asuntos.

⁴⁴⁹ Cfr. VON HILDEBRAND, *ibidem*, p. 35.

⁴⁵⁰ YANGUAS, *La intención fundamental*, 1994, pp. 66-67, emplea la traducción supra-actual.

y son, por ello, sobreactuales⁴⁵¹. Se denomina pues actual a lo que momentáneamente está en el punto focal consciente de nuestra experiencia, mientras que lo sobreactual se define como lo que está en el trasfondo (*Hintergrund*) o en sus márgenes (*auf der Seite*). En conclusión, la consciencia central o actual son la misma cosa, así como la consciencia periférica o sobreactual.

6. Ahora bien, si existen conocimientos que no ocupan el centro de nuestra atención, pero que son parte de la periferia de nuestra consciencia, ¿cómo se distinguen estos de los conocimientos inconscientes, que también parece ser que no ocupan el centro de nuestra atención? SEARLE propone como estado mental inconsciente aquellas creencias sobre aquellas cosas o situaciones acerca de las que uno no está pensando, o que se han reprimido, pero que, en todo caso, son accesibles a la consciencia, porque son potencialmente conscientes. Por ejemplo: la creencia de que la torre Eiffel está en París puede ser un estado mental inconsciente en la medida en que no se esté pensando en ello⁴⁵². Sin embargo, esta definición y su ejemplo, nos arroja más confusión que claridad en la misión de distinguir entre la periferia de la consciencia y la inconsciencia, porque similarmente a lo dicho sobre la inconsciencia, anteriormente también se había dicho que lo periférico era aquello que no ocupaba el centro de atención de los conocimientos⁴⁵³. En efecto, ¿qué hace que la creencia de que la torre Eiffel está en París sea un conocimiento inconsciente y no, en cambio, uno periférico consciente? Dos criterios pueden ayudar a determinar el límite: la temporalidad o lateralidad y el interés o necesidad de la consciencia⁴⁵⁴. En cuanto a la temporalidad o lateralidad será un pensamiento periférico aquél que pueda encontrarse inmediata o

⁴⁵¹ Así como existe la consciencia de algo, y con ello las respuestas conscientes, también existe la coconsciencia de algo y sus respuestas coconscientes. La filosofía hildebrandiana denomina “existencia sobreactual” a la persistencia de determinadas respuestas en un plano más profundo que aquel en el que tiene lugar la actualización de nuestras vivencias. Cfr. VON HILDEBRAND, *Ética*, 1997, pp. 237 y ss.

⁴⁵² En cualquier caso, este ejemplo no fue puesto por SEARLE para diferenciar lo inconsciente de lo periférico, sino para diferenciar los estados mentales inconscientes de los estados conscientes que no tienen nada de mental (por ejemplo, la mielinización de los axones del sistema nervioso central, justamente porque tal mielinización funciona en la producción de los estados mentales). Cfr. SEARLE, *El redescubrimiento de la mente*, 1996, pp. 160, 161, 162.

⁴⁵³ Ya FRISCH, “Vorsatz und Mitbewußtsein”, en *GS für Armin Kaufmann*, 1989, p. 318, advirtió la falta de consenso entre los psicólogos de lo que forma parte de lo coconsciente y de lo inconsciente (en crítica a la teoría psicológica de ROHRACHER, en la cual se basa la obra de PLATZGUMMER).

⁴⁵⁴ Para la teoría freudiana el concepto de inconsciente tiene como punto de partida la teoría de la represión, en donde lo reprimido es el prototipo de lo inconsciente. A su vez, existen dos clases de inconsciente: lo inconsciente latente, capaz de conciencia, y lo reprimido incapaz de conciencia (excepto, sólo a través del psicoanálisis). Al inconsciente latente se lo denomina, más apropiadamente, pre-consciente, y deja lo inconsciente para lo reprimido. Cfr. FREUD, *El yo y el ello*, 1997 (10ª reimp., 1ª ed.), pp. 10, 8 y ss.

paralelamente al mismo tiempo que el pensamiento consciente o relacionado con él y será inconsciente aquél que se encuentre alejado o relacionado de un modo muy remoto. Por ejemplo, el juez que conscientemente realiza el acto de prevaricación es coconsciente de su condición de funcionario público (pensamiento lateral), pero el conductor que conscientemente conduce con exceso de velocidad no es consciente (es inconsciente) de que hace un año que no cambia las llantas del coche. En cuanto al interés o necesidad de la consciencia, será un conocimiento periférico aquél que por una razón determinada se halle o deba hallarse a mano de la consciencia. Por ejemplo, el cazador que habiendo sido informado que guarde especial cuidado en una determinada zona del parque por presencia de otros cazadores, llegado el caso, al encontrarse en esa zona, deberá traer a la consciencia la advertencia recibida; pero, en dicha situación, será un pensamiento inconsciente el deber que tiene de completar honestamente la declaración de rentas y ganancias⁴⁵⁵.

7. La determinación de los límites entre la consciencia -y sus grados- y la inconsciencia no es una cuestión baladí en la dogmática del dolo⁴⁵⁶. De hecho, como iremos viendo, en la teoría no siempre el conocimiento coconsciente es suficiente para el dolo⁴⁵⁷; otras veces se emplean como sinónimos los conceptos de conocimiento potencial y consciencia potencial, así como la figura de la coconsciencia para hacer referencia a la periferia de la consciencia, lo que hay que distinguir. Por su parte, en la teoría de la imprudencia, la consciencia y la inconsciencia tienen una elevada importancia para deslindar las clases de imprudencia y sus

⁴⁵⁵ Sobre este tema KÖHLER, “Vorsatzbegriff”, *GA*, 1981, pp. 290 y ss.; ROXIN, *StrafR, AT*, 2006 (4ª ed.), § 12, nm. 128, p. 500 [1997, p. 475], quien indica que no puede incluirse en el dolo todo tipo de conocimiento coconsciente, previamente adquirido por el sujeto, y que por eso el sujeto sabe de modo latente.

⁴⁵⁶ De hecho, desde la psicología de la asociación, PLATZGUMMER, *Die Bewußtseinsform des Vorsatzes*, 1964; y desde la psicología del lenguaje, SCHMIDHÄUSER, “Über Aktualität und Potentialität des Unrechtsbewußtseins”, en *FS für Mayer*, 1966, aportaron ideas para la dogmática del dolo y la imprudencia en relación con los niveles de la consciencia. A pesar que SCHMIDHÄUSER quiere distinguirse de PLATZGUMMER, porque abordan el fenómeno del conocimiento desde diferentes enfoques, no obstante, sus planteamientos pueden asimilarse en muchos puntos, teniendo en cuenta que lo que en la dogmática del dolo se denomina coconsciencia puede ser tanto el saber que está al margen de la consciencia (PLATZGUMMER), como aquel pensar en el significado o imagen de algo con independencia del concepto o palabra que lo describe, esto es, como una abstracción representacional de la realidad conocida, aprehendida por los sentidos (SCHMIDHÄUSER). También, consideran coincidentes estas teorías, ROXIN, *StrafR, AT*, 2006 (4ª ed.), § 12, nm. 124, p. 498 [1997, p. 473]; SCHILD, “Vorsatz als sachgedankliches Mitbewußtsein”, en *FS für Stree/Wessels*, 1993, p. 260; KÖHLER, “Vorsatzbegriff”, *GA*, 1981, pp. 288, 290, nota al pie 11. Las distingue FRISCH, “Vorsatz und Mitbewußtsein”, en *GS für Armin Kaufmann*, 1989, p. 316, nota al pie 33.

⁴⁵⁷ Por ejemplo, para FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983, pp. 169 y ss., el conocimiento se define como el registro de la materia relevante en la consciencia (no siendo suficiente la coconsciencia).

efectos jurídicos en la pena. En todas estas figuras distinguiré con la precisión que sea necesaria, el conocimiento de la consciencia y sus grados.

II.1.2.b. Definición de conocimiento

1. Antes de comenzar detenidamente con el concepto de conocimiento, hay que exponer que sobre su concepto existen muchos enfoques y clasificaciones. De modo general, se suele definir el conocimiento (1) como la representación correcta o verdadera de la realidad (inversamente, el error sería la representación incorrecta o falsa de la realidad) y también (2) como la relación de congruencia entre la realidad y la representación mental. La diferencia entre el primer concepto y el segundo es que el primero versa sobre el proceso mental o psicológico que lo engloba, mientras que el segundo lo hace sobre el proceso explicativo que lo define estrictamente y, como tal, no es un proceso mental, sino proposicional. Ligado al primer concepto, se encuentra el (1.a) conocimiento como acto o proceso mental-cognitivo de percepción y aprehensión de la realidad; mientras que con el segundo concepto se relaciona el (2.a) conocimiento como bagaje conceptual que se tiene sobre el mundo y las cosas en general⁴⁵⁸. Con este “doble” concepto de conocimiento se manifiestan las dos dimensiones del mismo. Por un lado, la dimensión “dinámica” como proceso mental por el cual se activan nuestros sentidos de cara a la percepción, aprehensión cognitiva de la realidad y comprensión, en el cual interviene todo nuestro conocimiento estático como soporte⁴⁵⁹ y, por el otro, la dimensión “estática” como bagaje conceptual del proceso mental que aprehende la realidad, esto es, toda la información que empleamos para adquirir el nuevo conocimiento (el saber)⁴⁶⁰. En otras palabras, el conocimiento dinámico hace referencia al proceso de “enterarse de algo” (acción) y el conocimiento estático al “saber algo” (estado). Ciertamente, el proceso de aprehensión cognitiva es mucho más complejo que el estado de posesión, por cuanto, aquél abarca desde los “actos preparatorios de la atención”⁴⁶¹, pasando por la misma captación de un objeto tal como es (el recibir el objeto), hasta la obtención de su verdadera esencia, a través del acto de comprensión o

⁴⁵⁸ Por ejemplo, MOSTERÍN, *Racionalidad*, 1987 (2ª ed.), p. 126, nos enseña que semánticamente la mayor parte de veces usamos el verbo *conocer* para indicar una cierta experiencia y familiaridad del sujeto con el objeto. Es el uso de conocer que corresponde al *connaître* francés, al *know something* inglés, y al *kennen* alemán.

⁴⁵⁹ Equivale en algo a la red y al trasfondo searleanos. Cfr. SEARLE, *Intencionalidad*, 1992, pp. 34-35, 151 y ss.

⁴⁶⁰ Cfr. VON HILDEBRAND, *¿Qué es filosofía?* 2000, pp. 32-33.

⁴⁶¹ El acto de atención hace explícito un volverse de la mente hacia el objeto que se despliega ante nosotros. Cfr. VON HILDEBRAND, *ibidem*, p. 29.

juicio⁴⁶². Y esto es obtener el conocimiento de algo⁴⁶³. Pero, así también el acto de posesión de conocimiento tiene su momento dinámico, no sólo cuando interviene para hacer posible el nuevo conocimiento que se incorpora, sino también cuando él mismo necesita actualizarse, por obsoleto. Tal como se podrá apreciar más adelante, en la dogmática penal del dolo y la imprudencia, cobran sentido tanto la dimensión del conocimiento como acto mental, como la dimensión proposicional del conocimiento, sobre todo para los casos en que existe un deber de hacer consciente el conocimiento periférico o el deber de adquirir conocimiento nuevo.

II.1.2.b.i. ¿Conocimiento como estado mental o como acto mental?

1. Para comenzar a responder la pregunta del epígrafe hay que dar por supuesto que el conocimiento es ante todo un estado o un acto mental y no sólo una proposición o juicio sobre algo⁴⁶⁴. Por lo menos que pertenece al género de *lo* mental, esto es, un “fenómeno mental”, una facultad del intelecto. El fundamento de esta primera afirmación es que el conocimiento posee una naturaleza ontológico-subjetiva. Frente a la tradicional versión de que la realidad es objetiva se erige la versión matizada, que no toda la realidad es objetiva sino que, parte de ella, es subjetiva⁴⁶⁵. Y es esta naturaleza dual la que nos permite diferenciar los dos aspectos del conocimiento y del dolo que se mencionan y analizan más

⁴⁶² El juicio sucede a la aprehensión a modo de conclusión de todo el proceso de conocimiento (mediante el cual se objetiva la verdad captada por el sujeto). Cfr. VON HILDEBRAND, *ibidem*, pp. 24-25.

⁴⁶³ Cfr. VON HILDEBRAND, *ibidem*, p. 32. La teoría del conocimiento hildebrandiana concibe el acto de conocer como un recibir (y no como un producir el objeto). Pertenece a la esencia del aprehender cognoscitivamente el que un objeto, tal cual es, sea captado por la persona y llegue a ser entendido y conocido. Por el contrario, el idealismo trascendental (KANT) interpreta la aprehensión cognoscitiva como una construcción del objeto, y con ello, niega que las personas tengan capacidad de captar un objeto real tal como es. *Ibidem*, pp. 22-23, 31, *passim*.

⁴⁶⁴ En filosofía de la mente los autores que más rotundamente niegan la existencia de los estados mentales como tales son los “materialistas eliminativos”; otros autores asumen el “funcionalismo” desde el cual argumentan que los estados mentales consisten simplemente en una serie de relaciones causales entre sí con los *inputs* y *outputs* del sistema del que son parte; también desde la “postura intencional” se señala que no existen fenómenos reales y intrínsecamente mentales (como las creencias o el deseo), sino formas útiles de hablar en ese sentido para explicar y predecir la conducta. Sobre estas posturas y sus críticas SEARLE, *El redescubrimiento de la mente*, 1996, pp. 19 y ss. En la dogmática jurídico-penal las voces normativistas niegan la dimensión “natural” de los elementos subjetivos reduciéndolos a meros juicios o criterios de valor. Así, por ejemplo, últimamente PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, 2011, p. 817 (la concurrencia o no de dolo no depende de la presencia o ausencia de un estado mental, sino de la racionalidad epistémica de esa presencia o ausencia).

⁴⁶⁵ A favor de las dos dimensiones de la realidad (objetiva y subjetiva), SEARLE, *El redescubrimiento de la mente*, 1996, pp. 33 y ss., *passim*.

adelante (los planos ontológico y normativo). A grandes rasgos, el conocimiento es un fenómeno mental, algo que se da en nuestra mente y en todas las mentes de las personas⁴⁶⁶, que consiste en aprehender mentalmente una realidad dada, que se capta siempre de forma intencional, por está dirigida hacia el objeto. En principio, es algo subjetivo porque se refiere a un sujeto, con independencia de que en otra dimensión de la materia, también el conocimiento sea algo objetivo⁴⁶⁷. Que el conocimiento sea algo mental es sólo nuestro punto de partida (conocimiento como proceso), pues como se verá seguidamente, también el conocimiento es algo proposicional (conocimiento como contenido).

2. En algo tiene razón SEARLE, al afirmar que todos caen en el dualismo cartesiano, cuando se refieren al binomio mente-cuerpo. Desde su enfoque naturalista-biológico, este autor señala que estamos obnubilados por la tradición filosófica que hace de lo mental y de lo físico dos categorías que se excluyen mutuamente, cuando ello no es así. Por el contrario, hay que rechazar tanto el dualismo cartesiano como el materialismo y reconocer que los fenómenos mentales son también hechos biológicos y, por ende, partes del mundo físico, a la vez que son hechos subjetivos, porque sólo existen en la medida en que los experimente algún ser humano o cualquier otra clase de sujeto⁴⁶⁸. El pensamiento searleano concibe a los fenómenos mentales desde una base biológica, porque están causados por las operaciones del cerebro. Según esto, la consciencia y la intencionalidad son tan parte de la biología humana como la digestión o la circulación de la sangre. Es un hecho *objetivo* sobre el mundo que éste contiene ciertos sistemas, a saber, cerebros, con estados mentales *subjetivos* y es un hecho *físico* sobre tales sistemas que estos tienen rasgos *mentales*. Por eso, la solución correcta al “problema mente-cuerpo” reside no en negar la realidad de los fenómenos mentales, sino en apreciar su naturaleza biológica tal como ha sido explicada⁴⁶⁹. Pero, en otro sentido, SEARLE señala algo incorrecto, a mi modo de ver las cosas. Entiende que el conocimiento, las creencias, los deseos y otros fenómenos mentales son simples

⁴⁶⁶ En la filosofía de la mente de SEARLE, *Intencionalidad*, 1992, p. 30, todos los estados intencionales son “causados por” y “realizados en” la estructura del cerebro.

⁴⁶⁷ El conocimiento objetivo hace referencia a lo que las cosas son (predicado de verdad), y no dependen del parecer u opinión del sujeto, y por eso es compartible por varios sujetos. En cambio, el conocimiento subjetivo es aquello que el sujeto conoce (predicado de verdad), porque cree que conoce (predicado de certeza). Cuando el conocimiento objetivo se incorpora a un sujeto pasa a ser subjetivo, pero inmodificable por el sujeto siempre que éste pretenda que siga teniendo validez intersubjetiva.

⁴⁶⁸ Cfr. SEARLE, *El misterio de la conciencia*, 2000, pp. 13-14, 17 y ss.

⁴⁶⁹ Cfr. SEARLE, *Intencionalidad*, 1992, p. 15. De hecho, esta autor señala que el problema mente-cuerpo no es verdaderamente un problema, al menos no es más real que el problema estómago-digestión (p. 30).

hechos, estados o eventos mentales y no actos, acciones o actividades mentales. Por eso, critica a aquellos autores que describen las creencias, los temores, las esperanzas y los deseos como actos mentales. Ejemplifica que escribir libros puede describirse como un acto o acción o incluso como una actividad, y sumar mentalmente o formarse imágenes mentales de algo son actos mentales; pero creer, esperar, temer y desear no son actos mentales en sí, por cuanto los actos son cosas que uno hace, de modo que no hay ninguna respuesta a la pregunta “¿qué estás haciendo ahora?”, que rece “estoy creyendo que va a llover” o “formándome la esperanza de que los impuestos bajarán”, etc.; de modo que, los estados y eventos intencionales son sólo eso, estados o eventos mentales y no, por el contrario, actos mentales⁴⁷⁰. Aun cuando en términos amplios puedan equipararse las expresiones estados o actos mentales, en verdad, cada uno de ellos revela una naturaleza diferente, sobre todo porque el acto evoca una participación del sujeto más dinámica que la del estado. Ya con esta primera distinción puede luego afirmarse en el delito imprudente el déficit de esfuerzo mental en el sujeto para conocer la realidad típica. A diferencia de SEARLE, entiendo que, en sentido impropio, sí puede decirse que el creer, desear o temer son actos mentales, porque lingüísticamente es posible, aunque suene raro, decir que “en este momento me estoy representando cómo resolver un problema”. Ello, sin duda, implica un hacer mental y no un mero estado mental como algo pasivo y estático, porque cuando pienso ya como representaciones, temores o deseos, estoy haciendo algo que es producir ideas, aunque pueda estar haciendo físicamente otra cosa: así pensar mientras riego las plantas del jardín o mientras, simplemente, reposo con las piernas extendidas en el sofá de mi cuarto. Lo que pasa es que normalmente cuando hacemos algo mentalmente, lo expresamos de un modo más genérico y no especificando la naturaleza del acto mental. Decimos “estoy pensando en (...)”, pero es válido también especificarlo: “estoy creyendo que X me debe un libro” o “estoy temiendo que se aproxima la fecha de coger el avión”, entre otras expresiones algo extravagantes, pero igualmente válidas. Por lo demás, si las creencias, las esperanzas y los deseos no fuesen en sí actos mentales (o juicios), no existirían lingüísticamente los gerundios respectivos: “creyendo”, “esperando” o “deseando”. Por eso, no veo cómo un filósofo del lenguaje niegue rotundamente la cualidad de actos mentales a las creencias, temores, esperanzas y deseos. Y, justamente, porque son actos mentales pueden revelar y manifestar la libertad del sujeto, porque siendo meros estados mentales, ello sería más difícil de explicar. En consecuencia, para considerar el conocimiento como acto mental (y

⁴⁷⁰ Cfr. SEARLE, *Intencionalidad*, 1992, p. 19.

no como mero estado mental) será preciso asumir algún otro planteamiento filosófico, que nos permita hacerlo⁴⁷¹.

3. En la filosofía de DIETRICH VON HILDEBRAND, basado en algunas de las tesis de la fenomenología husserliana y reinachiana, una de las principales distinciones que debe llevarse a cabo en la esfera de la “vida consciente” del ser humano es la que hace referencia a las vivencias intencionales (*intentionale Erlebnisse*) y vivencias no intencionales⁴⁷². Con intencionalidad se hace especial alusión a la relación racional, consciente y significativa entre un sujeto y el objeto, o entre el sujeto y una situación objetiva o estructura objetiva de la realidad⁴⁷³. Intencionalidad en la filosofía de VON HILDEBRAND no significa aquello realizado a propósito (esto es, la intención como respuesta afectiva y que equivale a voluntad), sino aquello que define la dirección que asume la consciencia del sujeto hacia el contenido del objeto⁴⁷⁴. La intencionalidad como dirección hacia el objeto se distingue de la intención como acto de realización del objeto⁴⁷⁵. En el ámbito de las vivencias intencionales se pueden distinguir el “acto cognoscitivo” (*kognitive Akt*), como “aprehensión cognoscitiva” (*Kenntnisnahme*), de la “respuesta” (*Antworten*), como “toma de posición” o “postura” (*Stellungnahme*). El acto cognoscitivo se define como aquel que permite la percepción de las cosas, sea una percepción sensorial o de valor, sea la percepción de un color o de sonidos, sea la percepción del espacio, de las personas, de otros cuerpos materiales o inmateriales, sea de valores y de sentido⁴⁷⁶. También son actos cognoscitivos, además de la percepción, la imaginación y el recuerdo, la inferencia, la intuición intelectual

⁴⁷¹ En el sistema angloamericano se emplean para hacer referencia al elemento subjetivo del delito (*mens rea*), indistintamente las expresiones *state of mind* (estado de la mente), *mental state* (estado mental), y *mental act* (acto mental). De hecho, define la intención como la “actitud mental positiva” (*positive mental attitudes*) con respecto a las consecuencias previstas del acto, y define la volición como la consciencia o “acto mental” (*mental act*) que inicia y guía el cambio físico que provoca el acto físico, SAUNDERS, “Voluntary acts”, *UPLR*, 1988, p. 454.

⁴⁷² Se consideran vivencias no intencionales los meros estados (como el cansancio) y las tendencias teleológicas (como el instinto y el impulso). Éstas se diferencian de las vivencias intencionales porque en ellas, los estados y las tendencias, son producto de una causalidad que no pasa a través de la consciencia, sino, por fuera del centro espiritual consciente de la persona. Cfr. VON HILDEBRAND, *Ética*, 1997, pp. 192, 191 y ss. Esta distinción puede tener especial repercusión en la teoría de la acción típica.

⁴⁷³ Cfr. VON HILDEBRAND, *ibidem*, con nota al pie 1.

⁴⁷⁴ Cfr. VON HILDEBRAND, *ibidem*, p. 190, nota al pie 1. En el planteamiento husserliano la intencionalidad se define como la dirección que asume la consciencia hacia el contenido del objeto.

⁴⁷⁵ Estas dos versiones de la intencionalidad son las que han estado presente en la dogmática del dolo (sobre todo, para los volitivistas, la versión de la intención como realización del objeto, que equivale a la voluntad).

⁴⁷⁶ Cfr. VON HILDEBRAND, *Ética*, 1997, p. 195: “Siempre que un objeto, cualquiera que sea su naturaleza, se revela a nuestro espíritu, se trata de un acto cognoscitivo”.

y el contacto cognoscitivo⁴⁷⁷. Los actos cognoscitivos se caracterizan porque son *consciencia de algo*, es decir, de un objeto⁴⁷⁸. Los actos cognoscitivos *están* vacíos, desprovistos de contenido, porque todo el contenido yace en el objeto⁴⁷⁹: “cuando vemos el color rojo, su contenido está en el lado del objeto; no somos rojos; pero tenemos consciencia de lo rojo”⁴⁸⁰, al igual cuando vemos una persona, su contenido está en el lado del objeto y nosotros somos consciente de que es una persona. Ciertamente, y esto no lo dice VON HILDEBRAND, a todo acto de percepción o de percatación de la realidad ha de acompañar un conocimiento tácito para que sea posible la captación del objeto, su aprehensión intelectual⁴⁸¹. En este sentido, hay que reconocer que el acto cognoscitivo actúa acompañado o complementado con esa especie de *background* que hace posible que se produzca el acto mismo de conocer⁴⁸².

4. Junto a los actos cognoscitivos se encuentran las respuestas, como tomas de postura del sujeto ante el objeto percibido. Todas las respuestas presuponen un acto cognoscitivo de modo necesario, por cuanto el objeto ha de manifestarse en primer término ante nosotros para que lo percibamos y, a partir de allí, ofrezcamos una respuesta⁴⁸³, sea esta teórica, volitiva o emocional. En tal sentido, nada nuevo bajo el sol: ya la filosofía escolástica enseñaba que “nada se quiere si no se conoce” (*nihil volitum nisi cogitatum*)⁴⁸⁴. Pero con esta explicación, VON HILDEBRAND, aunque acierta, no completa del todo el proceso complejo del conocimiento. En efecto, este filósofo se refiere a la percepción como un acto

⁴⁷⁷ Cfr. VON HILDEBRAND, *ibidem*, pp. 32, 195, 197.

⁴⁷⁸ Cfr. VON HILDEBRAND, *ibidem*, p. 195.

⁴⁷⁹ Cfr. VON HILDEBRAND, *ibidem*.

⁴⁸⁰ Cfr. VON HILDEBRAND, *ibidem*.

⁴⁸¹ Lo que en SEARLE, *Intencionalidad*, 1992, pp. 53 y ss., 78, 83, *passim*, hace posible que aprehendamos algo es nuestra red (*network*) y trasfondo (*background*), esto es, todas nuestras habilidades y conocimientos tácitos.

⁴⁸² Como ya se ha manifestado en notas anteriores, mientras que VON HILDEBRAND considera que el acto de percepción se limita a “permitir” al sujeto acceder a la esencia de la cosa que se le revela ante sí, SEARLE, por el contrario, entiende que el acto de percepción “depende” de lo que el sujeto conozca (red y trasfondo) y de su perspectiva, de forma tal, que la percepción es algo más que dar la oportunidad de acceder a la esencia de la cosa, es, en todo caso, la aprehensión mental de la cosa según nuestros conocimientos y capacidades. A mi entender, la tesis hildebrandiana, dado su viso fenomenológico-ontológico, no logra explicar integralmente el acto del conocimiento, pero ello puede ser completado desde la tesis searleana.

⁴⁸³ Cfr. VON HILDEBRAND, *Ética*, 1997, p. 196.

⁴⁸⁴ = “Nichts wird gewollt, was nicht zuerst erkannt ist” / “Nothing is willed which is not first known”. La filosofía hildebrandiana presenta el adagio *nihil volitum nisi cogitatum* como una verdad que se da en la esfera de las esencias (en este caso del querer y del tener consciencia), con independencia y más allá que se dé en un caso concreto. Cfr. VON HILDEBRAND, *¿Qué es filosofía?* 2000, pp. 66 y ss., 68.

cognoscitivo receptivo, consciente de algo⁴⁸⁵ y a la toma de postura como una respuesta activa, consciente en sí misma⁴⁸⁶. Gráficamente, en los actos cognoscitivos el objeto nos habla y nosotros escuchamos, pero en las respuestas somos nosotros los que le hablamos al objeto⁴⁸⁷. Asumir un planteamiento tan esquemático como éste sin más nos haría desconocer la trascendente utilidad que tienen para los actos cognoscitivos, tanto el paso previo a la percepción (el interés por conocer), como el paso intermedio entre la percepción y la respuesta, que viene dado por el acto de comprensión⁴⁸⁸. Fundamental función cumple en esos dos pasos el conocimiento tácito o estático, que como hemos visto, sirve de soporte a los actos de la percepción y de la comprensión.

5. Las respuestas del sujeto ante el objeto pueden ser de tres clases: respuestas teóricas, respuestas volitivas y respuestas afectivas⁴⁸⁹. Las respuestas teóricas, por su contenido, pertenecen a la esfera del conocimiento⁴⁹⁰. Así, la creencia, la convicción, la duda, la suposición y la expectativa⁴⁹¹ son tipos de respuestas teóricas que son parte del conocimiento, por cuanto su contenido está relacionado con la existencia y la verdad de los

⁴⁸⁵ La percepción es el acto fundacional en el que reposa el diálogo entre la persona (sujeto) y el ser (objeto). Cfr. VON HILDEBRAND, *Ética*, 1997, p. 196.

⁴⁸⁶ Cfr. VON HILDEBRAND, *ibidem*, p. 195. Las respuestas no significan tener consciencia de algo. Cuando sentimos alegría, amor o desprecio, o cuando tenemos esperanza o desconfianza, el contenido reside en el sujeto, aunque dirigido al objeto. En este sentido, la alegría no es consciencia de algo, sino, ella misma es una realidad traída al ser conscientemente.

⁴⁸⁷ Cfr. VON HILDEBRAND, *ibidem*.

⁴⁸⁸ En la filosofía searleana se explica con más detalle lo que no es posible en la hildebrandiana. SEARLE diferencia entre la dimensión intencional y causal de la percepción. La percepción se define como la transacción intencional y causal entre la mente y el mundo. Mientras que la experiencia visual (como acto de percepción) está dirigida *hacia* el objeto, o es *de* objetos o estado de cosas en el mundo, tiene una dirección de ajuste mente-a-mundo, la dirección de causación es de mundo-a-mente. Por su parte, señala SEARLE que tanto la intencionalidad como la causación son interdependientes porque el ajuste sólo es alcanzado si es causado por el otro término en la relación de ajuste, esto es, por el estado de cosas percibido. Cfr. SEARLE, *Intencionalidad*, 1992, pp. 52, 56, 62 [también en *El redescubrimiento de la mente*, 1996, p. 118. A diferencia de los actos de percepción, en la acción intencional es el organismo el que causa los estados de cosas del mundo por medio de las representaciones conscientes]. En efecto, SEARLE enseña que la noción de cómo son las cosas en sí es relativa a nuestra capacidad de recibir *inputs* causales de un mundo que en general existe independientemente de cómo lo representamos (p. 88).

⁴⁸⁹ Cfr. VON HILDEBRAND, *Ética*, 1997, pp. 194 y ss. Respectivamente, *theoretische Antworten*, *Willensantworten*, *affektive Antworten*. En sentido amplio, las respuestas volitivas y afectivas quedan abarcadas por la voluntad, pero en sentido estricto, sólo las primeras (pp. 198-199).

⁴⁹⁰ Cfr. VON HILDEBRAND, *ibidem*, p. 197.

⁴⁹¹ Cfr. VON HILDEBRAND, *ibidem*, pp. 195, 196 y ss.

objetos (reales o ideales) o con la esencia de una situación objetiva⁴⁹². Para VON HILDEBRAND en la convicción la respuesta del sujeto es un “sí” a la existencia o verdad del objeto⁴⁹³; en la suposición la respuesta expresa un “sí” limitado, en suspenso, acerca de la esencia de la situación objetiva; y, en la duda⁴⁹⁴ la respuesta es un “no” limitado, esto es, no un “no definitivo”, sino también en suspenso⁴⁹⁵. A pesar que las respuestas teóricas son consideradas como una parte del conocimiento, no debe olvidarse que ellas son una toma de postura del sujeto ante el objeto⁴⁹⁶, porque ya obtuvimos un conocimiento previo del mismo y podemos manifestarnos acerca de él⁴⁹⁷. En segundo lugar, las respuestas volitivas están conformadas estrictamente por el querer⁴⁹⁸ (nuestro libre centro personal⁴⁹⁹) y están referidas a una situación objetiva todavía no realizada, pero que tiene potencia de hacerse real⁵⁰⁰. Al querer algo, pretendemos traer el objeto a la existencia, porque queremos hacer algo todavía no real. Por eso la voluntad puede convertir en existente aquello que es su objeto de realización, o bien puede destruir una realidad dada o tender a su mantenimiento y conservación, siempre bajo condiciones de posibilidad⁵⁰¹. La diferencia entre el querer y el

⁴⁹² Cfr. VON HILDEBRAND, *ibidem*, p. 197. Similarmente, agrupa entre las creencias: el sentir certeza, el tener un presentimiento, el suponer y muchos otros grados de convicción, SEARLE, *Intencionalidad*, 1992, p. 43. Para este autor todas estas categorías son usualmente relacionadas con la cognición.

⁴⁹³ En la convicción la respuesta no se refiere a la importancia positiva o negativa de un objeto, sino a su existencia, a la existencia de un estado de cosas. Cfr. VON HILDEBRAND, *¿Qué es filosofía?* 2000, p. 26.

⁴⁹⁴ En la suposición el objeto manifiesta algo como verosímil, pero en la duda, el objeto manifiesta algo como inverosímil.

⁴⁹⁵ Cfr. VON HILDEBRAND, *Ética*, 1997, p. 197. El concepto de duda que emplea este filósofo es la duda negativa.

⁴⁹⁶ Cfr. VON HILDEBRAND, *ibidem*. Con algunos matices diferentes, SEARLE, *Intencionalidad*, 1992, pp. 23-24, también atribuye a las creencias una dirección de ajuste “mente-a-mundo”, porque si mis creencias se vuelven incorrectas, son mis creencias y no el mundo lo que falla, de modo que para corregir las cosas basta con que cambie mis creencias; en cierto modo, es responsabilidad de las creencias encajar con el mundo, y no al revés.

⁴⁹⁷ Cfr. VON HILDEBRAND, *Ética*, 1997, p. 197. En las respuestas teóricas no obtenemos ningún conocimiento, sino que lo presuponemos, es decir, tenemos conocimiento.

⁴⁹⁸ Cfr. VON HILDEBRAND, *ibidem*, p. 196. Similarmente, agrupa junto al deseo: el querer, el anhelar, el codiciar y el ansiar, SEARLE, *Intencionalidad*, 1992, p. 43. Para este autor todas estas categorías se relacionan con la volición.

⁴⁹⁹ Cfr. VON HILDEBRAND, *Ética*, 1997, p. 201.

⁵⁰⁰ Cfr. VON HILDEBRAND, *ibidem*, p. 199.

⁵⁰¹ Cfr. VON HILDEBRAND, *ibidem*, pp. 199, 200 (nota al pie 9). Evidentemente, la filosofía de este autor define la voluntad como el querer realizar algo que tiene potencia de hacerse real, es decir, es realizable. Quedarían fuera de las respuestas volitivas las pretensiones o deseos incapaces de suceder (por ejemplo: tocar las estrellas). Para la doctrina de la acción welzeliana éste era el sentido de la voluntad. WELZEL define el dolo como el saber y querer la realización del tipo penal, en donde el elemento volitivo se define como “voluntad de realización” (*Verwirklichungswille*). Esto último significa que el autor asigne a su conducta una posibilidad de influir en el acontecer real, porque si él considera que lo que quiere está fuera de su alcance, entonces, esto podrá ser una esperanza o deseo, pero no dolo. Cfr. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 1969 (11ª ed.), § 13, pp. 64, 66 [1970, pp. 95, 97].

conocimiento reside en que en la voluntad el sujeto no se pregunta por la esencia del objeto, no se trata de la verdad de la situación objetiva, sino, por el contrario, de la importancia que ella tiene para el sujeto⁵⁰². Finalmente, en tercer lugar, es posible hablar de las respuestas afectivas, que al igual que las respuestas volitivas, presuponen el conocimiento del objeto. Por ejemplo: el respeto, la esperanza y el temor, la alegría y la tristeza, la estimación y el desprecio, la confianza y la desconfianza, el entusiasmo y la indignación, el amor y el odio⁵⁰³, todas ellas son respuestas afectivas.

5.a. Pueden realizarse algunas equivalencias entre la clasificación hildebrandiana de las respuestas teóricas, con algunas modalidades subjetivas típicas. Así, a la convicción se le puede equiparar el conocimiento seguro, en donde el “sí” a la existencia o verdad del objeto sería equivalente a la certeza en la magnitud del riesgo que se asume, o en la elevada probabilidad de producción del resultado; a la suposición el dolo eventual, en donde el “sí” en suspenso equivale al estado de incertidumbre sobre la situación típica; y, a la duda (negativa) la imprudencia consciente, en donde el “no” en suspenso sería equivalente a lo que en la imprudencia definimos como representación del resultado no querido + confianza en la no producción del resultado.

II.1.2.b.ii. Conocimiento como proposición

1. Tanto la filosofía como la ciencia se han ocupado del conocimiento, preguntándose el modo en cómo el sujeto se relaciona con el objeto. El estudio del conocimiento humano es el objeto de la teoría del conocimiento (gnoseología), rama de la filosofía, que se ocupa de examinar las fuentes, naturaleza y clases de conocimiento⁵⁰⁴. En cuanto a las fuentes varias corrientes filosóficas se han disputado el problema del origen del conocimiento, esto es, de dónde sacamos los conceptos que tenemos incorporados. Actualmente, de forma generalizada se sostiene que las personas aprendemos lo que sabemos (palabras, conceptos, definiciones y significados) a través de la experiencia⁵⁰⁵, pero que también existen juicios de carácter universal y necesario que residen en la razón⁵⁰⁶, así como conocimientos tácitos que operan desde la intuición. En menor medida, también son posibles fuentes del

⁵⁰² Cfr. VON HILDEBRAND, *Ética*, 1997, p. 200.

⁵⁰³ Cfr. VON HILDEBRAND, *ibidem*, pp. 195, 196, 201 y ss.

⁵⁰⁴ En todo lo que sigue sobre la definición de conocimiento he empleado, mayormente, las obras de HOSPERS, SEARLE, y VON HILDEBRAND.

⁵⁰⁵ Cfr. HOSPERS, *Introducción*, 1984 (2ª ed.), pp. 134-135, 145. Este autor, como empirista, rechaza la teoría de los conceptos innatos (los que estarían grabados dentro de nosotros).

⁵⁰⁶ La corriente del intelectualismo es la que intenta conciliar las fuentes de la razón y la experiencia.

conocimiento, la autoridad, la revelación y la fe⁵⁰⁷. Mientras la experiencia sensorial resulta ser la más obvia, a la vez que la más cotidiana, junto a la razón y la intuición, también resulta ser la principal fuente de errores. Desde luego no todas las percepciones sensoriales son correctas, pues existen los errores de percepción que nos conducen a representarnos una realidad que no existe. Esto revela que nuestros sentidos son falibles, aunque sería más exacto decir que nuestros juicios acerca de lo percibido son falibles: “en realidad, nuestros sentidos no nos han engañado: hemos sido inducidos (sobre la base de nuestras percepciones sensoriales) a emitir juicios que posteriormente hallamos ser falsos; si hubiésemos suspendido el juicio –si no hubiésemos *tomado* el burro por un caballo- no habría habido error. El error es siempre de juicio, no de sensación”⁵⁰⁸. Con ello, aun cuando la fuente de conocimiento más cotidiana sea la experiencia sensorial, antes que el producto de tal experiencia pueda incorporarse al conocimiento, requiere de un proceso mental, de un juicio sobre lo percibido, una especie de subsunción entre lo que se percibe, por ejemplo un libro, y lo que se tiene por entendido que es un libro⁵⁰⁹. Antes de incorporar a nuestro conocimiento que tenemos un libro delante de nuestros ojos tenemos que juzgar que eso es un libro y sólo así, si se correspondiera el sentido con la realidad, podría decirse que sabemos que tenemos un libro delante de nuestros ojos^{510/511}. Los “sentidos externos”,

⁵⁰⁷ Cfr. HOSPERS, *Introducción*, 1984 (2ª ed.), pp. 160 y ss.

⁵⁰⁸ Cfr. HOSPERS, *ibidem*.

⁵⁰⁹ Toda experiencia sensorial supone al mismo tiempo una experiencia conceptual, porque cuando digo que veo frente a mí a una persona (y ello resulta ser así), lo digo, o lo puedo decir, porque sé el concepto de persona, así como el de perspectiva espacial; de modo que cuando tengo la experiencia visual de algo que no sé lo que es o de qué se trata, simplemente digo que veo “algo”, y como tal será una experiencia visual incompleta. De modo similar SEARLE, *Intencionalidad*, 1992, p. 67, quien señala que las experiencias visuales dependen de nuestro dominio de una serie de destrezas culturales impregnadas lingüísticamente, es decir, que en tales casos se requiere un cierto dominio conceptual como precondition de las experiencias visuales.

⁵¹⁰ El ejemplo es de HOSPERS, *Introducción*, 1984 (2ª ed.), pp. 160 y ss. [“(…) la experiencia sensorial misma no es verdadera ni falsa: meramente se da o existe. Brinda la base para un juicio de percepción, pero por sí sola no es suficiente para constituir tal juicio”]. HOSPERS ofrece un ejemplo en otra parte del libro que es útil para ilustrar esta idea (p. 647): “si alguien le pregunta ‘¿qué es lo que usted ve?’, usted responderá al principio: ‘una mesa con algunos libros y papeles encima’. Pero, si se le pidiese que no interprete nada en la experiencia, sino que meramente informe de lo que vio –de lo que inmediatamente (no inferencialmente) fue consciente-, podría decir: ‘colores y formas y ciertas formas’”. También SEARLE, *Intencionalidad*, 1992, pp. 56, 59, entiende que no describimos nuestras experiencias visuales como verdaderas o falsas, porque estas palabras son más apropiadas para ciertas clases de representaciones; y las experiencias visuales son algo más que representaciones, son más bien los eventos mentales conscientes que nos dan acceso directo al estado de cosas que percibimos, y en ese sentido, son una *presentación* (antes que una representación) de ese estado de cosas. Por ello, cuando nuestra experiencia visual no se satisface, decimos que padecemos una distorsión, una alucinación, una ilusión o un error; y no que la experiencia visual es falsa.

⁵¹¹ Desde la filosofía de la mente y el lenguaje aborda la cuestión de la experiencia perceptiva visual como un fenómeno intencional, SEARLE, *Intencionalidad*, 1992, pp. 51 y ss., *passim*, 53, 56, 62. Para este autor, el

entonces, nos proveen información del mundo exterior, mientras que los “sentidos internos” nos ponen en relación con nuestros estados internos, ya sean los emocionales o los mentales, como la razón y la intuición⁵¹² (para SEARLE los estados mentales intencionales se sustentan y se engarzan holísticamente con las nociones de *network* y *background*, que en la vida real operan de modo conjunto⁵¹³). Por su parte, en cuanto a la razón como fuente, se dice que una persona razona cuanto toma ciertos enunciados (premisas) y de ellos infiere otros enunciados (conclusiones)⁵¹⁴, y es este proceso de razonamiento lo que nos permite pensar y reflexionar a través del cual adquirimos conocimientos⁵¹⁵. Finalmente, en relación con la intuición, la única que interesa al estudio del conocimiento, es la intuición proposicional, definida como la que posteriormente puede ser verificada por medio de la experiencia sensorial⁵¹⁶.

2. En cuanto a la naturaleza o esencia del conocimiento, también existen diferentes teorías filosóficas que intentan explicar la relación entre el objeto conocido y el sujeto cognoscente. No me ocuparé detenidamente de cada una de los diferentes versiones existentes, sino a efectos prácticos, de las tres versiones más conocidas. En primer lugar, del idealismo (o subjetivismo extremo), que sostiene la preponderancia del sujeto sobre el objeto, en donde el conocimiento se revela como un proceso de creación del objeto, que no puede ser captado en su verdadera esencia por el sujeto⁵¹⁷. Por el contrario, el objetivismo da preponderancia al objeto sobre el sujeto, que se limita a “reproducir” mentalmente el objeto y su esencia. Una tercera versión, a mi criterio la más acertada, es la del realismo, que concibe la existencia independiente del objeto y del sujeto, quien puede acceder a la esencia del objeto

contenido intencional de la experiencia visual determina sus *condiciones de satisfacción*, es decir, determina lo que debe ser el caso para que la experiencia no sea una mera alucinación. De hecho, como la percepción visual tiene una dirección de ajuste mente-a-mundo, si las condiciones de satisfacción no se cumplen, es la experiencia visual, y no el mundo, la que está equivocada.

⁵¹² Cfr. HOSPERS, *Introducción*, 1984 (2ª ed.), p. 161.

⁵¹³ Cfr. SEARLE, *Intencionalidad*, 1992, pp. 78, 81, 82-83, 34-35, *passim*. La “red” se encuentra comprendida por contenidos intencionales, mientras que el “trasfondo” por capacidades no representacionales.

⁵¹⁴ Cfr. HOSPERS, *Introducción*, 1984 (2ª ed.), pp. 167 y ss., 170 y ss.

⁵¹⁵ Cfr. HOSPERS, *ibidem*, p. 173.

⁵¹⁶ Cfr. HOSPERS, *ibidem*, pp. 177, 179.

⁵¹⁷ Para KANT, *Crítica de la razón pura*, 1978, p. 65 (A 19/B 33), “por medio del entendimiento, los objetos son, en cambio, *pensados* y de él proceden los *conceptos*”. Para este filósofo idealista el noumēno era el objeto no fenoménico (la *Ding an sich*), esto es, el objeto que pertenece a la intuición intelectual (o suprasensible), a la cual el sujeto no podía acceder, a diferencia del objeto fenoménico que pertenece a la intuición sensible (o perceptual), que sí era lo que estaba al acceso del sujeto.

y aprehenderlo mentalmente, para luego definirlo según sus necesidades⁵¹⁸. Ello significa no negar la esencia, pero sí concretarla según los propósitos humanos. De este modo, una roca no podría ser aprehendida en su esencia de “roca” como parte de nuestra vestimenta, pero sí podría ser definida según el contexto: como parte del paisaje, como un arma impropia o como un obstáculo en el camino.

3. En cuanto a las clases de conocimiento, varias son también las formas de clasificarlo: según las fuentes, tenemos el conocimiento experiencial, conocimiento racional (en el que se encuentra el conocimiento científico), conocimiento intuitivo, conocimiento religioso o místico, etc. Según el contenido, tenemos el conocimiento proposicional, que es el tipo de conocimiento que se posee cuando se sabe de algo que es el caso (el saber qué), y el conocimiento práctico o instrumental, que es el tipo de conocimiento que versa sobre el cómo emplear nuestras habilidades en el hacer de las cosas (el saber cómo: conducir un coche, realizar un trámite, enseñar, etc.), entre otras clasificaciones. La clase de conocimiento que nos interesa para los objetivos de este trabajo es el conocimiento proposicional. Se puede comenzar diciendo que el conocimiento proposicional es el expresado en proposiciones, tales como “sé que ahora estoy escribiendo una tesis y tengo que citar a HOSPERS que es quien se ha ocupado de este tema”, “sé que hoy es miércoles y hace mucho frío” y también “sé que tres más tres son seis” y, entre muchas otras cosas más, “sé que Catalunya está en España”. Todas estas proposiciones no serían posibles si uno no contara con los conceptos que emplea y no conociera el significado de sus palabras, es decir, no podría decir que sé que estoy escribiendo una tesis si no supiera el concepto de tesis y que Catalunya está en España si no supiera algunos conceptos de geografía política⁵¹⁹. Las preguntas que surgen entonces son, ¿cómo uno sabe lo que sabe? o ¿de dónde saca los conceptos que tiene incorporados? Por regla general, uno sabe lo que sabe, creyendo que lo sabe y siendo ello una verdad verificada o, lo que es lo mismo, una creencia subjetiva justificada: si uno cree que es verdad y ello es verdad porque se ha verificado, entonces se sabe. En este sentido, el uso ordinario de la voz “saber” conlleva la pretensión de que lo sabido es verdad, de modo que, si nosotros pretendemos saber que *p*, y

⁵¹⁸ Así, SEARLE, *La construcción de la realidad social*, 1997, pp. 21, 159 *passim*. Al igual que esta versión generalizada del realismo, para la fenomenología ontologicista “(...) el conocimiento es un contacto unilateral en el que el objeto es captado por el sujeto, es decir, un contacto que supone una modificación, pero sólo en el sujeto cognoscente y no en el objeto conocido”. Cfr. VON HILDEBRAND, *¿Qué es filosofía?* 2000, p. 21.

⁵¹⁹ Cfr. HOSPERS, *Introducción*, 1984 (2ª ed.), pp. 134 y ss. (en el texto he cambiado los ejemplos).

p resulta ser falso, entonces, nuestra pretensión de conocimiento es inadmisibile⁵²⁰; pero, si p resulta ser verdadero, entonces, nuestra pretensión es admisible. Para el primer caso se podrá sostener que nosotros sólo creíamos que p , pero no que sabíamos que p ⁵²¹; mientras que para el segundo caso, se podrá sostener que nosotros sabíamos que p . Esto significa que el saber implica tanto la condición de verdad como la convicción de que se sabe, estando ésta justificada.

4. Así, las tres condiciones elementales para determinar el conocimiento son: la verdad objetiva, la creencia subjetiva de la verdad y la justificación de la creencia⁵²². El conocimiento se encuentra vinculado a la verdad, pero, ¿cómo sabemos que una proposición es verdadera? Para que uno pueda decir que sabe que “hoy es miércoles” la proposición ha de ser verdadera, porque no sería correcto sostener que se sabe, si la proposición fuera falsa o no verdadera (es decir, si siendo miércoles uno dijera “sé que hoy es martes”). Una proposición verdadera describe un estado de cosas que es real, que existe realmente, de modo que decir que se sabe es saber de verdad, porque la verdad está implicada en el conocimiento⁵²³. Asimismo, también la proposición verdadera puede encerrar una falsedad y, en todo caso, la creencia subjetiva debe tener por objeto la verdad de la falsedad. Así, por ejemplo, para que uno pueda decir que sabe que “es mentira que hoy es miércoles” la proposición ha de ser verdadera en cuanto a la falsedad: “hoy debería ser jueves”. ¿Pero cómo sabemos que algo es de verdad o que es verdad algo? En primer lugar, sabemos cuando contamos con una creencia subjetiva acerca de la verdad. Ello será posible sólo si lo verificamos en el mismo momento en que afirmamos algo (a través de un juicio deductivo o inductivo o en la percepción de evidencias contundentes) o cuando ya lo hemos verificado nosotros mismos en situaciones anteriores. Estas son justificaciones personales de la creencia sobre la verdad, aunque la verificación basada en la experiencia admite dos observaciones. En primer lugar, cuando nuestra creencia sobre algo se corresponde con la cotidianidad del curso de las cosas, el decir “sé que hoy el profesor S dicta clases en el aula 40.213, porque casi siempre sucede así”, deja abierta una ventana al azar en aquellos supuestos en que desde secretaría hayan cambiado el aula y yo no lo supiera y puntualmente ese día el profesor S haya coincidido con los alumnos en esa aula y allí se haya quedado a

⁵²⁰ Cfr. DENNETT, *Contenido y conciencia*, 1996, p. 234.

⁵²¹ Cfr. DENNETT, *ibidem*.

⁵²² MOSTERÍN, *Racionalidad*, 1987 (2ª ed.), pp. 18, 125.

⁵²³ Cfr. HOSPERS, *Introducción*, 1984 (2ª ed.), pp. 149-150 (“una proposición puede ser verdadera sin que se sepa que lo es; pero no se puede saber que es verdadera si no lo es”, p. 149).

dar clases. No puede decirse que este mero acierto es conocimiento en sentido estricto, aunque funcione en el caso concreto como un conocimiento. Asimismo, la verificación por medio de la experiencia tiene un margen más amplio de falibilidad, de error, porque la rutina puede algún día cambiar sin que uno lo sepa y, entonces, cuando uno afirme algo creyendo en la verdad de lo que afirma, estará completamente equivocado. En todo caso, más allá de estas dos observaciones, también el conocimiento puede verificarse por medio de la experiencia. Otra vez en el ejemplo del aula: si alguien preguntara en qué aula se encuentra el profesor *S* dictando clases y uno le respondiera: “no sé exactamente hoy en qué aula, pero creo que se encuentra en la 40.213”, basándose en el conocimiento que se tiene sobre cómo opera la rutina concreta de los hechos (el profesor *S* dicta clases usualmente en el aula 40.213), entonces, se puede decir que se sabe, porque aunque tal afirmación no se trate de un conocimiento verificado personalmente en ese mismo momento, sí se trata de un conocimiento verificado por la experiencia. Por otro lado, también sabemos que algo es verdad cuando *eso* forma parte de un saber verificado social o científicamente⁵²⁴. Así, si alguien nos preguntara con cuántos corazones cuentan las personas y le respondiéramos “sabemos que todos los seres humanos tenemos un corazón”, podría decirse que conocemos basándonos en el saber científico generalizado (anatomía humana), sin haberlo comprobado nosotros mismos; y si alguien nos interrogara qué sucede si se dispara a una persona hacia el corazón y le respondiéramos “sabemos que se la mataría (o lesionaría gravemente)”, también podría decirse que conocemos basándonos en el saber científico generalizado (leyes causales, leyes del cómo funcionan las cosas o leyes de la experiencia), sin haberlo comprobado nosotros mismos. Finalmente, también decimos usualmente que sabemos lo que otros hacen basándonos en las leyes sociales de explicación del comportamiento, desde las cuales atribuimos estados mentales, como intenciones, conocimientos y errores. Ciertamente, 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 y formales. Así, hoy en día resulta indiscutible alegar algo diferente a que dos más dos son cuatro (decir dos más dos son seis sería un disparate y si alguien lo afirmara se le diría que no sabe), pero, por el contrario, se presta a discusión el afirmar “sabemos que dejar caer un pañuelo ante un

⁵²⁴ Para estos casos WITTGENSTEIN alega que faltan razones para la duda, porque todo habla a favor de la proposición y nada en contra de ella. Así, por ejemplo, la afirmación: “sé que soy un hombre, porque tengo un cerebro, aunque nadie lo haya visto nunca”. Cfr. WITTGENSTEIN, *Über Gewißheit*, 1979, §§ 4, 89, 207. Esto es, que hay cosas que no podemos poner a prueba de forma inmediata, pero podemos asegurarlas por la experiencia o el saber general.

caballero significa un coqueteo”, cuando el significado de los comportamientos dependen de convenciones sociales que mutan según el tiempo y el lugar. Así, mientras que los conocimientos provenientes del saber científico admiten no ser verificados personalmente, muchos conocimiento provenientes de la idiosincrasia social no admiten siempre no ser verificados personalmente, existiendo un margen que necesita de verificación⁵²⁵. En todo caso, todos los ejemplos de saber verificado a través del saber generalizado emplean una justificación de la creencia subjetiva en sentido impropio, mientras que las verificadas de modo personal emplean una justificación de la creencia subjetiva en sentido propio⁵²⁶. En resumidas palabras, siendo “p” una proposición: creer “p” no es una característica definitoria de que “p” sea verdadera. Lo que hará que “p” sea verdadera es su correspondencia con la realidad, de modo que, creer “p” es una característica definitoria de que sabemos que “p” es verdadera⁵²⁷, y esto es conocimiento.

5. Una última consideración. Hay que señalar que quedan descartadas como una clase de conocimiento aquellas situaciones en las que la aprehensión cognitiva de la realidad se corresponde con dicha realidad por puro azar. En estos casos la relación de congruencia entre la realidad fáctica y la aprehensión cognitiva no es más que un acierto o adivinanza, porque el sujeto se representa la realidad objetiva sin haberla verificado⁵²⁸ (ni personalmente, ni por la experiencia, ni basándose en algún conocimiento general). Así, el ejemplo del aula: si alguien preguntara en qué aula se encuentra el profesor *S* dictando clases y le respondiéramos sinceramente que “no sabemos”, dicha persona podría decir que nosotros no sabemos dónde se encuentra impartiendo clases el profesor *S*. Por el contrario, si nosotros le respondiéramos que “no sabemos, pero quizá se encuentra en el aula 40.213” (sin basarnos en la experiencia) y, efectivamente, el profesor se encontrara en dicha aula, entonces, tal persona no podría decir que nosotros sabemos, sino, simplemente, que hemos

⁵²⁵ Así, por ejemplo, la acción de ablación clitoriana de menores es un comportamiento socialmente compartido en algunas sociedades, en otras es sólo tolerada socialmente y en otras es desvalorado socialmente.

⁵²⁶ MOSTERÍN, *Racionalidad*, 1987 (2ª ed.), pp. 20-22, denomina justificación derivada a la que proviene de ideas que estamos justificados en creer, y, justificación no derivada, a la comprobación directa y personal, o a la proveniente del conocimiento científico, o de testimonios fiables.

⁵²⁷ Cfr. HOSPERS, *Introducción*, 1984 (2ª ed.), p. 187.

⁵²⁸ Sobre el criterio de contrastabilidad (esto es, de posibilidad de someter a prueba empírica), cfr. HOSPERS, *Introducción*, 1984 (2ª ed.), pp. 326-327 y ss. Este autor enseña que la contrastabilidad posee dos versiones principales. Una es la verificabilidad, la otra la confirmabilidad.

acertado⁵²⁹. En consecuencia, los supuestos de aciertos no pueden ser tomados como supuestos de auténtico conocimiento, toda vez que la creencia o representación correcta de la realidad por parte del sujeto responde a una cuestión de puro azar⁵³⁰. El conocimiento no se define como una mera coincidencia entre la realidad y una representación del sujeto, sino como una congruencia entre la realidad y la representación verificada del sujeto. Una definición de conocimiento como mera correspondencia es una definición estrictamente formal y objetiva, mientras que el conocimiento que aquí nos interesa es aquél que además de la verdad de la proposición incluye la creencia del sujeto de que es verdad (lo que implica comprensión⁵³¹), es decir, una definición material y subjetiva. Esto es lo que puede identificarse como el requisito “responsivo” del conocimiento⁵³²: el sujeto asume una postura hacia la proposición verdadera, a través de una creencia positiva de que tal proposición (verdadera) es verdad⁵³³.

6. En conclusión, aquí se entiende por conocimiento al acto mental que encierra una respuesta proposicional, en alguna de sus posibles modalidades: la convicción o la suposición (duda positiva) como respuesta proposicional que se da sobre el contenido de la realidad física y/o valorativa que aprehende cognitivamente⁵³⁴ de modo congruente el sujeto⁵³⁵. Así, la respuesta proposicional no es un acto, sino un estado como resultado, que tiene como objeto una proposición⁵³⁶.

⁵²⁹ Cfr. MOSTERÍN, *Racionalidad*, 1987 (2ª ed.), p. 18, “si creemos que ϕ y, además, ocurre que es verdad que ϕ , decimos que acertamos que ϕ ”.

⁵³⁰ Cfr. HOSPERS, *Introducción*, 1984 (2ª ed.), p. 186. Enseña MOSTERÍN, *Racionalidad*, 1987 (2ª ed.), p. 124: el saber es garantía de acierto, pero no a la inversa, el acierto no es garantía de saber, porque muchas veces acertamos, pero no sabemos.

⁵³¹ Cfr. DENNETT, *Contenido y conciencia*, 1996, p. 235, distingue este autor entre el almacenamiento de información (que incluye la desinformación), y el saber en sí mismo, porque saber requiere comprender.

⁵³² Teniendo en cuenta la clasificación hildebrandiana acerca de la respuesta teórica cognitiva, anteriormente explicada.

⁵³³ Cfr. HOSPERS, *Introducción*, 1984 (2ª ed.), pp. 186-187.

⁵³⁴ Desde la filosofía del lenguaje, SEARLE, *Intencionalidad*, 1992, pp. 17 y ss., enseña que el conocimiento como un estado mental posee un sustrato semántico porque está dotado de sentido, de significado. Por lo demás, este autor (pp. 59, *passim*), enseña que la “representación” hace alusión a un contenido proposicional (que determina sus condiciones de satisfacción) y a un modo psicológico (que determina su dirección de ajuste).

⁵³⁵ Por ejemplo DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, 1994, p. 291, define el conocimiento del dolo como la aprehensión correcta de la situación global por parte del sujeto agente.

⁵³⁶ Similarmente MAÑALICH, “El delito como injusto culpable”, *RD*, 2011, pp. 100, nota al pie 40, que se refiere a la actitud proposicional, como la actitud del sujeto cuyo objeto es una proposición, en alusión a la representación del significado antijurídico del comportamiento.

II.1.2.b.iii. Conocimiento y creencia

1. Lo visto hasta aquí nos obliga a distinguir entre el conocimiento y la creencia. Como hemos manifestado en la definición de conocimiento, éste requiere, como relación de congruencia subjetivo-objetiva, tres condiciones. Una condición subjetiva, que hace referencia a que el sujeto crea en una determinada realidad (cree que φ), una condición objetiva, que hace referencia a que la creencia subjetiva encierre el carácter de verdad (que sea verdad que φ), y una condición procedimental, cual es la justificación de nuestra creencia (que la creencia de que φ esté justificada)⁵³⁷. A diferencia del conocimiento, la creencia no precisa de los tres elementos anteriores, sino que se satisface con la condición primera (creer que), y tercera (creencia justificada)⁵³⁸. Desde la postura searleana se distingue que una creencia es un estado mental intencional (que no tiene la intención de nada, pero que está esencialmente dirigido hacia algo)⁵³⁹, con un contenido proposicional en un cierto modo psicológico, en donde su modo determina una dirección de ajuste mente-a-mundo y su contenido proposicional determina el conjunto de las condiciones de satisfacción. Una creencia se satisfará si y sólo si las cosas son como uno cree que son⁵⁴⁰. Las condiciones de satisfacción son aquellas condiciones que, en tanto que determinadas por el contenido intencional, deben darse si el estado se satisface⁵⁴¹. Entonces, decimos que una creencia es satisfecha (o verdadera) cuando su contenido proposicional encaja con la realidad en la dirección de ajuste⁵⁴². De este modo, si tenemos la creencia de que está lloviendo, el contenido de nuestra creencia es que está lloviendo, en donde las condiciones de satisfacción de la creencia son que sea el caso de que está lloviendo (el requisito); porque esto es lo que la creencia requiere para que sea una creencia verdadera⁵⁴³. En otras palabras, si nuestra creencia es una creencia realmente verdadera, entonces habrá una cierta condición en el mundo, como la condición de que está lloviendo (cosa requerida), que es la condición

⁵³⁷ Cfr. MOSTERÍN, *Racionalidad*, 1987 (2ª ed.), p. 18.

⁵³⁸ Cfr. MOSTERÍN, *ibidem*, p. 19, así como el acierto se satisface con el primer y segundo requisito (creencia subjetiva en la verdad, y criterio de verdad), pp. 18, 125. Para WITTGENSTEIN, *Über Gewißheit*, 1979, §§ 179, 243, no es necesario que las creencias se encuentren justificadas. Así, enseña que el enunciado “yo creo” encierra una verdad subjetiva, personal, que no necesita estar justificada, porque también se puede creer algo sin razón alguna; en cambio “sé” está vinculado a la posibilidad de demostrar la verdad.

⁵³⁹ Cfr. SEARLE, *Intencionalidad*, 1992, pp. 17, 19, 29-30, 41.

⁵⁴⁰ Cfr. SEARLE, *ibidem*, p. 26.

⁵⁴¹ Cfr. SEARLE, *ibidem*, p. 28.

⁵⁴² Cfr. SEARLE, *ibidem*, pp. 25, 36-37.

⁵⁴³ Cfr. SEARLE, *ibidem*, p. 28.

de satisfacción de la creencia⁵⁴⁴. Hay muchos estados de cosas intencionales sin las creencias o deseos que les corresponden (como en el caso *Thyrén*, en donde se produce el resultado más por azar que por dominio del curso causal), pero no hay en general acciones sin intenciones que les correspondan⁵⁴⁵.

2. A las creencias justificadas se las denomina generalmente creencias racionales⁵⁴⁶, en virtud de su justificación⁵⁴⁷, para distinguirlas de las irracionales que no son justificables desde criterios razonables, sino de otra índole, como seguidamente veremos. Lo que no exigen las creencias, sean racionales o no, es el criterio de verdad, porque tanto se cree cuando se cree en la verdad de alguna proposición, y ésta es falsa, como cuando se cree en la falsedad de una proposición y ésta es verdadera⁵⁴⁸. En estos dos supuestos no hay congruencia entre lo que el sujeto cree y lo que es la realidad: son creencias falsas. Por el contrario, cuando se cree en la verdad de la proposición y ésta es verdadera, o cuando se cree en la falsedad de la proposición y ésta es falsa, si a ambas le añadimos la verificación, entonces, ya no hablamos de meras creencias, sino de conocimiento sobre la verdad y sobre la falsedad, respectivamente (hay una congruencia entre lo creído y lo que es el caso)⁵⁴⁹. Por eso, mientras que las creencias racionales falsas serán reservadas para los casos de error, las creencias racionales verdaderas serán reservadas para los casos de

⁵⁴⁴ Cfr. SEARLE, *ibidem*, p. 28.

⁵⁴⁵ Cfr. SEARLE, *ibidem*, p. 94.

⁵⁴⁶ Cfr. MOSTERÍN, *Racionalidad*, 1987 (2ª ed.), p. 18. Este filósofo distingue entre la racionalidad creencial (la que se predica de creencias y opiniones), y la racionalidad práctica (la que se predica de decisiones, acciones y conducta).

⁵⁴⁷ PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, 2011, pp. 79-80, entiende que hay que distinguir entre la creencia racional justificada y las simples creencias porque éstas no están justificadas. Las simples creencias son convicciones –racionales o irracionales– no verificadas acerca de la existencia de un estado de cosas. Serán racionales si se conforman desde marcos epistémicos equivalentes a los que generan conocimiento; y serán irracionales si se conforman a partir de un marco epistémico individual o grupal, compartible a lo sumo mediante persuasión no objetivable.

⁵⁴⁸ También para HOSPERS, *Introducción*, 1984 (2ª ed.), pp. 155, 163, una persona puede creer que una proposición es verdadera, aunque no lo sea (y viceversa, puede creer que es falsa y no lo es). Esto demuestra que lo que nosotros creamos sobre la realidad no la hace verdadera o no verdadera; porque una proposición verdadera sólo será aquella que se corresponde con la realidad.

⁵⁴⁹ Desde la teoría de la verdad como correspondencia searleana algunas de nuestras creencias “versan sobre” y “representan cómo son” las cosas en la realidad. En la medida en que tengan éxito o fracasen, serán verdaderas o falsas, respectivamente. Son verdaderas, si y sólo si, se corresponden con los hechos en la realidad. Cfr. SEARLE, *La construcción de la realidad social*, 1997, p. 160. Desde un realismo extremo, también BUNGE, *La causalidad*, 1997, p. 229, sostiene que “el conocimiento de los hechos, por oposición al formal, que no se ocupa en forma directa de objetos materiales –salvo en sentido psicológico– es verdadero en la medida en que está coordinado con el mundo exterior”.

conocimiento⁵⁵⁰. No obstante, valga una importante aclaración: el elemento de la verificación de la creencia no hay que confundirlo con el deber de verificar o informarse. En efecto, para que una creencia sea razonable ésta ha de poder justificarse en los términos de autojustificarse o autoexplicarse por sí misma desde una génesis razonable (ha de estar presupuesta por la racionalidad)⁵⁵¹. Así, por ejemplo, el soldado apostado detrás de un montículo de tierra que se encuentra apresto a disparar a su enemigo tiene una creencia racional falsa que dispara a su enemigo, cuando en verdad dispara a un compañero si y sólo si, en el contexto del hecho, es razonable creer que se dispara al enemigo, por ejemplo, en virtud de los siguientes datos: zona del disparo y color del uniforme. Estos dos datos conforman la base de la autoverificación, por eso se trata de una creencia racional. Otra cosa será, que dada la situación, concorra un deber de verificar: por ejemplo, si momentos previos, un grupo del pelotón de su bando ha ido hacia la zona del disparo, el soldado tendría un deber de verificar. Este deber de verificar no hace que la creencia deje de ser racional, en todo caso se tratará de una creencia racional falsa si se representa que dispara al enemigo, cuando en verdad dispara a alguno de sus compañeros. Diferente sería que el soldado disparara dentro del propio campamento creyendo que se encuentra el enemigo escondido, por ejemplo, porque le pareció ver sin demasiado fundamento a algún infiltrado. En este supuesto, la creencia tiene base irracional porque no concurre una autoverificación razonable: creer algo porque nos parece algo no tiene base racional.

3. En cuanto a las creencias irracionales éstas son por regla general las que no son verificables desde un criterio razonable, sino que se apela a meras intuiciones o concepciones exóticas o desencajadas de la realidad común de las cosas, de forma que, aunque lleguen en alguna situación a encerrar una proposición de verdad no por ello serán conocimiento, sino mero acierto. Es decir, mientras las creencias racionales verdaderas (y justificadas) son conocimiento, las creencias irracionales verdaderas (no justificadas, o justificadas de modo irrazonable) no son conocimiento, sino mero acierto. Otra cosa será que una creencia irracional se convierta en conocimiento: si la creencia irracional generada

⁵⁵⁰ Similarmente PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, 2011, pp. 79, 620, equipara la “creencia justificada” al conocimiento. Así, define el conocimiento como el “saber verificado racionalmente”, en donde, conocer algo es también tener una creencia epistémicamente justificada (y racional) acerca de algo. Por su parte, prefiere referirse directamente a *creencia racional*, por ser un concepto más operativo y manejable, que a *saber*, MOSTERÍN, *Racionalidad*, 1987 (2ª ed.), p. 19.

⁵⁵¹ Para MOLINA FERNÁNDEZ, *El concepto de peligro*, 2008 (inédito), pp. 90-91, hay un doble sentido en la racionalidad: tanto lo que se refiere a la coherencia interna (cumplimiento del cálculo de probabilidades), como a su correspondencia con los datos provenientes de la realidad.

en un sueño que tuve: “creo que fulano está enamorado de mengana” llega a ser verdad y yo lo verificara por un medio razonable (hablando con fulano, que me confiesa el amor por mengana), entonces mi creencia irracional pasaría a ser un conocimiento, aunque haya acertado en el momento de creer en ello después del sueño.

4. En consecuencia, el saber es garantía de verdad, pero no así el creer racionalmente⁵⁵², de modo que el error puede ser definido tanto como una creencia racional falsa, una creencia irracional falsa o una creencia irracional verdadera. Como en la creencia racional falsa no hay ningún resquicio de “verdad”, es por eso que no podemos emplear este concepto para los casos de duda, en donde, al menos uno de los extremos del juicio incierto encierra una condición de verdad, respecto de los cuales el sujeto no está del todo seguro⁵⁵³. Para los casos de duda, por el contrario, podemos emplear el concepto de creencia racional verdadera-dubitativa⁵⁵⁴. En efecto, la duda puede encerrar y, de hecho así es, una creencia racional en contradicción con otra creencia racional, porque el sujeto puede creer de modo justificado tanto que se da “p”, como que no se da “p”, cuando las justificaciones se basan en algunas de las fuentes antes mencionadas. Por ejemplo, un sujeto puede creer racionalmente que la menor a la cual seduce cuenta ya con 17 años (basándose en el testimonio fiable del hermano de la menor, que le ha dicho que tiene esa edad), pero al mismo tiempo creer racionalmente que la menor no cuenta con los 17 años (basándose en su propia percepción de la apariencia de la niña, que le indica que sólo cuenta con 14 o 15 años). En tal dilema, al sujeto le compete despejar la duda recurriendo a un mecanismo de justificación más riguroso (por ejemplo, solicitándole su documento de identidad)⁵⁵⁵.

II.1.2.b.iv. Teorías de la verdad

⁵⁵² Cfr. MOSTERÍN, *Racionalidad*, 1987 (2ª ed.), pp. 19, 122. De estas definiciones se deduce que siempre que sabemos algo, lo creemos racionalmente, pero no a la inversa.

⁵⁵³ Para WITTGENSTEIN, *Über Gewißheit*, 1979, (§ 115: “*Das Spiel des Zweifels selbst setzt schon die Gewißheit voraus*”, esto es, “el mismo juego de la duda presupone ya la certeza”).

⁵⁵⁴ Para MOSTERÍN, *Racionalidad*, 1987 (2ª ed.), p. 110, nos referimos a creencias dubitativas, por ejemplo, en los siguientes supuestos: “que, pienso que φ , aunque no estoy seguro”; “que sospecho que φ ”, etc.

⁵⁵⁵ Cfr. MOSTERÍN, *ibidem*, p. 22. Por el contrario, para este autor, no es racional creer al mismo tiempo en dos ideas contradictorias. La jurisprudencia del Tribunal Supremo suele reservar lo que denomina el dolo de indiferencia (un supuesto de dolo eventual) para los siguientes casos: “cuando el autor desconoce en detalle uno de los elementos del tipo, puede tener razones para dudar y además tiene a su alcance la opción entre desvelar su existencia o prescindir de la acción. La pasividad en este aspecto seguida de la ejecución de la acción no puede ser valorada como un error de tipo, sino como dolo eventual. Con su actuación pone de relieve que le es indiferente la concurrencia del elemento respecto del que ha dudado, en función de la ejecución de una acción que desea llevar a cabo”. Cfr. esta doctrina en la STS 27/02/2015 (Berdugo Gómez de la Torre), en relación con la edad de la víctima de los abusos sexuales.

1. Se ha dicho que el conocimiento encierra un predicado de verdad: el conocimiento proposicional “sé que” lo será sólo en la medida en que la proposición se corresponda con la realidad⁵⁵⁶. Ahora bien, ¿cómo sabemos qué es la “verdad”? Para responder a esta pregunta necesitamos recurrir a las teorías filosóficas de la verdad. A lo largo de la historia se han dado muchas teorías de la verdad, pero por el momento me limitaré en este epígrafe a las dos tesis que actualmente más se comparten: la verdad como correspondencia y la verdad como coherencia⁵⁵⁷. Para la teoría de la verdad como correspondencia existe una relación de *correspondencia* entre conocimiento y verdad, entre la proposición y un hecho, en donde correspondencia significa que cuando hacemos un juicio verdadero, tenemos en nuestras mentes una especie de imagen de lo que es real, es decir que el juicio es verdadero sólo porque esa imagen es igual (similar/parecida) que la realidad que representa⁵⁵⁸. Por ejemplo, si alguien dijera, “sé que tengo en la cartera aproximadamente unos veinte euros” y, de hecho, llevara unos veintiún euros, entonces, la proposición (de significado, pero también mental) se correspondería con el estado de cosas real, y se trataría de una proposición verdadera y de un sujeto que sabe. En cambio, para la tesis de la verdad como coherencia es incorrecto sostener que la correspondencia de las proposiciones con los hechos es lo que constituye la verdad, porque la verdad es más bien *coherencia* de las proposiciones entre sí⁵⁵⁹. Pero, esta tesis bien pronto se revela inconsistente, porque no permite alcanzar un concepto de conocimiento como verdad, al menos en lo que se relaciona con la realidad empírica. Veamos, con el siguiente ejemplo: si una persona que está en un lugar de la ciudad dijera que acaba de avistar a un helicóptero sobrevolar la Catedral de Barcelona y una segunda persona, que está en otra punta diametralmente opuesta, dijera lo mismo, ambas proposiciones son coherentes entre sí, pero no sabemos si son verdaderas o falsas cada una por su lado. Si, verdaderamente, un helicóptero ha sobrevolado la Catedral entonces ambas proposiciones serán verdaderas (además de coherentes entre sí) y diríamos que las personas saben lo que dicen, pero si lo que en verdad sobrevolaba era un avioneta, entonces ambas proposiciones, que son coherentes entre sí, son

⁵⁵⁶ Cfr. HOSPERS, *Introducción*, 1984 (2ª ed.), pp. 185 y ss.

⁵⁵⁷ HOSPERS señala también otra tesis, la de la verdad como lo que “funciona”; como veremos en el *Capítulo Cuarto*. *Ibidem*, p. 154. Este criterio de verdad pragmático sería el adecuado para el juicio de imputación que realiza el juez.

⁵⁵⁸ Cfr. HOSPERS, *ibidem*, pp. 151-152. En todo caso, en una proposición verdadera el hecho verdadero supone que hay una conexión real entre el predicado y el sujeto. De esta idea VON HILDEBRAND, *¿Qué es filosofía?* 2000, p. 81.

⁵⁵⁹ Cfr. HOSPERS, *ibidem*, pp. 152 y ss.

falsas y ello nos obligaría a decir que las personas no saben lo que dicen. En consecuencia, el testimonio de dos individuos que señalan lo mismo no hace que la proposición sea verdadera, sino que, por el contrario, lo que hace que sus enunciados sean verdaderos es la correspondencia entre las proposiciones y el estado de cosas real del mundo exterior (esto es, que un helicóptero sobrevolada la Catedral de Barcelona)⁵⁶⁰. En todo caso, la teoría de la verdad como coherencia puede resultar suficiente y, por ello, perfectamente aplicable a todo lo que se relaciona con la realidad valorativa, porque en esta dimensión no empírica no es necesaria una correspondencia, sino una coherencia entre una proposición y un sistema de creencias (proposiciones) socialmente compartido⁵⁶¹. A modo resumido, entonces, respecto de la realidad empírica una persona conoce o sabe cuando puede formular una proposición verdadera, y ésta será verdadera en la medida en que se corresponda con los hechos de la realidad. Ahora bien, en relación con la realidad valorativa, una persona conoce o sabe cuando puede formular una proposición verdadera, y ésta será verdadera en la medida que guarde coherencia con el sistema de proposiciones (valorativas) al cual se refiere. Así, un sujeto puede sostener que conoce que atenta contra el valor vida humana cuando dispara hacia una persona, si la proposición valorativa “vida humana” se corresponde con el sistema de creencias socialmente compartido sobre la vida humana. Seguidamente, analizaré de forma abreviada las dos teorías de la verdad: en primer lugar, la teoría de la verdad como correspondencia para la realidad empírica y, en segundo lugar, la teoría de la verdad como coherencia para la realidad valorativa.

2. La teoría de la verdad como correspondencia todavía admite diferentes enfoques, respecto de los cuales habré de tomar partido. En efecto, la teoría de la verdad como correspondencia (entre el enunciado y la realidad) no asume ningún concepto de realidad, dejando abierto el modo en cómo la concebamos: si como una realidad bruta, independiente de nuestra mente, o como una realidad elaborada (construida), dependiente de nuestros esquemas mentales y conceptuales⁵⁶². Los enfoques más empleados son: (1) el realismo

⁵⁶⁰ Cfr. HOSPERS, *ibidem*, pp. 152-153 y s. (“un cuerpo de proposiciones puede ser coherente y, no obstante, no ser verdadero”).

⁵⁶¹ Esto es, la versión de la verdad como consenso (como una sub-teoría de la verdad como coherencia).

⁵⁶² Cfr. la crítica de DIÉGUEZ, “La relatividad conceptual”, *Contrastes*, 2007, p. 83, al concepto de realidad construida: “¿podemos seguir hablando en tal caso de ‘correspondencia’? ¿no se trataría más bien de una mera coherencia entre representaciones del mundo; entre un aspecto de la versión del mundo ofrecida por un enunciado y la versión construida en un acto concreto de experiencia?”

externo; (2) el realismo interno y, (3) el idealismo⁵⁶³. Las formas realistas reconocen que existe una realidad distinta del sujeto (ya sea una realidad externa, independiente, o una realidad interna, integrada en el sujeto), mientras que el idealismo niega la existencia de una realidad distinta del sujeto cognoscente (el objeto es producto de lo mental)⁵⁶⁴. Dentro de las formas realistas, aun cabe diferenciar dos aspectos esenciales: el realismo ontológico, que es una tesis acerca de la existencia del mundo, independiente de la existencia del sujeto y el realismo epistemológico, que es una tesis acerca del conocimiento del mundo, dependiente del sujeto⁵⁶⁵. Lo importante de tomar en cuenta estos dos aspectos es que sólo desde el realismo epistemológico podemos preguntarnos acerca del concepto de verdad, es decir, del concepto de conocimiento de la realidad y de la correspondencia entre nuestras representaciones y el mundo. Así, mientras que el realismo ontológico se ocupa de los objetos y de la existencia de la realidad (no del sujeto, ni de la mente, ni del conocimiento, ni de la verdad), el realismo epistemológico se ocupa del problema del conocimiento y de la relación entre éste y la realidad. Ahora bien, ¿cómo se combinan estos pares conceptuales, el realismo externo y el realismo interno con el realismo ontológico y el realismo epistemológico? En primer lugar, el realismo ontológico sólo es posible sostenerlo desde una tesis de realismo externo, o muy excepcionalmente, si fuéramos capaces de afirmar que es posible un realismo interno que sostenga como realidad a los procesos neurofisiológicos con independencia de los pensamientos, es decir, que defienda que coexisten en el sujeto, por un lado, la realidad neuronal y, por el otro, la mente⁵⁶⁶. En segundo lugar, el realismo

⁵⁶³ El realismo y sus diferentes formas rechaza el agnosticismo epistemológico, el cual niega la posibilidad de conocer los hechos tal como realmente son, porque presupone que no existen hechos fuera del cognoscente (como HUME y KANT). Cfr. BUNGE, *Diccionario de filosofía*, 2005 (3ª ed.), p. 4 (voz “agnosticismo”).

⁵⁶⁴ Cfr. SEARLE, *La construcción de la realidad social*, 1997, pp. 163-165. Para este filósofo, el realismo no es una teoría de la verdad, y por ello es consistente con cualquier teoría de la verdad. En todo caso es una teoría de la ontología, no una teoría del significado de “verdadero”. Por eso, el realismo no es una tesis sobre cómo es de hecho el mundo; el realismo no dice cómo son las cosas, sino sólo que tienen una manera de ser.

⁵⁶⁵ Por el contrario, si se asumiera que es independiente del sujeto, se tendría que asumir la posibilidad del conocimiento de un ser superior, distinto de nosotros.

⁵⁶⁶ SEARLE descartaría esta posible combinación, porque para él, las personas no podemos ser conscientes de nuestros estados neurofisiológicos (estados no mentales), esto es, no podemos pensar en los mecanismos biológicos de nuestro cerebro. Cfr. SEARLE, *El redescubrimiento de la mente*, 1996, pp. 162, *passim*. Por eso, toda vez que el realismo interno no admite una realidad independiente de nosotros, sino dependiente, no es posible un realismo interno desde un realismo ontológico. Sin embargo, un realista interno como PUTNAM, no niega de modo absoluto, que en algún sentido no pueda hablarse de una realidad independiente de la mente, esto es, una realidad no mental, pero interna; en donde mente y realidad no mental interna se constituyen conjuntamente. Cfr. DIÉGUEZ, “La relatividad conceptual”, *Contrastes*, 2007, p. 74, en referencia a la tesis de PUTNAM (“la mente y el mundo construyen conjuntamente la mente y el mundo”). MORAN, “Hilary Putnam”, en *Synthese*, 2000, p. 96, interpreta que el modelo de PUTNAM distingue entre lo que se denomina la “independencia de lo mental relativo al sujeto”, y la “independencia de lo mental absoluta”; sólo la primera

epistemológico es posible sostenerlo, ya junto a un realismo externo (conocer la cosa en sí)⁵⁶⁷, ya como punto de partida del realismo interno (conocer la cosa desde su concepto). Por último, a diferencia de la combinación del realismo epistemológico con el realismo interno, que asume una realidad interna independiente del esquema mental, la combinación del realismo epistemológico con el idealismo kantiano asume que la realidad no es independiente del esquema mental del sujeto, sino que depende de ésta. Por eso, para esta última combinación no sería posible conocer el mundo tal como éste es, es decir, no podríamos acceder intuitivamente, ni por los sentidos ni por el conocimiento, a la “cosa en sí” (*Ding and sich*), el noumenon y, por ello, no la podríamos describir, ni explicar en su propia esencia, tal como la cosa es.

3. Para el realismo externo (o metafísico) hay un mundo, una realidad, que existe independientemente de nosotros y, por ende, con independencia de nuestras ideas, esquemas conceptuales y teorías⁵⁶⁸. En el pensamiento searleano este es el aspecto ontológico del realismo, y que ha de complementarse con su aspecto epistemológico, definido desde el realismo ingenuo⁵⁶⁹. El realismo ingenuo, nos dice SEARLE, nos permite conocer la realidad (externa) así “tal cual es”, las cosas se nos presentan directamente como son⁵⁷⁰. De este modo, como para este autor es posible que el sujeto pueda conocer la realidad externa de modo ingenuo, la teoría de la verdad como correspondencia aplicada en este modelo consistirá en una correspondencia entre nuestros esquemas lingüísticos y la

noción sería aceptable para PUTNAM. Según la primera noción, los objetos son lo que son, pero son independientes de la mente del sujeto, de forma tal que no necesitan para existir, que alguien los piense. Por el contrario, para la segunda noción, los objetos son lo que son, pero son independientes, no sólo de la mente del sujeto, sino también de nuestros esquemas conceptuales, porque son lo que son desde el punto de vista del Ojo de Dios.

⁵⁶⁷ De las dos versiones del fenomenalismo, el idealista-kantiano, y el realista-ontologicista-hilbrandiano, sólo esta última comparte la misma premisa ontológica del realismo externo searleano (aunque se distancie de la premisa epistemológica del realismo ingenuo searleano). Por eso, cuando SEARLE señala que su versión del realismo se diferencia del fenomenalismo, lo hace en el sentido del realismo ingenuo (filosofía de la percepción), y no en el sentido del realismo externo (filosofía de la existencia). En resumidísimas palabras, el realismo ingenuo searleano señala que como las experiencias visuales son intencionales, un realista ingenuo no ve datos sensoriales (como un fenomenalista), sino objetos materiales y estados de cosas del mundo, y en los casos de alucinaciones no ve nada aunque tenga una experiencia visual; es decir, el realismo ingenuo distingue el *contenido* del objeto de la experiencia visual. Para más detalles SEARLE, *Intencionalidad*, 1992, pp. 70-71.

⁵⁶⁸ Sobre el realismo externo, véase SEARLE, *La construcción de la realidad social*, 1997, pp. 22, 159 y ss., *passim* [también en *El misterio de la conciencia*, 2000].

⁵⁶⁹ Cfr. SEARLE, *Intencionalidad*, 1992, pp. 71 y ss., *passim*.

⁵⁷⁰ Se aproxima al modelo searleano, el realismo moderado de KITCHER, para quien esa realidad independiente de nuestra mente no viene con las “etiquetas puestas”, sino que pasa a estructurarse a partir de nuestros conceptos. Cfr. KITCHER, *Science*, 2001, p. 45 [también en “Real realism”, *PR*, 2001, p. 196].

realidad independiente; y esta correspondencia es la que da lugar a la verdad⁵⁷¹. Ahora bien, para este autor, la tesis de que existe una realidad independiente de nuestras representaciones no establece cómo son las cosas de hecho, sino simplemente establece un espacio o marco de posibilidades de cómo son o cómo pueden ser⁵⁷²; en otras palabras, de cómo las personas nos podemos representar que son, según nuestras interpretaciones y esquemas conceptuales. La utilidad de este planteamiento viene dado por el hecho de que para SEARLE, la existencia de un mundo real independiente de nuestras representaciones funciona como la condición de existencia de la posibilidad de que existan representaciones y un lenguaje sobre cómo es el mundo⁵⁷³. Si no existiera una realidad independiente de nuestros conceptos, porque estos dependerían de cada uno de nosotros, cómo habríamos de comunicarnos, sobre la base de qué compararíamos nuestras representaciones o sobre la base de qué asumiríamos un lenguaje común, a la vez, sobre la base de qué opinaríamos de modo diferente. El mundo no es maleable a nuestro antojo, porque no podemos imponerle de modo caprichoso cualquier categorización o conceptualización⁵⁷⁴. Estas preguntas no se responden desde un esquema meramente epistemológico, sin raíz ontológica. En síntesis, en el modelo de SEARLE, primero tenemos una realidad preexistente a nosotros (realismo externo), luego podemos acceder a ella de forma inmediata y directa (realismo ingenuo⁵⁷⁵) y, finalmente, podemos concebirla según nuestras estructuras conceptuales y teorías explicativas de la misma (relativismo conceptual)⁵⁷⁶. La dupla realismo ingenuo y

⁵⁷¹ Es desde la dimensión semántica de donde se asumen las condiciones de verdad de los enunciados de las teorías.

⁵⁷² Cfr. SEARLE, *La construcción de la realidad social*, 1997, pp. 165-166, 189.

⁵⁷³ Cfr. SEARLE, *ibidem*, pp. 215, *passim*.

⁵⁷⁴ A esta resistencia del mundo a nuestra arbitrariedad, NIINILUOTO la llama “factualidad”, citado en DIÉGUEZ, “La relatividad conceptual”, *Contrastes*, 2007, p. 85.

⁵⁷⁵ Por eso, en el acto consciente de la percepción (experiencia visual), SEARLE habla de presentación y no de representación del objeto. Cfr. SEARLE, *Intencionalidad*, 1992, p. 59, “Si, por ejemplo, veo un *ranchera* amarillo frente a mí, la experiencia que tengo es directamente del objeto. No ‘representa’ solamente al objeto: proporciona el acceso directo a él (...). Por consiguiente no parece natural describir las experiencias visuales como representaciones; (...). Más bien, (...), propongo llamarlas ‘presentaciones’”.

⁵⁷⁶ SEARLE defiende un relativismo conceptual. De hecho, en su planteamiento, las personas podemos saber cómo es el mundo, pero la noción de cómo es el mundo depende de nuestra constitución y de nuestras transacciones causales con él, es decir, se trata de una noción relativa (subjética). Cfr. SEARLE, *Intencionalidad*, 1992, pp. 64 y ss. En sentido similar NIINILUOTO enseña que el mundo real es independiente de nuestras mentes, pero las estructuras con que se nos presenta provienen de nuestros esquemas conceptuales; con excepción de una estructura básica espacio-temporal y causal que sí le es propia al mundo. Aunque este planteamiento lleva a aceptar la teoría de la verdad como correspondencia, niega (al igual que PUTNAM) la existencia de un mundo prefabricado como base de nuestros conceptos (lo único independiente a nuestros conceptos es lo básico del mundo, lo espacio-temporal y lo causal). Sobre este autor, cfr. DIÉGUEZ, “La relatividad conceptual”, *Contrastes*, 2007, p. 77.

relativismo conceptual es posible, porque SEARLE los entiende como dos tesis complementarias, al distinguir entre hecho y enunciado (del hecho)⁵⁷⁷: los sujetos primero captan la realidad tal y como es y luego la describen, la valoran, la interpretan y la conceptualizan de una forma u otra, según los esquemas conceptuales o marcos teóricos que están a su alcance o desde los cuales asumen la comprensión de la realidad (la asunción perceptiva de la realidad, por el contrario, es directa)⁵⁷⁸. El concepto de verdad en este modelo sería un concepto de verdad alusivo al mundo mismo, una teoría de la verdad como correspondencia auténtica, y aunque su lenguaje sería: verdad/falsedad, no se trataría de una verdad absoluta e irrefutable, sino de *verosimilitud* (= apariencia de verdad).

4. Como contrapartida al planteamiento searleano se presenta el modelo del realismo interno de PUTNAM, que enseña que el mundo carece de una estructura ontológica propia, porque no está *ready-made*, sino que depende del esquema conceptual desde el cual se lo contemple⁵⁷⁹. Aunque esto no significa el extremo que nuestra mente “crea mundos” y con ello “crea realidades” (como lo sostendría sin empacho el idealismo), la postura de PUTNAM se opone al concepto de verdad como correspondencia, en la medida en que se la conciba como una correspondencia *única* entre teorías y mundo⁵⁸⁰. En efecto, este filósofo entiende que la teoría de la verdad como correspondencia no ha de ser entendida como una correspondencia única, sino plural (opuesta a la noción del punto de vista del Ojo de Dios del realismo metafísico⁵⁸¹)⁵⁸²; por eso, cuando rechaza la teoría de la verdad como

⁵⁷⁷ Cfr. SEARLE, *La construcción de la realidad social*, 1997, pp. 21, 159, *passim*.

⁵⁷⁸ Aunque el mundo está puesto ahí ante nosotros, el mundo mismo no tienen ningún “punto de vista”, de modo que el acceso al mundo siempre se da desde una perspectiva subjetiva individual, es decir, desde un punto de vista especial. Cfr. SEARLE, *El redescubrimiento de la mente*, 1996, p. 107.

⁵⁷⁹ Sobre el realismo interno (o realismo pragmático), véase PUTNAM, *Razón, verdad e historia*, 1988, pp. 59 y ss. También DIÉGUEZ, “La relatividad conceptual”, *Contrastes*, 2007, p. 73, en referencia a PUTNAM. Según VEGA ENCABO/GIL MARTÍN, “Introducción”, en *Normas y valores* (PUTNAM/HABERMAS), 2008, p. 19, HABERMAS pergeña la defensa de un cierto tipo de realismo interno similar al de PUTNAM, pero, al mismo tiempo, defiende la presuposición realista de la existencia de un mundo objetivo que nos es accesible intersubjetivamente, pero, que no está a nuestra disposición y que permanece idéntico con independencia de nuestras interpretaciones. Por el contrario, a mi entender HABERMAS se acerca más al realismo externo de SEARLE, en cuanto distingue entre la existencia del mundo (independiente de nosotros) y el acceso al mundo (dependiente de nosotros).

⁵⁸⁰ Cfr. DIÉGUEZ, “La relatividad conceptual”, *Contrastes*, 2007, pp. 73-74, en referencia a la tesis de PUTNAM.

⁵⁸¹ Cfr. PUTNAM, *Razón, verdad e historia*, 1988, p. 59. El realismo metafísico es el realismo ontológico platónico-aristotélico que asume que el mundo posee una estructura intrínseca ontológicamente acabada y categorialmente completa (es un mundo prefabricado). Cfr. sobre esta versión, además del realismo ontológico moderado y el realismo ontológico kantiano, DIÉGUEZ, “La relatividad conceptual”, *Contrastes*, 2007, pp. 87 y ss.

correspondencia, la rechaza en su concepción tradicional (como correspondencia con estado de cosas independientes de nuestro discurso⁵⁸³) y propone, en su lugar, una teoría pragmática-epistémica de la verdad. Desde esta perspectiva internalista se entiende por 'verdad' una especie de *aceptabilidad racional relativa a un tiempo y a una persona*, esto es, una especie de coherencia ideal de nuestras creencias entre sí y con nuestras experiencias representadas en nuestro sistema de creencias⁵⁸⁴. En definitiva, la pregunta que subyace al modelo putnamiano es si puede “conocerse verdaderamente” esta supuesta realidad independiente de nosotros y de nuestras teorías, es decir, si allí afuera de nosotros hay una realidad “en sí”. Para PUTNAM, heredero del pensamiento kantiano, ello no es posible, porque la forma de acceder a la realidad externa lo es a través de nuestros esquemas conceptuales, que son los que definen la realidad⁵⁸⁵. Con ello, si se produce una correspondencia entre nuestros pensamientos y la realidad, esta correspondencia no es en relación con la realidad “en sí”, sino en relación con la realidad tal como es representada por nuestros esquemas conceptuales, que nunca reflejan la realidad, sino que la representan⁵⁸⁶. La teoría de la relatividad conceptual en PUTNAM conduce, entonces, a sostener, que todo aquello que se sostiene que es verdadero, encierra dos aspectos enlazados indivisibles: un aspecto de convencionalidad y un aspecto de facticidad⁵⁸⁷. A modo de conclusión, la combinación del realismo epistemológico con el realismo interno sostiene que no es posible conocer el mundo tal como éste es, sino que el conocimiento del mundo depende del esquema conceptual del cual parta el sujeto cognoscente (opinión individual, consenso o autoridad), dentro de un contexto socio-cultural, espacio y temporalmente determinado⁵⁸⁸. El concepto de verdad de esta segunda interpretación sería un concepto de

⁵⁸² Cfr. DIÉGUEZ, “La relatividad conceptual”, *Contrastes*, 2007, p. 74, en referencia a la tesis de la relatividad conceptual y el realismo interno de PUTNAM.

⁵⁸³ Cfr. PUTNAM, *Razón, verdad e historia*, 1988, p. 59.

⁵⁸⁴ Cfr. PUTNAM, *ibidem*, pp. 59, 64.

⁵⁸⁵ Con estas conclusiones, no es de extrañar que para los realistas la teoría del realismo interno acabe siendo una forma de antirrealismo, o de idealismo. Cfr. DIÉGUEZ, “La relatividad conceptual”, *Contrastes*, 2007, p. 76.

⁵⁸⁶ Cfr. URBINA TORTELLA, *La tentación de la ignorancia*, 2004, p. 20. Para el idealismo trascendental kantiano, la correspondencia de nuestros enunciados nunca lo es con el mundo nouménico, sino con el fenoménico, que es el mundo construido por nosotros. Cfr. DIÉGUEZ, “La relatividad conceptual”, *Contrastes*, 2007, p. 83.

⁵⁸⁷ Cfr. PUTNAM, *Representación y realidad*, 1990, pp. 167 y ss., sobre las nociones de objetividad y relatividad conceptual. También, véase DIÉGUEZ, “La relatividad conceptual”, *Contrastes*, 2007, p. 75, nota al pie 3, en referencia a la tesis de la relatividad conceptual de PUTNAM.

⁵⁸⁸ A diferencia del realismo metafísico que opera con un concepto de racionalidad universal, necesaria y determinada por reglas. Obsérvese que este planteamiento cuadra con el concepto de racionalidad lógico-matemática, que critica, por impracticable, HERBERT SIMON. Véase la misma apreciación en URBINA TORTELLA, *La tentación de la ignorancia*, 2004, pp. 34, 31 y ss.

verdad alusivo al sujeto que conoce (su lenguaje sería: razonabilidad/no razonabilidad) y, por ello, una verdad parcial o aproximada (verosimilitud)⁵⁸⁹.

5. A mi entender, la ventaja del modelo explicativo de SEARLE es que no se salta ningún nivel, ni ningún paso, ya que asume un primer nivel ontológico y un segundo nivel epistemológico, porque distingue entre una teoría de la existencia del mundo y una teoría del conocimiento del mundo, ofreciendo así tres tesis: una tesis ontológica, una tesis epistemológica y una tesis semántica⁵⁹⁰. Por el contrario, PUTNAM asume que la existencia del mundo es el conocimiento de éste⁵⁹¹ (con la sola salvedad de su realidad causal, y espacio-temporal)⁵⁹². Para SEARLE una cosa es la existencia del mundo, que podría incluir el “tomar consciencia” de que éste existe con independencia de nosotros, y otra cosa es el acceso perceptivo y valorativo de la existencia del mundo. Y este tomar consciencia como algo previo e independiente de lo que percibamos del mundo nos asegura no caer en la arbitrariedad de cómo entendamos el mundo, a la vez que nos mantiene en permanente vigilia acerca de cómo es y va siendo. Así, entre el tomar consciencia de la existencia del

⁵⁸⁹ En la teoría tradicional de la verdad como correspondencia se empleaba un concepto de verdad absoluta, pero en las modernas se matiza. Esta aclaración es necesaria, como lo veremos en el *Capítulo Cuarto* (epígrafe *II.IV.4.b. Teoría de la verdad en el modelo de imputación moderado*) cuando empleemos para el juicio de imputación una teoría de la verdad pragmática, que se basa en una teoría de la verdad como correspondencia (sólo en la medida en que ésta no sea entendida como correspondencia absoluta).

⁵⁹⁰ Los esfuerzos humanos reales para obtener representaciones verdaderas de la realidad están influidos por todo tipo de factores: culturales, económicos, psicológicos, etc. La objetividad epistémica completa es difícil, y a veces, imposible, porque las investigaciones reales parten siempre de un punto de vista motivado por todo tipo de factores personales, y se ubican en un determinado contexto cultural e histórico. Cfr. SEARLE, *La construcción de la realidad social*, 1997, pp. 160-161.

⁵⁹¹ Cfr. PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, 2011, p. 79, con nota al pie 87. A mi entender, este autor se decanta por un concepto de conocimiento basado en la teoría putnamiana, cuando señala: “‘Conocimiento’ es, únicamente, saber verificado racionalmente, *i.e.*, a partir de marcos epistémicos compartidos por todos en el universo de casos de que se trate y propios de ese universo, o compartibles mediante contrastaciones objetivas intersubjetivamente accesibles”. En otra parte, para referirse a los comportamientos dolosos, habla de correlación epistémico-ontológica (p. 133).

⁵⁹² Una vez más, el realismo externo enseña que existen estructuras del mundo que son exteriores al sujeto, y por ello, son causal y ontológicamente independientes de la intervención del sujeto y de la conceptualización de nuestra mente. Por el contrario, el realismo interno defiende, que las estructuras del mundo no son ontológicamente independientes de la mente humana, sino que dependen de ella, aun cuando el mundo pueda ser causalmente independiente de la intervención humana. Por eso SEARLE tiene razón cuando sostiene que la realidad es independiente de nuestras representaciones, porque con ello se está refiriendo exclusivamente a su existencia (no a su acceso). En efecto, para poder acceder a la realidad, ésta tiene que existir, con independencia de nosotros. SEARLE accede directamente y luego la comprende. PUTNAM, por el contrario, accede indirectamente, esto es, no la percibe sino que la comprende a través de los conceptos. Por eso considero, que, en verdad, la teoría del realismo interno de PUTNAM no se opone al realismo externo de SEARLE, porque aquélla no es una teoría de la existencia del mundo; sino, que se opone, al realismo ingenuo de SEARLE, porque aquélla es una teoría del conocimiento del mundo.

mundo y el percibirlo para comprenderlo parece darse una zona gris, un espacio indefinido entre lo ontológico y lo epistemológico, en donde el sujeto se encuentra “cara a cara” con el mundo real. Asimismo, dentro del modelo de SEARLE, es posible distinguir entre lo que sería el aspecto epistemológico fáctico (la percepción del mundo) y el aspecto epistemológico valorativo (la comprensión del mundo)⁵⁹³. Esta distinción revela que el modelo searleano es no sólo útil y enriquecedor desde un punto de vista teórico y analítico, sino también desde un punto de vista práctico. Así, por ejemplo, podríamos asumir con argumentos sólidos que la subjetividad es lo más ontológico que hay⁵⁹⁴ y que, como tal, es un límite infranqueable del poder punitivo del Estado (en consecuencia, las reglas de imputación han de acomodarse a ello). Características de esa ontologicidad son: la finitud e imperfección del hombre y las limitaciones del ser. De hecho, en la dogmática penal esta conclusión es compatible con lo que se denomina la “realidad como límite negativo”, mencionada al inicio del trabajo. Por otra parte, podríamos diferenciar las clases de error (de percepción y de comprensión) de cara a una más ajustada imputación subjetiva, entre otras consecuencias prácticas, que iremos viendo.

6. Por su parte, la teoría de la verdad como coherencia aplicable a la realidad valorativa exige que la creencia subjetiva del sujeto englobe un criterio de verdad que sea coherente con el criterio de verdad valorativa-objetiva, esto es, sobre la que existe un consenso social (o grupal, dado el caso). En todo caso, en la línea de HABERMAS y PUTNAM, hay que reconocer que respecto de los valores no debe considerarse la objetividad desde la perspectiva de una realidad independiente del lenguaje, en donde la intrincada interpretación del lenguaje y el mundo implica que las pretensiones cognitivas de nuestro vocabulario se remitan a condiciones intersubjetivas de un entendimiento en el interior de una comunidad⁵⁹⁵. Pero, esto presenta algunos puntos por considerar, teniendo en cuenta que en el plano de los valores nos encontramos con un problema irresoluble: en una sociedad multicultural hablar de consenso valorativo es muy difícil o muy arbitrario. Al

⁵⁹³ Según GILSON, *El realismo metódico*, 1974, p. 174, “para el realista no existe el ‘númeno’, en el sentido en que lo entiende el idealista. Toda vez que el conocimiento presupone la presencia de la cosa misma ante el entendimiento, no hay por qué suponer, detrás de la cosa que está en el pensamiento, un doble misterioso e incognoscible, que sería la cosa de la cosa que está en el pensamiento. Conocer no es aprehender una cosa tal como está en el pensamiento, sino, en el pensamiento aprehender la cosa tal como ella es”.

⁵⁹⁴ Pero no queda reducido sólo a eso.

⁵⁹⁵ Cfr. VEGA ENCABO/GIL MARTÍN, “Introducción”, en *Normas y valores* (PUTNAM/HABERMAS), 2008, p. 17.

pluralismo le es inherente un desacuerdo irreducible⁵⁹⁶. Dos filósofos, como HABERMAS y PUTNAM, están de acuerdo en que la aceptación de un pluralismo es necesario como rasgo definitorio de las comunidades humanas, en especial, de las sociedades democráticas contemporáneas⁵⁹⁷; y, en principio, esto significa que todas las visiones valorativas han de tolerarse y convivir pacíficamente⁵⁹⁸. Este pluralismo se caracteriza por la convivencia de cosmovisiones cuyas creencias acerca de la “vida buena”, o de la “vida correcta” difieren entre sí, incluso, a veces, de modo radical y no reconciliable⁵⁹⁹. Estas discrepancias son las que generan conflictos sociales difícilmente solucionables⁶⁰⁰, incluso a largo plazo. Esto es así, porque el pluralismo de valores es prácticamente un dato inevitable por inherente a la condición humana. En cualquier caso, todo Estado que asuma de forma responsable la existencia de un pluralismo valorativo, ha de determinar de antemano respecto de qué valores se puede ser pluralista, tolerando los valores de otro grupo, y respecto de qué valores se ha de ser universalista⁶⁰¹. Esto último plantea la siguiente cuestión: dado el caso, ¿cómo se ha de gestionar el pluralismo en las sociedades democráticas?⁶⁰², teniendo en cuenta que las discrepancias de valor irresolubles conducirían a una pérdida de objetividad

⁵⁹⁶ Cfr. VEGA ENCABO/GIL MARTÍN, *ibidem*, p. 12.

⁵⁹⁷ Cfr. VEGA ENCABO/GIL MARTÍN, *ibidem*.

⁵⁹⁸ Cfr. VEGA ENCABO/GIL MARTÍN, *ibidem*, p. 13.

⁵⁹⁹ Que existan desacuerdos valorativos irreconciliables ¿atenta contra la objetividad de los juicios de valor? Esto parece preguntarse PUTNAM. Cfr. VEGA ENCABO/GIL MARTÍN, “Introducción”, en *Normas y valores* (PUTNAM/HABERMAS), 2008, p. 13. Ante esta pregunta, aquí me pregunto: ¿en cuánto afecta la irresolubilidad de un conflicto a la intersubjetividad de los juicios de valor? Hay que partir de la idea que existen dos aspectos de la intersubjetividad: un aspecto cualitativo, que se refiere a lo que se comparte, y un aspecto cuantitativo, que se refiere a cuántos sujetos lo comparten. Esto último permitiría hablar, según el caso, de una intersubjetividad acotada, esto es, local, y no universal. En este sentido la “mayoría” no sería un requisito ineludible de la intersubjetividad, bastando dos personas para hablar de intersubjetividad. Con esto, existirían dos niveles de intersubjetividad: (1) la intersubjetividad como una característica de los juicios de valor socialmente compartidos por la mayoría o por un grupo considerable de personas (esto es, “compartir el mismo valor” es un aspecto formal); y, (2) la intersubjetividad como un meta-valor, esto es, como un mandato de convivencia pacífica de valores incompatibles entre sí, en una sociedad plural (aspecto material). Por eso, a la pregunta de si los desacuerdos irreconciliables atentan contra la objetividad de los valores, se le puede responder del siguiente modo: los juicios de valor tienen la característica de intersubjetividad (característica) en la medida en que se encuentren fundamentados en la intersubjetividad como meta-valor, y esto es el valor auténticamente intersubjetivo: la pluralidad, de la que hablan HABERMAS y PUTNAM. En otras palabras, sólo serán materialmente intersubjetivos los juicios de valor, que encierren una condición de reciprocidad en relación con otros juicios de valor intersubjetivos, lo que significa la aceptación de valores incompatibles con los nuestros. Una última pregunta, que no puedo contestar en este trabajo: ¿le compete al juez resolver estos conflictos de valor irreconciliables, o ello forma parte del legislador y las políticas públicas?

⁶⁰⁰ Cfr. VEGA ENCABO/GIL MARTÍN, “Introducción”, en *Normas y valores* (PUTNAM/HABERMAS), 2008, p. 12.

⁶⁰¹ Cfr. VEGA ENCABO/GIL MARTÍN, *ibidem*, pp. 12-13.

⁶⁰² Cfr. VEGA ENCABO/GIL MARTÍN, *ibidem*, p. 13.

de los mismos y ello daría como consecuencia, un relativismo moral⁶⁰³. Frente a este tipo de conclusión, HABERMAS y PUTNAM defienden que la falta de acuerdo general sobre los valores no conduce a una pérdida de objetividad, porque para ésta no es imprescindible un acuerdo final y universal y esto se define desde un pluralismo ético, antes que desde un relativismo moral⁶⁰⁴. En consecuencia, la discrepancia valorativa, en una sociedad democrática, nos impone el deber no sólo de tolerar los juicios de valor diferentes a los nuestros, sino además un esfuerzo cognitivo de comprensión de esos potenciales normativos y existenciales de esos otros puntos de vista que pueden permanecer opacos a nuestra mirada actual: en todo caso, nuestras formas de vida democráticas hacen recomendable, y hasta exigible, la apertura mental hacia otras concepciones de la vida buena⁶⁰⁵. Y esto constituye, a mi entender, un límite imponderable ya en sede de la atribución objetiva del comportamiento.

7. Con lo expuesto hasta aquí, se pueden hacer algunas consideraciones que se integren con nuestro interés dogmático sobre la cuestión. Ciertamente, una tesis cognitivista, es decir, que define el objeto del dolo desde el conocimiento, tiene que asumir necesariamente alguna premisa filosófica o de otra índole de lo que se entiende por conocimiento, porque sólo así podrá ofrecerse un congruente modelo de imputación (teniendo en cuenta el abordaje del concepto de conocimiento será el modelo de imputación subjetiva). Es efecto, siempre que se pretenda ofrecer un modelo explicativo de atribución de la responsabilidad penal coherente o, al menos, todo lo posiblemente libre de incongruencias entre el concepto y la forma de imputar⁶⁰⁶, el modelo de imputación dependerá de lo que entendamos por conocimiento, realidad y verdad. Puesto que el dolo comporta una imputación del conocimiento de los hechos y el valor de los hechos, la correspondencia que se da en cada una de estas dimensiones es diferente y, por ende, quizá se necesiten distintas teorías de la verdad. Mientras que el conocimiento de los hechos reclama una verdad como correspondencia entre lo que se percibe y aprehende cognitivamente, que opera en la dimensión fisicalista, el conocimiento de los valores reclama una verdad como correspondencia valorativa, que se mueve en la dimensión expresiva o simbólica. En consecuencia, la teoría de la verdad que se ajustaría al conocimiento fáctico sería la teoría

⁶⁰³ Cfr. VEGA ENCABO/GIL MARTÍN, *ibidem*.

⁶⁰⁴ Cfr. VEGA ENCABO/GIL MARTÍN, *ibidem*, p. 14.

⁶⁰⁵ Cfr. VEGA ENCABO/GIL MARTÍN, *ibidem*, pp. 11-12.

⁶⁰⁶ Mayormente, los teorías del dolo no se encargan de definir qué entienden por conocimiento, sino *qué* debe conocer el sujeto como para hablar de dolo, esto es, definen el dolo desde el objeto del conocimiento.

de la verdad como correspondencia, y la que se ajustaría al conocimiento valorativo sería la teoría de la verdad como coherencia, pues bastaría la coordinación entre el sistema conceptual o de valores que el sujeto aplicó al hecho con el sistema de valores consensuados socialmente⁶⁰⁷. En todo caso, puesto que la verdad (o falsedad) de algo siempre se manifiesta a través de un juicio, sólo respecto de los juicios podremos predicar la verdad o falsedad, mientras que en relación con los objetos sólo podremos predicar la realidad o su idealidad y, respecto de los valores, su positividad o negatividad. En conclusión, para el caso del conocimiento sobre el significado de la dañosidad de la conducta, bastaría la coherencia entre el enunciado cognitivo del sujeto y el sistema de valores de la sociedad, pero, para comprender los elementos que componen la dañosidad social tendremos que recurrir a una teoría de la verdad como correspondencia.

II.1.2.c. Definiciones de desconocimiento y error

1. Definido a grandes rasgos el conocimiento como un fenómeno racional⁶⁰⁸ y diferenciado de la representación, la consciencia, y la creencia, ahora toca por definir el desconocimiento y el error. Un primer modo de definir el desconocimiento y el error es apelando al sentido inverso del concepto de conocimiento, como un concepto negativo. Si, como habíamos mencionado, el conocimiento comporta una correspondencia entre la realidad y la aprehensión subjetiva de la realidad (o una correspondencia deficitaria en el conocimiento incierto), que encierra por ello un criterio de verdad (o de verdad parcial en el conocimiento incierto), entonces el desconocimiento, comportará la ausencia de correspondencia entre la realidad y la representación de la misma, y el error comportará la no correspondencia entre la realidad y la representación, se tratará de una *incorespondencia*. Así, la ausencia de correspondencia significa una ausencia de aprehensión o evocación cognitiva de la realidad (desconocimiento/ignorancia/agnosia/nesciencia), mientras que la *incorespondencia* significa una presencia de una representación equivocada de la realidad (error). Sin embargo, aunque desde el punto de vista psicológico no es la misma cosa “no representarse la realidad” que “representarse la realidad de modo equivocado”, usualmente en la teoría

⁶⁰⁷ Similarmente KOSKO, *Pensamiento borroso*, 1995, pp. 243, 248, quien desde la lógica difusa defiende una teoría de la verdad como coherencia respecto de los enunciados morales, y legales. Así, “asesinar está mal”, pero ello no equivale a una verdad factual, sino legal. Esta verdad legal es de tipo coherente. Las personas nos ponemos de acuerdo en unas reglas y principios legales y vivimos según ellos.

⁶⁰⁸ El conocimiento sólo puede ser racional, a diferencia de la ausencia de conocimiento, que también puede ser irracional. Sobre esto PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, 2011, p. 80.

del error los casos de desconocimiento y suposición errónea se equiparan normativamente, recibiendo una misma respuesta jurídica, porque tanto respecto de uno como del otro no se puede predicar la correspondencia⁶⁰⁹. No obstante, como se verá más adelante, aquí se entenderá que el desconocimiento y el error deberían en algunos supuestos distinguirse también normativamente, porque axiológicamente no comportan un igual desvalor el desconocimiento que el error del sujeto. El esfuerzo mental que ha de emplear un sujeto que desconoce una determinada realidad es intensamente menor que el que ha de emplear un sujeto que cuenta con un error o sesgo cognitivo fuertemente arraigado. A quien no sabe se le puede exigir livianamente que conozca, simplemente adquiriendo el conocimiento debido, pero a quien cree firmemente otra cosa se le ha de exigir mucho más, se le ha de exigir corregir su creencia y adquirir una nueva. Con ello, los supuestos de desconocimiento vencible podrían merecer una pena más elevada, que los de error vencible. En todo caso, hay que distinguir las dos posibles fuentes del error y del desconocimiento, para detectar cuándo nos encontramos ante casos diferenciados de error y desconocimiento y cuándo en un supuesto de superposición de error y desconocimiento. Las fuentes pueden ser lo relativo a la dimensión conceptual y lo relativo a la dimensión sensorial, de la realidad en ambos casos.


2. Respecto a la dimensión conceptual (a grandes rasgos el conocimiento estático que posee el sujeto), se dice que el sujeto yerra sobre la realidad cuando “confunde” una cosa con otra desde el punto de vista de su esencia o concepto y se dice que desconoce estrictamente cuando simplemente no sabe sobre su esencia o concepto; aun cuando en sentido amplio el que yerra al fin de cuentas desconoce. Así, por ejemplo, si el profesor pregunta a un alumno cuál es la capital de Islandia y el alumno responde que no sabe, o simplemente no dice nada, entonces, diríamos que el alumno desconoce la capital de Islandia. Pero, si otro compañero responde “Dublín”, entonces, diríamos que este compañero se ha equivocado en la respuesta. Tal equivocación, a su vez, puede provenir de variopintas alternativas de su bagaje teórico: (a) porque ha confundido Reikiavik con Dublín, (b) porque ha confundido Islandia con Irlanda, (c) porque ha creído que Islandia e Irlanda son el mismo país, o (d) porque ha creído que Reikiavik y Dublín son las dos capitales de un mismo país (como Ankara y Estambul en la Turquía europea y asiática, respectivamente). Pero también puede provenir de variopintas alternativas de su percepción: (a) auditiva: haber escuchado Irlanda

⁶⁰⁹ También, conceptualmente, suele equipararse el error a la ignorancia, cuando se define aquél como la “ignorancia o falsa apreciación de una situación”. Así, BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Dp*, 1994 (4ª ed.), p. 398.

y no Islandia, (b) visual: haber leído Irlanda y no Islandia. O bien, incluso, puede provenir de fuentes mixtas: (a) por desconocer que existe un país llamado Islandia (déficit en el bagaje teórico), entonces, haber escuchado que el profesor pronunció Irlanda (déficit auditivo), en vez de Islandia⁶¹⁰. Como se advierte, en este grupo de casos es fácilmente posible confundir entre el desconocimiento y el error, porque en sentido conceptual, todo error sobre algo es al fin de cuentas un desconocimiento sobre ese algo. Pero, si nos detenemos con detalles en el asunto, podría decirse que el hecho que se desconozca algo no supone que se crea erróneamente otra cosa en su lugar, como sucede con las capitales: no porque el primer alumno no sepa que la capital de Islandia es Reikiavik, entonces *deberá* necesariamente creer que es alguna otra. Es en este tipo de supuestos que se habla de desconocimiento en sentido estricto, porque, por decirlo de algún modo, no existe en el lugar de lo que no se sabe otra cosa a cambio, sino que, simplemente no se tiene incorporado la información acerca de la realidad que se requiere conocer en el caso concreto. Lo que pasa es, que por regla general, cuando no sabemos algo es porque sabemos otra cosa que creemos es la correcta, cuando no lo es, o bien, buscamos saber y, por eso, nos equivocamos o terminamos acertando por azar. Cuando al desconocimiento sobre algo se lo complementa con otra cosa que el sujeto cree verdadero, pero que no lo es, entonces, decimos que el sujeto está en error o se ha equivocado. En todo caso, no necesariamente a todo desconocimiento le sigue eventualmente un error, ni un acierto. Retomando el ejemplo anterior: si alguien preguntara en qué aula está el profesor *S* dictando clases y nadie supiera, entonces, se diría que todos desconocen. Pero, puede darse que ante el desconocimiento alguno se representara alguna creencia, y ésta resultar acertada (acierto por azar), o falsa (error). Se acierta cuando se cree que el profesor *S* está en el aula 40.213 y efectivamente allí está, pero se desacierta cuando se cree que está en la 40.213 y está en otra aula.

3. En relación con la dimensión sensorial, esto es, la percepción o captación del objeto o la realidad, ya desde un principio se hace dificultoso distinguir con mediana claridad entre el error y el desconocimiento. En efecto, en todos los supuestos que precisan de alguna representación mental de la realidad en el momento de los hechos es fácilmente posible solapar error y desconocimiento. Por ejemplo, cuando un cazador dispara hacia un arbusto

⁶¹⁰ Asimismo, si un sujeto desconoce lo que es un documento público, porque no sabe lo que es un documento público, entonces, seguramente creerá que lo que tiene entre sus manos es un simple papel sin relevancia, o incluso creerá que es un documento, pero sin demasiadas formalidades. Es decir, por carecer del conocimiento acerca de un concepto, el sujeto desconoce lo que tiene ante sus ojos.

representándose (creyendo) que dispara a un jabalí que se encuentra detrás del mismo, pero en verdad dispara a un hombre, diríamos que la representación (y creencia) del cazador es falsa porque no se corresponde con la realidad de los hechos, pero a la vez podríamos decir que el cazador desconoce la realidad de los hechos, porque su creencia errónea no tiene que ver con una confusión conceptual (entre jabalí y hombre), sino por una suposición errónea de lo que es la realidad que se le presenta ante los ojos y cree allá donde hay un hombre, que hay un jabalí⁶¹¹. Ciertamente, en la percepción sensorial, como lo es la experiencia visual, la aprehensión de los objetos de la realidad depende no sólo de los conocimientos que posea el sujeto, sino también de la perspectiva desde la cual observa la realidad ante sí. Según la perspectiva y según los aspectos de la realidad (aspectualidad) que el sujeto perciba, serán los conceptos que él aplique⁶¹². Por ejemplo, si un sujeto posicionado en un lugar percibe un aspecto del objeto que lo hace ver como si fuera un cuadrado □, y es un cubo , el concepto que emplea el sujeto será el de un cuadrado (siempre que sepa lo que es un cuadrado), pero si percibe un cuadrado cuando hay un cubo, el concepto que emplea el sujeto es el de un cuadrado (siempre que sepa lo que es un cuadrado), aunque también sepa lo que es un cubo (puede pasar también que perciba un cuadrado porque no sepa lo que es un cubo y los confunda). En todo caso, los conceptos varían según la perspectiva que asumamos ante el objeto y según el aspecto que terminemos por percibir⁶¹³.

⁶¹¹ En una experiencia visual podríamos estar equivocados sobre qué estados de cosas existen realmente en el mundo, por sufrir una alucinación que está determinada por el evento intencional de la percepción. Es el contenido intencional de la experiencia visual lo que determina sus condiciones de satisfacción. Cfr. SEARLE, *Intencionalidad*, 1992, p. 53.

⁶¹² Similarmente SEARLE, *Intencionalidad*, 1992, pp. 64-65, 67, 83. Este filósofo enseña en la percepción visual el aspecto bajo el cual se percibe algún objeto es fijado por el punto de vista, y por los otros rasgos físicos de la situación en la cual el objeto es percibido. Por ejemplo, según mi posición puedo ver sólo el lado izquierdo de un automóvil, de modo que, para verlo bajo algún otro aspecto, tendría que moverme a otro punto de perspectiva. Por lo demás no sólo podemos ver un objeto bajo un aspecto, sino que también podemos ver aspectos de objetos. También SEARLE, *El redescubrimiento de la mente*, 1996, pp. 142 y ss., 144. Así, también junto a la perspectiva, y el aspecto, se encuentra la “familiaridad”, que es lo que hace posible gran parte de la organización y el orden de las experiencias conscientes.

⁶¹³ SEARLE prefiere distinguir entre ver y percibir, y tener una experiencia visual: usar las expresiones ver o percibir implican éxito, esto es, implican que las condiciones de satisfacción son satisfechas (decir que veo algo implica que el contenido es satisfecho). En cambio, decir que tengo una experiencia visual de algo es simplemente especificar el contenido intencional, que aún ha de ser satisfecho. En otras palabras, si realmente veo algún estado de cosas, entonces debe darse algo más que mi experiencia visual: debe darse el estado de cosas que es la condición de satisfacción de la experiencia visual, a la vez que debe causar tal estado de cosas la experiencia visual. Cfr. SEARLE, *Intencionalidad*, 1992, pp. 54, nota al pie 2, 65.

II.1.2.d. Modelo de la racionalidad humana limitada

1. Vistos los conceptos de conocimiento y error corresponde ahora analizar en qué modelo de racionalidad humana los concebimos, porque vamos a presuponer que las personas somos en mayor o menor medida seres dotados de la facultad de la razón. Desde rasgos generales se entiende por modelo de racionalidad toda teoría que intenta no sólo describir sino también explicar el modo en que funciona nuestra forma de pensar, de interpretar y de tomar decisiones en la vida cotidiana; modelos que suelen contemplar dos aspectos de la racionalidad. Una racionalidad teórica, que sería la capacidad innata de las personas para conocer el mundo, es decir, acceder mentalmente a él; y una racionalidad práctica, que es aquella más bien centrada en el tener consciencia de qué medios son los más adecuados, dentro de los que disponemos, para alcanzar los fines que nos hemos propuesto⁶¹⁴. Un repaso por las ciencias experimentales⁶¹⁵ y la filosofía nos revela que se ha ido evolucionando desde una concepción del hombre como ser racional, que adapta sus decisiones y conducta a las normas de la lógica, a una concepción del hombre como ser limitadamente racional, que decide sobre la base de sus limitadas capacidades cognitivas y afectivas. En este último sentido, intentaré exponer el modo en cómo las teorías psicológicas sobre el comportamiento humano, la toma de decisiones y procesamiento de la información, vinculan la dimensión racional de la persona con las dimensiones intuitivas y afectivas, así como con los principios éticos, valores y motivos personales, porque sólo a partir de tal explicación se podrán detectar el modo y bajo qué condiciones el ser humano se adapta a su entorno y a las pautas normativas de conducta vigentes en la sociedad, conclusiones esenciales para todo modelo de imputación de la responsabilidad penal⁶¹⁶.

2. En psicología social se asume que las personas actuamos y decidimos normalmente en condiciones de incertidumbre y riesgo y sólo muy escasa y excepcionalmente en

⁶¹⁴ La racionalidad teórica y práctica pueden ser entendidas ya como facultades psicológicas (como el modelo kantiano), ya como métodos. Para MOSTERÍN, *Racionalidad*, 1987 (2ª ed.), pp. 17, 18 y ss., 27 y ss., la racionalidad no es necesariamente una facultad, sino más bien un método, aunque tal método presupone ciertas facultades. Sobre las diferentes acepciones de la voz *rationality* en las ciencias sociales, véase SIMON, “Rationality”, en *Models of bounded rationality*, 1982, pp. 405-407.

⁶¹⁵ Neurobiología, psicología social, psicología cognitiva, sociología.

⁶¹⁶ También asume un estudio dogmático del conocimiento de la antijuridicidad desde premisas de las ciencias experimentales (teoría de la racionalidad limitada), CUESTA AGUADO, *Conocimiento de la ilicitud*, 2008, pp. 87 y ss. Una aproximación político-criminal de los sesgos cognitivos en la gestión del riesgo y del miedo social en ALONSO ÁLAMO, “¿Gestión del riesgo o gestión del miedo?”, en *Principio de precaución*, 2014, pp. 145 y ss.

condiciones de certidumbre⁶¹⁷. Para los escenarios de incertidumbre se han propuesto varios modelos, en sus versiones descriptivas, explicativas y normativas, sobre cómo se conducen las personas en el momento de escoger o tomar una decisión, sobre todo cuando el panorama se presenta con dificultades⁶¹⁸, como podríamos pensar que se da en la antesala de un hecho delictivo. Ciertamente, estos modelos son mucho más complejos que lo que aquí puedo mencionar y tienen en cuenta no sólo las decisiones tomadas en solitario, sino también las que se asumen en grupos o socialmente⁶¹⁹. Desde el punto de vista de la decisión individual existen al menos dos modelos de racionalidad bien marcados. El primer modelo es el modelo clásico del ser racional que asume un tipo de racionalidad humana ilimitada, perfecta, o racionalidad olímpica⁶²⁰ (en otro contexto, una racionalidad cartesiana o instrumental), en donde las personas deciden y actúan sobre pautas lógicamente consistentes. Un ejemplo de este modelo viene dado por la teoría formal de la “utilidad subjetiva esperada” (USE), muy empleada hace tiempo en estudios de economía y ciencias políticas. Esta teoría “supone que quien toma decisiones observa, en una visión comprensiva, todo lo que yace ante él. Comprende la gama de elecciones alternativas a su disposición, no sólo en el presente sino también en el panorama total del futuro. Conoce las consecuencias de cada una de las estrategias de elección disponibles, por lo menos hasta el punto de ser capaz de asignar una distribución de probabilidad conjunta a futuros estados del mundo. Ha reconciliado o equilibrado todos sus antagónicos valores parciales y los ha sintetizado en una sola función de utilidad que dispone, por su preferencia a ellos, todos estos estados futuros del mundo”⁶²¹. A simple vista se advierte que el defecto de este modelo reside en la cuestión de la práctica imposibilidad de aplicarlo en el momento de

⁶¹⁷ “La teoría de la decisión se ocupa de analizar cómo elige una persona aquella acción que, de entre un conjunto de acciones posibles, le conduce al mejor resultado dadas sus preferencias”. Cfr. AGUIAR, “Teoría de la decisión”, *Empiria*, 2004, pp. 139 y ss., 141 y ss.

⁶¹⁸ Bien advierte SIMON que el proceso del cálculo racional sólo interesa cuando el sujeto se encuentra ante una situación compleja, no trivial. De este modo, señala el autor, si colocamos un billete de mil pesos y otro de cien pesos delante de un sujeto y le decimos que puede escoger sólo uno de ellos, casi con total seguridad podremos pronosticar cuál billete escogerá, pero con ello no aprenderemos nada de sus procesos cognitivos. Por lo tanto, la racionalidad procesal suele estudiarse en situaciones problemáticas, en donde el sujeto debe obtener y procesar información a fin de hallar una solución al problema. Cfr. SIMON, “De la racionalidad sustantiva a la procesal”, en *Filosofía*, 1986, p. 136.

⁶¹⁹ Sobre la teoría de la decisión individual (teoría paramétrica) y la decisión con más de un actor (teoría estratégica de la decisión o teoría de juegos; y teoría de la elección social), véase AGUIAR, “Teoría de la decisión”, *Empiria*, 2004, p. 139; ELSTER, *Rational choice*, 1986, p. 7.

⁶²⁰ Así denomina al modelo de la utilidad subjetiva esperada, SIMON, *Reason in human affairs*, 1983, pp. 19, *passim* [= *Naturaleza y límites de la razón humana*, 1989, pp. 31, *passim*].

⁶²¹ Sobre la explicación y crítica de la “Subjective Expected Utility” (SEU), véase SIMON, *Reason in human affairs*, 1983, pp. 12 y ss., 13 [= *Naturaleza y límites de la razón humana*, 1989, pp. 22 y ss., 24].

efectuar las decisiones humanas reales, porque, en verdad, no refleja en absoluto el modo en cómo las personas proceden normalmente en el momento de decidir, escoger y obrar⁶²². Ya con tan sólo sostener que el sujeto decidor observa todas las posibilidades que yacen ante él, esta teoría asume premisas alejadas de la realidad, porque por regla general, el sujeto decidor no siempre cuenta, porque no siempre advierte, con todas las posibilidades que se le presentan ante un momento de decisión. Del mismo modo, tampoco es del todo real que quien toma decisiones pondera de forma calculada y detallada las consecuencias de cada una de las elecciones posibles⁶²³. Como respuesta a este modelo de la racionalidad perfecta u objetiva se ofrece la “alternativa conductual” (*behavioral alternative*) o teoría de la “racionalidad limitada” (*bounded rationality*)⁶²⁴, que propone partir de premisas más reales, como un sistema humano de procesamiento de la información y toma de decisiones de naturaleza imperfecta⁶²⁵. Desde este modelo las personas se conciben con capacidades subjetivas acotadas, incompletas; una limitación ontológica difícilmente ineludible. Esta versión, como lo sugiere su nombre, asume una descripción mucho más realista de la racionalidad humana, porque da por sentado que cuando se toma una decisión, aunque sea una muy importante, lo más seguro es que no se calcule en series detalladas lo que ocurrirá en el futuro; nadie mide milimétricamente cada una de las probables consecuencias de sus actos, por más que se las imagine, y nadie cuenta con todos los conocimientos necesarios para tomar una decisión perfecta o ideal, así como nadie domina o controla todo lo que se deriva de su comportamiento. Por el contrario, habitualmente, las personas contamos con un panorama general sobre lo que esperamos y lo que buscamos, y asumimos una serie de contingencias y eventualidades, pero no mucho más⁶²⁶. Para esto, al conocimiento que se

⁶²² De hecho, cabe realizarse una pregunta ¿cómo puede sostenerse categóricamente que las personas decidimos sobre la base de cálculos matemáticos, si el común de los mortales le tiene tirria a las matemáticas? De allí que el modelo de la racionalidad perfecta, como modelo explicativo (descriptivo) fracasa, porque no es real, y como modelo normativo (lo que pretende) es inalcanzable, también por irreal.

⁶²³ Sobre la crítica a esta teoría, SIMON, *Reason in human affairs*, 1983, pp. 13-14, 17 [= *Naturaleza y límites de la razón humana*, 1989, pp. 24-25, 28]; KAHNEMANN/TVERSKY, “Judgement under uncertainty”, en *Judgement under uncertainty*, 1982, pp. 3 y ss.

⁶²⁴ Cfr. SIMON, *Reason in human affairs*, 1983, pp. 17 y ss. [= *Naturaleza y límites de la razón humana*, 1989, pp. 29 y ss., 31]. También, véase SIMON, “A behavioral model”, *QJE*, 1955, pp. 99 y ss. [otros: “Rational choice”, *PR*, 1956, pp. 129 y ss. La denomina también *subjective rationality* en SIMON, “Rationality”, en *Models of bounded rationality*, 1982, p. 405. Un resumido abordaje en “La racionalidad limitada”, en *Racionalidad*, 2003, pp. 97 y ss.]. Detalladamente sobre la teoría de SIMON, véase BONOME, *La racionalidad en la toma de decisiones*, 2009.

⁶²⁵ Llama a este modelo, un modelo con menos ínfulas, menos imperfecto, pero más real, y al alcance de todos los mortales, URBINA TORTELLA, *La tentación de la ignorancia*, 2004, p. 39.

⁶²⁶ Cfr. SIMON, *Reason in human affairs*, 1983, p. 18 [= *Naturaleza y límites de la razón humana*, 1989, p. 29].

deriva de la racionalidad limitada, SIMON lo denominó “conocimiento cálido” (*hot cognition*), para diferenciarlo del “conocimiento frío” (*cold cognition*), que es aquél que se deriva de los dictados exclusivos de la razón⁶²⁷.

3. Basados en el modelo de la racionalidad humana limitada, varios estudios y experimentos en psicología cognitiva han concluido que el pensamiento humano se compone de dos sistemas: el intuitivo y el reflexivo, que operan de modo entrelazado todo el tiempo⁶²⁸. En el pensamiento intuitivo, el procesamiento de la información y las asociaciones de ideas se realizan de modo muy rápido, sin mayor esfuerzo y concentración. Las personas solemos emplear este pensamiento para resolver situaciones problemáticas urgentes o simplemente situaciones de rápida demanda, e incluso, llegamos a utilizarlo de modo automatizado en nuestras acciones cotidianas⁶²⁹. Por el contrario, en el pensamiento reflexivo las actividades mentales son más bien paulatinas y deliberadas, en donde las personas nos detenemos a considerar detalladamente los asuntos (por ejemplo, a sopesar las ventajas y desventajas de una situación, o a establecer el orden y prioridad de nuestras elecciones y deberes). Dado que en el pensamiento intuitivo el procesamiento de la información es mucho más rápido y liviano –y por ello irreflexivo- es aquí en donde se gestan más fácilmente una serie de sesgos cognitivos y juicios heurísticos, sobre los que volveré más adelante⁶³⁰. Detenidos por un momento en este punto, podemos adelantar una conclusión: asumir un punto de vista más realista de la naturaleza mental humana nos obliga a replantearnos nuestros esquemas tan idealizados (normativizados) de imputación.

⁶²⁷ Cfr. SIMON, *Reason in human affairs*, 1983, p. 29 [= *Naturaleza y límites de la razón humana*, 1989, p. 43]. Los denominados “errores del pensamiento cálido” se incluyen en las “perversidades de la racionalidad”. Así, GONZÁLEZ LAGIER, “Buenas razones, malas intenciones”, *Doxa*, 2003, p. 677.

⁶²⁸ Sobre este tema, véase KAHNEMAN, *Pensar rápido, pensar despacio*, 2012.

⁶²⁹ Conciben la intuición como un juicio que surge de un razonamiento informal, nada analítico y poco deliberado, KAHNEMANN/TVERSKY, “On the study of statistical intuitions”, en *Judgement under uncertainty*, 1982.

⁶³⁰ La influencia de los sesgos en los juicios de probabilidad revelan una “racionalidad bastante limitada”. Así, CARRETERO, “Prólogo”, en *Psicología del razonamiento* (PÉREZ ECHEVERRÍA), 1988, p. 11. En la misma línea PÉREZ ECHEVERRÍA, *Psicología del razonamiento*, 1988, pp. 16, *passim*. Véase, también MOLINA FERNÁNDEZ, *El concepto de peligro*, 2008 (inédito), p. 125, nota al pie 212: nuestras limitaciones cognitivas nos llevan a recurrir a atajos de razonamiento –heurísticos- que nos permiten procesar rápidamente la información, pero que a la vez provocan frecuentes sesgos en la apreciación del riesgo (citando a KAHNEMANN/TVERSKY). Más detalles sobre la influencia de los sesgos en el razonamiento probabilístico en PÉREZ ECHEVERRÍA, *Psicología del razonamiento*, 1988, pp. 49 y ss.

4. El modelo de la racionalidad limitada contempla de forma integrada las dimensiones racional, intuitiva⁶³¹ y emotiva de las personas. Aunque en términos teóricos la razón es la principal fuente de decisiones correctas, útiles y eficaces, evidentemente, en la vida cotidiana, no es la única que interviene en nuestros quehaceres mentales. También intervienen las intuiciones y las emociones. En innumerables situaciones gracias a nuestra experiencia previa la intuición nos ayuda a reconocer rápidamente los posibles efectos de nuestras decisiones, porque saca provecho del conocimiento adquirido y propone rápidas y efectivas soluciones ante dilemas o alternativas a escoger⁶³²; en especial, en nuestros juicios de probabilidad, la intuición juega un papel muy importante en su función de reconocimiento⁶³³. Se ha señalado anteriormente que es el pensamiento intuitivo en donde se dan una serie de sesgos cognitivos y juicios heurísticos. *Grosso modo* los sesgos cognitivos son patrones mentales aprehendidos que conducen a percepciones e interpretaciones parciales de la realidad y, por ello, en innumerables situaciones, conducen a realizar juicios erróneos sobre una situación, persona o idea⁶³⁴; mientras que los juicios heurísticos son mecanismos por los cuales reducimos la incertidumbre que produce nuestra limitada capacidad de procesar información y tomar una decisión, esto es, nuestra limitada capacidad para enfrentarnos con la compleja realidad de nuestro entorno⁶³⁵. De este modo, los heurísticos operan enfatizando los rasgos más sobresalientes e importantes de los datos que manejamos e ignorando otros datos secundarios que entorpecen o sobrecargan el proceso de decisión, de manera que poseen la virtud de ayudarnos a tomar decisiones

⁶³¹ Algunos autores conciben la teoría de la racionalidad intuitiva (*intuitive rationality*) como una tercera alternativa, junto a la USE y a la racionalidad limitada, pero SIMON la entiende como parte integrante de esta última. Cfr. SIMON, *Reason in human affairs*, 1983, pp. 28 y ss. [= *Naturaleza y límites de la razón humana*, 1989, pp. 42 y ss.].

⁶³² Cfr. SIMON, *Reason in human affairs*, 1983, pp. 28 y ss. [= *Naturaleza y límites de la razón humana*, 1989, pp. 42 y ss.]. También NISBETT/ROSS, *Human inference*, 1980, señalan que la intuición es una especie de conocimiento adquirido por la experiencia cotidiana, y cuya función fundamental es esencialmente práctica, es decir, no se trata de llegar a la “verdad”, sino de funcionar.

⁶³³ Cfr. PÉREZ ECHEVERRÍA, *Psicología del razonamiento*, 1988, pp. 49 y ss.

⁶³⁴ Una aproximación al concepto de los sesgos cognitivos aplicado a la responsabilidad individual en el ámbito de la empresa, en SILVA SÁNCHEZ/VARELA, “Responsabilidades individuales en estructuras de empresa”, en *Criminalidad de empresa y Compliance*, 2013, pp. 265 y ss. También, sobre los sesgos cognitivos en el ámbito de la empresa y la responsabilidad penal del empresario por el hecho de sus subordinados, véase SILVA SÁNCHEZ, “Teoría del delito y Derecho penal económico-empresarial”, en *Teoría del delito y práctica penal económica*, 2013, pp. 37, 50, *passim*.

⁶³⁵ Cfr. PÉREZ ECHEVERRÍA, *Psicología del razonamiento*, 1988, p. 51. Para TODD/GIGERENZER, “Bounding rationality”, *JEP*, 2003, p. 149, las reglas heurísticas de decisión son una especie de “colección de mecanismos cognitivos especializados que la evolución y el aprendizaje han construido en nuestra mente”.

razonables con poco esfuerzo⁶³⁶. Esto significa que no todas las decisiones razonables que tomamos surgen de una detenida reflexión⁶³⁷. Por otro lado, también nuestras emociones juegan un papel muy importante en nuestras decisiones⁶³⁸, siendo su principal función la selectividad de aquellos datos de nuestro entorno sobre los que nos hemos de concentrar⁶³⁹. Seguramente, esos datos, que haremos foco de nuestra atención, serán aquellos que respondan a nuestros principios éticos⁶⁴⁰, intereses, preferencias, gustos o necesidades, respecto de los cuales buscamos satisfacción personal o para otras personas de nuestra consideración⁶⁴¹.

5. Por lo demás, el modelo de la racionalidad limitada no sólo contempla las limitaciones internas del sujeto, sino también las externas, del entorno. Así, sostiene SIMON “la conducta racional en el mundo real está tan determinada por el ‘entorno interno’ (*inner environment*) de las mentes de las personas -los contenidos de memoria y sus procesos- como por el ‘entorno externo’ (*outer environment*) del mundo en el que actúan -y que actúa en ellos-”⁶⁴². En otras palabras, la racionalidad humana es limitada desde dos dimensiones: externamente, desde el entorno que rodea al sujeto, donde la realidad se le presenta de forma parcial e incompleta y los factores exógenos -como la cultura social u organizacional en las cuales se encuentra inserto- influyen en él; e internamente, desde su mismo proceso mental, donde sus capacidades cognitivas (memoria, percepción, juicios, etc.) y afectivas

⁶³⁶ Cfr. PÉREZ ECHEVERRÍA, *Psicología del razonamiento*, 1988, p. 53.

⁶³⁷ Enseña MOSTERÍN, *Racionalidad*, 1987 (2ª ed.), p. 17, que la racionalidad (en el sentido de método, no de facultad) presupone el uso de la razón, que es una condición necesaria, pero no suficiente de ella.

⁶³⁸ Cfr. SIMON, *Reason in human affairs*, 1983, p. 29 [= *Naturaleza y límites de la razón humana*, 1989, p. 43].

⁶³⁹ Cfr. SIMON, *Reason in human affairs*, 1983, p. 29 [= *Naturaleza y límites de la razón humana*, 1989, p. 43].

⁶⁴⁰ Sobre la teoría de los principios meta-éticos, véase SEN, *Sobre ética y economía*, 1989. En comentario a la teoría de este autor, señala ÁLVAREZ, “Capacidades, libertades y desarrollo: Amartya Kumar Sen”, en *Teorías políticas contemporáneas*, 2001, pp. 385 y ss., que para SEN toda la red conceptual que manejan las personas funciona como una especie de “filtro informativo” que selecciona los datos que han de incorporarse, y los que han de desecharse. Las personas decidimos y obramos sobre la base de nuestros principios meta-éticos (o valores), desde los cuales seleccionamos la información que se nos presenta, la catalogamos, la procesamos, o la desechamos.

⁶⁴¹ Sobre la teoría de la motivación plural o del pluralismo de motivos, véase SOBER, “El egoísmo psicológico”, *Isegoría*, 1998, pp. 47 y ss., *passim*. Desde esta teoría se explica que las personas no siempre obramos, como comúnmente se piensa, según nuestros exclusivos intereses, es decir, como auténticos sujetos egoístas cuyas decisiones están siempre dirigidas de modo autocentrado: incluso en los casos en que nos sacrificamos por otros, estamos pensando en nosotros mismos dice la teoría del egoísmo psicológico. Por el contrario, la teoría de la motivación plural o del pluralismo de motivos cree posible que nuestras decisiones sean también auténticamente altruistas.

⁶⁴² Cfr. SIMON, “La racionalidad limitada”, en *Racionalidad*, 2003, p. 97.

son esencialmente acotadas⁶⁴³. Por ejemplo, la capacidad de la mente humana para almacenar información, para identificarla o reconocerla, y para evocarla es realmente limitada. De hecho, cuando almacenamos información en la memoria no lo hacemos de modo indiscriminado, sino selectivo. No sólo nuestra percepción y razonamiento, sino también nuestra memoria escoge según nuestros intereses y preferencias qué habremos de archivar mentalmente y qué habremos de descartar ya de modo preliminar. En tal sentido, el conocimiento es, como mínimo, *interesado* porque es adquirido sobre la base de nuestros intereses⁶⁴⁴ y, como máximo, *debido* porque es adquirido sobre la base de nuestros deberes⁶⁴⁵. Asimismo, en el momento de recuperar alguna información almacenada este proceso no suele ser siempre del todo fiable, teniendo en cuenta que el almacenamiento de la información es un compartimento estático, de forma que al pretender recuperar datos almacenados, nuestra memoria suele comportarse una vez más de modo selectivo, pero ya no teniendo en cuenta los intereses que nos llevaron a almacenar la información, sino los nuevos intereses que nos llevan a recuperarla, que no siempre coinciden con los primeros⁶⁴⁶.

6. Todas estas consideraciones son fundamentales en la teoría del conocimiento necesario para el dolo y también para la teoría del error, porque una vez que identificamos los fenómenos psicológicos que caracterizan a las personas, podemos proponer una teoría normativa real, coherente con lo que somos y no con lo que se dice idealmente que somos. Así, una teoría normativa irreal no es coherente porque aborda la imputación desde un modelo de persona que no existe: el hombre racional. En todo caso, la cuestión se complica para la dogmática penal cuando en psicología algunos autores afirman que las personas empleamos los heurísticos y obramos según los sesgos de forma automática y no consciente, de modo que sería prácticamente imposible, que ante un error determinado, una persona pueda reconstruir el proceso mental que le ha llevado a cometer un error, es decir, a tomar una decisión equivocada⁶⁴⁷. En cualquier caso, lo que sí sería posible es conocer el

⁶⁴³ Cfr. SIMON, *Models of bounded rationality*, 1997, pp. 291 y ss.

⁶⁴⁴ De ello nos habla la obra referenciada en la materia, HABERMAS, *Conocimiento e interés*, 1980, aunque este autor focaliza en alguna clase de interés la raíz de nuestro conocimiento.

⁶⁴⁵ Gran parte del funcionamiento de la memoria tiene que ver con el interés y éste no necesariamente es algo que está presente por nuestras preferencias, sino que tiene que estar presente por nuestros deberes.

⁶⁴⁶ Esto puede comportar que nuestros recuerdos se presenten de modo difuso y tergiversado según la versión original, con ciertas lagunas de información que tienden a completarse con nueva información no siempre concordante con la acumulada.

⁶⁴⁷ Cfr. PÉREZ ECHEVERRÍA, *Psicología del razonamiento*, 1988, p. 54.

momento en que el error se produce, porque las personas pueden detectar en qué fase del proceso se ha cometido un error y, de este modo, sería posible la autocorrección. Para ello, la doctrina clásica de la *actio libera in causa* nos permitirá explicar el modo en que el sujeto ha de salir de su error o corregir su sesgo; cuestiones sobre las que me ocupó en otras partes del trabajo.

II.I.3. CONOCIMIENTO TÍPICO

1. Una vez vistos los conceptos jurídicos de conocimiento, representación, consciencia y creencia, corresponde ahora analizar el concepto de conocimiento típico. ¿Qué ha de conocer el sujeto para sostenerse *ex post* que realizó un hecho doloso?, es decir, ¿qué ha de ser el objeto del conocimiento como para que éste sea típico? El objeto del conocimiento tendrán que ser los elementos esenciales del tipo objetivo. Al añadirle lo típico al conocimiento, imprimimos en un concepto no jurídico la nota de juridicidad, resultando un concepto impregnado de lo valorativamente necesario para la tipicidad. En otras palabras, en el conocimiento como *genus* el objeto abarca todo lo que puede conocerse (es indeterminado y determinable), mientras que en el conocimiento típico como *specie* el objeto se conforma desde algo determinado (“lo” típico)⁶⁴⁸.

2. Cuando nos referíamos al conocimiento decíamos que existía una relación de correspondencia entre la realidad objetiva (lo que es) y la aprehensión mental de la misma por parte del sujeto. Por el contrario, cuando no existía tal correspondencia hablábamos de creencia errónea e, incluso, de desconocimiento. Lo que nos preguntaremos en este epígrafe será si cualquier representación que el autor se haga de la realidad es suficiente para incriminar su comportamiento a título de dolo. La respuesta a esta cuestión valdrá tanto para definir los límites del dolo y la imprudencia típicos, como los supuestos de tentativa idónea aparente⁶⁴⁹. Para ello, habremos de tener en cuenta, entre otras cosas, qué grado de congruencia concurre entre la realización objetiva del tipo y la representación del sujeto para que pueda hablarse fundadamente de un hecho doloso consumado o de un hecho

⁶⁴⁸ Así, MAYER (Max-Ernst), *Dp, Pg*, 2007, pp. 318 y ss., distingue entre el dolo como un concepto técnico-jurídico (concepto abstracto), y las intenciones del lenguaje común.

⁶⁴⁹ = a la tentativa relativamente inidónea de la doctrina.

imprudente⁶⁵⁰. De este modo, queda establecida la frontera entre el dolo y la imprudencia desde el aspecto cognitivo como conocimiento y error⁶⁵¹.

3. Existen diferentes grados de correspondencia o congruencia entre la realidad objetiva y la aprehensión subjetiva de la misma. Al menos dos niveles de concordancia se refieren al conocimiento: una concordancia total (conocimiento certero)⁶⁵² y una concordancia parcial (conocimiento en grado de duda). Mientras que el nivel de discordancia se refiere a la suposición errónea, el nivel de ausencia de concordancia, al desconocimiento. Pero, una cosa es la relación de congruencia entre lo que el sujeto se representa y lo que verdaderamente es o existe (dimensión empírica) y otra cosa es la relación de congruencia en relación con la valoración del hecho (dimensión valorativa). Para la congruencia típica ha de concurrir tanto la aprehensión cognitiva del autor sobre la dimensión factual del comportamiento como la dimensión de “significado social” de su comportamiento. La primera clase de congruencia es meramente empírica, la segunda de sentido social, que es con la cual se completa el conocimiento típico, que será la base del juicio de imputación⁶⁵³. Según lo visto en el capítulo sobre las teorías de la verdad como correspondencia y coherencia, en donde la primera nos servía para la realidad empírica y la segunda para la realidad valorativa, a efectos de determinar cuándo contamos con un conocimiento típico y cuándo con un error, habremos de asumir una concepción normativa de la realidad. Esto significa que ya se trate de la realidad ontológica o de la realidad valorativa, lo que haya de

⁶⁵⁰ Similar consejo ofrece SILVA SÁNCHEZ, “*Aberratio ictus* e imputación objetiva”, *ADPCP*, 1984, p. 354.

⁶⁵¹ Así, también SILVA SÁNCHEZ, “Observaciones sobre el conocimiento eventual de la antijuridicidad”, *ADPCP*, 1987, p. 651, nota al pie 17. Para este autor en el dolo eventual existe verdadero conocimiento, mientras que en la culpa consciente falta un exacto conocimiento de la situación típica (objetiva), al concurrir un elemento de confianza que le conduce al error (pp. 652, 654). Igualmente SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2010 (2ª ed.), p. 649, quien señala que lo específico del dolo frente a la imprudencia es, 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. Similar FEIJOO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, 2002, pp. 25-26. En Alemania SCHMIDHÄUSER, “Der Begriff des bedingten Vorsatzes”, *GA*, 1958, pp. 161 y ss., 180, en la interpretación del § 16 *StGB*. En contra JAKOBS, *Dp, Pg*, 1997 (2ª ed.), pp. 313 y ss., para quien la desafortunada frontera entre dolo e imprudencia desde el par psíquico conocimiento-desconocimiento, deja de lado los casos de desconocimiento que valorativamente merecen la pena del dolo.

⁶⁵² Teniendo en cuenta la regulación del error de tipo del CPes. (art. 14), define el dolo como “*la realización de un hecho constitutivo de infracción penal con correcto conocimiento de las circunstancias que integran el tipo de dicha infracción*”, RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, 1999, p. 28.

⁶⁵³ Se vincula la presencia de dolo a un cierto sentido social típico de la acción. Sobre el sentido social típico de la acción, además SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal*, 1997, p. 126. También JAKOBS, *Dp, Pg*, 1997 (2ª ed.), p. 880, indica que elementos del dolo son, el conocimiento de los hechos y el conocimiento de su significado.

entenderse por real será aquello que haya alcanzado un grado plausible de consenso social⁶⁵⁴. Pero, evidentemente, una concepción normativa respetable no puede eludir lo que la evidencia científica le provea acerca de lo real, porque sólo así socialmente se podrá consensuar de modo racional. Esto es, que aun cuando el conocimiento científico en ciertas ocasiones describa realidades provisorias, algunas de ellas refutables con el adelanto de la ciencia, no por ello, la sociedad ha de construir sus conceptos al margen. Para concluir, en una concepción racional del mundo (no mística) el consenso social alcanzado sobre algo no podrá ir en contra de lo que el conocimiento científico tenga entendido sobre lo fáctico hasta ese momento, aunque pueda entender otra cosa en materia de valores⁶⁵⁵. Así, por ejemplo, no sería válido, ni siquiera con un acuerdo social unánime, determinar que las armas de fuego son inocuas para producir la muerte de personas, pero sí podría consensuarse acerca del grado de valor que tiene el empleo de armas de fuego contra las personas⁶⁵⁶. Por ello, la realidad ontológica será un límite infranqueable a las construcciones sociales de la realidad, en mayor medida que los valores⁶⁵⁷.

II.1.3.a. Planos empírico y normativo del conocimiento típico

1. Tradicionalmente, la definición del dolo estuvo -y está- sujeta a una especie de lógica binaria entre los planteamientos psicologicistas y normativistas. La primera característica de este tipo de lógica es que apela a una reducción de sus planteamientos hacia los extremos. El primero de estos extremos comulga con las reglas del método científico, mientras que el

⁶⁵⁴ Véase también SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal*, 1997, p. 129, nota al pie 329.

⁶⁵⁵ Por ejemplo, resulta al menos curiosa, la defensa de dos acusados de nacionalidad israelita en un proceso penal en su contra por un delito de narcotráfico. Estos invocaron su carácter de miembros de un grupo religioso a fin de dar a entender que desconocían que el hachís que transportaban se trataba de una droga. La SAP Madrid 05/05/2015 (Esteban Meilán) denegó este argumento, señalando que tal defensa resulta inadmisibile, “al tratarse de [una] sustancia de conocimiento notorio [que] constituye droga ilícita, infiriendo racionalmente de las circunstancias en las que fueron detenidos que actuaban con conocimiento de la ilicitud de su conducta. Además todo el mundo sabe que el tráfico de drogas es delictivo, siendo revelador el modo de esconder la misma lo que permite deducir la ilicitud del transporte”.

⁶⁵⁶ Existen comportamientos que cuentan un significado social casi universal, y en todos los tiempos; podríamos decir que son aquellos que la doctrina clásica identificó con los crímenes *mala in se*: disparar a una persona significa un homicidio, apropiarse de una cosa ajena significa un hurto, prestar falso testimonio significa un perjurio, entre otros ejemplos. Pero, también existe otro grupo de conductas cuyo significado social no es tan universal, e incluso más sectorial, incluyendo aquí tanto los delitos *mala quia prohibita*, como los hechos adecuados socialmente según la cultura del sujeto (mutilación genital femenina).

⁶⁵⁷ Cfr. BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1994, p. 114. Este autor señala que no podría definirse “normativamente como peligroso aquello que no lo es conforme a las leyes científicas y experimentales conocidas”.

segundo lo hace con la hermenéutica⁶⁵⁸. Desde la mirada del Derecho penal, el comportamiento humano es un fenómeno que desborda lo empírico y la mera explicación, y trasciende al ámbito de la interpretación y valoración, de modo tal que es posible -y necesario- asignarle un sentido o significado⁶⁵⁹. A este argumento se lo llama “normativo” en oposición al “ontológico”. Pero, aún es posible establecer grados de normatividad⁶⁶⁰. Por ejemplo, el que aquí se asume, combina la explicación con la interpretación, porque *interpretar es explicar*⁶⁶¹. Todos los procesos susceptibles de recibir la atribución de un sentido tienen la cualidad de ser normativizados o, lo que es lo mismo, son normativizables. Sin embargo, esta susceptibilidad de atribución de sentido no depende de otra cosa que del punto de vista que asuma el observador del proceso (un psicólogo, un jurista, un neurocientífico, un filósofo). Evidentemente, la perspectiva que aquí interesa es la del penalista⁶⁶². Pero, aun todavía hay penalistas y penalistas, algunos más normativistas que otros, e incluso algunos empiristas. La óptica del penalista que aquí interesa destacar es la de la postura matizada, la que se vale de los dos aspectos de la ontologización y de la normatividad.

2. Si el comportamiento humano es un proceso interpretable habrá que establecer, por un lado, límites a la interpretación para evitar llegar al extremo de considerar como conducta típica también a las actividades neuronales que se reflejan en el escáner del laboratorio y considerar a partir de ahora *cogitationis poenam patitur* y, por otro lado, habrá que establecer una razón para la interpretación. Como límite a la interpretación, y no como fundamento, se encuentra la realidad de la cosa (sea ésta física o no), considerándose realidad de la cosa simplemente la esencia o características esenciales de la misma. Así, para volver al ejemplo, la realidad de la cosa “conducta humana” podría ser su

⁶⁵⁸ ELSTER, *La explicación del comportamiento social*, 2010, p. 68, enseña que la tradición alemana trazó un contraste entre las *Geisteswissenschaften* (ciencias del espíritu) y las *Naturwissenschaften* (ciencias naturales), cuyos métodos respectivos son: la interpretación o comprensión (*Verstehen*), y la explicación (*Erklären*). La misma observación sobre el método, exhaustivamente aplicado en la evolución de la dogmática penal, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2010 (2ª ed.), pp. 79 y ss.

⁶⁵⁹ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2003 (2ª ed.), p. 156 [también en “Sobre los movimientos ‘impulsivos’ y el concepto jurídico-penal de acción”, *ADPCP*, 1991, pp. 4-5; “La función negativa del concepto de acción”, *ADPCP*, 1986, pp. 921-922].

⁶⁶⁰ Y parece que no grados de ontologización.

⁶⁶¹ Cfr. ELSTER, *La explicación del comportamiento social*, 2010, p. 68. Para este autor, la interpretación no es otra cosa que un caso especial del método hipotético deductivo.

⁶⁶² Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2003 (2ª ed.), p. 156.

exterioridad⁶⁶³, en cuanto aquello que podemos percibir por los sentidos e interpretar, y la realidad de la cosa “conocimiento humano” sería su interioridad. De este modo, aunque precisemos de la exteriorización del conocimiento plasmado en un hecho como para poder imputarlo no, por ello, habremos de lesionar su esencialidad⁶⁶⁴. En este sentido, normativizar el conocimiento sólo puede comportar un proceso de racionalidad valorativa y no, en cambio, un proceso de irracionalidad. Entender que el conocimiento típico que se atribuye a un sujeto (dolo) es simplemente una relación de sentido de desvalor entre la conducta y la infracción al deber, observable por un tercero, significaría que nos hemos olvidado del sustrato más importante del conocimiento: su subjetividad radicada en su psiquis. En segundo lugar, como razón para la interpretación se da la esencia de la antijuridicidad penal y la pretensión motivadora de las normas jurídico-penales. Desde este punto de vista, sólo se podrá denominar conocimiento típico a aquel proceso subjetivo que contenga los elementos mínimos como para poder advertir desde él la toma de postura que el sujeto asume frente a la norma de conducta, es decir, que se lo pueda interpretar desde una perspectiva normológica⁶⁶⁵.

3. Un concepto de dolo que tiene en cuenta la naturaleza psicológica del sujeto valorada a la luz de los fines del Derecho penal, me conduce a matizar la definición de dolo como un juicio de valor construido sobre la base de tales fines⁶⁶⁶. Las versiones más normativas del

⁶⁶³ “(...) el pensamiento se tiene que haber manifestado externamente en una conducta socialmente perturbadora”. Cfr. JAKOBS, “La imputación objetiva”, en *Estudios de Dp*, 1997, p. 209. También MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, 2001, p. 710.

⁶⁶⁴ Un ferviente defensor de los elementos psicológicos del dolo sin olvidarse de la dimensión normativa es SCHÜNEMANN, “De un concepto filológico a un concepto tipológico de dolo”, en *Temas actuales*, 2002, pp. 100, 107, *passim*, para quien extirpar lo psicológico del dolo es desconocer la realidad de las cosas. En menor medida, pero crítico con las definiciones habituales del dolo como conocimiento y voluntad, por referirse a estados psicológicos, ROXIN, “Zur Normativierung des *dolus eventualis*”, en *FS für Rudolphi*, 2004, p. 243. Se refiere a esta definición mayoritariamente sostenida en ROXIN, *StrafR, AT*, 2006 (4ª ed.), § 10, nms. 62 y ss., pp. 310 y ss. [1997, pp. 308 y ss.]. En el plano del concepto de acción también da valor tanto al aspecto empírico, como al normativo, SILVA SÁNCHEZ, “La función negativa del concepto de acción”, *ADPCP*, 1986, p. 920 [también en “Sobre los movimientos ‘impulsivos’ y el concepto jurídico-penal de acción”, *ADPCP*, 1991, pp. 13-14].

⁶⁶⁵ Emplea este argumento para la “conducta”, SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2003 (2ª ed.), pp. 156-157.

⁶⁶⁶ También requieren una base o sustrato psíquico en el dolo, más allá de su posterior normativización, PUPPE, “§ 15”, en *NK*, 2013 (4ª ed.), nm. 52; JOSHI JUBERT, “Normas de conducta y juicios de imputación”, en *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, 2008, p. 1092, nota al pie 39; SCHÜNEMANN, “De un concepto filológico a un concepto tipológico de dolo”, en *Temas actuales*, 2002, pp. 107 y ss.; HERZBERG, “Das Wollen beim Vorsatzdelikt”, *JZ*, 1988, pp. 636 y ss.; PRITTWITZ, “Die Ansteckungsgefahr bei AIDS”, *JA*, 1988, p. 497; FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983, pp. 3, 31 y ss., 90, *passim*. En sentido contrario PÉREZ

concepto de dolo niegan que éste deba derivarse de datos empíricos *a priori* relevantes y, en su lugar, afirman que éste se deriva de los fines del Derecho penal y de la *ratio legis* del mayor castigo del delito doloso⁶⁶⁷. Para esta versión es a partir de este concepto que habrá de determinarse *a posteriori*, qué datos empíricos resultarán relevantes en cada supuesto de hecho para la formulación de un reproche doloso o de un reproche imprudente⁶⁶⁸. Por el contrario, en este trabajo defenderé que la razón del mayor castigo del delito doloso es el sustrato psicológico que le sirve de objeto: el conocimiento típico. El dolo se castiga más no porque el legislador haya decidido hacerlo así con fines preventivos, sino porque su objeto, el conocimiento típico, revela una mayor capacidad de evitación de la realización del tipo penal por parte del autor⁶⁶⁹, como lo trabajo en el *Capítulo Cuarto*⁶⁷⁰. Y esto se desvalora más intensamente que la menor capacidad de evitación del autor imprudente. En otras palabras, el dolo como criterio de imputación es un concepto jurídico⁶⁷¹, pero el conocimiento típico como presupuesto de la imputación es un fenómeno psicológico, que encierra una proposición acerca de lo típico⁶⁷². El conocimiento típico como el sustrato

BARBERÁ, “Dolo como reproche”, *RPD*, 2012, pp. 173, *passim*. Aunque PÉREZ BARBERÁ niega la base psicológica del dolo, no niega determinados hechos psíquicos como indicadores de su concurrencia. Cfr. PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, 2011, pp. 50, 817. También CÓRDOBA, “Dolo y evitabilidad individual”, *RDP*, 2012, pp. 214 y ss., *passim*. Considera que la normativización del dolo supone una total desvinculación de los datos fácticos, ORTÍZ DE URBINA GIMENO, “¿Dolo como reproche?”, *RPD*, 2013, pp. 361 y ss., pero aclarando que la “elaboración conceptual no es la ausencia de referencia alguna a datos fácticos, sino la idea de que tal referencia no es obligatoria” (pp. 365, 372).

⁶⁶⁷ FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983, pp. 34, 38 y ss., 113 y ss., considera que la razón de ser del mayor castigo del dolo hay que descubrirla desde un método teleológico, esto es, asumiendo como punto de partida los principios informantes de la aplicación de la pena estatal. Así, tanto el concepto de dolo, como sus límites con la imprudencia, deberán configurarse funcionalmente de acuerdo con estos principios.

⁶⁶⁸ Cfr. PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, 2011, pp. 50, 605, *passim*; HASSEMER, “Kennzeichen des Vorsatzes”, en *GS für Armin Kaufmann*, 1989, pp. 294-295 [= “Los elementos característicos del dolo”, *ADPCP*, 1990, p. 915].

⁶⁶⁹ Así, también FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983, pp. 51 y ss., 246 y ss., *passim*.

⁶⁷⁰ Véase epígrafe *II.IV.3.a. Fundamento del modelo de imputación moderado: exigibilidad como criterio regulativo*.

⁶⁷¹ El dolo es un concepto técnico-jurídico; no hay ningún hecho en el mundo real que pueda ser identificado como dolo. Cfr. PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, 2011, pp. 598, 639, *passim*.

⁶⁷² El sector de la doctrina normativista que sigue conceptualizando el dolo como un hecho empírico (conocimiento, voluntad), emplea las voces dolo y conocimiento (o voluntad) como sinónimas. Para estos autores el sustrato del dolo tiene base empírica, que se caracteriza por ser un fenómeno interno o disposicional del sujeto (conocimiento y voluntad), con trascendencia normativa, como decisión contra el bien jurídico. Así, por ejemplo, HASSEMER, “Kennzeichen des Vorsatzes”, en *GS für Armin Kaufmann*, 1989 [= “Los elementos característicos del dolo”, *ADPCP*, 1990, pp. 916, 917 y ss.]. Por otras razones, más bien de la connotación tradicional de la voz dolo (ardid, engaño), prefiere hablar de conocimiento antes que de dolo, SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación y teoría del delito*, 2008, p. 523 [le sigue MIRÓ LLINARES, *Conocimiento e imputación*, 2009, p. 200]. Por el contrario, en este trabajo se distingue el dolo como concepto normativo, del conocimiento como

psíquico-normativo del dolo se encuentra relacionado con el mandato de la norma de conducta, mientras que el dolo se encuentra ligado a la lógica de las reglas de imputación y la norma de sanción. Un corolario de ello es que la norma de conducta no es un mero baremo deóntico de medición o subsunción que opera retrospectivamente, como lo entienden algunas versiones de las doctrinas de la imputación, sino que es el presupuesto deóntico que determina las conductas de las personas de cara a la realización de los fines del Derecho penal, mientras que las reglas de imputación adscriben responsabilidad a las personas, en especial, de cara a la realización de los fines de la pena. En la mayor parte de los planteamientos normativos del dolo, en la imputación subjetiva se confunde el método con el objeto, o mejor dicho se los fusiona. En el concepto jurídico-penal del dolo una cosa es el conocimiento como elemento mental, cuyo objeto es el tipo penal, y otra cosa es la imputación del conocimiento⁶⁷³. El método es el teleológico⁶⁷⁴. El jurista no puede eludir ni la referencia a la realidad del sujeto que juzga, a la vez que tampoco puede modificar ni alterar dicha realidad, esto es, puede sólo completar desde un análisis valorativo el aspecto de aquella realidad que considera necesaria para la atribución. En suma, el conocimiento tiene de empírico su naturaleza psicológica, como acto mental, y tiene de normativo su contenido, esto es, la proposición de lo típico. Con ello, no resulta incompatible la consideración de los dos planos del conocimiento: el psicológico y el normativo⁶⁷⁵. Ciertamente, el aspecto que sirve de base a la imputación del dolo es el normativo, como lo explico en el *Capítulo Cuarto*.

4. Para responder acertadamente lo que se entiende por el plano normativo del concepto de conocimiento típico he de dedicar algunas líneas a la definición de lo *normativo*. En

fenómeno psicológico. De modo similar PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, 2011, pp. 591, *passim*, quien considera un error teórico identificar dolo (concepto normativo) con conocimiento (concepto empírico).

⁶⁷³ FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983, pp. 115 y ss., también advierte que lo que lo decisivo en el dolo no es el conocimiento en sí, sino el objeto del conocimiento (que para él es la conducta típica).

⁶⁷⁴ MARTÍNEZ ESCAMILLA realiza similar apreciación en sede de la imputación objetiva, quien sostiene que se observa el peligro de confundir método o forma de proceder (método normativo-teleológico) con objeto de la imputación objetiva. Cfr. MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, 1992, pp. 48 y ss. También JOSHI JUBERT, “Normas de conducta y juicios de imputación”, en *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, 2008, p. 1080, destaca que, la imputación objetiva, como método de atribución de los elementos del delito, se compone de los siguientes elementos: los criterios de atribución (baremo), el objeto de la atribución y el sujeto de la imputación. Igual planteamiento parece hacer FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983, pp. 43 y ss., 47, 50 y ss., 115 y ss., en la teoría del dolo.

⁶⁷⁵ Así también lo entiende desde su concepto tipológico de dolo, que engloba elementos objetivos y subjetivos en una síntesis normativista-lógico-objetivo, SCHÜNEMANN, “De un concepto filológico a un concepto tipológico de dolo”, en *Temas actuales*, 2002, pp. 100, 104 y ss.

Derecho penal lo normativo se ha empleado arbitrariamente en diversos sentidos, que pueden resultar sinónimos en algunos casos, pero conducen a la ambigüedad en otros. Así, normativizar puede hacer referencia a los siguientes aspectos. En primer lugar, al método de abordaje de la realidad social que se pretende regular, esto es, un método interpretativo y no explicativo. También en segundo lugar, puede quedar relacionado con sujetar algo a criterios o estándares. Cuando se estandariza se generaliza desde lo social y por sobre lo individual. Una normativización extrema en la imputación subjetiva conduce a una imputación intersubjetiva, como la que se realiza desde el baremo del hombre medio y no desde el autor concreto⁶⁷⁶. En tercer lugar, normativizar suele asimismo identificarse con formalizar, normar o reglar⁶⁷⁷, como los deberes de diligencia en algunos sectores altamente regulados o las posiciones de garantía⁶⁷⁸. Para concluir, en cuarto lugar, es común la normativización cuando se procede a valorar teniendo en cuenta, por ejemplo, los fines del Derecho penal o los fines de la pena⁶⁷⁹. Esto es lo que realizan algunas versiones del dolo que lo definen desde la *ratio* del mayor castigo del tipo doloso respecto del imprudente. Con ello, la orientación teleológica de muchos planteamientos dogmáticos conduce inevitablemente hacia la normativización de los conceptos y elementos del delito⁶⁸⁰. Cuando añadimos un contenido normativo al conocimiento (lo que hace referencia a su objeto), estamos comenzando su normativización. Cuando se sostiene que el conocimiento

⁶⁷⁶ Iguales apreciaciones realiza BURKHARDT, “Conducta típica”, en *El sistema integral del Dp*, 2004, p. 160, cuando se refiere a la multivocidad de la expresión objetivo [que equivale a normativo], porque ésta puede significar desde lo externo (opuesto a lo psicológico), a lo general (opuesto a lo individual, al sujeto), pasando por la vigencia o vinculación general.

⁶⁷⁷ El DRAE define normativizar como “dar validez normativa”, esto es normar, reglar.

⁶⁷⁸ Justamente, en unos de los ámbitos en que más intensamente se ha normativizado el dolo, el Derecho penal de la empresa, SILVA SÁNCHEZ se pregunta si, acaso normativizar el concepto de dolo hasta el extremo (por ejemplo, como infracción a una incumbencia de conocer) no sería desnaturalizar su esencia. Cfr. SILVA SÁNCHEZ, “Teoría del delito y Derecho penal económico-empresarial”, en *Teoría del delito y práctica penal económica*, 2013, p. 41. Esto significa, a mi entender, preguntarse por el grado de normativización que permite el concepto de conocimiento sin que sucumba su esencia. Ciertamente, como lo sugiere este autor, definir el dolo desde la infracción de una *Obliegenheit* comportaría de modo indefectible una desnaturalización de su esencia, es decir, como acto mental; e, incluso, seguiría siendo una definición incompleta, pues aún quedaría por definir qué se entiende por “conocer”.

⁶⁷⁹ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2010 (2ª ed.), p. 110, “la normativización de los conceptos es efectivamente precisa pues sólo ella proporciona la flexibilidad necesaria para posibilitar variaciones de contenido en los conceptos en función de cambios valorativos o del equilibrio de fines”. Señala la tendencia en la dogmática hacia la normativización de distintos elementos de la teoría del delito, en un proceso en el que los elementos de la construcción dogmática se configuran desde la *función* que deben cumplir, CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*, 1998, p. 53.

⁶⁸⁰ De otra idea JAKOBS, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, 2003, pp. 15 y ss., para quien lo normativo no es reflejo de las valoraciones, sino de la comunicación de sentido, y esto es, a su vez, es una red de expectativas normativas que operan entre receptáculos comunicacionales, que son las personas.

típico tiene por objeto los elementos del tipo penal, a la vez que el deber de evitar realizar lo disvalioso, estamos normativizando un fenómeno psicológico, ya que el concepto de conocimiento como estado psíquico pasa a normativizarse a partir del momento en que le asignamos qué debe conocer el sujeto para dar pie a un eventual juicio de imputación. Lo que el sujeto debe conocer son los elementos del tipo penal que son las plasmaciones directas de la norma primaria de conducta. Si el conocimiento fuera simplemente imputación y no fuera necesario recurrir a su esencia empírica como acto mental, sino simplemente al valor de sentido que se le asigna a los hechos dolosos, estaríamos olvidando qué es lo que tenemos en cuenta para asignar sentido doloso a un hecho. Y vuelta a empezar.

5. Un planteamiento que asume el conocimiento desde lo empírico hacia lo valorativo no debe tacharse de falaz, en el sentido de la crítica tan conocida de la “falacia naturalista”⁶⁸¹. Con ello, es posible abordar el concepto de conocimiento tanto desde un enfoque normativo basado en lo empírico, como desde un enfoque normativo sin empirismo⁶⁸². En cualquier caso, la propuesta que aquí se defiende intenta no caer en el extremo de “despsicologizar” el lado subjetivo del hecho, entendiendo estrictamente los hechos psíquicos como meros indicadores de una falta de fidelidad al Derecho, es decir, como señales del alejamiento del sujeto de la norma jurídica⁶⁸³. Por el contrario, lo que pretendo es encontrar la justa medida entre un concepto fundado en su dimensión psicológica y su proyección normativa. Al despsicologizar necesariamente se desindividualiza, y al desindividualizar se desubjetiviza. Existe un límite mínimo del *ser* que proporciona el límite a partir del cual se ha de construir el concepto jurídico⁶⁸⁴ y, por ello, antes que hablar de una vinculación absoluta a las estructuras lógico-objetivas, hay que referirse a una cierta conformidad con la realidad o

⁶⁸¹ Véase sobre esto PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, 2011, p. 72. Para este autor no es correcto hablar de normativización de conceptos empíricos como “conocimiento”, ni a la inversa (yo diría algo así como empirización de conceptos normativos como “dolo”) [también en “Dolo como reproche”, *RPD*, 2012, p. 175].

⁶⁸² SCHÜNEMANN que pertenece al normativismo con empirismo, llama al sistema de JAKOBS “normativismo libre de empirismo” (*empiriefreien Normativismus*). Cfr. SCHÜNEMANN, “Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft”, en *FS für Roxin*, 2001, pp. 13 y ss. [también en “El propio sistema de la teoría del delito”, *InDret Penal*, 2008, p. 12].

⁶⁸³ Cfr. JAKOBS, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, 2003, pp. 95, *passim*, para quien los datos psíquicos son hechos que no tienen *per se* significación jurídico-penal, sino sólo una significación psíquico-natural.

⁶⁸⁴ Al decir de SILVA SÁNCHEZ, “En efecto, ‘la naturaleza de las cosas’ no impone una solución concreta en el ámbito jurídico, sino que tan sólo se limita a fijar un marco (el proporcionado básicamente por el núcleo de los conceptos previamente conformados) que encuadra los términos de la creación de los conceptos jurídicos”. Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2010, (2ª ed.), p. 105.

“naturaleza de las cosas”⁶⁸⁵; la realidad es potencialmente normativizable en un sentido: en el sentido que le queramos dar. Las premisas de valor no se derivarán de la estructura del ser, pero todas ellas tendrán por objeto los datos de la realidad, y aunque éstos enmarquen a los valores, no obstante no los condicionan de modo absoluto⁶⁸⁶.

6. En conclusión, en párrafos anteriores se definió el conocimiento como un acto mental que encierra una respuesta proposicional en alguna de sus posibles modalidades (la convicción o la suposición), y la respuesta proposicional se entendió que se daba sobre el contenido de la realidad física y/o valorativa que aprehende cognitivamente de modo congruente el sujeto. Por consiguiente, el conocimiento típico será el acto mental que encierre una respuesta proposicional acerca de lo típico: la dañosidad social de la conducta junto a su deber de evitar la realización de la conducta disvaliosa.

II.1.3.b. Objeto del conocimiento típico

1. Antes de comenzar con el contenido del epígrafe, permítaseme una vez más la siguiente distinción. Entiendo que el objeto del dolo y del conocimiento típico son cuestiones a diferenciar. Bajo la expresión objeto⁶⁸⁷ del dolo se hace referencia al conocimiento típico⁶⁸⁸, que a su vez tiene como objeto la dañosidad social del comportamiento y el deber de evitar la realización del mismo⁶⁸⁹. El dolo es una figura o elemento normativo que se emplea en el momento de imputar un hecho a título de delito doloso, mientras que el conocimiento es el elemento mental-proposicional que se valora de cara a la imputación, y

⁶⁸⁵ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2010 (2ª ed.), p. 105, nota al pie 125. Apunta este autor que la vinculación con las estructuras del ser es más bien de índole “negativa” (es decir, una vinculación relativa), concluyendo que la configuración de los conceptos no pueden estar en abierta contradicción con la realidad (pp. 215-216).

⁶⁸⁶ Resalta la necesidad de que en la construcción jurídico-penal se den algunos límites que impidan la elaboración de conceptos contrarios a la “realidad de las cosas”, esto es, a la auténtica naturaleza del objeto de regulación, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2010 (2ª ed.), pp. 214, *passim*.

⁶⁸⁷ Y no mero sustrato psíquico del dolo.

⁶⁸⁸ Para PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, 2011, p. 395, la relación entre el concepto de dolo y el suceso que él designa hay una relación de subsunción, no de identidad. El hecho se constata y luego se subsume en el concepto.

⁶⁸⁹ Sobre el conocimiento de la dañosidad social para el dolo, De esta idea, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2010 (2ª ed.), p. 651. KAUFMANN (Arthur) “Einige Anmerkungen zu Irrtümern über den Irrtum”, en *FS für Karl Lackner*, 1987, pp. 188 y ss., distingue entre la dañosidad social (injusto del hecho) para el dolo y la antijuridicidad para la culpabilidad. OTTO, “Der Verbotsirrtum”, *Jura*, 1990, pp. 647 y s., habla de la lesividad social en el dolo y el conocimiento de la antijuridicidad (prohibición) en la culpabilidad.

que ha de estar presente en el momento en que el sujeto realiza la conducta típica, o sea, en el momento en que el sujeto se “enfrenta cara a cara” con el deber⁶⁹⁰. Lo que se imputa al sujeto es el conocimiento típico, de modo tal que el dolo es conocimiento típico imputado, porque si el dolo no tiene como objeto al conocimiento, ¿qué se imputa entonces al sujeto? El dolo tiene que definir aquello que se imputa, porque no puede imputarse algo normativo, sino algo normativizado. Es posible imputar cuando es posible constatar que en el momento de los hechos el sujeto tenía conocimiento de la situación generadora del deber (ya sea el deber jurídico-penal o la incumbencia subjetiva de conocer) en relación con los elementos del tipo penal. Esta distinción permite reconocer, por un lado, al conocimiento como presupuesto de la infracción del deber y, con ello, como presupuesto de la imputación y, por el otro, al dolo como criterio de imputación. Sobre esta cuestión me ocupó más detalladamente en el *Capítulo Cuarto*.

1.a. Toda la discusión en torno al objeto del dolo estuvo desde un principio estrechamente enlazada a su ubicación sistemática. En el modelo causalista, el objeto del dolo se resumía en la consciencia de la ilicitud de la conducta (quedando sobreentendido el conocimiento del tipo), por cuanto el dolo se concebía ubicado dentro de la categoría de la culpabilidad. Por el contrario, con la llegada del finalismo (tras los aportes de los neokantianos), el dolo pasó a formar parte del injusto, reduciéndose, en consecuencia, el objeto al conocimiento de los elementos del tipo penal. A partir de entonces, y al margen de la teoría de la doble posición del dolo y del modelo unitario del delito, la mayoría de autores ubican el dolo en el injusto y, con ello, su objeto se limita al conocimiento (y/o voluntad) de la realización de los elementos objetivos del tipo penal. Pasado el auge de la dogmática finalista, con la llegada del funcionalismo y la imputación objetiva, pasa a discutirse el objeto del dolo en el nivel del tipo de injusto. Según sea, un injusto concebido de modo más objetivo (ROXIN/JAKOBS⁶⁹¹), o un injusto más bien de corte subjetivo (KINDHÄUSER⁶⁹²), el objeto del dolo se ve algo modificado. Sin duda, un injusto objetivo hace hincapié en el juicio de tipicidad objetiva a través de una valoración intersubjetiva del comportamiento humano, relegando para el juicio de tipicidad subjetiva la imputación del dolo –también a través de criterios objetivos– al sujeto realizador del hecho. Por el contrario, un injusto subjetivo no condena la previa valoración intersubjetiva de la conducta, pero tampoco le permite desobjetivar del todo el juicio sobre el injusto, permitiendo solamente la constatación de la concurrencia de un riesgo socialmente desaprobado desde parámetros normativos,

⁶⁹⁰ En los delitos de acción, la conducta típica coincide con lo que JAKOBS, *Dp, Pg*, 1997 (2ª ed.), p. 309, denomina la acción ejecutiva, esto es, la realización de aquella acción con la que el autor deja salir de su ámbito de organización el curso causal conducente al resultado (consumación) o según su representación (tentativa).

⁶⁹¹ En este modelo, lo objetivo absorbe el dolo.

⁶⁹² En este modelo, el dolo absorbe lo objetivo, de forma que la teoría de la imputación objetiva carece de relevancia sistemática en el delito. Cfr. KINDHÄUSER, “El tipo subjetivo en la construcción del delito”, *InDret Penal*, 2008, pp. 16, 5 y ss., 11 y ss.

dejando para el juicio de imputación subjetiva la valoración individual del conocimiento del riesgo. En otras palabras, para esta postura, es el objeto del conocimiento (el riesgo) lo que debe pasar el filtro de la intersubjetividad, y no el conocimiento en sí. El conocimiento siempre es subjetivo.

2. El dolo es conocimiento del desvalor social o de dañosidad social de la conducta que hace referencia al injusto material⁶⁹³. En una teoría del delito en donde se pueda distinguir entre antijuridicidad material en sentido estricto (= injusto material) y antijuridicidad material en sentido amplio (= antijuridicidad propiamente dicha), respondiendo la primera al desvalor social de la conducta y la segunda al desvalor social de la conducta más la ausencia de un contexto de justificación, se podrá permitir esta definición de dolo. Una teoría que exige en el dolo una antijuridicidad material en sentido amplio es la que se corresponde con la teoría global del injusto (el dolo debe abarcar además del conocimiento del injusto material la no concurrencia de una situación de justificación⁶⁹⁴). En cambio, en una teoría en donde el dolo abarque el conocimiento de la dañosidad social de la conducta sólo se incluye el injusto material⁶⁹⁵ (la tipicidad sería el injusto intersubjetivo por excelencia, y no en cambio la antijuridicidad en su conjunto porque en ésta quedan comprendidas la ausencia de causas de justificación y ello requiere esencialmente un juicio intersubjetivo subjetivizado⁶⁹⁶). La antijuridicidad formal o normativa añade el conocimiento del desvalor jurídico de forma tal que el error de prohibición deja a salvo el dolo típico (del injusto material) y desplaza el conocimiento de la antijuridicidad propiamente dicha. Esta última hay que entenderla como antijuridicidad material completa (que incluye la antijuridicidad formal).

⁶⁹³ Es preferible la expresión injusto material y no antijuridicidad material para evitar malas interpretaciones del contenido del injusto.

⁶⁹⁴ Cfr. RINCK, *Der zweistufige Deliktsaufbau*, 2000.

⁶⁹⁵ El injusto material subyace a toda la antijuridicidad en sentido amplio, aun en los casos de justificación. En estos casos (por ejemplo legítima defensa) la lesividad social de la conducta no desaparece, sino que sólo se justifica su realización en el caso concreto para la persona justificada. El mensaje de lesividad social de la conducta no decae, sigue siendo intersubjetivo. En la legítima defensa sigue vigente el prohibido matar. La justificación sólo explica intersubjetivamente la lesividad social de la conducta, pero no la elimina. El mensaje intersubjetivo nunca puede basarse en la justificación porque esta es individual y muy peculiar, inaudita en cada caso. Lo perenne es la prohibición de matar. El sujeto que se defiende tiene dolo por ello porque conoce el injusto material, y sabe que ese injusto material se realiza aun cuando él esté justificado. Si el conocimiento fuera el conocimiento de la situación justificante no haría falta de preguntarnos por el desvalor social de la conducta. En otras palabras, para decir que el sujeto conocía verdaderamente el desvalor social de la conducta no hace falta exigir que él también sepa que no se encuentra en una situación de justificación. Si él sabe que obra en un contexto de justificación esto no desplaza el dolo típico, sino que sólo lo justifica.

⁶⁹⁶ El sujeto tiene que saber que lesiona un valor social y que, en su caso, no concurre una situación justificante. Esto sería una lesividad intersubjetiva justificada.

3. Es común, para los autores, que identifican dolo con conocimiento, señalar de modo indistinto que el objeto del dolo o del conocimiento es el riesgo⁶⁹⁷, los elementos del tipo objetivo⁶⁹⁸ o la conducta típica⁶⁹⁹. En cualquier caso, sea cual sea el aspecto en que se haga hincapié, los conceptos normativos de dolo se refieren, en general, al sentido de desvalor social de la conducta que realiza el sujeto, o de los elementos del tipo penal⁷⁰⁰. Si bien es posible que el sujeto desconozca, yerre o conozca en menor medida alguno de los aspectos de la nocividad social de la conducta, en relación con otros, que los conoce mejor, no por ello, ha de entenderse que el objeto del dolo se encuentra parcializado, esto es, por un lado, un elemento, por otro lado, otro elemento, y así sucesivamente⁷⁰¹. El funcionario público que prevarica, a sabiendas, seguramente conoce su cargo o función pública, así como el acto administrativo que realiza y el grado de injusticia de su resolución, de forma tal que en el momento de valorar su conocimiento se lo hará considerando los elementos del tipo objetivo de forma integral, y no cada uno por separado⁷⁰². No obstante, en determinados supuestos el conocimiento de los elementos esenciales puede dar lugar a diversos niveles de completitud del tipo en relación con algunos elementos contingentes⁷⁰³. Por ejemplo, el

⁶⁹⁷ Conocimiento del riesgo real y efectivo en WOLTER, “Imputación objetiva y personal”, en *El sistema moderno del Dp*, 2012 (2ª ed.), pp. 122-123, 125; peligro relevante en KINDHÄUSER, “El tipo subjetivo en la construcción del delito”, *InDret Penal*, 2008, p. 27; y, PUPPE, *Vorsatz und Zurechnung*, 1992, pp. 35 y ss.; conocimiento sobre el riesgo idóneo, o suficiente para producir el resultado en FELIOO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, 2002, p. 24. Desde una versión integradora de los indicadores para probar el dolo se decanta por la entidad del riesgo conocido por el autor como el criterio central desde el cual integrar el resto de indicadores (probabilidad, propósito, etc.), PRITTWITZ, “Die Ansteckungsgefahr bei AIDS”, *JA*, 1988, p. 497.

⁶⁹⁸ “El objeto del dolo viene dado por los elementos del tipo objetivo” en SILVA SÁNCHEZ, “Teoría del delito y Derecho penal económico-empresarial”, en *Teoría del delito y práctica penal económica*, 2013, p. 52; objeto del dolo típico son todas las circunstancias del tipo objetivo, señala ROXIN, *StrafR, AT*, 2006 (4ª ed.), § 12, nms. 132, p. 502 [1997, p. 477]. Igualmente, RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, 1999, p. 165; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Dp*, 1994 (4ª ed.), p. 281.

⁶⁹⁹ Objeto del dolo (conocimiento) es la conducta típica (riesgo serio), porque es la que constituye el contenido de la norma de conducta. Cfr. FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983, pp. 27 y ss., 57, 69, 82, 83 y s., 95 y ss., 101 (el resultado, y la imputación objetiva pertenecen a la norma de sanción, pp. 57 y ss., 68, 76 y ss.).

⁷⁰⁰ Para FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983, pp. 101 y ss., la dimensión de desvalor relevante para el tipo penal viene dada por el riesgo de lesión para un determinado bien jurídico, que se genera en la conducta del sujeto. En términos generales PUPPE, “Error de hecho, error de derecho”, en *El Derecho penal como ciencia*, 2014, pp. 227 y ss.240, señala que el objeto del dolo es el sentido del tipo (esto es, el supuesto de hecho previsto en el tipo penal / es el sentido intensional), y no necesariamente su expresión literal.

⁷⁰¹ El conocimiento sobre las circunstancias del tipo penal no es el mismo para todas ellas, porque el conocimiento es dinámico y se refiere a ellas con una distinta intensidad (de forma más o menos consciente). De esta idea BACIGALUPO ZAPATER, *Principios de Dp*, Pg, 1998 (5ª ed.), p. 106.

⁷⁰² Sobre el conocimiento consciente y coconsciente suficientes para la imputación dolosa, véase *infra*.

⁷⁰³ En el sistema angloamericano se emplea para los elementos del tipo (a excepción de la conducta y el resultado) la expresión *circunstancias concurrentes*, como la “edad de la víctima”, “el consentimiento”, “factores de lugar, tiempo, etc.”, “características de la acción” (fraudulenta, injustificada) que completan el tipo

conocimiento del elemento esencial del tipo, como lo es la conducta riesgosa, puede ir acompañado por el desconocimiento de alguna otra circunstancia típica no relevante para el delito base, y esto no comportará que no pueda entenderse que concurre la realización dolosa del tipo base. Si el sujeto sabe que mata pero desconoce que mata a su padre, habrá realizado un homicidio, pero no un parricidio⁷⁰⁴.

4. Objeto del conocimiento son los elementos del tipo objetivo, primordialmente el comportamiento⁷⁰⁵ típico en el cual va ínsito un riesgo de afectación a un bien jurídico-penalmente protegido, así como a sus expectativas de uso y disfrute. En otras palabras, objeto del conocimiento es el tipo objetivo⁷⁰⁶, en particular el comportamiento objetivamente típico o lo que se denomina el riesgo jurídicamente desaprobado⁷⁰⁷. Por comportamiento típico no sólo se entiende el verbo típico (matar, hurtar, defraudar, omitir el auxilio), sino integrado con el resto de elementos esenciales (matar a otro, defraudar a la hacienda pública, omitir el auxilio de otro en grave peligro)⁷⁰⁸. El tipo subjetivo sólo está constituido por el conocimiento típico (o el error típico). Por lo demás, los elementos de la dimensión objetiva del tipo penal pueden quedar referidos a realidades existentes en el momento del hecho o inexistentes, es decir, circunstancias futuras. Por regla general, las circunstancias presentes son aquellas que no se refieren a los efectos de la acción típica como el resultado. Así, por ejemplo, las características que han de reunir los objetos o sujetos típicos: ajenidad de la cosa, naturaleza pública de las aguas o dominio, calidad de funcionario público del sujeto activo, edad del sujeto pasivo, etc., son todas ellas elementos típicos preexistentes o concomitantes al hecho. Por el contrario, básicamente pertenece a la

de una forma esencial o accesoria. Sobre los conceptos de conducta, resultado y circunstancias, SINGER (R.)/LA FOND, *Criminal law*, 2007, p. 43.

⁷⁰⁴ Sobre los elementos esenciales y accidentales del tipo en relación con el dolo, MIR PUIG, *Dp, Pg*, 2011 (9ª ed.), pp. 270-271.

⁷⁰⁵ Cuando me refiero al comportamiento humano abarco el abanico de posibles manifestaciones de éste (acción, omisión) en cuanto portador de un riesgo relevante de lesión o puesta en peligro de bienes jurídico-penalmente protegidos. Sobre la aquí compartida tripartición del tipo de omisión, SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2003 (2ª ed.), pp. 477 y ss.

⁷⁰⁶ Por ejemplo, véase TORÍO LÓPEZ, “Sobre los límites de la ejecución por imprudencia”, *ADPCP*, 1972, p. 66.

⁷⁰⁷ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal*, 1997, p. 139. En la llamada tentativa inidónea (punible), el objeto del dolo reside en la peligrosidad idónea aparente *ex ante*.

⁷⁰⁸ Si el dolo tiene por objeto “la realización del tipo”, entonces, sólo el conocimiento es el elemento capaz de abarcar todos los elementos típicos de modo integrado. Así, también RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, 1999, pp. 165-166. De modo muy gráfico TRIFFTERER, *ÖStrafR, AT*, 1985, p. 159, señala que el dolo ha de ser el fiel reflejo de todos los elementos del tipo objetivo.

categoría de realidad futura el resultado de lesión o de peligro, siempre y cuando sea requerido como elemento del tipo. De este modo, la mujer encinta que provoca su aborto, en el momento de ingerir las medicinas tóxicas, todavía no sabe que ha de interrumpir la gestación porque este efecto es aún futuro. De allí que el resultado se pueda prever o pronosticar como algo más o menos seguro de sucederse, pero no conocerlo hasta que no sucede⁷⁰⁹.

5. Necesariamente, queda comprendido en el objeto del conocimiento típico el aspecto deóntico, como lo es el deber de evitar la realización de los elementos del tipo penal. Si el sujeto conoce que la conducta que realiza resultará disvaliosa para determinados intereses sociales, entonces, acompaña a su conocimiento el deber de abstenerse de realizarla o, lo que es lo mismo, deberá abstenerse de lesionar dichos intereses⁷¹⁰.

II.1.3.b.i. Dimensiones fáctica y expresiva de los hechos típicos

1. Con dimensiones fáctica y expresiva de los hechos típicos pretendo referirme a lo que desde la filosofía hildebrandiana se define como *consciencia de los hechos y de los valores*. Hemos visto que los actos cognoscitivos no sólo podían percibir objetos, sino también valores de los objetos, es decir, que como acto cognoscitivo también se presenta la aprehensión de los valores. Desde la filosofía socrática se entiende que el conocimiento es la *base indispensable* para cualquier participación real en los valores⁷¹¹. La verdad posee un valor⁷¹² y pertenece a la esfera del conocimiento y de las respuestas teóricas⁷¹³. En sede del

⁷⁰⁹ Igualmente FEIJOO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, 2002, pp. 23-24; RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, 1999, p. 162; FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983, pp. 57 y ss., 62, 65; SCHMIDHÄUSER, “Die Grenze zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Straftat”, *JuS*, 1980, p. 241. De otra idea DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, 1994, p. 294, que considera que puede conocerse el resultado que es casi seguro de producirse en un espacio de tiempo ínfimo.

⁷¹⁰ Para evitar confusiones a lo que defiendo en lo relativo al objeto de referencia del conocimiento: una cosa es el objeto normativo y otra es el objeto deóntico del conocimiento. El objeto normativo serían los elementos del tipo penal (en sus dimensiones fáctica y expresiva de desvalor) y el objeto deóntico sería el deber de evitar la realización del tipo penal. En el error sería la incumbencia de conocer y en la ceguera provocada sería la incumbencia de mantenerse capaz de imputación. Sobre estas formas subjetivas que dan lugar a diferentes clases de imputación me manifiesto en el *Capítulo Quinto*.

⁷¹¹ Cfr. VON HILDEBRAND, *Ética*, 1997, p. 229.

⁷¹² Cfr. VON HILDEBRAND, *ibidem*, p. 245.

⁷¹³ Cfr. VON HILDEBRAND, *ibidem*, p. 246. Como lo he trabajado al inicio de este capítulo, asumo el conocimiento como una respuesta teórica según la filosofía hildebrandiana. Véase epígrafe *II.1.2.b.i. ¿Conocimiento como estado mental o como acto mental?*

conocimiento típico, esta aclaración deja a la vista la distinción entre conocimiento y valoración, en donde “conocer” se define como un acto de comprensión de la realidad, mientras que “valorar” se define como un acto de adscripción de un valor a algo⁷¹⁴. Sin duda, en los casos en que el elemento del tipo exige una valoración por parte del autor (ajenidad, público) lo está haciendo en los términos de “conocer el contenido valorativo del elemento” y no le está pidiendo, en cambio, que el sujeto ofrezca un concepto jurídico profano⁷¹⁵. Pongamos por caso el del empleador que causa un perjuicio ilícito a un trabajador al despedirlo de modo injustificado. En este ejemplo nosotros, como terceros observadores, podríamos comprender la injusticia objetiva de la situación⁷¹⁶ (con independencia de nuestra toma de postura interna acerca del hecho, es decir, si nos agrada o desagrada, si lo aprobamos o lo rechazamos). La consciencia de la injusticia del hecho también posee el carácter de un acto cognoscitivo, porque al conocer el hecho somos capaces de percibir el valor que se desprende del hecho objetivo, como producto de nuestras preconcepciones socialmente compartidas. Ciertamente, la percepción valorativa de los hechos es una especial forma de percepción, diferente a la percepción del espacio o de las personas por medio de la visión o la audición, porque presupone una fuerza espiritual de mayor intensidad⁷¹⁷. En efecto, la aprehensión del valor implica una comprensión mucho más profunda que la aprehensión del ser⁷¹⁸.

2. En Derecho penal el conocimiento sobre la dimensión fáctica de los hechos hace referencia al conocimiento (a) sobre la concurrencia de los elementos del tipo penal, como por ejemplo, la presencia de una persona ante el arma apuntándola en el tipo de homicidio; el menor de edad sobre el que se abusa sexualmente en el tipo de corrupción de menores; o la cosa ajena en manos de un tercero, en el tipo de hurto, etc.; y (b) sobre la realización del comportamiento típico, como por ejemplo, el disparar mortalmente a la persona que se halla enfrente, el yacer con el menor de edad, o el apoderarse de la cosa ajena, respectivamente. Forman parte de la dimensión fáctica lo que la doctrina mayoritaria denomina

⁷¹⁴ También sobre esto PUPPE, “Error de hecho, error de derecho”, en *El Derecho penal como ciencia*, 2014, pp. 246 y ss. (con nota al pie 21).

⁷¹⁵ SCHWEGLER señala que el hombre profano no conoce el significado de las leyes y por ello no se le puede exigir que interprete o subsuma correctamente su conducta en conceptos jurídicos. Cfr. SCHWEGLER, *Der Subsumtionsirrtum*, 1995, pp. 15 y ss., 22 y ss., *passim*.

⁷¹⁶ Cfr. VON HILDEBRAND, *Ética*, 1997, p. 226.

⁷¹⁷ Cfr. VON HILDEBRAND, *ibidem*.

⁷¹⁸ Cfr. VON HILDEBRAND, *ibidem*, p. 228.

distintivamente elementos descriptivos y elementos normativos del tipo penal⁷¹⁹, que aquí, sin entrar en grandes discusiones, se entenderá que todos los elementos del tipo requieren la aprehensión cognitiva de su significado (comprensión intelectual⁷²⁰), aunque algunos puedan percibirse ya por los sentidos⁷²¹ y otros precisen, además, de una valoración⁷²². Por regla general, los llamados elementos descriptivos son susceptibles de percibirse ya por los sentidos (percepción sensorial), pero ello no es suficiente para el dolo. Hace falta además que a dicha percepción sensorial le acompañe una comprensión intelectual. Quien percibe con los ojos que delante suyo se encuentra una persona percibe al mismo tiempo su cualidad de persona, sólo en la medida en que la comprenda intelectualmente como un ser-persona, y no como un espantapájaros. Por lo demás, para los elementos normativos se suele exigir una valoración paralela a la esfera del profano, entendida como una representación conceptual similar o aproximada al sentido que posee el elemento en cuestión, ya sea en el plano valorativo, jurídico, o social⁷²³. Recapitulando, tanto los elementos descriptivos como los

⁷¹⁹ El conocimiento de los elementos del tipo se define tanto como la percepción sensorial (descriptivos) como la comprensión intelectual (normativos) de los elementos típicos. Cfr. ROXIN, *StrafR, AT*, 2006 (4ª ed.), § 12, nms. 100, pp. 485 y ss. [1997, pp. 460, 471]; WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 1969 (11ª ed.), § 13, p. 75 [1970, p. 110]; MAYER (Max-Ernst), *Dp, Pg*, 2007, pp. 228 y ss. (téngase en cuenta que MAYER, cuyo manual data de 1915, llama a los elementos normativos, “inauténticos” elementos del tipo porque por su naturaleza se corresponden con la antijuridicidad. Por ello, también los llama “auténticos” elementos de la antijuridicidad). Con otra terminología operan algunos los filósofos del lenguaje (cfr. SEARLE, *La construcción de la realidad social*, 1997, pp. 21, 44, 72, 133), quienes emplean las expresiones “hechos naturales/brutos” y “hechos institucionales”. Los hechos naturales son los que pueden ser referidos (esto es, descritos) en virtud de propiedades físicas o psíquicas; mientras que los hechos institucionales son hechos que dependen del acuerdo humano y se refieren a las cualidades de un objeto en virtud de una institución social, es decir, los hechos institucionales son esencialmente, o relaciones jurídicas (por ejemplo, la cualidad de ajeno presupone una relación jurídica de propiedad de otro, y no de propiedad mía), o valoraciones (por ejemplo, sentencia injusta, conducta reprochable). La dogmática penal ha hecho eco de esta clasificación desde diversos puntos de vista. Por ejemplo, KINDHÄUSER, “Hechos brutos”, *InDret Penal*, 2014, pp. 4 y ss.; también sobre este tema MIR PUIG, “Límites del normativismo en Derecho penal”, *RECPC*, 2005, pp. 18 y ss.

⁷²⁰ Reconoce que los elementos descriptivos no ofrecen mayores problemas para la teoría del dolo pues basta para éste con una aprehensión sensorial de aquéllos y una mayor o menor adecuación con una significación lingüística general, BUSTOS RAMÍREZ, “El tratamiento del error”, *ADPCP*, 1985, pp. 707 y ss.

⁷²¹ Así, ya SCHWEGLER, *Der Subsumtionsirrtum*, 1995, pp. 94 y ss. Con detalles de las variopintas teorías sobre los elementos descriptivos y normativos (las distintivas, las negatorias y las relativizantes), véase DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *El error*, 2008, pp. 44 y ss.

⁷²² Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Dp*, 1994 (4ª ed.), p. 398, advierte que los elementos normativos del tipo implican “momentos de valoración ya en la tipicidad”.

⁷²³ Así, MIR PUIG, *Dp, Pg*, 2011 (9ª ed.), pp. 269 y s., 241 y s. En otro sentido PUPPE se revela más crítica con la teoría de la valoración paralela en la esfera del lego en los elementos normativos. Esta autora considera que si un tipo penal hace referencia a derechos o relaciones jurídicas, basta para el dolo que el sujeto conozca esas relaciones (conozca en términos de representación correcta de que un supuesto de hecho es verdadero). Por eso, entiende que la teoría de la valoración paralela en la esfera del lego confunde porque da la impresión que cuando se refiere al dolo de los elementos normativos no parece estar hablando de conocimiento, sino de un

normativos requieren de una comprensión intelectual, una conceptualización o definición genérica sobre su campo semántico a nivel social⁷²⁴. De este modo no es necesario que el sujeto califique las circunstancias del hecho con precisión conceptual, ni con precisión jurídica, sino que es suficiente de cara a la imputación dolosa que tenga un conocimiento ordinario sobre su significación o, lo que es lo mismo, un conocimiento de las circunstancias en los términos que éstas poseen en la vida social⁷²⁵.

3. Se puede ilustrar la distinción a partir del elemento ajeno. Así, es preciso distinguir entre (a) la aprehensión cognitiva de lo que significa “ajeno” (elemento que la doctrina mayoritaria tilda de normativo) –acompañada claro está de la aprehensión cognitiva de la cosa, que la doctrina tilda de elemento descriptivo- y, (b) el sentido social negativo que tiene el apropiarse de lo ajeno en el delito de hurto. Esto último hace referencia a la dimensión expresiva del hecho típico. En principio, la doctrina mayoritaria suele entender de forma más o menos explícita, que para atribuir dolo el sujeto tiene que tener un conocimiento paralelo a la esfera del profano de las dos situaciones, tanto del elemento normativo como del sentido socialmente disvalioso del tipo⁷²⁶. De este modo, el hecho de equivocarse sobre lo *que es* ajeno (creyendo que todo lo que está dentro de un espacio común puede ser llevado consigo) da lugar a un error sobre el alcance normativo del elemento del tipo “ajeno”, porque el sujeto activo concibe lo “ajeno” con un alcance normativo más extenso del que tiene (intersubjetivamente)⁷²⁷. Podría llamarse a este error un “error de alcance por exceso”, porque el sujeto le atribuye al elemento en cuestión un

acto de valoración del autor. Cfr. PUPPE, “Error de hecho, error de derecho”, en *El Derecho penal como ciencia*, 2014, pp. 247, 246 (nota al pie 21).

⁷²⁴ En este sentido poca trascendencia para referirnos al dolo tiene la clasificación entre elementos descriptivos y normativos. Así, también KINDHÄUSER, “Acerca de la distinción entre error de hecho y error de derecho”, en *El error en Derecho penal*, 1999, pp. 143 y ss.; BACHMANN, *Vorsatz*, 1993, pp. 22 y ss.; BACIGALUPO ZAPATER, *Tipo y error*, 1988 (2ª ed.), p. 107.

⁷²⁵ Cfr. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 1969 (11ª ed.), § 13, p. 76 [1970, p. 111].

⁷²⁶ Sobre este tema MIR PUIG, *Dp, Pg*, 2011 (9ª ed.), p. 270. Señala SILVA SÁNCHEZ, en alusión al conocimiento implícito de la antijuridicidad, que, para la doctrina alemana es un fenómeno psíquico incontestable que a la conciencia de los actos acompañe una conciencia de la valoración que los mismos merecen. Véase SILVA SÁNCHEZ, “Observaciones sobre el conocimiento eventual de la antijuridicidad”, *ADPCP*, 1987, p. 657 (citando a RUDOLPHI).

⁷²⁷ Cfr. el ejemplo de BUSTOS RAMÍREZ, “El tratamiento del error”, *ADPCP*, 1985, pp. 707-709. Señala este autor que en muchos elementos descriptivos la cuestión va más allá de lo puramente sensorial. Póngase por caso: si una ley prohíbe matar en el bosque a todo animal de cuatro pies, admite la posibilidad que al aparecer unos canguros se pueda plantear la duda, no ya de índole de percepción sensorial, sino de significación de lo que es un canguro. De este modo, el sujeto que considera que sólo se llaman pies a las extremidades que se emplean para andar, podría creer que un canguro no está comprendido en la ley.

significado más amplio del que tiene, produciéndose con ello una extensión de lo permitido socialmente y una reducción del tipo de hurto de modo individual. Por el contrario, el hecho de equivocarse sobre el significado social desvalorado que tiene el apropiarse de lo ajeno se presenta como un caso distinto, porque aquí el sujeto activo yerra no porque crea que apoderarse de lo ajeno está prohibido penalmente (que sería un error de prohibición), sino, por el contrario, yerra porque no sabe que apoderarse de lo ajeno –en el contexto del caso– es una conducta socialmente desvalorada⁷²⁸. En efecto, en el dolo se exige algo más que el captar la existencia o concurrencia de los elementos del tipo, o sea, algo más que el captar su dimensión fáctica. El dolo requiere además la aprehensión del sentido social del tipo, entendida como la aprehensión de su dimensión expresiva⁷²⁹. Un dolo completo, por decirlo de algún modo, incluye tanto la comprensión de la concurrencia del objeto junto a la captación del sentido social disvalioso de la realización del tipo⁷³⁰. Matar a otro no implica solamente el conocimiento del hecho mortal, sino, de modo concluyente, implica el conocimiento del significado de dañosidad social que tal hecho comporta. El sujeto que conoce la realidad externa se representa ésta no sólo en su dimensión fáctica, sino integrada en su sentido social. Es decir, no sólo aprehende cognitivamente la cosa suspendida en el espacio, aisladamente, “como en la penumbra”, sino integrada en una red conceptual y en una realidad más amplia que la envuelve de sentido, de sentido social⁷³¹. En otras palabras: hay que distinguir entre el acto de comprensión intelectual de los elementos del tipo (de los descriptivos y normativos) y el acto de comprensión intelectual del sentido del tipo (la

⁷²⁸ ¿Qué alcance puede darse a esta clase de error? Sobre esta cuestión me remito al epígrafe correspondiente (error directo de tipo).

⁷²⁹ A mi juicio el conocimiento sobre el significado social del hecho ya abarca lo que algunos autores parecen exigir de más, esto es, lo que se conoce como la antisocialidad de la conducta (= *Sozialschädlichkeit*; *socially detrimental*). La virtualidad de la lesividad social de la conducta se manifiesta en la puesta en peligro de un bien jurídicamente protegido (en donde, a nivel del tipo, no se precisa del conocimiento sobre la protección penal, sino simplemente que se trata de un bien protegido por el Ordenamiento Jurídico). En similar línea, SILVA SÁNCHEZ equipara el conocimiento sobre el sentido de la conducta como orientada a la lesión de un bien jurídico, al conocimiento de lo injusto material del hecho (que no implica necesariamente el conocimiento de la norma prohibitiva formal, aunque sí la incorporación de algunas consideraciones de la antisocialidad de la conducta ya a nivel de injusto). Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2010 (2ª ed.), p. 651.

⁷³⁰ En las circunstancias del hecho el tipo describe una determinada conducta humana en el ámbito social (como matar a una persona). Ciertamente, el ser en el que tiene lugar la conducta no es la realidad propia de las ciencias naturales, sino la realidad de la vida social, cargada de significados y penetrada de relaciones de sentido. Cfr. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 1969 (11ª ed.), § 13, p. 75 [1970, p. 110].

⁷³¹ Como bien lo sostiene KUNERT, *Die normativen Merkmale*, 1958, p. 91, aun cuando el sujeto perciba sensorialmente el objeto, sin la ubicación de lo que percibe en las categorías conceptuales del entendimiento, no podríamos hablar de dolo ni siquiera respecto de los elementos descriptivos.

valoración social de la realización del tipo)⁷³². Por ejemplo, el autor puede comprender lo ajeno, qué es ajeno en el caso concreto, pero desconocer el desvalor social que posee la conducta de apropiarse de algo ajeno en la situación concreta. Ambos actos de comprensión son necesarios para el conocimiento típico. Es decir, todavía no se dice nada acerca del conocimiento típico cuando se reconoce que tanto los elementos descriptivos como los normativos precisan de un acto de comprensión intelectual, si a ello no le añadimos el acto de comprensión del sentido del tipo penal. En todo caso y, como lo he manifestado en párrafos anteriores, en el conocimiento típico, ya sea de la dimensión fáctica o de la dimensión expresiva, ha de darse en primer lugar el acto cognoscitivo de aprehensión y comprensión del objeto o del valor y en segundo lugar la respuesta teórica hacia los mismos.

4. Ante un valor positivo, el tipo de respuesta al valor debe también ser positivo. Por el contrario, se ofrecerá una respuesta negativa ante un desvalor o valor negativo⁷³³. Así, por ejemplo, un hecho evidente no sólo motiva como respuesta teórica la convicción del sujeto que ha aprehendido su evidencia, sino que también reclama dicha convicción, pues, la convicción es la respuesta adecuada a la exigencia de tal hecho evidente⁷³⁴. Esto presupone que entre la respuesta al valor (cualquiera sea ésta⁷³⁵) y el valor del objeto se traben una relación axiológica, es decir, una relación valorativa⁷³⁶. Se ha visto que la respuesta es exigida en relación con el valor del objeto y en donde tal exigencia aumenta a medida que aumenta el valor del objeto. Esto pertenece a la esfera de la valoración o apreciación del objeto, que abarca no sólo un conocimiento del valor del ser, sino también una adecuada respuesta teórica al valor⁷³⁷. En el acto de apreciación concurre no sólo un conocimiento adecuado del valor del ser, sino a la vez, una respuesta teórica adecuada a él⁷³⁸. Cuando nos

⁷³² Cfr. PUPPE, quien entiende que si aquello que de acuerdo al § 16 del *StGB* debe conocer el autor para actuar dolosamente es el sentido del tipo, entonces, no existe una contradicción entre elementos descriptivos y normativos, por cuanto en ambos elementos se requiere que el sujeto a través de un acto de comprensión intelectual conozca el sentido del tipo. Cfr. PUPPE, "Error de hecho, error de derecho", en *El Derecho penal como ciencia*, 2014, p. 235.

⁷³³ En estos casos VON HILDEBRAND dice que una respuesta positiva a una acción vil no solamente no debería darse, sino que incluso *no puede* darse. Esto es así, porque el carácter positivo o negativo de una respuesta depende, para este filósofo, de modo completo y necesario, del valor o desvalor aprehendido en el lado objetivo. Cfr. VON HILDEBRAND, *Ética*, 1997, pp. 232-233.

⁷³⁴ Cfr. VON HILDEBRAND, *ibidem*, p. 236.

⁷³⁵ Teórica, volitiva o afectiva.

⁷³⁶ Cfr. VON HILDEBRAND, *Ética*, 1997, p. 236.

⁷³⁷ Cfr. VON HILDEBRAND, *ibidem*, p. 246.

⁷³⁸ Cfr. VON HILDEBRAND, *ibidem*.

referimos a la apreciación adecuada de un ser, el tema no es exclusivamente la verdad y la existencia del objeto (conocimiento), sino también la naturaleza del valor del ser (no sólo en cuanto existe como valor, sino en cuanto a su importancia en sí)⁷³⁹. A pesar del hecho que los valores se descubren desde un acto cognoscitivo, la esencia más profunda de ellos es tal, que, al comprender un valor, el valor del ser, se abandona la dimensión puramente ontológica y se adentra en la axiológica⁷⁴⁰. De allí que al reconocer adecuadamente el valor de algo, no sólo se cumplimenta la exigencia de captarlo apropiadamente, sino también el requerimiento que procede del mismo valor y, sobre todo, de su rango⁷⁴¹. Surge una doble desarmonía cuando no se comprende el valor verdadero de algo. La primera desarmonía resulta de un conocimiento inadecuado (esto es un error como tal, y la gravedad del error en relación con el rango del objeto). La segunda desarmonía resulta de la ausencia de apreciación del verdadero valor y de la negación del valor en sí⁷⁴². Seguramente, la segunda desarmonía es fruto de la primera. El error es la discrepancia entre una afirmación y la verdadera esencia del objeto y, como tal, es en sí una desarmonía entre el sujeto y el objeto⁷⁴³. Mientras esté en juego una situación objetiva de naturaleza contingente, de escasa relevancia valorativa, la desarmonía de un conocimiento inadecuado se reduce al mínimo. Pero, ni bien se trata de un objeto de valor relevante (por ejemplo, el valor ontológico de la dignidad humana), el error sobre el mismo cobra una innegable gravedad⁷⁴⁴. En cualquier caso, fuera del valor ontológico de la dignidad humana, lo que ha de servir de parámetro a la jerarquía del valor será el consenso social alcanzado en relación con los diferentes grados de valor y desvalor de determinados comportamientos en relación con determinados intereses o bienes jurídicos.

II.1.3.b.ii. Acerca del riesgo típico y el resultado

1. Tanto el concepto de conocimiento como de error típicos hacen referencia a la dimensión social del riesgo que el sujeto realiza con su conducta⁷⁴⁵. El concepto de peligro, o de

⁷³⁹ Cfr. VON HILDEBRAND, *ibidem*.

⁷⁴⁰ Cfr. VON HILDEBRAND, *ibidem*.

⁷⁴¹ Cfr. VON HILDEBRAND, *ibidem*, p. 247.

⁷⁴² Cfr. VON HILDEBRAND, *ibidem*.

⁷⁴³ Cfr. VON HILDEBRAND, *ibidem*, p. 245.

⁷⁴⁴ Cfr. VON HILDEBRAND, *ibidem* (se refiere a la *veritas aeterna*).

⁷⁴⁵ Para SILVA SÁNCHEZ, “Schünemann, B.: Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft”, *ADPCP*, 1987, p. 546, lo característico de la culpa consciente es que el sujeto no llega a conocer completamente el riesgo que encierra su conducta (por ejemplo, por introducir en su análisis una valoración equivocada de sus capacidades o

riesgo⁷⁴⁶, es un concepto de la parte general del Derecho penal “tan ubicuo e importante para tantas categorías” jurídicas que no se condice con el hecho del escaso consenso alcanzado en cuestiones que condicionan su aplicación práctica⁷⁴⁷; y quizá porque aparece en todas partes, es como si se lo diera por sabido⁷⁴⁸. Su ubicuidad queda reflejada en muchos conceptos de la teoría del delito, y forma parte también de muchos tipos penales. Señala MOLINA FERNÁNDEZ, que “es casi imposible dar un paso por la teoría del delito sin topar directa o indirectamente con él”⁷⁴⁹: la imputación objetiva, el objeto del dolo, los delitos de omisión, la tentativa, los delitos de peligro, las causas de justificación, etc., todos ellos son conceptos que precisan de modo esencial referirse al peligro⁷⁵⁰.

2. El concepto de peligro que interesa al Derecho penal, ciertamente, no es un concepto exclusivamente ontológico, o exclusivamente de probabilidad numérica, sino, por el contrario, un concepto empírico-epistemológico⁷⁵¹, marcadamente de probabilidad normativa, sujeta a la valoración jurídico-penal⁷⁵². Una acción peligrosa relevante para el Derecho es aquella que modifica la realidad en un sentido desvalorado⁷⁵³. La noción de peligro penal está tan estrechamente concebida sobre la base de la intervención humana como lo está el delito a la dimensión social. En otras palabras, el peligro penalmente relevante no será aquél, por ejemplo, que supere un 50% de probabilidad de sucederse, sino todo aquél que supere lo socialmente permitido. Ejemplo claro de que también las probabilidades remotas pueden considerarse como prohibidas lo encontramos en el caso

conocimientos). Por su parte MOLINA FERNÁNDEZ, *El concepto de peligro*, 2008 (inédito), p. 2, sostiene que el dolo y la imprudencia quedan desnudos sin el concurso del peligro, en donde, mientras que el elemento cognoscitivo del dolo queda referido a la acción peligrosa, la acción imprudente se define desde la infracción de un deber de cuidado (que no es otra cosa que una acción peligrosa más allá de lo permitido).

⁷⁴⁶ Sobre estos conceptos, MOLINA FERNÁNDEZ, *El concepto de peligro*, 2008 (inédito), pp. 7 y ss., 10.

⁷⁴⁷ Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, *ibidem* (inédito), pp. 1 y ss., 6. Este autor advierte en su monografía inédita la falta de acuerdo sobre el significado de peligro, así como la escasez de estudios al respecto. Sobre esto último razona que, posiblemente, el motivo que explica la ausencia de estudios sobre el peligro sea, o bien la falta de estudios sobre los conceptos que se encuentran detrás (como el de posibilidad y probabilidad), o bien, su universal significado intuitivo, aparentemente sencillo, que oculta su compleja naturaleza.

⁷⁴⁸ Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, *ibidem* (inédito), p. 6.

⁷⁴⁹ Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, *ibidem* (inédito), pp. 1-2.

⁷⁵⁰ Para más detalles MOLINA FERNÁNDEZ, *ibidem* (inédito), pp. 2 y ss.

⁷⁵¹ Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, *ibidem* (inédito), p. 90. Para este autor el concepto de peligro (al igual que el de probabilidad) posee una naturaleza dual, empírico-epistemológica, que tiene en cuenta tanto la realidad, como el conocimiento de dicha realidad.

⁷⁵² Considera que al concepto ontológico de peligro habrá que modularlo con las expresiones *permitido* y *prohibido*, que son las que definen el grado de riesgo jurídicamente relevante, MOLINA FERNÁNDEZ, *ibidem* (inédito), pp. 12-13. También GIMBERNAT ORDEIG, “Causalidad, omisión e imprudencia”, *ADPCP*, 1994, p. 39.

⁷⁵³ Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, *ibidem* (inédito), p. 122.

Thyrén⁷⁵⁴. Se perciben así las dos dimensiones importantes del concepto de peligro: la probabilidad y la valoración del peligro⁷⁵⁵. Si peligro puede definirse, en principio, como la “probabilidad de un mal”⁷⁵⁶, entonces, en Derecho penal, el peligro consistirá en la probabilidad de un mal típicamente relevante. ¿Y cuándo la probabilidad de un mal es típicamente relevante? El criterio de referencia será la potencial lesividad material o inmaterial del bien jurídico protegido que encierre el riesgo asumido por un sujeto, y que la sociedad haya consensuado como parte de lo desvalorado⁷⁵⁷. A esta clase de riesgo se le denomina indistintamente: riesgo típicamente relevante, riesgo prohibido, riesgo no permitido, riesgo socialmente no tolerado, o riesgo socialmente desaprobado⁷⁵⁸.

2.a. Como aspecto esencial de un concepto de riesgo empírico-epistemológico se presenta la causalidad, noción tan injustamente desacreditada en la dogmática actual⁷⁵⁹. La causalidad natural responde a los fenómenos empíricos que el ser humano no puede modificar en su esencia. Ninguna intervención humana, y, por ende, tampoco ningún criterio de interpretación humana, puede desdecir las leyes de la causalidad, por ejemplo, pretendiendo que las cosas caigan hacia arriba, o que el

⁷⁵⁴ De la misma idea MOLINA FERNÁNDEZ, *ibidem* (inédito), pp. 10, 12, y con un ejemplo similar: “piénsese en quien dispara una sola vez a otro con un revólver cargado al azar con una única bala, que tiene una probabilidad de 1/6 (16,6%) de acertar, y no por ello deja de ser por completo relevante a efectos de responsabilidad”. En el mismo sentido SCHRÖDER, “Die Gefährdungsdelikte”, *ZStW*, 1969, pp. 8 y ss.

⁷⁵⁵ Para ESCRIVÁ GREGORI, *La puesta en peligro*, 1976, p. 18, son características del peligro la posibilidad o probabilidad de la producción de un resultado y el carácter dañoso o lesivo de dicho resultado. Aunque este concepto se asemeja al del texto principal, ESCRIVÁ GREGORI se está refiriendo más bien al peligro como puesta en peligro, es decir, como un estado de cosas (previo al resultado), mientras que en el texto me refiero al peligro como característica de la acción. También se refiere al peligro como un estado de cosas, VON ROHLAND, *Die Gefahr*, 1886, p. 1, quien señala que, por ejemplo, no nos referimos al peligro cuando la producción de un acontecimiento es cierta o segura. De esta definición se percibe cómo este autor se refiere al peligro como estado de cosas y no como una característica de la acción, porque el peligro como característica de la acción también puede referirse a la producción segura de un acontecimiento. Hasta donde alcanzo a notar, también VON ROHLAND incurre en el error de confundir el peligro o peligrosidad de la acción, con el peligro como estado de cosas, porque seguidamente a su anterior idea, define el peligro como la mayor o menor probabilidad de un acontecimiento dañoso, esto es, la posibilidad de su producción (y aquí alude al peligro como característica de la acción).

⁷⁵⁶ Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, *ibidem* (inédito), pp. 7, 11, 38, 102, *passim*. Este autor se pregunta (pp. 11, 124-125), si la probabilidad de un mal se denomina peligro, riesgo o amenaza, ¿cómo se denomina la probabilidad de un bien?

⁷⁵⁷ El concepto de peligro es un concepto referencial, el peligro lo es respecto de algo. Cfr. ESCRIVÁ GREGORI, *La puesta en peligro*, 1976, p. 17.

⁷⁵⁸ Sobre los diferentes términos inversos, y su concepción del riesgo permitido (como criterio de valoración de la conducta), PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido*, 1995, pp. 40, 41 y ss., 86, *passim*.

⁷⁵⁹ Nuevas consideraciones a favor de la causalidad en la imputación objetiva en GÖSSEL, “Objektive Zurechnung und Kausalität”, *GA*, 2015, pp. 18 y ss. Sobre la imputación objetiva desde la causalidad estadística, HAMM, “Objektive Zurechnung bei nur ‘statistischen’ NN-Kausalitäten”, en *FS für Schönemann*, 2014, pp. 377 y ss.

disparo de un arma de fuego doméstica alcance a un avión a 10.000 metros. Existen ciertas lógicas del mundo científico a las cuales nos debemos resignar, de modo que cuando la causalidad como criterio de sentido natural se incorpora al mundo jurídico y se convierte en parte del juicio de imputación, ella debe ser respetada en el esquema de la interpretación⁷⁶⁰. Cuando en los planteamientos actuales se sostiene que el sujeto, que es causa de un resultado, no es responsable si no era competente se está haciendo decir poco a la causalidad, porque es ésta la que traza los límites mínimos entre la relación hecho-persona. En todo caso, con el avance de la dogmática penal ha quedado demostrado que la causalidad no es suficiente para la imputación, pero sí que es necesaria, porque sin ella no hay base posible de enmarcar la competencia⁷⁶¹. En otras palabras, si la doctrina de la imputación sólo se construye desde el déficit de fidelidad que el sujeto revela a través de su comportamiento al Ordenamiento Jurídico⁷⁶², entonces, estamos concediendo un aspecto indelegable de la imputación a la competencia del sujeto, esto es, la seudo disposición del sustrato empírico de los hechos. En consecuencia, como imputación no es meramente competencia, sino también causalidad y control, resulta necesario trasladar la explicación causal al plano del sentido y significado social⁷⁶³.

3. En general el riesgo se define como la “contingencia o proximidad de la producción de un daño”⁷⁶⁴. Dicha contingencia puede mensurarse a través de los grados de probabilidad, porque contingente es algo que puede pasar o no pasar⁷⁶⁵. De hecho, en nuestra vida cotidiana, las personas operamos con juicios de contingencia o de probabilidad (y no con juicios de necesidad). Pero, así como los riesgos pueden ser de diferentes grados, el resultado se dará o no se dará, no hay término medio, como en los juicios de probabilidad; las probabilidades de riesgo son siempre borrosas, multivalentes, pero el resultado es bivalente: o hay resultado, o no hay resultado, no un resultado a medias⁷⁶⁶. En el ámbito del

⁷⁶⁰ Sobre las limitaciones del juez en la interpretación de las leyes causales, KAUFMANN (Armin), “Tatbestandsmäßigkeit”, *JZ*, 1971, pp. 572 y ss. (distinguiendo entre la causalidad general no sometida a la convicción subjetiva, y la causalidad concreta sí sometida a la convicción subjetiva del juez). Respecto de lo difícil de determinar la causalidad psíquica, porque no se sabe a qué leyes causales está sujeta, RUDOLPHI, *Causalidad e imputación objetiva*, 1998, p. 18.

⁷⁶¹ Acertadamente, hace ya tiempo, BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1994, p. 114, nota al pie 242, rescató la estrecha relación entre la “‘finalidad’ [de las normas] de ‘evitar a través de un sistema de reglas directivas comportamientos que acarreen riesgos de lesión de bienes jurídicos’” con “la vigencia del *principio de causalidad*”. Esto significa, que un “Derecho penal ‘preventivo’ presupone la vigencia del ‘principio de causalidad’ en el marco del obrar humano”, porque “de no estar regidas las consecuencias que acarrea el actuar humano por leyes causales susceptibles de ser conocidas, ningún sujeto podría intentar evitarlas o buscarlas”.

⁷⁶² Cfr. JAKOBS, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, 2003, pp. 37, 38 y ss.

⁷⁶³ Cfr. JAKOBS, *ibidem*, p. 39: “dicho de otro modo, ha de avanzarse desde la explicación de la naturaleza hacia la semántica del comportamiento social”.

⁷⁶⁴ El DRAE define riesgo como “contingencia o proximidad de un daño”.

⁷⁶⁵ El DRAE define contingencia como “posibilidad de que algo suceda o no suceda”.

⁷⁶⁶ Cfr. KOSKO, *Pensamiento borroso*, 1995, p. 66. Por construcción, en el marco probabilista todos los sucesos son o blancos o negros. La ley aristotélica del tercio excluido, *A o no A* se cumple siempre. Al arrojar la

Derecho penal el riesgo típico será aquél que haga referencia a la posibilidad de poner en peligro o lesionar un interés jurídico-penalmente protegido, esto es, la potencial lesividad material o inmaterial que encierra el riesgo en relación con el bien jurídico, y que además haya sido incorporado a la dimensión del consenso social. Así, un riesgo puede resultar elevado para lesionar un bien jurídico, pero encontrarse aceptado socialmente como permitido debido a su utilidad social⁷⁶⁷. Y a la inversa también puede suceder que un riesgo resulte inútil socialmente, pero por tratarse de un riesgo insignificante no computárselo como riesgo prohibido⁷⁶⁸. Por ello, ni el criterio de la potencial lesividad del riesgo, ni el criterio de la utilidad social del mismo valen por sí solos para determinar lo típico de un comportamiento peligroso. En efecto, tanto los criterios empíricos de probabilidad e idoneidad (sobre todo en los sectores intensamente regulados, como el industrial y el vial) como los de consideración de utilidad social⁷⁶⁹ son necesarios para trazar los límites entre lo prohibido y lo permitido⁷⁷⁰. ¿Cómo sabemos, pues, qué ha de considerarse como típico? Teniendo en cuenta que el legislador sólo prevé las conductas típicas en abstracto, para determinar lo típico en el caso concreto habrá de consultarse lo que de común acuerdo la sociedad señale al respecto. En tal sentido, será el consenso social alcanzado en relación con el tipo que sea, el que suministre el baremo de los juicios de valor inherentes a la tipicidad⁷⁷¹.

4. Como parte de la dimensión empírica es posible distinguir los riesgos desde criterios físicos o cuantitativos, como riesgos elevados y leves, riesgos significantes e insignificantes, riesgos concretos y abstractos, riesgos probables e improbables. La

moneda al aire sale o cara o cruz, no canto. El resultado es bivalente, 1 o 0. A mi entender, aunque el resultado es lo más contingente que hay, es a la vez lo más preciso: o es o no es.

⁷⁶⁷ La doctrina mayoritaria parece reconocer que no existe una correspondencia tajante entre peligrosidad y desvalor de la conducta, existiendo también junto a la primera, otros factores para determinar este último. Cfr. PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido*, 1995, pp. 102 y ss. Acerca de la distinción entre comportamientos socialmente útiles y comportamientos socialmente necesarios, SCHÜNEMANN, “Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits-Gefährungsdelikte”, *JA*, 1975, p. 576.

⁷⁶⁸ En la teoría de la imputación objetiva algunos autores descartan que pueda darse ya la imputación de la conducta en los casos de riesgos insignificantes. Cfr. MIR PUIG, *Dp, Pg*, 2011 (9ª ed.), p. 261.

⁷⁶⁹ Incluso, fuera del marco de lo socialmente útil se presentan riesgos socialmente indeseables no por afectar potencialmente la materialidad de determinados bienes jurídicos, sino por despertar una mayor sensibilidad al riesgo, como los delitos contra la seguridad nacional (terrorismo).

⁷⁷⁰ Añade consideraciones de probabilidad en el ámbito del conocimiento de la antijuridicidad, SILVA SÁNCHEZ, “Observaciones sobre el conocimiento eventual de la antijuridicidad”, *ADPCP*, 1987, p. 660.

⁷⁷¹ De esta idea SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal*, 1997, p. 128 (añadiendo en nota al pie 328, que este consenso cultural será más evidente en los tipos penales con elementos normativos de contenido jurídico o social).

formulación de juicios de peligro deja al desnudo que el conocimiento humano es limitado y opera siempre en condiciones de incertidumbre, de allí que resulte más apropiado referirnos a un peligro epistemológico (que tenga en cuenta la naturaleza de lo empírico), más que a un peligro ontológico, como algo existente⁷⁷². Son los hechos y la evidencia los que de alguna forma determinan nuestro conocimiento sobre las clases de riesgo y sus índices de probabilidad, de forma que lo que consideremos como probable o improbable tendrá un fundamento objetivo y será independiente de nuestra opinión personal o capricho⁷⁷³. Así, aunque el juicio de probabilidad no sea más que la representación aproximada de lo que hasta ese entonces se conoce sobre determinado fenómeno, ha de tratarse por lo menos de eso, y no de otra cosa. Un juicio de probabilidad alejado de las evidencias científicas no sería válido de considerar. Quien considere como probable matar a otro a través de un pellizco en el pecho se encontrará alejado de toda realidad empírica sostenible, pero no, sin embargo, quien considere como probable matar a otro empujándolo desde un primer piso. El concepto de peligro que interesa al jurista no es en exclusiva un concepto jurídico autorreferencial, sino un concepto basado en constructos sociales de peligro, basado a su vez en los conocimientos que hasta ese entonces han brindado las diferentes ciencias sobre determinados fenómenos⁷⁷⁴. Dejando de lado los peligros naturales, el “peligro a secas” como algo que existe con entidad propia no forma parte de la naturaleza de la cosa, sino que forma parte de lo que una situación puede llegar a dar de sí con la intervención de una persona. Por su parte, en cuanto a la dimensión valorativa del riesgo es posible distinguir los riesgos desde criterios valorativos o cualitativos, como riesgos permitidos y prohibidos, riesgos tolerados y no tolerados, riesgos aprobados y desaprobados. Para determinar cuándo nos encontramos ante uno u otro habrá de tenerse en

⁷⁷² Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal*, 1997, p. 125. También sobre el juicio epistemológico de peligro, KINDHÄUSER, “El tipo subjetivo en la construcción del delito”, *InDret Penal*, 2008, pp. 26-27 [también en *Gefährdung als Straftat*, 1989, pp. 138 y s., 203]; PUPPE, *Vorsatz und Zurechnung*, 1992, pp. 35 y ss. Lo denomina juicio cognoscitivo (o epistemológico) de peligro, PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido*, 1995, pp. 161, 164 y ss. Véase la discusión entre la concepción objetiva y subjetiva del peligro en DIMITRATOS, *Das Begriffsmerkmal der Gefahr*, 1989, pp. 31 y ss.

⁷⁷³ Esta idea pertenece a la teoría lógica de la probabilidad de KEYNES, citada en MOLINA FERNÁNDEZ, *ibidem* (inédito), p. 53 (sostiene KEYNES que la teoría de la probabilidad es lógica justamente por ello, porque está relacionada con el grado de creencia que es *racional* tener en determinadas circunstancias).

⁷⁷⁴ Las leyes de la naturaleza son conceptos a través de los cuales las personas organizamos nuestro conocimiento empírico y podemos predecir el futuro. Cfr. BRAITHWAITE, *Scientific Explanation*, 1953, p. 339. Los conceptos de azar y probabilidad son nociones construidas, y se aprenden a través de la experiencia, y de la instrucción. Cfr. PÉREZ ECHEVERRÍA, *Psicología del razonamiento*, 1988, p. 46. Sobre la discusión filosófica entre la responsabilidad moral por el hecho propio y el gobierno del comportamiento por las leyes causales, AYER, “Freedom and Necessity”, en *Free Will*, 1982, p. 15.

cuenta lo que socialmente se entiende al respecto. Suelen ser criterios valorativos de determinación tanto la utilidad social como la inocuidad del riesgo (es decir, riesgos que no son útiles en sí, pero que son inocuos para lesionar algún bien jurídico)⁷⁷⁵. En todo caso, lo típico ha de englobar tanto consideraciones empíricas como valorativas.

5. Una última consideración en relación con el resultado. Aunque menos ubicuo en la teoría del delito el concepto de resultado ha merecido mayor atención que el concepto de peligro. Aunque el resultado (*ex post*) no modifica en nada la peligrosidad *ex ante*, en el juicio retrospectivo es más indiciario de la peligrosidad, que ésta de aquél en el momento de los hechos. Como algo a futuro, el resultado sólo es constatable en el momento *ex post*, desgraciadamente cuando ya no puede evitarse, al menos ese resultado, aunque la norma de conducta pueda seguir dirigiendo a que se eviten resultados de esa especie. Es decir, desde el punto de vista de la función preventiva de la norma, ésta está concebida para intentar evitar conductas lesivas o peligrosas y, por ello, puede prohibir la realización de conductas que tiendan a la realización de resultados disvaliosos, pero no puede prohibir de modo autónomo la producción de tales resultados⁷⁷⁶. Por eso, el lugar sistemático en la teoría del delito que ha de ocupar el resultado sólo podrá ser aquél que admita consideraciones valorativas contingentes. El resultado puede ocupar un lugar en el injusto (como parte de la norma de valoración que se manifiesta en la norma de conducta en términos hipotéticos)⁷⁷⁷, pero, también puede ser parte de uno de aquellos elementos que condicionan o limitan la punibilidad del hecho (ya sea por razones de seguridad jurídica, por ausencia de necesidad de pena, etc.)⁷⁷⁸.

⁷⁷⁵ “La determinación de cuál es el riesgo permitido -por oposición al riesgo típicamente desaprobado- es, pues, la decisión social central. Ello pone de relieve, por lo demás, hasta qué punto todos los tipos delictivos (y no sólo aquéllos en los clásicamente se detectaba la presencia de elementos normativos) son consustancialmente normativos”. Cfr. SILVA SÁNCHEZ, “Teoría del delito y Derecho penal económico-empresarial”, en *Teoría del delito y práctica penal económica*, 2013, pp. 44-45.

⁷⁷⁶ Sobre el papel del resultado, MIR PUIG, “La perspectiva ‘*ex ante*’ en Derecho penal”, *ADPCP*, 1983, p. 13.

⁷⁷⁷ Sobre este tema, véase el *Capítulo Introductorio*. Sobre la relación entre norma de valoración y norma de determinación (que tienen el mismo objeto: la acción), SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, 2005, pp. 64 y ss.

⁷⁷⁸ Cfr. MIR PUIG, “La perspectiva ‘*ex ante*’ en Derecho penal”, *ADPCP*, 1983, p. 13 [también en *Dp, Pg*, 2011 (9ª ed.), p. 260]. Igualmente, concibe el desvalor de resultado en la norma de sanción, a examinarse desde una perspectiva *ex post*, FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988, pp. 30 y ss., 44, *passim*.

6. Para cerrar, si bien el objeto del conocimiento es el comportamiento típico y esto se entiende en su dimensión de comportamiento típicamente riesgoso⁷⁷⁹ no, en cambio, lo son los llamados criterios normativos del juicio de imputación, pues estos están previstos y dirigidos al uso del operador jurídico. Reglas como el nexo de causalidad, las leyes de experiencia, la relación de riesgo con el resultado, la previsibilidad, entre otros, son más bien pautas normativas de valoración y concreción del juicio de imputación, en este caso de la llamada imputación objetiva, pero no forman parte del objeto del conocimiento típico (de lo que el sujeto debe conocer en el momento de la realización del hecho). No obstante, estas reglas se dan por entendidas como parte integrante del conocimiento ordinario que poseen las personas. De este modo, al sujeto no se le podrá exigir que se represente la relación de riesgo en los mismos términos técnicos que entendemos los juristas, pero sí formará parte del juicio de imputación el dar por acreditado que el conocimiento del autor abarcó la asunción de un riesgo socialmente lesivo en la esfera del profano (dimensión fáctica y expresiva de los hechos)⁷⁸⁰. En igual medida, tampoco forma parte del objeto del conocimiento típico el resultado de los delitos de lesión, aunque éste haya sido previsto por el autor en el momento de los hechos. Si la norma de conducta no puede prohibir la producción de resultados, sino simplemente la realización de conductas peligrosas tendentes a producir resultados lesivos, entonces el objeto del conocimiento típico no puede ir más allá de tal prohibición.

II.1.3.b.ii.a. Riesgos idóneos y riesgos inidóneos

1. Hemos visto como parte de la dimensión empírica del peligro que era posible distinguir los riesgos desde criterios físicos o cuantitativos, como riesgos elevados y leves, riesgos significantes e insignificantes, riesgos abstractos y concretos⁷⁸¹, riesgos probables e

⁷⁷⁹ “El *objeto* del dolo viene constituido por la conducta penalmente típica en tanto ésta contiene un riesgo relevante de lesión de bienes jurídico-penales”. Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2010 (2ª ed.), p. 648.

⁷⁸⁰ Una idea similar en BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1994, p. 114, nota al pie 242. Para este autor sin un conocimiento básico de las leyes causales no es posible el dolo y, aunque no se requiere un conocimiento científico, sí puede requerirse un conocimiento técnico en algunos “sectores especiales del tráfico”. Por el contrario, para SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2010 (2ª ed.), pp. 648 y ss., no son objeto del dolo ni el proceso causal, ni la relación de imputación objetiva, ni el resultado.

⁷⁸¹ Es usual que en la teoría del dolo el riesgo abstracto se identifique con el tipo imprudente, y riesgo concreto con el tipo doloso. Por ejemplo, SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, 2005, pp. 200-201, señala que hay dolo ya por el solo hecho de la representación de un peligro concreto para el bien jurídico; por el contrario, por debajo de eso no hay dolo aunque el autor desee la producción del resultado (si el autor se representa el resultado de muerte por asfixia al dejar encendida una estufa de gas por la noche, realiza sólo una

improbables. Por ser una de las clasificaciones más comunes y acertada me ocuparé de los riesgos idóneos e inidóneos, entendiendo la idoneidad del peligro como dato valorativo, y no la peligrosidad a secas como dato numérico. En este sentido, lo importante no es la cantidad de riesgo (por ejemplo un 50 o 60 %), sino la cualidad, su idoneidad⁷⁸². Teniendo en cuenta que la base del conocimiento responde a un criterio epistemológico de peligro enjuiciado *ex ante*, podemos contemplar dos clases de riesgo, que a su vez presentan modalidades con diversos efectos jurídicos, como los riesgos idóneos e inidóneos⁷⁸³. La necesidad de clasificar de algún modo las clases de riesgo se fundamenta en que es necesario hacerlo de cara a la concreción del conocimiento típico sobre el riesgo necesario para la imputación dolosa. A continuación una breve mención de estas categorías:

- (a) Riesgos idóneos
 - (a.1) reales
 - (a.1.a) normales
 - (a.1.b) extravagantes
 - (a.2) aparentes
- (b) Riesgos inidóneos
 - (b.1) reales
 - (b.1.a) natural
 - (b.1.b) aberrantes
 - (b.2) aparentes

2. Los *riesgos idóneos reales normales* (simplemente, riesgos idóneos) son los aptos para generar un estado de peligro lesivo para el bien jurídico. Los *riesgos idóneos reales*

acción imprudente. Habrá dolo cuando agregue un factor de riesgo adicional, como encender un ventilador que apague el fuego de la estufa en algún momento). Dicho con otras palabras, para este autor “por debajo de cierta probabilidad, no existe un peligro incluido en el ámbito de la norma, y, por ende, no puede haber dolo, aunque la voluntad se dirija, por medio de ello, precisamente a ese resultado, es decir, aunque el ‘dolo’ (aparente) ¡sea directo!”.

⁷⁸² Algunos autores prefieren referirse a mayor o menor entidad del riesgo como el criterio valorativo rector, englobando en él los índices de probabilidad de producción del resultado, y la magnitud del daño a producirse. En efecto, los supuestos de elevada probabilidad son un síntoma de dolo, por cuando quien asume un riesgo muy probable de producir el resultado, quiere el hecho (cuanto más probable, más quiere). Así, PRITZWITZ, “Die Ansteckungsgefahr bei AIDS”, *JA*, 1988, pp. 497 y ss.

⁷⁸³ Para salvar el déficit práctico que presenta la teoría de la probabilidad, se han puesto de manifiesto algunas propuestas de reformulación. Por ejemplo, PUPPE enseña que el objeto del conocimiento debe quedar circunscrito a un peligro idóneo o cualificado de lesión al bien jurídico.

extravagantes (simplemente, riesgos extravagantes⁷⁸⁴) son los aptos para generar un estado de peligro lesivo para el bien jurídico, de forma extraordinaria. Los *riesgos idóneos aparentes* son los aptos para generar un estado de peligro expresivo^[intersubjetivo] para el bien jurídico (expectativas de uso y disfrute de los bienes jurídicos). Los *riesgos inidóneos reales naturales* (simplemente, riesgos inidóneos) son aquellos no aptos para generar un estado de peligro lesivo para el bien jurídico. Los *riesgos inidóneos reales aberrantes* (simplemente, riesgos aberrantes) son aquellos no aptos para generar un estado de peligro lesivo para el bien jurídico, de forma extrema. Los *riesgos inidóneos aparentes* son aquellos no aptos para generar un estado de peligro expresivo para el bien jurídico (expectativas de uso y disfrute de los bienes jurídicos).

3. Los riesgos extravagantes se diferencian de los supuestos de riesgos idóneos aparentes y de los riesgos aberrantes, porque a pesar de consistir en un riesgo fuera de lo normal son idóneos para producir el resultado (aunque en menor medida). Por el contrario, ni el riesgo idóneo aparente ni el aberrante tienen capacidad de lesión alguna. No obstante, como se verá en el epígrafe siguiente, los riesgos idóneos aparentes tienen capacidad para afectar las expectativas de uso y disfrute de los bienes jurídicos, lo que da pie a la fundamentación de su castigo. Los riesgos inidóneos reales (naturales o aberrantes) son los riesgos de resultados imposibles, a los cuales les suele acompañar una intención ingenua de realización⁷⁸⁵. En estos casos se presenta la paradoja de la mala intención: la mala intención al verse sustentada en un conocimiento de la imposibilidad de lograr el objetivo provoca su autoexclusión. No puede existir intención siquiera en donde concurre una imposibilidad⁷⁸⁶. Por el contrario, en algunas situaciones de riesgos extravagantes acompañados de mala intención, si el objetivo es alcanzado, ésta se explica como una combinación de causalidad más azar. Seguramente, la mala intención del sujeto queda desacreditada con esta clase de

⁷⁸⁴ Del bajo latín *extravāgans*, extravagante es aquello que queda fuera del modo común o normal de ser de las cosas o personas. Etimológicamente significa errar o vagabundear fuera de los límites de la normalidad.

⁷⁸⁵ Sería un riesgo inidóneo real natural el del sujeto que a consciencia (y con intención) sobrepasa levemente el riesgo permitido, conduciendo a 70 km/h por una calle muy poco frecuentada y ancha de la ciudad. No comete tentativa de homicidio quien obra bajo tales circunstancias, esto es, representándose el posible atropello y muerte de un peatón (a lo mucho será una tentativa inidónea absoluta no punible). He tomado el caso de JAKOBS, “El lado subjetivo del hecho”, en *Estudios de Dp*, 1997, pp. 203, *passim*, quien bajo otros argumentos –y en crítica a las teorías psicológicas del dolo- arriba a la misma solución. Para este autor el dolo referido al resultado tiene que superar una frontera mínima, la frontera que atraviesa el riesgo permitido, y no se trata de un riesgo prohibido leve.

⁷⁸⁶ Los meros deseos que decía WELZEL.

hechos, pues en estos casos se podría argumentar que existe un plan ingenuo del autor⁷⁸⁷ y que, en puridad, éste “no ha querido realmente matar”, no al menos en los términos de una intención seria y firme con significancia social, pues aquél que realmente quiere matar a otro recurre al empleo de un medio normal y adecuado como para producir el resultado pretendido⁷⁸⁸. El conocimiento cierto del riesgo extravagante no puede fundamentar un castigo igual de grave que un supuesto de conocimiento de la alta probabilidad, teniendo en cuenta que los riesgos extravagantes quedan fuera de lo que serían riesgos normales para realizar el tipo penal y esto revela una condición de irracionalidad subjetiva que se desvalora de modo atenuado. Una de las acepciones de la racionalidad práctica como facultad, la definía como la capacidad para escoger los medios más idóneos o adecuados de los que se disponen para alcanzar un fin posible. Si esta es la definición de racionalidad, entonces, los riesgos extravagantes manifestarían que el sujeto no adopta el riesgo más adecuado como para alcanzar su objetivo, y ello incluye un potencial autfracaso que potencia un menor desvalor en relación con los riesgos normales.

4. Los riesgos extravagantes dependen en algún momento de la concurrencia del azar para alcanzar el efecto buscado. Y también en relación con este punto se puede distinguir de los riesgos inidóneos (naturales y aberrantes), por cuanto en estos últimos la posibilidad de influencia de la causalidad humana en la ley del azar es evidentemente nula. Habría que diferenciar entonces entre la posibilidad de que el azar influya en la realización del tipo penal (riesgos extravagantes) y la no posibilidad de dicha influencia (riesgos inidóneos). Por ejemplo: el disparar con un revólver a un avión que sobrevuela a 10.000 km con la intención de matar al copiloto es un riesgo inidóneo aberrante, porque la posibilidad de que el azar intervenga a favor del resultado es inexistente, a diferencia del caso *Thyrén* como riesgo extravagante, o del caso de la tarjeta y el PIN. ¿Se castigaría como un delito contra la propiedad que un sujeto que se ha apropiado de la tarjeta de crédito de una persona intente - todas las veces que fuera posible- de dar con el PIN de la misma para extraer el dinero de un cajero? La posibilidad real es 1 de 10.000 intentos. ¿Qué tipo de riesgo es éste? Si no queremos caer en una solución tópica, ni numérica, habrá que proponerse un criterio normativo de determinación. A mi entender, desde el punto de vista de la lesividad real y

⁷⁸⁷ La explicación de un plan ingenuo puede encontrarse, entre otras alternativas, en una deficitaria alfabetización del sujeto, e incluso en su grado de inmadurez (piénsese que el DRAE define madurez como: buen juicio o prudencia, sensatez).

⁷⁸⁸ Esto difiere del caso en donde el sujeto desconoce que el riesgo que asume es virtualmente inidóneo como para producir el resultado buscado, creyendo erróneamente que sí lo es.

expresiva, el caso de la tarjeta no difiere demasiado del caso *Thyrén*, pero sí del caso del tirador al avión. En el caso de la tarjeta se adivina, en el caso *Thyrén* se acierta, pero en el caso del avión no sucede nada malo. El criterio que se ajusta a esta conclusión es el de suponer hipotéticamente la versión de tentativa idónea aparente (o relativamente inidónea) del caso sometido a examen. Como la versión de tentativa idónea aparente se castigaría, con mayor razón habría de castigarse el supuesto sometido a examen. Así, la versión hipotética de tentativa idónea aparente de la tarjeta sería que el sujeto contara con el número PIN correcto, pero con la tarjeta caducada (o la tarjeta de débito de la misma persona), y la versión de *Thyrén* que el sujeto disparara a su enemigo a la distancia, que es en realidad un bulto de almohadones. Pero, al pretender pensar en la versión hipotética del caso del avión, lo único que resulta es un supuesto de tentativa irreal, porque el caso del avión ya en sí no es siquiera un supuesto de tentativa idónea aparente, sino de riesgo doloso imposible.

5. El juicio de probabilidad que realiza el sujeto de las consecuencias del riesgo que asume está estrechamente relacionado con la idoneidad del mismo en relación con aquéllas, es decir, la virtualidad del riesgo. Que existe una probabilidad seria de producir el resultado de muerte si un sujeto apunta sobre la sien a otro con una pistola es indiscutible, pero que sucede lo mismo en relación con otro sujeto que apunta a una distancia de veinte metros con una pistola de corte alcance, es más que polémico. De allí que haya que distinguir entre las tentativas idóneas aparentes y los intentos con altas dosis de inidoneidad. La tentativa idónea aparente se define desde el error del sujeto, mientras que intentar con inidoneidad desde el conocimiento. En la primera y en la segunda situación el sujeto conoce acerca del desvalor social de la conducta (la dimensión expresiva o normativa del conocimiento que es lo necesario para el dolo), pero, sólo el primero cree que además concurre peligrosidad objetiva (el segundo, en cambio, conoce que concurre una peligrosidad objetivamente inidónea, pero susceptible de producir el resultado por casualidad)⁷⁸⁹. El caso *Thyrén* sería un supuesto de intentar con inidoneidad (sería tentativa idónea aparente si el sujeto hubiese creído erróneamente que el riesgo que asumía era elevado, cuando en verdad era insignificante)⁷⁹⁰. Una cosa es el sujeto que supone erróneamente que el riesgo que asume

⁷⁸⁹ Sobre estas cuestiones me manifiesto en los epígrafes siguientes sobre el error de tipo indirecto y en el *Capítulo Cuarto*, epígrafe *II.IV.3.b.iii. Asunción de riesgos extravagantes: ¿imputación dolosa?*

⁷⁹⁰ Desde el argumento aquí sostenido el intentar con inidoneidad basado en el conocimiento revela un plan ingenuo del autor, a diferencia de la inidoneidad en el caso de una suposición errónea. Por ejemplo, la STS 17/03/1994 (Conde-Pumpido Ferreiro), condena por un delito de falsedad en grado tentativa (inidónea relativa) el caso del sujeto que de una manera muy grosera falsificó un carné de conducir que era incapaz de engañar a

es de naturaleza idónea para lo que él pretende (cuando en verdad no lo es⁷⁹¹), y otra cosa es el sujeto que sabe que el riesgo que asume es algo inidóneo para lo que él pretende, pero igualmente lo intenta. En las tentativas idóneas aparentes que carecen de capacidad de lesión el resultado finalmente no se da, pero en el intentar con inidoneidad el resultado *puede* darse.

6. Así como los riesgos extravagantes (idóneos) se distinguen perfectamente de los riesgos aberrantes (inidóneos), se presentan en una zona gris respecto de los riesgos idóneos aparentes. Muestra de ello es la similitud que se encuentra en el llamado caso *Thyrén* y en uno de la jurisprudencia española⁷⁹². En el supuesto fáctico se relata que tras un accidente en la carretera, el acusado Nicolás reprocha a Isabel por el accidente, amagándole con sus manos que la golpearía a la vez que gritándole “te voy a matar”. Ante el miedo, Isabel sale corriendo del lugar, sacando Nicolás un revólver con el que efectuó cinco disparos hacia Isabel que se encontraba ya a unos 15 metros aproximadamente, no alcanzando ningún proyectil a la víctima. Del resultado de las pericias balísticas se concluyó que por las características del revólver su alcance efectivo estaba reducido a distancias inferiores a dos metros; respecto de distancias inferiores a seis metros la precisión se encontraba muy afectada; y que en distancias mayores a seis metros el acierto del disparo se produciría sólo por casualidad. El tribunal absolvió al sujeto de la tentativa de homicidio por el que venía siendo acusado, por considerar que se trataba de un caso de tentativa absolutamente inidónea, no pasible de castigo por la regulación del Código penal (art. 16⁷⁹³). SILVA

nadie. A mi criterio, por el contrario, este ejemplo se trataría de un intentar con inidoneidad (conocimiento) y no de una tentativa inidónea relativa (error al revés).

⁷⁹¹ Y viceversa el sujeto creer erróneamente que el riesgo es inidóneo, y ser éste idóneo. Este sería un caso de error de tipo, castigable a título de imprudencia (por haber infringido un deber de cuidado de información. No el deber de cuidado hacia el bien jurídico ajeno, porque el sujeto no sabe que pone en peligro el bien jurídico ajeno).

⁷⁹² Sobre el caso, véase SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal*, 1997, pp. 137 y ss. También comentado en GRACIA MARTÍN, “Sobre la punibilidad de la llamada tentativa inidónea”, *RDPC*, 1999, pp. 335-360. Brevemente SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, “Fundamentación objetiva de la tentativa en el Código penal”, *ADPCP*, 1998, pp. 122-123. Otro caso similar, pero del Tribunal Supremo referenciado resumidamente en MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, “El concepto ‘significativo’ de dolo”, en *Estudios penales en memoria de la Profesora Díaz Pita*, 2008, nota al pie 79, pp. 364-365. Más detalles en CHOCLÁN MONTALVO, “Imputación objetiva e imputación dolosa”, *PJ*, 1995, pp. 507 y ss.

⁷⁹³ Art. 16: “Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor”. La expresión “actos que objetivamente deberían producir el resultado” significa sólo aquellos que pueden producir el resultado según las leyes de la causalidad (valoración intersubjetiva). Y la expresión “y sin embargo éste (el resultado) no se

SÁNCHEZ advierte que en el caso enjuiciado lo que fundamentó la ausencia de peligro típico no fue el juicio normativo del llamado hombre medio (ubicado *ex ante* en el lugar del autor), sino el juicio *ex post* realizado por el experto en balística⁷⁹⁴. Lo correcto para este autor hubiese sido emplear el criterio del hombre medio en el lugar del sujeto, siendo tentativa punible, si el hombre medio advirtió un peligro para el bien jurídico en su dimensión social de sentido (esto es, con virtualidad de desestabilización de la norma)⁷⁹⁵, al menos a título de dolo eventual⁷⁹⁶.

7. En todo caso, no existe un límite objetivo mínimo para delimitar el dolo de la imprudencia. Siempre que el sujeto asuma un riesgo a sabiendas (en el grado de certeza que sea) cual sea la probabilidad que sea, actuará con conocimiento típico, que, si pretendo ser teóricamente consecuente, debería imputarse a título de dolo. Por ende, cuando se trate de un riesgo idóneo (real o aparente), si el sujeto actúa con conocimiento, se le imputaría dolo, y si actúa bajo una suposición errónea, se le imputaría error de tipo (vencible). A diferencia de lo que la doctrina suele sostener⁷⁹⁷, a mi entender, el problema del tipo subjetivo es el

produce por causas independientes de la voluntad del autor” no incluye los supuestos de tentativas inidóneas, porque las causas ajenas no se refieren al riesgo inidóneo sino a otras que concurren con el riesgo idóneo. No es causa ajena que el sujeto no llegue a matar porque dispare con un arma descargada; sí es causa ajena que el sujeto no llegue a matar porque dispare con un arma cargada y la víctima se salve por llegar a tiempo al hospital.

⁷⁹⁴ Para WOLTER la creación *ex ante* de un riesgo meramente pretendido (riesgo que carece de peligrosidad objetiva), y la causación de un resultado objetivamente imputable no son suficientes para conformar un hecho doloso consumado (se trataría de una tentativa inidónea). En estos casos el resultado imputable de incremento del riesgo no se produce por un comportamiento imputable de creación o incremento del riesgo peligroso, faltando la relación de injusto objetivo-personal que se conforma no sólo con la acción peligrosa y el resultado, sino también con la referencia al dolo o a la imprudencia. Cfr. WOLTER, “Imputación objetiva y personal”, en *El sistema moderno del Dp*, 2012 (2ª ed.), pp. 131-132, 122.

⁷⁹⁵ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal*, 1997, pp. 137-138.

⁷⁹⁶ Un ejemplo similar en donde el grado de conocimiento es el mismo pero no hay intención de producir el resultado, lo propone PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, 2011, p. 134: *A* roba y es descubierto por *B*, que comienza a perseguirlo. Para cubrir su huída, *A* dispara con su revólver hacia atrás. No quiere matar a *B*, pero sabe que eso puede ocurrir, y ocurre. Para este autor se trata de un supuesto de dolo eventual porque se da una representación epistémica racional y ontológicamente acertada.

⁷⁹⁷ Así, SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, 2005, pp. 201-202. Para este autor el problema del dolo es un problema del tipo objetivo (no del tipo subjetivo), porque todo depende de si una determinada acción peligrosa está alcanzada o no por la norma del delito doloso, desde el punto de vista objetivo. En la misma línea, JAKOBS, *Dp, Pg*, 1997 (2ª ed.), p. 327, “concurrirá, pues, dolo eventual cuando en el momento de la acción el autor juzga que la realización del tipo no es improbable como consecuencia de esa acción”. A mi entender, desde estos planteamientos, quedarían fuera del tipo doloso las meras posibilidades, o riesgos remotos. Pero, cuando se dice que el riesgo no es improbable de realizarse (en sentido inverso, es probable de realizarse) no se está definiendo nada. La norma de conducta no establece cuándo concurre probabilidad, ni siquiera qué grado de probabilidad ha de concurrir para el tipo objetivo del tipo doloso, de forma que el dolo no

tipo subjetivo, no el tipo objetivo. En efecto, son los grados de conocimiento sobre la probabilidad de la realización del riesgo los que se distinguen del error vencible.

II.1.3.b.ii.b. Dañosidad social y adecuación social

1. Lo normativo abarca la dimensión social del comportamiento. Esta idea tiene especial relación con el concepto del conocimiento típico. A la primitiva concepción de la acción típica causalista se opuso, entre otras, la concepción del sentido social de la acción típica de SCHMIDT⁷⁹⁸. De ésta hay que derivar el sentido social del conocimiento típico. Es decir, desde SCHMIDT como neokantiano hacia adelante, salteándonos en este punto el finalismo de WELZEL⁷⁹⁹. La teoría de la acción típica no puede construirse de espaldas a la realidad social. Como bien lo planteara en su tiempo SCHMIDT no es la “irritación del tímpano” lo que constituye la acción típica de injuriar (como lo sostendría su maestro VON LISZT), sino el significado social de las palabras. Claro, que la teoría de la acción social de SCHMIDT se basa en el dogma causal que aquí se pretende superar a través de la teoría de la imputación objetiva. En el imputación subjetiva por eso mismo se atribuye un sentido social a la acción social previamente de modo objetivo imputada⁸⁰⁰. En efecto, no hay conceptos jurídicos, ni siquiera los llamados descriptivos, como, por ejemplo, matar, lesionar, dañar, que sean conceptos causales de lesiones causales de algún bien jurídico, sino que son conceptos sociales de relación y de significación, es decir, conceptos cuyo contenido de sentido se desprende de su función en el todo social⁸⁰¹.

puede depender de lo que la norma no determina, o determina de forma genérica. Lo que es probable o no, es lo que ha de ser abarcado por el conocimiento en el tipo doloso, y ciertamente, sólo lo probable (o mejor dicho, ya lo meramente posible), si es abarcado por el conocimiento del autor, da lugar a la imputación por dolo.

⁷⁹⁸ Cfr. SCHMIDT, “Soziale Handlungslehre”, en *FS für Karl Engisch*, 1969, pp. 340 y ss. Sobre la importancia de lo social en la construcción del injusto, toda la escuela de *Frankfurt*, cuya obra icónica es AA.VV., *Vom Nutzen und Nachteil der Sozialwissenschaften für das Strafrecht*, en LÜDERSSEN/SACK (eds.), 1980.

⁷⁹⁹ En verdad, tanto causalistas (de la acción social), como finalistas convergen en un mismo punto: determinar desde el acto humano la relación con un resultado dado (se colocan en el plano de lo ontológico), pero el punto de partida al respecto no puede estar ni el hombre ni en el acto humano, sino que la acción sólo puede surgir desde la relación social. Cfr. BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, “Significación social y tipicidad”, en *LH al Prof. J. Antón Oneca*, 1982, pp. 127-128.

⁸⁰⁰ Sobre los autores que siguieron de cerca a la teoría social de la acción, véase MAIHOFER, “Der soziale Handlungsbegriff”, en *FS für Eberhard Schmidt*, 1961, pp. 156 y ss.; JESCHECK, “Der strafrechtliche Handlungsbegriff in dogmengeschichtlicher Entwicklung”, en *FS für Eberhard Schmidt*, 1961, pp. 30 y ss. En España RODRÍGUEZ MOURULLO, *Dp, Pg*, 1977, pp. 209 y ss.

⁸⁰¹ Cfr. WELZEL, “Studien zum System des Strafrechts”, *ZStW*, 1939, pp. 516 y 528.

2. Las conductas con significado social pueden ser, a su vez, lesivas o inocuas, dañinas o adecuadas en relación con los intereses jurídico-penalmente protegidos, y ambos juicios de lesividad y de adecuación social operan en sede de la tipicidad⁸⁰². Desde el criterio de la adecuación social se pretende revelar qué es lo adecuado socialmente, es decir, qué es lo que la sociedad permite o tolera como socialmente útil o inocuo (inofensivo), dentro del ámbito social de la vida. De allí que la adecuación social funcione como una *cláusula general de libertad de acción*⁸⁰³, o como *concepto de referencia* que se predica respecto de un objeto, de algo que es adecuado o no⁸⁰⁴; concepto algo injustamente dejado de lado en la dogmática actual⁸⁰⁵. Por lo demás, lo mismo puede predicarse del juicio de dañosidad o lesividad social. En todo caso, tanto la cláusula de la adecuación como la de la dañosidad social no han de ser entendidas como simples criterios de interpretación de los tipos penales. En efecto, estas cláusulas no han de ser meras reglas auxiliares de interpretación *ex post* para restringir el tenor literal del tipo (adecuación)⁸⁰⁶ o para afirmarlo (dañosidad), sino por el contrario, han de considerarse como criterios de orientación *ex ante* del comportamiento social⁸⁰⁷. Aunque nuestra imagen de la realidad (social) está en parte condicionada por el avance científico y tecnológico, por otro lado también lo está por nuestras estructuras de pensamiento adquiridas por tradición. De allí que, aun cuando hay

⁸⁰² Cfr. BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, “Significación social y tipicidad”, en *LH al Prof. J. Antón Oneca*, 1982, p. 130. Para estos autores también la adecuación social corresponde tratarla en la tipicidad. En consecuencia, no puede concebirse como una cuestión de culpabilidad, dado que lo que interesa no es determinar las motivaciones o la capacidad del individuo, sino lo que la comunidad social estima como comportamiento correcto.

⁸⁰³ Cfr. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 1969 (11ª ed.), § 10, p. 56 [1970, p. 85]: las conductas socialmente adecuadas no son necesariamente ejemplares, sino conductas que se mantienen dentro de los marcos de la libertad de acción social. Un comentario a la teoría de la adecuación social welzeliana en CANCIO MELIÁ, “La teoría de la adecuación social en Welzel”, *ADPCP*, 1993, pp. 169 y ss. Consideraciones sobre las implicancias procesales del criterio de la adecuación social (de WELZEL sobre todo) en relación con el principio de legalidad en PETERS, “Sozialadäquanz und Legalitätsprinzip”, en *FS für Welzel*, 1974, pp. 415 y ss., 422 y ss.

⁸⁰⁴ Cfr. BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, “Significación social y tipicidad”, en *LH al Prof. J. Antón Oneca*, 1982, p. 134.

⁸⁰⁵ Ojalá sea cierto lo que KNAUER señala en la introducción a su artículo en comentario a la importancia dogmática de la adecuación social: “Die Sozialadäquanz ist wieder da!”. Cfr. KNAUER, “Zur Wiederkehr der Sozialadäquanz im Strafrecht”, *ZStW*, 2014, pp. 844 y ss. Luego de un repaso histórico de la figura y de su actual tratamiento, el autor concluye que a la pregunta de si con esta categoría estamos haciendo referencia a un concepto anacrónico o a un concepto del futuro, él responde con un “sowohl als auch” (ambos a la vez), lo que significa que sólo un aspecto del criterio es el que cuenta actualmente con capacidad de rendimiento.

⁸⁰⁶ En esta línea ROXIN, “Bemerkungen zur sozialen Adäquanz im Strafrecht”, en *FS für Klug*, 1983, pp. 304 y ss. También MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, 1992, pp. 149 y ss.

⁸⁰⁷ Una monografía completa sobre la regla de la adecuación social en la aplicación jurisprudencial alemana (en especial mención de la circuncisión masculina) es la de EXNER (Thomas), *Sozialadäquanz im Strafrecht*, 2011, pp. 58 y ss., *passim*.

ciertas ideas que se encuentran socialmente compartidas por la mayoría de las personas, porque presentan un alto grado de consenso⁸⁰⁸, no alcanza a ser uniforme ni unánime en todos los participantes de la dinámica social. En consecuencia, como criterio de interpretación las reglas de la adecuación y la dañosidad social se encuentran dirigidas al juez, quien determinará los grados de significancia social de lo adecuado o lesivo socialmente⁸⁰⁹, pero, como criterios orientadores de la conducta, aquéllas se encuentran dirigidas al ciudadano, que según sus conocimientos o errores sobre la dimensión valorativa del hecho obrará con conocimiento típico o bajo una suposición errónea típica. Así, el conocimiento típico será el conocimiento del significado de la nocividad social de la conducta que se realiza. Como se verá en el *Capítulo Segundo* este conocimiento puede contar con diferentes grados de certeza sobre la probabilidad de la concurrencia de los elementos del tipo⁸¹⁰. Como contrapartida, el error típico será la errónea representación del significado de la adecuación social de la conducta que se realiza⁸¹¹.

II.1.3.b.ii.c. Peligrosidad ex ante

1. El concepto de peligro cuenta con dos dimensiones que aquí interesa desarrollar para concretar cuál de ellas forma parte del objeto del conocimiento y error típicos⁸¹². La primera dimensión hace referencia a un juicio, la segunda a un estado de cosas, equivalente al resultado. El peligro como juicio se aplica para valorar el comportamiento en el momento

⁸⁰⁸ Atribuye –con razón– un alto grado de consenso a la visión causal del mundo, esto es, una imagen del mundo en movimiento, no estático, cuyos estados de cosas se hallan regidos por leyes naturales, MOLINA FERNÁNDEZ, *Responsabilidad jurídica y libertad*, 2002, pp. 90 y ss.

⁸⁰⁹ JAKOBS, *La imputación objetiva en Dp*, 1996, p. 12, hace referencia a la adecuancia social, cuando interpreta que la teoría de la imputación objetiva tiene por misión delimitar el comportamiento socialmente adecuado y el comportamiento socialmente inadecuado. Una vez realizada tal delimitación, queda establecido cuál es el comportamiento que se exige de una persona en cada contexto, de modo que si tal persona no cumple con esa exigencia, su comportamiento tiene un significado delictivo.

⁸¹⁰ Con independencia de la lesividad, los casos de conocimiento cierto revelan un grado de inadecuación social más intenso que los casos de error. Y, a su vez, entre los grados de la probabilidad también pueden establecerse grados de inadecuación, en cuanto a su trascendencia social. Por ejemplo, el caso del tirador inexperto revela un hecho con un significado social negativo mucho menos intenso que el supuesto de un conocimiento de la alta probabilidad.

⁸¹¹ El que erróneamente se representa la realización de una conducta socialmente adecuada, erróneamente no se representa la concurrencia de los elementos del tipo penal.

⁸¹² Tanto los delitos dolosos como los imprudentes requieren una conducta peligrosa *ex ante*, en el momento de la realización del tipo. Cfr. MIR PUIG, *Dp*, Pg, 2011 (9ª ed.), pp. 246, *passim*.

de realizarse, teniendo en cuenta las circunstancias de la situación en que el sujeto actúa⁸¹³. Son estas circunstancias que acompañan al hecho lo que permiten que el sujeto realice un juicio de pronóstico sobre la concurrencia o no de peligro. Por ejemplo, si alguien coge un arma de fuego y la dispara contra otra persona, realiza para sí un juicio de pronóstico sobre las probabilidades que su comportamiento produzca el resultado mortal. Esto es lo que se ha llamado la peligrosidad *ex ante* de la conducta (que forma parte del desvalor de acción). No todas las conductas cuentan, no obstante, con esta potencialidad lesiva, es decir, no todos los comportamientos son peligrosos según sea el objeto de referencia. Por ejemplo, si una persona lanza un cubo de agua sobre una persona adulta no puede predicarse de dicho comportamiento su peligrosidad para el bien jurídico vida, aunque podría serlo para el honor. La segunda dimensión del concepto de peligro hace referencia a un estado de cosas y, con ello, a un resultado (que forma parte del desvalor de resultado). El peligro como estado de cosas es lo que la doctrina define como “la puesta en peligro” (del bien jurídico) que se sitúa *ex post* de la conducta. Como el estado de peligro o situación de peligro se entiende como algo previo al resultado de lesión, se predica de él que permite diagnosticar la modificación de la realidad⁸¹⁴.

⁸¹³ Cfr. MIR PUIG, “La perspectiva ‘*ex ante*’ en Derecho penal”, *ADPCP*, 1983, pp. 7, 11, *passim*. En el Derecho penal la prohibición de delinquir sólo tiene sentido si se entiende dirigida al ciudadano antes de que haya delinquido (*ex ante*), si es que quiere prevenir aquello que manda. Por ello, la conminación penal no puede limitarse a cumplir la función de respuesta frente al delito una vez cometido, sino que ha de poder ser captada ya por el ciudadano en el mismo momento de actuar, si es que la pena también quiere incidir en su conducta. No obstante, este autor incluye el análisis de la perspectiva *ex post* en los casos de tentativa, para determinar la punibilidad sólo de aquella que *ex post* revele que desde el *ex ante* tenía capacidad de lesión [MIR PUIG, *Dp, Pg*, 2011 (9ª ed.), pp. 362 y ss.]. Por su parte, WOLTER, “Imputación objetiva y personal”, en *El sistema moderno del Dp*, 2012 (2ª ed.), p. 131, analiza el comportamiento peligroso imputable desde una estricta perspectiva *ex ante*, mientras que la relación de riesgo y el resultado lesivo se enjuician desde la perspectiva *ex post*; pero para comprender mejor el concepto de injusto de este autor véanse las interesantes aclaraciones del traductor (*Silva Sánchez*), en pp. 123-124: para WOLTER la perspectiva decisiva en el análisis del injusto no es la perspectiva *ex ante*, sino la perspectiva *ex post*, aunque situada no en el momento del resultado, sino en el del peligro concreto (*ex post*). Por ello, el prototipo del injusto lo sitúa en la tentativa acabada idónea e interpreta el castigo de la tentativa inidónea como una excepción. Desde una perspectiva *ex ante*, en cambio, las cosas pueden verse de modo diferente, en la medida en que resulta imposible distinguir entre tentativa idónea e inidónea: en ambas se da “peligro *ex ante*” y sólo *ex post* puede advertirse que en la inidónea no hay una puesta en peligro concreto, mientras que en la inidónea sí. Así, pues, si la concurrencia del injusto se decide *ex ante*, la apreciación de injusto en la tentativa inidónea será conforme a las reglas generales, y no como excepción.

⁸¹⁴ Sobre estas dos dimensiones del peligro, con más detalles, MOLINA FERNÁNDEZ, *El concepto de peligro*, 2008 (inédito), pp. 13 y ss., 4, 23, 25. Por su parte, MENDOZA BUERGO, *Límites dogmáticos*, 2001, pp. 24 y ss., señala que no hay que confundir entre peligrosidad de la acción y peligro causado por ésta. También, sobre la discusión entre el peligro como juicio y el peligro como estado de cosas, HORN, (Eckhart), *Konkrete Gefährdungsdelikte*, 1973, p. 31.

2. Así como el juicio de peligro *ex ante* de la conducta se apoya en un concepto de peligrosidad epistemológico-subjetivo⁸¹⁵, el juicio de peligro *ex post* de la conducta (como estado de cosas) se concibe más bien desde un concepto de peligro epistemológico-intersubjetivo. La naturaleza subjetiva del juicio de peligrosidad lo hace relativo a la visión del autor. No existe una sola versión del peligro, porque ésta depende de la situación y el sujeto cognoscente que actúa⁸¹⁶, aunque sí existe una versión oficial del peligro típico y de lo no típico (lo socialmente consensuado)⁸¹⁷. Esto último se da sobre todo en los peligros evidentes y de público conocimiento, que serán la esencia del juicio de atribución objetiva, pero sólo la base del juicio de peligrosidad de la imputación subjetiva⁸¹⁸. La pregunta para el conocimiento típico será qué clase de peligro se ha representado el autor junto a su

⁸¹⁵ Peligrosidad epistemológica: existencia de unas leyes de la naturaleza que determinan el acontecer del mundo, y que es posible conocerlas.

⁸¹⁶ En sentido similar MOLINA FERNÁNDEZ, *El concepto de peligro*, 2008 (inédito), p. 18 [ya antes en *Antijuridicidad penal*, 2001, p. 708]. Un juicio de peligro es por naturaleza relativo, esto es, dependiente de los conocimientos que se manejan. En efecto, en una misma situación diferentes personas con diferentes conocimientos pueden llegar a afirmaciones de probabilidad distintas. La pregunta es entonces, ¿qué conocimientos se deben tener en cuenta para el juicio de peligro en la antijuridicidad? Para el juicio de peligro se tendrán en cuenta los conocimientos que se manejan de la situación en el momento del hecho. Para acreditar y valorar el juicio de peligro por parte del juez se hace un pronóstico posterior. También BURKHARDT, “Conducta típica”, en *El sistema integral del Dp*, 2004, pp. 155 y s., entiende que “un peligro existe siempre desde la perspectiva del conocimiento de quien lo juzga”. Por eso, él mismo afirma que, en sede de la imputación objetiva, la cognoscibilidad *ex ante*, ya sea para el autor o para el hombre hipotético, no desempeña papel alguno (p. 192). En este nivel rige sólo un juicio de peligrosidad *ex post* con todos los conocimientos disponibles *ex post* (p. 190).

⁸¹⁷ Para algunos autores no es conveniente identificar el peligro típico con el riesgo prohibido, y el peligro atípico con el riesgo permitido, porque existen riesgos prohibidos leves que no son típicos debido a su habitualidad, y en cuanto ello, dado el caso concreto se los permite. En este punto vale la definición de JAKOBS, “El lado subjetivo del hecho”, en *Estudios de Dp*, 1997, pp. 206-207, nota al pie 8: “el riesgo permitido se determina (...) por medio de una ponderación de la utilidad de la libertad de acción frente a la protección del bien jurídico” (como el ejemplo citado más adelante del conductor levemente ebrio que conduce por una carretera solitaria). De similar modo FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988, pp. 72 y ss., 75 y ss., señala que el riesgo permitido se determina desde un juicio de ponderación de intereses: libertad de actuación y protección de bienes jurídicos; también BURKHARDT, “Conducta típica”, en *El sistema integral del Dp*, 2004, p. 166; SCHÜNEMANN, “Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva”, en *Temas actuales*, 2002, p. 84.

⁸¹⁸ Para la peligrosidad *ex ante* también es posible la anterior fórmula de la previsibilidad objetiva. Así, tal como lo afirma MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, 1992, p. 351, “en la mayoría de los problemas que hoy se estudian como de ‘imputación objetiva’ de lo que en realidad se trata es de decidir si la conducta ha lesionado un deber objetivo de cuidado, si estamos ante una conducta *ex ante* peligrosa en relación con el resultado en cuestión”. También SCHÜNEMANN, “Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva”, en *Temas actuales*, 2002, p. 83, destaca que la formulación de moda de “que el autor debe haber creado con su conducta típica un riesgo jurídicamente no permitido” es la versión ostentosa del clásico presupuesto: “la acción que es causa del resultado debe ser objetivamente contraria al deber de cuidado”. En el lenguaje dogmático más moderno se prefieren fórmulas más normativas, como la infracción a los deberes derivados del rol o de la competencia. Así, JAKOBS/PAWLIK.

desvalor social. Por continuar con el ejemplo anterior: si alguien coge un arma de fuego y la dispara contra otra persona desde una corta distancia hacia el tronco, en relación a esta conducta peligrosa *ex ante* pueden efectuarse al menos tres pronósticos: lesiones graves, muerte, o bien, ninguna lesión. Lo que suceda definitivamente es otra cosa. Por otro lado, el juicio *ex post* de peligro es de naturaleza epistemológica-intersubjetiva porque ya no es relativo al juicio individual del autor, sino de lo que socialmente se entiende en el caso concreto o en ese tipo de situaciones lesivas. Con ello, el concepto de peligro *ex post*, como puesta en peligro, es un concepto secundario y accesorio el concepto de peligro *ex ante*. En la medida en que la conducta realizada no sea peligrosa no podrá sucederse un estado de cosas peligroso *ex post*⁸¹⁹.

3. El objeto del conocimiento típico será el concepto de peligro como juicio (*ex ante*) y no como estado de cosas (*ex post*). Desde la perspectiva de la norma de conducta, sólo el concepto de peligro como juicio puede operar como guía para la acción en el momento de llevarse a cabo⁸²⁰. De hecho, cualquier concepción de la norma que asuma su carácter directivo está abocada a realizar la valoración *ex ante* del hecho, que es cuando el mensaje normativo puede influir sobre sus destinatarios⁸²¹. En otras palabras, sólo la perspectiva *ex ante* individualizada es la que mejor se acomoda a la pretensión motivadora de las normas y la que permite una imputación adecuada a la persona del autor⁸²². Esto supone considerar al desvalor de acción como el núcleo de la antijuridicidad material, y no al resultado, como tradicionalmente ha sido considerado⁸²³. Que el desvalor de acción es lo que define el injusto se aprecia en todo su esplendor en lo que aquí he denominado la tentativa idónea

⁸¹⁹ Esta lógica está presente en la teoría de la imputación objetiva cuando se exige que el resultado producido sea la concreción del peligro intrínseco de la acción.

⁸²⁰ Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, *El concepto de peligro*, 2008 (inédito), p. 14. Por otra parte, el concepto de peligro como estado de cosas adquiere relevancia para las normas de sanción, ya que es el juez quien *ex post* debe comprobar su existencia, y, en su caso, tomarlo en consideración para determinar la responsabilidad.

⁸²¹ Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, 2001, p. 375. También, desde una concepción subjetivista del ilícito, SANCINETTI, *Teoría del delito y desvalor de acción*, 2005, pp. 83, *passim*.

⁸²² “La valoración *ex ante* enlaza con una idea de racionalidad elemental. Si las normas jurídicas pretenden no sólo valorar lo que es correcto o incorrecto sino también influir en el comportamiento de sus destinatarios – carácter directivo de las normas jurídicas- no pueden actuar *ex post*, cuando el hecho está más allá de la capacidad de acción del sujeto, sino *ex ante*” (p. 21). “La concepción del peligro que ve en él una afirmación acerca de la posible producción de hechos dañosos evaluada a la luz de ciertos conocimientos limitados de la realidad, encaja perfectamente en esta idea” (pp. 21-22). Así, MOLINA FERNÁNDEZ, *El concepto de peligro*, 2008 (inédito).

⁸²³ Se valora la acción, no sólo como causa del resultado, sino como una acción peligrosa que hace objetivamente previsible la producción del resultado. Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, 2001, p. 375. También RUDOLPHI, *Causalidad e imputación objetiva*, 1998, p. 31.

aparente (o también llamada peligrosa *ex ante*, no peligrosa *ex post*), de la que me ocupo más adelante. En consecuencia, si lo que definiera el injusto fuera el resultado no podrían castigarse hechos peligrosos *ex ante* que no producen un resultado *ex post*, pero que se presentan como intolerables para los intereses sociales.

4. En la imputación subjetiva lo que se valorará será la versión del peligro representada por el autor, pero ello supone que se ha pasado el filtro del peligro típico en abstracto. Para medir este filtro objetivo varios modelos o baremos de medición pueden emplearse. Por regla general, la doctrina mayoritaria apela a un baremo general, el del hombre medio o el del hombre omnisciente, pero caben también otros criterios como el de la perspectiva de la víctima o la del autor del hecho. Junto a estos baremos de posicionamiento geográfico del juicio de valoración se encuentra la dimensión temporal de la valoración del peligro (*ex ante* y *ex post*). Veamos algunos ejemplos de estos modelos, sin pretensión de agotar el tema ni muchos menos la bibliografía en esta materia, que escapa al objeto esencial del trabajo.

4.a. *Modalidad del consenso absoluto ideal*: esta clase de consenso social sobre el peligro es un consenso impracticable, por cuanto muy escasos peligros alcanzarían este acuerdo unánime. Aquí el grado de peligrosidad *ex ante* es compartido por todos los sujetos sociales, desde el más “real”, como el autor, al más “ideal”, como un observador omnisciente. Es decir, tanto para el autor concreto, como para el hombre medio (colocado en el lugar del autor, o desde cualquier otro lugar), como para el hombre experto y el hombre omnisciente, el peligro es el mismo. Todos coinciden en el juicio de peligrosidad. También desde la perspectiva *ex post* estos sujetos siguen compartiendo el mismo juicio de peligro.

4.b. *Modalidad del consenso absoluto real*: a diferencia de la modalidad anterior esta clase de consenso social sobre el peligro es un consenso real y, por ello, algo más practicable que el anterior. Aquí el grado de peligrosidad *ex ante* es compartido por todos los sujetos sociales reales, pero no por el sujeto ideal (observador omnisciente). Los sujetos sociales reales serían: el autor concreto, el hombre medio (colocado en el lugar del autor, o desde cualquier otro lugar) y el hombre experto. También *ex post* todos los sujetos reales

seguirían compartiendo el mismo juicio de peligro, a excepción del observador omnisciente que ya desde la perspectiva *ex ante* habría advertido la ausencia de peligro⁸²⁴.

4.c. *Modalidad del consenso absoluto del hombre medio*: esta clase de consenso es aún más real que las anteriores. Aquí el grado de peligrosidad *ex ante* es compartido por casi todos los sujetos sociales reales, pero no por el sujeto experto (y mucho menos por el observador omnisciente)⁸²⁵. En este caso tanto el autor concreto, como el hombre medio (en el lugar del autor y desde un lugar diferente) advierten la peligrosidad de la conducta, a diferencia del sujeto experto que por sus conocimientos especiales o científicos conoce acerca de la no peligrosidad de la conducta. También *ex post* el autor y el hombre medio seguirían compartiendo el grado de peligrosidad de la conducta, a excepción otra vez del sujeto experto (quien había advertido desde un principio la ausencia de peligro). Esta generalizada creencia de la peligrosidad de la conducta por parte del “común de los mortales” puede responder al desconocimiento también generalizado que llegue a existir respecto del porqué de la no producción del resultado (en los casos de tentativa), o viceversa al desconocimiento del porqué de la producción del resultado (en los casos de lesión)⁸²⁶. La causa de este desconocimiento generalizado puede responder a la ausencia de información sobre algunos avances o descubrimientos de la ciencia, de modo que el hombre medio sólo tiene a su disposición un conocimiento no actualizado de la materia⁸²⁷.

4.d. *Modalidad del consenso relativo del hombre medio*: aquí el grado de peligrosidad *ex ante* lo es para el autor y para el hombre medio colocado en el lugar del autor, pero no lo es ni para el hombre medio situado en un lugar diferente⁸²⁸, ni mucho menos para el sujeto experto y el sujeto omnisciente. Desde la visión *ex post*, sólo el autor y

⁸²⁴ No sería posible por ilógico una modalidad en que *ex ante* el observador omnisciente compartiera la peligrosidad, y sólo *ex post* supiera de la ausencia de peligrosidad, puesto que el sujeto omnisciente todo lo sabe.

⁸²⁵ Cabe una modalidad intermedia que consiste en: la peligrosidad *ex ante* es advertida por el autor, el hombre medio (en su lugar y desde otro lugar) y el sujeto experto; pero *ex post* sólo advierte la ausencia de peligrosidad el sujeto experto.

⁸²⁶ Piénsese en el caso de la talidomida, que para cuando era médicamente recetada se desconocían los efectos colaterales del medicamento en mujeres embarazadas.

⁸²⁷ Los insuficientes conocimientos que hasta ese entonces el hombre medio tiene a su disposición en relación con el efecto de determinados riesgos, hace que todavía no existan juicios de valoración sobre los mismos, y con ello, ausencia de consenso social.

⁸²⁸ Cabe una modalidad intermedia: la peligrosidad *ex ante* es advertida por el autor, el hombre medio (en su lugar y desde otro lugar), pero *ex post* sólo advierte la ausencia de peligrosidad el hombre medio desde otro lugar.

el hombre medio en su lugar siguen advirtiendo tal peligrosidad y no, así, el hombre medio situado en otro lugar (tampoco el hombre experto y el omnisciente).

5. Vistos estos modelos, entiendo que el que más se acomoda a la razonabilidad de un juicio de atribución objetiva será el del “consenso social relativo del hombre medio” (4.d.). En consecuencia, para determinar cuándo concurre un consenso social de peligrosidad *ex ante* (y *ex post*) no se puede recurrir a criterios ideales, tomando como baremo el hombre omnisciente, así como tampoco apelar a criterios absolutos, por más reales que sean. En efecto, en el modelo del hombre medio se da el grado de consenso social necesario como para hablar de *peligrosidad real*, entendida ésta en términos empírico-normativos. Los supuestos de peligrosidad real resultan de la correspondencia entre la peligrosidad ontológica y la peligrosidad valorativa. Este juicio de atribución objetiva, como se verá en el *Capítulo Cuarto*, es sólo el límite inferior del juicio de imputación subjetiva, que se completa con la “mejor versión del autor” como límite máximo⁸²⁹.

II.I.4. ERROR DIRECTO DE TIPO Y ERROR INDIRECTO DE TIPO

1. En la teoría del error se estudian todos aquellos supuestos en que la “realidad socialmente valorada” representada por el sujeto ha sufrido distorsiones en términos de déficits o de excesos, dando lugar a errores burdos, vencibles o invencibles⁸³⁰. Las experiencias vitales que son mayormente percibidas por los sentidos pueden no ser percibidas correctamente, de modo congruente con la realidad⁸³¹. La suposición errónea sobre algún extremo de la realidad típica puede tener relevancia en Derecho penal en dos ámbitos. O bien tratarse de un error directo de tipo o de un error indirecto de tipo⁸³². En este epígrafe se intentará

⁸²⁹ Véanse los epígrafes *II.IV.2.b.i.a. Concepto de hombre medio como baremo objetivo* y siguientes.

⁸³⁰ Lo que PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, 2011, p. 134, denomina prácticas a partir de situaciones no óptimas para orientarse en el mundo, de modo que el apartamiento de la regla de conducta conlleva una pena más leve.

⁸³¹ Las alteraciones de la percepción pueden estar gobernadas tanto por causas psicológicas (sesgos cognitivos y heurísticas), como psíquicas. Sobre los errores de tipo causados por alteraciones o anomalías psíquicas que pueden afectar ya al injusto del hecho, cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, “Error de tipo derivado de anomalías o alteraciones psíquicas”, *Icade, RCFDCEE*, 2008, pp. 113 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, *Normas y acciones*, 2003, pp. 103 y ss.

⁸³² Error indirecto = error inverso o error al revés. Sobre esto DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *El error*, 2008, pp. 181 y ss.

dilucidar la trascendencia en el mundo exterior de las diferentes representaciones del sujeto. La doctrina suele señalar que desde el punto de vista estructural existe similitud entre el error de tipo y la tentativa inidónea⁸³³, por cuanto en ambos casos se dan en el autor representaciones erróneas de la ausencia o concurrencia del tipo penal. Este fenómeno de similitud ha sido explicado por algunos autores desde el llamado principio de inversión (*Umkehrprinzip*⁸³⁴) del error, de modo que la tentativa inidónea también suele ser denominada “error de tipo al revés” (*umgekehrter Tatbestandsirrtum*)⁸³⁵. A pesar de la similitud estructural entre el error de tipo y la tentativa inidónea, ya desde un inicio se advierte que éstas comportan una distinta desvaloración del hecho⁸³⁶, toda vez que no es lo mismo representarse erróneamente que no se realiza un tipo penal, o representarse erróneamente que se actúa de un modo socialmente adecuado (por ejemplo, el autor cree que dispara a un oso y dispara a otro cazador), que representarse erróneamente que se realiza un tipo penal (por ejemplo, el autor cree que sirve un vaso de leche envenenada, cuando en verdad no). Con ello, se puede apreciar que el llamado principio de inversión ofrece tan sólo un criterio formal de equivalencia de estructuras⁸³⁷, que no es suficiente para explicar el porqué estos casos de error se fundamentan normativamente de modo desigual.

⁸³³ Toda clase de tentativa encierra esta similitud, y no sólo la tentativa inidónea. También SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación y teoría del delito*, 2008, pp. 555 y ss. Sobre la equivalencia entre error y tentativa, MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, 2001, pp. 786 y ss. (distinguiendo entre error directo sobre la propia conducta o error de tipo y error inverso sobre la propia conducta o tentativa); SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal*, 1997, pp. 126 y ss.

⁸³⁴ El principio de inversión se encuentra ya en la literatura penal más clásica. Cfr. BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, t. III: *Der Irrtum*, 1908, pp. 402 y ss., 489 y ss. Sobre el *Umkehrprinzip* en el error, ENGISCH, “Der ‘umgekehrte Irrtum’ und das ‘Umkehrprinzip’”, en *FS für Ernst Heinitz*, 1972, pp. 185 y ss. El principio de inversión respecto del delito putativo, y en la doctrina de los delitos de omisión, cfr. KAUFMANN (Armin), *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1959, pp. 87 y ss. [= *La dogmática de los delitos de omisión*, 2006, pp. 103 y ss.].

⁸³⁵ Bien aclara PUPPE, “El alcance lógico de la llamada conclusión inversa”, en *El Derecho penal como ciencia*, 2014, p. 40, que la expresión inversión hay que entenderla respecto de la ausencia o concurrencia de la representación, es decir, si el error típico consiste en una representación positiva, su inversión consistirá en la ausencia de representación, y no, en cambio, en una representación inversa (esto es, en la representación de lo contrario). Asimismo, si el error típico consiste en la ausencia o negación de una representación, su inversión consistirá en la existencia de la representación positiva.

⁸³⁶ En los dos casos se trata de examinar simultáneamente el grado de relación y congruencia que existe entre los dos elementos del supuesto de hecho. Por un lado, el elemento objetivo, la realidad, y, por el otro, el elemento subjetivo, la representación mental, y a partir de allí, determinar su trascendencia jurídica de cara a la penalidad.

⁸³⁷ Señala que el principio de inversión se manifiesta de dos modos, denominados en forma esquemática: igual estructura de comportamiento-igual efecto jurídico (efecto jurídico inverso- estructura de comportamiento inversa), STRUENSEE, “La estructura de los delitos de omisión imprudentes”, *RDPC*, 2005, p. 246.

Para ello será necesario apelar a un criterio material, es decir valorativo⁸³⁸, que nos permita explicar el porqué el error en algunos casos se desvalora como imprudencia, y porqué en otros como dolo⁸³⁹. Siguiendo el hilo de lo que se entiende en este trabajo como conducta antijurídica, el criterio valorativo que nos permitirá determinar el diferenciado tratamiento penal del error de tipo y de la tentativa inidónea será el principio de protección de bienes jurídicos, entendido tanto en su dimensión de lesividad material como en su dimensión de lesividad inmaterial, esto último es, de las expectativas de uso y disfrute de los bienes jurídicos. En consecuencia, mientras que la respuesta penal del autor imprudente tendrá que ver con el desvalor que se le atribuyen a conductas que son realizadas infringiendo incumbencias subjetivas de cuidado, la respuesta penal de la tentativa como error de tipo al revés revela que aún los autores dolosos que obran con descuido generan peligros intersubjetivamente serios de afectación a las expectativas de uso y disfrute de tales intereses⁸⁴⁰.

II.1.4.a. Error directo de tipo

1. La teoría del error distingue esencialmente entre el error de tipo (directo), que desplaza el dolo tanto si es vencible como invencible, y que deja subsistente la imprudencia típica en los casos de vencibilidad, y el error de prohibición que desplaza la antijuridicidad de la conducta⁸⁴¹. Mayoritariamente, el error de tipo directo se concibe como el desconocimiento

⁸³⁸ Cfr. WALTER, *Der Kern des Strafrechts*, 2006, pp. 368 y ss.; MAÑALICH, “La tentativa y el desistimiento en el Derecho penal”, *REJ*, 2004 p. 151. También ALCÁCER GUIRAO, *La tentativa inidónea*, 2000, pp. 24-27; PUPPE, “Die logische Tragweite des sog. Umkehrschlusses”, en *FS für Karl Lackner*, 1987, pp. 243, *passim* [también en “Error de hecho, error de derecho”, en *El Derecho penal como ciencia*, 2014].

⁸³⁹ El principio de inversión debería dar lugar a las siguientes cuatro formas: (1) cuando un error exonera a un autor, el error inverso le genera responsabilidad; (2) cuando un error genera responsabilidad para el autor, el error inverso lo exonera; (3) cuando un error no exonera al autor, el error inverso no le genera responsabilidad; (4) cuando un error no genera responsabilidad para el autor, el autor inverso no lo exonera. Cfr. PUPPE, “El alcance lógico de la llamada conclusión inversa”, en *El Derecho penal como ciencia*, 2014, pp. 39 y ss.

⁸⁴⁰ Para la doctrina más tradicional, en el error de tipo inverso el sujeto actúa con dolo, pero es imposible que se produzca el tipo objetivo, porque no concurre algún elemento del mismo. En estos casos, no obstante, se entiende que existe un desvalor de acción subjetivo fundamentado en la intención del sujeto y otro objetivo fundamentado en la peligrosidad general *ex ante* de la conducta. Es justamente el desvalor de acción lo que fundamenta el castigo por dolo. Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *El error*, 2008, pp. 181 y ss.; LUZÓN PEÑA, *Curso de Dp*, Pg, 1996, pp. 468 y ss.

⁸⁴¹ Más detalles sobre el error de tipo y error de prohibición en nuestra doctrina, FAKHOURI GÓMEZ, *Delimitación entre error de tipo y de prohibición*, 2009; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *El error*, 2008, pp. 149 y ss., 159 y ss.; OLAIZOLA NOGALES, *El error de prohibición*, 2007, pp. 35 y ss.; FELIP I SABORIT, *Error iuris*, 2000.

de la concurrencia de los elementos del tipo penal⁸⁴², o falsa representación de la no concurrencia de dichos elementos, mientras que el error de prohibición se configura desde la conciencia de la desvaloración jurídica y prohibida de la conducta. Por regla general, y dejando de lado la llamada teoría del *dolus malus*, el error de prohibición no afecta al dolo, es decir, no lo excluye. En la legislación española el art. 14.1 CPes. establece que el error invencible sobre un *hecho constitutivo de la infracción penal* excluye la responsabilidad criminal, pero, si atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, si cupiere⁸⁴³, como imprudente⁸⁴⁴. Por su parte, el art. 14.3 CPes. señala que el error invencible sobre la *ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal* excluye la responsabilidad criminal, pero si el error es vencible se aplicará una pena atenuada⁸⁴⁵. El injusto subjetivo imprudente se contenta con la previsibilidad subjetiva de la peligrosidad del comportamiento desconociendo su dimensión de desvalor social⁸⁴⁶.

2. Con ello, el error sobre la dañosidad social de la conducta (ya sea que recaiga sobre un elemento descriptivo o sobre un elemento normativo) será un error típico⁸⁴⁷. Otra cosa será lo relativo a su vencibilidad e invencibilidad. Teniendo en cuenta el juicio *ex ante* de peligrosidad de la conducta, serán supuestos de error vencible aquellos que sean advertidos por el autor concreto, que por sus circunstancias personales no se ha representado la dimensión antisocial de su conducta. Dicho de otro modo, se ha de determinar desde un

⁸⁴² Para PUPPE, “El alcance lógico de la llamada conclusión inversa”, en *El Derecho penal como ciencia*, 2014, p. 39, el error de tipo es una *ignorantia facti*, ya que no influye en él qué es lo que el autor se representó, esto es, que creyera que disparaba sobre un jabalí, sino que no se representó que su disparo era sobre una persona.

⁸⁴³ El art. 12 CPes. regula la tipificación cerrada de la imprudencia.

⁸⁴⁴ El § 16 *StGB* regula el error sobre las circunstancias del hecho, esto es, el error de tipo (quien en la comisión del hecho no conozca una circunstancia que pertenece al tipo penal, no actúa dolosamente; permaneciendo intacta la punición por la comisión imprudente).

⁸⁴⁵ El § 17 *StGB* regula el error de prohibición (si en la comisión de un hecho el autor no comprende lo injusto de su actuar, entonces, actúa sin culpa si él no pudo evitar tal error, pero si lo pudo evitar, entonces, se puede atenuar la pena).

⁸⁴⁶ Cfr. WOLTER, “Imputación objetiva y personal”, en *El sistema moderno del Dp*, 2012 (2ª ed.), pp. 129 y ss. En cuanto a la parte objetiva, ésta está conformada por un desvalor de acción (la infracción a la norma de cuidado), y por un desvalor de resultado (la lesión de un bien jurídico). Cfr. MIR PUIG, *Dp*, Pg, 2011 (9ª ed.), p. 297.

⁸⁴⁷ Algún sector de la doctrina incluye, incluso, dentro del error de tipo, las representaciones del sujeto sobre riesgos que él se representa no son suficientes para lesionar el bien jurídico. Así, SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal*, 1997, p. 101, para quien el error de tipo surge por la creencia del sujeto en que se conducta pese a la peligrosidad de la misma, no se va a plasmar en una lesión para un bien jurídico. A mi entender, el error típico sólo se da en los casos en que el sujeto cree falsamente que no concurren los elementos del tipo penal, que es distinto a representarse que no se producirá el resultado.

punto de vista subjetivo “qué procesos eran intelectualmente previsibles”⁸⁴⁸ como lesivos según el contexto, y qué cuidados, recaudos o esfuerzos habría que haber tomado para advertir correctamente la situación vivida en estado de error típico. Asimismo, serán supuestos de error invencible aquellos que lo sean para el autor concreto y no para el hombre medio colocado en su lugar. En efecto, si el conocimiento típico exige una correspondencia cognitiva con el sentido social del tipo, el error tendrá que quedar referido a esa falta de correspondencia, ya sea por ausencia de correspondencia o por *incorespondencia*⁸⁴⁹.

II.1.4.a.i. Error de tipo sobre la dimensión fáctica

1. Hemos visto con anterioridad que la dimensión fáctica se compone de los elementos descriptivos y elementos normativos del tipo penal, que requieren de la aprehensión cognitiva de su significado (comprensión intelectual), aunque algunos puedan percibirse ya por los sentidos⁸⁵⁰, y otros precisen además de una valoración. Los errores que pueden presentarse en esta dimensión son: el error sobre el sustrato fáctico del elemento descriptivo o error sobre el concepto de dicho elemento y el error sobre el sustrato normativo del elemento normativo o error sobre el concepto de dicho elemento. En este último caso, el sustrato normativo y el conceptual se solapan. Por ejemplo, el error de percepción de la presencia de otro en el momento de disparar o el error sobre el concepto de “otro” (de persona humana) son errores sobre la dimensión fáctica: quien percibe con sus ojos que delante suyo se encuentra una persona percibe al mismo tiempo su cualidad de persona, sólo en la medida en que la comprenda intelectualmente como un ser-persona. Pero, también será un error sobre la dimensión fáctica el error de comprensión del elemento normativo “documento público” (que suele ser visto como un error de interpretación acerca del

⁸⁴⁸ De esta expresión BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Dp*, 1994 (4ª ed.), p. 357, pero desde un baremo objetivo.

⁸⁴⁹ Para BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1994, p. 112, “existirá, (...), un ‘error de tipo’, cuando la representación subjetiva del agente acerca de la situación, o acerca de la objetiva idoneidad lesiva de su acción, no se aúne con la que cabe constatar o pronosticar *ex ante facto*, conforme a las leyes científicas o experimentales conocidas –baremo objetivo *ex ante*–”.

⁸⁵⁰ La percepción sensorial es una “característica definitoria” de los elementos descriptivos. Una característica definitoria de una cosa (no sólo un objeto, sino también una cualidad, una relación, etc.) es una característica en ausencia de la cual la palabra no sería aplicable a la cosa. Cfr. HOSPERS, *Introducción*, 1984 (2ª ed.), pp. 40-41. En tal sentido, es una característica definitoria de los elementos descriptivos que pueden ser percibidos por los sentidos.

significado de uso común⁸⁵¹ de dicho elemento). Es decir, tanto los elementos descriptivos como normativos pueden presentar errores de concepto⁸⁵², sólo que respecto de los elementos normativos, lo conceptual se superpone⁸⁵³. En cualquier caso, todo acto de comprensión de los elementos del tipo penal hay que valorarla a la luz de la esfera del hombre medio profano, que implica una comprensión conceptual y de sentido similar o aproximada al sentido que posee el elemento a nivel social.

2. El error fáctico en sí se da en aquellos supuestos en donde el sujeto desconoce que concurre, o se representa equivocadamente que no concurre, algún elemento del tipo penal. Por ejemplo, el sujeto desconoce que detrás del blanco en el campo de tiro ha quedado un operario dormido, o cree que coge su abrigo para llevárselo, cuando en verdad coge un abrigo ajeno. También puede presentarse el error cuando el sujeto de un modo autorresponsable tiene una experiencia visual deficitaria (por la perspectiva asumida o por no contar con los elementos necesarios), que le conduce a representarse erróneamente la realidad⁸⁵⁴: por ejemplo, el día de la caza, el cazador olvida sus lentes que le permiten ver a distancia, y por ello, llegado el caso, confunde el bulto-hombre con el bulto-jabalí⁸⁵⁵. Por su parte, el error fáctico sobre el sustrato valorativo se da cuando el sujeto se equivoca sobre el dato valorativo de un determinado elemento. Por ejemplo, el sujeto desconoce que el solicitar el contrato de un pariente en la administración pública a cambio de no tomar parte en una subasta pública configura una “dádiva” en los términos del delito art. 262 del CPes., o bien cree falsamente que no concurre la cualidad de “condenado” en el sujeto que se encuentra bajo el régimen de libertad condicional y le ayuda a que viaje al exterior.

⁸⁵¹ Sobre la regla del uso común de las palabras, HOSPERS, *Introducción*, 1984 (2ª ed.), pp. 19 y ss. Sobre las acepciones del “significado”, pp. 24 y ss.

⁸⁵² El error conceptual o de interpretación puede equipararse al error de subsunción, y puede dar lugar a un error penalmente irrelevante, a un error de tipo (descriptivo o normativo) o a un error de prohibición. En Alemania, NEUMANN, “§ 17”, en *AK I*, 1990, nm. 29, p. 539 (a favor del error de subsunción tanto en elementos descriptivos, como normativos). En la doctrina española se ha ocupado de este tema DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *El error*, 2008, pp. 206 y ss., 208 y ss. Para este autor el error de subsunción puede afectar tanto a un elemento normativo del tipo, como a cualquier otra clase de elemento típico (por ejemplo, el sujeto cree que el estado de cosas que se le presenta no encaja en el concepto “documento”, que resulta ser un elemento típico).

⁸⁵³ Para JAKOBS, *Dp, Pg*, 1997 (2ª ed.), p. 874, “el autor, para obrar con dolo, debe conocer el contenido conceptual de los elementos del tipo, pero no necesariamente su nombre (irrelevancia del error de subsunción)”.

⁸⁵⁴ Lo que se ha reseñado en los términos de la filosofía searleana.

⁸⁵⁵ Me refiero a bulto-hombre y bulto-jabalí porque el cazador no ve con certeza que dispara a un jabalí o a un hombre, sino que ve un bulto, una sombra o algo que se mueve y, por el contexto, cree que se trata de un jabalí, cuando se trata de un hombre.

Finalmente, puede el sujeto desconocer o equivocarse sobre el concepto genérico que posee algún elemento del tipo penal, ya sea descriptivo o normativo, atribuyendo un concepto o definición más extenso o reducido que el que verdaderamente tiene, o bien directamente, “no vivir el significado de la palabra”⁸⁵⁶. Puede equivocarse sobre el concepto de: persona, cosa, patrimonio, deuda, funcionario público, juez, violencia, transporte, contagio de ganado, sustancias corrosivas y venenosas, entes públicos, conflicto armado, autoridad competente, etc.

3. Aunque es plausible la postura que considera que la mera mención de un elemento en la descripción legal no convierte automáticamente a éste en un elemento del tipo y, por ende, tampoco a cualquier error sobre alguno de esos elementos, en error de tipo⁸⁵⁷; no es menos plausible entender, que una vez determinado cuáles son los elementos típicos, cualquier error sobre ellos, descriptivos o normativos, merezca el tratamiento de un error de tipo. Cuando el error recae sobre la dimensión fáctica empírica del elemento normativo nos encontramos ante un error de tipo igual que el error de tipo que recae sobre la dimensión fáctica del elemento descriptivo. Por ejemplo: si un comprador se equivoca sobre la ajenidad de una valiosa joya que acaba de adquirir junto a otro comprador a quien pertenece realmente la joya o si se equivoca acerca del concepto de ajenidad, ambos errores (uno sobre la identidad de la joya: circunstancia fáctica sobre la que se apoya el concepto de ajenidad⁸⁵⁸, y otro sobre el concepto de ajenidad) son errores que recaen sobre un elemento del tipo penal.

4. Como hemos visto también en otros lugares de este trabajo, el alcance o ámbito de aplicación que el sujeto le otorgue al elemento típico puede dar lugar a dos tipos de errores conceptuales. En el proceso de aprehensión cognoscitiva de los elementos del tipo de hurto el sujeto puede equivocarse sobre lo *que es* ajeno (creyendo que todo lo que está dentro de un espacio común puede ser llevado consigo), y esto da lugar a un error sobre el alcance normativo del elemento del tipo “ajeno”. En este ejemplo, el sujeto activo concibe lo “ajeno” con un alcance normativo más extenso del que tiene (intersubjetivamente),

⁸⁵⁶ Sobre esto, véase WITTGENSTEIN, *Investigaciones filosóficas*, 1988, pp. 491 y ss.

⁸⁵⁷ Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *El error*, 2008, pp. 191 y ss. (para este autor ello conllevaría a una contemplación puramente formal del problema).

⁸⁵⁸ Similar ejemplo en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *El error*, 2008, p. 205. También BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Dp*, 1994 (4ª ed.), p. 401 tilda de error de tipo la equivocación del autor sobre la materialidad (cosa) a que está referida la valoración (ajenidad).

produciéndose con ello una extensión de lo permitido y una reducción del tipo de hurto de modo arbitrario. A esta clase de error la he denominado “error de alcance por exceso”. Pero, también puede darse un “error de alcance por defecto”, cuando a diferencia del caso anterior, el sujeto atribuye un significado al elemento del tipo penal mucho más reducido del que verdaderamente tiene, dejando fuera del alcance del tipo la conducta típica que realiza. Por ejemplo, una mujer encinta permite al médico la interrupción quirúrgica de su embarazo de cinco meses, porque entiende que *feto* no es aquello que sufre de alguna malformación⁸⁵⁹, o un ciudadano entiende que ajeno son todos aquellos bienes que pertenecen a una persona física o jurídica privada, pero no entiende lo mismo respecto a las cosas que pertenecen al Estado, que son públicas y, por ello, desde su concepción comunitaria piensa que son cosas de todos, disponibles por todos, de modo que se lleva unos semáforos a la casa⁸⁶⁰.

5. Tanto los errores de concepto de los elementos descriptivos como de los normativos pueden tener su origen en un déficit cognitivo, como la escasa alfabetización, o en un proceso de culturización o educación diversa. ¿Cuáles de estos errores pueden eximir de responsabilidad penal? En principio, quien mantiene concepciones exóticas o muy particulares sobre el nombre o concepto de las cosas de común conocimiento ha de hacerse cargo de corregir su discrepancia cognitiva, siempre y cuando dicho déficit no sea atribuible o encausable a una socialización muy diferente a la comunidad en donde vive. Por ejemplo, si un sujeto, que no detenta ninguna anormalidad psíquica ni tampoco una socialización exótica, alegara honestamente que él creía que un disparo al corazón no es un riesgo suficiente para dar muerte a alguien, estaría poniendo en evidencia que él desconoce las leyes causales y de experiencia más básicas. Se trataría de un error burdo que no desplazaría una responsabilidad a título de dolo⁸⁶¹. Así, tampoco, se eximiría de responsabilidad penal

⁸⁵⁹ Otro ejemplo: un pacifista puede tener serios problemas en reconocer que un miembro del servicio militar es un funcionario público que merece un respeto protocolar en determinado contexto, porque en su concepto de las cosas, los funcionarios públicos son servidores públicos al servicio de la paz (y un militar, en su concepción, no lo es). También BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Dp*, 1994 (4ª ed.), p. 401, incluye como error de tipo en relación con un elemento normativo del tipo, tanto la variante que versa sobre el presupuesto de la valoración (por ejemplo, la cosa material), como la que versa sobre la valoración misma (significación jurídica que se le da a una situación que se expresa en el elemento normativo, como la relación de ajenidad).

⁸⁶⁰ Caso tomado de BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Dp*, 1994 (4ª ed.), p. 401, que lo resuelve como un error de tipo sobre un elemento normativo.

⁸⁶¹ Es decir, habría casos de riesgos evidentemente conocidos respecto de los cuales no podría alegarse su desconocimiento, y para acreditar el dolo bastaría con la previsibilidad objetiva de la imputación objetiva (claramente no concurriendo ningún criterio que desplace la imputación objetiva). El juicio de previsibilidad

al veinteañero universitario y de cuerpo atlético, que ha sido educado en una familia extremadamente radical en cuanto a sus costumbres y en donde sus padres juristas le han enseñado que “persona” significa todo ser humano que goza de los mismos derechos y obligaciones que él, y una tarde de camino a la universidad se topa con un mendigo que lo roza al pasar, y él lo empuja brusca y desmedidamente contra la pared causándole lesiones graves, y ante el requerimiento del juez en la indagatoria él alega que no se representaba que lesionaba la integridad física de una persona en los términos que la sociedad lo califica, porque para él un mendigo no reúne la condición de persona igual a él, por lo que el mendigo en su conceptualización del mundo no es una persona. Un déficit conceptual de esta naturaleza no puede negarse que es posible que se dé, pero sí puede negarse que haya de significar una posible forma de comportarse, es decir, sí puede negarse que se trata de una alternativa de comportamiento libre y adecuado socialmente. En todo caso, aunque uno sólo puede comprender intelectualmente el sentido del tipo cuando conoce sus elementos de modo previo, es decir, los puede comprender intelectualmente porque los tiene incorporados en su saber implícito, ello no admitirá que cualquier caso de déficit de conocimiento implícito dé lugar a un supuesto de error típico⁸⁶². Por el contrario, sólo cabría hablar de error en aquellos supuestos en que el sujeto revele una deficitaria capacidad intelectual (inteligencia por debajo de la media) o carente alfabetización, o una culturización diversa que pueda interpretarse socialmente como un suceso natural que no le incumbe. Por ejemplo, un sujeto proveniente de la cultura menonita, puede llegar a desconocer la naturaleza mortal que comporta un arma de fuego, teniendo en cuenta que su culturización pacifista les impide mantener contacto con todo medio, aparato, máquina, etc. que atente

objetiva opera como un filtro de aquello que puede imputarse en este nivel, es decir, los cursos de riesgos que intersubjetivamente son entendidos como lesivos. En otras palabras, ya por una cuestión de hecho, ya por una cuestión valorativa, existirían riesgos socialmente intolerables que impedirían en sede de la imputación subjetiva el alegato de error, bastando la previsibilidad objetiva como fundamento de la atribución dolosa. Al fin de cuentas, es esta la solución que se asume por la doctrina mayoritaria cuando recurre a la figura de la persona razonable en lugar del autor y con los conocimientos especiales de éste, que aquí se entiende innecesario por repetitivo. Con ello, no se quiere decir que la atribución dolosa comporte una estricta intersubjetivización. Por el contrario, la atribución del dolo es siempre subjetiva, y sólo en casos de riesgos evidentemente antisociales se recurrirá a la objetivización. Por ejemplo, puede darse esta última situación en los supuestos de error de concepto como el mencionado (no saber que disparar al corazón genera un riesgo mortal), así como en los casos de error sobre la desvaloración social de la conducta de un riesgo evidente (no saber que matar es un hecho socialmente desvalorado). Esta cuestión es desarrollada más detenidamente en el *Capítulo Cuarto* en todo lo atinente a los baremos.

⁸⁶² El conocimiento previo de las cosas es lo que SEARLE denomina el *background* o bagaje previo. Sobre la distinción entre *deep background* (capacidades y habilidades biológicas y universales) y *local background* (capacidades y conocimientos culturales), véase SEARLE, *Intencionalidad*, 1992, pp. 150 y ss.

contra la paz y la armonía, de forma que, si por algún descuido del mismo o por el aprovechamiento de un tercero (que conoce acerca de esta circunstancia) empleara un arma de fuego contra una persona, se le podría disculpar de su conducta en razón de su error invencible sobre la naturaleza del riesgo.

6. ¿Qué alcance jurídico han que darse a estos errores? Aun cuando esta pregunta es materia del juicio de imputación, aquí ya es posible mencionen las tres posibles respuestas que se pueden ofrecer. En primer lugar, una solución muy liberal, propondría que todo error de concepto es capaz de desplazar la responsabilidad penal si se acredita la invencibilidad. En segundo lugar, una solución intermedia llevaría a entender que los tipos penales nucleares (homicidio, robo, violación, etc.) no admiten errores de concepto aun en casos de invencibilidad, de modo que el equivocarse sobre el significado de “otro”, “ajenidad”, “minoridad”, etc., no excusaría de responsabilidad al sujeto. Una aplicación analógica en sede del tipo del adagio *ignorantia juris non excusat* llevaría a sostener respecto de los tipos penales nucleares el *ignorantia facti non excusat*. Esta propuesta permitiría la aplicación de las reglas de la invencibilidad sólo para los errores de concepto de los delitos *mala prohibita*. Finalmente, en tercer lugar, una solución menos liberal, señalaría que tampoco los *mala prohibita* excusarían el error de concepto, teniendo en cuenta una aplicación estricta del criterio de la valoración en la esfera del profano o del hombre medio del sector.

II.1.4.a.ii. Error de tipo sobre la dimensión expresiva

1. En la dimensión fáctica no nos preguntábamos sobre el sentido de dañosidad de la conducta, sino simplemente por los conceptos de los elementos descriptivos y normativos y se sostuvo que así como respecto de la dimensión fáctica hay conocimientos generales indisponibles (que no dan lugar al error), también aquí se entenderá que respecto de la dimensión expresiva hay valores generales indisponibles (que tampoco permiten el error). En la dimensión expresiva el conocimiento sobre el sentido social de los hechos, el acto cognoscitivo de aprehensión de los valores, puede sufrir un defecto denominado “ceguera valorativa” (*Wertblindheit*), que recae sobre el acto de atribución de sentido social al hecho que se realiza. Una ceguera valorativa puede ser total o parcial o, lo que es lo mismo, completa o incompleta, pero también puede ser por origen o decisión autorresponsable. Por ejemplo, un niño que se ha criado dentro de una organización criminal -o en una comunidad cerrada con costumbres muy peculiares- llegado a la edad adulta puede cometer según qué

hecho delictivo al que él no le atribuya ningún sentido social desvalorado, sino por el contrario, socialmente adecuado, como el alistamiento de niños soldados desde temprana edad y en condiciones de aislamiento. Estos supuestos problemáticos darían lugar a cegueras valorativas por origen. En cambio, el ladrón habitual que ya no reconoce el valor social de la propiedad ajena⁸⁶³, puede padecer una ceguera valorativa por decisión autorresponsable. Una clase especial de ceguera valorativa es la referente a los valores morales denominada “ceguera moral” (*Sittlichkeitsblindheit*)⁸⁶⁴. La ceguera moral que puede concurrir en la realización de algunos tipos penales no quiere referirse a una moral religiosa o de credo, sino, a una ética secular sobre determinados sentidos valorativos socialmente aceptados en términos más o menos mayoritarios. Frente a la ceguera valorativa (moral) se encuentra la ceguera de los valores ontológicos. Pocos valores ontológicos son posibles de concebir, si por ontológico entendemos aquello inmanente al objeto o sujeto, universal y atemporal. Uno de ellos, el más importante, sería el de la dignidad humana -o de la esencia de la persona-, que no sería una cualidad atribuible a un sujeto, sino un valor inmanente al mismo de modo incondicional. El significado de “dignidad humana” que aquí se emplea es el del merecimiento de reconocimiento y respeto como personas a nivel intersubjetivo (al menos, terrenal; podría discutirse si somos portadores de una dignidad extramundo, para la eternidad). Ciertamente, un considerable número de delitos presuponen un conocimiento sobre esta dimensión ontológica de la persona: el homicidio (vida humana), las agresiones sexuales (indemnidad y libertad sexual), etc.; que resulta prácticamente inevitable. Un error sobre la extensión de este valor ontológico sería, en principio, inadmisibles en sociedades y culturas similares a la nuestra.

2. No obstante, no puede desconocerse el hecho que en sociedades pluriculturales los valores ontológicos son susceptibles de ser comprendidos de modo diverso. Esto significaría, que aun reconociendo la pretensión universal del valor ontológico dignidad de la persona, hay que conceder espacios de discrecionalidad racional. En este sentido, puede ser que no exista discrepancia sobre el valor ontológico en sí (su existencia o inexistencia), pero sí acerca de sus límites. Dada una obligada lectura plural sobre el alcance de los valores, aunque resulten imponderables para nuestra cultura, hay que admitir que también los valores ontológicos sean concebidos como valores cualitativos en aquellos supuestos en

⁸⁶³ Cfr. VON HILDEBRAND, *Ética*, 1997, pp. 226 y ss.

⁸⁶⁴ En el planteamiento hildebrandiano la ceguera valorativa se identifica prácticamente con la moral. Dentro de los valores, los morales -frente a los intelectuales y estéticos- son, sin duda, los más relevantes.

que el sujeto por su culturización no le reconozca el mismo alcance que se le brinda en nuestro entorno cultural: por ejemplo, en el régimen musulmán el valor ontológico dignidad humana no se aplica como tal para las mujeres, a las cuales se les reconoce una dignidad limitada, sometida a la voluntad de los hombres⁸⁶⁵. Ciertamente, un tema de esta envergadura merece una atención especial, que aquí por razones obvias de objeto y espacio no le puedo brindar. No obstante, cabe una breve consideración. Existen determinados sistemas de valores, propios de una minoría, que serían acreedores de una tolerancia social especial siempre que no atentaran contra el sistema de valores mínimos socialmente compartido por la mayoría (vida, libertad⁸⁶⁶). En virtud de un deber general de tolerancia cultural legitimado en las sociedades multiculturales desde su función de utilidad social puede darse lugar a la convivencia de determinadas ideologías minoritarias junto a las mayoritarias, siempre que las primeras no entren en conflicto irresoluble con las segundas⁸⁶⁷.

3. En pocas palabras: para que concurra un error de tipo el sujeto ha de representarse falsamente una realidad social permitida o adecuada socialmente, esto es, desconociendo la dimensión del desvalor social de su comportamiento⁸⁶⁸, lo que lleva a precisar el objeto del conocimiento: la valoración subjetiva de un valor intersubjetivo⁸⁶⁹.

⁸⁶⁵ Como se ha visto en epígrafes anteriores, en las sociedades democráticas el pluralismo de valores es prácticamente un dato inevitable por inherente a la condición humana. En cualquier caso, todo Estado que asuma de forma responsable la existencia de un pluralismo valorativo, ha de determinar de antemano respecto de qué valores se puede ser pluralista, tolerando los valores de otro grupo, y respecto de qué valores se ha de ser universalista.

⁸⁶⁶ Al menos en la cultura occidental, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea, reconocen estos derechos. Comparto la apreciación sobre “lo occidental” que señala SILVA SÁNCHEZ. Entre los constantes esfuerzos de armonización de culturas jurídicas (especialmente, entre el *common law* y *civil law*) que actualmente se hacen, hay que tener en cuenta que el necesario establecimiento de un *marco valorativo común*, nos ha de permitir contemplar un margen relativo de discrepancias culturales, ideológicas, jurídicas y científicas. Cfr. SILVA SÁNCHEZ, “Sobre las posibilidades y límites de una dogmática supranacional”, en *LH a Claus Roxin*, 1995, p. 14 (con nota al pie 14). Por lo demás, “un Derecho penal legítimo sólo es aquel que castiga actos de negación o indiferencia hacia los valores que definen el modelo social que se quiere proteger cuando en dichos actos se aprecia un riesgo grave y efectivo para la paz social y las libertades que el propio Derecho pretende asegurar y proteger”, cfr. RAGUÉS I VALLÈS, *La ignorancia deliberada*, 2007, p. 178 (en referencia a la lesividad entendida de modo dual, tanto objetiva como expresivamente).

⁸⁶⁷ No es espacio aquí para ocuparme de las formas de tolerancia que pueden darse en un Estado democrático. Sobre este tema WALZER, *Tratado sobre la tolerancia*, 1997, pp. 25 y ss.

⁸⁶⁸ Los casos de no-concordancia pueden existir no sólo por razones de socialización exótica, sino también por la personalidad extravagante de una persona, o por la posible concurrencia de alteraciones o anomalías psíquicas que afectan ya al tipo de injusto. Estos últimos supuestos han sido tratados por la doctrina, aunque sin mayor repercusión. Lo importante, en todo caso, es rescatar que existen supuestos en que el sujeto, como

II.1.4.b. Error indirecto de tipo

1. A partir de este epígrafe me ocuparé de los casos de error indirecto de tipo, también conocidos como error de tipo al revés o tentativa inidónea, porque como modalidad subjetiva del conocimiento típico se presenta como una *rara avis* en la imputación dolosa (a pesar del error). Como es bien conocido, la dogmática de la tentativa coloca ante la ciencia penal al menos tres desafíos fundamentales, sobre todo porque no es tarea fácil fundamentar la punibilidad de comportamientos que no alcanzan a lesionar efectivamente a un bien jurídico. Estos tres desafíos podrían resumirse del siguiente modo. Por un lado, la cuestión relativa a la delimitación entre los actos preparatorios y los actos ejecutivos (es decir, actos de tentativa). En segundo término lo atinente a los presupuestos y efectos del desistimiento voluntario. Y, para finalizar, en tercer lugar, la problemática de las representaciones del autor con significado típico. Estas cuestiones son importantes debido a los efectos que producen, pues según cuál sea la tesis que se sostenga, se estará decidiendo entre lo punible y lo impune de un comportamiento. Así, por ejemplo, por regla general los actos preparatorios son atípicos y sólo excepcionalmente punibles, mientras que los actos ejecutivos son por regla general punibles. Del mismo modo, sólo un desistimiento voluntario conduce a la impunidad de la conducta realizada y no así otra clase de interrupción del delito. Asimismo, la tentativa idónea es siempre punible, mientras que la llamada tentativa inidónea presenta problemas de fundamentación cuando se la quiere castigar. Evidentemente, no todas estas cuestiones han de ser tratadas en este epígrafe. Por el contrario, teniendo en cuenta el objeto de esta investigación, en concreto me referiré únicamente a las llamadas tentativas inidóneas e irreales, tanto en cuanto a sus conceptos y requisitos, como a sus efectos y fundamentos de punición.

consecuencia de su enfermedad o trastorno psíquico, ve menguada su capacidad de percepción de la realidad, o desconoce alguna de las leyes causales del actuar humano, o criterios de significación social, de modo que termina por ignorar el contenido de sentido del tipo y, en consecuencia, actúa en error de tipo vencible o invencible. Sobre esta última idea, véase el aporte de SILVA SÁNCHEZ, *Normas y acciones*, 2003, pp. 103-104 y ss. Excluye la imputación dolosa en los casos en que los trastornos psíquicos no permiten hablar de la concurrencia de *conocimientos mínimos* en el sujeto inimputable, RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, 1999, pp. 392 y ss., 394, 396, 400.

⁸⁶⁹ En este sentido, habría valoraciones subjetivas no permitidas (no se puede desconocer el desvalor social de dar muerte a otro) y valoraciones subjetivas permitidas (es decir, disponibles por la cultura del sujeto).

2. El error que concurre en la tentativa inidónea no la convierte en un tipo imprudente⁸⁷⁰, porque a pesar del error aquélla sigue siendo una conducta dolosa⁸⁷¹. No se trata de un error de tipo directo sobre la propia conducta, sino en un error de tipo inverso: es decir, el sujeto supone erróneamente que se dan los elementos típicos del delito, cuando en verdad sólo en apariencia ellos concurren de modo incompleto. Para un volitivista no hay demasiados inconvenientes en fundamentar porqué la tentativa inidónea responde a un delito doloso a pesar del error, pero para una concepción cognitivista ello reclama una sólida explicación. Si el dolo es conocimiento y el error es desconocimiento, ¿cómo puede seguir sosteniéndose que los casos de tentativas inidóneas son hechos dolosos? La primera respuesta a esta pregunta señala que no es lo mismo representarse que no se realiza el tipo penal, como sucede con el sujeto imprudente que por no observar un deber subjetivo de cuidado no logra representarse toda la dimensión del peligro que asume, que el representarse que se realiza una conducta socialmente nociva cuando en realidad el medio, o el objeto no reúnen las características de idoneidad para alcanzar la tipicidad. Para este último caso la suposición errónea del sujeto manifestada en un hecho inocuo para lesionar el bien jurídico ha de valorarse a la luz de un concepto intersubjetivo-epistemológico de idoneidad/inidoneidad y no exclusivamente ontológico. Quien habiendo cargado oportunamente el arma se ausenta por un momento del lugar y en dicho ínterin un tercero la descarga, se representa erróneamente en el momento del hecho que va a matar de un disparo, aunque finalmente no lo logre. En estos casos, aunque el sujeto se represente lo que no es, él conoce la lesividad de la conducta que realiza, que coincide además con el criterio social⁸⁷² y esto, como se ha

⁸⁷⁰ El error es imprudente porque quien no quiere la lesión ha de hacer lo que haría una persona prudente para evitarla; en cambio, el desconocimiento de la inidoneidad de la tentativa concurre en una persona que quiere la lesión, de la cual hay que suponer que si advirtiera el error, ésta subsanaría el defecto para tener éxito en su intento. Cfr. MIR PUIG, “Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el nuevo Código penal”, *RECPC*, 2001, p. 6. Evidentemente, el dolo típico sólo puede darse en relación con determinadas clases de “errores inversos”. Así, JAKOBS, *Dp, Pg*, 1997 (2ª ed.), p. 872, refiriéndose a la idoneidad de la tentativa manifiesta: “El autor debe poner de manifiesto un dolo referido a los elementos *típicos* del delito en cuestión, lo que faltará cuando proceda de modo supersticioso o de cualquier otro modo irrelevante desde el punto de vista comunicativo”.

⁸⁷¹ No se entrará aquí en la posibilidad de fundamentar la tentativa de los delitos imprudentes. Sobre este tema SOLA RECHE, *La llamada “tentativa inidónea” de delito*, 1996, pp. 132 y ss. (con referencias). Para MIR PUIG, “Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el nuevo Código penal”, *RECPC*, 2001, p. 6, la tentativa inidónea no se desvalora por el desconocimiento del fallo que impide la lesión, sino por la intención de consumir el delito.

⁸⁷² Cfr. JAKOBS, *Dp, Pg*, 1997 (2ª ed.), pp. 872-873, quien acertadamente distingue entre las tentativas idóneas, como las comunicativamente relevantes, e inidóneas como los conatos irrelevantes; por eso, “en relación con el número de elementos del tipo sobre los que yerra el autor, ello es indiferente si los errores no menoscaban la racionalidad de la representación del autor. Así, el autor de un homicidio puede equivocarse acerca de si el

visto, es suficiente para el dolo. Disparar con un arma descargada que se cree cargada es un riesgo prohibido idóneo para matar o lesionar, desde una perspectiva intersubjetiva-epistemológica *ex ante* (aunque empíricamente no resulte posible), de modo que el sujeto del ejemplo actúa dolosamente porque se representa la concurrencia de los elementos del tipo de homicidio, que el hombre medio en su mismo lugar se hubiese también representado, aunque finalmente durante la ejecución del hecho alguno de los elementos del tipo penal no concorra. Podría decirse que la suposición errónea que se da en el ejemplo no trasciende más allá de lo psicológico, mientras que lo que trasciende con relevancia penal es la asunción consciente de un comportamiento intersubjetivamente peligroso *ex ante* para el bien jurídico que se pretende lesionar. El significado social del hecho revela un conocimiento en términos normativos, porque cuando el autor infringe una norma de cuidado que tan sólo perjudica el éxito de su plan⁸⁷³, esto no es más que un error autoinculpable que no desplaza el conocimiento típico⁸⁷⁴. Con ello, mientras que el error de tipo imprudente descansa en la infracción de una norma subjetiva de cuidado que lesiona un bien jurídico, el error de tipo al revés doloso descansa en la infracción de una norma de cuidado que no lesiona un bien jurídico, pero que sí lesiona las expectativas de uso y disfrute de tales bienes jurídicos⁸⁷⁵.

II.1.4.b.i. Consideraciones generales sobre la tentativa

1. Para ofrecer un esbozo sobre los conceptos de tentativa inidónea y tentativa irreal, primeramente hay que tomar partido por algunas cuestiones. El art. 16 CPes. determina que

arma cuyo gatillo aprieta esté cargada, o el objeto al que se propone disparar sea una persona, o acerca de ambos extremos, etc.”.

⁸⁷³ Por ejemplo, como el hecho de no haberse cerciorado momentos antes de disparar si el arma estaba cargada. En estos casos el autor padece un error en términos fácticos (incorespondencia entre la realidad empírica y su representación), pero conoce el tipo en términos normativos (dañosidad intersubjetiva). Al respecto, SOLA RECHE lo explica del siguiente modo. Sostiene que hay que distinguir entre la situación en la que el autor se representa correctamente el tipo de lo injusto, aunque descuide las circunstancias en las que desarrolla su hecho (cree estar matando con una pistola cargada, que en realidad no lo está) y aquella otra en la que el autor se representa unos hechos ajenos o diferentes al tipo de lo injusto, esto es, representándose la posibilidad de ocasionar el resultado por una conducta atípica (cree que se puede matar con magia). Cfr. SOLA RECHE, *La llamada “tentativa inidónea” de delito*, 1996, p. 127.

⁸⁷⁴ El efecto colateral del error autoinculpable es que beneficia a la incolumidad de los bienes jurídicos, y con ello a la víctima, pero infringe la norma que protege las expectativas de uso y disfrute de dichos bienes.

⁸⁷⁵ Argumenta que la tentativa inidónea no revela un hecho con peligro real para el bien jurídico, pero revela cierta hostilidad hacia el bien jurídico, hostilidad susceptible de alterar significativamente la paz social, RAGUÉS I VALLÈS, *La ignorancia deliberada*, 2007, p. 179 [también en “Retos actuales de la política criminal y la dogmática penal”, *RDPI*, 2003, pp. 271 y ss.].

existe tentativa cuando se da inicio a la ejecución de un delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor. Esta definición de tentativa presupone la realización de un comportamiento con capacidad intersubjetiva de lesión de un bien jurídico o de afectación a las expectativas de disponibilidad de dicho bien. Por definición en toda tentativa se da una divergencia entre la parte subjetiva (representación mental) y la parte objetiva (realidad extramental)⁸⁷⁶, en donde el agente realiza menos de que lo que representa u otra cosa diferente a lo que se representa. Por eso, la doctrina reserva para la tentativa la fórmula “tipo incongruente”. Sin embargo, tal incongruencia puede darse ya entre la representación de la realidad y la realidad misma desde un inicio (*ex ante*) o verificarse después de acabada la conducta (*ex post*). Lo que se dan, entonces, son dos formas de incongruencia que pueden presentarse de modo separado o conjunto. Estas formas son: la incongruencia objetiva que opera en los casos de tentativa acabada e inacabada en relación con los grados de ejecución alcanzados y la incongruencia subjetiva que opera en los casos de tentativas idóneas e inidóneas. Por razones obvias de objeto, sólo me ocuparé de la incongruencia subjetiva.

II.1.4.b.ii. Tentativas según el conocimiento de la peligrosidad

1. La ausencia de acuerdo dogmático sobre la terminología empleada en las modalidades de tentativa idónea e inidónea se debe en gran parte a la ausencia de acuerdo sobre cuál ha de ser el criterio material que determine estas categorías⁸⁷⁷, porque hablar de tentativa idónea e inidónea son sólo fórmulas terminológicas. Esto ha suscitado además una polémica ulterior cual es si puede equipararse el binomio tentativa idónea-inidónea a tentativa peligrosa-no peligrosa. Tradicionalmente, la doctrina empleó un criterio ontológico de peligrosidad para diferenciar entre tentativa idónea e inidónea⁸⁷⁸, a lo que se le fueron añadiendo otros

⁸⁷⁶ Sobre esto SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación y teoría del delito*, 2008, pp. 555 y ss.

⁸⁷⁷ Sobre el notable desacuerdo conceptual en esta materia, SOLA RECHE, *La llamada “tentativa inidónea” de delito*, 1996, pp. 3, 39 y ss. También MIR PUIG, *Función de la pena*, 1982 (2ª ed.), p. 69, nota al pie 93, prefiere no distinguir *ex ante* entre idoneidad e inidoneidad, por cuanto esta se comprueba *ex post*.

⁸⁷⁸ Dentro de la tentativa inidónea también se llega a distinguir entre supuestos de tentativa relativamente inidónea y de tentativa absolutamente inidónea (incluyendo dentro de ésta los casos de tentativa irreal o supersticiosa). No comparte la distinción entre tentativa relativa y absolutamente inidónea por considerar que tal diferenciación aborda la cuestión de la tentativa desde una perspectiva *ex post*, incluyendo sólo determinados conocimientos en el juicio de peligro, SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal*, 1997, p. 125, nota al pie 318.

factores como la perspectiva del autor o del hombre medio, y los momentos de medición de la peligrosidad: *ex ante* y *ex post*, hasta alcanzar un criterio normativo de peligrosidad. Esta evolución fue precisando progresivamente los contornos inconcisos de la dogmática de la tentativa, arrojando como evidencia que una simple clasificación dualista dejaba de lado a un considerable grupo de casos intermedios, que la mayoría de veces son los más corrientes⁸⁷⁹.

2. Para evitar caer en las confusiones terminológicas y de sentido a los que conduce la rudimentaria distinción entre tentativa idónea y tentativa inidónea es aconsejable adoptar un criterio material de distinción respecto de la idoneidad del peligro⁸⁸⁰. Sin duda, el criterio tendrá que ser aquél que sirve de objeto al conocimiento del autor, cual es la lesividad social entendida exclusivamente desde la perspectiva del autor. De este modo, lo que se considere como peligrosidad real (o irreal)⁸⁸¹ será el resultado de un juicio valorativo social, pues al juicio de peligrosidad real se llega sólo por vía del consenso social⁸⁸². Pero, lo que resulte peligroso para el autor será aquello que él se represente o crea que se da. Para que un juicio epistemológico de peligro sea susceptible de ser compartido por la mayoría de la sociedad es necesario que guarde relación con la realidad (empírico-valorativa) en sí. Al menos en la mayoría de las sociedades occidentales se comparte una concepción racional del mundo (no mística) que no diría que resulta peligroso matar con rezos o haciendo vudú, pero que sí sería posible matar si se disparara un arma que finalmente se encasquilla⁸⁸³. Así como lo

⁸⁷⁹ Alega que existen dos fórmulas alternativas para determinar la idoneidad e inidoneidad de la tentativa. Una primera fórmula que emplea la óptica *ex post*, pero que según cómo se la combine (con peligrosidad o con posturas más subjetivizadas) da lugar a otras variantes; y una segunda fórmula que prefiere la perspectiva *ex ante*, MAÑALICH, “La tentativa y el desistimiento en el Derecho penal”, *REJ*, 2004, pp. 146-147.

⁸⁸⁰ Cuestionan también la distinción entre tentativa idónea e inidónea (aunque la siguen empleando), MIR PUIG, “Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el nuevo Código penal”, *RECPC*, 2001, p. 9; SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal*, 1997, pp. 121 y ss.

⁸⁸¹ El extremo de un riesgo real serán los casos de errores burdos que darían lugar a tentativas irreales (impunes), y respecto de los cuales no existiría un mínimo de consenso social sobre la virtualidad del riesgo. Sobre esto SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal*, 1997, pp. 127-128.

⁸⁸² “*Es el consenso cultural alcanzado el que suministra el baremo de los juicios de valor inherentes a la tipicidad*”. Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal*, 1997, p. 128. También ALCÁCER GUIRAO, *La tentativa inidónea*, 2000, pp. 198 y ss., 206-207 (concepto de peligro como hecho social construido intersubjetivamente). Para otros autores basta con una peligrosidad estadística, porque permite una fundamentación basada en la versión del utilitarismo (de la regla, no del acto). Cfr. MIR PUIG, *Dp, Pg*, 2011 (9ª ed.), p. 346 (para este autor tal peligrosidad concurre tanto en la tentativa idónea como en la inidónea no irreal).

⁸⁸³ Muy recientemente, caratula como tentativa inidónea relativa punible el supuesto del arma que no se dispara porque se traba, el ATS 03/06/2015 (Marchena Gómez); ya antes, la misma afirmación respecto de un arma que no se dispara por contar con el seguro puesto, el ATS 20/04/2009 (Berdugo Gómez de la Torre).

real es resultado de las convenciones sociales vigentes en un determinado lugar y en una determinada época, también lo *irreal* o *supersticioso* es producto de un consenso social⁸⁸⁴.

3. ¿Cuándo una tentativa es típicamente peligrosa para el Derecho penal? Para la doctrina mayoritaria son típicamente peligrosas para el Derecho penal las tentativas idóneas y no son las tentativas inidóneas⁸⁸⁵. En el esquema aquí asumido lo que permite que una tentativa sea considerada peligrosa (idónea) es el juicio intersubjetivo *ex ante* de peligrosidad, al cual se accede desde el consenso social, y no desde cualquier sumatoria de voluntades. Este juicio de peligrosidad que forma parte del acervo de conocimientos ordinarios vigentes en la sociedad es el que se ha hecho el autor concreto y que es percibido como tal por parte de la sociedad, aunque tal juicio se funde algunas veces en una correcta percepción generalizada del peligro (tentativa idónea), y otras veces en una *errónea percepción generalizada del peligro* (tentativa inidónea)⁸⁸⁶. El consenso social necesario para la peligrosidad *ex ante* debe ser como mínimo el suficiente para afectar el sentimiento intersubjetivo de seguridad de los bienes jurídicos. La perspectiva desde la cual se ha de erigir el juicio de peligrosidad será la que se tuvo en el momento de los hechos. En un Derecho penal preventivo sólo tiene sentido que las normas de conducta operen en el momento *ex ante* a la eventual infracción de la norma y lesión del bien jurídico, y que contemplen conductas con entidad suficiente como para poner en cuestión la incolumidad de tales bienes jurídicos⁸⁸⁷.

4. El sentido correcto de la idea indica que tanto la peligrosidad real⁸⁸⁸ de la conducta como la peligrosidad aparente pueden ser riesgos *ex ante* idóneos para lesionar los bienes

⁸⁸⁴ Sobre lo supersticioso también como resultado de una convención social, SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal*, 1997, p. 130, nota al pie 330.

⁸⁸⁵ La tentativa inidónea es la tentativa no peligrosa, BLOY, “Contenido de ilícito y punibilidad de la tentativa burdamente insensata”, *ADPCP*, 2005, p. 373. La tentativa inidónea punible es una contradicción conceptual y valorativa. Más sobre esto en ALCÁ CER GUIRAO, *La tentativa inidónea*, 2000, pp. 7 y ss., *passim*.

⁸⁸⁶ Sobre la errónea percepción de peligro en la tentativa inidónea punible, SÁNCHEZ-OSTIZ/ÍNIGO CORROZA, *Teoría general del delito* (recurso web consultado en septiembre de 2015), 2014, p. 2.

⁸⁸⁷ Cfr. BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1994, pp. 111, 113-114. Para este autor las conductas objeto de la prohibición de la norma han de ser las “idóneas para producir la lesión que se pretende evitar con tal prohibición o mandato concretos”.

⁸⁸⁸ La peligrosidad real no se entiende como exclusivamente ontológica, sino como epistemológica (intersubjetiva). Para MIR PUIG la selección de los comportamientos que han de prevenirse bajo pena debe tener lugar en función del *peligro objetivo* que la conducta supone para el bien jurídico (y no sobre la base de la *actitud interna* demostrada en la decisión delictiva). Cfr. MIR PUIG, *Función de la pena*, 1982 (2ª ed.), p. 63.

jurídicos o afectar las expectativas de disponibilidad de los bienes jurídicos⁸⁸⁹ (tal como quedó reseñado en otras partes del trabajo⁸⁹⁰). Esto da lugar a dos clases de tentativas peligrosas o idóneas. Una que denomino la auténtica tentativa idónea, o tentativa idónea real, y la otra que denomino la tentativa idónea aparente, entendida sinónimamente como tentativa peligrosa *ex ante*, no peligrosa *ex post*. Para el resto de conductas no peligrosas se reserva la expresión de tentativas inidóneas, que son aquellas que no resultan peligrosas ya desde la perspectiva *ex ante*⁸⁹¹. En tal sentido la inidoneidad de la tentativa estará ligada estrechamente a su incapacidad para afectar siquiera las expectativas de uso y disfrute de los bienes jurídicos, por no reunir los mínimos necesarios para fundamentar un juicio epistemológico-intersubjetivo de peligrosidad. En otras palabras, la pregunta de si la tentativa es o no típicamente idónea requiere conectar el juicio social de peligro con el objeto general de protección. Si el objeto de protección es simplemente la integridad de los bienes jurídicos, seguramente una tentativa peligrosa *ex ante*, pero no peligrosa *ex post*, ha de quedar configurada como una tentativa inidónea para lesionar los bienes jurídicos y, por ello, no sería castigable. Pero, si el objeto de protección son además las expectativas de uso y disfrute de los bienes jurídicos, entonces, una tentativa peligrosa *ex ante*, pero no peligrosa *ex post*, es suficiente como para afectar tales expectativas, y por ello habrá de quedar configurada como una tentativa idónea aparente, castigable. Por ejemplo, no toda conducta peligrosa *ex ante* puede llegar a afectar al objeto que se materializa en el bien jurídico, como el caso de la mujer que supone erróneamente encontrarse embarazada cuando realmente no lo está y se practica maniobras abortivas, pero sí puede llegar a afectar las expectativas intersubjetivas de disponibilidad del bien jurídico⁸⁹².

5. Para cerrar, queda por determinar los dos supuestos de error que pueden presentarse: (a) errores ontológicos, que son aquellos que recaen sobre los *hechos* que se realizan o sobre la naturaleza de los *objetos*⁸⁹³, y (b) errores normológicos, que son aquellos que recaen sobre

⁸⁸⁹ Para BLOY, “Contenido de ilícito y punibilidad de la tentativa burdamente insensata”, *ADPCP*, 2005, pp. 373-374, a la tentativa inidónea le falta el ilícito de resultado, porque la conmoción de la confianza pública en el Derecho es entendida como parte de la dimensión externa de la conducta típicamente relevante.

⁸⁹⁰ Véanse *Capítulo Introductorio* epígrafe *I.2.c. Algunas consideraciones sobre los principios de lesividad y de culpabilidad* y *Capítulo Primero* epígrafe *II.1.3.b.ii.a. Riesgos idóneos y riesgos inidóneos*.

⁸⁹¹ Aunque epistemológicamente desde la única mirada del autor lo sean.

⁸⁹² Concibe como delito imposible punible (hoy tentativa inidónea relativa) el caso del intento de aborto de mujeres que se creían erróneamente embarazadas a través de enjuagues vaginales con agua jabonosa, la STS 11/10/1983 (Gómez de Liaño Cobaleda).

⁸⁹³ Aunque también los distingue, considera que en muchas ocasiones no es fácil distinguir entre errores normológicos y errores ontológicos, SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal*, 1997, p. 127.

las leyes causales y las leyes de experiencia que rigen las conductas humanas y su relación con el mundo exterior. El modo de interpretar las consecuencias a las que conducen estas modalidades de error dependerá de la concepción de tentativa que se sostenga. Por ejemplo, para los subjetivistas, los errores normológicos del autor excluyen la posibilidad de formular un juicio de peligrosidad (con sentido social), convirtiendo el hecho en un caso de tentativa irreal (impune). Una crítica desde posturas mixtas (objetivas-subjetivas) enseña que existen errores normológicos que no son del todo burdos y que, por ello, no llegarían a excluir la posibilidad de formular un juicio de peligrosidad (con sentido social). Piénsese, por ejemplo, en el error en el que incurre una persona con bajo coeficiente intelectual que atribuye una virtualidad mortal a algo que solamente tiene capacidad lesiva⁸⁹⁴. Por otro lado, para los subjetivistas los errores ontológicos⁸⁹⁵ del autor permiten la formulación de un juicio de peligrosidad (con sentido social), apreciando en consecuencia una tentativa inidónea punible. La crítica a este argumento reside en que existen errores ontológicos que dan lugar a supuestos de tentativas irreales (impunes), como en los casos de errores ontológicos burdos (por ejemplo, A que cree que lo que tiene delante de sí es su enemigo B, siendo en verdad un árbol y procede a darle unos hachazos para matarle)⁸⁹⁶.

6. La relevancia de la distinción entre errores normológicos y errores ontológicos no es menor, puesto que el efecto que cada uno de ellos genera es diferente. De allí que no signifique lo mismo que un sujeto dispare con una pistola descargada creyendo erróneamente que está cargada (error ontológico), a que un sujeto dispare con una pistola descargada creyendo erróneamente que se puede matar con pistolas sin munición (error normológico)⁸⁹⁷. Por regla general, respecto de los errores ontológicos la perspectiva de la

⁸⁹⁴ Sobre la crítica y su ejemplo SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal*, 1997, p. 126.

⁸⁹⁵ Aunque no fueran compartidos por el espectador objetivo. Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal*, 1997, p. 126.

⁸⁹⁶ Sobre la crítica y su ejemplo SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal*, 1997, p. 127. Desde una perspectiva subjetivo-objetiva considera que la ausencia de peligrosidad tiene idéntica relevancia cuando se deba al desconocimiento ontológico por parte del autor como a un error normológico, por cuanto el sentido social típico de los actos depende de la peligrosidad de los mismos y no del dato secundario de si son ontológicos o normológicos, SOLA RECHE, *La llamada "tentativa inidónea" de delito*, 1996, p. 251. Ya en la teoría de la adecuación (o de la probabilidad objetiva) de VON KRIES, "Über den Begriff der objektiven Möglichkeit", *VwP*, 1888, pp. 181 y ss., 189, este autor distinguió entre el conocimiento normológico y el conocimiento ontológico de la realidad.

⁸⁹⁷ Sobre este ejemplo SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal*, 1997, p. 127, nota al pie 326. Concibe el supuesto de querer matar (sabiendo) con una pistola sin municiones como de tentativa irreal, SOLA RECHE, *La llamada "tentativa inidónea" de delito*, 1996, p. 126. En la jurisprudencia, la STS 20/01/2003 (Moner Muñoz) determina que para cuando el sujeto desconoce que el arma está descargada la tentativa se configura como una

sociedad y del hombre medio coincidirá con la del autor cuando se trate de errores invencibles. Pero, respecto de los errores normológicos, por regla general el error del autor no lo padecería ni la sociedad, ni el hombre medio. Esto es así por cuanto algunos conocimientos ontológicos son imposibles de estandarizar, sobre todo aquellos que dependen de factores circunstanciales que hacen variar el conocimiento social sobre los hechos en cada caso (como la perspectiva del autor, sus habilidades sensoriales, etc.). Hay fallos que se presentan en la ejecución del hecho que, aunque coloquen en error al sujeto, éstos no dependen de la infracción de una norma subjetiva de cuidado que ponga en vilo al bien jurídico, sino que, por el contrario, aunque el bien jurídico no llegue ontológicamente a correr peligro, las expectativas sociales de disponibilidad de dichos bienes sí se ven afectadas. Piénsese en el sujeto que carga el arma y un tercero, sin que aquél se dé cuenta, la descarga. Este fallo en la ejecución no torna la consciencia de la nocividad social del riesgo en un riesgo inocuo, ni a la conducta en imprudente. Por el contrario, esta tentativa es intersubjetivamente idónea para lesionar las expectativas de uso y disfrute de los bienes jurídicos. Similar conclusión ha de darse para los casos de inexistencia real del objeto, cuando éste hubiese estado presente para el autor. Por ejemplo, la víctima que advierte que la van a matar y coloca un muñeco debajo de las sábanas. El autor dispara creyendo que lo hace sobre su víctima, suposición errónea no se debe a una falta de cuidado que exonere. En este ejemplo, desde el punto de vista de la atribución objetiva de la conducta peligrosa, cualquier persona se hubiese representado que disparaba a una persona, porque aunque se trate de un supuesto de ausencia de objeto, no obstante, se trata de un riesgo idóneo. Desde el punto de vista del autor, éste también se representó que dispara a una persona sin conocer que la misma no se encontraba allí. Por ende, este es un caso de tentativa idónea con ausencia de resultado por azar (en sentido inverso a los casos de presencia de resultado por azar, como en *Thyrén*).

7. Por lo expuesto se consideran también tentativas idóneas aquellas conductas que permiten afirmar la concurrencia de un riesgo idóneo *ex ante*, aunque se demuestre *ex post* su inidoneidad⁸⁹⁸. El momento *ex post* que debe alcanzarse para el castigo de esta clase de tentativas, a diferencia de las tentativas idóneas reales, es el estadio de una tentativa

tentativa inidónea relativa punible. Así, en el caso, el sujeto arrebató el arma a un oficial de policía desconociendo que ésta se encontraba sin municiones y accionó el gatillo hacia las personas que se encontraban en el lugar, sin resultado alguno.

⁸⁹⁸ Esta categoría se corresponde con la llamada tentativa (relativamente) inidónea de la doctrina.

acabada. Una tentativa peligrosa *ex ante*, no peligrosa *ex post* en grado de tentativa inacabada no necesita de un castigo, porque lo que revela la afectación de las expectativas de uso y disfrute de los bienes jurídicos no es el simple juicio de peligrosidad *ex ante* a secas, sino el que puede contextualizarse desde la esfera de la víctima⁸⁹⁹. Para comprender esta idea, compárense los siguientes dos ejemplos. *Ejemplo primero*: el sujeto ingresa por la ventana a la casa de la víctima y se presenta frente a la cama de ésta. Prepara el arma con el silenciador y se apresta a disparar sobre el bulto que él cree es la víctima. Dispara pero, inmediatamente, advierte que acaba de dar contra unos almohadones, porque la víctima no estaba allí. *Ejemplo segundo*: el sujeto que ha ingresado a la casa de la víctima se encuentra preparado para disparar cuando la víctima lo sorprende por detrás y lo desarma. Más allá de la conmoción que, evidentemente, la víctima puede sufrir a raíz del hecho, sólo en el primer caso sus expectativas de uso y disfrute de los bienes jurídicos han sido lesionadas y aun cuando, en el segundo supuesto la víctima haya presenciado el hecho y en el primer supuesto no. Para precisar la diferencia entre un caso y otro se recurre al criterio normativo de “influjo en la esfera de la víctima o del tipo”⁹⁰⁰ (= “arrogación de la organización de un asunto de la víctima”⁹⁰¹) que la doctrina emplea para determinar el comienzo de la realización del tipo penal. Pero, mientras la realización del tipo penal en la tentativa idónea real comienza con la ejecución parcial de los hechos que conducirían objetivamente a la producción del resultado (tentativa inacabada), la realización del tipo penal en la tentativa idónea aparente recién empieza con la tentativa acabada, teniendo en cuenta que el peligro de lesión inmaterial de las expectativas de uso y disfrute de los bienes jurídicos se trata justamente de eso, de un peligro de lesión inmaterial.

8. En palabras resumidas, desde la propuesta aquí reseñada las únicas tentativas punibles son la tentativa idónea real y la tentativa idónea aparente (acabada), por cuanto la primera permite afirmar una potencial lesión del bien jurídico y la segunda una potencial afectación de las expectativas de disfrute del bien jurídico. Por el contrario, no es punible la tentativa

⁸⁹⁹ Similarmente JAKOBS, “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, en *Estudios de Dp*, 1997, pp. 302, 303, 304, 305, *passim*. Para este autor la tentativa debe concebirse “objetivamente” como una conducta perturbadora que sale del ámbito interno de la persona y que ya no es controlable por ella; por ello no es necesario analizar de entrada la subjetividad del autor, sino sólo a partir de una conducta externa perturbadora.

⁹⁰⁰ Cfr. ROXIN, *La teoría del delito en la discusión actual*, 2007, pp. 397 y ss.

⁹⁰¹ Cfr. JAKOBS, “Representación del autor e imputación objetiva”, *ADPCP*, 1991, pp. 304-305.

inidónea⁹⁰², esto es la tentativa no peligrosa *ex ante*, por carecer tanto de la virtualidad necesaria como para afectar las expectativas sociales de disfrute de los bienes jurídicos, como para lesionar tales bienes jurídicos. Evidentemente, estos argumentos también lo sostiene la doctrina mayoritaria, pero aquí he querido destacar no sólo el diferente fundamento de la punición de la tentativa idónea aparente, sino también a partir de qué momento de la ejecución se la castiga y cuáles son sus otras peculiaridades, como se verá a continuación.

II.1.4.b.iii. Modalidades de tentativas

1. Aun cuando la diferenciación entre tentativa idónea e inidónea sea una cuestión a dirimir desde la perspectiva *ex ante*, puede todavía seguir distinguiéndose desde la perspectiva *ex post*⁹⁰³ la concurrencia de otros elementos diferentes de los que están presentes en el juicio *ex ante*, pero sin incluir la consideración de la producción o no del resultado⁹⁰⁴. De esta distinción podremos afirmar que existen tentativas que muestran todavía un peligro concreto *ex post* y otras que únicamente demuestran peligrosidad *ex ante*. Las modalidades aquí previstas son: (a) tentativa peligrosa *ex ante* y peligrosa *ex post* (que las denomino también tentativas idóneas reales), (b) tentativa peligrosa *ex ante* y no peligrosa *ex post* (o aquí llamadas tentativas idóneas aparentes), y (c) tentativas no peligrosas *ex ante* (nominalmente designadas asimismo como tentativas inidóneas o tentativas irreales)⁹⁰⁵.

⁹⁰² Que la doctrina denomina tentativa (absolutamente inidónea) o tentativa irreal.

⁹⁰³ El criterio temporal para definir la idoneidad de la tentativa es el *ex ante*, con los mejores conocimientos (los que se obtienen con la observancia del cuidado). Así, por ejemplo, lo entiende MIR PUIG, “Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el nuevo Código penal”, *RECPC*, 2001, pp. 8, 13, para quien el juicio de idoneidad e inidoneidad de la tentativa *ex ante* debe realizarse sobre la base de un juicio que incluya todos los conocimientos obtenidos *ex post*, que alguien hubiera podido tener *ex ante*. En otra línea, la sostenida por SOLA RECHE, *La llamada “tentativa inidónea” de delito*, 1996, p. 250. Para este autor sólo hay que contar con las circunstancias cognoscibles en el momento de dar comienzo a la acción, y se debe prescindir de cualquier dato determinable *ex post*. A mi entender, lo que define el conocimiento de la tentativa idónea o inidónea es exclusivamente un criterio temporal *ex ante*. Es decir, mientras el primer juicio, que menciona MIR PUIG, sólo hace referencia al que se empleará en sede de la atribución objetiva, el segundo hace referencia al que se empleará en la imputación subjetiva.

⁹⁰⁴ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal*, 1997, pp. 125-126.

⁹⁰⁵ El esbozo que aquí se propone se construye con algunos matices sobre la base del modelo ofrecido por SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal*, 1997, pp. 128 y ss., que es el siguiente: tentativa peligrosa *ex ante* y *ex post* (desde el punto de vista de todos; excepto desde la visión de un sujeto experto); tentativa peligrosa *ex ante* y no peligrosa *ex post* (peligrosa *ex ante* para el hombre medio en el lugar del autor, pero no para otras personas situadas en otro lugar); tentativa no peligrosa *ex ante* (sólo para el autor, porque el hombre medio en la posición del autor no compartiría tal criterio); tentativa claramente irreal, aberrante o eventualmente supersticiosa (sólo para el autor); entre todas estas opciones caben otras intermedias. Una clasificación similar

II.1.4.b.iii.a. *Tentativa peligrosa ex ante y peligrosa ex post*

1. Respecto de esta clase de tentativa intersubjetivamente idónea *ex ante* y *ex post* se puede decir que se trata de una tentativa auténticamente peligrosa a diferencia de la tentativa peligrosa *ex ante* y no peligrosa *ex post*, que es sólo aparentemente peligrosa (una apariencia de peligrosidad suficiente como para considerar su desvalor de cara a la afectación de las expectativas de uso y disfrute de los bienes jurídicos). La peligrosidad de la tentativa peligrosa *ex ante* y *ex post* tiene una base empírico-objetiva con mayor capacidad lesiva que la tentativa aparentemente peligrosa, que no cuenta con dicha base, sino tan sólo con el halo de peligrosidad consensuado socialmente⁹⁰⁶. Ciertamente, la tentativa empírico-objetivamente peligrosa goza también de un consenso social de peligrosidad, pero no basado en aquello que por apariencia puede afectar ya a las expectativas de disponibilidad de los bienes jurídicos, sino basado en una peligrosidad real de afectación a tales bienes⁹⁰⁷; algo así como lo que WOLTER denomina peligro de consumación de la tentativa (acabada) idónea (según el plan del autor y con el medio de ataque escogido por él)⁹⁰⁸.

2. Los supuestos de tentativa peligrosa *ex ante* y *ex post* son los prototípicos supuestos en donde el resultado no se produce por un factor externo a la peligrosidad de la conducta (y no sólo por una causa ajena a la voluntad del autor). Así, el sujeto que prepara la bomba que resultaría idónea para matar a todos los ocupantes del automóvil, pero que en el momento de explotar no mata a nadie, porque minutos antes de forma imprevisible los pasajeros habían abandonaron el vehículo, o el sujeto que dispara a su enemigo en la sien, quien no

ya antes en BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1994, pp. 113 y ss., quien se refiere a tentativas idóneas, inidóneas (punibles) e irreales (no punibles), desde el punto de vista de una peligrosidad real *ex ante* (objetivamente construida sobre leyes científicas).

⁹⁰⁶ Esto encaja con lo que se entiende por “rasgos del mundo que no dependen de nosotros” (realismo externo) de la filosofía de SEARLE, *La construcción de la realidad social*, 1997, pp. 28 y ss., *passim*. Para BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1994, p. 118, “las tentativas inidóneas se caracterizan por una ausencia objetiva de peligro *ex ante* o, por lo menos, por una ausencia de suficiente peligro objetivo *ex ante* (...)”.

⁹⁰⁷ Cfr. BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1994, p. 117.

⁹⁰⁸ Cfr. WOLTER, “Imputación objetiva y personal”, en *El sistema moderno del Dp*, 2012 (2ª ed.), p. 122. También WOLTER, “Vorsätzliche Vollendung ohne Vollendungsvorsatz”, en *FS für Leferenz*, 1983, pp. 551, 562 y ss., *passim*. Define la tentativa idónea como “la que constituye el estadio de tránsito hacia la consumación del hecho”, BLOY, “Contenido de ilícito y punibilidad de la tentativa burdamente insensata”, *ADPCP*, 2005, pp. 369-370, basándola en el juicio de peligrosidad *ex ante*, de forma que será tentativa inidónea aquella que se origine en una conducta no peligrosa.

muere a pesar que la bala queda alojada en su cabeza, o la carta injuriente que al llegar a destino no es leída por la víctima que decide leerla para después del viaje que emprende y luego un incendio la destruye, o el supuesto cliente de un banco que presenta un documento de identidad falso para cobrar un cheque al portador de la persona identificada en el documento falso que no llega a cobrar porque la cajera tuvo una corazonada del engaño, etc.

II.1.4.b.iii.b. Tentativa peligrosa ex ante y no peligrosa ex post

1. Respecto de esta clase de tentativa intersubjetivamente idónea *ex ante*, pero no *ex post* todavía pueden contemplarse sub-modalidades:

1.a. *Modalidad del consenso relativo del hombre medio, ex ante, y ex post sólo del autor*⁹⁰⁹: en este supuesto tanto el autor como el hombre medio en el lugar del autor advierten *ex ante* la concurrencia de la peligrosidad de la conducta, pero, desde una perspectiva *ex post*, sólo el autor concreto sigue advirtiendo dicha peligrosidad y no así el hombre medio. Esta clase de tentativa es socialmente peligrosa *ex ante*, pero no peligrosa *ex post*, porque en este segundo momento no existe consenso relativo del hombre medio, sino simplemente la representación individual del autor. Supóngase que el autor para matar a su enemigo coloca en la bebida de la víctima sin saber una dosis insuficiente de veneno, que el hombre medio en el lugar del autor hubiese también creído de modo razonable que era una dosis suficientemente letal. *Ex post*, con todos los elementos del hecho, el hombre medio advierte la ausencia de peligrosidad de la conducta, pero el autor sigue creyendo que asumía un riesgo idóneo de muerte. Indudablemente, este es un supuesto complejo de tentativa, porque se da una divergencia entre los grados de peligrosidad *ex ante* y *ex post* desde la perspectiva del hombre medio en el lugar del autor, dando lugar a una tentativa intersubjetivamente peligrosa *ex ante* (idónea), pero intersubjetivamente no peligrosa *ex post* (inidónea). La diferente percepción del peligro *ex post* se debe a que el hombre medio puede con todos los datos del hecho darse cuenta de la no peligrosidad de la conducta, pero ello no es posible para el autor concreto, que por una configuración intelectual deficitaria sigue sin advertir la verdadera naturaleza de su conducta. En este modelo la desestabilización de las expectativas de uso y disfrute de los bienes jurídicos se restablece

⁹⁰⁹ = *Modalidad del consenso relativo del hombre medio, ex ante, y de la óptica individual del autor concreto, ex post.*

inmediatamente en el *ex post*, cuando el hombre medio advierte la no peligrosidad de la conducta.

1.b. *Modalidad del consenso relativo del hombre medio ex ante pero no ex post*: en estos casos el grado de peligrosidad es advertido *ex ante* tanto por el autor como por el hombre medio colocado en su lugar, pero no por ningún otro. Difiere de la modalidad anterior, porque ahora también el autor concreto llega a advertir *ex post* la ausencia de peligrosidad de la conducta⁹¹⁰. Por ejemplo, el sujeto preparó el arma para disparar y, en un intervalo de tiempo que él se distrae, un tercero le extrae las balas⁹¹¹ (como el caso de la pistola descargada de la película *Crash* o *Colisión*), o el sujeto que dispara al muñeco que yace debajo de la sábana creyendo que dispara a la víctima que estaba durmiendo allí minutos antes⁹¹², o el caso en que el autor creyendo que coge el arsénico para matar se equivoca y coge tan sólo un poco de sal⁹¹³, o las maniobras abortivas de la mujer sobre el feto que ya está muerto. En todos los ejemplos, la situación valorada intersubjetivamente *ex ante* se presenta como una situación de peligro racionalmente apta para desestabilizar las expectativas de disfrute del bien jurídico (aunque *ex post* se demuestre que era incapaz de lesionar el bien jurídico un arma descargada, un disparo a un muñeco, un poco de sal o un feto ya muerto)⁹¹⁴. A diferencia del juicio de previsibilidad de la imputación objetiva, en

⁹¹⁰ Estos casos son para BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1994, p. 117, nota al pie 250, supuestos de tentativa inidóneas (= error de tipo objetivo inverso invencible) por su máxima apariencia de peligro.

⁹¹¹ Desde una postura mixta de la tentativa, los intentos no peligrosos de lesionar bienes jurídicos son susceptibles de castigo sólo en el caso en el que el autor creyera que realiza la conducta *objetivamente peligrosa*: por ejemplo, creer que la pistola que se dispara contra alguien está cargada. Cfr. SOLA RECHE, *La llamada "tentativa inidónea" de delito*, 1996, p. 245. Un ejemplo similar, el del intento de homicidio con una "pistola estropeada", de BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1994, p. 119, nota al pie 258 (con más ejemplos).

⁹¹² Variante: debajo de la sábana yace otra persona diferente de la víctima. Aquí sería lógico afirmar un concurso entre una tentativa intersubjetivamente idónea *ex ante* con un homicidio doloso (el error *in persona* no elimina el dolo). Así también comete una tentativa peligrosa *ex ante* quien dispara a una persona que cree viva, cuando en verdad ya está muerta y se trata de un cadáver. Respecto, de esta última variante, véase la matización de ZACZYK, *Das Unrecht der versuchten Tat*, 1989, pp. 229 y ss., 250, 255, 327. Este autor señala que la antijuridicidad de la tentativa precisa de la existencia de una "relación de reconocimiento" (= vínculo legal) con respecto de la persona atacada o con el bien jurídico de la sociedad. Por ejemplo no se lesiona una relación de reconocimiento en el caso del disparo a una persona que está muerta cuando el autor lo cree aún viva; pero sí disparar con un arma de fuego a una cama en donde minutos antes estuvo la víctima.

⁹¹³ Con este ejemplo como comportamiento realmente peligroso, JAKOBS, "Representación del autor e imputación objetiva", *ADPCP*, 1991, p. 494. En la misma línea, ZACZYK, *Das Unrecht der versuchten Tat*, 1989, pp. 229 y ss., 250, 255, 327.

⁹¹⁴ Caben aquí errores de tipo inverso vencibles (y por supuesto, invencibles). Caso de la jurisprudencia comentado en SILVA SÁNCHEZ/BALDÓ LAVILLA/CORCOY BIDASOLO, *Casos de la jurisprudencia penal*, 1997

donde el autor *posee* los mismos conocimientos que el hombre medio, en el juicio de cognoscibilidad de la imputación subjetiva es el hombre medio el que *posee* los mismos conocimientos y desconocimientos invencibles del autor⁹¹⁵ (el hombre medio en la imputación subjetiva opera como el límite mínimo o negativo). En el ejemplo del que dispara a matar con una pistola que cree cargada, pero que alguien la descargó minutos antes, se puede sostener que el hombre medio juicioso colocado en el lugar del autor hubiese advertido que el arma había sido descargada, pero a la vez también hubiese advertido que disparar con un arma ineficaz para matar genera una afectación a las expectativas sociales sobre los bienes jurídicos⁹¹⁶. No cabe aquí considerar para eliminar la peligrosidad de la tentativa que un hombre prudente habría comprobado el estado del arma antes de utilizarla, advirtiendo que estaba descargada y, por ello, que hubiera renunciando al hecho⁹¹⁷, pues esto supondría derechamente decir que sólo los autores prudentes pueden cometer delitos dolosos y no así los descuidados o los que son “víctimas” de un justiciero que les descarga el arma. Asimismo, en sentido inverso, tampoco cabría considerar esta circunstancia como para agravar la peligrosidad de la tentativa, alegando que la advertencia del arma descargada hubiera llevado al autor a volverla a cargar, pues esto supondría castigar al sujeto por un argumento ficticio agravatorio. Estas dos formulaciones hipotéticas no llegan a desvirtuar la esencia de la peligrosidad intersubjetiva presente en el momento del hecho. En todo caso, el hombre medio sabiendo que el arma está descargada hubiese actuado como lo hizo el autor, sabiendo que el peligro epistemológico surte efectos

(2ª ed.), p. 370 (STS 26 febrero 1981: el recurrente con ánimo de matar dispara cinco tiros de escopeta sobre el asiento del coche donde había visto al conductor anteriormente, pero éste se había ido sin que el autor se diese cuenta). Para estos autores el error del autor será invencible o vencible en atención a si un espectador objetivo prudente hubiera o no incurrido en el mismo error. Sostienen que en el caso parece claro que aun un espectador objetivo situado en la posición del autor hubiera incurrido en el mismo error (invencible), y sería un caso de tentativa inidónea punible (p. 383). Aquí se entiende que incluso cuando se tratase de un error vencible se debería responder por tentativa, por cuanto el riesgo que se genera es *ex ante* intersubjetivamente idóneo para producir el resultado lesivo, y ello ya afecta las condiciones de disfrute del bien jurídico. Decir lo contrario debería llevar a sostener que los autores “imprudentes” no pueden cometer delitos dolosos por incompetentes, porque un incompetente no genera sensación de peligro.

⁹¹⁵ En la imputación objetiva se mide al autor sobre la base del hombre medio, mientras que en la imputación subjetiva es el hombre medio el que se mide sobre la base del autor, como límite negativo (de allí que en éste se incluyan todos los errores y desconocimientos del autor).

⁹¹⁶ Para MIR PUIG basta aquí para el juicio de intersubjetividad que sea posible afirmar que el deseo del autor no es irracional para una persona media. Cfr. MIR PUIG, “Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el nuevo Código penal”, *RECPC*, 2001, p. 7.

⁹¹⁷ Cabe cuestionarse en este momento si forma parte del deber de cuidado que el sujeto que ejecuta un delito doloso tenga que cerciorarse continuamente de los pasos que da, como para hablar de auténtico dolo. Por ejemplo: comprobar el arma, comprobar que la víctima esté en el lugar, etc. A mi entender, no ha de entenderse que sólo obra con dolo, el sujeto que está continuamente comprobando la idoneidad del riesgo que asume.

intersubjetivos negativos. De allí que los errores tales como que la víctima no se halle en la cama (ausencia de objeto)⁹¹⁸ o que el feto de la mujer está muerto, no benefician al sujeto convirtiendo la tentativa en inidónea, pues estos errores perjudican al éxito de su plan, pero no le descargan de responsabilidad⁹¹⁹. Por lo demás, tampoco basta con que *alguien* hubiese conocido del error (por ejemplo, que la víctima no estaba en la cama)⁹²⁰. Dejando de lado los errores burdos y los vencibles, lo que interesa es si el hombre medio en el lugar del autor también no hubiese podido saber aquello que el autor no supo y si, de haberlo sabido en los casos de vencibilidad, él hubiese obrado como el autor, representándose que el peligro generado es suficiente para afectar la seguridad sobre los bienes jurídicos. En todo caso, hipotéticamente, se podría decir que si el autor lo hubiese podido saber, pero no quiso cerciorarse (por ejemplo que el enemigo no estaba debajo de la sábana), entonces, esto basta para ser punible como tentativa idónea (similar a la fórmula de FRANK en el dolo eventual: si el sujeto hubiese sabido con seguridad)⁹²¹. Justamente en los casos de error inverso de tipo invencible (que comparte el hombre medio colocado en el lugar del autor) se advierte el papel del hombre medio, porque el error es una cuestión epistemológica propia de la

⁹¹⁸ Similarmente desde una concepción subjetivista del injusto, CEREZO MIR, *Curso de Dp español*, 1998 (6ª ed.), pp. 108, 146 [también en “La regulación del *iter criminis*”, *RDPC*, 1998, p. 22]. Para este autor, en el caso del sujeto que dispara al bulto bajo la manta, se da una tentativa idónea, porque *ex ante* la ausencia del objeto no era objetivamente cognoscible para el hombre medio en el lugar del autor. En el mismo sentido GRACIA MARTÍN, “Política criminal y dogmática jurídico penal”, *AP*, 1994, p. 353. Puede añadirse aquí: o era altamente improbable para el hombre medio que la víctima no estuviera debajo de la manta, lo que no genera el deber de verificación. En consecuencia, así como el criterio de la constitución anómala de la víctima no previsible por el hombre medio situado en cualquier lugar (y, por ende, no cognoscible por el hombre medio en el lugar del autor) no elimina la imputación objetiva del resultado más grave; aquí, a la inversa, la ausencia de la víctima no previsible por el hombre medio en cualquier lugar y no cognoscible por el hombre medio en el lugar del autor, no elimina la imputación de la conducta. En contra de la solución de CEREZO MIR, se pronuncia BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1994, p. 118, para quien en el caso del bulto no concurre una tentativa idónea, sino “*realmente inidónea según las leyes de la ciencia*” (y porque la considera objetivamente inidónea, aunque punible, niega el derecho de defensa del enemigo; lo que a mi criterio es erróneo, teniendo en cuenta que *ex ante* el peligro objetivamente inidóneo es intersubjetivamente idóneo. La incongruencia del planteamiento de BALDÓ LAVILLA es evidente: ¿por qué se castiga una conducta respecto de la cual uno no podría defenderse?).

⁹¹⁹ Quien se equivoca en contra de sí mismo no se beneficia de su error (sea fáctico o normativo). También FARRÉ TREPAT, *La tentativa de delito*, 1986, pp. 398-399.

⁹²⁰ De otra idea MIR PUIG, “Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el nuevo Código penal”, *RECPC*, 2001, p. 8, para quien el juicio de peligro debe realizarse en el momento del inicio de la tentativa, pero teniendo en cuenta todos los elementos de la situación que luego *ex post* se demuestra que alguna persona hubiera podido conocer *ex ante*.

⁹²¹ Variante 1: si el autor hubiese llegado a la casa de la víctima y estaba a punto de disparar, pero por una intuición se detuvo a comprobar que la víctima estuviera debajo de la manta y, al advertir que ésta no estaba, desistió de la acción y se fue a la casa, ¿tentativa o acto preparatorio? Variante 2: si cuando el sujeto se detuvo a comprobar de si estaba la víctima, advirtiendo que ésta no se encontraba allí y de la rabia disparó igualmente, ¿tentativa?

situación en sí, de allí que un hombre experto u omnisciente podría fácilmente advertir la ausencia de peligrosidad. En consecuencia, esta modalidad de tentativa tiene visos de inidoneidad en términos empíricos, aunque no en términos epistemológicos. Se trataría de un juicio de peligrosidad intersubjetivamente racional, suficiente para fundamentar el castigo de la conducta⁹²².

1.b.i. Los supuestos aquí mencionados como de tentativas idóneas aparentes⁹²³ son los que parte de la doctrina denomina tentativa relativamente inidónea⁹²⁴. A mi entender esta clase de tentativas podrían concebirse en su conjunto como menos peligrosas, pero no como inidóneas en su conjunto, puesto que sólo desde una perspectiva *ex post* lo son y, como es conocido, en Derecho penal la perspectiva *ex ante* es la que vale en el juicio de la peligrosidad. Lo que define a una tentativa como idónea es la perspectiva intersubjetiva de la peligrosidad *ex ante*, aunque *ex post* sea inidónea. En consecuencia, el *ex post* no convierte la peligrosidad en inidónea, sino simplemente demuestra su incapacidad de lesionar al bien jurídico⁹²⁵, pero no su incapacidad de desestabilizar las condiciones de uso

⁹²² En estos casos el baremo de peligrosidad de la conducta arroja la idea que la acción del sujeto ha causado impresión en el medio social en el que se produce, porque existe racionalidad intersubjetiva (no causaría impresión una irracionalidad intersubjetiva). Sobre esto también SÁNCHEZ-OSTIZ/ÍNIGO CORROZA, *Teoría general del delito* (recurso web), 2014, p. 2.

⁹²³ Igualmente CERESO MIR, “La regulación del *‘iter criminis’*”, *RDPC*, 1998, pp. 21-22 (lo que para la doctrina es tentativa relativamente inidónea, para este autor es una tentativa idónea; y lo que para la doctrina mayoritaria son tentativas absolutamente inidóneas o supersticiosas, para este autor son simplemente tentativas inidóneas). También PUPPE parece indicar que la única tentativa inidónea es la no peligrosa (si el dolo consiste en una estrategia razonable de realización del tipo, entonces las conductas inidóneas serían únicamente las no peligrosas). Cfr. PUPPE, *Vorsatz und Zurechnung*, 1992, p. 46. De otra idea SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal*, 1997, p. 129 (para quien las tentativas *ex ante* peligrosas y *ex post* no peligrosas parecen corresponderse con las llamadas tentativas inidóneas).

⁹²⁴ Señalándolo MIR PUIG, *Función de la pena*, 1982 (2ª ed.), p. 70, nota al pie 93. También así opera la jurisprudencia española, denominando tentativa inidónea relativa punible a la tentativa idónea *ex ante* (no idónea *ex post*). Así, la STS 19/11/2014 (Marchena Gómez), sobre un caso de tentativa de falsificación de tarjetas de créditos o *skimming*, que no pudo consumarse porque el Banco tenía instalado el sistema informático *antiskimming*; la STS 06/11/2012 (Martínez Arrieta), sobre un caso de tentativa de homicidio, que no pudo consumarse porque la dosis del fármaco, un antidepresivo, suministrado a los menores era insuficiente e inidóneamente letal; la SAP Barcelona 14/01/2010 (Benlloch Petit), considera típica la conducta peligrosa *ex ante*, condenada no obstante al fracaso, del ofrecimiento de droga a unos agentes de policías no uniformados; la SAP Barcelona 26/01/2009 (Torras Coll), sobre un caso de tentativa de estafa, que no pudo consumarse porque el cheque se encontraba anulado en el momento de presentarse para el cobro.

⁹²⁵ Que la tentativa inidónea revele la incapacidad de peligrosidad de la conducta como para afectar los bienes jurídicos, esto no elimina la función de protección de los bienes jurídicos que tiene el Derecho penal. Cfr. de modo similar SOLA RECHE, *La llamada “tentativa inidónea” de delito*, 1996, p. 244. Para WOLTER, “Imputación objetiva y personal”, en *El sistema moderno del Dp*, 2012 (2ª ed.), pp. 123-124, en la tentativa inidónea se realiza un desvalor “objetivo-subjetivo” de la conducta, porque el autor pretende erróneamente

y goce de los bienes jurídicos⁹²⁶. De allí que sólo puede tener sentido decir que las tentativas peligrosas *ex ante* no peligrosas *ex post* son también tentativas idóneas. Y esto no es sólo una cuestión de etiquetas o de *nomen iuris*, sino que tiene que ver con el fundamento de su castigo y de la menor medida de su castigo frente a las tentativas realmente idóneas⁹²⁷. Por eso, si se las define, como lo hace la doctrina, como tentativas inidóneas (teniendo en cuenta la no peligrosidad *ex post*), entonces, no podría argumentarse coherentemente respecto de ellas que su castigo se fundamenta en la virtualidad que tienen para afectar el sentimiento de libertad y seguridad que rodea al goce de los bienes jurídicos. Esto es así porque este fundamento opera en el *ex ante* y carece de sentido en el *ex post*. En otras palabras, si lo que se ha de tener en cuenta para definir la tentativa es la inidoneidad *ex post* del peligro, entonces, no podría emplearse como el fundamento del castigo el argumento que la tentativa ha defraudado expectativas. De allí que, a mi criterio, las

crear un riesgo (desvalor de la intención) y pone objetivamente en práctica su plan inidóneo. Al ser excepcional debe reducirse el ámbito de aplicación de la tentativa inidónea, como la de omisión, la de sujetos inidóneos, la actuación irreal, el riesgo real irrelevante por su insignificancia (como los casos de la tormenta o el del tío y el sobrino heredero). Por lo que alcanzo a entender, WOLTER distingue a nivel de antijuridicidad entre el injusto de la acción (norma de conducta) y el injusto del resultado (norma de valoración). En el injusto de la acción, este autor, incluye lo que él denomina el injusto de la conducta y el injusto de la peligrosidad (o del riesgo). La regla general, para este autor, es que las normas de conducta prohíban conductas objetivamente peligrosas, de modo que, como la tentativa inidónea no contiene una conducta objetivamente peligrosa, para castigarla habrá que buscar algún fundamento especial, cual es la perturbación que produce a la paz pública. En la tentativa inidónea concurre del injusto de la acción, sólo el injusto de la conducta, pero un injusto de la conducta subjetivo (o injusto de la voluntad), y no, en cambio, un injusto de la conducta y de la peligrosidad (es decir, un injusto objetivo o injusto del hecho). Ciertamente, la infracción a la norma de conducta surge ya con la realización de un desvalor de la conducta, o lo que es lo mismo, del simple desvalor de intención puesto en práctica, como sucede con el desvalor de la tentativa de acción de la tentativa inidónea. Cfr. WOLTER, “Imputación objetiva y personal”, en *El sistema moderno del Dp*, 2012 (2ª ed.), pp. 123, 125 y ss. En la tentativa inidónea se da un desvalor “objetivo-subjetivo” de la conducta, o un desvalor de intención, esto es, un injusto incompleto de la acción, (que se trata de un injusto incompleto se puede deducir cuando WOLTER señala que la creación de un riesgo simplemente supuesto en la tentativa inidónea no constituye el prototipo de injusto, aunque ello sea suficiente ya para infringir la norma de conducta. En consecuencia, prototipo de injusto lo constituye un riesgo real, efectivo de lesión o de puesta en peligro concreto de un bien jurídico).

⁹²⁶ La tentativa inidónea ilustra de modo especialmente evidente que el juicio de dañosidad no puede agotarse en la lesión o puesta en peligro de las concretas condiciones de vida de la víctima. Cfr. KARGL, “Protección de bienes jurídicos mediante protección del Derecho”, en *La insostenible situación del Dp*, 2000, pp. 50 y ss., 54-55. Para este autor el concepto de daño ha de salirse del paradigma naturalista del bien jurídico y concebirse en términos diferentes, como “daño como lesión del respeto”. De este modo, el juicio de dañosidad no se basa primordialmente en el acaecimiento de un estado de cosas indeseado y perjudicial en sí, sino en la lesión de la pretensión de que tal estado de cosas eventualmente no llegue a producirse. Y ese estado de cosaspreciado por cada individuo son los valores dignos de respeto, que resultan indispensables para el desarrollo de la autonomía humana.

⁹²⁷ En este sentido BLOY, “Contenido de ilícito y punibilidad de la tentativa burdamente insensata”, *ADPCP*, 2005, p. 401, también considera que la tentativa inidónea relativa ha de merecer un castigo menor al de la tentativa idónea (con referencias bibliográficas en nota al pie 128).

tentativas auténticamente inidóneas serían sólo aquellas que resulten ya intersubjetivamente *ex ante* como no peligrosas⁹²⁸. La tentativa peligrosa *ex ante*, no peligrosa *ex post*, sería el mínimo del desvalor de acción susceptible de castigo.

2. Mencionadas las dos modalidades de la tentativa idónea aparente me detendré un momento en el fundamento de su castigo. Esta clase de tentativa, evidentemente, por una razón político-criminal es entendida como una manifestación de peligro intersubjetivo que genera, desde un punto de vista preventivo, sólidas razones de castigo⁹²⁹. Una de estas razones podría ser la necesidad de asegurar no ya la intangibilidad de los bienes jurídicos, sino también sus condiciones normales de uso y disfrute⁹³⁰. En efecto, la sociedad puede mostrarse intolerable ante comportamientos que entrañen peligros aparentes, por considerarlos suficientes para comprometer el sentimiento intersubjetivo de seguridad de los bienes jurídicos (aunque no los afecte empíricamente)⁹³¹. Sentimiento de seguridad que, por lo demás, reúne las condiciones de razonabilidad necesaria al exigirse que el comportamiento peligroso lo sea desde la perspectiva *ex ante* del hombre medio en el lugar del autor⁹³². En otras palabras, este grupo de comportamientos no deberían ser penalizados

⁹²⁸ Igualmente, considera tentativas inidóneas sólo a aquellas tentativas no peligrosas *ex ante* para una persona media en la situación del autor, CEREZO MIR, “La regulación del ‘*iter criminis*’”, *RDPC*, 1998, p. 21. También SOLA RECHE, *La llamada “tentativa inidónea” de delito*, 1996.

⁹²⁹ Entre la *modalidad del consenso relativo del hombre medio ex ante*, y *ex post sólo del autor*, y la *modalidad del consenso relativo del hombre medio ex ante, pero no ex post*, se da un diferente desvalor de acción, que ha de reflejarse en el monto de la pena.

⁹³⁰ Similarmente, cuando se refiere a la genérica seguridad de los bienes jurídicos, SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal*, 1997, p. 130. WOLTER no menciona expresamente el aspecto simbólico de la afectación al bien jurídico, pero se lo puede deducir de su planteamiento, cuando acepta que la tentativa inidónea como mero injusto de la voluntad sea castigada de modo excepcional por afectar a la paz pública (se da un injusto de la conducta, pero no un injusto de la peligrosidad). Cfr. WOLTER, “Imputación objetiva y personal”, en *El sistema moderno del Dp*, 2012 (2ª ed.), p. 125. En contra BOTTKE, “Untauglicher Versuch und freiwilliger Rücktritt”, en *50 Jahre Bundesgerichtshof*, 2000, pp. 159, 135 y ss. Para este autor la tentativa inidónea es inconstitucional, pues mientras que la tentativa idónea lesiona bienes jurídicos concretos como la vida humana, la tentativa inidónea infringe un “bien jurídico” en forma de “paz y fidelidad al Derecho”, lo que comporta una violación al principio de legalidad.

⁹³¹ Para WOLTER, “Imputación objetiva y personal”, en *El sistema moderno del Dp*, 2012 (2ª ed.), pp. 123-124, una excepción a la idea de que las prohibiciones jurídico-penales sólo contienen por regla general prohibiciones de conductas objetivamente peligrosas, es la tentativa inidónea, que sólo contiene una perturbación a la paz jurídica sin peligrosidad mensurable para un concreto bien jurídico.

⁹³² Para WOLTER del fin de protección preventiva de bienes jurídicos cabe derivar la conclusión de que las prohibiciones jurídico-penales sólo se refieren a conductas objetivamente peligrosas. Constituye una excepción la tentativa inidónea, que sólo contiene una perturbación de la paz jurídica sin peligrosidad mensurable para un concreto bien jurídico. Cfr. WOLTER, “Imputación objetiva y personal”, en *El sistema moderno del Dp*, 2012 (2ª ed.), p. 123 (con referencias interesantes del traductor en nota al pie).

en relación con la intangibilidad del bien jurídico contra el cual se dirigen, puesto que en términos fuertes de la expresión *lesión* (incluso de una *real* puesta en peligro), según el juicio social separado de la visión del autor, el bien jurídico no ha llegado a afectarse⁹³³, sino en relación con las expectativas de disfrute de dicho bien jurídico. De allí que algún sector de la doctrina -cercano a la *teoría de la impresión (Eindruckstheorie)*⁹³⁴- sugiera castigar estas conductas como delitos contra la libertad y seguridad de los ciudadanos en el disfrute de sus bienes jurídicos⁹³⁵. Pero ello admite todavía dos formas de afrontar teóricamente la cuestión. Una sería la de castigar esta clase de tentativa como un delito contra la libertad y la seguridad de los bienes jurídicos. Pero si se asume este argumento en relación con el CPes., entonces, el mismo no pasa de ser una propuesta de *lege ferenda* (o de *iure condendo*) en la medida en que tales delitos no se encuentran tipificados en la ley penal actual⁹³⁶, excepto, que se entienda que como modalidad de tentativa, la idónea aparente también se encuentra contemplada en el adverbio “objetivamente” que emplea el art. 16 y que este término hace alusión a la peligrosidad intersubjetiva. El inconveniente de este argumento vendría dado por el hecho de que si se concibe que se trata de delitos contra la seguridad y libertad de las personas, entonces, se está haciendo depender un fundamento

⁹³³ De esta idea, SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal*, 1997, p. 131.

⁹³⁴ Hasta donde pude averiguar, el primero que ha formulado las bases de lo que se denomina hoy actualmente teoría de la impresión fue, HORN (Arnold), “Der Versuch”, *ZStW*, 1900, p. 346, desde la teoría objetiva del peligro objetivo *ex ante* considerado, como el presupuesto de la impresión o conmoción que habría de causar en la sociedad, perturbando de este modo la paz y el orden social. Así, la dimensión objetiva (el peligro) se coherencia con la dimensión subjetiva (sociedad, como sujeto colectivo). No era la peligrosidad subjetiva del autor concreto la base del fundamento del castigo de la tentativa, sino la impresión que el peligro de aquél causaba o debía causar en la sociedad como para ser castigada.

⁹³⁵ De esta idea SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal*, 1997, p. 131; BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1994, p. 118. Similarmente, desde la “teoría de la nueva peligrosidad” (con bases en la teoría de la imputación objetiva), ROXIN, “Acerca de la punibilidad de la tentativa inidónea”, *RLD*, 2008, p. 293 [= “Zur Strafbarkeit des untauglichen Versuchs”, en *FS für Heike Jung*, 2007, pp. 831-832]. Para este autor las tentativas inidóneas también son peligrosas para los bienes jurídicos cuando es posible determinar el peligro desde un punto de vista de un observador promedio (que conoce el propósito del autor y posee eventuales conocimientos especiales). Esto rige tanto para las tentativas con medios inidóneos (apretar el gatillo de una pistola sobre la cabeza de otro y desconociendo si el arma está cargada o no) como respecto de objetos inidóneos (quien efectúa un disparo mortal a una persona que yace inconsciente en el suelo, por las dudas que esté viva), en donde se crean situaciones de peligro prohibido desde la perspectiva *ex ante*. Para BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Dp*, 1994 (4ª ed.), pp. 427-428 la teoría de la impresión al no hacer mención a los bienes jurídicos, sino a la realidad del Ordenamiento Jurídico transgrede el principio de lesividad, lo que resulta de poca garantía para el ciudadano. Si se quisiera recurrir al criterio de la seguridad como fundamento del castigo habría que tipificarlo en la Parte especial.

⁹³⁶ En Alemania algunos autores consideran este criterio no sólo como polémico desde el punto de vista de la legalidad, sino también desde la constitucionalidad. Cfr. BOTKE, “Untauglicher Versuch und freiwilliger Rücktritt”, en *50 Jahre Bundesgerichtshof*, 2000, pp. 159, 135 y ss.

general del castigo de un tipo penal positivo. La otra forma de abordar la cuestión es la que se defiende en este trabajo. Se concibe que el castigo de la tentativa idónea aparente se fundamente en la infracción de las expectativas de uso y disfrute de los bienes jurídicos, como una dimensión derivada del principio de lesividad.

2.a. Para cerrar, quisiera rescatar una importante diferencia entre el planteamiento aquí defendido y algunos planteamientos cercanos. Para algunos autores las únicas conductas que pueden ser objeto de la prohibición de una norma son las que resulten idóneas, conforme a leyes causales, para producir un estado de peligro o de lesión en los bienes jurídicos⁹³⁷. Se dice con ello, que “el legislador considera relevantes aquellos [comportamientos] que *poseen* un grado real de idoneidad –probabilidad objetiva de lesión- que es considerado *normativamente* como suficiente”⁹³⁸. Desde esta teoría, para defender el castigo de la tentativa inidónea (relativa), la que no cuestiona objetivamente ningún bien jurídico, se decantan por el argumento de la libertad y seguridad de los bienes jurídicos⁹³⁹. Dicho de otro modo, la prohibición de la “mera apariencia de peligro *ex ante*”⁹⁴⁰ no responde a la finalidad de “evitar *directamente* la lesión de los bienes jurídicos que aparentemente ponen en peligro”⁹⁴¹, porque eso sería afirmar un absurdo; por el contrario, la prohibición responde a que tales conductas inidóneas “sí ponen en peligro ‘efectivo’ otros bienes jurídicos que, (...), legitiman su sanción”⁹⁴², porque son “bienes jurídicos fundamentales para la convivencia social –distintos de los protegidos por la norma en cuestión-: ante todo, la ‘libertad’ y ‘seguridad’ de las personas”⁹⁴³. A mi criterio, esta concepción disocia indebidamente el fundamento general de la prohibición de las conductas (una idoneidad objetiva, real) del fundamento especial del castigo de la tentativa idónea aparente (la seguridad del bien jurídico). Con ello se advierte muy rápido que el fundamento del castigo de esta clase de tentativa se trata de un fundamento *ad hoc*, que no se imbrica en el fundamento del castigo del ilícito en general, cual es la lesividad del bien jurídico. Así, sostienen para la tentativa inidónea un concepto de inidoneidad real (o idoneidad aparente) basada exclusivamente en las leyes científicas o experimentales, esto es, como contrapartida a un peligro objetivo (real) que opera *ex ante facto*⁹⁴⁴, cuyo fundamento de la prohibición brilla por su ausencia (porque se sostiene que el fundamento de la prohibición siempre son conductas objetivamente idóneas de lesión, no las aparentes⁹⁴⁵), pero cuyo

⁹³⁷ Cfr. BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1994, p. 114.

⁹³⁸ Cfr. BALDÓ LAVILLA, *ibidem*.

⁹³⁹ Cfr. BALDÓ LAVILLA, *ibidem*, p. 118.

⁹⁴⁰ Cfr. BALDÓ LAVILLA, *ibidem*, pp. 115 y ss.

⁹⁴¹ Cfr. BALDÓ LAVILLA, *ibidem*, p. 118.

⁹⁴² Cfr. BALDÓ LAVILLA, *ibidem*.

⁹⁴³ Cfr. BALDÓ LAVILLA, *ibidem*.

⁹⁴⁴ Cfr. BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1994, pp. 116, 117, nota al pie 251. Para este autor, la tentativa inidónea precisa de tres requisitos: (1) una representación subjetiva de peligro *ex ante facto*; (2) una apariencia de peligrosidad *ex ante facto*; y (3) una objetiva ausencia de peligrosidad real *ex ante facto* – conforme a leyes científicas válidas para todo espectador, incluso los que no se hallen en la posición del autor-.

⁹⁴⁵ Cfr. BALDÓ LAVILLA, *ibidem*, pp. 111, 114, *passim*.

fundamento del castigo responde a un argumento desprendido del injusto objetivo (= del principio de lesividad): la seguridad y libertad de las personas⁹⁴⁶.

II.1.4.b.iii.c. *Tentativa no peligrosa ex ante (ergo, no peligrosa ex post)*⁹⁴⁷

1. Respecto de esta clase de tentativa todavía pueden contemplarse sub-modalidades:

1.a. *Modalidad de la óptica individual del autor ex ante y ex post*⁹⁴⁸: esta tentativa no es peligrosa *ex ante* porque no existe el mínimo consenso social sobre el grado o naturaleza del peligro necesarios como para hablar de peligro de afectación de expectativas o de lesión de los bienes jurídicos. La conducta es exclusivamente peligrosa *ex ante* para el autor concreto, pero no para el hombre medio situado en su lugar, ni mucho menos para el hombre medio situado en cualquier otro lugar⁹⁴⁹, el hombre experto o el hombre omnisciente. Se trata de hechos en donde ninguna persona razonable atribuiría al comportamiento del autor la calidad de peligroso⁹⁵⁰, porque con total evidencia la conducta

⁹⁴⁶ Cfr. BALDÓ LAVILLA, *ibidem*, p. 118.

⁹⁴⁷ Lo que la doctrina denomina tentativa burdamente insensata (*des grob unverständigen Versuchs*) o por burda insensatez), tentativa irreal o tentativa supersticiosa. Sobre ella BLOY, “Contenido de ilícito y punibilidad de la tentativa burdamente insensata”, *ADPCP*, 2005, pp. 365 y ss., 390. Por “burda insensatez” entiende este autor el juicio objetivo sobre el error subjetivo. “La burda insensatez contrasta con el pensar y el actuar ‘sensatos’. La sensatez remite a un sistema de orientación supraindividual que hace posible la comunicación. Piensa y actúa sensatamente quien en atención a ello comprende ‘correctamente’. Aquí el adjetivo ‘supraindividual’ remite a la idea de que la integración del hombre en la socialidad precede a cada razón, (...). Dado que cada orden jurídico se refiere a una determinada sociedad, (...), tiene que orientarse según la comprensión que ella tenga de sí misma. En este sentido tiene sensatez quien ajusta su pensar y su actuar a tal comprensión. En consecuencia, insensatez significa ignorar las directrices de orientación socialmente decisivas” (p. 390). Por su parte JAKOBS, *Dp, Pg*, 1997 (2ª ed.), pp. 894-895, acierta sólo en parte con el siguiente argumento: “La tentativa es burdamente insensata cuando la representación del autor diverge con mucho de lo sensato. El que esta representación divergente sea a veces un fenómeno extendido no la convierte en sensata, dado que la insensatez no se convierte en sensatez por su difusión”. A mi criterio es correcto que la difusión de la insensatez no la convierte “empíricamente” en sensatez, pero sí expresivamente. Que un sector considerable de la sociedad occidental comparta cada vez más la creencia de que el número 13 es un número fatídico (o el número 4 en la cultura oriental), y evite mencionarlo en su rutina, o considerarlo en sus hechos, no convierte la creencia sobre el número 13 en una creencia empíricamente sensata, pero sí en una creencia expresivamente sensata; porque quien osara desafiar esa creencia podría ser visto como un insensato. Que ello tenga o no trascendencia penal es otro asunto. Con algunas breves referencias al respecto, BLOY, “Contenido de ilícito y punibilidad de la tentativa burdamente insensata”, *ADPCP*, 2005, p. 391, nota al pie 89.

⁹⁴⁸ = *Modalidad de la ausencia de consenso mínimo*.

⁹⁴⁹ Obviamente, ni mucho menos para el sujeto experto y el observador omnisciente. Esta modalidad se asimila a la tentativa *ex ante* no peligrosa del modelo de SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal*, 1997, pp. 129-130.

⁹⁵⁰ Lo que algunas traducciones del § 23 *StGB* denominan: tentativas gravemente incomprensibles e inofensivas (STYMA en ROXIN, “Acerca de la punibilidad de la tentativa inidónea”, *RLD*, 2008, p. 299); el observador objetivo calificaría a la tentativa supersticiosa como una “tontería exquisita” (SANCINETTI, *Teoría*

se ubica fuera de los parámetros científico-rationales imperantes en la sociedad⁹⁵¹. Indudablemente, un juicio individual sobre la peligrosidad, es decir, un juicio epistemológico-subjetivo (no intersubjetivo), carece de entidad suficiente para formar consenso y, por ende, carece de virtualidad suficiente para desestabilizar las expectativas de disfrute de los bienes jurídicos⁹⁵². Pero esto sólo como regla general, en donde cabe alguna excepción. Es decir, en principio, aun cuando existan otros sujetos que compartan la misma idea de peligrosidad que el autor, como el consenso no radica en una cuestión de cantidad sino de cualidad, no podría decirse que nos encontramos ante una conducta peligrosa⁹⁵³. Mas, excepcionalmente, el juicio *ex ante* de peligrosidad intersubjetiva puede completarse con los conocimientos del autor concreto que concurren junto a los conocimientos del círculo de personas del autor (y/o de la víctima) o con los conocimientos del hombre experto. Para ello, hay que distinguir entre el juicio social de peligrosidad y el juicio individual de peligrosidad (acompañado de un juicio sectorial de peligrosidad) teniendo en cuenta dos supuestos: (a) los errores especiales, que pueden –y no necesariamente que

del delito y disvalor de acción, 2005, p. 488); tentativa por burda insensatez (MAÑALICH, “La tentativa y el desistimiento en el Derecho penal”, *REJ*, 2004, p. 148, nota al pie 42). En nuestra doctrina han recibido el nombre de tentativas irreales o aberrantes. Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal*, 1997, p. 130. Una clasificación de tentativas inofensivas en ROXIN, “Acerca de la punibilidad de la tentativa inidónea”, *RLD*, 2008, pp. 300 y ss.: (a) tentativa supersticiosa; (b) representación de un grado de peligro impune; (c) representación de una extensión intolerable del peligro; [= “Zur Strafbarkeit des untauglichen Versuchs”, en *FS für Heike Jung*, 2007, pp. 836 y ss.: (a) *abergläubische Versuch*; (b) *Vorstellung eines straflosen Gefahrengrades*; (c) *Vorstellung eines intolerablen Gefahrenausmaßes*]. Bien advierte JAKOBS, *Dp, Pg*, 1997 (2ª ed.), p. 894, que de la regulación del § 23 *StGB* se excluye el “conato –siempre impune- comunicativamente irrelevante”, como el “supersticioso, que ni siquiera queda incluido en el concepto de tentativa”; y sólo se incluye, “la tentativa en la que el autor calcula los procesos causales -localizados acertadamente en el ámbito terrenal- racionalmente, pero parte de una base que testimonia burdas lagunas de saber”.

⁹⁵¹ De esta idea BLOY, “Contenido de ilícito y punibilidad de la tentativa burdamente insensata”, *ADPCP*, 2005, p. 392, refiriéndose a la tentativa irreal, especialmente a la supersticiosa, que a su criterio “no afecta a la paz jurídica, porque la hechicería intentada y otras actividades irracionales no inquietan al hombre racionalmente pensante”. En nuestra doctrina BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1994, pp. 117, nota al pie 250, 119, se refiere a la tentativa irreal como un error de tipo objetivo inverso burdo.

⁹⁵² En este sentido, acertadamente BLOY, “Contenido de ilícito y punibilidad de la tentativa burdamente insensata”, *ADPCP*, 2005, p. 390, subraya que a pesar de que todas las personas estamos sujetas a errores (evitables), no es la mera insensatez (tentativa inidónea con una desorientación evitable) lo que nos excluye de lo social, sino más bien lo burdamente insensato (tentativa manifiestamente inidónea), lo que no afecta a la comunidad jurídica. Por ello equipara “la burda insensatez con la falta de realidad social –o, lo que significa lo mismo: relevancia comunicativa- del pensar y del actuar. En la misma línea JAKOBS, *Dp, Pg*, 1997 (2ª ed.), pp. 894, 864-865, entiende que el fundamento de la impunidad de esta clase de tentativa “es el hecho de que el modo en que el autor planea la vida no puede servir en general de referencia, hecho que se pone de manifiesto en la insensatez de la tentativa, y por tanto que su ataque a la norma no puede servir de referencia”.

⁹⁵³ De otra idea SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal*, 1997, p. 129. Este autor considera que en estos casos se disminuye el consenso, porque la advertencia del peligro se reduce a sujetos con una configuración cognitivo-emocional inferior a la media.

deben⁹⁵⁴ - responder a una configuración intelectual deficitaria del autor, por ser inferior a la media⁹⁵⁵, o bien las creencias místicas o supersticiosas sobre la realidad⁹⁵⁶; y (b) los conocimientos especiales, que pueden –y no necesariamente que deben- responder a una configuración intelectual *superavitaria*⁹⁵⁷ del autor⁹⁵⁸.

1.a.i. Cuando nos encontramos ante un caso de error especial por configuración intelectual deficitaria o anómala o ante una concepción supersticiosa de alguna dimensión de la realidad, entonces, el juicio individual de peligrosidad carece de toda racionalidad y es, justamente, esta ausencia de racionalidad lo que impide la formación del consenso social sobre el peligro⁹⁵⁹. Asimismo, tampoco concurre un juicio racional de peligrosidad en aquellas suposiciones erróneas que se generan en una información defectuosa del sujeto (incluso por exceso) y en virtud de la cual se yerra sobre la idoneidad de un medio objetivamente inidóneo. El autor que para matar a su esposa cree que colocando a la vista de la víctima una pistola cargada ésta morirá de un susto, ciertamente, realiza el tipo penal de amenazas, pero no una tentativa *ex ante* peligrosa de homicidio⁹⁶⁰. Por el contrario, cuando el juicio individual de peligrosidad se debe a unos conocimientos especiales del

⁹⁵⁴ De hecho, el error del autor no tiene por qué obedecer a una falta o déficit de entendimiento del funcionamiento normal de las cosas. Puede pasar simplemente que el autor posea informaciones defectuosas en virtud de las cuales sea “comprensible” la suposición de la idoneidad del medio. Así, también JAKOBS, “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, en *Estudios de Dp*, 1997, p. 305, nota al pie 17.

⁹⁵⁵ Sobre los déficits intelectivos en la tentativa *ex ante* no peligrosa, SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal*, 1997, p. 129. Se refiere a una “fachada de ingenuidad y estrechez intelectual” del autor, BLOY, “Contenido de ilícito y punibilidad de la tentativa burdamente insensata”, *ADPCP*, 2005, p. 366.

⁹⁵⁶ = visión exótica del mundo y la naturaleza.

⁹⁵⁷ La locución “superavitaria” como antónimo de “deficitaria” no existe en el DRAE, pero sí en la jerga del mercado de valores y la bolsa; y aquí se emplea por resultar muy gráfica.

⁹⁵⁸ Serían los supuestos del hombre experto.

⁹⁵⁹ Similar a la modalidad de tentativa irreal, aberrante o eventualmente supersticiosa de SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal*, 1997, p. 130. Para este autor, sólo el sujeto y quienes comparten una visión aberrante de la causalidad advertirían la existencia de peligrosidad. Para BLOY, “Contenido de ilícito y punibilidad de la tentativa burdamente insensata”, *ADPCP*, 2005, p. 376, en la tentativa supersticiosa, “el autor no se representa, entre su acción mágica y la producción del resultado, una relación causal según leyes naturales. En lugar de ello aparece la creencia en la intervención de poderes sobrenaturales, sea bajo una designación tradicional, sea bajo una raramente esotérica”.

⁹⁶⁰ Diferente, la perspectiva extremadamente subjetivista de KINDHÄUSER, quien sostiene que las correcciones objetivas de las representaciones del autor, sobre las cuales descansa el pronóstico del resultado, carecen de relevancia para la imputación a título de dolo. A modo de ejemplo: si el autor parte de la base de que el polvo blanco que él disuelve en el té de la víctima constituye un veneno letal en una dosis suficiente, entonces él realiza el injusto de la acción de un homicidio doloso, independientemente de si su asunción del efecto tóxico del polvo es objetivamente acertada o no. Cfr. Cfr. KINDHÄUSER, “El tipo subjetivo en la construcción del delito”, *InDret Penal*, 2008, p. 18.

sujeto, la respuesta no resulta tan fácil, porque en estos casos el juicio de peligrosidad sí que es racional y el sujeto no incurre en error inverso de tipo. Se tratará de una tentativa peligrosa *ex ante* (idónea real)⁹⁶¹. En estos casos el déficit de consenso social sobre la peligrosidad no se debe a una ausencia de racionalidad en el juicio de peligrosidad, sino porque tales conocimientos especiales no están a disposición del hombre medio situado en el mismo lugar del autor⁹⁶². No obstante, estos conocimientos especiales son suficientes para conformar un juicio de peligrosidad *ex ante*. Se trataría de un consenso social-sectorial acerca de la dañosidad social de la conducta. Téngase en cuenta el caso anterior: el autor que para matar a su esposa cree que colocando a la vista de la víctima una pistola cargada ésta morirá de un susto, pero con la variante que el autor aquí conoce con certeza que su mujer padece de una cardiopatía grave (miocardiopatía de estrés), respecto de la cual tiene médicamente indicado evitar situaciones mínimas de disgustos, alteraciones o excitación extrema. En este caso, el juicio de peligrosidad intersubjetiva se conforma con los conocimientos especiales que *ex ante* puedan llegar a tener el autor concreto y el círculo social de la víctima, como, el médico (hombre experto) y los parientes de la misma⁹⁶³. De allí que se responda por un homicidio consumado en caso de muerte⁹⁶⁴ y por una tentativa de homicidio en caso de no muerte (teóricamente el supuesto de la tentativa puede ser planteado de esta manera, aunque en la práctica no llegue a castigarse la tentativa). En resumidas palabras, por regla general, el consenso social acerca de la peligrosidad *ex ante*

⁹⁶¹ Sería una modalidad especial de tentativa idónea: tentativa peligrosa *ex ante* desde la perspectiva del autor y del hombre experto (no del hombre medio) y peligrosa *ex post* desde la perspectiva de todos (del hombre medio).

⁹⁶² Puede decirse que el juicio de peligrosidad es advertido por el autor, junto al hombre omnisciente y al sujeto experto. No así, en cambio, el hombre medio en un lugar diferente al autor, ni el hombre medio en el mismo lugar que el autor (excepto que cuenten con los conocimientos especiales de éste). No obstante, para algunos autores el juicio objetivo del hombre medio en el momento de actuar ha de contar también con los conocimientos especiales del autor ya en el nivel de la imputación objetiva (lo que a mi entender lleva a contar con ellos también, con mayor razón, en la imputación subjetiva). Cfr., por ejemplo, desde los postulados de la teoría de la adecuación, MIR PUIG, *Dp, Pg*, 2011 (9ª ed.), pp. 258, 261.

⁹⁶³ Considerando el momento subjetivo del autor, pero desde un punto de vista objetivo, HIRSCH, *La polémica en torno de la acción*, 1993, p. 68. Cuando en la situación concreta el autor dispone de una información adicional respecto de un factor que eleva el riesgo (por ejemplo, fragilidad craneal o hemofilia de la víctima), para determinar la medida de cuidado se deberá tener en cuenta esa información, pero desde un estándar de cuidado de una persona prudente que esté en la misma situación del autor (con los conocimientos de éste).

⁹⁶⁴ Si finalmente la mujer muere de un susto el riesgo se ha realizado en el resultado, y puede hablarse de homicidio, porque *ex post* se ha demostrado la peligrosidad de la conducta, que *ex ante* era simplemente a los ojos del autor (y del círculo de la víctima), pero no del hombre medio.

de la conducta se alcanza desde la figura del hombre medio pero, subjetivamente, tal consenso no empece a la imputación de los conocimientos especiales al autor⁹⁶⁵.

1.a.ii. Para los casos de capacidades intelectuales inferiores a la media o visión mística del mundo hay que hacer alguna aclaración. No necesariamente siempre el sujeto que obre bajo alguna de estas formas habrá de tratarse de un sujeto que sea así integralmente, porque también caben casos en que sólo *se comporta como tal* en una situación concreta. Incluso, hay que decir que la concepción supersticiosa del mundo no es incompatible con una configuración intelectual superavitaria en una misma persona. Piénsese en un científico prestigioso que cree en los efectos de la magia negra. Así como en sede del dolo, al conductor de un automóvil que se representa el riesgo elevado de colisionar con algún peatón, pero confía en que el resultado no se producirá por tener buena suerte, se le imputa la irracionalidad de tal confianza en términos de dolo eventual, así también, aquí, los errores irracionales inversos dan lugar a la no imputación⁹⁶⁶.

1.a.iii. Los supuestos de tentativas por errores especiales tienen generalmente su raíz en errores normológicos, sobre las leyes de la causalidad y de la experiencia⁹⁶⁷. Por ejemplo, el sujeto que se representa que para matar a su enemigo es suficiente con salarle demasiado la comida⁹⁶⁸ o hacerle conjuros durante una temporada⁹⁶⁹. En estos casos el autor yerra sobre

⁹⁶⁵ Igual solución para el siguiente caso: un experto herborista conoce acerca de las propiedades digestivas del té de manzanilla en los mismos términos que el resto de la sociedad, pero sólo él, y un grupo selectivo de personas expertas, conoce además que existe una especie de manzanilla (“manzanilla de la muerte”), que es altamente tóxica para la salud humana. Desde la perspectiva *ex ante*, el ciudadano de a pie negaría que con un té de manzanilla se puede matar, porque desconoce la especie mortífera; pero el herborista bien sabría lo contrario. Sobre los conocimientos especiales como una cuestión de la imputación subjetiva véase el *Capítulo Cuarto* epígrafes II.IV.2.b.ii. *¿Baremo objetivo o baremo subjetivo en la imputación subjetiva?* y siguiente.

⁹⁶⁶ Similarmente JAKOBS, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, 2003, p. 62. Este autor sostiene que quien intenta matar a su vecino a través de medios mágicos es percibido por el resto de las personas como un auténtico necio, pero quien conduce ebrio su automóvil, aunque crea que ello es inocuo para lesionar a alguien, la sociedad lo entiende como un hecho peligroso.

⁹⁶⁷ Parece referirse también a errores normológicos cuando se refiere a la “visión aberrante de la causalidad”, respecto de la cual no puede haber consenso por parte de la comunidad que previamente ha definido tal actuación como aberrante, SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal*, 1997, p. 130.

⁹⁶⁸ O el sujeto que dispara un arma de juguete creyendo que con las “balas de cebita” puede matar. Con casos, SILVA SÁNCHEZ/BALDÓ LAVILLA/CORCOY BIDASOLO, *Casos de la jurisprudencia penal*, 1997 (2ª ed.), p. 108 (el caso del té de manzanilla como abortivo y el de la “cocinera de Praga”), pp. 370, 382-383 (el caso del disparo a la víctima que ya no estaba).

⁹⁶⁹ Quien pretende acabar la vida de su enemigo por conjuros realiza una conducta no comprensible en la significación de la conducta típica “matar”, es decir, realiza una conducta objetivamente no peligrosa. Cfr. SOLA RECHE, *La llamada “tentativa inidónea” de delito*, 1996, p. 245.

la virtualidad de la sal como medio mortal y esto es un error normológico en el que no hubiere incurrido el hombre medio en el lugar del autor⁹⁷⁰ o bien yerra sobre la capacidad lesiva objetiva que tiene la invocación de espíritus malignos. Indudablemente, las “sopas demasiado saladas son desagradables, pero no dan motivo a nadie para dudar de la vigencia de las normas relativas a la protección de la vida”⁹⁷¹. De todos modos, puede todavía distinguirse entre errores normológicos aberrantes y errores normológicos místicos –aunque puedan no tener trascendencia penal-, es decir, entre la mujer que cree poder abortar hinchándose de infusiones de manzanilla y tila⁹⁷² y la mujer que cree poder matar a su marido encomendándolo a algún espíritu maligno. Un error normológico aberrante del autor significa que cualquier persona en su lugar podía fácilmente dilucidar la ineficacia objetiva del medio empleado para lesionar⁹⁷³. Por ejemplo, cualquier persona de inteligencia media podría comprobar la ausencia de eficacia de la manzanilla como medio abortivo⁹⁷⁴. El conocimiento ordinario que actualmente se tiene permite fácilmente sin esfuerzo alguno determinar los efectos reales de un té de manzanilla, entre los que con total seguridad no se encuentra la muerte de una persona. Por el contrario, en los supuestos de errores normológicos místicos los efectos de un conjuro no pueden demostrarse fácilmente por las

⁹⁷⁰ Con este ejemplo, JAKOBS, “Representación del autor e imputación objetiva”, *ADPCP*, 1991, p. 494. La utilización de medios de una inidoneidad objetivamente evidente no pone en cuestionamiento la norma concreta. Así, JAKOBS, “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, en *Estudios de Dp*, 1997, pp. 304-305.

⁹⁷¹ Cfr. JAKOBS, “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, en *Estudios de Dp*, 1997, p. 305. Este ejemplo difiere de otro mencionado párrafo arriba: el autor creyendo que coge el arsénico para matar se equivoca y coge tan sólo un poco de sal. Este caso sí comporta un comportamiento realmente peligroso. Así, JAKOBS, “Representación del autor e imputación objetiva”, *ADPCP*, 1991, p. 494. Para PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, 2011, pp. 137-138, 141-142, las tentativas irreales o supersticiosas se explican desde una creencia epistémicamente irracional sin acierto ontológico (como el caso del “estafador místico”) y se explican como supuestos de imprudencia, en donde su impunidad se deriva de la regla de Derecho positivo conforme a la cual toda tentativa imprudente es impune. A mi criterio, el argumento de la tentativa irreal impune basado en la no tipificación de la tentativa imprudente es una solución positiva que lleva a resultados tópicos, teniendo en cuenta que su castigo o no castigo depende de la regulación vigente. En efecto, el fundamento de su no castigo se desprende más bien del aspecto no lesivo que representan estos hechos a nivel social y que, por razones preventivo-generales, la pena se revela como innecesaria. Un fundamento similar lo encontramos en la teoría del ilícito personal de KAUFMANN (Armin), “Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht”, en *FS für Welzel*, 1974, p. 403. Aunque, para este autor, la tentativa irreal configura un ilícito, sólo que no necesitado de punición.

⁹⁷² O el que intenta derribar un avión que sobrevuela a más de 10.000 metros, disparando tiros al aire. Con un ejemplo similar FARRÉ TREPAT, “Consideraciones dogmáticas y de *lege ferenda* en torno a la punición de la tentativa inidónea”, en *Homenaje al Profesor José María Rodríguez Devesa*, 1989, pp. 261-262, nota al pie 5.

⁹⁷³ Así, para BLOY, “Contenido de ilícito y punibilidad de la tentativa burdamente insensata”, *ADPCP*, 2005, p. 392, “como caso central de burda insensatez vale desde siempre la tentativa que es manifiestamente inidónea por el hecho de basarse en un error *nomológico* evidente”.

⁹⁷⁴ O de los lavajes vaginales con agua jabonosa o baños de agua caliente como lo declaran los médicos.

leyes causales actualmente conocidas⁹⁷⁵. El conocimiento humano es limitado y ante la incapacidad de explicación racional de algunos sucesos y fenómenos la ciencia ha reservado la expresión de misterio o milagro⁹⁷⁶. De allí, por ejemplo, que sería posible pensar en que un científico no pensaría que el té de manzanilla podría causar el aborto (se trataría de un curso de *antemano ostensiblemente inapropiado* para el efecto⁹⁷⁷), pero no es descabellado pensar que algún ilustrado tenga creencia en lo sobrenatural. La tentativa supersticiosa es menos absurda que la tentativa aberrante porque ésta es directamente inocua (no peligrosa en absoluto) porque cualquier persona en sus cabales podría identificar que un té de manzanilla no es un medio eficaz para producir el aborto. En el caso de las tentativas supersticiosas todavía se plantea una duda: de hecho, no sería descabellado sostener que podría darse un consenso de una minoría que creyera en efectos mágicos o al menos que dudara de su falta de credibilidad (por respeto, por miedo o por lo que fuera, sería más factible encontrar personas que estuvieran dispuestas a creer en la magia que en los efectos mortíferos de un té^{978,979}). En realidad uno dice que nadie puede matar mediante conjuros, pero no hay una ley causal conocida actualmente que lo niegue ni que permita demostrar esa falta de eficacia⁹⁸⁰. Entonces, no serían directamente peligrosas las tentativas aberrantes

⁹⁷⁵ Similar distinción realiza SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, 2005, p. 146, p. 489, entre la tentativa irreal y la tentativa supersticiosa, aunque ambas se denominen bajo el nombre de tentativa irreal. Para este autor, en la tentativa irreal el autor cree que el medio por él elegido es idóneo, real, para producir el efecto lesivo; mientras que en la tentativa supersticiosa el autor reconoce el carácter sobrenatural de su proyecto, desde el cual, él cree que puede influir en el mundo. Para JAKOBS, *Dp, Pg*, 1997 (2ª ed.), pp. 854, 864-865, por el contrario, el empleo de poderes sobrenaturales desplaza el dolo porque ya el proyecto de acción del sujeto no se basa en las leyes naturales socialmente conocidas y compartidas, y por tal motivo, no sólo falta la infracción a una norma existente, sino que también por ello el hecho carece de relevancia comunicativa necesaria como para su punición.

⁹⁷⁶ De hecho, para la religión el misterio es aquello inaccesible al conocimiento humano y que debe ser objeto de fe.

⁹⁷⁷ Cfr. STRATENWERTH/KUHLEN, *StrafR, AT*, 2004 (5ª ed.), § 11, nm. 59, p. 247 [2005, p. 294], se refiere al supuesto del sujeto que cree que puede matar con azúcar como un caso de tentativa irreal -no supersticiosa-. Para SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, 2005, p. 146, p. 490, una “grosera incompreensión de las leyes causales” se plantea como un supuesto de tentativa irreal (impune).

⁹⁷⁸ En sentido parecido, señala que es más posible encontrar más personas que crean en la eficacia de los conjuros, a que crean en las propiedades abortivas de la manzanilla, SOLA RECHE, *La llamada “tentativa inidónea” de delito*, 1996, p. 181, nota al pie 259.

⁹⁷⁹ El reflejo de esta posibilidad se documenta a través del refrán popular de origen gallego que dice: “no creo en las brujas, pero que haberlas, haylas” (*Eu non creo nas meigas, mais habelas, hainas*). Ciertamente, más allá del origen de este refrán, actualmente el mismo es citado no para señalar la posible existencia de “brujas”, sino para indicar la falta de confianza en algún asunto, que por motivos que se desconocen, lleva a tomar ciertas precauciones.

⁹⁸⁰ De hecho, para toda persona que profesa la fe religiosa no habría de resultar un disparate que un sujeto invoque espíritus malignos con la intención de dar muerte a un enemigo. Porque el disociar la fe religiosa sólo para el *Bien*, apartando la creencia en el *Mal*, es racionalizar la fe, lo que resulta algo contradictorio.

y, en cambio, sí podrían tener alguna clase de peligro las tentativas supersticiosas, aunque sea a modo de misterio y sin relevancia penal⁹⁸¹, o con una debilitada relevancia penal en aquellos supuestos que se encuentren estructurados sectorialmente de modo racional⁹⁸². Desde esto último, las tentativas supersticiosas configuradas de modo racional podrían equipararse a las tentativas idóneas aparentes no sólo en su estructura (peligro abstracto *ex ante*), sino también en sus efectos (afectación a las expectativas de uso y disfrute de los bienes jurídicos)⁹⁸³. Sobre todo porque el juicio intersubjetivo de una y otra le da más credibilidad a la supersticiosa, es decir, todavía puede haber gente ilustrada que crea que mediante magia puede hacer daño a alguien. A diferencia de esta clase mística de tentativa

⁹⁸¹ A decir verdad, existen casos de peligros supersticiosos que entre los sujetos que lo comparten podrían tener reales efectos lesivos (aunque actualmente en las sociedades de nuestro entorno no tengan relevancia penal). Podría pasar que la víctima sabiendo que le han hecho un conjuro, en el cual cree, se autosugestione y muera; de modo que, el sujeto no muere a causa del vudú sino a causa de la autosugestión. En psiquiatría se conoce que existen algunas clases de psicosis colectivas (que son culturales), observadas en pueblos primitivos, como la tanatomanía. Ésta fue explicada y estudiada bajo el nombre de *Voodoo death*, y consistía en la muerte por autosugestión con la creencia de haber sido hechizado, sin alteraciones orgánicas visibles. Cfr. sobre esto ACKERKNECHT, *Breve historia de la psiquiatría*, 1962, pp. 22-23 [también en *Medicina y antropología social*, 1985, pp. 84-85, 187]. Varias explicaciones ha merecido este fenómeno, desde causas fisiológicas, pasando por psicológicas, hasta farmacológicas, respectivamente. Cfr. CANNON, “‘Voodoo’ death”, *AA*, 1942, pp. 169 y ss., la muerte se producía por causas fisiológicas, como la hiperreactividad del sistema nervioso simpático; LESTER, “Voodoo death: some new thoughts on an old phenomenon”, *AA*, 1972, pp. 386 y ss., la muerte se debe a causas psicológicas como la sugestión; LEX, “Voodoo death: new thoughts on an old explanation”, *AA*, 1974, pp. 818 y ss.; CLUNE, “A comment on voodoo deaths”, *AA*, 1973, p. 312, la muerte responde a causas farmacológicas como el veneno. El paralelo de las muertes místicas en las sociedades modernas se debe a factores psicológicos, como la desesperanza, la soledad, y todo otro tipo de estrés emocional que produce alteraciones cardiovasculares serias y letales. Cfr. COHEN, “Psychosomatic death: Voodoo death in a modern perspective”, *IP*, 1985, pp. 46 y ss. También, recientemente, desde una visión sociológica, ELSTER, *La explicación del comportamiento social*, 2010, p. 226, nota al pie 37, nos enseña que la creencia en la brujería puede autocumplirse (matar clavando alfileres a un títere que represente a mi vecino) si la persona maldecida cree en la eficacia de la maldición y simplemente pierde la voluntad de vivir.

⁹⁸² Esto supone reconocer trascendencia penal a las tentativas supersticiosas racionales, es decir, a las basadas en un sistema de creencias sectorialmente compartido que llegan a producir verdaderos efectos lesivos (a través de la autosugestión), o simplemente una conmoción de la paz y seguridad del sector social en el cual imperan. Algo similar, pero confuso en JAKOBS, *Dp, Pg*, 1997 (2ª ed.), pp. 865-866, para quien “todo comportamiento adecuado para producir el resultado según la imaginación del autor es entonces comportamiento típico, incluida la tentativa supersticiosa. (...)”; las interacciones diferenciadas sólo caben, más bien, “cuando están organizadas racionalmente (lo que no quiere decir: hacia objetivos racionalmente fundamentados, sino: de modo racional). Por eso, sólo la organización racional puede constituir organización relevante”. Así, para que al autor se lo tome en serio ha de tratarse de un juicio subjetivo racional. “Lo que desde un punto de vista objetivo se presenta como error grave del autor, puede ser sin embargo relevante comunicativamente, a saber, cuando la situación se presenta, desde el punto de vista del autor, como racionalmente organizada. Ejemplo: Si en un libro especializado sobre plantas venenosas se reproduce por error una variedad de diente de león, una persona no versada en Biología se comporta racionalmente si emplea esta hierba como veneno; ahora bien, no es racional tratar el diente de león como planta venenosa sólo porque junto a la planta yace un animal muerto”.

⁹⁸³ Ajustándose la medida de la pena según el criterio legal del peligro inherente al intento del art. 16 CPes.

la aberrante carece de misterio, porque el conocimiento humano llega hasta un límite determinado, a diferencia de la superstición que escapa al conocimiento humano (y si escapa no podemos determinar con seguridad, sino sólo con cierta plausibilidad, qué es ineficaz y qué no). Por otro lado, normalmente, la tentativa aberrante se presentaría en personas con déficits intelectuales, pero, la supersticiosa *podría* darse incluso en un científico, porque aunque una concepción racional del mundo no es incompatible con vetas de una concepción mística, sí lo es con una aberrante (siguiendo con los ejemplos: sería tentativa supersticiosa el atribuir propiedades mágicas al té de manzanilla y sería aberrante el atribuir propiedades mortíferas).

1.b. *Modalidad de la óptica individual del autor ex ante, pero no ex post*: al igual que la modalidad anterior, esta tentativa tampoco es peligrosa *ex ante* porque no existe el mínimo consenso social como para hablar de peligro. La conducta es peligrosa *ex ante* sólo desde la óptica del autor concreto, pero no desde la del hombre medio. Sin embargo, difiere de la modalidad anterior, porque en esta clase de tentativa el autor advierte *ex post* la no peligrosidad de la conducta. Este supuesto sólo se puede explicar a través de un error especial, en su forma de error inverso de tipo vencible. Por regla general, esta modalidad de tentativa se corresponde con errores ontológicos.

2. A diferencia de las modalidades de tentativas peligrosas *ex ante*, en este tercer grupo es más difícil concluir que nos encontramos ante tentativas peligrosas ni siquiera aparentes (se presenta en este grupo un déficit de fundamentación para el castigo)⁹⁸⁴. De hecho, se trata de tentativas no peligrosas *ex ante*, por cuanto el peligro es exclusivamente advertido por el sujeto concreto⁹⁸⁵ (y no por el hombre medio y ni siquiera el hombre omnisciente⁹⁸⁶); y de

⁹⁸⁴ La mayor parte de la doctrina rechaza la punición de la tentativa absolutamente inidónea (sobre todo en los supuestos de inexistencia del objeto. En menor medida en relación con los medios. Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, “Las fases de ejecución del delito”, *RJC*, 1980, pp. 5 y ss., 16 y ss. Considera que las tentativas inidóneas que no cumplan con el requisito de la peligrosidad *ex ante* no son punibles (pues en estos casos ni siquiera se da el requisito de la creación de una conducta prohibida en sede de la imputación objetiva), ROXIN, “Acerca de la punibilidad de la tentativa inidónea”, *RLD*, 2008, p. 295 [= “Zur Strafbarkeit des untauglichen Versuchs”, en *FS für Heike Jung*, 2007, pp. 833 y ss.]. Con un concepto de peligro estadístico fundamenta el castigo de la tentativa inidónea no irreal, MIR PUIG, “Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el nuevo Código penal”, *RECPC*, 2001, pp. 4 y ss.

⁹⁸⁵ Con un matiz de opinión SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal*, 1997, p. 130. Para este autor los casos que aquí se comprenden en la *modalidad de la óptica individual del autor ex ante, pero no ex post* (y que él ubica bajo el título de tentativa *ex ante* no peligrosa) serían casos que también merecen castigo penal por comprometer el sentimiento subjetivo de seguridad de los bienes jurídicos, pero no el supuesto de las tentativas irreales o aberrantes. También descarta el castigo de las tentativas irreales por no pasar el filtro de un juicio

modo más apropiado ni siquiera nos encontramos ante supuestos de tentativas, sino de “falsas tentativas” o “tentativas irreales”⁹⁸⁷. Y si, como se ha manifestado anteriormente, un juicio individual sobre la peligrosidad no tiene entidad suficiente como para formar consenso⁹⁸⁸, tampoco este sólo juicio individual tiene entidad suficiente como para desestabilizar ni siquiera el sentimiento intersubjetivo de seguridad de los bienes jurídicos⁹⁸⁹. Esto es así porque el juicio epistemológico de peligro que realiza el autor no tiene basamento en ningún criterio empírico o normológico valedero, porque la base del juicio individual se encuentra, o bien en una concepción aberrante de las cosas o bien en una visión mística del mundo. En todo caso fundamentar un castigo por estos comportamientos debería llevar a decir que también los sentimientos *irracionales* de seguridad de la colectividad merecen protección jurídico-penal, lo que parece atentar contra el principio de *ultima ratio* y de lesividad⁹⁹⁰.

3. El efecto que la dosis de maldad revelada por el autor produce en la víctima de esta clase de tentativa es diferente al efecto que produce en la sociedad. La víctima percibe o puede percibir de una forma directa aquello que la sociedad lo hace como mera espectadora. Si alguien sirviera un té de manzanilla y a escondidas uno se enterara que la persona que lo sirvió lo hizo creyendo que de ese modo nos podría matar, la sensación que generaría la “maldad” del autor sería más bien a título de ingenuidad o de torpeza. Podría, incluso, causarnos gracia enterarnos de algo así. Pero, si al llegar a nuestra casa nos encontramos con un animal muerto junto a una oración maligna en contra de nuestra familia, la percepción del hecho nos generaría otro tipo de impacto psicológico o anímico. Ya no nos

racional y objetivo de idoneidad, JAKOBS, “Representación del autor e imputación objetiva”, *ADPCP*, 1991, pp. 498, *passim*.

⁹⁸⁶ Justamente, sería el espectador omnisciente es el que sabría que se trata de un peligro inexistente.

⁹⁸⁷ Con diferentes argumentos la doctrina ha criticado la expresión tentativa irreal como un supuesto de tentativa. Cfr. SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación y teoría del delito*, 2008, p. 561; MIR PUIG, “Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el nuevo Código penal”, *RECPC*, 2001; ALCÁCER GUIRAO, *La tentativa inidónea*, 2000; SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal*, 1997; SOLA RECHE, *La llamada “tentativa inidónea” de delito*, 1996.

⁹⁸⁸ Desde la concepción personal del injusto lo que interesa para el injusto (entendido como desvalor de acción) es el sentido que el autor le da a su hecho (su dolo), sin importar lo que el resto de las personas se haya representado. Esto es así porque lo único que interesa en esta concepción es la relación que se da entre la norma y el individuo. Cfr. KAUFMANN (Armin), “Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht”, en *FS für Welzel*, 1974, pp. 393 y ss.

⁹⁸⁹ De otra idea KAUFMANN (Armin), “Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht”, en *FS für Welzel*, 1974, pp. 402 y ss. Para este autor, incluso, la tentativa supersticiosa (*abergläubische Versuch*) constituye injusto.

⁹⁹⁰ Un sentimiento irracional de seguridad sería aquel al que le bastara la representación del peligro desde la perspectiva *ex ante* del autor concreto.

causaría tanta gracia. La maldad revelada en este último ejemplo podría ser asumida como una perversidad del autor y, como ello, podría subsumirse en un tipo de amenazas, o algo similar, la cuestión cambia. Los dos supuestos revelan que la construcción social del concepto de peligro tiene que ver en primer lugar con lo óptico. Un concepto exclusivamente normativo de peligro debería llevar a castigar también estas situaciones, porque lo único que importaría sería la mera expresividad del hecho. Si de acuerdo con las Ciencias naturales un determinado resultado no se pudiera producir por conjuros, pero el Derecho penal le diera crédito a la brujería como algo que puede producir tales efectos, ello iría en contra del sentido común como parte del sentido social de la vida cotidiana⁹⁹¹. Con ello, el Derecho se separaría de modo escandaloso del entendimiento social consolidado sobre determinadas nociones del peligro⁹⁹².

4. El desarrollo de las modalidades de tentativa ha puesto de manifiesto que el problema de la congruencia entre lo interno y lo externo del hecho desde un juicio social justifica un desigual tratamiento de comportamientos aparentemente similares. En efecto, no debería merecer la misma desvaloración el comportamiento de quien sabiendo el riesgo que asume para producir la muerte de su enemigo dispara un arma descargada, sin conocer tal circunstancia, que el comportamiento de quien sabiendo que el arma no tiene municiones cree que de ese modo puede matar⁹⁹³. Por los fundamentos ofrecidos en su oportunidad, de modo resumido, puedo concluir que los supuestos de *tentativas peligrosas *ex ante* y peligrosas *ex post*, **tentativas peligrosas *ex ante* y no peligrosas *ex post*, y ***tentativas no peligrosas *ex ante* (intersubjetivamente no peligrosa, pero sí peligrosa desde los conocimientos especiales racionales del autor), peligrosas *ex post* (intersubjetivamente), son las tres modalidades de tentativas idóneas punibles. Dos idóneas reales, y una aparentemente idónea. Sólo las tentativas no peligrosas *ex ante* (intersubjetivamente⁹⁹⁴), no peligrosas *ex post*, son tentativas inidóneas no punibles.

⁹⁹¹ De esta idea JAKOBS, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, 2003, p. 34.

⁹⁹² Cfr. JAKOBS, *ibidem*.

⁹⁹³ Desde un fundamento subjetivo-objetivo, SOLA RECHE, *La llamada "tentativa inidónea" de delito*, 1996, pp. 247-248. Para este autor el primer caso merece mayor desvalorización porque el sujeto pretende realizar una conducta peligrosa; mientras que en el segundo caso el sujeto, por poseer una aberrante configuración de la realidad, pretende realizar una conducta no peligrosa.

⁹⁹⁴ Aunque sí son peligrosas desde los conocimientos irracionales del autor.

5. Las tentativas idóneas reales tendrían capacidad de tentativa (de peligro abstracto o concreto), y capacidad de resultado desde un inicio, es decir, desde el *ex ante*, aunque en *ex post* no se verifique el resultado. Las tentativas idóneas aparentes tendrían solamente capacidad de tentativa de peligro simbólico (peligro aparente de lesión), suficiente para afectar las expectativas de disfrute de los bienes jurídicos⁹⁹⁵. En otras palabras, la peligrosidad de cualquier tentativa se valora *ex ante* y es desde esta perspectiva desde la cual se puede determinar que existen algunas tentativas que son desde el inicio idóneas para producir el resultado (*ex ante* y *ex post*), pero que por razones ajenas al autor el resultado no se produce. También existen otras tentativas que se perciben como peligrosas desde el inicio, pero que *ex post* se revela que no lo son. Estas tentativas idóneas *ex ante*, pero no *ex post*, no poseen capacidad para producir el resultado, pero sí para afectar el sentido intersubjetivo de seguridad sobre los bienes jurídicos⁹⁹⁶. Excepcionalmente, las tentativas no peligrosas *ex ante* desde el punto de vista intersubjetivo son punibles porque son peligrosas desde los conocimientos especiales racionales del autor (y del hombre experto u omnisciente) y llegan a ser intersubjetivamente peligrosas *ex post*. Esto es, porque concurre una peligrosidad real conocida y reconocida por el círculo de la víctima y por el autor, que le da una posición privilegiada frente a la evitación de la afectación de los bienes jurídicos. Por el contrario, las tentativas no peligrosas *ex ante* desde la perspectiva intersubjetiva no son punibles aun cuando desde la perspectiva del autor pueda existir alguna clase de peligrosidad. Esto es así, porque el juicio de peligrosidad del autor se basa en estos casos en conocimientos irracionales o místicos del mundo y, por ende, son de una peligrosidad inexistente. De allí que esta clase de tentativa continúe siendo no peligrosa en el *ex post* desde la perspectiva intersubjetiva.

6. Para que los casos de imposibilidad de producción del delito tengan virtualidad de poner en jaque el sistema jurídico y, por ello, se precise castigarlos, han de reunir unos mínimos: (a) ejecución del hecho que el autor ha planteado realizar. Con ello, la distinción entre los actos preparatorios generalmente impunes y los actos ejecutivos rige en idéntica medida

⁹⁹⁵ Sobre el poder de resultado (idoneidad *ex post*) y la capacidad de resultado (peligrosa *ex ante* e inidónea *ex post*), ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgswert*, 1973, pp. 129 y ss.

⁹⁹⁶ Para la postura subjetivista del injusto la norma está conformada de tal manera que comprende todos los comportamientos, es decir, tanto los reales, como los aparentes. Cfr. en esta línea KAUFMANN (Armin), "Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht", en *FS für Welzel*, 1974, pp. 393 y ss., *passim*. La diferencia con esta concepción es que aquí se comulga con una postura intersubjetiva del injusto, que también permite decir que la norma contempla tanto los comportamientos idóneos para producir el resultado, como los idóneos para desestabilizar expectativas (y sólo aparentes para lesionar el bien jurídico).

tanto en la tentativa real como en la aparente⁹⁹⁷, con la sola diferencia que la tentativa aparente sólo se castigaría en su modalidad acabada (por los fundamentos mencionados más adelante). Por ejemplo, la compra de los medios abortivos para emplear en la mujer no embarazada que se cree erróneamente encinta es un acto preparatorio impune. En cambio, el posterior empleo del medio abortivo eficaz en la mujer es ya un acto ejecutivo de una tentativa idónea aparente⁹⁹⁸ (pero, si además del hecho que la mujer no se encuentre embarazada, el medio abortivo es objetivamente ineficaz hay que hacer dos distinciones: sólo se podría castigar como un supuesto especial de tentativa idónea aparente si la mujer creyera en los efectos abortivos del medio ineficaz, lo que desde la perspectiva del hombre medio sería una tentativa irreal, pero para el círculo de personas al cual pertenece la víctima se trataría de un medio eficaz⁹⁹⁹). En cambio, no se castigaría si la mujer creyéndose embarazada empleara un medio abortivo ineficaz a todas luces ridículo, como el rociamiento de polvo de huesos de animales). Los actos de tentativa sólo se castigan en la medida en que intersubjetivamente se perciba que se está realizando una conducta potencialmente peligrosa para los bienes jurídicos o para las expectativas normativas; (b) ha de tratarse de un intento algo real, es decir no totalmente irreal de producción de un delito. Esto significa que si cualquier persona del modo más simple pudiera advertir un sinsentido en el intento de delito, nadie se sentiría conmovido por un hecho así, ni mucho menos la vigencia del Ordenamiento Jurídico precisaría de restabilización. Estos casos que se explican desde la llamada tentativa supersticiosa no comportan ni siquiera un peligro presunto¹⁰⁰⁰. Al decir de algunos autores, la solución pensada para la tentativa supersticiosa debe hacerse extensiva a los casos en que el sujeto actúa de un modo burdamente incomprensible, en donde la inidoneidad de la acción puede entenderse en términos

⁹⁹⁷ Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, “Delito imposible y tentativa de delito”, *ADPCP*, 1971, p. 378, con nota al pie 26. Recuerda este autor la diferencia entre los “actos ejecutivos” y los “actos idóneos”. Porque los actos ejecutivos pueden ser tanto idóneos como inidóneos, es perfectamente posible hablar de actos ejecutivos en el ámbito del delito imposible y trasladar a esta esfera la fundamental distinción entre actos preparatorios y actos ejecutivos.

⁹⁹⁸ O delito imposible, RODRÍGUEZ MOURULLO, “Delito imposible y tentativa de delito”, *ADPCP*, 1971, p. 378. Así, también la STS 11/10/1983 (Gómez de Liaño Cobaleda) anteriormente reseñada.

⁹⁹⁹ Incluso si la mujer se encontrara embarazada verdaderamente. Los supuestos de tentativas supersticiosas imperantes en un determinado sector de la sociedad podrían equivaler a tentativas idóneas aparentes punibles en sus efectos de afectación a las expectativas de uso y disfrute de los bienes jurídicos.

¹⁰⁰⁰ Para otros autores, la tentativa supersticiosa no comporta ni peligro abstracto, ni mucho menos peligro concreto. Cfr. MAURACH/ZIPF, *StrafR*, AT, 1987 (7ª ed.).

cualificados y ser identificada fácilmente por cualquier persona¹⁰⁰¹. El fundamento del castigo de la tentativa será en consecuencia la realización dolosa de una conducta peligrosa, ya sea entendida como capacidad de lesión al bien jurídico (capacidad de tentativa y capacidad de lesión) o como capacidad de afectación a las expectativas de disponibilidad de dicho bien¹⁰⁰².

¹⁰⁰¹ Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, “Delito imposible y tentativa de delito”, *ADPCP*, 1971, p. 379. Señala este autor que, si se prescindiese de la exigencia de una inidoneidad cualificada, entonces, llegarían a quedar impunes casi todos los supuestos de tentativa absolutamente inidónea.

¹⁰⁰² En efecto, en estos casos se da el grado de consenso social necesario como para hablar de *peligrosidad real*, entendida en términos empírico-normativos, y de *peligrosidad aparente*, entendida sólo en términos normativos. Los supuestos de peligrosidad real resultan de la correspondencia entre la peligrosidad ontológica y la peligrosidad valorativa; a diferencia de la peligrosidad aparente que carece de peligrosidad ontológica, pero que desde una perspectiva expresiva (intersubjetiva) genera la suficiente conmoción social como para considerarla también un supuesto de tentativa peligrosa. Con ello, la realización de un peligro aparente es suficiente como para afectar la dimensión expresivo-social de las expectativas de conducta conforme a Derecho, y por ello, necesitada de pena.

CAPÍTULO SEGUNDO
CLASIFICACIÓN DEL CONOCIMIENTO

II.II.1. CONSIDERACIONES GENERALES

1. Variopintas maneras existen para clasificar el conocimiento. Ello depende del enfoque que se le quiera dar, y no sólo teniendo en cuenta la disciplina que se tome como punto de partida, sino también, según la función que se pretenda hacer cumplir a la clasificación. El modelo que aquí se propone se construye sobre la base de la relación entre las clases de conocimiento con los elementos esenciales del tipo objetivo (principalmente, en relación con el comportamiento típicamente relevante). De este modo, mi propuesta se inscribe en un modelo distintivo de la responsabilidad subjetiva. El modelo es distintivo porque diferencia entre las posibles grados de conocimiento hasta llega al error y desconocimiento.

II.II.2. ¿LÓGICA BINARIA O PARADOJA SORITES? VERSUS *fuzzy logic*

1. El estudio de las modalidades subjetivas típicas del dolo y la imprudencia puede ser abordado tanto desde la lógica binaria aristotélica, como desde la paradoja sorites¹⁰⁰³. Desde la lógica binaria el dolo y la imprudencia se explicarían como dos variables binarias o bivalentes: A/no A, también llamadas variables discretas: verdadero/falso; sí/no; 0/1. La lógica binaria asume que entre los extremos no cabe una tercera forma intermedia (principio del tercero excluido o principio de dualidad), a la vez que admite dos clases de relaciones binarias. Las relaciones binarias equivalentes, que se simbolizan con un signo de equivalencia (\equiv)¹⁰⁰⁴, significarían en la dogmática de la imputación subjetiva que el dolo y la imprudencia se comportan como un *aliud-aliud* (modalidades de clase); y las relaciones binarias de orden, que se simbolizan con un signo de mayor o igual (\geq) o de menor o igual (\leq), significarían que el dolo y la imprudencia se comportan como un *plus-minus*, pero

¹⁰⁰³ Sobre la lógica binaria aristotélica, que se reduce a una sola ley: o A o no A, o *eso* o *aquello*; y la paradoja sorites, en comparación con la lógica borrosa, KOSKO, *Pensamiento borroso*, 1995, 19 y ss., 98 y ss., 273, 275.

¹⁰⁰⁴ También con una virgulilla (\sim) para indicar “aproximado a”.

binariamente (modalidades de grado). Por su lado, la paradoja sorites (o del montón) enseña que entre los extremos hay una línea continua que los une (entre un grano de arena y mil granos de arena), pero que no admite tan fácilmente distinguir sus partes (siete granos de arena, cien granos de arena) cualitativamente hacia un extremo o hacia el otro (¿con cuántos granos de arena tenemos un montón de arena?), aunque sí admite desde un punto de vista cuantitativo (siete granos de arena se encuentran más cercanos a un grano de arena, que cien granos de arena). La paradoja en retórica es un recurso que se emplea para revelar la contradicción del argumento, y sorites se define en filosofía como el argumento racional compuesto por una serie de proposiciones encadenadas (si-entonces bivalentes), en donde la anterior es la premisa de la posterior, esto es, el predicado de la antecedente pasa a ser sujeto de la siguiente, hasta que en la conclusión se reúne el sujeto de la primera proposición con el predicado de la última: si A es B, B es C, C es D, D es E, E es F ... A es F. Por ello, la paradoja sorites revela una cadena de proposiciones que implican contradicción¹⁰⁰⁵.

2. La lógica binaria tiene de ventaja que permite la concreción de los extremos como dos compartimentos estancos, pero tiene como desventaja que deja de reconocer la connatural zona gris o intermedia que existe entre los extremos. Por otro lado, la lógica del pensamiento sorites tiene como ventaja que reconoce esa línea continua entre los extremos, pero tiene como desventaja que dificulta la concreción o delimitación entre las figuras de la zona intermedia, entre los elementos continuos (de allí que también se la denomina falacia del *continuum*)¹⁰⁰⁶. En cualquier caso, tanto el pensamiento binario como el paradójico presentan ventajas y desventajas en su aplicación en las modalidades de la imputación subjetiva.

3. El modo de resolver lo irresoluble de estos planteamientos puede encontrarse en los aportes ofrecidos desde la lógica difusa o polivalente, que renuncia a la binariedad de los

¹⁰⁰⁵ Sobre la paradoja sorites del grano de ZENÓN, véase KOSKO, *Pensamiento borroso*, 1995, 97, 98, 99 y ss., 275. Ejemplificando con otras paradojas: el pelo de la cabeza de un hombre y la pregunta por su calvicie. Arrancando un pelo, ¿es calvo? Y dos y tres, ¿cuántos? (RUSSELL). Tocad un dedo del pie a vuestra madre, ¿es incesto? Y la pantorrilla, ¿es incesto? ¿Hasta dónde? (Anónimo). ¿Vuestro cerebro vive? Sí. Matad una célula cerebral, ¿vive aún? Seguid matando células. Llegará un momento que no podréis preguntar más (KOSKO).

¹⁰⁰⁶ *Continuidad* es definida en el DRAE como “la unión natural que tienen entre sí las partes del continuo”. Y el continuo es definido como “todo compuesto de partes unidas entre sí”. De tal manera que la continuidad es la característica de un “continuo natural” (en principio, “no artificial”) que es lo que sucede con los estados mentales.

enunciados como verdaderos o falsos y defienden valores comparativos y graduables de verdad¹⁰⁰⁷. Con ello, el pensamiento difuso sólo podría aplicarse a la paradoja sorites y no, en cambio, a la lógica binaria. En efecto, la lógica difusa permite respecto de la falacia soritana colocar límites e identificar los compartimentos continuos que se dan entre los extremos¹⁰⁰⁸; pero no puede ofrecer grados allí donde la lógica binaria establece el *tertium non datur*. En la dogmática de las modalidades subjetivas la lógica difusa concebiría el dolo y la imprudencia como un *plus-minus*, pero polivante, no polarizado en dos valores discretos¹⁰⁰⁹. Así, se daría, por ejemplo: un *plus* en el conocimiento cierto, un *plus-minus* en el conocimiento incierto y un *minus* en el error¹⁰¹⁰.

4. La defensa de una teoría distintiva de la responsabilidad subjetiva se fundamenta en una razón muy primaria, que es que una teoría de la imputación subjetiva de naturaleza estrictamente binaria seguramente no logra alcanzar una aplicación razonable de la teoría del delito en los casos concretos¹⁰¹¹. En efecto, un modelo de imputación subjetiva que se sostenga sólo sobre la lógica aristotélica de A o no-A, es decir de dolo o no-dolo, o de dolo e imprudencia¹⁰¹², muy probablemente no será un fiel reflejo de la connatural riqueza

¹⁰⁰⁷ Sobre el principio borroso: a la borrosidad se le llama multivalencia, que quiere decir que hay tres o más opciones, quizá un espectro infinito. Cfr. KOSKO, *Pensamiento borroso*, 1995, 29 y ss., *passim*.

¹⁰⁰⁸ “La lógica borrosa elimina la ‘paradoja’ de la paradoja sorites”. Cfr. KOSKO, *Pensamiento borroso*, 1995, p. 100 (sobre la paradoja sorites de ZENÓN, véase p. 99). Sobre la paradoja sorites en el dolo, MOLINA FERNÁNDEZ, “La cuadratura del dolo”, en *Homenaje al Dr. Rodríguez Mourullo*, 2005, pp. 691 y ss.

¹⁰⁰⁹ También a favor del *plus-minus*, o de una graduación conceptual-lógica PUPPE, “§ 15”, en *NK*, 2013 (4ª ed.), nm. 5, pp. 649-650 [esta autora es partidaria de un *plus-minus* binario. Entre el dolo y la imprudencia existe una relación lógica de implicación. Así, en *StrafR, AT*, 2011 (2ª ed.), § 7, p. 89]; PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 344, con nota al pie 528, 373 (con bibliografía). También FEIJOO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, 2002, p. 16; JAKOBS, *Dp, Pg*, 1997 (2ª ed.), p. 382. Parece que admite un *plus-minus* polivante, PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, 2011, pp. 653-656 y ss. (a nivel semántico es *plus-minus*, a nivel sintáctico es *aliud-aliud*). A mi entender, la mayoría de los autores que sostienen que el dolo y la imprudencia son dos cosas distintas reconocen que entre ellas existe una relación gradual normativa: a mayor participación interna del sujeto, mayor injusto y culpabilidad. Así, por ejemplo, niega la relación gradual conceptual, pero defiende la graduación normativa entre dolo e imprudencia, ROXIN, *StrafR, AT*, 2006 (4ª ed.), § 24, nms. 77 y ss., pp. 1091 y ss. [1997, pp. 1023 y ss.]; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch, AT*, 1996 (5ª ed.), § 54, punto I.2, p. 563 [2002, p. 606]. A favor del dolo y la culpa como un *aliud-aliud* irreductibles, MARINUCCI, “No hay dolo sin culpa”, *CPC*, 1992, p. 144.

¹⁰¹⁰ La ceguera deliberada podría representarse como un *minus-plus*.

¹⁰¹¹ Así, también SILVA SÁNCHEZ, “Introducción: dimensiones de la sistematicidad de la teoría del delito”, en *El sistema integral del Dp*, 2004, pp. 16 y ss. En adelante, también en relación con este tema, recientemente SILVA SÁNCHEZ, ¿Es anacrónica la teoría del delito de cuño alemán?, *RBCC*, 2012, pp. 25 y ss.

¹⁰¹² El binomio dolo y no-dolo no se corresponde necesariamente con el binomio dolo e imprudencia, por cuanto el no-dolo se corresponde más bien con el desconocimiento o error inevitables. También en este sentido PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, 2011, p. 657.

subjetiva de la esencia humana, que repercute o debería repercutir en el momento del juicio de imputación y la cuantificación de la pena. Como hemos visto en el capítulo anterior, el modelo de la racionalidad humana limitada nos enseña acerca de la lógica ambigua de los seres humanos, lo que parece congeniar con el pensamiento borroso. Este razonamiento es una tendencia que algunos penalistas han inaugurado hace ya algunos años, cual es la incorporación de la *fuzzy logic* de las matemáticas¹⁰¹³ a la sistematización de las categorías y elementos del delito¹⁰¹⁴, como contrarrespuesta a la lógica booleana, que está restringida a dos únicos valores: verdadero/falso o 1/0. La principal premisa de la *fuzzy logic* o *fuzzy thinking* reside en el principio borroso que afirma que *todo es cuestión de grado*¹⁰¹⁵, reconociendo que los límites conceptuales se superponen unos con otros y se fusionan entre sí, en donde lo que permite diferenciarlos es su centro de gravedad¹⁰¹⁶. La lógica difusa admite múltiples valores y valores parciales o relativos. En la aplicación del Derecho existen insalvables dificultades para delimitar o concretar figuras y conceptos jurídicos indeterminados, y para ello hay que proponer alguna solución¹⁰¹⁷. En aras de la seguridad

¹⁰¹³ Sobre la *fuzzy logic* (“lógica borrosa” o “lógica difusa”), véase KOSKO, *Pensamiento borroso*, 1995; ZADEH, “Fuzzy sets”, *I&C*, 1965, pp. 338 y ss.

¹⁰¹⁴ Véanse las críticas a la lógica binaria en la teoría del delito, reclamando las valoraciones graduales de las categorías en SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2010 (2ª ed.), p. 289 (§ 4.2) [también en “Introducción: dimensiones de la sistematicidad de la teoría del delito”, en *El sistema integral del Dp*, 2004, pp. 16 y ss.]. De hecho, este autor se sustrae a la lógica binaria es su clasificación tripartita de la omisión (omisión pura, omisión pura de garante, comisión por omisión) en SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2003 (2ª ed.), pp. 467 y ss.; y también se refiere, en el ámbito del concepto jurídico-penal de acción, a que para distinguir los casos de acción y no-acción hay que apelar a un concepto tipológico (no alternativo) sin fronteras claras, que vincule los supuestos de no-acción, de *más o menos acción* y de acción a través de una línea continua. Véase SILVA SÁNCHEZ, “La función negativa del concepto de acción”, *ADPCP*, 1986, pp. 919-920 (siguiendo a SCHEWE). Sobre la *fuzzy logic* en el ámbito de la aplicación del Derecho, PHILIPPS, “Kompensatorische Verknüpfungen in der Rechtsanwendung”, en *FS für Jahr*, 1993, pp. 169 y ss. Más adelante, tomando de ejemplo a la imprudencia, PHILIPPS, “Ein bißchen *Fuzzy Logic* für Juristen”, en *Sicherheit*, 1994, pp. 219 y ss. En especial, la *fuzzy logic* en la teoría del dolo, PHILIPPS, “An der Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit”, en *FS für Roxin*, 2001, pp. 365 y ss. También, con consideraciones de la *fuzzy logic* en las clases de dolo e imprudencia, JOERDEN, *Logik im Recht*, 2005, pp. 371 y ss.

¹⁰¹⁵ Así, KOSKO, *Pensamiento borroso*, 1995, p. 31.

¹⁰¹⁶ Cfr. PHILIPPS, “An der Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit”, en *FS für Roxin*, 2001, pp. 365 y ss.

¹⁰¹⁷ Lo advierten PUPPE, “Sobre el uso de definiciones”, en *El Derecho penal como ciencia*, 2014, pp. 26 y ss. (recurriendo a la lógica de las leyes comparativas); PHILIPPS, “An der Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit”, en *FS für Roxin*, 2001, p. 365 (recurriendo a la lógica difusa). Hasta donde alcanzo a comprender, todos los autores basan sus definiciones del dolo en dos tipos de incertidumbre de las ciencias matemáticas: la incerteza o variable léxica (que apela a abstracciones, analogías y comparaciones) para las definiciones en general y la incerteza o variable estocástica (que apela a cuantificar los grados de probabilidad) para la concreción del dolo en particular. Así, al concepto de dolo como un peligro relevante o elevado subyace una incerteza léxica y estocástica. Incerteza léxica es “relevante”, que sólo podrá ser precisada a través de una abstracción comparativa, tomando en referencia algunos datos (por ejemplo, el bien jurídico), e incerteza estocástica es

jurídica y la justicia material, las decisiones de los juristas han de alcanzar la verdad, pero, admitiendo la inevitable existencia de conceptos imprecisos e indeterminados, hay que renunciar a la precisión de los resultados para asegurar, como mínimo, una aproximación razonable a la verdad¹⁰¹⁸. La aplicación del principio borroso a la teoría de la imputación subjetiva responde a una doble razón. En primer lugar, responde a la dimensión empírica de la gradual realidad psicológica de los seres humanos. En este sentido, entre el grado *más alto* del conocimiento y la suposición errónea se ubican en relación de continuidad otras modalidades subjetivas intermedias¹⁰¹⁹. Esta relación de continuidad no elimina los problemas de la delimitación entre las categorías subjetivas contiguas (por arriba y por abajo), pero este inconveniente es justamente una de las consecuencias naturales del principio de la borrosidad¹⁰²⁰. Y, en segundo lugar, responde a la dimensión axiológica de esta gradual realidad psicológica de los seres humanos. En este sentido, cada una de las modalidades subjetivas se concibe como portadora de diferentes desvalores de acción y de expresión que, necesariamente, termina repercutiendo en una diferente gravedad de la pena¹⁰²¹. En conclusión, una lógica jurídica realista debe reflejar la vida real¹⁰²².

“elevado”, que sólo podrá ser precisada a través de una cuantificación de algún grado de probabilidad (pronóstico según la proximidad, idoneidad del medio, etc.).

¹⁰¹⁸ De una idea más rígida PHILIPPS, “An der Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit”, en *FS für Roxin*, 2001, p. 366, para quien en aras de la seguridad jurídica, sobre la base de conceptos imprecisos hay que tomar decisiones precisas.

¹⁰¹⁹ Mientras que en el sistema angloamericano existe entre la intención y la negligencia una *Pufferzone* (zona neutra), llamada *recklessness*, en el sistema continental no puede, como algunos autores equivocadamente lo hacen, sostenerse lo mismo respecto del dolo eventual, porque este es una modalidad de dolo, a diferencia de la *recklessness* que tiene vida propia. Habla de la *Pufferzone*, PHILIPPS, “An der Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit”, en *FS für Roxin*, 2001, p. 365, nota al pie 2.

¹⁰²⁰ “La borrosidad es grisura”. De esta idea KOSKO, *Pensamiento borroso*, 1995, p. 18.

¹⁰²¹ Una tercera razón de los casos de penumbra entre el dolo y la imprudencia se deriva de la natural apertura del lenguaje a partir del cual se elaboran los conceptos. Así, PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, 2011, p. 56. A favor de la “*progresión continuada*” entre dolo e imprudencia (porque en vez de “hechos blancos o negros hay una escala de grises”), MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, 2001, p. 711; siendo necesario acompañar a esta progresión continuada conceptual la progresión continuada valorativa (penológica) porque “a hechos graduables, consecuencias graduables”, MOLINA FERNÁNDEZ, “La cuadratura del dolo”, en *Homenaje al Dr. Rodríguez Mourullo*, 2005, pp. 738 y ss., 740 [antes en *Antijuridicidad penal*, 2001, pp. 712, 721 y ss.]. También ORTÍZ DE URBINA GIMENO, “¿Dolo como reproche?”, *RPD*, 2013, pp. 360 y ss., hace referencia al dolo como un concepto vago.

¹⁰²² “Im wirklichen Leben verhalten wir uns freilich immer so, als gebe es ´irgendetwas dazwischen´. Und eine realistische Rechtslogik sollte das wirkliche Leben widerspiegeln”. Cfr. PHILIPPS, “Kompensatorische Verknüpfungen in der Rechtsanwendung”, en *FS für Jahr*, 1993, p. 180.

5. En efecto, el discurso binario no logra explicar, ni por ello resolver razonablemente, muchos casos que quedan atrapados entre los extremos del dolo y la imprudencia¹⁰²³. Por ejemplo, los límites conflictivos entre el dolo eventual y la imprudencia consciente son la prueba más evidente de la falta de capacidad resolutive de las teorías binarias, pero no sólo estos, sino también los límites entre el dolo de consecuencias necesarias y el dolo eventual. Para los partidarios de la binariedad de la imputación subjetiva, la bivalencia puede manifestarse, o bien entre los dos extremos subjetivos únicos de imputación como lo serían el dolo eventual y la imprudencia consciente, o bien negando la repercusión de las categorías subjetivas intermedias en la gravedad de la pena¹⁰²⁴. Para estos últimos la gravedad de la pena sólo se mide respecto de los dos extremos dando como resultado el binomio mayor castigo-menor castigo [o castigo-no castigo (cuando la imprudencia no está tipificada)]¹⁰²⁵. Respecto de las categorías subjetivas intermedias, éstas reciben la misma pena que la modalidad subjetiva genérica a la que pertenecen. Para ello, un gran sector de la doctrina emplea un razonamiento de centralización de todas las especies subjetivas en la categoría genérica y no, en cambio, una técnica que resultaría menos lesiva del principio de la identidad subjetiva, como sería la técnica del redondeo o del valor aproximado (como se verá más adelante). Sin embargo, lo que aquí se propone consiste en distinguir las diferentes versiones subjetivas del conocimiento y el error y desde allí construir una teoría de la gravedad punitiva gradual¹⁰²⁶.

¹⁰²³ Se refiere a la flexibilización por vía normativa de las fronteras entre dolo e imprudencia como criterios de imputación SILVA SÁNCHEZ, “Observaciones sobre el conocimiento eventual de la antijuridicidad”, *ADPCP*, 1987, p. 654.

¹⁰²⁴ De hecho, los partidarios de la binariedad son los seguidores de la teoría unitaria del dolo. En esta línea, por ejemplo, PUPPE, *Vorsatz und Zurechnung*, 1992, p. 74. En la misma línea BACIGALUPO ZAPATER, “Problemas actuales del dolo”, en *Homenaje al Dr. Rodríguez Mourullo*, 2005, pp. 77 y ss. [antes ya en *Principios de Dp, Pg*, 1998 (5ª ed.)]; RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, 1999, pp. 177 y ss. [aunque en escritos posteriores, como en *La ignorancia deliberada*, 2007, pp. 208 y ss. ha matizado su parecer inicial, considerando necesario proponer una clasificación de la imputación subjetiva más rica, que pueda abarcar los nuevos fenómenos delictivos]; JAKOBS, *Dp, Pg*, 1997 (2ª ed.), p. 316. Este autor establece clases de consecuencias y clases de dolo, pero niega una graduación valorativa que repercuta en el monto de la pena más allá de la clasificación meramente conceptual. Una revisión crítica a la tripartición en LAURENZO COPELLO, “Algunas reflexiones críticas sobre la tradicional división tripartita del dolo”, en *LH al Profesor Torío López*, 1999, pp. 423 y ss.

¹⁰²⁵ Por ejemplo, en relación con la binariedad básica que subyace a la teoría del delito (castigo y no-castigo) señala SILVA SÁNCHEZ lo siguiente: “esa binariedad es poco expresiva: pues un castigo mínimo, desde cierta perspectiva, puede estimarse como más próximo a la exención de pena que a una sanción grave”. Así, SILVA SÁNCHEZ, “Introducción: dimensiones de la sistematicidad de la teoría del delito”, en *El sistema integral del Dp*, 2004, p. 17.

¹⁰²⁶ En este sentido, muy gráfico, SILVA SÁNCHEZ sostiene “entre homicidio doloso y homicidio imprudente no hay cesura, sino que existe de modo necesario una línea continua, entonces, entre la pena mínima del uno y la

6. Con lo dicho hasta aquí puede ir percibiéndose que con el modelo ofrecido pretendo poner de manifiesto, entre otras cosas, la existencia de una amplia gama subjetiva que puede construirse desde el conocimiento certero sobre la alta probabilidad de la producción del resultado hacia la creencia errónea, descartando de antemano no sólo todos aquellos elementos anímicos o volitivos, sino también aquellas categorías que no pueden fundamentar convincentemente un juicio de imputación subjetiva (como la imprudencia inconsciente). Esta gradualidad del elemento subjetivo con repercusiones valorativas en sede de la individualización de la pena no supone una estricta *fuzzificación* de la gradualidad subjetiva del tipo, sino simplemente el reconocimiento de la misma de cara a una propuesta de delimitación de cada una de estas modalidades. En otras palabras, reconociendo la borrosidad entre las modalidades subjetivas todavía no resolvemos nada. Además, habrá que proponer un modo de delimitación entre las diferentes variables. Desde el punto de vista psicológico el tránsito de una forma subjetiva a la otra no es algo que se produzca de modo abrupto. Tampoco debería ser así el tránsito de un tratamiento jurídico al otro, en el momento de desvalorar cada una de estas categorías. Antes de pasar a describir una posible forma de graduar la imputación subjetiva, considero necesario aclarar que una clasificación de esta naturaleza, aun cuando pretende ser atinada, en algún punto es arbitraria pues no goza ni siquiera de un mínimo consenso. En tal caso la propuesta de un modelo de cómo graduar el conocimiento a los fines de la imputación subjetiva no puede situarse más allá de un planteamiento artificial que, como mucho, pretende una cierta aceptación, pero nada más¹⁰²⁷. De este modo, el objetivo de las convenciones sociales sobre algunas reglas o parámetros no es otro que alcanzar un cierto consenso en un punto que sirva como base, como límite o como tope del objeto que se regula. Por ejemplo, situar la mayoría de edad penal a los 16, 17, 18 o incluso 21 años no es más que una convención jurídica que pretende permitir la concretización del grupo de personas que pueden ser, en principio, sujetos de la imputación jurídica de un hecho. Del mismo modo, el objetivo de

pena máxima del otro no puede existir solución de continuidad” (es decir, discontinuidad). Cfr. SILVA SÁNCHEZ, “Introducción: dimensiones de la sistematicidad de la teoría del delito”, en *El sistema integral del Dp*, 2004, p. 18. En efecto, para este autor, una forma de superar este defecto binario sería a través de una “figura de tránsito” que pueda dar cobertura sistemática a la referida propuesta en cuanto a la penalidad (p. 18). Con anterioridad, este mismo autor se refirió a la importancia sistemática de una zona intermedia desde la cual “fijar la frontera, parcialmente fluctuante y, por lo general, definida en forma no muy clara” en la teoría del concepto jurídico-penal de acción. Véase SILVA SÁNCHEZ, “La función negativa del concepto de acción”, *ADPCP*, 1986, pp. 919-920.

¹⁰²⁷ Otros autores más escépticos han llegado a la conclusión práctica que al no poder establecer un límite claro entre el dolo y la culpa, habrán de valorarse una serie de indicadores de forma conjunta (elementos volitivos y cognitivos). Así, PHILIPPS, “An der Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit”, en *FS für Roxin*, 2001, p. 365.

una convención sobre la gradualidad subjetiva no es otro que el de encontrar algún parámetro clasificatorio de la dimensión cognitiva para poder castigar los hechos de modo más proporcional a la medida de la responsabilidad subjetiva revelada en el hecho¹⁰²⁸. Sin embargo, esta clasificación no elimina del todo la inevitable, por connatural, “inseguridad residual” (*Restunsicherheit*)¹⁰²⁹ que se presenta en todas las delimitaciones conceptuales. Una clasificación de esta índole tiene una razón esencialmente práctica y sistemática. En este punto las diversas modalidades subjetivas son parte de ese grupo de realidades que, de un modo u otro, se comparten innatamente por las personas y que, con mayores o menores matices la sociedad es consciente de que existen en nuestro pensamiento sin necesidad de haber sido exactamente aprendidas. El obrar de modo intencional o el hacerlo como producto de un descuido “sin querer” son dos ejemplos patentes de la psicología social sobre estas realidades innatas. Por ello, en cuanto a la gradualidad de la subjetividad individual que el Derecho aprehende para su valoración, puede sostenerse que éstas son posibles, conocidas y compartidas. En la práctica cualquier persona podría diferenciar entre actuar conociendo, sospechando o no sabiendo. Y valoraría estas representaciones de modo diferente. Pero, una gradualidad más técnica del conocimiento no puede encontrarse en el lenguaje social. Será la ciencia jurídica la que deberá, sobre la base de aquellas primeras premisas, buscar el modo de concretar o refinar los títulos subjetivos de imputación.

7. Como es sabido, las técnicas que la doctrina emplea para resolver el problema de los límites entre las clases de dolo y entre el dolo eventual y la imprudencia consciente son: (1) respecto de las modalidades de dolo, asumir un concepto unitario o bien una clasificación basada en la combinación de elementos volitivos y cognitivos; (2) respecto del dolo eventual y la imprudencia consciente, proponer diversas fórmulas de delimitación basadas en algunos de sus elementos volitivo o cognitivo, o bien, a través de la combinación y consideración de una serie de indicadores objetivos y subjetivos e, incluso, también llegando a proponer la introducción de una nueva figura intermedia entre el dolo y la imprudencia, como la *recklessness* angloamericana. Frente a estas técnicas de

¹⁰²⁸ Para MOLINA FERNÁNDEZ la fijación convencional de un punto de corte es posible sólo cuando la progresión gradual pueda ser medible en un sistema de medición formalizado (como la altura, que se mide en unidades métricas). Y se pregunta ¿cómo se miden los grados de conocimiento? Véase MOLINA FERNÁNDEZ, “La cuadratura del dolo”, en *Homenaje al Dr. Rodríguez Mourullo*, 2005, p. 699. Reconoce como un concepto gradual la “representación de la posibilidad” en el dolo eventual, PUPPE, “Sobre el uso de definiciones”, en *El Derecho penal como ciencia*, 2014, pp. 26 y ss. Para esta autora los conceptos graduables son innatamente ambiguos, pero pueden concretarse y reducir su vaguedad con la ayuda de las leyes comparativas.

¹⁰²⁹ Cfr. ROXIN, *StrafR, AT*, 2006 (4ª ed.), § 12, nm. 73, p. 469 [1997, p. 447].

diferenciación de las modalidades subjetivas, en este trabajo se asume una gradualidad basada en el elemento cognitivo, cuya precisión conceptual permite subsumir más fácilmente la situación típica dada. Así, por ejemplo, un caso palmario de conocimiento cierto será rápidamente subsumible en el concepto de conocimiento cierto, a la vez que no se subsumirá en el error vencible: la claridad viene dada tanto por su inclusión en el concepto correspondiente como por su exclusión del concepto no correspondiente. En cambio, un caso ambiguo será aquel que, por determinadas características, es posible de subsumir en dos conceptos distintos.

8. Para los casos que quedan en la zona de penumbra de la subsunción, se podrá apelar a dos técnicas de delimitación¹⁰³⁰: (1) la técnica del redondeo; y (2) las leyes comparativas. Se llama redondeo a la acción de eliminación de cifras no significativas de un número o al acto de aproximación del detalle al valor más cercano para reducirlo a una unidad. Esta técnica consistiría, desde el punto de vista de la imputación, en aproximar el caso ambiguo al concepto que se encuentre más cercano. Así, un caso en donde el sujeto no cuente con la total certeza sobre el significado de desvalor social de la conducta que realiza y sí cuente, por el contrario, con una duda mínima acerca de dicho significado (en términos numéricos: certeza de un 90% de la no lesividad social y certeza de un 10 % de la lesividad social), ello deberá redondearse hacia la figura del conocimiento incierto de cara a la imputación (el conocimiento incierto es conocimiento)¹⁰³¹. Desde el punto de vista de la gravedad punitiva, ello significará valorar el conocimiento incierto como modalidad intermedia, desde aquella modalidad genérica que se halle subjetivamente más cercana. En el caso, la figura más cercana al conocimiento incierto de un 90%, será la creencia errónea, toda vez que el sujeto cuenta con un grado ínfimo de certeza (10 %) acerca de la lesividad social de la conducta. Sobre la base de tal asimilación se procederá a graduar la pena, correspondiéndole a esta clase de conocimiento incierto un castigo atenuado en relación con el conocimiento cierto dentro del grado inferior del marco penal doloso por ser axiológicamente cercano a la pena del error vencible. En resumen: primero hay que identificar el género subjetivo (dolo o

¹⁰³⁰ Con otras técnicas, PHILIPPS, “An der Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit”, en *FS für Roxin*, 2001, pp. 372 y ss., 375 y ss., que emplea la “suma probabilística”, usada para el cálculo de probabilidades, y la técnica de la “compensación”, ponderando una serie de indicadores objetivos y subjetivos (mentales). De modo similar, propone la compensación de los indicadores para determinar el dolo, SCHÜNEMANN, “De un concepto filológico a un concepto tipológico de dolo”, en *Temas actuales*, 2002, pp. 104 y ss., 108 y ss.

¹⁰³¹ Cfr. KOSKO, *Pensamiento borroso*, 1995, p. 25: para aplicar el modelo de la probabilidad hemos de redondear.

imprudencia) y luego a partir de allí individualizar la pena según que la figura intermedia se acerque más a un extremo o más al otro extremo¹⁰³². En cuanto a las leyes comparativas emplearé el consejo de PUPPE acerca de la aplicación de estas leyes para reducir la vaguedad de los conceptos graduales¹⁰³³. Esta autora enseña que en el ámbito de estructuras conceptuales complejas, como los conceptos graduables, determinadas leyes comparativas pueden aportar concreción al concepto¹⁰³⁴. Las leyes de comparación como pautas externas de referencia nos pueden ayudar a concretar la vaguedad del concepto. Como estas fórmulas se alojan en el juicio de imputación, me remito al *Capítulo Cuarto*, que es en donde las menciono.

II.II.3. APORTES DE OTRAS DISCIPLINAS EN LA CLASIFICACIÓN DEL CONOCIMIENTO

1. Tanto la filosofía como la psicología ofrecen una serie de conceptos y clasificaciones del conocimiento. Los modelos más comunes son los que distinguen entre conocimiento cierto e incierto, conocimiento consciente y coconsciente (también inconsciente), conocimiento ordinario y extraordinario, conocimiento común y especial, entre otros más.

II.II.3.a. Juicios de certeza e incerteza versus juicios de probabilidad e improbabilidad

1. Con el término *certeza* se pueden querer decir dos cosas distintas: (1) que nuestro conocimiento es verdadero; cuando se emplea en este sentido, decir que algo es cierto equivale a decir que algo es verdad, o (2) que estamos seguros de que nuestro conocimiento es verdadero. Así, al afirmar que algo es cierto, lo que estamos queriendo decir es que estamos muy seguros de que es verdadero, pero nuestra certeza no es garantía de la verdad,

¹⁰³² Desde la lógica borrosa y el redondeo, KOSKO, *Pensamiento borroso*, 1995, pp.37-38, nos enseña que el redondeo se hace entre *fits* (*fuzzy units*, unidades borrosas) y *bits* (*binary units*, unidades binarias). En la línea numérica, primero medimos un valor de *fit* y saltamos luego a la esquina más cercana de la línea para obtener un valor de *bit*. Aunque, el redondeo de *fits* en *bits* funciona bien cerca de los límites de la línea numérica, ¿cómo redondeamos el valor del medio? ¿Lo redondeamos al 50, al 0 o al 100 por 100? A mi entender, primero ha de redondearse hacia una de las categorías (cuantas más categorías mejor redondearemos), pero en el momento de individualizar la pena hemos de escoger un valor único. Si tenemos dos categorías dolo-culpa el redondeo se hace más genérico, pero si tenemos tres categorías dolo-dolo eventual-culpa el redondeo se hace más específico, y así sucesivamente.

¹⁰³³ Cfr. PUPPE, “Sobre el uso de definiciones”, en *El Derecho penal como ciencia*, 2014, pp. 25 y ss.

¹⁰³⁴ Cfr. PUPPE, *ibidem*.

porque podemos estar seguros y a la vez estar equivocados. Más que decir que la realidad es así (o sea, que lo que decimos es verdad) estamos queriendo decir que nuestro estado subjetivo con respecto a ese conocimiento es de gran seguridad en que es verdadero. Este es el significado más auténtico de la palabra *certeza*. Como es evidente, la certeza que tengamos acerca de la verdad de un conocimiento no implica que éste sea realmente verdadero. Cuando no existe certeza sobre la verdad de nuestro conocimiento, existe otro estado de la mente que denominamos *duda*. En este estado, se poseen datos que hacen pensar de un determinado modo y datos que contrarrestan en mayor o menor medida lo que hacen suponer los datos anteriores: hay datos tanto a favor como en contra de lo que sabemos.

2. Es común encontrar que algunos autores afirmen que, por el principio de la limitada naturaleza humana, no existe la certeza absoluta en su sentido más estricto, sino únicamente cotos razonables de certeza. Evidentemente, esto puede afirmarse tan categóricamente respecto de hechos futuros (e incluso algunos pasados) sobre los cuales no tenemos pleno control, pero respecto de otros acontecimientos no es descabellado afirmar que tenemos certeza absoluta¹⁰³⁵, como que nos llamamos como nos llamamos o que los cuerpos existen. Todo ello es algo que nadie que esté en su juicio pone en duda¹⁰³⁶: “¿quién no está cierto de que piensa, siente, quiere, de que tiene un cuerpo propio, de que en su alrededor hay otros semejantes al suyo, de que existe el universo corpóreo?”¹⁰³⁷. Normalmente, nuestros conocimientos sobre las cosas pueden ser más o menos ciertos según se aproximen a la realidad objetiva¹⁰³⁸. La certeza y la incerteza se definen desde la filosofía como estados mentales, como categorías de la psique humana y, por ello, sólo puede hablarse de certeza o incerteza subjetiva¹⁰³⁹. Mientras que la certeza se caracteriza por no incluir ninguna vacilación en el proceso de la mente respecto de la verdad o falsedad de una determinada proposición o acontecimiento, la incerteza se define como un estado de duda que consiste

¹⁰³⁵ DASTON señala que la vida diaria nos provee de suficientes criterios, aunque imperfectos, de certidumbre moral, en los que no concurre duda. Cfr. DASTON, *Classical probability*, 1988, pp. xi-xii.

¹⁰³⁶ Cfr. BALMES, *Filosofía fundamental*, 1868 (4ª ed.), p. 11. Existe una profunda convicción, indeclinable, que alrededor nuestro existe el mundo corpóreo.

¹⁰³⁷ Cfr. BALMES, *ibidem*, p. 13.

¹⁰³⁸ De hecho, MOSTERÍN, *Racionalidad*, 1987 (2ª ed.), p. 132, enseña que el concepto objetivo de certeza se emplea como sinónimo de “verdad”.

¹⁰³⁹ MOSTERÍN, *ibidem*, enseña que la certeza no es algo que tengan las ideas, sino que es algo que tenemos nosotros; es una cuestión subjetiva. También WITTGENSTEIN, *Über Gewißheit*, 1979, §§ 179, 194, 245, señala que la certeza es subjetiva, pero no el saber.

en no poder afirmar ni tampoco negar una proposición, pues se desconoce si es verdadera o falsa¹⁰⁴⁰. Por ejemplo, hay quienes tienen certeza de que lo que el político *X* dice es mentira porque tienen suficiente evidencia en contrario (certeza sobre una proposición falsa), pero, a la vez, hay quienes tienen certeza de que lo dicho por el político *Y* es verdad porque poseen evidencia en su apoyo. Pero, muchas veces, tenemos certeza de que algo que no es verdad y, entonces, nos equivocamos, mas, también nos equivocamos cuando tenemos incerteza de una verdad¹⁰⁴¹.

2.a. En la filosofía hildebrandiana es una característica del conocimiento apriorístico (o apriórico) la absoluta certeza, no así del conocimiento empírico de hechos concretos individuales¹⁰⁴². La nota de certeza absoluta no es una nota del estado de cosas en cuanto tal, sino, por el contrario, de la relación entre dicho estado de cosas y el conocimiento que tenemos de él¹⁰⁴³. Indudablemente, la proposición “los valores morales presuponen un ser personal” nos permite tener absoluta certeza de su verdad, a diferencia de la proposición “el calor dilata los cuerpos” respecto de la cual sólo podemos considerarla verdad de un modo altamente probable¹⁰⁴⁴. Los estados de cosas esenciales pueden comprenderse con absoluta certeza sin necesidad de confirmación mediante la comprobación real¹⁰⁴⁵, pero, sí precisan de la experiencia de un ser-así¹⁰⁴⁶ o de la captación intuitiva¹⁰⁴⁷. Aunque sumamente difícil, no es imposible que algún día la ciencia descubra que no existe real conexión causal entre el calor y la dilatación del cuerpo a él sometido y que exista otra causa hasta ese entonces oculta¹⁰⁴⁸. De este modo, respecto de las “leyes de la naturaleza” no tenemos certeza absoluta, pero respecto de algunos hechos individuales concretos, la continua experiencia sobre ellos nos puede conducir a la certeza absoluta (una experiencia como la casa en que vivimos que se confirma una y otra vez,

¹⁰⁴⁰ Sobre la duda, BUNGE, *Diccionario de filosofía*, 2005 (3ª ed.), p. 56 (voz “duda”).

¹⁰⁴¹ Sobre la certeza y la duda, BUNGE, *ibidem*, p. 21 (voz “certeza/duda”).

¹⁰⁴² Cfr. VON HILDEBRAND, *¿Qué es filosofía?* 2000, pp. 73 y s., 75. Lo *a priori* se define como aquello anterior o independiente de la experiencia (como las proposiciones matemáticas y teológicas). El conocimiento ordinario, la ciencia y la tecnología mezclan ideas *a priori* (hipótesis) con ideas *a posteriori* (datos dependientes de la experiencia). Las ideas *a priori* son de dos tipos: las formales (o proposiciones de razón) y las factuales (conjeturas ordinarias o las hipótesis científicas). Cfr. BUNGE, *Diccionario de filosofía*, 2005 (3ª ed.), p. 10 (voz “*a priori/a posteriori*”).

¹⁰⁴³ Cfr. VON HILDEBRAND, *ibidem*, pp. 73-74 (el conocimiento *a priori* se obtiene a través de la intuición de un estado de cosas esencial).

¹⁰⁴⁴ Cfr. VON HILDEBRAND, *ibidem*, p. 73.

¹⁰⁴⁵ Cfr. VON HILDEBRAND, *ibidem*, pp. 76, 87. Como estos hechos absolutamente ciertos poseen carácter universal, nuestra seguridad respecto de ellos difiere de la que tenemos respecto a cualquier hecho concreto individual (p. 76).

¹⁰⁴⁶ Sobre la distinción entre comprobación real y experiencia de un ser-así, VON HILDEBRAND, *ibidem*, pp. 87 y ss. Para este autor, en el caso de estados de cosas absolutamente ciertos, nuestra atención se centra en el ser-así del objeto, y no, en cambio, en su existencia real: así cuando entendemos que los valores morales presuponen una persona, contemplamos el ser-así de los valores y de las personas (p. 97).

¹⁰⁴⁷ Cfr. VON HILDEBRAND, *ibidem*, pp. 97, *passim*.

¹⁰⁴⁸ Advierte este autor que el alto grado de improbabilidad de que ello suceda no debe cegarnos a que existe una posibilidad. Cfr. VON HILDEBRAND, *ibidem*, p. 73.

sobrepasa la probabilidad máxima de su conocimiento y alcanza la certeza plena). En todo caso, a diferencia de los estados de cosas *a priori*, para los hechos contingentes se precisa indefectiblemente de la continua confirmación de la experiencia para alcanzar la certeza absoluta¹⁰⁴⁹.

3. Los grados de certeza son una cuestión psicológica, como una especie de posicionamiento mental sobre la existencia pasada, presente o “futura” de algo, como un acontecimiento, un evento, un valor, o una persona, fundado en conocimientos previos o en la evidencia externa. Podemos tener certeza de que nacimos un primero de mayo porque así lo dice nuestro documento de identidad; en este caso nuestra certeza se funda en un hecho pasado y comprobado, aunque sea sólo formalmente. Esto último significa que puede suceder que el tener certeza sobre un hecho pasado comprobado sea sólo una certeza aparente al no conocer todos los detalles del asunto. Así, podemos tener certeza que Ernesto Guevara (alias el Che) nació en el mes de junio en la medida en que sigamos lo que nos cuenta la historia oficial, pero existen versiones de que sus padres lo inscribieron en junio y que él verdaderamente nació en mayo. Si supiéramos también este otro dato, no podríamos tener certeza, aunque le demos más crédito a una versión y le restemos a la otra (sería una certeza por convención social). También podemos tener certeza sobre hechos presentes, como por ejemplo, tengo la certeza en este momento de que estoy sentada escribiendo la tesis, porque soy la protagonista principal del hecho de escribirla. Por regla general, los estados de certeza ratificadas o verificadas, esto es, fundadas en evidencias objetivas, se refieren a hechos pasados y presentes. En cambio, no sucede la misma cosa respecto de los estados de certeza en relación con hechos futuros, porque respecto de éstos no tenemos prueba alguna, excepto en un contado tipo de situaciones: el envejecimiento y la muerte¹⁰⁵⁰. Así, podemos tener la certeza de que algún día seremos millonarios o que escribiremos muchos libros, pero en verdad tal certeza no pasa de ser una expectativa (fundada o no) en algo que aún no ha sucedido y respecto de lo cual mantenemos un relativo o nulo control¹⁰⁵¹. De allí que la certeza se encuentre ligada muy estrechamente a los juicios de probabilidad cuando nos referimos a hechos futuros, pero no necesariamente cuando lo hacemos sobre hechos pasados. Ciertamente, que podríamos también hacer juicios de probabilidad sobre hechos pasados, pero sólo porque contamos con evidencia o con una

¹⁰⁴⁹ Cfr. VON HILDEBRAND, *ibidem*, pp. 73-75.

¹⁰⁵⁰ Lo que VON HILDEBRAND, como se mencionó en el párrafo anterior, denomina la certeza absoluta de los estados de cosas esenciales.

¹⁰⁵¹ Cfr. MOSTERÍN, *Racionalidad*, 1987 (2ª ed.), p. 132, equipara los casos de certeza a los de una confianza muy grande; p. 133, o al estar seguros o convencidos.

intuición arraigada. Podríamos decir que es más probable que fulano haya sido el culpable de verter el veneno en el vaso de zutano, y menos probable que haya sido mengano, porque fulano se encontraba la noche del envenenamiento junto a la víctima, mientras que mengano se hallaba de viaje. Aquí nuestro juicio de probabilidad, que nos puede conducir a un juicio de certeza si llegamos a reunir pruebas suficiente de lo que afirmamos, se construye sobre la base de evidencias o hechos externos que lo fundamentan, pero también sobre experiencias pasadas que nos hacen pensar en ese sentido: por ejemplo, fulano ha intentado agredir en otras oportunidades a zutano.

4. El estar seguro es un estado actitudinal intensamente a favor de una creencia cierta o de una creencia incierta. Puedo estar segura cuando creo certeramente en algo, por ejemplo, que hoy es el día que es, porque lo leí en un periódico que llevaba una persona en el metro y porque para este día había programado una actividad por la tarde. Sin embargo, dicho estado de seguridad no equivale a conocer, porque puedo estar segura de algo respecto de lo cual estoy equivocada (el necio está seguro, pero no sabe). Así, al llegar al despacho advierto en mi calendario, que hoy no era el día que creía y que el que leía el periódico, seguramente, llevaba uno del día anterior. Asimismo, puedo estar segura de la incerteza que tengo sobre dónde he guardado algunos papeles: creo que los tengo en casa, pero a la vez creo que están en el trabajo. Estoy segura que no sé con certeza dónde los he colocado la última vez que los consulté. El estar seguro (o inseguro) puede definirse como el conocimiento sobre los propios estados mentales, sobre las propias creencias, una especie de conocimiento que hace referencia al interior, sin considerar la realidad exterior. SÓCRATES fue, quizá, el primero en darse cuenta de sus propios estados mentales. La famosa frase “sólo sé que no sé nada”, que se extrae del testimonio de PLATÓN, revela que aquel filósofo estaba seguro de su propia ignorancia¹⁰⁵². Entonces, estaré segura, pero, a la vez sabré con certeza dónde están los papeles, cuando los encuentre. Allí coincidirán el estado de seguridad con el estado cognitivo y la certeza será garantía de verdad. De este modo, no todo lo que se cree con seguridad es saber, pero sí todo lo que se sabe es creído (en cualquier grado, de forma segura o vacilando).

¹⁰⁵² La interpretación de esta frase surge de una obra de PLATÓN, en un epígrafe dedicado al Oráculo de Delfos y a la sabiduría de *Sócrates*. Aquél consideraba a *Sócrates* como el hombre más sabio entre los humanos, porque él reconocía su propia ignorancia de todas las cosas divinas, que otros filósofos, en cambio, presumían saber. Cfr. PLATÓN, *Apología de Sócrates*, 2000 (4ª ed., 1ª reimp.), pp. 130 y ss., 133.

5. El conocimiento puede ser cierto o incierto en relación con la realidad que se aprehende. El conocimiento puede quedar referido a realidades preexistentes, como a realidades en potencia, y en esto entran en juego los juicios de probabilidad. Por ejemplo, cuando alguien se apropia de una cosa mueble y sabe con certeza que no le pertenece, que es ajena, se dice que posee un conocimiento cierto de hechos preexistentes¹⁰⁵³; y cuando alguien coloca una potente bomba que hace detonar para producir daños, se dice que posee un conocimiento cierto de un hecho futuro¹⁰⁵⁴. Pero, también concurre dolo en los casos de conocimiento incierto (duda), ya sea para hechos presentes, como la edad de la víctima menor en unos abusos sexuales¹⁰⁵⁵, o para hechos futuros, como la producción de un resultado de lesión en un disparo a mediana distancia hacia una bola de cristal¹⁰⁵⁶. En conclusión, quedan abarcados como clases de conocimiento típico tanto los supuestos de conocimiento cierto como de conocimiento incierto sobre la posibilidad de la realización del tipo penal¹⁰⁵⁷.

6. A diferencia de los estados de certeza e incerteza, como un posicionamiento mental respecto de un dato o acontecimiento, los grados de probabilidad son una cuestión ontológica que sometemos a nuestro cálculo o juicio, pero sobre lo que no tenemos pleno control, de allí que sea incorrecto el intentar igualar los grados de certeza con la probabilidad¹⁰⁵⁸. En este sentido, mientras que la probabilidad de que algo “sea”, ahora o después, depende directamente de cómo funciona el mundo según las leyes de la naturaleza, la certeza de que algo “es” depende directamente de una toma de postura al respecto, aunque en la mayoría de casos tal postura se fundamente en las leyes de la naturaleza. La probabilidad que un infectado con HIV contagie a una persona sana dependerá del tipo de contacto que éstas mantengan: así, un contacto sexual no cuidado aumenta la probabilidad de contagio. Aquí las personas no pueden modificar los niveles de probabilidad objetiva

¹⁰⁵³ Cfr. RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, 1999, p. 163.

¹⁰⁵⁴ Cfr. RAGUÉS I VALLÈS, *ibidem*. En estos casos es mejor hablar de “previsión del seguro acaecimiento de hechos futuros”.

¹⁰⁵⁵ Cfr. RAGUÉS I VALLÈS, *ibidem*. Sólo concurrirá dolo en los casos de conocimiento incierto en la medida en que el “*sujeto atribuya a su concreto comportamiento la capacidad de realizar un determinado tipo penal*” (pp. 163-164).

¹⁰⁵⁶ Como el caso de *Lacmann*, que comento más adelante.

¹⁰⁵⁷ En la línea del concepto de SCHMIDHÄUSER, “Die Grenze zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Straftat”, *JuS*, 1980, p. 242.

¹⁰⁵⁸ Esta equiparación es común en algunos conceptos de dolo. Por ejemplo, para SAMSON el conocimiento cierto es lo seguro y el conocimiento incierto lo posible. Cfr. SAMSON, “Absicht und direkter Vorsatz im Strafrecht”, *JA*, 1989, p. 450. También considera como factores de una misma escala a la probabilidad y a la certeza, MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, 2001, pp. 708, nota al pie 153, *passim*.

simplemente con sus mentes, es decir, si la probabilidad objetiva de que la causa *A* ocasione el efecto *A_i* es de un 75% bajo las condiciones *X, Y, Z*; la previsibilidad subjetiva no podría modificarla, sin modificarse previamente las condiciones.

7. Los juicios de probabilidad necesariamente tienen que tener su base en datos empíricos, para guardar un perfil de razonabilidad. Pero los juicios de certeza no necesariamente tienen que tener su base en datos empíricos. Que un sujeto se represente con certeza algo, puede ser porque él mismo lo ha vivido, lo ha comprobado o cosas similares, pero, también puede suceder que ello sea así por su constitución psicológica (sesgos) o por meras intuiciones y, por ende, los juicios de certeza según en qué medida no son intersubjetivizables. Por el contrario, en relación con los juicios de probabilidad no sucede lo mismo. Estos se encuentran sometidos al escrutinio de los otros, teniendo en cuenta que la cuestión epistemológica no puede construirse con independencia de la empírica¹⁰⁵⁹. De hecho, existen criterios o parámetros de la experiencia y la razón que sustentan nuestras creencias y la manera en cómo asumimos, confirmamos o justificamos nuestros conocimientos de las cosas. Estos criterios suelen servirnos de base para la construcción de nuestros juicios de certeza, que son esenciales para tomar decisiones y movernos en la vida¹⁰⁶⁰. Que decidamos en condiciones de incertidumbre no significa que las personas no podamos hacer juicios de certeza, de hecho, la duda radical existe menos que la certeza radical.

8. No es extraño encontrar que los términos certeza y probabilidad se encuentren citados como si se trataran de grados de una misma escala. Lo cierto sería lo seguro y lo probable sería lo inseguro o incierto. Esta pseudo relación gradual se debe a la gran influencia que ha tenido en muchos campos de la ciencia la teoría lógica de la probabilidad keynesiana¹⁰⁶¹ (como es sabido existieron además la teoría clásica, la objetiva y la subjetiva de la probabilidad)¹⁰⁶². Para este autor “los términos *cierto* y *probable* describen los diversos grados de creencia racional acerca de una proposición que los distintos niveles de

¹⁰⁵⁹ Ver la tesis searleana reseñada en el *Capítulo Primero* epígrafe *III.1.2.b.iv. Teorías de la verdad*.

¹⁰⁶⁰ “No estando ciertos de algo, nos es absolutamente imposible dar un solo paso en ninguna ciencia, ni tomar una resolución cualquiera en los negocios de la vida. Un escéptico completo sería un demente, y con la demencia llevada al más alto grado: imposible le fuera toda comunicación con sus semejantes, imposible toda serie ordenada de acciones externas, ni aún de pensamientos o actos de la voluntad”. Cfr. BALMES, *Filosofía fundamental*, 1868 (4ª ed.), pp. 11-12.

¹⁰⁶¹ Sobre esta teoría en relación con la teoría del delito, MOLINA FERNÁNDEZ, *ibidem* (inédito), pp. 49 y ss.

¹⁰⁶² Sobre estas teorías en relación con la teoría del delito, MOLINA FERNÁNDEZ, *ibidem* (inédito), pp. 38 y ss.

conocimiento nos autorizan a mantener”¹⁰⁶³. Para esta teoría el concepto de probabilidad no tenía razón de ser sin referencia a datos empíricos de la realidad, esto es, a la confirmación de una hipótesis por medio de evidencias, de modo que los grados de creencia del sujeto se concebían sobre la base de dicha confirmación. Se fusionan así en la misma categoría el cálculo de probabilidad que tenía sentido sobre la base de hechos objetivos y la creencia sobre dicho cálculo en la medida de la confirmación de la hipótesis por medio de una evidencia. Pero, cuando se considera que el cálculo de probabilidades que depende de los datos empíricos es independiente de la creencia (racional o no) que se tiene sobre dicho cálculo, entonces, los grados de certeza y probabilidad se evalúan en dos compartimentos diferentes. Esta distinción es posible desde una teoría subjetiva de la probabilidad, desde la cual toda estimación es estrictamente subjetiva y, por ende, aun cuando pueda existir un único valor de probabilidad fijado por la evidencia, el grado de creencia sobre el mismo variará de sujeto a sujeto¹⁰⁶⁴. A pesar que esta teoría considera que cada sujeto puede fijar sus propios valores de probabilidad dentro de los límites de las reglas del cálculo de probabilidades¹⁰⁶⁵, aquí entiendo que lo que depende más bien exclusivamente del sujeto, es el grado de creencia sobre dicha probabilidad. En consecuencia, ante la evidencia, pueden dos sujetos tener diferentes grados de creencia sobre la misma probabilidad. Por ejemplo, en el caso del tirador inexperto ante un cálculo improbable (o poco probable) de alcanzar con el disparo al enemigo, puede el sujeto₁ tener certeza sobre ello, y el sujeto₂ tener incerteza, esto es, dudar teniendo en cuenta la baja probabilidad; porque mientras que el primero confía el acierto a su habilidad, el segundo desconfía según lo que le indican los datos externos. Con ello, mientras que el cálculo de probabilidad depende en gran medida de reglas lógicas y empíricas, los grados de creencia es una cuestión no sujeta a otra lógica que la individual. Esta lógica personal ya no tiene que ver con las leyes causales y de la razón, sino con la forma en cómo el sujeto se percibe a sí mismo en el contexto de la situación en la que le toca actuar. De este modo, podemos más o menos consensuar sobre los grados de probabilidad de diversos hechos, pero no sobre los grados de certeza, que dependen de cada persona. Por lo demás, mientras que el cálculo de probabilidad introduce un elemento normativo -que son las leyes de la lógica en el juicio subjetivo- éste permite un juicio

¹⁰⁶³ Cita extraída de MOLINA FERNÁNDEZ, *ibidem* (inédito), p. 50.

¹⁰⁶⁴ Aunque no comparto en todo los postulados de esta teoría, resulta útil destacar alguno de ellos. La teoría subjetiva de la probabilidad señala que la mejor manera de establecer la probabilidad que una persona asigna a una hipótesis es atendiendo a lo que estaría dispuesto a apostar a que dicha hipótesis sea cierta o falsa. Sobre ello MOLINA FERNÁNDEZ, *ibidem* (inédito), p. 56.

¹⁰⁶⁵ Sobre ello, MOLINA FERNÁNDEZ, *ibidem* (inédito), p. 56.

externo objetivo que comprueba o corrige los cálculos subjetivos de probabilidad¹⁰⁶⁶; pero, ello no se da en los grados de creencia, que no permiten ningún elemento externo-objetivo de juicio. En resumen, la intersubjetividad necesaria para los grados de lesividad del injusto vendrán dados por los índices de probabilidad, pero la subjetividad necesaria para los grados de imputación vendrán dados por la certeza. Como veremos más adelante en el conocimiento concurren una dimensión subjetiva-psicológica (certeza, cuestión descriptiva) y una subjetiva-racional (probabilidad, cuestión valorativa). La primera hace posible la imputación sobre la base de la segunda.

9. Por esta razón la probabilidad mantiene una relación muy estrecha con la previsibilidad de la imputación objetiva, a diferencia del juicio de certeza que añade la dosis de subjetividad a la imputación subjetiva. El cálculo de probabilidades es algo que el sujeto no puede disponer 100 por 100, por decirlo de algún modo. No puede un sujeto normal decir que no es probable que lanzando a una persona de un tercer piso ésta no morirá, pero sí puede tener mayor o menor certeza acerca de ello. Si un sujeto normal negara la elevada probabilidad del resultado mortal, igualmente se le atribuiría a título de conocimiento, al menos en grado de incerteza (dolo eventual). En otras palabras, los casos en que el sujeto se representa con seguridad que asume un riesgo jurídicamente desaprobado de probabilidad mínima esto se castiga como dolo (porque es conocimiento), aun cuando la pena pueda verse seriamente atenuada dentro del mismo marco penal (en relación con la representación segura de la probabilidad máxima de riesgo). No son los cálculos de probabilidad los que gradúan el dolo, sino los juicios de certeza sobre la probabilidad, porque no podemos intersubjetivizar los juicios de certeza, pero sí los de probabilidad¹⁰⁶⁷. Por eso, en la imputación subjetiva el hombre medio de la atribución objetiva se coloca en el lugar del autor sólo como para fungir de límite mínimo¹⁰⁶⁸ para los juicios de probabilidad, pero no

¹⁰⁶⁶ Crítico con la teoría subjetiva de la probabilidad, MOLINA FERNÁNDEZ, *ibidem* (inédito), p. 57. Para este autor, la probabilidad debe basarse en la realidad conocida (en la evidencia), pero interpretada no como cada sujeto libremente crea, sino atendiendo a lo que lógicamente pueda desprenderse de dicha evidencia. Por ello, como en la teoría subjetiva las probabilidades se derivan de la libre apreciación del sujeto, es que no se puede alcanzar el mínimo de intersubjetividad necesario para servir como base de un juicio de peligro aplicable al Derecho penal.

¹⁰⁶⁷ Un concepto de dolo similar en RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, 1999, pp. 165, *passim*, cuando afirma que concurre una realización dolosa respecto de aquel sujeto que actúa a pesar de atribuir a su concreta conducta la capacidad de realizar un tipo penal. A mi entender, cuando este autor se refiere al *juicio subjetivo de atribución de la capacidad lesiva de la conducta* puede estar refiriéndose a los juicios de certeza sobre la probabilidad. También, véase FRISCH, “Offene Fragen des dolus eventualis”, *NStZ*, 1991, p. 26.

¹⁰⁶⁸ Sobre los conocimientos mínimos, véase RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, 1999, pp. 390 y ss.

para los juicios de certeza que realice el sujeto sobre la probabilidad. Los juicios de probabilidad no son más que la extensión de la atribución objetiva, que se miden desde la previsibilidad del hombre medio, que luego en el ámbito de la imputación subjetiva tienen que pasar el filtro de la mirada del autor a través del juicio de certeza. El juicio de previsibilidad se rige por las leyes científicas y de la experiencia social al alcance de todos, a diferencia de los juicios de certeza que se rigen por las capacidades individuales del sujeto. Los juicios de certeza se construyen sobre la base de la situación concreta que rodea al sujeto que conoce los elementos que tiene a su alcance y la capacidad que tiene o no para dominar o controlar dicha situación, a diferencia del juicio de previsibilidad que se hace en condiciones ideales, normales y abstractas del riesgo, según lo que nos marca la ley causal respectiva. Más adelante, en el *Capítulo Cuarto* volveré sobre el cálculo de probabilidades desde la mirada del autor.

10. Una de las principales críticas que puede dirigirse al modelo en uso de la imputación subjetiva es que éste no distingue muy claramente entre la dimensión intersubjetiva del conocimiento (posibilidad-imposibilidad, o probabilidad-improbabilidad) y la dimensión subjetiva del conocimiento (certeza-incerteza, o seguridad-duda). Esta confusión de planos se advierte muy palmariamente en los diversos conceptos contrapuestos que suelen darse del dolo eventual. Algunas veces se lo define desde la subjetividad del sujeto, señalándolo como “el estado de duda que el sujeto tiene acerca de si el resultado se producirá o no”, pero otras veces se lo define teniendo en cuenta criterios más objetivos, como la “probabilidad de la producción del resultado”. Idéntica crítica puede hacerse al concepto de imprudencia consciente, respecto de la cual suele sostenerse que en los casos en que el sujeto se representa falsamente la no concurrencia de algún elemento del tipo penal obra con error imprudente, pero a la vez también se sostiene que cuando el sujeto conoce que asume un riesgo desaprobado de probabilidad mínima, esto también se castiga como imprudencia. Estas definiciones evidencian que mientras que la primera hace hincapié en la dimensión subjetiva (duda acerca de, o falsa representación de), identificando en el segundo concepto la imprudencia con el error, la segunda construye los conceptos sobre la base de la dimensión objetiva (probabilidad), aun cuando en los casos que la doctrina denomina de imprudencia consciente no concurre error sino conocimiento.

II.II.3.b. Cálculo de probabilidades

1. Todas las personas, incluso las más distraídas y menos reflexivas, hacen cálculos de probabilidades aunque sea de modo inconsciente y, con ello, puede perfectamente deducirse que para la vida cotidiana es inútil conocer a ciencia cierta el cálculo de probabilidades, toda vez que el sentido común y el obrar prudente en algunos casos y el interés y la intuición en otros, lo suplen la mayoría de veces¹⁰⁶⁹. Todos somos portadores de alguna idea vaga de las probabilidades de determinados acontecimientos y nuestros cálculos dependen no sólo de nuestros conocimientos previos, sino también de los datos del entorno, y siempre son cálculos aproximados, no precisos¹⁰⁷⁰. Los seres humanos operamos con el “instinto de la probabilidad”, que es un instinto psíquico -o una inclinación mental- a la vez que constante cultural, que nos ayuda a organizar nuestras percepciones, recuerdos y la mayor parte de nuestras expectativas¹⁰⁷¹. Sobre estos modos de obrar podremos intersubjetivizar, es decir, objetivizar patrones de conducta y sus resultados posibles, diciendo, por ejemplo, que un riesgo de escasa probabilidad es un riesgo extravagante. De hecho, con esta finalidad de racionalidad práctica se han desarrollado las primeras teorías de la probabilidad, para ofrecer criterios racionales de actuación en situaciones de incertidumbre que afectaban a los distintos ámbitos de la vida¹⁰⁷².

2. Veamos ahora algunas precisiones sobre la posibilidad y la probabilidad¹⁰⁷³. El concepto de posibilidad es demasiado ambiguo como para que pueda servirnos de baremo de la representación de un suceso, pero es el que intuitivamente manejamos en muchas

¹⁰⁶⁹ Consúltese, también BOREL, *Las probabilidades y la vida*, 1971, pp. 45 y ss.

¹⁰⁷⁰ Las probabilidades son sólo aproximadas. Cfr. BOREL, *Las probabilidades y la vida*, 1971, pp. 48 y ss., *passim*.

¹⁰⁷¹ Cfr. KOSKO, *Pensamiento borroso*, 1995, pp. 63-64.

¹⁰⁷² Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, *El concepto de peligro*, 2008 (inédito), pp. 39, 48, con las referencias respectivas.

¹⁰⁷³ Sobre estos conceptos, MOLINA FERNÁNDEZ, *ibidem* (inédito), pp. 7 y ss. Distingue entre posibilidad y probabilidad en su monografía sobre los delitos de peligro, BAIGÚN, *Los delitos de peligro*, 2007, pp. 8 y ss. La dogmática penal también ha distinguido entre las tesis de la posibilidad y las tesis de la probabilidad en el concepto de dolo. Ya con esta distinción HAGEN, “Der Vorsatz”, *ZStW*, 1899, pp. 177 y ss. Por su parte, PÉREZ ECHEVERRÍA, *Psicología del razonamiento*, 1988, p. 21, señala que desde el punto de vista del uso lingüístico de estas expresiones, ordinariamente posibilidad y probabilidad suelen equipararse. No obstante, “la diferencia parece radicar en que lo ‘probable’ es aquello que ocurre tras unas condiciones o razones determinadas previas, mientras que lo posible alude sólo a la existencia ontológica”.

ocasiones¹⁰⁷⁴. Los hechos pueden ser o no ser, pero no basta saber que un hecho es posible, sino que es preciso, además, saber cuán posible es, es decir, cuál es su grado de posibilidad; pero, aunque un evento sea posible no significa que termine por acontecer necesariamente¹⁰⁷⁵. El grado de posibilidad viene determinado por la probabilidad¹⁰⁷⁶. Más aún, se puede definir el concepto de posibilidad en términos del concepto de probabilidad, a saber: x es posible si y sólo si la probabilidad de x es mayor que cero¹⁰⁷⁷. De hecho, es común que los autores asimilen estas palabras¹⁰⁷⁸, de manera que lo imposible suele identificarse con lo extremadamente improbable y lo altamente improbable con lo prácticamente imposible¹⁰⁷⁹. Por regla general, todos los valores son evaluados según las impresiones subjetivas, que usualmente se encuentran impregnadas de errores o sesgos cognitivos.

2.a. En el cálculo de probabilidades tres son los sesgos más comunes: el sesgo de sobre-confianza (*overconfidence bias*) o de ilusión de control, el sesgo del resultado (*outcome bias*) y el sesgo de

¹⁰⁷⁴ Advierte también que los términos *posible* y *probable* aparecen en el lenguaje ordinario de modo continuo en todas las personas, MOLINA FERNÁNDEZ, *El concepto de peligro*, 2008 (inédito), p. 6.

¹⁰⁷⁵ Sobre la idea que las probabilidades son sólo aproximadas, BOREL, *Las probabilidades y la vida*, 1971, pp. 48 y ss., *passim*.

¹⁰⁷⁵ Cfr. BUNGE, “Azar, probabilidad y ley”, *Diánoia*, 1969, p. 149. Aclara este autor que “no es verdad que todo lo que es posible terminará por ocurrir. En efecto, muchas posibilidades no se actualizan jamás”.

¹⁰⁷⁶ BUNGE sostiene que para precisar los grados de posibilidad es menester reemplazar la noción tosca de posibilidad por la precisa de probabilidad, así como el discurso impreciso de posibilidades por un cálculo de probabilidades. Cfr. BUNGE, “Azar, probabilidad y ley”, *Diánoia*, 1969, p. 151. Define probabilidad como el grado mayor o menor de producción de un acontecimiento, ESCRIVÁ GREGORI, *La puesta en peligro*, 1976, p. 26. Similarmente BAIGÚN, *Los delitos de peligro*, 2007, p. 10. Ya, VON LISZT, *Tratado de Dp*, 1927, v. II, p. 289, equiparaba la posibilidad inmediata a la probabilidad. El Italia, ROCCO, *L’oggetto del reato*, 1913, pp. 298 y ss., distinguía probabilidad de posibilidad. A su vez distingue dos tipos de probabilidad: elevada o baja / próxima o remota.

¹⁰⁷⁷ De este concepto, BUNGE, “Azar, probabilidad y ley”, *Diánoia*, 1969, p. 154. Para MOLINA FERNÁNDEZ, *El concepto de peligro*, 2008 (inédito), pp. 8-10, en el lenguaje de la calle suele identificarse probabilidad con una “posibilidad relevante”; esto significa, que generalmente se considera probable sólo aquello que tiene más posibilidades de suceder que de no suceder (matemáticamente, lo que supera el 50% de probabilidad). Pero, en el lenguaje científico, la probabilidad expresa la medida de la posibilidad, incluso mínima. De allí que, si probable equivaliera sólo a posibilidad relevante, sería una contradicción hablar de una probabilidad mínima. En consecuencia, es preferible sostener que probable es la medida de cualquier posibilidad, incluso de una muy remota (que no supera el 50%). La razón de esta elección se debe a que el peligro penalmente relevante no es sólo aquel cuya probabilidad supera el 50% sino cualquiera que supere lo permitido.

¹⁰⁷⁸ Señala BUNGE que es incorrecto identificar *probable* con *posible*, porque *probable* designa un concepto cuantitativo y *posible* uno cualitativo. BUNGE, *Diccionario de filosofía*, 2005 (3ª ed.), p. 171 (voz “probabilidad del conocimiento ordinario, noción de”). En la dogmática del dolo, también señala las diferencias entre posibilidad y probabilidad, SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, 2005, p. 155.

¹⁰⁷⁹ Por ejemplo, véanse en el orden de las fórmulas BUNGE, “Azar, probabilidad y ley”, *Diánoia*, 1969, p. 149; BOREL, *Las probabilidades y la vida*, 1971, p. 61.

reciencia o de la experiencia reciente (*recency bias*). Los dos primeros hacen referencia al empleo de nuestras creencias erróneas sobre el dominio o control de los cursos causales que emprendemos o a los cálculos tendenciosos de probabilidades según nuestros intereses sin base objetiva; el segundo hace referencia a la propensión que tenemos de decidirnos teniendo en cuenta el resultado que buscamos (el caso *Thyrén* explica la decisión del sujeto sobre la base de su intención y no sobre la base de sus conocimientos). Esta clase de sesgo también se presenta en los jueces cuando tienen que imputar un resultado. Si éste es lesivo, entonces, se imputa al sujeto la decisión en contra del bien jurídico. Sin embargo, un resultado lesivo no siempre significa que la decisión del sujeto haya sido a favor de la lesión del bien y viceversa. Finalmente, el sesgo de la experiencia reciente se configura desde nuestra tendencia a calcular según nuestras experiencias pasadas personales o ajenas temporalmente próximas o bien de considerable significancia. Las personas podemos llegar a exagerar consciente o inconscientemente las magnitudes del peligro, el valor de las probabilidades de que el acontecimiento se realice o se repita e, incluso, sus efectos catastróficos. Pero cuando, por el contrario, nosotros no hemos experimentado dicho acontecimiento de cerca, entonces tenemos la tendencia a menospreciar las probabilidades de que suceda, aunque estas objetivamente sean de seria consideración¹⁰⁸⁰. Hay que tener en cuenta, en cualquier caso, que las personas pensamos en las probabilidades en términos de valor cualitativo (alta, media o baja) y focalizamos antes en las consecuencias y resultados que en el nivel de riesgo que asumimos. Por regla general, esperamos que concurren los resultados más probables¹⁰⁸¹. Por el contrario, sólo los científicos calculan los sucesos sobre la base de un valor numérico (porcentajes como 80%, o fracciones como 1/200)¹⁰⁸². En esta línea, PUPPE cuestiona a los críticos de la teoría de la probabilidad, alegando que en el lenguaje cotidiano las personas nos conducimos empleando una serie de expresiones que asignan cantidad sin referirse a un número o porcentaje, como la palabra “montón”¹⁰⁸³.

3. Las fórmulas probabilísticas pueden interpretarse de diversas maneras, es decir, los cálculos de probabilidades admiten diferentes lecturas. No obstante, prácticamente todas ellas asumen que los cálculos se realizan en condiciones de conocimiento parcial de la realidad, una mezcla entre conocimiento e ignorancia. A grandes rasgos existen dos grupos de interpretaciones: la objetivista y la subjetivista¹⁰⁸⁴. Las *interpretaciones objetivistas* sostienen que la probabilidad de un acontecimiento es una propiedad objetiva del mismo, al ser inherente a las cosas y no a nuestra forma de percibirlas o representárnoslas. Por ello,

¹⁰⁸⁰ También sobre esto BOREL, *Las probabilidades y la vida*, 1971, p. 46.

¹⁰⁸¹ Cfr. KOSKO, *Pensamiento borroso*, 1995, p. 58.

¹⁰⁸² Cuando el mismo MIR PUIG, *Dp, Pg*, 2011 (9ª ed.), p. 274, critica a la teoría de la probabilidad, destaca que “es imposible cuantificar los porcentajes de posibilidades y, aunque fuese posible, no existe ninguna razón para elegir una cifra –el 20% o el 30% (...)– como frontera de dolo y culpa consciente”.

¹⁰⁸³ Cfr. PUPPE, “§ 15”, en *NK*, 2013 (4ª ed.), nms. 1-5, pp. 596-598, *passim*.

¹⁰⁸⁴ Sobre estas interpretaciones, consúltese BUNGE, “Azar, probabilidad y ley”, *Diánoia*, 1969, pp. 152 y ss. Con más extensión sobre las diferentes teorías de la probabilidad (la clásica, la lógica, la objetiva y la subjetiva), MOLINA FERNÁNDEZ, *El concepto de peligro*, 2008 (inédito), pp. 38 y ss.

esta probabilidad objetiva no está en absoluto relacionada con la incertidumbre o la firmeza de nuestras creencias¹⁰⁸⁵. Existen dos variantes de esta corriente objetiva de la probabilidad, la llamada teoría frecuencial¹⁰⁸⁶ y la teoría de la propensión o tendencia¹⁰⁸⁷. Por el contrario, las *interpretaciones subjetivistas* sostienen que en todas las interpretaciones interviene un sujeto¹⁰⁸⁸, por eso también se la denomina teoría personal. Consideran la probabilidad como un grado de creencia, pero no impersonal o abstracta (racional según el grado de corroboración lógica), sino referida a un sujeto singular que actúa en condiciones de incertidumbre¹⁰⁸⁹. A su vez, la probabilidad subjetiva puede basarse en una interpretación estadística¹⁰⁹⁰, en una interpretación de la probabilidad como verosimilitud de una hipótesis, o bien en la interpretación de la probabilidad como grado de creencia subjetiva (que sería la probabilidad como reflejo del grado de firmeza que asignamos a una creencia, independientemente de los hechos¹⁰⁹¹). Ante estos dos extremos, un modelo integrador contemplaría las dos dimensiones de la probabilidad: por un lado, la creencia en el grado de probabilidad (aspecto subjetivo) y, por el otro, la probabilidad propiamente dicha (aspecto objetivo).

4. Ciertamente, no puede asumirse ni una interpretación basada únicamente en los datos de la naturaleza de los fenómenos, así como tampoco sobre la exclusiva base de los cálculos de un sujeto. Habrá que tener en cuenta que los juicios de probabilidad epistemológicos tienen

¹⁰⁸⁵ La “probabilidad objetiva” es la propiedad de las cosas de determinadas clases, como los átomos y las moléculas. Sinónimos: azar o propensión estocástica. Cfr. BUNGE, *Diccionario de filosofía*, 2005 (3ª ed.), p. 170 (voz “probabilidad objetiva”). Sobre esta teoría, MOLINA FERNÁNDEZ, *ibidem* (inédito), pp. 57 y ss. Explica este autor que esta teoría eleva la probabilidad a un concepto científico del mismo rango que cualquier otra magnitud de las ciencias físicas (masa, temperatura, etc.).

¹⁰⁸⁶ Sobre esta teoría MOLINA FERNÁNDEZ, *ibidem* (inédito), pp. 58 y ss.

¹⁰⁸⁷ Esta teoría enseña que el grado de una probabilidad es la medida de la tendencia o propensión que tiene el suceso de ocurrir, es decir, como potencia inherente al suceso. Sobre esta teoría MOLINA FERNÁNDEZ, *ibidem* (inédito), pp. 71 y ss.

¹⁰⁸⁸ La “probabilidad subjetiva” es una medida del grado de creencia en, o de credibilidad de, una proposición (por cuanto su sinónimo es la credibilidad). Cfr. BUNGE, *Diccionario de filosofía*, 2005 (3ª ed.), pp. 170-171 (voz “probabilidad subjetiva”). Sobre esta teoría MOLINA FERNÁNDEZ, *ibidem* (inédito), pp. 55 y ss.

¹⁰⁸⁹ Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, *ibidem* (inédito), p. 56.

¹⁰⁹⁰ La mal llamada “probabilidad estadística” es el nombre que le dieron los filósofos positivistas a la frecuencia a largo plazo de los acontecimientos de una clase. La expresión está desencaminada porque toda probabilidad es la propiedad de un estado o acontecimiento individual, mientras que la frecuencia es una propiedad colectiva de una colección de secuencias de estados o acontecimientos. Cfr. BUNGE, *Diccionario de filosofía*, 2005 (3ª ed.), p. 170 (voz “probabilidad estadística”).

¹⁰⁹¹ Como el bayesiano que es el pensamiento que defiende la interpretación subjetiva de la probabilidad como credibilidad o grado de certeza. Cfr. BUNGE, *Diccionario de filosofía*, 2005 (3ª ed.), p. 16 (voz “bayesianismo”).

como base las leyes causales hasta el momento conocidas, de modo que el enfoque será un empírico-epistemológico, que se podría ilustrar desde la frase de LAPLACE de la teoría de la probabilidad: ésta no es más que sentido común reducida a un cálculo¹⁰⁹², esto es, entender la probabilidad en su modo entitativo (real). En consecuencia, no podemos descartar que el juicio de probabilidad haya de tener en cuenta ambos extremos¹⁰⁹³. En todo caso, en muchas ocasiones estos extremos pueden encontrarse completamente dissociados, y así la credibilidad que le asignamos a nuestros cálculos no siempre tiene que ver con las probabilidades objetivas. Con frecuencia las personas decidimos en situaciones de incertidumbre ante la falta de información exacta o completa, y de allí que un juicio de probabilidad exclusivamente subjetiva pueda resultar arbitrario si no busca fundarse en datos objetivos¹⁰⁹⁴. En efecto, una noción de probabilidad ajustada a estas ideas, sería la siguiente: “la probabilidad subjetiva es el *grado de creencia* que mantiene una persona sobre un acontecimiento. Se basa en la evaluación del acontecimiento realizada a partir del mejor uso de toda la información disponible por el sujeto y a partir de su propia habilidad”¹⁰⁹⁵. A pesar que la definición hace referencia a la probabilidad subjetiva, no hay que confundirla con la noción de probabilidad subjetiva anteriormente mencionada, ya que la definición de probabilidad subjetiva más arriba mencionada se corresponde con los filósofos de la probabilidad, a diferencia de la noción mencionada en este párrafo, que se corresponde con una definición de la investigación psicológica. En efecto, puesto que prácticamente todos los estudios psicológicos han tomado como base de la investigación los planteamientos del enfoque filosófico-objetivo, lo que en psicología se denomina probabilidad subjetiva no es más que la reducción del juicio del individuo asumido sobre la base criterios objetivos de probabilidad¹⁰⁹⁶.

¹⁰⁹² = “*la théorie des probabilités n’est, au fond, que le bon sens réduit au calcul*”. Cfr. LAPLACE, *Ensayo filosófico sobre las probabilidades*, 1985.

¹⁰⁹³ BUNGE sugiere que debemos cuidarnos de no mezclar las interpretaciones objetivistas con las subjetivistas, por cuanto corremos el riesgo de asignarle a la naturaleza inanimada estados mentales, como la certidumbre, o bien asignarle a nuestro juicio la propiedad de ser aleatorio. Cfr. BUNGE, “Azar, probabilidad y ley”, *Diánoia*, 1969, p. 153.

¹⁰⁹⁴ En el mismo sentido, advierte que las personas obramos sobre la base de conjeturas y con mayores o menores niveles de ignorancia, (caso contrario estaríamos destinados a la inactividad), FEIJOO SÁNCHEZ, “La teoría de la ignorancia deliberada”, *InDret Penal*, 2015, p. 5.

¹⁰⁹⁵ Cfr. DE FINETTI, “The true subjective probability problem”, en *The concept of probability*, 1974, p. 16: “*Subjective probability is one’s degree of belief in an outcome, based on an evaluation making the best use of all the information available to him and his own skill*”.

¹⁰⁹⁶ Cfr. PÉREZ ECHEVERRÍA, *Psicología del razonamiento*, 1988, p. 22.

5. Desde el punto de vista de la creencia en un grado de probabilidad, esta puede encontrarse basada tanto en la evidencia, ya sea factual o normativa (como el consejo de algún experto), como en la experiencia personal o ajena. Estas experiencias se basan en la dinámica de las leyes causales conocidas. Cuando decimos que es probable que si lanzamos una piedra desde un balcón hacia la vereda por la cual transitan algunos paseantes, aquélla dé en alguno de ellos, no hemos más que razonado sobre la base de lo que sabemos dentro de nuestras limitaciones, como la ley de gravedad (todo cuerpo tiende a caer). Si lanzo una piedra desde el balcón, ésta caerá, no subirá. Este es el concepto empírico-subjetivo de probabilidad que caracteriza en su mayoría a las teorías de la probabilidad del dolo: representación del autor de la probabilidad de la producción del resultado o de realización de la conducta típica basada en las leyes causales conocidas. En la teoría de la probabilidad, el centro de atención se encuentra en la conducta peligrosa que asume el sujeto, cuyo cálculo se basa no sólo en los conocimientos causales básicos, sino también en las circunstancias del caso y la relevancia del bien jurídico¹⁰⁹⁷. Por lo demás, también se considerará para medir la probabilidad de que un riesgo se concrete en un resultado, la idoneidad del riesgo para producir el resultado, teniendo en cuenta el bien jurídico en juego. Como los grados de probabilidad empíricos y los cálculos de probabilidad epistemológicos no siempre coinciden, el sujeto que conoce la idoneidad del riesgo seguramente podrá calcular con mayor certeza el grado de probabilidad de que algo suceda, que aquel otro que desconoce la idoneidad de dicho riesgo. Pongamos por caso lo siguiente: si el sujeto *A* sabe por medios propios que la pistola se encuentra cargada y funciona bien, podrá realizar un juicio de probabilidad bastante atinado si quiere con dicha arma lesionar a alguien desde una posición privilegiada; a diferencia del sujeto *B* que no sólo desconoce que la pistola está cargada y funciona bien, sino que además no se encuentra en una posición privilegiada. De *B* lo mucho que puede esperarse es que realice un cálculo de probabilidad menos atinado que el de *A* (aunque luego por razones de azar *B* termine produciendo el resultado y *A* fracase). De allí que el elemento cognitivo del dolo tenga como objeto un pronóstico o representación de algún grado de probabilidad de la realización del riesgo¹⁰⁹⁸.

¹⁰⁹⁷ Las teorías de la probabilidad tienen serios problemas para determinar los límites entre lo probable y lo improbable. Así, MIR PUIG, “Conocimiento y voluntad en el dolo”, en *Elementos subjetivos*, 1994, p. 25, señala que la teoría de la probabilidad no ofrece ningún criterio para determinar la frontera entre el dolo y la culpa; y MOLINA FERNÁNDEZ, “La cuadratura del dolo”, en *Homenaje al Dr. Rodríguez Mourullo*, 2005, la somete al callejón sin salida de la paradoja sorites.

¹⁰⁹⁸ A favor de una teoría de la probabilidad subjetiva (en la línea de WELZEL), SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, 2005, pp. 140-141. Este autor gradúa el dolo sobre la base de lo que él denomina la “auto-

6. Cuando el azar queda incluido en nuestro cálculo, habrá que diferenciar. Si hasta el hombre más razonable cuenta con el azar en su cálculo de probabilidades, lo que ha de considerarse a los efectos de la imputación no es el azar en sí, sino el juicio que el autor se haya hecho sobre él. Esto es lo que se denomina el *azar epistemológico*, que es el que se encuentra en el conocimiento humano, ya sea por pura ignorancia sobre determinadas leyes o por incapacidad de previsión de determinados sucesos¹⁰⁹⁹. Uno de los principios que rige en relación con el azar es el que los probabilistas denominan *principio de indiferencia* o de *razón insuficiente*, según el cual los sucesos fortuitos son probables por igual, en la medida en que no podamos saber acerca de ello, porque no tenemos ninguna razón suficiente para decir que alguno de los sucesos excluyentes entre sí deba esperarse con preferencia a alguno de los otros¹¹⁰⁰. En otras palabras, el principio de razón insuficiente reza que, si no tenemos fundamentos positivos para creer que un estado del mundo es más probable que otro, la lógica nos obliga a atribuirles iguales probabilidades a ellos¹¹⁰¹. Por lo demás, el ámbito en donde mejor se percibe la influencia del azar es en los delitos imprudentes¹¹⁰², porque el

atribución de *chances*”: “(...) en razón de la inseguridad que afecta básicamente al comportamiento y conocimiento humanos sobre la ‘verdad’ o ‘realidad’ de las circunstancias ya existentes en el momento de la decisión de acción, y la de los efectos *futuros* del actuar, entonces, es natural que todo comportamiento humano tenga que ser juzgado en el contexto de un determinado *grado de posibilidades de éxito*. El disvalor de la acción tendría que depender, así, de la entidad de las posibilidades que le atribuya el autor a su plan de acción”. No obstante, SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, 2005, p. 153, no deja de contemplar del todo una base objetiva a las representaciones del autor. De hecho él mismo señala de modo expreso: “el juicio de disvalor sobre la acción, sobre la decisión de voluntad (juicio de valor secundario), se fundamenta siempre, y necesariamente, en el previo juicio de valor sobre la situación de hecho objetiva (juicio de valor primario), que el autor *asume en su plan de acción*”, por ejemplo, como “las posibilidades de matar a otro”. En efecto, poniendo un caso hipotético, si las probabilidades objetivas de acertar al blanco por parte de *B* y *C* fueran mayores que las que posee *A* (que obra con intención) y estos grados de probabilidad fueran asumidos en el plan de cada uno de los autores, lo que se desvaloraría sería el riesgo objetivo asumido por el autor subjetivamente. De allí que, si las armas de *B* y *C* estuvieran descargadas (sin que ellos lo sepan) “sus respectivos dolos (eventuales) de matar, no disminuirían en gravedad: permanecerían (aun como dolos inidóneos) como más graves que el dolo directo (idóneo) de la acción de *A*”.

¹⁰⁹⁹ A diferencia de lo que se denomina el *azar ontológico*, que forma parte del ser. Aunque existan sucesos explicables por medio de leyes, existen otros sucesos que escapan y no dependen del conocimiento y se encuentran sometidos a procesos espontáneos y aleatorios.

¹¹⁰⁰ El principio se debe a JACOB BERNOULLI, citado en BUNGE, *La causalidad*, 1997, pp. 331 y ss. En todo caso, el principio de indiferencia es sólo una hipótesis que ha de ser confirmada o refutada *a posteriori*.

¹¹⁰¹ Cfr. ELSTER, *La explicación del comportamiento social*, 2010, p. 86.

¹¹⁰² Esta cuestión fue advertida por MAYER (Hellmuth), “Folgenschwere Unmäßigkeit”, *ZStW*, 1940, p. 324. Para este autor la pregunta clave consistía en la siguiente: ¿acaso no estaremos castigando no al descuido como tal, sino en verdad al que en su descuido tuvo mala suerte? También afirman la incidencia del azar en el delito culposo, WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 1969 (11ª ed.), § 18, pp. 135-136 [1970, p. 193]; KAUFMAN (Armin), “Das fahrlässige Delikt”, *ZR*, 1964; EXNER, *Das Wesen der Fahrlässigkeit*, 1910, p. 83; RADBRUCH, *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrecht*, 1905, pp. 185-203 (pp. 201-202, nota al pie 2), quien llamó a la imprudencia una “vergonzante responsabilidad por el azar”; pp. 41 y ss.

hecho de que de una conducta imprudente se derive un resultado muchas veces no depende realmente de la conducta descuidada del sujeto en sí, sino del factor azar¹¹⁰³. Para algunos autores este podría ser un argumento para la menor pena de la imprudencia¹¹⁰⁴, pero si esto se concibe, igual solución habría que dar para el dolo. En consecuencia, no es más imprudente una acción porque produzca un resultado, así como es irracional la idea de que si no hay resultado entonces la conducta no era tan grave¹¹⁰⁵. Tampoco se puede sostener que el sujeto no tuvo nada que ver con la acción imprudente cuando ésta no se plasmó en un resultado¹¹⁰⁶.

II.II.4. CLASES DE CONOCIMIENTO Y ERROR

1. En el *Capítulo Primero* se ha propuesto una definición muy genérica de conocimiento típico, como el *conocimiento del significado de nocividad social de la conducta que se realiza*. Con los datos ahora obtenidos sobre los juicios de certeza y de probabilidad se podrá enriquecer su clasificación. Téngase en cuenta que la doctrina actual emplea hace mucho tiempo una división dolo y la imprudencia, que según el enfoque que se le otorgue, se completa con diferentes contenidos las diferentes modalidades: dolo directo de primer grado, dolo directo de segundo grado, dolo eventual, imprudencia consciente e imprudencia inconsciente¹¹⁰⁷.

¹¹⁰³ Algunos autores caen en el extremo de afirmar que “el resultado de una acción es siempre casual” (*Produkt des Zufalls*), lo que me parece demasiado. Así, ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgswert*, 1973, pp. 128 y ss., 135 y ss., 168 y ss., 185 y ss., 308-309.

¹¹⁰⁴ Cfr. CEREZO MIR, “El concepto de la acción finalista”, *ADPCP*, 1959, p. 569; QUINTANO RIPOLLÉS, “Culpa e imprudencia”, *ADPCP*, 1954, p. 70.

¹¹⁰⁵ Similarmente WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 1969 (11ª ed.), § 18, p. 136 [1970, p. 193].

¹¹⁰⁶ De hecho, KAUFMAN (Armin), “Das fahrlässige Delikt”, *ZR*, 1964, pp. 44-45, 55, había advertido el problema político-criminal que significaría admitir el castigo de la mera infracción de un deber de cuidado sin resultado.

¹¹⁰⁷ En el sistema angloamericano la *mens rea* es el elemento subjetivo de la ofensa (*offense*), esto es, el estado mental culpable (*culpable state of mind* o *mental state*) requerido por el tipo penal, que se clasifica de un modo similar al sistema continental. Según el *Model Penal Code* norteamericano, junto a la mayor parte de los códigos estatales, y las leyes inglesas, las clases de *mens rea* son: la *intention*, el *knowledge*, la *recklessness* y la *negligence*. Excepcionalmente, algunos códigos incorporan otras variantes subjetivas como equivalentes a alguna de las cuatro básicas: así, por ejemplo la *belief* y la *wilfull blindness* que se equiparan al *knowledge*. Sobre esta clasificación, véase SILVERMAN, “Subjective Aspects of the Offense in USA”, *National Criminal Law*, 2008, pp. 492 y ss.; DUBBER, *Criminal law*, 2002, pp. 46 y ss. Un sector de la doctrina inglesa más tradicional emplea la siguiente clasificación: *intention*, *recklessness* e *inadvertent negligence*. Véase WILLIAMS,

2. La clasificación del conocimiento típico se construye teniendo en cuenta sus dos dimensiones: una interna que hace referencia a ciertos aspectos de la fenomenología psicológica del sujeto (dimensión mental) y otra externa que hace alusión a los elementos esenciales del tipo penal desde cánones probabilísticos y de desvalor social de la conducta (dimensión proposicional). En este trabajo, estas dos dimensiones conjuntamente se tendrán en cuenta a los fines de la clasificación del conocimiento típico. En un primer momento, una clasificación genérica básica conduce a distinguir entre el conocimiento consciente y el coconsciente. En un segundo momento una clasificación más específica lleva a distinguir desde un nivel exclusivamente subjetivo entre el conocimiento cierto, conocimiento incierto y desconocimiento. Mientras que el conocimiento cierto se identifica con una certeza en términos de *seguridad*, el conocimiento incierto se identifica con una incerteza en términos de *duda* y, finalmente, el desconocimiento se identifica con el *error* o la *ignorancia*¹¹⁰⁸. En un tercer momento, desde una dimensión exclusivamente objetiva, se distinguen los dos extremos del contenido de la proposición: la *posibilidad* y la *imposibilidad* de la realización del riesgo. Respecto del extremo de la posibilidad de la existencia o realización del riesgo pueden incluirse los grados de *probabilidad* de esta posibilidad, los cuales serían: posibilidad muy probable (alta probabilidad), posibilidad probable (probabilidad) y posibilidad improbable (baja probabilidad, remota probabilidad). Y respecto del extremo de la imposibilidad cabe hablar en términos de improbabilidad (o imposibilidad altamente probable). A la proposición de las probabilidades le ha de acompañar la valoración social de la conducta que el sujeto emprende.

3. En la graduación no incluyo ninguno de los dos extremos del conocimiento y el desconocimiento plenos. Esto es así, por cuanto hay que asumir como una premisa natural que las personas (aun las más dotadas de conocimiento) no poseen un conocimiento pleno,

The mental Element in Crime, 1965, p. 20. Otros modelos de la gradualidad de la responsabilidad subjetiva en BACIGAL, *Criminal law*, 2009, pp. 26-28; MICHAELS, "Acceptance: the missing mental state", *SCLR*, 1998, pp. 953-1035; SIMONS, "Rethinking mental states", *BULR*, 1992, pp. 463-554. Una propuesta unificadora de la responsabilidad subjetiva en ALEXANDER, "Insufficient concern", *CLR*, 2000, pp. 931-954. Una visión comparativa entre el sistema de la imputación subjetiva inglés y continental en BERNAL DEL CASTILLO, *Derecho penal comparado*, 2001; PIÑA ROCHEFORT, Juan-Ignacio (2002), *La estructura de la teoría del delito en el ámbito jurídico del common law*.

¹¹⁰⁸ Esta primera división entre *conocimiento seguro* y *conocimiento dudoso* se inspira en el binomio *conocimiento seguro* y *conocimiento eventual* empleado por SILVA SÁNCHEZ en un artículo sobre el conocimiento eventual de la antijuridicidad. Este autor se refiere al conocimiento seguro como contrapunto del conocimiento eventual. Véase SILVA SÁNCHEZ, "Observaciones sobre el conocimiento eventual de la antijuridicidad", *ADPCP*, 1987, pp. 648-649, *passim*.

acabado y absoluto de las cosas sino, a lo sumo, un conocimiento imperfecto, rayano con lo pleno. Asimismo, en contrapartida, hay que asumir también como una premisa natural que las personas (aun las más carentes de conocimiento) no poseen una ignorancia absoluta (nesciencia), completa de las cosas, sino a lo sumo poseen un resabio de conocimiento. La premisa natural de nuestros conocimientos limitados se explica en filosofía a través de los llamados teoremas de la imposibilidad, que ponen límites a lo que las personas podemos hacer o saber¹¹⁰⁹. Estos teoremas, enseña MOSTERÍN, no nos dicen cómo son las cosas, sino simple y genéricamente, cómo no pueden ser¹¹¹⁰.

II.II.4.a. Propuesta de clasificación (o graduación) de las modalidades subjetivas

1. Hemos visto que producto de la gradualidad, de la continuidad de la estructura subjetiva en conjunto, se origina entre las zonas fronterizas de cada una de las categorías un inevitable problema de delimitación, que suele traducirse en casos de superposición de las categorías subjetivas. La clasificación ofrecida no está pensada desde la perspectiva de la imputación, de modo que no distingue entre imputación ordinaria y extraordinaria, sino sólo en los términos de la dimensión cognitiva¹¹¹¹, aunque su finalidad es que revele la necesidad de castigar de modo diferenciado las distintas categorías¹¹¹². No todas las clasificaciones del elemento subjetivo cuentan con un continuo natural entre las partes integrantes de la escala, sino también existen clasificaciones basadas en un continuo artificial, sobre todo las más normativizadas. Así, hay elementos mentales que se equiparan sólo valorativamente a otros elementos, pero no forman parte del continuo. Por ejemplo, para los autores que conciben la ceguera deliberada como una clase de dolo basada en la indiferencia del sujeto, la misma no forma parte de la clasificación natural, sino como un

¹¹⁰⁹ Cfr. MOSTERÍN, “Límites del conocimiento”, en *La filosofía hoy*, 2000, p. 268.

¹¹¹⁰ Cfr. MOSTERÍN, “Límites del conocimiento”, en *La filosofía hoy*, 2000, pp. 268, 277.

¹¹¹¹ Ofrece la siguiente clasificación: *Absicht (animus), Eventualabsicht, Wollen des Unmöglichen y Wissentlichkeit*, STUCKENBERG, *Vorstudien zu Vorsatz*, 2007, p. 312. Una clasificación similar en SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, 2005, pp. 136, 208, quien propone un concepto unitario-gradual-intelectual de dolo, que va desde la “posibilidad no despreciable (desde el punto de vista de la imputación objetiva)” hasta la “certeza de la conciencia segura”: cuanto más conciencia segura hay más desvalor de acción hay. Igualmente SILVA SÁNCHEZ, “Sobre los movimientos ‘impulsivos’ y el concepto jurídico-penal de acción”, *ADPCP*, 1991, p. 20, defiende que el elemento cognoscitivo muestra diversos niveles de intensidad lo que permite su graduación.

¹¹¹² Igualmente SILVA SÁNCHEZ, “Sobre los movimientos ‘impulsivos’ y el concepto jurídico-penal de acción”, *ADPCP*, 1991, p. 20, defiende que el elemento cognoscitivo muestra diversos niveles de intensidad. En otro artículo, más reciente, “La teoría de la determinación de la pena”, *InDret Penal*, 2007, pp. 13 y ss., propone considerar las clases de dolo en la individualización judicial de la pena.

equivalente valorativo junto al dolo. No se trata de una clase de dolo, sino de una forma de entender la indiferencia en términos de dolo¹¹¹³. Se construyen en cambio como una escala natural todas aquellas clasificaciones que asumen la tarea desde el conocimiento hacia el desconocimiento, pasando por la creencia errónea¹¹¹⁴. En la propuesta aquí ofrecida el conocimiento consciente y el conocimiento coconsciente no forman parte de la clasificación, sino que son la plataforma natural desde la cual se construye la graduación. El común denominador de todos los estados mentales es el conocimiento¹¹¹⁵ (*knowledge*)¹¹¹⁶ (ya sea que concurra en el momento del hecho como en un momento previo), dejando fuera de consideración la imprudencia inconsciente o inadvertencia (*negligence*), que se encuentra subjetivamente fuera de esta cadena. Con ello, no es que la imprudencia no forme parte natural del continuo, sino que no forma parte de lo que del continuo se entiende como penalmente relevante. Por otro lado, la clasificación sólo tiene un sentido completo en la medida en que a cada uno de los niveles, de los grados de probabilidad¹¹¹⁷, se lo interprete con su correspondiente contenido de dañosidad social, que va ínsito en los tipos de conocimiento y error. Por esta razón, los ejemplos de error de tipo al revés y de ceguera provocada aunque sean psicológicamente supuestos de creencia errónea concreta son

¹¹¹³ Así también en el sistema angloamericano, el *constructive knowledge* y el *actual knowledge*, o la *wilfull blindness*, no forman parte de la natural clasificación.

¹¹¹⁴ En el sistema angloamericano la clasificación natural se extiende desde la *intention* a la *negligence*, pasando por el *knowledge* y la *recklessness*. Así, lo regulan la mayoría de los Códigos penales norteamericanos y el *MPC*. Sobre esto, DUBBER, *Criminal law*, 2002, pp. 46 y ss. SIMONS, “Rethinking Mental States”, *BULR*, 1992, p. 465, señala que la jerarquía convencional en orden descendiente: *purpose*, *knowledge*, *belief*, *recklessness*, quedan comprendidas entre las categorías “más graves”; mientras que la *negligence* y la *strict liability*, quedan como las “menos graves”. Un sector de la doctrina inglesa más tradicional emplea la siguiente clasificación: *intention*, *recklessness* e *inadvertent negligence*. Así, WILLIAMS, *The mental element*, 1965, p. 20.

¹¹¹⁵ En palabras más apropiadas, un planteamiento cognitivista del elemento subjetivo del tipo nos lleva a distinguir entre los posibles grados de conocimiento hasta llegar al error. Pero queda por determinar a partir de dónde comienza el conocimiento necesario para el dolo, y a partir de dónde se inicia la creencia necesaria para el error. Si intentamos unir el conocimiento con el error podemos decir que a ambos actos mentales les subyace algún grado de creencia o de representación. Mientras que en el conocimiento la creencia reúne un criterio de verdad, en el error, tal criterio no se encuentra. A lo sumo, en el error podemos encontrar justificación (creencia racional), pero no verdad. Por el contrario, en el conocimiento siempre encontramos verdad.

¹¹¹⁶ En el sistema angloamericano SILVERMAN, “Subjective aspects of the offense in USA”, en *National criminal law*, 2008, pp. 494-495, destaca que el *purpose*, el *knowledge* y la *recklessness* reguladas en el *MPC* contienen una dimensión intelectual (*intellectual element*), llamada por los comentaristas del código como *mental attitude*; mientras que la modalidad del *purpose*, además, contiene una dimensión volitiva (*volitional element*).

¹¹¹⁷ También SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, 2005, p. 136, define la gravedad del dolo, no desde su carácter de directo o eventual, sino desde “el grado de probabilidad de daño representado por el autor”.

valorativamente casos de dolo, porque tanto en la primera modalidad como en la segunda, el sujeto posee un conocimiento –también en términos psicológicos-. En el error de tipo al revés junto al error fáctico concurre un conocimiento del peligro intersubjetivamente desvalorado, mientras que en la ceguera provocada el conocimiento concurre en un momento previo y es, por eso mismo, coconsciente en el momento de la realización del tipo penal.

2. Una última aclaración considero pertinente hacer en este punto, antes de comenzar con la propuesta de graduación. La clasificación tiene en cuenta los estados mentales proposicionales. Su nomenclatura (conocimiento, desconocimiento) y su contenido (psicológico) me permiten trazar las formas subjetivas desde sus mismos nombres, porque el estado mental hace referencia tanto al continente como al contenido. Evidentemente, sólo el conocimiento puede referirse además de a su continente, a su contenido, pero, el desconocimiento carece de contenido. De hecho, esto último ha llevado a algunos autores angloamericanos a hablar de “vacío cognitivo” también como un estado mental propio de la *mens rea*¹¹¹⁸. Por este motivo, y adelantando una idea sólo con fines aclaratorios en este punto, he preferido denominar a la conocida ignorancia deliberada como ceguera provocada, porque desde ésta se puede evocar el conocimiento coconsciente que el sujeto posee y que es suficiente para la imputación dolosa. Esquemáticamente las fórmulas que empleo como títulos cognitivos se equiparan a las siguientes fórmulas tradicionales:

<p>conocimiento cierto conocimiento incierto creencia errónea evitable ceguera provocada</p>	<p>dolo directo de 1º y 2º dolo eventual imprudencia consciente/inconsciente ignorancia deliberada</p>
---	---

2.a. Los conceptos tradicionales de dolo y de imprudencia, con sus diferentes variantes, resultan, dadas algunas nuevas fenomenologías criminales, insuficientes hoy en día como títulos subjetivos de imputación¹¹¹⁹. Es decir, desde sus estructuras no se puede dar respuesta a una serie de casos que

¹¹¹⁸ Esta nomenclatura propuesta para dar explicación a los supuestos de ignorancia deliberada no olvida que a *todo* desconocimiento subyace *algún* conocimiento. Sobre la *cognitive void*, véase BEN-DAVID, “Cognitive void in relation to attendant circumstances as subjective *mens rea*”, *NCLR*, 2015, pp. 418 y ss.

¹¹¹⁹ Lo advirtieron en relación con la figura de la ignorancia deliberada FEIJOO SÁNCHEZ, “La teoría de la ignorancia deliberada”, *InDret Penal*, 2015, p. 3; RAGUÉS I VALLÈS, *La ignorancia deliberada*, 2007, *passim*. En la jurisprudencia, la STS 16/03/2012 (Marchena Gómez). En verdad, y tal como los mismos autores señalados lo manifiestan, detrás de todo esto se encuentra el verdadero problema: la modelo de imputación subjetiva actual se encuentra algo desactualizada.

parecen cuadrar algunas veces dentro del dolo y otras dentro de la imprudencia, pero que no se corresponden con ningún título en especial. Ya sea por una intuición de justicia, o de similar parecido con las figuras existentes, se dan casos en donde el sujeto asume una postura subjetiva que no puede identificarse cien por cien con las figuras subjetivas conocidas. Lo mismo sucedió, históricamente, con el dolo eventual respecto de la intención¹¹²⁰. Surgen por ello actualmente teorías como la de la ignorancia deliberada que intentan dar respuesta tópica a los casos de desconocimiento provocado.

3. Gráficamente, propongo la siguiente clasificación:

conocimiento cierto

- (1) de la alta probabilidad de producción del resultado¹¹²¹
- (2) de la probabilidad de producción del resultado
- (3) de la baja probabilidad de producción del resultado
- (4) de la remota probabilidad de producción del resultado¹¹²²
- (5) de la improbabilidad de producción del resultado¹¹²³

conocimiento incierto

- (1) de la alta probabilidad de producción del resultado
- (2) de la probabilidad de producción del resultado
- (3) de la baja probabilidad de producción del resultado
- (4) de la remota probabilidad de producción del resultado
- (5) de la improbabilidad de producción del resultado

creencia errónea (vencible)

- (1) sobre la alta probabilidad de producción del resultado (junto a una baja probabilidad objetiva o improbabilidad)¹¹²⁴

¹¹²⁰ La figura del dolo eventual ha surgido para dar respuesta a aquellas situaciones en donde se evidenciaba la ausencia del intención del autor, pero que, por su gravedad, merecían la pena del dolo.

¹¹²¹ De estos casos cabe esperar que el sujeto tenga éxito en la producción del resultado (ya sea de lesión o de puesta en peligro). Ciertamente, también cabe que el sujeto no tenga éxito y el hecho quede en grado de tentativa.

¹¹²² De estos casos cabe esperar poco éxito, en donde el resultado -si se produce- lo será con ayuda del azar (como en *Thyrén*), o bien, directamente, esperar el no éxito del comportamiento.

¹¹²³ De estos casos cabe esperar el no suceso del hecho, fenómeno que BOREL (citado más adelante) explica desde la “ley única del azar” (azarosidad imprevisible).

¹¹²⁴ El exceso subjetivo no empece a la dosis de conocimiento que es necesaria para el dolo, puesto que el sujeto que sobredimensiona la magnitud de riesgo peca de exceso, pero posee el conocimiento sobre el riesgo necesario para la realización del tipo penal. Estas formas de creencias erróneas responden a la estructura de la

- (2) sobre la probabilidad de producción del resultado:
- (3) sobre la baja probabilidad de producción del resultado (junto a una alta probabilidad objetiva o una improbabilidad)¹¹²⁵
- (4) sobre la remota probabilidad de producción del resultado
- (5) sobre la improbabilidad de producción del resultado (junto a una alta probabilidad objetiva)¹¹²⁶
- (6) sobre la improbabilidad de producción del resultado (junto a una baja probabilidad objetiva)¹¹²⁷

II.II.4.a.i. Conocimiento consciente y coconsciente

1. En el *Capítulo Primero* habíamos visto que sólo se puede ser consciente de algo que se conoce (como verdad o como falsedad), y que la consciencia contaba con dos niveles: el central (o actual) y el periférico (o sobreactual). Esto ya deja en evidencia que el conocimiento y la consciencia son dos fenómenos distintos, aunque relacionados¹¹²⁸. El conocimiento coconsciente es un conocimiento que se encuentra en la periferia de la consciencia es, por ello, un conocimiento consciente en sentido amplio (que permanece en reposo y desintegrado respecto de otros conocimientos, pero que está fácilmente disponible para el sujeto), que debe distinguirse del conocimiento potencial, que es sólo posibilidad de conocimiento. El conocimiento potencial, como aquello capaz de adquirirse, no reside aún en el espectro mental del sujeto, sino que puede ser adquirido por medio de la experiencia,

tentativa idónea aparente del tipo que se pretende realizar o tentativa idónea de un tipo subsidiario o menor. Por ejemplo, respecto de esta última, el sujeto que atribuye capacidad mortal a un cutter de uso escolar supone erróneamente una alta probabilidad frente a la baja o nula probabilidad objetiva. Respecto de estos casos cabe esperar el no éxito del tipo penal que se pretende realizar, pero sí la realización de un tipo penal subsidiario (por ejemplo, lesiones en vez de muerte).

¹¹²⁵ Estos supuestos son de defecto subjetivo, dando lugar a un error de tipo vencible, del cual se puede esperar la realización del resultado (por ejemplo, tener la creencia que con una sola puñalada en el bajo vientre no se da muerte, si no que es necesario asestar entre tres y cuatro puñaladas). Para los casos de improbabilidad se daría un exceso subjetivo en exceso. Caben aquí tanto los casos de tentativa idónea aparente como de tentativa irreal, de las cuales se espera el no éxito del hecho.

¹¹²⁶ Estos casos son de defecto subjetivo en exceso, que se conocen como errores de tipo burdos o toscos. De estos casos se espera el éxito.

¹¹²⁷ Estos casos son de creencias erróneas en su modalidad de error de tipo invencible, de los cuales cabe esperar, aunque en grado mínimo, el éxito del hecho.

¹¹²⁸ Podemos decir que son dos fenómenos distintos en sentido estricto, pero, en sentido amplio el conocimiento puede equipararse a la consciencia. Para que ello sea posible hay que apelar al concepto de conocimiento dinámico (conocimiento como acto mental). Sería, entonces, el conocimiento dinámico la consciencia (y viceversa) y no, en cambio, el conocimiento estático (que sería su objeto).

el razonamiento o la intuición. La posibilidad de conocimiento¹¹²⁹, también llamada cognoscibilidad (*Erkennbarkeit*), cuando depende del sujeto es entendida como la capacidad de conocer basada en un deber o incumbencia (el deber de conocer o incumbencia cualificada de conocer será aquél que pesa sobre determinados profesionales y la mera incumbencia de conocer será la que acompañe al sujeto en una situación de potencialidad lesiva¹¹³⁰). Por el contrario, el conocimiento coconsciente o sobreactual es el que trasciende al conocimiento actual pero que, por encontrarse en la coconsciencia, es un conocimiento que el sujeto posee, cuenta con él en su estructura mental. Así pues, mientras que el conocimiento potencial no se encuentra en ningún lugar de la consciencia del sujeto (ni en el centro ni en la periferia), aunque sí *en* sus habilidades de adquisición¹¹³¹, el conocimiento sobreactual o coconsciente sí se encuentra en la zona marginal de la consciencia. Todas estas aclaraciones son necesarias para la teoría del dolo, como lo veremos en los capítulos pertinentes.

2. En los escritos sobre el dolo es común encontrar el uso indistinto de los conceptos de consciencia y conocimiento. Suelen emplearse como sinónimos el conocimiento actual y la consciencia actual, o el conocimiento potencial y la consciencia potencial¹¹³², así como el conocimiento potencial y la coconsciencia¹¹³³. Pero, todas estas expresiones que de modo general pueden hacer referencia a lo mismo, terminan por confundirse cuando se introduce la coconsciencia y cuando aludimos al conocimiento del tipo y al conocimiento de la antijuridicidad¹¹³⁴. Mayoritariamente, la doctrina se encuentra de acuerdo en los requisitos

¹¹²⁹ Así, también el “tener por posible” del dolo eventual no ha de confundirse con la “posibilidad de conocer”, puesto que el “tener por posible” se contrapone al “saber seguro” y éstas son dos formas conscientes de conocer, a diferencia de la mera “posibilidad de conocer”. Con estas palabras SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2003 (2ª ed.), p. 44, nota al pie 226. Sobre el conocimiento potencial en la imprudencia, PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 336; JAKOBS, *Dp, Pg*, 1997 (2ª ed.), pp. 317, 312 y ss. (para el dolo no basta el conocimiento potencial, excepto en los casos de ceguera ante los hechos que este autor incluye como un caso de conocimiento potencial).

¹¹³⁰ Dando el primero lugar al dolo y el segundo a la imprudencia, con los matices pertinentes, tal como lo desarrollo en el *Capítulo Quinto*.

¹¹³¹ Más adelante aclaro el uso de la preposición de lugar *en*.

¹¹³² Se refieren a lo mismo, pero bajo la expresión conocimiento potencial (*potentielle Kenntnis*), WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 1969 (11ª ed.), § 13, pp. 64-65 [1970, pp. 95-96]; y consciencia potencial (*potentielle Bewusstseins*), ROXIN, *StrafR, AT*, 2006 (4ª ed.), § 12, nms. 122 y ss., pp. 497 y ss. [1997, pp. 471 y ss.].

¹¹³³ Con mayor frecuencia en relación con la teoría del conocimiento de la antijuridicidad. Sobre este tema, véase FELIP I SABORIT, *Error iuris*, 2000.

¹¹³⁴ La mayoría de la doctrina entiende que respecto del conocimiento del tipo y del conocimiento de la prohibición no se exige lo mismo. Para la doctrina mayoritaria el dolo requiere una consciencia actual de los elementos del tipo, esto es, en el mismo momento de realizar el hecho, mientras que el conocimiento de la

máximos, pero no en los mínimos, del elemento intelectual del dolo. Se entiende que para el dolo no es necesario un conocimiento de una consciencia reflexiva (reflejada) o expresada, sino que basta un conocimiento de una coconsciencia o consciencia al margen¹¹³⁵ pero, en cualquier caso, un conocimiento actual, no meramente potencial¹¹³⁶. La coconsciencia se aplica en mayor medida cuando se refieren a las circunstancias acompañantes de la conducta típica y, aunque no existe demasiado desacuerdo en este punto, la doctrina difiere en el momento de poner en práctica la teoría de la coconsciencia. Entre los autores que comparten la teoría de la coconsciencia como suficiente para el dolo hay que distinguir aquellos que lo hacen en la línea empírico-psicológica iniciada por PLATZGUMMER¹¹³⁷ y SCHMIDHÄUSER¹¹³⁸, de aquellos que la reconocen sólo en relación con algunas circunstancias del tipo penal y sobre la base de correctivos normativos. Así, por ejemplo, en

antijuridicidad se satisface con un conocimiento no actual, o inactual, pero actualizable, también llamado conocimiento potencial o coconsciente. Sobre lo primero WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 1969 (11ª ed.), § 13, pp. 64-65 [1970, pp. 95-96]. Sobre lo segundo, fue MEZGER quien introdujo una corrección normativa a la teoría estricta del dolo. Este autor sostiene una teoría limitada del dolo desde el mismo momento en que considera que la conciencia de la antijuridicidad del dolo puede ser actualizable y aproximada (y que no necesita ser actual ni precisa). Cfr. MEZGER, “Rechtsirrtum und Rechtsblindheit”, en *FS für Kohlrausch*, 1978 (reimp.), pp. 183 y ss. Sobre el conocimiento actual y potencial de la antijuridicidad, FELIP I SABORIT, *Error iuris*, 2000, pp. 153 y ss.

¹¹³⁵ Cfr. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 1969 (11ª ed.), § 13, p. 65 [1970, p. 96]. Actualmente EBERT, *Dp, Pg*, 2005, p. 68, a favor de un conocimiento coconsciente material-mental, lo que significa que no es necesario que el sujeto piense en el tipo de modo reflexivo en el momento de los hechos bajo un concepto, basta su representación gráfica o aproximada. Esto proviene de SCHMIDHÄUSER, “Über Aktualität und Potentialität des Unrechtsbewußtseins”, en *FS für Mayer*, 1966, pp. 317 y ss., 326 (que distinguía entre la coconsciencia material-mental y la coconsciencia lingüístico-mental). También ROXIN, *StrafR, AT*, 2006 (4ª ed.), § 12, nms. 122 y ss., pp. 497 y ss. [1997, pp. 471 y ss.], señala que una concepción tan racionalista que confunda el dolo con la reflexión (*Überlegung*) contradiría todos los conocimientos de la psicología, que enseña que la actuación de las personas no siempre está guiada de forma premeditada, sino también de forma instintiva y emocional. Sobre esto último, la monografía de SCHEWE, *Reflexbewegung, Handlung, Vorsatz*, 1972, pp. 85 y ss. Actualmente, los avances en psicología cognitiva revelan la importancia de los sesgos cognitivos y heurísticas en nuestros procesos mentales; cuestión sobre la que me ocupo más adelante.

¹¹³⁶ En este trabajo defenderé que, excepcionalmente, algunos supuestos de conocimiento potencial pueden generar una imputación extraordinaria del dolo, a través de la infracción a deberes cualificados de conocer o de actualizar el conocimiento. Sobre este tema me remito al *Capítulo Quinto*, epígrafe *II.V.5.b.i. Imputación extraordinaria grave*.

¹¹³⁷ Cfr. PLATZGUMMER, *Die Bewußtseinsform des Vorsatzes*, 1964, pp. 63 y ss., 81 y ss. También BOCKELMANN, “Bemerkungen über das Verhältnis des Strafrechts zur Moral und zur Psychologie”, en *GS für Radbruch*, 1968, pp. 254 y ss.; GRÜNWARD, “Der Vorsatz”, en *FS für Mayer*, 1966, pp. 294 y ss. Desde la filosofía angloamericana DUFF, *Intention*, 1990, pp. 159 y ss. Define el conocimiento tácito o latente (*tacit or latent knowledge*), como el que se encuentra disponible en el momento de los hechos, y que el sujeto puede emplear para guiar su comportamiento. En sentido crítico SULLIVAN, “Knowledge, Belief and Culpability”, *Criminal law*, 2002, pp. 207, 210 y ss.

¹¹³⁸ Cfr. SCHMIDHÄUSER, “Über Aktualität und Potentialität des Unrechtsbewußtseins”, en *FS für Mayer*, 1966, pp. 325 y ss.

la primera línea, WELZEL explicaba que el elemento intelectual del dolo comprendía sólo el *conocimiento* actual y no el potencial, como aquel que el sujeto podía hacer surgir en su consciencia¹¹³⁹. Este conocimiento actual parecía referirse a un *conocimiento consciente* que suponía la representación, percepción o pensamiento de las circunstancias típicas en el mismo instante de los hechos¹¹⁴⁰, pero también podía tratarse de un *conocimiento coconsciente*, sobre todo en relación con las circunstancias concomitantes del tipo penal¹¹⁴¹. En definitiva, para afirmar el dolo era suficiente un conocimiento actual consciente o coconsciente y no un conocimiento potencial¹¹⁴². Por su parte, en la línea normativa, ROXIN señala que hoy resulta indiscutido que para el dolo no es suficiente una *consciencia* solamente potencial, en el sentido de consciencia marginal como “aviso del sentimiento”¹¹⁴³. Y con el ejemplo que este autor ofrece, se puede apreciar el uso inapropiado que hace de esta expresión como sinónima de conocimiento potencial y como distinta de la coconsciencia: “cuando se comunica antes de la cacería a un cazador que un montero está en determinado puesto, pero aquél lo olvida en el calor de la cacería y mata de modo inconsciente *in actu* de un disparo a la persona apostada en el punto determinado, se trata de un homicidio imprudente y no doloso”¹¹⁴⁴. En el ejemplo el sujeto conoce lo que hace porque ha recibido momentos antes la advertencia del peligro que se asumiría de disparar en determinado punto, y esto no es un conocimiento potencial¹¹⁴⁵, en los términos que le asigna ROXIN (como una consciencia potencial). Por el contrario, se trata de un conocimiento coconsciente, ubicado en la periferia de la consciencia, lo que ROXIN niega como suficiente para el dolo. Pero, respecto de esto último una vez más este autor hace un

¹¹³⁹ Cfr. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 1969 (11ª ed.), § 13, pp. 64-65 [1970, pp. 95-96].

¹¹⁴⁰ Cfr. WELZEL, *ibidem*.

¹¹⁴¹ Cfr. WELZEL, *ibidem*: coconsciencia (*Mitbewußtsein*) o consciencia al margen (*Bewußtsein am Rande*).

¹¹⁴² Para BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Dp*, 1994 (4ª ed.), pp. 177-178, la actualidad del conocimiento no hay que entenderla en el sentido de lo “atendido” (o del “pensar en ello”), sino de lo que está presente, ya sea porque es atendido (consciente) o porque se da por supuesto (el “inconsciente dominado”).

¹¹⁴³ Cfr. ROXIN, *StrafR, AT*, 2006 (4ª ed.), § 12, nms. 122 y ss., pp. 497 y ss. [1997, pp. 471 y ss.], = *lediglich potentiellles Bewusstsein; Bewusstsein am Rande; Gefühlswarnung*, respectivamente. Para este autor ni es suficiente una consciencia potencial, ni es necesaria una consciencia reflexiva. Ya en sede de la acción, SILVA SÁNCHEZ, “La función negativa del concepto de acción”, *ADPCP*, 1986, p. 924, exige para aquélla una consciencia actual y no simplemente potencial, por cuanto “la *posibilidad* de conciencia no deja de ser una manifestación más de la *ausencia* de conciencia: *posibilidad es irrealidad* y, no dándose un mínimo de consciencia actual, parece natural la exclusión de toda vía de influencia motivatoria” en el sujeto actuante.

¹¹⁴⁴ Cfr. ROXIN, *StrafR, AT*, 2006 (4ª ed.), § 12, nm. 122, p. 497 [1997, p. 472]; PLATZGUMMER, *Die Bewußtseinsform des Vorsatzes*, 1964, p. 4. Una recensión a este último en ROXIN, “Platzgummer, Winfried”, *ZStW*, 1966, pp. 248 y ss.

¹¹⁴⁵ Se trataría de un conocimiento potencial si fuera algo que el sujeto todavía no conoce, pero que puede conocer.

uso inapropiado de las expresiones “consciencia al margen” como algo diferente a la “coconsciencia”¹¹⁴⁶. Como hemos visto en el *Capítulo Primero*, todo aquello que el sujeto conoce en la periferia de la consciencia es propiamente hablando la coconsciencia. No obstante, ROXIN al igual que WELZEL, parecen reconocer que el dolo puede abarcar las circunstancias que se refieren al *significado* de los elementos descriptivos y normativos del tipo penal en un grado de coconsciencia (son las circunstancias en las que el sujeto no piensa expresamente en el momento del hecho): cuando un abogado revela un secreto a él confiado no reflexiona sobre su condición de abogado¹¹⁴⁷, él, podría decirse, es coconsciente de esta circunstancia relativa a una cualificación que el tipo exige en el autor, lo que es suficiente para el dolo si va acompañado del conocimiento actual de la conducta típica. Así, también entonces el juez que prevarica sin pensar explícitamente en su condición, o el sujeto que dispara habiendo advertido él mismo la presencia de unos cazadores en el punto de mira de la caza, o la madre que causa su propio aborto sin reflexionar que mata a su hijo, cuentan todos ellos con un conocimiento coconsciente de los elementos típicos fácilmente integrables. Se distinguen, entonces, una vez más, los dos niveles de la consciencia. Lo actual o central sería aquello en lo cual uno está pensando expresamente en el momento de actuar y lo sobreactual, periférico o disponible, sería aquello sobre lo que uno no está pensando expresamente en el momento de actuar, pero lo sabe de modo implícito¹¹⁴⁸.

¹¹⁴⁶ Por el contrario, identifica la consciencia al margen y la coconsciencia, WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 1969 (11ª ed.), § 13, pp. 64-65 [1970, pp. 95-96].

¹¹⁴⁷ Cfr. ROXIN, *StrafR, AT*, 2006 (4ª ed.), § 12, nm. 123, p. 498 [1997, p. 472]. También a favor que para el dolo basta un conocimiento actual coconsciente, o al “margen de la consciencia” (*Rande des Bewußtsein*), o en la “zona marginal de la consciencia” (*Randzone des Bewußtseins*), GAEDE, “Auf dem Weg zum potentiellen Vorsatz?”, *ZStW*, 2009, pp. 255 y ss.; RINCK, *Der zweistufige Deliktsaufbau*, 2000, pp. 352 y ss., 391; SCHLEHOFER, *Vorsatz und Tatabweichung*, 1996, pp. 19 y ss. Muy críticos con la teoría de la coconsciencia, aunque aceptándola bajo una estricta normativización, JAKOBS, *Dp, Pg*, 1997 (2ª ed.), p. 317; FRISCH, “Vorsatz und Mitbewußtsein”, en *GS für Armin Kaufmann*, 1989, pp. 311 y ss., 327, 342 (aunque acepta la coconsciencia para la cualificación del autor, critica la teoría de la coconsciencia por ser demasiado empírico-psicológica). En España FEJOO SÁNCHEZ, “Recensión a *Der zweistufige Deliktsaufbau*”, *ADPCP*, 2000, pp. 1174-1175 [también en *El dolo eventual*, 2002]; DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, 1994, pp. 28, *passim*; VENTURA PÜSCHEL, “Sobre el conocimiento de algunos elementos del tipo en los delitos especiales”, *PJ*, 1993, pp. 173, 177 (quien prefiere traducir *Mitbewußtsein* por para-consciencia, que vendría a significar al lado o próximo a la consciencia, p. 167, nota al pie 16; y que se inclina por la tesis restrictiva de FRISCH en este asunto, p. 176); MUÑOZ CONDE, *Teoría general del delito*, 1989, p. 61. En la jurisprudencia, por ejemplo, la STS 30/01/1989 (Bacigalupo Zapater), en un delito de tenencia ilícita de arma (consciencia acompañante del número borroso del arma); el ATS 14/11/2002 (Puerta Luis), en un delito de tráfico de estupefacientes (consciencia acompañante acerca de la cantidad notoria de la droga).

¹¹⁴⁸ Cfr. GOLDSCHMIDT, (Werner), “La culpabilidad y lo inconsciente”, *ADPCP*, 1954, pp. 258-259. También, cuando FRANK (citado en FRISCH, “Vorsatz und Mitbewußtsein”, en *GS für Armin Kaufmann*, 1989, p. 312)

2.a. Ejemplos oportunos en relación con el significado de las circunstancias concomitantes del tipo penal, que pueden entenderse como coconscientes para el dolo, son dos hechos de la jurisprudencia alemana y española, respectivamente. En la *BayObLG 28.06.1977, NJW 1977, 1974*: el suboficial *T* riñe con el cabo *O*, con quien es amigo, golpeándolo. Durante la contienda *T* no piensa en que *O* es su subordinado. Para el dolo de *T*¹¹⁴⁹ es suficiente el conocimiento de la calidad de subordinado de *O*, en la forma de un conocimiento acompañante más o menos latente (lo que SCHMIDHÄUSER denominó la coconsciencia material-conceptual¹¹⁵⁰)¹¹⁵¹. En la STMT 1º de Valencia 20/05/1992: el cabo *J* y cuatro soldados deciden gastar una broma al soldado *JM* atándole los pies, moviéndolo y lanzándole un líquido inflamable, ocasionándole unas quemaduras de segundo grado. La relación que se tenían entre los subordinados y oficiales era de mucho compañerismo en general, y cuando no se estaba de servicio no se tenía consciencia de ser superior de los soldados. Para el voto particular fue suficiente el conocimiento del cabo de la relación jerárquica permanente que existía con el soldado como para fundamentar el dolo del delito de abuso de autoridad¹¹⁵².

3. Que los conocimientos coconscientes, fácilmente integrables a la consciencia, deban dar lugar a una imputación por dolo o por imprudencia todavía no está dicho. Para resolver esta cuestión habrá de considerarse el deber o la incumbencia que acompaña al autor del hecho según la concreta situación en la que se enmarca su conducta, siempre teniéndose en cuenta que lo coconsciente se define como una especie de consciencia a la que no se presta atención explícitamente, pero que es coconsciente con otro contenido de consciencia al que sí se presta atención y a la que necesariamente ha de prestarse atención a la vez de modo implícito¹¹⁵³. La razón por la cual ha de prestársele atención a la vez de modo implícito reside en que lo que está en la coconsciencia tiene relación directa con la consciencia. No es ahora lugar para que me detenga sobre esta cuestión más allá de la clasificación psicológica, porque es materia de desarrollo en el nivel de la imputación del conocimiento¹¹⁵⁴.

consideró suficiente para el dolo un “pensar en ello” (resultado), y un “mero saber” (circunstancias del tipo penal), en el momento de actuar, dejaba ver una distinción entre lo consciente y lo coconsciente.

¹¹⁴⁹ El § 30.I *WStG* castiga el maltrato de un subordinado.

¹¹⁵⁰ Cfr. SCHMIDHÄUSER, “Über Aktualität und Potentialität des Unrechtsbewußtseins”, en *FS für Mayer*, 1966, pp. 317 y ss., 326.

¹¹⁵¹ A favor del castigo como dolo sobre la base de la coconsciencia material-mental, EBERT, *Dp, Pg*, 2005, p. 69. En contra ROXIN, *StrafR, AT*, 2006 (4ª ed.), § 12, nm. 128, p. 500 [1997, p. 474].

¹¹⁵² Art. 106 CPM, abuso de autoridad. Aunque a favor del conocimiento actual para-consciente suficiente para el dolo, niega que en el caso, el cabo haya tenido para-consciencia de su rol de superior (ergo, dolo), en virtud de la relación de camaradería que existía entre todos, VENTURA PÜSCHEL, “Sobre el conocimiento de algunos elementos del tipo en los delitos especiales”, *PJ*, 1993, pp. 173, 177.

¹¹⁵³ Cfr. PLATZGUMMER, *Die Bewußtseinsform des Vorsatzes*, 1964, p. 83.

¹¹⁵⁴ Véase *Capítulo Cuarto*, epígrafe *II.IV.3.b.i. Conocimientos co-conscientes o marginales: ¿imputación dolosa?*

4. Volviendo a nuestra clasificación hay que distinguir entre la *consciencia potencial* y el *conocimiento potencial*. Dado que puede hacerse consciente (*consciencia potencial*) todo aquello que el sujeto conoce, y lo que el sujeto conoce también podría encontrarse en la inconsciencia, habrá que determinar hasta dónde exigir lo que puede hacerse consciente para el dolo. Algún sector de la doctrina suele entender que para el dolo es suficiente con un conocimiento coconsciente de la concurrencia del riesgo típico, pero para otro la coconsciencia sólo puede presentarse en relación con las circunstancias concomitantes del tipo penal. Esto descarta desde un inicio que el conocimiento inconsciente sea suficiente para la imputación dolosa¹¹⁵⁵. El límite mínimo de lo potencialmente consciente será todo aquel conocimiento que se encuentre en algún lugar de la consciencia, central o periférica. No obstante, más allá de asumir esta conclusión como valedera, habremos de ofrecer alguna fundamentación. Como también puede hacerse consciente lo que está en el inconsciente, para la teoría del dolo exigir este esfuerzo mental en el sujeto en el momento de los hechos resulta algo que sobrepasa todas las capacidades individuales (*ultra posse nemo tenetur*). En psicología se enseña que se precisan muchos años de terapia o tratamiento como para volver consciente lo inconsciente, que suele encontrarse oculto, reprimido¹¹⁵⁶ u olvidado de modo definitivo, de modo que sería un sinsentido exigir para la responsabilidad penal lo que en psicología resulta de un esfuerzo mental de años y con ayuda profesional¹¹⁵⁷. Otra cosa será aquello coconsciente que el sujeto no actualiza por mero descuido o desinterés¹¹⁵⁸. Por otro lado, el *conocimiento potencial*, como se ha manifestado al inicio de este epígrafe, será aquél que el sujeto no posee ni en la consciencia ni en la coconsciencia pero, que sí posee en sus habilidades de adquisición del conocimiento. Empleo la preposición de lugar *en*, de

¹¹⁵⁵ Para el conocimiento de la antijuridicidad, SILVA SÁNCHEZ niega que la coconsciencia y la inconsciencia sean la misma cosa. No obstante, como bien señala este autor, en la práctica no es tarea sencilla distinguir entre una y otra. Así, por ejemplo, en el ámbito de la antijuridicidad de la conducta puede suceder que el sujeto no se haya planteado expresamente nada, y haya que decidir entre imputarle una coconsciencia eventual (de la antijuridicidad) o un error de prohibición debido a una culpa consciente, sobre la base de presunciones más o menos declaradas. Cfr. SILVA SÁNCHEZ, “Observaciones sobre el conocimiento eventual de la antijuridicidad”, *ADPCP*, 1987, p. 657. En relación con los actos pasionales, SCHEWE, *Reflexbewegung, Handlung, Vorsatz*, 1972, pp. 101 y ss., considera suficiente para el dolo el control inconsciente de los movimientos; así también STRATENWERTH, “Unbewußte Finalität?”, en *FS für Welzel*, 1974, pp. 289 y ss., admite una finalidad inconsciente (*unbewußte Finalität*) en los comportamientos automatizados.

¹¹⁵⁶ En efecto, fenómenos como deseos o sucesos reprimidos o cosas sencillamente olvidadas no son contenidos psíquicos disponibles, sino que se encuentran en el inconsciente. Este comentario según estudios de la psicología en GOLDSCHMIDT, (Werner), “La culpabilidad y lo inconsciente”, *ADPCP*, 1954, p. 257.

¹¹⁵⁷ Véase también SEARLE, *El redescubrimiento de la mente*, 1996, pp. 168 y ss.

¹¹⁵⁸ Al desinterés por mantener lesivamente inocua nuestra esfera puede acompañar una razón egoísta grave (desinterés en los otros por un interés en nosotros) o una razón egosísta leve (desinterés en los otros y en uno mismo).

modo figurado, porque entiendo que el conocimiento potencial que el sujeto debe adquirir (por la razón que sea) está presente no en su coconsciencia sino en su capacidad de esfuerzo mental para incorporarlo a su esfera psíquica. Es algo que el sujeto tiene a su alcance y que reside como en una especie de *consciencia objetiva* (no subjetiva), que sería aquella dimensión de la realidad de las cosas respecto de la cual el sujeto mantiene alguna vinculación, desde un deber o desde una incumbencia (tema que desarrollo en los *Capítulos Cuarto y Quinto*). Y, en esto, la consciencia potencial (como algo coconsciente) comparte con el conocimiento potencial una vinculación deóntica entre la “consciencia subjetiva con lo coconsciente subjetivo” en el primer caso y la “consciencia subjetiva con lo consciente objetivo” en el segundo caso¹¹⁵⁹.

II.II.4.a.ii. Conocimiento cierto e incierto

1. Teniendo en cuenta los grados de certeza (*Gewißheit*)¹¹⁶⁰, el conocimiento de los elementos del tipo penal puede presentarse, como mínimo, bajo dos extremos: el conocimiento cierto (certero o seguro) y el conocimiento incierto (duda)¹¹⁶¹. El conocimiento cierto se presenta en aquellas situaciones en las que el agente sostiene como segura la concurrencia del riesgo o de las circunstancias típicas concomitantes o prevé con certeza la producción del resultado o consecuencias lesivas (el objeto de su certeza es la probabilidad que él se representa). En todo caso, la previsión del resultado será más difícil que se asuma desde un grado absoluto de certeza, que sí puede darse en relación con la conducta peligrosa¹¹⁶². Al respecto se suele sostener que aunque no se puede conocer el

¹¹⁵⁹ Así, por ejemplo, para mí es un conocimiento potencial todo aquello que se refiera al cultivo de la ciencia penal pero, no seguramente, todo aquello que se refiera al cultivo de las matemáticas (aunque pueda adquirir conocimientos mínimos y superficiales al respecto), debido a que carezco en relación con esto último de las habilidades necesarias de adquisición. Por más esfuerzo mental que emplee en la aprehensión de realidades formales (números, signos, fórmulas) el conocimiento que ya poseo me impide comprender en su sentido más estricto el funcionamiento de dichas realidades.

¹¹⁶⁰ Otros llaman certeza también a la firmeza.

¹¹⁶¹ Contemplan también estas dos modalidades de conocimiento típico, RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, 1999, pp. 162 y ss. En Alemania ESER/BURKHARDT, *Dp*, 1995, p. 14; SCHMIDHÄUSER, “Die Grenze zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Straftat”, *JuS*, 1980, p. 241; SCHEWE, *Bewußtsein und Vorsatz*, 1967, p. 30.

¹¹⁶² Véase MÜLLER, *Die Bedeutung des Kausalzusammenhanges im Straf- und Schadensersatzrecht*, 1912, pp. 48-49: respecto del dolo hay que definir cuál es el grado necesario de previsión del resultado. En primer lugar, descartar el exigir certeza del resultado, porque esto por regla general es algo imposible de exigir en los hombres. Por eso mismo, la previsión del resultado exigida para el dolo no puede ser sino el “conocimiento de un incremento más o menos grande de la posibilidad del resultado” [“*Die zum Vorsatz erforderliche Voraussicht des Erfolgs kann also nichts anderes sein, als die Erkenntnis einer mehr oder minder großen*”

futuro, sí se lo puede prever, calcular o predecir en mayor o menor medida según el conocimiento que tengamos de las consecuencias ya (pre)conocidas de los riesgos que emprendemos¹¹⁶³. Las formas de conocimiento pueden referirse, entonces, tanto a las circunstancias pasadas y presentes como a las futuras¹¹⁶⁴. Por ejemplo: una persona destruye una cosa que ella sabe con certeza que pertenece a un tercero, se trata de una cosa ajena y no propia (conocimiento cierto de circunstancias presentes); una mujer injiere sustancias tóxicas para el feto que engendra, previendo con total seguridad que se causará un aborto (conocimiento cierto de circunstancias futuras)¹¹⁶⁵. Junto al conocimiento cierto se presenta el conocimiento incierto, que se define básicamente como la ausencia de certeza de la realización del riesgo o de la producción del resultado. El conocimiento incierto se presenta como un conocimiento incompleto o deficitario, que permite reconocer sólo alguno de los aspectos de la nocividad social del hecho. Por ejemplo: un propietario de una finca altera los lindes de su propiedad sin estar seguro si a la vez altera los límites de un dominio público (conocimiento incierto de circunstancias presentes); un profesional de la salud deniega asistencia sanitaria a un herido grave sin representarse con seguridad de que acabe poniendo en riesgo grave la salud del enfermo (conocimiento incierto de circunstancias futuras)¹¹⁶⁶. Todos los grados de conocimiento fundamentan una imputación por dolo y no por imprudencia, por más que el sujeto ignore, por un lado, algún extremo del tipo penal y, por el otro, conozca genéricamente el significado de nocividad social de la conducta.

Erhöhung der Möglichkeit des Erfolges”]. Pero, este conocimiento de que la conducta favorece el resultado (*Erkenntnis daß das Verhalten den Erfolg begünstigt*), no siempre admitirá dolo respecto del resultado, sino, mayoritariamente, sólo imprudencia.

¹¹⁶³ En la doctrina angloamericana SISTARE, *Responsibility and criminal liability*, 1989, p. 120, enseña que el conocimiento (*knowledge*) no es exclusivo de las circunstancias y que la previsión (*foresight*) no es exclusiva de las consecuencias, sino que ambas son siempre de las dos. El conocimiento es la condición básica de ambas situaciones, que se diferencian simplemente desde la mayor falibilidad de las predicciones [representaciones]. De esta forma, el conocimiento de las circunstancias presentes es mucho más certero que una predicción de futuras consecuencias. Sin embargo, esto tan sólo es una proposición general, porque en la práctica puede suceder lo contrario, es decir, que la previsión de un futuro resultado sea más exacta que el conocimiento de una determinada situación presente. Sugiere el siguiente ejemplo: compárese la creencia de que la vela puede eventualmente apagarse [hecho futuro] con la creencia de que el ruido que se escucha proveniente del ático es un gato y no un ladrón [situación presente].

¹¹⁶⁴ Para FEIJOO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, 2002, p. 25, si bien no se puede hablar de un conocimiento seguro con respecto a hechos futuros, sí se puede hablar de un cálculo con base en el conocimiento de una serie de datos que se encuentran al alcance del autor.

¹¹⁶⁵ También RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, 1999, p. 163.

¹¹⁶⁶ También RAGUÉS I VALLÈS, *ibidem*.

2. Se ha manifestado en otra parte, que existen diferentes grados de correspondencia entre la realidad objetiva y la aprehensión subjetiva de la misma. Al menos dos niveles de correspondencia se refieren al conocimiento: una concordancia total en los casos de conocimiento certero y una concordancia parcial en los de conocimiento incierto (o duda)¹¹⁶⁷; mientras que otros dos niveles de discordancia se refieren a la suposición errónea y al desconocimiento. Los casos de incongruencia pueden deberse a un exceso subjetivo o a un defecto subjetivo. Pero, aunque basta la referencia al grado de certeza como para afirmar el dolo, para precisarlo todavía más, se debe añadir la probabilidad. Con la consideración de la certeza e incerteza, cuyo objeto viene dado por los índices de probabilidad, se superan las críticas a la teoría clásica de la probabilidad, que considera como dolosos sólo aquellos casos en que el sujeto se había representado una alta probabilidad de la producción del resultado y dejaba fuera a aquellos en donde concurría una baja probabilidad (como en el caso *Thyrén*)¹¹⁶⁸. Entre los autores cognitivistas, SCHMIDHÄUSER fue uno de los primeros en clasificar el conocimiento en cierto (o seguro) e incierto (o inseguro), tanto respecto de los hechos presentes o existentes en el momento del hecho, como de los hechos futuros. Para este autor obraba con consciencia insegura el sujeto que no estaba seguro de la lesión del bien jurídico, pero se representaba la posibilidad de que ella se produzca. En estos casos, suficientes para la pena del dolo, el sujeto se decidía de modo consciente (aunque inseguro) por la lesión del bien jurídico¹¹⁶⁹.

¹¹⁶⁷ La totalidad del ámbito de la duda pertenece al dolo (eventual), SCHRÖDER, “Aufbau und Grenzen des Vorsatzbegriffs”, en *FS für Sauer*, 1949, p. 243. Se refiere al auténtico dolo directo de primer grado al definido desde la concordancia entre la parte subjetiva y la objetiva, PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido*, 1995, p. 122, en donde la parte subjetiva se compone de la intención del autor y la parte objetiva de la seguridad de la realización del hecho. Por su parte, también se trata de un dolo directo de primer grado el que se define desde la intención en la parte subjetiva, y desde una cierta probabilidad en la parte objetiva. Este desfase de una parte subjetiva que va más allá que la parte objetiva sólo será relevante a efectos del dolo cuando sea de gran magnitud. Así, si el sujeto piensa que su conducta es muy peligrosa y en verdad lo sea sólo de modo reducido (como la tentativa inidónea).

¹¹⁶⁸ Sobre la teoría y sus críticas RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, 1999, pp. 75 y ss., 157 (con nota al pie 415). Señala este autor que para la concurrencia de dolo hace falta que el sujeto se represente el resultado como probable, entendido este término como “preponderantemente probable”, esto es, como probabilidad de realización del tipo superior al cincuenta por ciento. A mi entender, la solución que propone este autor presenta un problema con un concepto puro de dolo como conocimiento. Si en el caso *Thyrén* la representación del riesgo es de baja probabilidad y aún así se castiga como dolo, entonces, quiere decir que lo preponderantemente probable se contrarresta con la intención, que no es justamente un elemento crucial de todas las clases de dolo.

¹¹⁶⁹ Cfr. SCHMIDHÄUSER, “Die Grenze zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Straftat”, *JuS*, 1980, pp. 241-242. Entre los angloamericanos SISTARE, *Responsibility and criminal liability*, 1989, pp. 122 y ss., clasifica el conocimiento del siguiente modo: *certain knowledge* (conocimiento cierto), *true belief* (creencia verdadera), *doubt or uncertainty* (duda o incertidumbre), *connivance* (conocimiento malicioso). También: *mistaken and*

II.II.4.a.iii. Error, ceguera e ignorancia

1. Si el conocimiento es la regla general para imputar subjetivamente un hecho a una persona, los elementos contrapuestos del error, la ceguera o la ignorancia no permiten la imputación. Sólo será factible imputar alguno de estos elementos, de modo excepcional, cuando se presenten bajo el ropaje de la vencibilidad o evitabilidad a través de la observancia de un deber o de una incumbencia, o cuando, simplemente, se trate de un error fáctico que concurre junto al conocimiento de la antisocialidad de la conducta (como la tentativa idónea aparente)¹¹⁷⁰.

2. Así como los casos de conocimiento cierto e incierto se definían desde una relación de congruencia (total o parcial, respectivamente) entre la realidad objetiva y la representación de la misma por parte del sujeto, los casos de error, ceguera e ignorancia pueden definirse como una relación de incongruencia entre el plano objetivo y el subjetivo. Y, mientras que los casos de conocimiento se habían entendido como necesarios para la imputación dolosa, así los supuestos de error serán necesarios para la imputación imprudente, aunque algunos supuestos de error puedan ser entendidos ya como suficientes también para la imputación dolosa¹¹⁷¹. Para la doctrina al uso la distinción entre dolo e imprudencia se realiza desde el conocimiento incierto¹¹⁷². Para diferenciar los supuestos de incerteza del dolo y los de la imprudencia, los autores apelan a un criterio anímico o cognitivo que les permite resolver la dicotomía. Cuando el sujeto a pesar de haberse representado la posibilidad de la producción del resultado se ha tomado en serio dicho extremo o ha aceptado en alguna medida la realización del tipo, entonces, en estos casos se dice que el autor obra con dolo (eventual), pero si habiéndose representado el riesgo lo desecha por considerar su improbabilidad, entonces, se dice que el autor obra con imprudencia. Incluso, para los autores partidarios de un concepto cognitivo de dolo estas situaciones se resuelven con fórmulas similares: el “contar con” la realización del tipo o el representarse la “concreta posibilidad” de dicha

unreasonable belief (creencia errónea e irrazonable), *mistaken but reasonable belief* (creencia errónea pero razonable).

¹¹⁷⁰ Igual apreciación FEJOO SÁNCHEZ, “La teoría de la ignorancia deliberada”, *InDret Penal*, 2015, p. 5, para quien no todo error o ignorancia resulta relevante para excluir el dolo (como sucede en los casos de *error in persona*), y ni siquiera para excluir la imputación.

¹¹⁷¹ Cuestión a tratar en el *Capítulo Quinto*.

¹¹⁷² De esta idea RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, 1999, p. 163.

producción¹¹⁷³ (también la fórmula negativa “representarse la no improbabilidad”)¹¹⁷⁴. Sostener que concurre dolo cuando el autor atribuye a su conducta una concreta capacidad lesiva dejando la capacidad abstracta para la imprudencia, como las dos variantes del conocimiento incierto es, a mi entender, *meter en la misma bolsa* diferentes conceptos. Un concepto de esta naturaleza sugiere que en los casos de incerteza aún podríamos distinguir grados, uno en concreto y otro en abstracto. Pero, ¿qué es una incerteza en concreto? y una ¿incerteza en abstracto? ¿Cómo se conoce de modo incierto en abstracto o en concreto? ¿Es acaso “lo abstracto” sinónimo de improbable o remoto y lo “concreto” equivalente a probable? Si esto fuera así, todavía el conocimiento incierto de lo improbable resulta ser una modalidad dolosa y no imprudente¹¹⁷⁵, porque hay que diferenciar entre el conocimiento cierto o incierto de la situación típica y el error o desconocimiento de dicha situación. Por citar un ejemplo bien conocido de la doctrina, piénsese en el caso del tirador inexperto. Hasta donde alcanzo a conocer, la doctrina que defiende un conocimiento concreto como necesario para el dolo, resuelve este caso como de dolo, siendo que en la situación el sujeto conoce con certeza la bajísima probabilidad de la producción del resultado o, lo que es lo mismo, conoce acerca de la ausencia de la capacidad concreta del riesgo de lesión. Por lo dicho, una cosa es el conocimiento cierto o incierto de la capacidad concreta o abstracta del riesgo típico y otra cosa es el error o desconocimiento de dicha capacidad. En esta línea hablaremos de dolo tanto en aquellos supuestos en que el autor se represente con certeza la concreta capacidad lesiva como cuando se represente con certeza la abstracta capacidad lesiva. En todo caso serán diferentes modalidades de dolo con diferentes desvalor. Asimismo, también se dirá que concurre dolo (eventual) en aquellos supuestos en que el autor se represente en grado de duda la concreta capacidad lesiva o la abstracta capacidad lesiva. Por el contrario, los casos de error se definirán, no desde el

¹¹⁷³ El conocimiento de la probabilidad concreta (o elevada) dará lugar al dolo y el la probabilidad abstracta (o leve) a la imprudencia Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, “La teoría de la ignorancia deliberada”, *InDret Penal*, 2015, p. 5, nota al pie 6. También RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, 1999, p. 164. En la jurisprudencia la STS 25/05/1995 (De Vega Ruiz); 24/10/1989 (García Ancos), afirma que los peligros representados en abstracto se corresponden con conductas culposas y los representados en concreto con conductas dolosas. Un comentario crítico sobre la prueba del dolo en esta última jurisprudencia, PAREDES CASTAÑÓN/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/DE VICENTE REMESAL, “Argumentación y prueba en la determinación del dolo”, *RDPC*, 2001, pp. 329 y ss.

¹¹⁷⁴ Señala RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, 1999, pp. 163-164, que todos estos planteamientos se reconducen a un denominador común: la exigencia de que *un sujeto atribuya a su concreto comportamiento la capacidad de realizar un determinado tipo penal*.

¹¹⁷⁵ De hecho, el concepto de dolo que ofrece JAKOBS podría enrolarse en esta idea. Para este autor, el dolo es el conocimiento de la no improbabilidad de la realización del tipo.

conocimiento incierto, sino desde la suposición errónea que no concurren las circunstancias del tipo penal. En pocas palabras: una cosa será dudar acerca de si se realiza una conducta típica (no tener seguridad sobre la nocividad social de la conducta) y otra cosa será creer erróneamente sobre la inocuidad de la conducta (no tener la más mínima sospecha sobre su nocividad social).

3. Sentado lo anterior, en este trabajo se defiende que no hay grado de conocimiento que fundamente la imprudencia, no al menos algún grado de conocimiento típico: el sujeto que obra con un error típico conoce una determinada realidad pero no la dimensión de la tipicidad de dicha realidad, porque no es consciente del desvalor social de su hecho. La imprudencia sólo se define desde la suposición errónea o creencia falsa y no desde un conocimiento deficitario.

II.II.5. BASES DE UNA CONCEPCIÓN COGNITIVA DEL ELEMENTO SUBJETIVO DEL TIPO

1. El estudio del dolo posee dos niveles teóricos importantes de análisis, no siempre reconocidos de forma autónoma: el concepto y la imputación¹¹⁷⁶. Al campo de la imputación pertenecen otras materias como la interpretación de la conducta dolosa y la prueba del dolo, y los aspectos materiales (fundamentos) y cuantitativos (pena) de la desvaloración del dolo. Pero, estos dos niveles teóricos de análisis no pueden comprenderse debidamente, sino se los enmarca dentro de los dos enfoques que lo abordan: el enfoque psicológico-ontológico, que concibe el dolo como un fenómeno psíquico o estado mental y el enfoque conductista-normativista, que lo define como una decisión a favor de la lesión del bien jurídico, o como un déficit volitivo de fidelidad al Ordenamiento Jurídico. No obstante, tanto el primer enfoque como el segundo, cuentan cada uno por su lado con algunas consideraciones menores, o de normativismo, o de empirismo, respectivamente. Así, algunas versiones ontologicistas llegaron a reconocer algún momento normativo en el concepto de dolo, lo mismo que algunas versiones normativistas llegaron a reconocer lo que llaman el sustrato psíquico del dolo. Todo ello lo iremos viendo en lo que resta del trabajo.

¹¹⁷⁶ Un análisis histórico-crítico de las teorías del dolo en relación con el concepto y la imputación en PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, 2011, pp. 151 y ss. 584 y ss., 637 y ss.; RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, 1999, pp. 53 y ss., 189 y ss., 357 y ss.

En relación con el concepto de dolo existen dos alternativas bien marcadas de su definición: la teoría volitiva que lo define como el conocer y el querer la realización del tipo penal, y la teoría cognitiva que lo define simplemente desde el conocer. Estas son a grandes rasgos las dos líneas que el concepto de dolo permite, y desde las cuales se derivan variopintas versiones conceptuales¹¹⁷⁷. Según los enfoques mencionados, existirían, entonces, hasta cuatro vertientes bien marcadas del concepto: (1) la concepción volitiva-ontológica (WELZEL, KAUFMANN, ZIELINSKI); (2) la concepción volitiva-normativa (ROXIN, SCHÜNEMANN, PRITTWITZ); (3) la concepción cognitiva-ontológica (SAUER, SCHMIDHÄUSER); y (3) la concepción cognitiva-normativa (FRISCH, JAKOBS, PUPPE). Todas estas versiones comparten, no obstante, un concepto material básico: el conocimiento del riesgo de realización del tipo penal¹¹⁷⁸ y una clasificación tripartita ya prácticamente estandarizada: dolo directo de primer grado, dolo de consecuencias necesarias y dolo eventual¹¹⁷⁹. Conectado de forma directa con el concepto se presenta la imputación y la prueba del dolo. En cuanto a la prueba, al enfoque psicologista le persigue una dificultad probatoria cuasi insalvable: si el dolo es un fenómeno psíquico, ha de ser probado como cualquier otro fenómeno empírico, lo que es prácticamente imposible hasta el día de hoy. Por su parte, a la versión normativa¹¹⁸⁰ le persigue una dificultad legitimadora: si el dolo es un juicio de valor (adscripción), ha de ser imputado normativamente, lo que conduce en innumerables ocasiones a una instrumentalización del acusado. Y, finalmente, en cuanto a la desvaloración de la conducta dolosa, el enfoque psicologista hace mayor hincapié en la

¹¹⁷⁷ En menor medida también existe una versión afectiva o emocional del concepto de dolo, que basa su esencia no tanto en la voluntad, sino en una especial actitud anímica del sujeto en relación con la realización del tipo penal.

¹¹⁷⁸ A este concepto material común lo denomina el “consenso divergente” RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, 1999, pp. 83 y ss., 122 y ss., al cual acompañan las “voces discordantes”, pp. 127 y ss. Reconoce este fenómeno en la doctrina del dolo, PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, 2011, pp. 623 y ss. También había advertido que existe un acuerdo general sobre el concepto de dolo bajo diferentes revestimientos lingüísticos, HASSEMER, “Kennzeichen des Vorsatzes”, en *GS für Armin Kaufmann*, 1989 [= “Los elementos característicos del dolo”, *ADPCP*, 1990, pp. 927 y ss.]; PRITTWITZ, “Die Ansteckungsgefahr bei AIDS”, *JA*, 1988, pp. 427 y ss., 486 y ss. Así, también crítico se revela ante las disputas terminológicas, ROXIN, *StrafR, AT*, 2006 (4ª ed.), § 12, nms. 27, 29, 73, pp. 448-449, 469 [1997, pp. 427-428, 447-448]; SCHÜNEMANN, “De un concepto filológico a un concepto tipológico de dolo”, en *Temas actuales*, 2002, pp. 97 y ss.

¹¹⁷⁹ Aunque algunos autores sólo le atribuyan una función didáctica o teórica, y no práctica.

¹¹⁸⁰ Actualmente, son las concepciones más normativizadas las que han rescatado la problemática probatoria del dolo. Así, HRUSCHKA, VOLK, FREUND, entre otros. Un estudio detallado y crítico de esta cuestión en PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, 2011, 585 y ss., 599 y ss., pp. 607 y ss., *passim*. Sin embargo, no todas las propuestas conceptuales del dolo ofrecen o dan como necesaria una propuesta probatoria o aplicativa. Por el contrario, sólo algunos autores reconocen que junto al concepto abstracto de dolo -o dentro de éste- ha de ofrecerse el método de aplicación práctica.

actitud personal que el sujeto doloso asume de cara a los valores sociales jurídicamente protegidos, mientras que el enfoque normativista rescata la dimensión de sentido social que comporta la conducta dolosa del sujeto.

2. Una teoría cognitiva ha de ofrecer respuestas más o menos razonables a unas cuantas cuestiones. Seguidamente, además de mencionar estas cuestiones al mismo tiempo adelantaré algunas de sus respuestas.

(a) ¿“Qué base psíquica debe concurrir como mínimo para que quepa imputar la existencia de dolo”¹¹⁸¹ o imprudencia? En otras palabras, ¿“qué grado de participación del sujeto en el hecho es precisa para afirmar la naturaleza dolosa del mismo” o la naturaleza imprudente?¹¹⁸²

(a.i.) En este trabajo se intentará argumentar a favor de un contenido psicológico mínimo, necesario para imputar el dolo o la imprudencia. El contenido mínimo queda satisfecho con la forma menos intensa del conocimiento, que es la que se ubica en la coconsciencia. El contenido psicológico mínimo es el conocimiento coconsciente, no actual, que posee el sujeto en el momento de los hechos en que infringe el deber de evitar la realización del tipo (dolo) o que infringe la incumencia de mantenerse capaz de imputación (dolo) o la incumbencia de conocer (imprudencia). Por el contrario, la forma más intensa de la consciencia, lo que la doctrina suele denominar “conocimiento actual”, será el contenido máximo que sólo puede imputarse a título de dolo. En el momento de los hechos el contenido mínimo del conocimiento coconsciente ha de quedar referido a la conducta típica y sus circunstancias acompañantes (objeto del conocimiento típico), tanto en su dimensión empírica como normativa¹¹⁸³. El conocimiento coconsciente es lo que permite hablar de estado mental tanto en el conocimiento, como en el error vencible y la ceguera provocada.

¹¹⁸¹ Tomo textuales palabras de SILVA SÁNCHEZ, “Sobre los movimientos ‘impulsivos’ y el concepto jurídico-penal de acción”, *ADPCP*, 1991, p. 20, que se refiere a esta cuestión en alusión al problema de los actos en cortocircuito. Entrecomillo la frase sin los signos de interrogación porque este autor no los incluye.

¹¹⁸² Tomo textuales palabras de SILVA SÁNCHEZ, “La función negativa del concepto de acción”, *ADPCP*, 1986, p. 932. Entrecomillo la frase sin los signos de interrogación porque este autor no los incluye.

¹¹⁸³ Exige un poco menos –citando a SCHMIDHÄUSER, FRISCH y JAKOBS- SILVA SÁNCHEZ, “Sobre los movimientos ‘impulsivos’ y el concepto jurídico-penal de acción”, *ADPCP*, 1991, p. 20, con notas al pie 74-75, al sostener que “el contenido mínimo del dolo se halla en una rápida representación del objeto en imágenes (esto es, ‘*sachgedanklich*’) sin necesidad de que tal aprehensión se procese a través del lenguaje (‘*sprachgedanklich*’)”. Con esta base mínima SILVA SÁNCHEZ puede *dar vida* a los actos en cortocircuito, como situaciones penalmente relevantes.

(b) ¿Qué comporta comunicativamente el conocimiento típico? ¿Cómo se lo interpreta en el sentido jurídico-penal?

(b.i.) El conocimiento típico, como especie del género respuesta teórica-proposicional, ha de ser comprendido como una toma de postura del sujeto ante el hecho delictivo¹¹⁸⁴, toma de postura que niega el reconocimiento intersubjetivo, esto es, las relaciones de respeto debidas entre todos. Esta toma de postura que se asimila a lo que la doctrina ha denominado la “decisión en contra de los bienes jurídicos” es desvalorada sólo desde la dimensión cognitiva con absoluta independencia de la voluntad o afecto que el sujeto emplee en su hecho.

(c) ¿Cuál es la base subjetiva que sustenta lo que el conocimiento típico comporta comunicativamente?

(c.i.) El conocimiento típico puede ser comprendido como una negación del otro no sólo porque comunicativamente es posible sostenerlo, sino porque, de hecho, empíricamente ello es así. El sujeto que conoce, y actúa en consecuencia, posee una mayor capacidad de dirección de su comportamiento en relación con la infracción al deber de abstención de realizar los elementos del tipo penal, que el autor imprudente. El sujeto que realiza un comportamiento doloso cuenta con una mayor capacidad de evitar el quebrantamiento de la relación de reconocimiento recíproco. Por el contrario, el sujeto que desconoce la concurrencia de los elementos típicos cuenta con una capacidad menor de evitar la lesión del vínculo de reconocimiento intersubjetivo.

(d) ¿Posee el conocimiento típico una mayor intensidad comunicativa en relación con la creencia errónea típica?

(d.i.) Teniendo en cuenta lo dicho anteriormente, la respuesta ha de ser afirmativa. El conocimiento típico cuenta con una mayor intensidad comunicativa que la imprudencia, justamente, porque el sujeto que sabe revela que cuenta con mayores posibilidades de orientarse según la prescripción normativa, a diferencia del sujeto imprudente.

(e) ¿Ha de repercutir esta diferente intensidad comunicativa en la medida del castigo?

¹¹⁸⁴ Siguiendo la concepción hildebrandiana del conocimiento como respuesta teórica y la concepción searleana del conocimiento como proposición, que en el *Capítulo Primero* han sido explicadas.

(e.i.) Sí ha de repercutir. La decisión de que las clases de participación subjetiva en relación con el deber deban repercutir en la medida del castigo reside en una cuestión exclusivamente político-criminal, que podrá estar basada en las intuiciones morales sociales que distinguen la gravedad de los actos intencionales de los imprudentes.

3. Realizado este breve apunte puede sostenerse, entonces que, como punto de partida, hay que eliminar para generar la imputación dolosa, un requerimiento de un conocimiento preciso y/o completo. Para la imputación dolosa es suficiente la concurrencia de “un cierto grado de conocimiento correcto de la realidad”¹¹⁸⁵. El conocimiento necesario para el dolo no es ningún conocimiento especial o acabado, sino un conocimiento ordinario, normal, del significado de nocividad social de la conducta. Sin embargo, dado el caso de un conocimiento especial que el sujeto haya tenido en el momento de los hechos y no los haya empleado a favor de la incolumidad del bien jurídico, se le podrá imputar a título de dolo. En otra parte del trabajo me he referido al concepto del conocimiento ordinario, que sería el conocimiento corriente que tienen las personas sobre la vida en general según las circunstancias de tiempo, lugar y modo¹¹⁸⁶. Por el contrario, el conocimiento especial sería el conocimiento extraordinario, el no habitual para todas las personas y que podría identificarse con el conocimiento técnico, profesional, científico, religioso o filosófico. El conocimiento ordinario conforma así el modo más básico de aprehender la realidad y a través del cual captamos la mayor parte de nuestras experiencias vitales. En este sentido, el conocimiento ordinario haría referencia a un simple conocimiento ingenuo y práctico¹¹⁸⁷.

¹¹⁸⁵ Cfr. RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, 1999, p. 165.

¹¹⁸⁶ El modo incluiría los círculos en los que la persona pudo haber sido educada o bien integrada.

¹¹⁸⁷ Al conocimiento práctico o “sabiduría popular” (*folk psychology*) o “buen sentido común”, ARISTÓTELES lo identificó con la *frónesis* (una especie de sabiduría práctica y prudente, que se adquiere a través de la experiencia cotidiana y que no se opone a la pretensión de las verdades universales). En la jurisprudencia se emplea el conocimiento práctico como el suficiente para entender el elemento “a sabiendas” de algunos tipos penales. Así, la STS 04/01/2002 (Andrés Ibáñez) señala: “la expresión ‘a sabiendas’, que emplea el art. 344 bis h), 2º Cpenal 1973 que, en el lenguaje usual equivale a tener conciencia o estar informado. No implica, pues, saber (en sentido fuerte), como el que podría derivarse de la observación científica de un fenómeno, o de la implicación directa, en calidad de protagonista, en alguna realización; sino conocimiento práctico, del que se tiene por razón de experiencia y que permite representarse algo como lo más probable en la situación dada. Es el que, normalmente, en las relaciones de la vida diaria permite a un sujeto discriminar, establecer diferencias, orientar su comportamiento, saber a qué atenerse respecto de alguien”. En la misma línea, la STS 02/12/2014 (Martínez Arrieta); STS 27/01/2009 (Berdugo Gómez de la Torre); SAN 15/09/2005 (Cardona Mínguez); SAP Barcelona 28/05/2009 (Navarro Morales).

4. La exigencia de un conocimiento ordinario significa que la comprensión intelectual de las circunstancias típicas no requiere que el sujeto realice una comprensión jurídica de las mismas, así como tampoco una subsunción de ellas en el tipo penal, sino que basta con que las comprenda en su significación social (*soziale Bedeutung*)¹¹⁸⁸, es decir, en el contexto social del hecho. Por lo demás, el sujeto no ha de representarse, ni siquiera de modo aproximado, el aspecto de la “realidad socialmente valorada” que se hubiera representado la sociedad, sino que es suficiente con que se represente algún aspecto de la realidad social disponible en el contexto en el que actúa¹¹⁸⁹. Lo dicho se aprecia mejor en la teoría del error. En ésta se puede distinguir entre el hecho que cumplimenta el tipo (el supuesto de hecho) y el contenido de la oración descrita por la función de oración típica (la oración típica que describe el supuesto de hecho)¹¹⁹⁰. Bajo esta distinción, para PUPPE es posible que un supuesto de hecho sea expresado bajo varias oraciones: hay oraciones que expresan el mismo supuesto de hecho y que en esa medida ostentan el mismo sentido, aunque la letra sea diferente y, por ello, en esos casos las oraciones son L-equivalentes¹¹⁹¹. Teniendo en cuenta esta apreciación, para conocer el supuesto de hecho que se encuentra en la oración que se deduce del tipo, el autor no tiene que representarse esa oración, sino simplemente una oración que sea L-equivalente a aquella¹¹⁹² o, incluso, algo menos, basta con que se represente una oración que implique tal oración L-equivalente al tipo, esto es, que se encuentre en una relación de especialidad conceptual respecto de esa oración (L-implicación)¹¹⁹³. Por ejemplo, el bandido que sabe que con su pistola puede de modo seguro herir gravemente a alguien si le dispara a las piernas, no reflexiona sobre cada uno de los pasos que va a dar si es que decide disparar. En este sentido, el bandido no se representa

¹¹⁸⁸ Así, también ROXIN, *StrafR, AT*, 2006 (4ª ed.), § 12, nms. 101, p. 486 [1997, p. 460]; WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 1969 (11ª ed.), § 13, p. 76 [1970, p. 111].

¹¹⁸⁹ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal*, 1997, p. 129, nota al pie 329, quien se refiere al conocimiento como “realidades valorativas, normativo-sociales”.

¹¹⁹⁰ Cfr. PUPPE, “Error de hecho, error de derecho”, en *El Derecho penal como ciencia*, 2014, pp. 236-237. Sobre la explicación de la filosofía anscombiana, véase MOSTERÍN, “Introducción”, en *Intención* (ANSCOMBE), 1991, p. 15. Para este autor, un evento que involucra a una persona es una acción sólo si la persona tiene la intención de que ella ocurra y si tal intención causa su ocurrencia. Pero, un evento puede ser descrito de muchas maneras y, como lo señala ANSCOMBE, las personas pueden saber lo que están haciendo bajo una determinada descripción, pero no bajo otra, de modo tal que la misma acción puede ser intencional bajo una descripción y no intencional bajo la que se ignora. También ANSCOMBE, *Intención*, 1991, p. 54.

¹¹⁹¹ “L-equivalente” es una fórmula que emplea la autora, basándose en el modelo de CARNAP, en donde “L” significa *logical*. Cfr. PUPPE, *ibidem*; CARNAP, *Meaning and Necessity*, 1948 (1ª ed., 2ª reimp.), pp. 7 y ss.

¹¹⁹² Cfr. PUPPE, *ibidem*.

¹¹⁹³ Cfr. PUPPE, *ibidem*. En consecuencia, para esta autora, en los casos de dolo no es necesario que el autor conozca la expresión literal del tipo ni que lo comprenda correctamente, ni que conozca los límites del sentido (intensional) de la oración típica y de los conceptos que en ésta aparecen.

“ahora sacaré la pistola, la cargaré, seguidamente apuntaré con mucha concentración hacia las piernas”, y así sucesivamente. Por el contrario, el bandido actuará conforme al conocimiento de los elementos objetivos ya aprehendidos por medio de la experiencia en su consciencia o coconsciencia. En este último supuesto sin necesidad de reflexionar sobre tales conocimientos¹¹⁹⁴; máxime, cuando se trata de las circunstancias típicas concomitantes, la consciencia al margen es perfectamente posible y no hace falta una consciencia plenamente centrada (o reflexiva)¹¹⁹⁵. Ello significa que se consideran también como parte integrante del conocimiento todos aquellos conocimientos que el sujeto no los ha tenido expresamente en cuenta en el momento de actuar, pero que se encuentran derechamente vinculados a la consciencia en un segundo plano (como al margen)¹¹⁹⁶. Esto, que en principio puede resultar una temática algo accesoria al concepto del conocimiento típico, cobra especial sentido en materia de los desvíos o interrupciones causales para la imputación dolosa del resultado. Así también en los casos de error, un sujeto conoce lo que realiza bajo una determinada descripción (dispara hacia un supuesto animal) y, a la vez, desconoce lo que realiza bajo otra descripción (disparo hacia una persona real). También

¹¹⁹⁴ Similarmente FEIJOO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, 2002, pp. 112-113, señala que existen una serie de conceptos y relaciones sobre las que podemos pensar sin necesidad del lenguaje, pues la utilización de éste ralentiza el pensamiento. Sobre la repercusión jurídica de la psicología y filosofía del lenguaje en el concepto de dolo, SCHMIDHÄUSER, “Über Aktualität und Potentialität des Unrechtsbewußtseins”, en *FS für Mayer*, 1966, pp. 322 y ss.

¹¹⁹⁵ Argumenta que para el conocimiento hace falta la representación, ROXIN, *StrafR, AT*, 2006 (4ª ed.), § 12, nms. 95, p. 483, *passim* [1997, p. 458]. Para este autor el conocimiento falta cuando el sujeto no incluye en su representación un elemento del tipo (por ejemplo, no se da cuenta que el supuesto espantapájaros sobre el cual dispara es en verdad una persona); pero, a mi criterio, este concepto y el ejemplo no resultan del todo claros. Que el sujeto no se represente no significa que no conozca, de modo que en el ejemplo que ROXIN ofrece habría que establecer que el dolo pasa por aquello que el sujeto sabe o no sabe (y, en todo caso, debería haber sabido) y no por aquello que se representó o no se representó, porque la representación es tan sólo el soporte mental sobre el cual se asienta el conocimiento que el sujeto *ve dentro de sí* y es consciente de ello. Lo poco virtuoso del ejemplo de ROXIN lo demuestra él mismo cuando, seguidamente, ofrece otro ejemplo para contrastar: el sujeto que duda de si tiene delante de sí a una persona o a un espantapájaros y, no obstante, dispara y mata a la persona que en verdad había, obra con dolo (con conocimiento). En este ejemplo, ROXIN define el conocimiento desde la duda, que es un estado de la razón ambivalente y no como representación. El sujeto que duda se representaría, como mínimo, dos posibilidades: que hay una persona o que hay un espantapájaros (concurrirían entonces un conocimiento en relación con la persona y una creencia errónea en relación con el espantapájaros, pero el sujeto no sabe a ciencia cierta cuál de estos dos extremos realmente se da).

¹¹⁹⁶ ROXIN, *StrafR, AT*, 2006 (4ª ed.), § 12, nms. 122, pp. 497 y ss. [1997, pp. 471 y ss., 474], también se pregunta con cuánta precisión debe conocer el sujeto, es decir, con cuánta precisión han de haber aparecido estos elementos ante su mirada física o intelectual. Asegura que no puede exigirse que el sujeto reflexione conscientemente sobre cada uno de los elementos, pero, al mismo tiempo, tampoco basta con un conocimiento meramente potencial. En todo caso, respecto de los elementos normativos, este autor reconoce que la coconsciencia tiene un valor en el dolo.

pueden darse estos errores en objetos idénticos, como el disparar al supuesto agresor en la oscuridad, desconociendo que se dispara al padre que se avecina.

5. Aun cuando no se requiera la concurrencia de un conocimiento reflexivo para el dolo, ello no significa que aquél no vaya acompañado de un cierto esfuerzo mental por parte del sujeto. Bastará la dosis de reflexión necesaria como para excluir un conocimiento superficial y fugaz de la situación. Será preciso, en todo caso, que el conocimiento naturalístico se halle integrado en el sentido social de los hechos, pues únicamente desde un conocimiento del valor se contempla la posibilidad de un análisis mental algo más detenido de las dimensiones fáctica y axiológica de la situación típica, a diferencia del pensamiento absolutamente irreflexivo que no presupone ninguna clase de análisis ni valoración, sino, simplemente una fugaz intuición de las cosas o su apresurada representación. De ahí, que el conocimiento más o menos reflexivo presuponga un juicio de sentido o un conocimiento valorado (que puede fijarse tanto a nivel consciente, como coconsciente). Una vez más, no basta para imputar dolo, una mera intuición o un conocimiento naturalístico no valorado.

6. Otro aspecto también relevante es el conocimiento sobre los diferentes elementos que componen el tipo penal en relación con las circunstancias que rodean al sujeto en el momento del hecho. Así, por ejemplo, algunos elementos del tipo concurren en el momento en que el sujeto actúa, como la edad de la víctima, la naturaleza pública del documento, el valor histórico del monumento, etc. Pero, otros elementos del tipo no concurren en el momento en que el sujeto realiza su acción peligrosa, sino que dependen de que el riesgo por él asumido se realice en el resultado¹¹⁹⁷. Por eso mismo, los elementos que concurren en el momento del hecho han de ser objeto del conocimiento del sujeto (como mínimo de su coconsciencia), pero lo que aun no existe sólo puede ser previsto o representado como posible, pero no conocido¹¹⁹⁸. Una última consideración en relación con los elementos normativos del tipo penal. Tradicionalmente, la doctrina aplica un criterio objetivo para medir el conocimiento necesario para los elementos normativos del tipo; criterio que ha recibido también diversos nombres, todos ellos muy similares. Por ejemplo: conocimiento paralelo a la “esfera del lego”¹¹⁹⁹, “en la forma del lego” (*nach Laienart*¹²⁰⁰), “valoración

¹¹⁹⁷ Cfr. RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, 1999, p. 162.

¹¹⁹⁸ Cfr. RAGUÉS I VALLÈS, *ibidem*.

¹¹⁹⁹ Para PUPPE, “Error de hecho, error de derecho”, en *El Derecho penal como ciencia*, 2014, p. 235, por “valoración paralela” hay que entender una comprensión meramente aproximativa del sentido. La

paralela en la esfera del profano” o “lego” (*Parallelwertung in der Laiensphäre*)¹²⁰¹, “juicio paralelo en la conciencia del autor” (*Parallelbeurteilung im Täterbewußtsein*)¹²⁰², etc. Por profano se entiende el hombre ordinario, “medio” de la sociedad e, incluso, “medio” dentro del entorno cultural en el cual se desenvuelve el autor del hecho y por valuación estándar se entiende la “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”¹²⁰³ (con la salvedad, que si el autor posee una formación jurídica, sus conocimientos jurídicos serán los aplicables)¹²⁰⁴. Teniendo en cuenta lo que manifestaré en el *Capítulo Cuarto* acerca de los baremos objetivo y subjetivo que operan en la atribución objetiva e imputación subjetiva, respectivamente, el conocimiento acerca de los elementos normativos, evidentemente, contiene un grado de intersubjetivización más intenso que el conocimiento sobre los elementos descriptivos. Aun cuando, en la imputación subjetiva, al autor se le aplique un baremo subjetivo según su mejor versión ello no significa desconocer el carácter normativo de determinados elementos del tipo. Justamente, porque el conocimiento típico hace referencia al desvalor social de la conducta,

jurisprudencia española se refiere a la “valoración paralela” expresamente en relación con la interpretación que pudieron haber hecho los agresores de la víctima respecto de la suerte que corría la vida de ésta. En concreto, para descartar que los agresores habían obrado con ensañamiento y, simplemente, dejar en claro que su dolo estaba dirigido a la posible producción de la muerte de la víctima, el alto Tribunal determinó lo siguiente: “ninguno de los sujetos activos tienen capacidad técnica para diagnosticar el grado de afectación de sus golpes en la víctima y la mayor o menor virtualidad para provocar la muerte. Sabe, sí, que en valoración paralela en la esfera del profano, alguno de las agresiones realizadas puede afectar seriamente a la vida del agredido” (*sic*). Cfr. STS 16/12/2011 (Soriano Soriano). Otros ejemplos: STS 05/02/2008 (Bacigalupo Zapater), sobre la naturaleza pública de los fondos en el delito de malversación de fondos públicos; STS 06/03/2007 (Bacigalupo Zapater), sobre el elemento falsedad de la denuncia.

¹²⁰⁰ Cfr. cita de BINDING en WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 1969 (11ª ed.), § 13, p. 76 [1970, p. 111].

¹²⁰¹ Cfr. MEZGER, *Tratado de Dp*, 1957, pp. 148 y ss. También KAUFMANN (Arthur), *Die Parallelwertung in der Laiensphäre*, 1982.

¹²⁰² Cfr. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 1969 (11ª ed.), § 13, p. 76 [1970, p. 111].

¹²⁰³ Cfr. MEZGER, *Tratado de Dp*, 1957, pp. 148-149. Lo que se quiere descartar con estas fórmulas es que al autor del delito se le exijan conocimientos que sólo un determinado sector de la sociedad puede tener. En esta línea, MAURACH, *Tratado de Dp*, 1962, § 22, punto III, p. 327, bien señala con un ejemplo, que “nadie puede exigir al autor la perfecta definición del concepto de ‘documento’. De formularse tal exigencia sólo podrían cometer un delito documental los penalistas -y aun así, tan sólo los partidarios de la opinión dominante-. Basta, pues, con que el autor sepa que el escrito por él falseado tiende a asumir significación y confianza en la vida social”.

¹²⁰⁴ Cfr. MEZGER, *Tratado de Dp*, 1957, p. 149, nota al pie 12. Para el caso de conceptos jurídicos respecto de un sujeto no conocedor de los mismos de forma detallada rige la regla general, esto es, una “comprensión paralela de carácter jurídico del hombre medio lego” o “comprensión general conceptual que se tiene en la sociedad respecto de los conceptos jurídicos”. De esta idea BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Dp*, 1994 (4ª ed.), pp. 285-286.

en ello va implícito el conocimiento de las valoraciones sociales estandarizadas en relación con determinados elementos del tipo penal.

7. Para cerrar, permítaseme una última consideración, más bien descriptiva, del estado actual de la cuestión del debate general del dolo. Toda la temática general del dolo merece también una referencia a las realidades típicas sobre las que se aplica. No puede desconocerse que la constante tensión entre los enfoques empiristas y normativistas ha fluctuado entre los delitos de resultado y los delitos de peligro, así como entre los bienes jurídicos individuales y los supraindividuales. Hace ya varios años se ha desplazado el centro del debate de los delitos de resultado a otras estructuras típicas menos empirizables (las de peligro), que no suelen formar parte de los delitos nucleares del Derecho penal clásico (homicidio, lesiones, daños, etc.), sino caracterizar a delitos del Derecho penal accesorio: afectación al medio ambiente, defraudación a hacienda pública, etc. Esta descentralización de la atención hacia nuevas realidades típicas no convencionales ha venido acompañada de una fuerte normativización de los conceptos jurídico-penales. A mi entender, dos son los ámbitos más protagonistas de esta tendencia. El primero, el Derecho penal internacional, y todos los fenómenos que le caracterizan: terrorismo, criminalidad organizada, tráfico de personas, etc. El interés por uniformar las respuestas punitivas de los Estados de la comunidad internacional ha llevado a revisar los modelos de imputación de los dos grandes sistemas jurídicos: el angloamericano y el continental. Una de las asignaturas en construcción actualmente es la Parte general del Derecho penal internacional, tomando como referencia positiva al Estatuto de Roma, pero como referencia teórica a los dos modelos de tradición diferente. En efecto, en materia del elemento subjetivo del delito internacional la tarea de teorización no es misión sencilla, teniendo en cuenta las tendencias empirista y normativista de las doctrinas angloamericana e hispano-germana, respectivamente¹²⁰⁵. Seguramente, a futuro, el punto intermedio de esta misión estará en ofrecer un modelo de imputación subjetiva de enfoque mixto. Desde Alemania, dos obras han contribuido al debate generado en este sector. En un primer momento, la monografía de STUCKENBERG, *Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkstrafrecht*, 2007, cuyo propósito se encuentra relacionado con el ofrecimiento de criterios conceptuales válidos tanto para el

¹²⁰⁵ Hace tiempo SATZGER, "German criminal law and the Rome Statute", *ICLR*, 2002, p. 269, ha advertido que la regulación del elemento mental en el artículo 30 del Estatuto de Roma es un claro compromiso entre los sistemas angloamericano y continental.

Derecho positivo de su país, como para el Derecho penal internacional¹²⁰⁶; y al año siguiente la de SAFFERLING, *Vorsatz und Schuld. Subjektive Täterelemente im deutschen und englischen Strafrecht*, 2008, que realiza más bien un estudio comparativo de la imputación subjetiva, entre el Derecho alemán y el Derecho inglés¹²⁰⁷. En nuestro entorno, puntualmente se encargó de esta cuestión, MELENDO PARDOS, *Imputación subjetiva y error en el Estatuto de la Corte Penal Internacional*, 2008. El segundo ámbito que ha removido el debate del dolo ha sido la teoría de la responsabilidad de las personas jurídicas y los delitos económicos. Ello también condujo al replanteamiento del concepto de dolo con la introducción en nuestra jurisprudencia de la figura angloamericana de la *wilfull blindness*. En este debate despuntó la obra de RAGUÉS I VALLÉS, *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, 2007. En medio, de todo lo dicho, se han publicado dos monografías que contienen nuevas reformulaciones normativas del dolo; así, la obra de BUNG, *Wissen und Wollen im Strafrecht, zur Theorie und Dogmatik des subjektiven Tatbestands*, 2009¹²⁰⁸, y en nuestro ámbito de, PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual: hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*, 2011¹²⁰⁹. Lo que en todo caso se puede destacar es que la connatural fuerza normativizante que caracteriza a los continentales, se ha visto y se ve en más de una oportunidad condicionada a automoderarse, si es que quiere subsistir como teoría practicable.

II.II.5.a. Lo correcto del conocimiento o error como elementos del tipo subjetivo

1. Para asumir una concepción intelectual o cognitiva del dolo habrá que fundamentar el porqué de la elección del conocimiento como objeto exclusivo del dolo, y el porqué del desplazamiento de otros datos psíquicos como la voluntad o la intención, de lo que me ocupo en los párrafos siguientes.

¹²⁰⁶ Sobre los *mental elements* en el Derecho penal internacional (desde la regulación del Estatuto de Roma), véanse también las consideraciones comparativas entre lo que FINNIN, “Mental elements”, *ICLQ*, 2012, pp. 327 y ss., denomina el *common law grouping* (EE.UU., Reino Unido y Australia) y el *civil law grouping* (Alemania).

¹²⁰⁷ Una recensión crítica a estas obras en GRECO, “Neue Wege der Vorsatzdogmatik”, *ZIS*, 2009, pp. 813 y ss.

¹²⁰⁸ Una recensión en ROXIN, “Buchbesprechungen. Bung, Jochen”, *ZStW*, 2010, pp. 672 y ss.; crítico JAKOBS, “Jochen Bung, Wissen und Wollen im Strafrecht”, *GA*, 2009, pp. 317 y ss. Las tres obras alemanas (BUNG, SAFFERLING, STUCKENBERG) han sido recensionadas también por PAWLIK, “Buchrezension”, *ZIS*, 2010, pp. 339-342.

¹²⁰⁹ Con las recensiones de RAGUÉS I VALLÉS, “De nuevo, el dolo eventual”, *InDret Penal*, 2012, pp. 1 y ss.; SÁNCHEZ-OSTIZ, “Recensión a Gabriel Pérez Barberá, El dolo eventual”, *CPC*, 2012, pp. 329 y ss.

2. En filosofía se enseña que hay actos que realizamos de modo consciente, porque nos percatamos de ellos, porque nos damos cuenta, pero sin que su realización se corresponda con alguna intención nuestra¹²¹⁰. Por ejemplo, nos damos cuenta de nuestro parpadeo si pensamos en ello, o de nuestros tics si alguien alguna vez nos ha comentado algo al respecto, así también puede ser que nos percatemos de muchos de nuestros actos reflejos, como un bostezo o un estornudo, pero respecto de todas estas manifestaciones de nuestra conducta obramos de modo involuntario; no las efectuamos como agentes y, por ende, no son acciones¹²¹¹. En verdad, en estricto sentido, son sólo acciones humanas las interferencias voluntarias y conscientes en el decurso de las cosas¹²¹². Ciertamente, las personas hacemos cosas, algunas voluntariamente y otras involuntaria o accidentalmente. Respecto de las acciones voluntarias, las hacemos porque queremos hacerlas, y esto presupone que sabemos lo que hacemos, porque sólo puede hacerse a propósito, adrede o a posta aquello sobre lo cual se tiene algún grado de saber. En consecuencia, no son acciones voluntarias aquellas que no se encuentran en nuestro conocimiento, aunque luego, las ratifiquemos. La voluntad es la primera manifestación de nuestra libertad y sólo puede comenzarse a considerarnos responsables de las cosas cuando las hacemos voluntariamente. Tales acciones voluntarias pueden a su vez tener por objeto algo que conocemos cabalmente, a medias, o simplemente no conocemos, pero deberíamos conocer. Así, por ejemplo, yo quiero salir a pasear en ciclomotor alrededor de un lago al cual siempre voy en el verano y salgo a pasear por dicho lugar (sé perfectamente que salgo a pasear y que lo hago por la zona del lago; conozco lo que hago cabalmente). Pero, también puedo querer salir a pasear en ciclomotor por una zona lacustre de una ciudad aún desconocida y salgo a pasear por dicho lugar apenas conocido, porque todo indica de que se trata de la zona del lago. Finalmente, puedo querer salir a pasear alrededor del lago de esa ciudad aún desconocida y salgo a pasear por donde creo que es la zona del lago (cuando en verdad, es sólo una zona similar lejana) y nada parece indicar que se trate de esa zona. Consideremos otro ejemplo: puedo querer disparar a alguien en el pecho y sé que realizo la acción de disparar sobre el pecho, porque conozco el arma y que apunto al pecho. Sé cabalmente que disparo al pecho porque quiero así hacerlo. Pero, también puedo querer disparar a alguien en el pecho y sé que realizo la acción de disparar aunque sólo sé parcialmente que lo hago sobre el pecho, porque mi puntería no es demasiado exacta, y que a la vez lo hago sobre la

¹²¹⁰ Cfr. MOSTERÍN, *Racionalidad*, 1987 (2ª ed.), p. 142.

¹²¹¹ Cfr. MOSTERÍN, *ibidem*.

¹²¹² Cfr. MOSTERÍN, *ibidem*.

zona de los brazos. Finalmente, también puedo querer disparar a algo y creo que realizo la acción de disparar sobre ese algo pero, en verdad, lo estoy haciendo en contra de alguien (es decir, una persona) y, en virtud del contexto, tenía el deber de saber a qué estaba disparando cuando lo hacía. A grandes rasgos, la voluntad se encuentra presente en todos estos casos, sólo que en los dos primeros de los dos ejemplos, a la voluntad le dirige un conocimiento (total o parcial) de los hechos en su conjunto y en la tercera variante de los dos ejemplos, por el contrario, a la voluntad le acompaña un error vencible. Pero todo esto es sólo el conocimiento no-típico de la voluntad del comportamiento, porque para el tipo subjetivo hay que considerar el conocimiento sobre los elementos del tipo penal (*Tatbestandskenntnis*), en concreto, el conocimiento del (des)valor social de la conducta que se realiza¹²¹³: una cosa es el conocimiento neutro que acompaña a la voluntariedad de la acción (saber que se dispara a una persona queriendo hacerlo) y otra cosa es el conocimiento típico, al que no es necesario que acompañe una voluntad del tipo (saber el significado de desvalor social de la acción realizada)¹²¹⁴. Así, el salir a pasear en ciclomotor por la zona lacustre (queriendo hacerlo por donde más o menos conozco o me equivoco que lo hago) forma parte de mi comportamiento voluntario. Si a eso le añadimos un significado (social), hay que distinguir ya otra dimensión de la situación. Yo podré saber más o menos, que mi acción de pasear en ciclomotor por la zona del lago posee un significado de valor social positivo. En los casos de error podré pensar que mi conducta se encuentra socialmente aprobada, porque entiendo que no daño al medioambiente (cuando sí lo hago). En el ejemplo del disparo, al conocimiento del movimiento muscular de gatillar, si le añadimos el significado social, yo podré saber más o menos, que mi acción de disparar a una persona en el pecho posee un significado de valor social negativo (desvalor). En los casos de error podré pensar que eso es socialmente adecuado porque entiendo que disparo a algo (no sé que disparo a alguien). Igual razonamiento que el del comportamiento voluntario tienen las consecuencias derivadas del mismo; en donde también habrá que distinguir entre el conocimiento (y voluntad) de lo que se hace y se produce como efecto y el conocimiento del *significado social* de lo que se hace y se produce como efecto. Así, en el caso del disparo, podré saber -en el grado que sea-, que el efecto de mi conducta es la

¹²¹³ Sólo distinguen dos niveles del conocimiento: el conocimiento del riesgo de la conducta (dolo), y el conocimiento de la valoración jurídica de ese riesgo (culpabilidad), SÁNCHEZ-OSTIZ/ÍNIGO CORROZA, *Delictum* 2.0, 2013, pp. 35-36.

¹²¹⁴ Y, claro, el saber de que esa conducta socialmente desvalorada es una conducta prohibida por la norma, ya pertenece al conocimiento de la antijuridicidad (y esto es culpabilidad).

muerte de una persona, pero para el dolo se precisará el conocimiento típico, que requiere que yo además sepa acerca del significado de desvalor social de la muerte de una persona.

3. La teoría cognitiva que aquí se defiende conduce a rechazar la doble valoración del elemento volitivo en el injusto, esto es, a nivel de acción y a nivel del tipo subjetivo. Una teoría cognitiva pura del tipo subjetivo exigirá que el sujeto obre voluntariamente, pero esto como requisito esencial del comportamiento, y que conozca (o debiera conocer) en el grado que sea el desvalor social de su hecho. Como hemos visto, desde la tesis hildebrandiana la diferencia entre el querer y el conocimiento reside en que en la voluntad el sujeto no se pregunta por la esencia del objeto, por la verdad de la situación objetiva, sino, por el contrario, por la importancia que dicha situación tiene para el sujeto¹²¹⁵. De este modo, la voluntad no es típica de modo autónomo, sino sólo en la medida en que ella vaya sustentada en un conocimiento de lo típico, entendido como la aprehensión cognitiva del desvalor social del hecho. Por eso, si al conocimiento típico le acompaña un plus volitivo, un querer no sólo la conducta, sino un querer la conducta típica, esto es algo que no le ha de interesar al Derecho penal. Si quiero disparar (como acción voluntaria) y conozco que disparo a un hombre y que eso es un hecho socialmente desvalorado, entonces, tengo conocimiento típico. Este conocimiento basta para el tipo subjetivo. No necesito, además, “querer el significado de desvalor social”¹²¹⁶. Por eso, habrá que matizar la siguiente definición: “si la voluntad juega algún papel en el dolo típico, éste se reduce a su relación con la *acción* como elemento del tipo objetivo y no afecta a ninguno de los restantes elementos típicos, respecto a los cuales sólo tiene sentido establecer una relación de conocimiento”¹²¹⁷. A mi entender, la voluntad no juega ningún papel en relación con la conducta típica, sino sólo con la conducta. Lo típico de la conducta y de los elementos que la acompañan ha de ser el objeto del conocimiento típico, entendido como la comprensión más o menos cabal del significado de desvalor social del hecho. La prueba más contundente viene dada por el dolo eventual,

¹²¹⁵ Cfr. VON HILDEBRAND, *Ética*, 1997, pp. 200-201, 196, 199, que define la voluntad como una respuesta volitiva, que presupone un acto cognoscitivo. Así, también, de modo similar ANSCOMBE, *Intención*, 1991, pp. 124-125, para quien el querer no se trata de un simple movimiento hacia algo, sino de un movimiento realizado por una persona que conoce el objeto hacia el que se dirige. Hay dos características que se hallan presentes en el acto de querer: el movimiento hacia el objeto y el conocimiento de que el objeto se encuentra allí.

¹²¹⁶ Así, el contenido de la voluntad que forma parte de la acción no puede ni debe identificarse con el dolo. Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Dp, Pg*, 1978, pp. 257 y ss.

¹²¹⁷ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, “Observaciones sobre el conocimiento eventual de la antijuridicidad”, *ADPCP*, 1987, p. 651. Similarmente FELIP I SABORIT, *Error iuris*, 2000, p. 131, nota al pie 351; LUZÓN PEÑA, *Curso de Dp, Pg*, 1996, p. 413 (*querer* realizar la conducta típica *sabiendo* que concurren los elementos típicos).

en donde el sujeto no quiere realizar la conducta típica, sino que él sólo quiere realizar una conducta, conociendo su significado de desvalor social. En pocas palabras, la voluntad queda circunscrita a la volición del acto realizado con conocimiento del riesgo típico o del resultado.

4. Así también en este trabajo definiendo que el dolo y la imprudencia entendidos como títulos de imputación subjetiva tienen por objeto el conocimiento y el error, entendidos estos a su vez tanto como actos mentales que comprenden conscientemente la realidad objetiva dada, como respuestas teórico-proposicionales del sujeto hacia la misma. Así, el elemento subjetivo esencial del tipo penal doloso es el conocimiento típico (en sus diferentes grados) y el del tipo imprudente es el error típico vencible. El conocimiento típico engloba las dos dimensiones del concepto de conocimiento anteriormente mencionadas: como acto mental y como proposición. Bien cierto es que la doctrina cognitivo-normativista del dolo lo define como conocimiento, pero concibiéndolo nada más que como un criterio de imputación¹²¹⁸, a diferencia de la doctrina cognitivo-psicologista que lo concibe como un estado mental. En este trabajo se pretende destacar los dos aspectos del problema: por un lado, el conocimiento típico y, por otro lado, el dolo; así como, por un lado, el error típico y, por el otro, la imprudencia. El *dolo* es el conocimiento típico imputado, mientras que el *conocimiento típico* es el acto mental del sujeto que encierra una proposición de verdad, cuyo contenido es la dañosidad social de la conducta¹²¹⁹. El conocimiento típico como acto mental no necesariamente requiere de un acto de representación¹²²⁰, así como tampoco de una aprehensión o evocación cognitiva de todos los detalles del hecho, sino que basta el conocimiento interiorizado del sujeto, como un acto de comprensión. Sólo a partir del objeto del conocimiento se puede determinar cuándo éste

¹²¹⁸ Así, FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983, pp. 28, 32, 40, 90 y ss., 96, 255 y ss., *passim*. (aunque este autor reconoce un sustrato psíquico en el dolo, no lo considera un estado mental, sino una cuestión puramente normativa). En España, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2010 (2ª ed.), p. 649 [antes ya, y compartiendo el concepto cognitivo de FRISCH en “Sobre los movimientos ‘impulsivos’ y el concepto jurídico-penal de acción”, *ADPCP*, 1991, pp. 19-20]; MIRÓ LLINARES, *Conocimiento e imputación*, 2009, pp. 270 (conocimiento y dolo son la misma cosa, algo que se imputa por el juez al sujeto), *passim*; SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación y teoría del delito*, 2008, pp. 518 y ss., 523, *passim*; RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, 1999, pp. 165 y ss., 175 y s., 353. Recientemente, distingue el dolo (juicio de valor) del conocimiento (dato empírico), PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, 2011, pp. 43, 817, *passim*, de forma similar a lo sostenido en este trabajo.

¹²¹⁹ En sentido contrario, PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, 2011, p. 72.

¹²²⁰ Dado un acto de representación, éste ha de entenderse, no como una simple imagen de las cosas o hechos en la cabeza del autor, sino como una representación de los elementos del tipo integrados con el conocimiento de su significado social.

es típico. A grandes rasgos, si el Derecho penal tiene como misión evitar comportamientos socialmente dañinos¹²²¹, entonces, el objeto del conocimiento típico tiene ineludiblemente que referirse a la lesividad social de la conducta que el sujeto realiza. Resumidamente, al ser el dolo el conocimiento típico imputado, también puede definírsele como el *conocimiento del significado de nocividad social de la conducta que el sujeto realiza*¹²²². Por su parte, la *imprudencia* es error típico imputado. El error típico, creencia falsa o suposición errónea, también se concibe como un acto mental y como proposición. El *error típico* es el acto mental del sujeto que encierra una proposición de falsedad, cuyo contenido es la adecuación social de la conducta. El error típico como acto mental no necesariamente requiere de un acto de representación, sino que basta la creencia interiorizada del sujeto que no concuerda con la situación externa típica. Al ser la imprudencia el error típico imputado, también puede definírsele como la *falsa creencia evitable del significado de adecuación social de la conducta que el sujeto realiza*. En Derecho penal el error típico como acto mental que encierra una discrepancia entre lo que el sujeto se representa y la realidad objetiva, y por ende, encierra una proposición de falsedad, puede manifestarse en dos sentidos¹²²³: (1) tanto desde una representación positiva errónea¹²²⁴, a lo que se le denomina error positivo, (2) como desde la ausencia de una representación correcta, a lo que se le llama ignorancia de hecho o impropriamente error negativo¹²²⁵. En palabras resumidas, el acto mental que encierra una proposición de verdad o falsedad en relación con un sentido de desvalor social

¹²²¹ Cfr. KARGL, “Protección de bienes jurídicos mediante protección del Derecho”, en *La insostenible situación del Dp*, 2000, p. 50.

¹²²² FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983, pp. 69, 71, 115, se refiere al conocimiento sobre la dimensión de desvalor típicamente relevante. Para RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, 1999, pp. 167, 175, el sujeto doloso es el que *atribuye capacidad lesiva* a su comportamiento en concreto, es decir, la capacidad de realizar el tipo penal.

¹²²³ Sobre este tema, PUPPE, “El alcance lógico de la llamada conclusión inversa”, en *El Derecho penal como ciencia*, 2014, pp. 39 y ss. Sobre los antecedentes históricos de la equiparación jurídica entre error y desconocimiento en la dogmática alemana, ROTHOEFT, *System der Irrtumslehre*, 1968, pp. 67 y ss. En España, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *El error*, 2008, pp. 140 y s., 142 y ss., considera el error de tipo tanto como absoluta ignorancia o como conocimiento equivocado de la situación típica. Alguna jurisprudencia española equipara expresamente el error al desconocimiento, o una falta de conocimiento: SAP Madrid 07/11/2014 (Pereda Rianza); STS 02/07/2014 (B. Gómez de la Torre).

¹²²⁴ A esto quiere referirse la jurisprudencia cuando emplea la expresión “conocimiento equivocado” (o falso) como sinónimo de error. Cfr. SAP Bilbao 10/09/2014 (San Miguel Bergareche); SAP Madrid 07/11/2014 (Pereda Rianza); STS 04/04/2014 (Del Moral García).

¹²²⁵ Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *El error*, 2008, p. 140. Una definición negativa, que es la que abunda en los manuales, señala que el error típico evitable es la ausencia de conocimiento típico en cualquiera de sus grados, es decir, siendo suficiente un estado de duda.

(lo típico) respecto de una conducta, admite que el concepto de conocimiento y error, de base empírico-psicológica, se normativice.

II.II.5.b. Consecuencias de una concepción cognitiva del elemento subjetivo del tipo

1. Desde los postulados de una concepción cognitiva pura del elemento subjetivo, en los siguientes epígrafes someteré a un examen crítico las diferentes modalidades de la actual clasificación subjetiva del tipo. Lo que tradicionalmente se conoce como dolo directo, dolo indirecto, dolo eventual, imprudencia consciente, imprudencia inconsciente y, actualmente, ignorancia deliberada.

II.II.5.b.i. Lo incorrecto de la voluntad como elemento del tipo subjetivo

1. A lo largo del tiempo el elemento de la voluntad en la teoría del delito ha sido contemplado tanto en relación con el comportamiento, como en relación con las consecuencias, y esto ha conducido cada vez más a equiparar y confundir los conceptos de voluntad e intención¹²²⁶. En un sentido propio, la voluntariedad hace referencia a querer realizar un determinado comportamiento con la intención de producir un determinado resultado¹²²⁷. Esta es la idea que subyace a casi todas las doctrinas del dolo como para definir el dolo directo de primer grado (o intención)¹²²⁸. Pero, en un sentido impropio, la voluntariedad hace referencia a querer realizar un determinado comportamiento sin la intención de producir el resultado, previsto como seguro en el dolo de consecuencias necesarias, o como probable en el dolo eventual¹²²⁹. Y es en relación con estas dos clases de

¹²²⁶ De hecho, en alemán, en el uso ordinario del lenguaje, la voz *Vorsatz* (dolo) deriva del verbo *vorsätzen*, que significa en su primera acepción “proponerse a”. Esto ha llevado a identificar dolo con voluntad y dolo con intención. La expresión *Vorsatz* se define ordinariamente como “una decisión interna basada en la intención”, que equivale a *Absicht* (intención) [según el *DWDS*]. En el sistema angloamericano se refiere a las expresiones *intent*, *will*, *wantonness*, *volition*, *purpose*, *aim*, *design*, *deliberation* como sinónimas de *intention*, WILLIAMS, *Criminal law*, 1979, § 16, p. 35.

¹²²⁷ La distinción entre voluntad e intención puede apreciarse en su etimología: la intención consiste en el proponerse, esto es, en tender la voluntad como un arco hacia una cierta dirección, mientras que la voluntad es el querer la realización de aquello que nos proponemos. Cfr. MOSTERÍN, *Racionalidad*, 1987 (2ª ed.), pp. 148-149.

¹²²⁸ *Grosso modo*, para ambas concepciones el dolo directo de primer grado se configura especialmente sobre la base de la intención dirigida a la producción del tipo penal, en donde el elemento intelectual basta que tenga por objeto un grado remoto de la probabilidad de la producción del resultado.

¹²²⁹ ANSCOMBE, *Intención*, 1991, pp. 151-152. Para esta filósofa una cosa es voluntaria pero no intencional si constituye el resultado concomitante, conocido con antelación, de una acción intencional, de modo que se

dolo, que se distinguen con mayor intensidad las versiones volitivas y las cognitivas, por cuanto las primeras extienden el momento volitivo al resultado, mientras que las segundas se conforman con la voluntad en la acción¹²³⁰. Así, los volitivistas explican la voluntad en el dolo de consecuencias necesarias sustentándose en la seguridad del conocimiento como algo equivalente a la voluntad: tanto quiere el resultado quien lo busca como quien se lo representa como seguro de producirse y, en el dolo eventual, expandiendo el concepto de lo querido: tanto se quiere lo que se busca a gusto como lo que se acepta a disgusto¹²³¹. Todas las doctrinas cognitivas niegan que la voluntad desempeñe algún papel en el dolo¹²³², o al menos algún papel preponderante¹²³³. En cualquier caso, del contraste entre las

podría haber evitado si se hubiera suspendido la acción. No obstante, desde otro punto de vista, estas cosas pueden denominarse involuntarias si el agente las deplora profundamente, pero se siente 'obligado', a pesar de ello, a persistir en las acciones intencionales. Toda acción intencional es además voluntaria, aunque, también las acciones intencionales pueden describirse como involuntarias desde otro punto de vista, como cuando uno lamenta 'haberlas' hecho de 'mala gana'. Pero, lo voluntario y no intencional también puede generar responsabilidad jurídica. Así, siempre que la acción emprendida sea voluntaria no sólo seremos responsables por la acción realizada con la intención de producir algo, sino también por todas aquellas consecuencias que de ella se derivan, y que siendo previsibles, no sean queridas. Cfr. MOSTERÍN, "Introducción", en *Intención* (ANSCOMBE), 1991, p. 10.

¹²³⁰ El elemento volitivo no forma parte del tipo subjetivo de forma autónoma, sino del comportamiento que le da origen. Así, BACIGALUPO ZAPATER, "Problemas actuales del dolo", en *Homenaje al Dr. Rodríguez Mourullo*, 2005, p. 70, critica a la teoría volitiva del dolo, señalando que en el dolo directo de segundo grado y en el dolo eventual la voluntad se trata simplemente de un "fenómeno psíquico acompañante" (ya sea como ratificación de la realización del tipo, o como indiferencia). También rechazan los elementos volitivos como parte del dolo, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2010 (2ª ed.), p. 649: "La voluntariedad no es un elemento del dolo, sino un elemento de la acción, común, por tanto, a los delitos dolosos e imprudentes"; RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, 1999, pp. 31, *passim*; FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983, pp. 268 y ss., *passim*. Una matizada defensa a favor de la doctrina volitivista en LUZÓN PEÑA, *Curso de Dp, Pg*, 1996, p. 413, quien señala que el elemento volitivo sólo ha de darse respecto del comportamiento típico, dejando el conocimiento para los restantes elementos del tipo penal. Se refiere a que un concepto de dolo plausible es aquel que pueda "incluir algún tipo de elemento volitivo y algún tipo de componente cognoscitivo", evitando la normativización extrema del mismo, ORTÍZ DE URBINA GIMENO, "¿Dolo como reproche?", *RPD*, 2013, p. 360. En el sistema angloamericano, la regulación de la definición del *purpose* en la *Section 2.02 (2a)* del *MPC* sólo distingue la *intention* en relación con la conducta y el resultado, pero, en relación con las circunstancias concurrentes se exige que el sujeto sea consciente, se represente, crea, o simplemente espere que éstas concurran.

¹²³¹ En contra de entender que el consentir o el conformarse puedan equipararse a la voluntad, RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, 1999, p. 57; KINDHÄUSER, "Der Vorsatz als Zurechnungskriterium", *ZStW*, 1984, pp. 23 y ss.

¹²³² Así, desde la teoría de la representación, FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983, pp. 24 y ss., 99 y ss. [también en "Riskanter Geschlechtsverkehr eines HIV Infizierten als Straftat? BGHSt 36.1", *JuS*, 1990, pp. 367 y ss.]; desde la teoría de la posibilidad, JAKOBS; y, desde la teoría de la probabilidad, PUPPE, HERZBERG, KINDHÄUSER.

¹²³³ Para algunos cognitivistas entre el conocimiento y la voluntad existe una relación de interdependencia (*Abhängigkeitsverhältnis*), esto es de implicación (*Implikationsbeziehung*), por cuanto sería absurdo creer que el sujeto sabiendo lo que hace diga que no ha querido hacerlo. Así, HRUSCHKA, "Über Schwierigkeiten mit dem Beweis des Vorsatzes", en *FS für Kleinknecht*, 1985, p. 192 [= "Sobre la difícil prueba del dolo", en *Imputación*

concepciones volitiva y cognitiva se advierte que tanto una como otra precisan del conocimiento como elemento básico del dolo, pero sólo la primera añade un segundo momento de voluntad. En tal sentido, un volitivista-normativo como HASSEMER reconoce que “no se puede concebir una voluntad vacía de contenido”¹²³⁴, es decir, sin conocimiento, pues sólo se puede *querer lo que el sujeto conoce* (el *nihil volitum quin praecognitum* de la filosofía escolástica¹²³⁵)¹²³⁶. El “plus volitivo” en el dolo se explica para las versiones más psicologizadas como una voluntad concreta de realización del tipo¹²³⁷ y para las versiones más o menos normativizadas, como una voluntad consciente dirigida a la realización de los elementos del tipo penal¹²³⁸, o como una decisión dirigida hacia la lesión del bien

y *Dp*, 2005, pp. 146-147]. Para este autor, siempre que un sujeto realiza una conducta bajo determinadas circunstancias, conociendo su conducta y las circunstancias, quiere realizar tanto la conducta como las circunstancias en cuestión. En otras palabras, quien es consciente de lo que hizo no puede sostener que no quiso lo que hizo, porque ello sería incurrir en una auto-contradicción pragmática (*einen pragmatischen Selbstwiderspruch*), que impediría al juez aceptar la versión exculpante del sujeto. En todo caso, no se niega que el dolo contenga un elemento volitivo, sino que exista igualdad de rango entre el saber y el querer. A mi entender, para esta versión, sólo sería posible admitir el no-querer en los casos en que el sujeto confiaba razonablemente en la no producción del resultado, o cuando realizó actos de evitación del resultado (*à la Kaufmann*).

¹²³⁴ Cfr. HASSEMER, “Kennzeichen des Vorsatzes”, en *GS für Armin Kaufmann*, 1989 [= “Los elementos característicos del dolo”, *ADPCP*, 1990, p. 927]. Por su parte, KARGL, *Der strafrechtliche Vorsatz*, 1993, p. 52, no sólo asume que no puede existir una voluntad vacía –no se puede querer lo que no se conoce–, sino que tampoco puede existir un conocimiento vacío, esto es, sin emociones, o valoraciones. Entre nosotros, DÍAZ PALOS, *Dolo penal*, 1945, p. 23, señalaba que podía haber consciencia sin voluntad, pero no voluntad sin consciencia. Recientemente, BACIGALUPO ZAPATER, *Teoría y práctica*, 2009, p. 535.

¹²³⁵ Con esta cita, DÍAZ PALOS, *Dolo penal*, 1945, p. 8. Sobre las expresiones “*Nihil volitum nisi praecognitum*” y “*voluntas non fetur in incognitum*”, PECORARO-ALBANI, *Il dolo*, 1955, p. 177. En filosofía, el adagio *nihil volitum nisi cogitatum* forma parte de las verdades necesarias. Cfr. VON HILDEBRAND, *¿Qué es filosofía?* 2000, pp. 66 y s., 68.

¹²³⁶ Similares conclusiones en lo angloamericano, SISTARE, *Responsibility and criminal liability*, 1989, pp. 120 y ss. Para esta autora, la conducta llevada a cabo con intención presupone un cierto grado de conocimiento de las circunstancias acompañantes y de la relación causal que hacen necesario tenerlo en cuenta.

¹²³⁷ Para WELZEL el dolo, en sentido técnico penal, consiste en la voluntad de acción dirigida a la realización del tipo de un delito. Así, WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 1969 (11ª ed.), § 13, pp. 64-65 [1970, p. 95]. También PRITTWITZ, “Die Ansteckungsgefahr bei AIDS”, *JA*, 1988, p. 496, requiere una actitud (interna) respecto de la realización del tipo. Sobre la crítica a la teoría finalista respecto de la identidad (o paralelismo) entre la voluntad de la acción y dolo, véase HERZBERG, “Gedanken zur finalen Handlungslehre”, en *Symposium zum 75. Geburtstag von Prof. Kunert*, 2006, pp. 16 y ss.

¹²³⁸ En esta línea, JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch, AT*, 1996 (5ª ed.), § 29, punto IV, pp. 304-305 [2002, pp. 326-327]. También MIR PUIG, *Dp, Pg*, 2011 (9ª ed.), pp. 268-269 (“el dolo es la *voluntad consciente* resultante, sin 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”). La diferencia, con el planteamiento de este autor, es que para él el objeto del conocimiento típico (el tipo penal) se convierte en objeto de la voluntad; lo que considero innecesario.

jurídico¹²³⁹, o una decisión por el injusto (o a favor del injusto)¹²⁴⁰, o como un posicionamiento desleal del autor frente al Ordenamiento Jurídico¹²⁴¹, o como un actitud anímica de enemistad hacia el bien jurídico¹²⁴².

2. En este trabajo se asume que la *voluntariedad* es el requisito básico que ha de reunir todo comportamiento humano para interesarle al Derecho penal¹²⁴³ y, como tal, es común a los

¹²³⁹ El criterio de la “decisión por la posible lesión del bien jurídico (*Entscheidung für die mögliche Rechtsgüterverletzung*) fue propuesta por ROXIN como criterio delimitador del dolo eventual y la imprudencia consciente, pero, actualmente, ya es un criterio que identifica a cualquier clase de dolo. Cfr. ROXIN, “Zur Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit”, *JuS*, 1964, p. 58 [también en *StrafR, AT*, 2006 (4ª ed.), § 12, nms. 6, 23, pp. 438, con nota al pie 4, 446 (1997, pp. 416, nota al pie 3, 425)]. En sentido general, para este autor el dolo típico (*Tatbestandsvorsatz*) es el dolo dirigido a la realización del tipo, esto es, la realización del plan (*Planverwirklichung*) del autor considerado desde un punto de vista objetivo. Cfr. ROXIN, *StrafR, AT*, 2006 (4ª ed.), § 12, nms.1, 6, pp. 436, 438 [1997, pp. 414, 416-417]. También asume como criterio general del dolo la “realización del plan del autor”, BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Dp*, 1994 (4ª ed.), p. 313. Emplean como criterio general del dolo la decisión en contra del bien jurídico, o la decisión por la lesión del bien jurídico, tanto autores volitivistas, como cognitivistas. Como volitivistas, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, “El concepto ‘significativo’ de dolo”, en *Problemas actuales del Derecho penal*, 2008; DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, 1994; HASSEMER, “Kennzeichen des Vorsatzes”, en *GS für Armin Kaufmann*, 1989, pp. 295 y ss. [= “Los elementos característicos del dolo”, *ADPCP*, 1990, pp. 916 y ss.]; PHILIPPS, “*Dolus eventualis*”, *ZStW*, 1973, pp. 27 y ss. Como cognitivistas, BRAMMSEN, “Inhalt und Elemente des Eventualvorsatzes”, *JZ*, 1989, p. 79; ZIEGERT, *Vorsatz, Schuld und Vorverschulden*, 1987, pp. 84 y ss.; FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983, pp. 111 y ss., 498 [en esta línea, FEJOO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, 2002, se refiere a la decisión por la realización del tipo como una infracción al deber jurídico de evitar].

¹²⁴⁰ “*Vorsatz ist Entscheidung für das Unrecht*”: HASSEMER, “Kennzeichen des Vorsatzes”, en *GS für Armin Kaufmann*, 1989, p. 309 [= “Los elementos característicos del dolo”, *ADPCP*, 1990, p. 931]. Similarmente SCHROTH, *Vorsatz*, 1994, pp. 64 y ss., desde lo que llama la “apropiación de las circunstancias del hecho constitutivas del injusto” (*Vorsatz als Aneignung der Unrechtsmkonstitutiven Merkmale*). Entre nosotros, SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, 2005, p. 74, se refiere a una “decisión contra la norma que prohíbe afectar el objeto de bien jurídico”.

¹²⁴¹ Como es bien conocido, fue JAKOBS quien definió el dolo como un defecto volitivo (motivacional) del autor, que revela un déficit de fidelidad al Derecho. Cfr. JAKOBS, “Über die Behandlung von Wollensfehlern und von Wissensfehlern”, *ZStW*, 1989, pp. 516-537 [= “Sobre el tratamiento de los defectos volitivos y de los defectos cognitivos”, en *Estudios de Dp*, 1997, pp. 127-146]. También TIMPE, *Beiträge zum StrafR*, 2014, pp. 12 y ss.; PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012; LESCH, *Der Verbrechensbegriff*, 1999. Entre nosotros, MAÑALICH, “El delito como injusto culpable”, *RD*, 2011. La línea inaugurada por JAKOBS es también compartida por autores, que incluso no comparten el modelo unitario del injusto culpable. Así, PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, 2011, pp. 133 y ss. (que prefiere la expresión “apartamiento más intenso de la regla jurídica” en los casos dolosos); RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, 1999, pp. 166 y ss.

¹²⁴² Cfr. SCHÜNEMANN, “De un concepto filológico a un concepto tipológico de dolo”, en *Temas actuales*, 2002, pp. 105-106, (el criterio anímico de enemistad hacia el bien jurídico y al criterio fáctico del dominio del hecho, configuran las dos referencias normativas del dolo).

¹²⁴³ La exigencia del requisito de la voluntariedad del comportamiento es universalmente aplicada. Cfr. ROBINSON (Paul), “Should the criminal law abandon the actus reus-mens rea distinction?”, en *Action and value*, 1996, p. 195. Desde el pensamiento kantiano se refiere a la volición como el mínimo imponderable de la imputación (capacidad de control y dirección de la conducta), SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación y teoría del delito*, 2008, pp. 440 y ss., 521, *passim*.

delitos dolosos y a los imprudentes, es decir, al comportamiento realizado con conocimiento típico y al comportamiento llevado a cabo bajo una creencia errónea típica¹²⁴⁴. Así, la voluntad tiene como objeto exclusivamente la realización de un determinado comportamiento controlable o dominable por el sujeto. Esto es, como se manifestó en párrafos anteriores, la voluntad puesta al servicio del control del propio comportamiento, dirigido a la materialización de una acción determinada, como el disparar, el revelar un secreto o el omitir lanzar un salvavidas. Por eso, la voluntad del comportamiento es neutra, ya que no necesita del conocimiento típico del desvalor social de la conducta, así como éste no necesita que le acompañe una voluntad desvalorada¹²⁴⁵.

3. Cuatro razones cruciales se pueden alegar además de por qué la voluntad no forma parte del dolo. (a) Una *razón positiva*: el error típico excluye el conocimiento típico, no la voluntad. (b) Una *razón clasificatoria*: la voluntad no explica adecuadamente todas las formas de dolo. (c) Y una *razón sistemática del tipo penal*: la voluntad no juega ningún papel en relación con los elementos del tipo penal más allá de la conducta.

3.a. *Razón positiva*: como causas de exclusión del conocimiento típico los Códigos penales regulan el error de tipo, justamente porque la naturaleza intelectual del error desplaza sólo al conocimiento y no a la voluntad. Si el dolo realmente consistiera, como lo argumenta algún sector de la doctrina, en conocer y querer ¿por qué no existen además causas de exclusión de la voluntad típica¹²⁴⁶?¹²⁴⁷. ¿Por qué el legislador no contempló, por ejemplo, como causas de exclusión de la voluntad del dolo lo que la doctrina conoce como la confianza en la no producción del resultado o la voluntad de evitación del resultado, o por qué no una especie de voluntad negadora del tipo indirectamente proporcional a la

¹²⁴⁴ Cfr. RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, 1999, p. 31.

¹²⁴⁵ Sobre el papel innecesario de la voluntad en el dolo, KINDHÄUSER, “Der Vorsatz als Zurechnungskriterium”, *ZStW*, 1984, p. 23. En sentido contrario, distingue la voluntad de la conducta y la voluntad del dolo, DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, 1994, p. 167.

¹²⁴⁶ Las causas de ausencia de la voluntad de la acción (actos reflejos, inconsciencia y fuerza física irresistible) no se refieren a la voluntad típica, sino a la voluntariedad neutra de la acción.

¹²⁴⁷ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2010 (2ª ed.), pp. 649-650, con nota al pie 390; FELIJO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, 2002 [también en “La distinción entre dolo e imprudencia”, *CPC*, 1998, p. 278]; MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, 2001 [también en “La cuadratura del dolo”, en *Homenaje al Dr. Rodríguez Mourullo*, 2005, p. 736]; RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, 1999, p. 165 [también en “Consideraciones sobre la prueba del dolo”, *LL*, 2002, p. 1892]. Igual consideración en relación con el conocimiento de la antijuridicidad hace en sede del error de prohibición, WARDA, “Schuld und Strafe beim Handeln mit bedingtem Unrechtsbewusstsein”, en *FS für Welzel*, 1974, pp. 524 y ss.

intensidad del conocimiento? De este modo, si la voluntad de realizar el tipo penal es un elemento esencial para definir el dolo y para castigarlo, ¿por qué la voluntad de no realizar el tipo penal no se define como un elemento de neutralización del dolo que lleve a eximirlo de castigo?¹²⁴⁸.

3.b. *Razón clasificatoria*: la voluntad no explica adecuadamente todas las formas de dolo, de modo que no puede concebirse como el elemento nuclear. En consecuencia, que la voluntad no juega ningún papel en el dolo se advierte sobre todo en las dos formas menores, del dolo de consecuencias necesarias¹²⁴⁹ y del dolo eventual¹²⁵⁰. Los usos impropios, extensivos y debilitados de la voluntad en el dolo de consecuencias necesarias y el dolo eventual no son más que ficciones previstas para encajar con calzador un elemento en dos modalidades de dolo que la rechazan por su naturaleza. “Querer aunque sea a regañadientes”, “querer a pesar de que el resultado le desagrade al sujeto” o “querer a modo de resignación” son fórmulas que más que explicar la extensión del elemento volitivo revelan una no voluntad.

3.c. *Razón sistemática del tipo penal*: lo que todas las teorías explicaban muy bien de la voluntad en relación con la acción y el resultado, no lo logran explicar respecto de los restantes elementos típicos, como la edad de la víctima, la cualidad profesional del sujeto activo, la naturaleza de la cosa (ajenidad, dominio privado, dominio público, especies protegidas, etc.), etc. En efecto, el objeto de la voluntad sólo puede venir dado por la realización de algún comportamiento o la producción de algún resultado. Así, respecto del delito de hurto resultaría imposible concluir que el sujeto *quiere* la circunstancia de que la cosa sea ajena o en delito de aborto sostener que el médico *quiere* que la mujer se encuentre embarazada¹²⁵¹. En tales casos, lo único que el sujeto puede llegar a querer es el llevar a

¹²⁴⁸ Igual pregunta puede hacerse en relación con la intención: si la intención en realizar el tipo, aun unida a un conocimiento de la baja probabilidad de la producción del resultado, lleva a castigar el hecho como doloso, ¿por qué la intención en no realizar el tipo, unida a un conocimiento de la baja probabilidad de la no producción, no lleva a eximir el hecho de un castigo doloso? La doctrina sólo admitiría que a una no-intención unida a la alta probabilidad de la no producción del resultado se le podría eximir del castigo doloso, e imponer el imprudente.

¹²⁴⁹ También JAKOBS, *Dp, Pg*, 1997 (2ª ed.), p. 325.

¹²⁵⁰ También FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983, p. 24; JAKOBS, *Dp, Pg*, 1997 (2ª ed.), p. 325.

¹²⁵¹ Cfr. VON LISZT, *Tratado de Dp*, 1925 aprox. (3ª ed.), t. II, p. 410, nota al pie 2. También SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2010 (2ª ed.), p. 626; SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, 2005, pp. 157 y ss.; RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, 1999, pp. 32, 165-166; GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios de Dp*, 1990 (3ª

cabo la conducta de apoderamiento de la cosa ajena o la interrupción del estado de gestación de la mujer encinta, con conocimiento del desvalor social del hecho.

II.II.5.b.ii. La falacia de la intención como la forma más grave de dolo

1. En la dogmática del dolo el elemento de la voluntad ha estado destinado a explicar por sobre todas las cosas su relación con el comportamiento, pero también su relación con el resultado, sobre todo en aquellas acciones queridas en las cuales existía un pronóstico de resultado no querido¹²⁵². Pero, para las acciones queridas dirigidas a producir un resultado querido se destinó la palabra intención, esto es, cuando el sujeto actuaba queriendo realizar la conducta y buscando la realización de un resultado determinado¹²⁵³. Estos son los supuestos de dolo directo de primer grado, que se imputan sobre la base de una intención acompañada incluso por un conocimiento sobre la baja probabilidad de producción del resultado. Para comprender mejor cómo opera la intención como voluntad dirigida hacia la realización o producción de algo, me he de detener un momento en el concepto de intención¹²⁵⁴. De la intención como el propósito puesto en acción hay que destacar que no todo lo que nos proponemos es intención en el sentido estricto de la palabra. En efecto, no podemos intentar cualquier acción, aunque podamos querer en un sentido muy amplio de la palabra cualquier cosa, porque hay límites a lo que nos proponemos realizar. Con esto, la intención equivale a la voluntad en su sentido más estricto (como algo con capacidad de realización)^{1255/1256}, porque en un sentido amplio, por voluntad también se entienden las

ed.), p. 243, nota al pie 8 (citando a *Engisch*, 1930); FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983, pp. 381 y ss.; SCHMOLLER, "Das voluntative Vorsatzelement", *ÖJZ*, 1982, pp. 262 y ss.

¹²⁵² Sobre la distinción entre querer el "comportamiento" (movimiento corporal) y querer el "resultado", LÖFFLER, "Die Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit", *ÖZSt*, 1911, p. 149.

¹²⁵³ Cfr. VON WICK, "Beiträge zur richtigen Auffassung des Wesens des Vorsatzes", *ACR*, 1857, p. 579, quien señalaba que la intención (*Absicht*) sólo puede quedar referida al resultado del delito. Bien distinguen, JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch, AT*, 1996 (5ª ed.), § 29, punto II.2, p. 294 [2002, p. 315], que "hay que tener en cuenta que el resultado típico sólo integra el contenido de la voluntad en la intención ('Absicht'), mientras que en el dolo directo y eventual dicha voluntad se limita a la ejecución de la acción típica que pone en peligro el objeto de la acción". Con ello, "el elemento volitivo del dolo consiste en la resolución dirigida a la realización de la acción típica y en la ejecución de tal decisión; en la intención ('Absicht') también estriba en alcanzar el resultado típico". También MAURACH, *Tratado de Dp*, 1962, § 22, punto III, p. 314, definió la intención como la "dirección de la voluntad trascendente al resultado típico".

¹²⁵⁴ También CÓRDOBA RODA, *El conocimiento de la antijuricidad*, 1962, pp. 64, 67, diferenció entre la voluntad (acción) y la intención (causación del resultado). Ya antes, GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, *El Código penal de 1870*, 1923 (3ª ed.), pp. 11 y ss.

¹²⁵⁵ Como se ha manifestado anteriormente, desde la filosofía hildebrandiana se enseña que la voluntad es el querer referido a una situación todavía no realizada, pero que tiene potencia de hacerse real. No obstante, en un

meras esperanzas y deseos (que pueden quedar referidos a lo imposible)¹²⁵⁷. Una primera limitación es el tiempo. Sólo podemos intentar acciones presentes y futuras, pero no podemos intentar algo pasado¹²⁵⁸ -al menos no en el actual estado de la ciencia-. Otra limitación son nuestras capacidades de control o de interferencia en el decurso de las cosas. Sólo podemos intentar aquello en lo que podemos intervenir y modificar con nuestra acción, produciendo un evento¹²⁵⁹. También existe una tercera limitación, la realidad. No todo lo que podemos intentar según nuestras capacidades es posible que se realice. Así, ni el más experto tirador podría acertar disparando hacia la luna. En este último sentido, en filosofía suele hablarse de la necesaria dosis de agnosticismo epistemológico con la que debemos contar en nuestros proyectos, como límite negativo: no todo es posible, porque las posibilidades están restringidas por la naturaleza de las cosas y por determinadas leyes¹²⁶⁰ (así como también limitadas por nuestro propio conocimiento). Esto nos lleva a conducirnos en nuestros juicios de posibilidad en términos naturalmente hipotéticos. Si, como sugiere SEARLE, sólo puede tener un deseo quien puede satisfacerlo, entonces, sólo pueden considerarse posibles de producirse aquellos efectos generados en una intención realizadora. El requisito de partida de una intención realizadora es que cuente con circunstancias apropiadas, que son las condiciones de satisfacción. Para SEARLE cualquier forma

sentido amplio, también forma parte de la voluntad aquello que uno quiere y que no tiene capacidad de realizarse; y a lo que comúnmente se le denomina *deseo*.

¹²⁵⁶ Recordemos que para WELZEL la voluntad final debía tratarse de una voluntad concretizadora, con capacidad de incidir en el curso causal; una posibilidad de influir sobre el acontecer real asignada por el autor. Cfr. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 1969 (11ª ed.), § 13, p. 66 [1970, p. 97]. Pero he de aclarar, que para este autor, la voluntad capaz de realizar el tipo penal se gobernaba por un criterio subjetivo, no objetivo (de allí que *Thyrén* sea castigado por dolo directo de primer grado). En este sentido, para WELZEL, aquello, que de acuerdo con la opinión del sujeto quedaba fuera de su posibilidad de influencia, podía ser esperado o deseado, como encadenamiento causal con su acción, pero no podía significar querer realizarlo.

¹²⁵⁷ Cfr. MOSTERÍN, *Racionalidad*, 1987 (2ª ed.), pp. 148, 177 (la intención se diferencia de los deseos, que pueden referirse a ideas imposibles). En la dogmática del dolo, ENGISCH, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit*, 1930, pp. 157 y ss., 163, 226, también distingue la intención del deseo, desde un punto de vista jurídico-penal. Mientras que la intención es la voluntad de realizar el resultado desde un juicio de probabilidad objetiva adecuado, el deseo es simplemente una voluntad sin probabilidad objetiva (o con probabilidad subjetiva sin base real). Siguiendo el modelo finalista de WELZEL (que hacía referencia a una voluntad realizadora subjetivamente), parece no exigir ninguna condición de “posibilidad” objetiva a la voluntad, bastando su mera manifestación, SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, 2005, pp. 42, 62-63, 153 y ss. Para este autor, lo único a reprochar será la decisión de la voluntad (finalidad que incluirá un resultado), y nada que sea externa a ella (como la causalidad, o la producción del resultado). Pero, ello no impide que el juicio de desvalor de la conducta no tenga en cuenta el grado de posibilidad de afectación del objeto del bien jurídico.

¹²⁵⁸ Cfr. MOSTERÍN, *Racionalidad*, 1987 (2ª ed.), p. 148.

¹²⁵⁹ Cfr. MOSTERÍN, *ibidem*.

¹²⁶⁰ Cfr. BUNGE, *Diccionario de filosofía*, 2005 (3ª ed.), p. 4 (voz “agnosticismo”).

intencional presupone ciertas formas funcionales de hacer las cosas y a la vez ciertas clases de saber cómo funcionan las cosas¹²⁶¹. Por eso, la intención del sujeto que no cuenta con condiciones de satisfacción (de realización) será un mero deseo, y no tendrá el suficiente efecto como para suplantar a las leyes causales¹²⁶². Por ejemplo, el disparador a la luna, desafía las leyes causales en condiciones epistemológicamente irrealizables como para producir el efecto buscado (alcanzar a la luna). De este modo, si el sujeto sabe prácticamente a ciencia cierta que las probabilidades objetivas de causar un resultado lesivo son nulas a la luz de las leyes del mundo, entonces, su intención dirigida al resultado no puede ser entendida más allá de un plan ingenuo, esperanzas o meros deseos. Por el contrario, si el sujeto incluye en su voluntad aquello que él entiende que puede realizar o que puede controlar dentro de sus posibilidades, entonces se tratará de una voluntad de realización y no de un mero deseo¹²⁶³. Por eso, para sostener que concurre una intención sería habrá que estarse al grado de conocimiento concurrente en el autor, de base epistémicamente racional¹²⁶⁴, porque no cualquier representación puede ser tenida en cuenta como para una verdadera intención. En palabras resumidas, mientras que la intención en su sentido más estricto, pero también en un sentido amplio, encierra condiciones de realización, la voluntad, en su sentido amplio, no lo exige¹²⁶⁵: podemos querer tocar el cielo con las manos y eso será voluntad, pero no intención, porque podremos realizar la conducta de extender los brazos hacia arriba, pero no existe probabilidad alguna de alcanzar a tocar el cielo.

2. Tanto la doctrina volitivista como la cognitivista dan un juego privilegiado a la intención en el dolo directo de primer grado¹²⁶⁶. El problema que presenta el concepto de dolo directo de primer grado basado en la intención es que al desplazar el conocimiento sobre el grado de la probabilidad de la producción del resultado a un segundo plano, y sustentar todo el

¹²⁶¹ Cfr. SEARLE, *Intencionalidad*, 1992, pp. 35-36, en donde las condiciones de satisfacción dependen de la red y el trasfondo del sujeto.

¹²⁶² Igualmente, MOSTERÍN, *Racionalidad*, 1987 (2ª ed.), pp. 148, 177.

¹²⁶³ En este sentido, OTTO, *Grundkurs StrafR*, 2004 (7ª d.), § 7, nm. 26, p. 82.

¹²⁶⁴ Cfr. PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, 2011, p. 253.

¹²⁶⁵ Que la voluntad sea el factor subjetivo formativo de la conducta humana no significa que ha de identificársela con la intención. Así, PECORARO-ALBANI, *Il dolo*, 1955, p. 261.

¹²⁶⁶ Advierte sobre la desmesurada importancia de la intención en el dolo directo de primer grado, MOLINA FERNÁNDEZ, *Responsabilidad jurídica y libertad*, 2002, p. 26, nota al pie 11, p. 169, nota al pie 177 [antes ya en *Antijuridicidad penal*, 2001, p. 708]. Recientemente, reconoce que el dolo abarca desde “los casos de auténtica intención hasta aquellos supuestos en los que el sujeto simplemente se representa el riesgo de realización típica”, RAGUÉS I VALLÈS, “Mejor no saber”, *Discusiones*, 2013, pp. 17, 34.

desvalor del hecho en la intención, termina admitiendo la modalidad de dolo más grave también allí donde sólo concurre un conocimiento de un riesgo leve o de un resultado remoto (como en el famoso caso *Thyrén*)¹²⁶⁷. El concepto de intención que caracteriza a esta modalidad de dolo es la intención como propósito puesto en acción, esto es, la dirección de la voluntad hacia la realización de alguna acción o hacia la producción de algún evento¹²⁶⁸, que, por eso mismo, le imprime al hecho un sentido expresivo de mayor intensidad que las otras modalidades de dolo y que la imprudencia. Debido al mayor protagonismo de la voluntad en todas las modalidades de dolo, para la doctrina volitivista el dolo directo de primer grado ha sido entendido como el prototipo de dolo¹²⁶⁹, como *el paradigma de la realización voluntaria del tipo penal*¹²⁷⁰. Por el contrario, para las doctrinas cognitivistas, el prototipo de dolo o dolo básico lo es el dolo eventual, pasando a ser el dolo directo de primer grado una especial forma agravada de dolo¹²⁷¹. En todo caso, lo común a estas dos concepciones es que en el dolo directo de primer grado, la intención por sí sola no puede suplantar una ínfima probabilidad, o una inidónea posibilidad de producir el resultado, sino que se precisa de una mínima base de control sobre el riesgo como objeto del conocimiento;

¹²⁶⁷ Así, para WELZEL resultaba indiferente si el autor se representaba que la consecución del fin que él se propuso resultaba seguro o sólo posible de producirse, pues lo que importaba era que él lo haya previsto como finalidad (siempre que hubiera una mínima capacidad de incidir en el acontecer causal). Por esta razón, WELZEL llegó a resolver el llamado “caso del tirador inexperto” como un supuesto de dolo; pues la intención también puede quedar referida a un fin cuya consecución el autor se lo representa como incierto: “quien pretende matar a un hombre de un tiro desde gran distancia, tiene voluntad homicida, aunque sólo le otorgue a su disparo una muy pequeña chance de alcanzar al otro”. Cfr. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 1969 (11ª ed.), § 8, p. 67 [1970, p. 98]. En el mismo sentido, SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, 2005, pp. 146-147, que aun desde una graduación intelectualista del dolo, define el dolo directo de primer grado (o intención) como el dolo en donde el autor persigue la realización del tipo incluso bajo serias dudas de poder alcanzar efectivamente su meta; también CEREZO MIR, *Curso de Dp español*, 1998 (6ª ed.), p. 138 (cuando concurre intención basta con que el sujeto juzgue como no “absolutamente improbable” la producción del resultado).

¹²⁶⁸ Cfr. MOSTERÍN, *Racionalidad*, 1987 (2ª ed.), pp. 148-149. También ANSCOMBE, *Intención*, 1991, p. 62, define la intención sobre la base de aquello que la persona pretende o escoge. SEARLE, *Intencionalidad*, 1992, pp. 17-18-19, define la intencionalidad como direccionalidad, y que es propiedad de algunos estados o eventos mentales en virtud de la cual éstos se dirigen *a*, o son *sobre* o *de*, objetos o estados de cosas del mundo (como las creencias, temores, esperanzas y deseos, pero no así, el nerviosismo o la ansiedad, que no son intencionales). Este autor todavía distingue entre la intención de hacer algo, y la intencionalidad. La intención de hacer algo es sólo eso, y como tal forma parte de la intencionalidad, junto a las creencias, deseos, etc.

¹²⁶⁹ Cfr. ROXIN, *StrafR, AT*, 2006 (4ª ed.), § 12, nm. 23, con nota al pie 28, p. 446 [1997, p. 425]; ENGISCH, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit*, 1930, pp. 141.

¹²⁷⁰ Cfr. SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, 2005, p. 149.

¹²⁷¹ Cfr. PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, 2011, pp. 564, 818 (el dolo como intención es un dolo calificado; el dolo básico es el dolo eventual). También así, FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983, pp. 496, 498 y ss. (la intención y el saber certero son supuestos agravados de dolo en donde la decisión por la lesión del bien jurídico se revela de modo mucho más evidente).

ya sea relativa a la probabilidad de producción del resultado¹²⁷², la idoneidad de la conducta¹²⁷³ o lo que actualmente se exige como criterio de la imputación objetiva: un riesgo jurídicamente relevante¹²⁷⁴. Por ende, cualquier conducta realizada con un conocimiento de la probabilidad o seguridad de la producción del resultado contendrá un mayor desvalor de acción que cualquier conducta realizada con la intención de producir el resultado, pero en condiciones de baja o nula probabilidad¹²⁷⁵.

3. Teniendo en cuenta lo dicho hasta aquí se pueden enunciar las dos razones más esenciales de por qué la intención no forma parte del dolo. (a) Una *razón normológica*: el resultado ya no es el eje de la norma de conducta. (b) Y *razones para un juicio de imputación de base liberal*, que se sustenta en los siguientes argumentos: (b.i) el conocimiento es lo único intersubjetivizable, no así la intención; (b.ii.) la intención no influye en el desvalor social del comportamiento en el momento de determinar judicialmente la medida de la pena, sino sólo el conocimiento; (b.iii) la intención se desvalora sólo de forma genérica en el nivel legal de la previsión del tipo penal.

3.a. *Razón normológica*: el resultado ya no es el eje de la norma de conducta respecto del cual enlazar el elemento subjetivo de la intención. Si las normas primarias cumplen una función directiva, determinativa u orientativa de la conducta humana, éstas habrán de estar enlazadas a la subjetividad de la persona, es decir, a alguna dimensión de su libertad, como lo es la voluntad de la acción y el conocimiento del tipo. Como es bien sabido, en las teorías volitivistas, la voluntad o la intención del dolo tomaban como punto

¹²⁷² Cfr. ENGISCH, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit*, 1930, pp. 141 y ss. Exigiendo un mínimo de probabilidad, LACMANN, “Über die Abgrenzung des Vorsatzbegriffes”, *GA*, 1911, p. 121.

¹²⁷³ Cfr. ENGISCH, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit*, 1930, pp. 141 y ss., 150 y ss. Al exigir algún grado de idoneidad (real) en la conducta para realizar el tipo, este autor considera inidóneas tanto aquellas conductas, llamémosle aquí ingenuamente peligrosas (basadas exclusivamente en una probabilidad subjetiva sin base real), como aquellas conductas adecuadas socialmente (por eso no es idóneo para matar mandar al tío rico al bosque durante una cruda tormenta). Ambos supuestos son de comportamientos objetivamente inidóneos para producir el resultado típico.

¹²⁷⁴ Cfr. ROXIN, *StrafR, AT*, 2006 (4ª ed.), § 12, nm. 8, p. 439 [1997, p. 418]. Para este autor la representación de la posibilidad de la producción del resultado ha de alcanzar el grado de riesgo jurídicamente relevante.

¹²⁷⁵ Con esta misma consideración, SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, 2005, p. 140: “si el juicio de disvalor es emitido –como corresponde– únicamente en función de la relación entre *objeto de bien jurídico* y *decisión de acción*, y se prescinde, consecuentemente, de las actitudes ‘perversas’ que hayan podido enraizarse en la *motivación* de esa decisión, entonces, el disvalor de la *consciencia segura* tiene que ser, en verdad, el mayor disvalor hipotético posible: la *intención* que se atribuye a sí misma pocas posibilidades de realización tiene una relación más débil, con la afectación del objeto de bien jurídico, que la (hipotética) *seguridad* ‘sin intención’”.

de referencia al resultado, lo que se manifestaba con mayor claridad en sus diferentes clases. Así, en el dolo directo de primer grado, el dolo se definió desde la voluntad del sujeto en relación con el resultado que pretendía alcanzar. También se vio la voluntad allí en las consecuencias necesarias del dolo directo de segundo grado y, de modo más debilitado, bajo fórmulas como asentir o conformarse, se sobreentendió la voluntad en el dolo eventual. En otras palabras, una de las principales razones que condujo a sostener la intención como modalidad de dolo más grave fue el *mito* de la producción del resultado¹²⁷⁶. En efecto, en muchos casos de intención acompañada por un conocimiento de la baja probabilidad de producción del resultado se castigaba como conducta dolosa únicamente en la medida en que se producía dicho efecto. En estos supuestos, el resultado no sólo afirmaba la intención sino que tiraba por la borda el grado de certeza que el sujeto pudo haberse representado en relación con el resultado. La poca solidez del argumento de la intención en relación con la producción de las consecuencias se evidencia, también, cuando el resultado finalmente no se produce, puesto que hasta donde alcanzo a saber, no existe sector alguno de la doctrina que defienda que en tales supuestos el hecho se castiga por tentativa (que sería la solución consecuente).

3.b. Razones para un juicio de imputación de base liberal:

3.b.i *El conocimiento es lo único intersubjetivizable, no así la intención.* Como fenómeno racional, el conocimiento es el único de los estados psicológicos de las personas que pueden intersubjetivizarse de modo legítimo, es decir, que pueden adquirir identidad social¹²⁷⁷. No se puede intersubjetivizar la intención en el momento de imputar, porque no existe hombre medio que resista un análisis sobre un aspecto de la subjetividad demasiado personal. El conocimiento, precisamente por referirse a la verdad o esencia de la realidad da paso a una valoración intersubjetiva según la evidencia, esto es, permite revisar el grado de

¹²⁷⁶ Con esta crítica, SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, 2005, pp. 68 y ss. Este autor ha detectado que en la mayoría de casos “el resultado cumple con frecuencia una ‘función de reemplazo’: en lugar de la prueba del dolo, que tendría que constituir siempre (...) una consideración acerca de algo necesariamente sólo ‘subjetivo’ -aunque comprobable únicamente a partir de las manifestaciones exteriores de la *conducción* de la acción-, los jueces se conforman con la producción del resultado, que simplifica (arbitrariamente) todos los problemas”. En otras palabras, “si el autor alcanza el resultado, tiene dolo del resultado, o, al menos, tiene en su contra (...) una muy fuerte presunción de que *ha querido el resultado*, (...) si el autor no alcanza el resultado, no ha actuado con dolo, o, al menos, tiene en su favor una cierta presunción de que *no ha querido el resultado*”.

¹²⁷⁷ De hecho, así opera la teoría de los conocimientos mínimos que tanto la doctrina como la jurisprudencia defienden como la base del dolo. Hasta donde he logrado investigar no existe ninguna concepción que defienda algo así como las *intenciones mínimas* como la base del dolo.

racionalidad de las creencias individuales sobre determinados índices de probabilidad y a partir de allí estandarizar lo que se puede y debe conocer de determinadas realidades de cara a la lesividad, no así la intención que es una razón para la acción estrechamente relacionada con la motivación personal y, por ello, no referida a la verdad o esencia de la realidad, sino a lo que se espera de ella. En consecuencia, si sólo puede intersubjetivizarse a nivel de injusto el conocimiento y no las intenciones, sólo se podrá imputar lo intersubjetivable y no será factible imputar intenciones. El Estado sólo puede influir en la dimensión racional de las personas¹²⁷⁸. Como hemos visto, la norma de conducta se encuentra dirigida a la dimensión cognitiva del sujeto, sólo con una pretensión motivacional y no a la dimensión intencional¹²⁷⁹. Desde esta perspectiva es incorrecto defender que de la conducta dolosa se infiere una especial indiferencia del sujeto hacia el Ordenamiento Jurídico; lo máximo que puede inferirse a nivel de la tipicidad subjetiva es un conocimiento del desvalor social de la conducta emprendida por el autor. Cuando la norma nos indica que debemos abstenernos de obrar cuando conocemos que lo que hacemos contiene un dato de dañosidad social, es porque esto es más fácilmente evitable (dominable) por nosotros. En efecto, el Estado no puede exigir a que los ciudadanos no tengan la intención de realizar un hecho delictivo, castigándoles cuando de un hecho delictivo pueda inferirse tal intención, toda vez que las intenciones guardan una estrecha relación con un aspecto del íntimo querer que no puede condicionarse a una valoración social. Como contrapartida, sólo se podrá exigir que los ciudadanos conozcan los riesgos que conducen a resultados no tolerados socialmente y, dado el caso, se podrá exigir que se abstengan de realizarlos, pero no que no tengan la intención de hacerlo. La toma de postura del sujeto ante la realidad objetiva se trata de una

¹²⁷⁸ A diferencia de ADAMS/SHAVELL, “Zur Strafbarkeit des Versuchs”, GA, 1990, pp. 356 y ss., quienes sostienen que el costo de una *mejora de la voluntad* siempre es menor que el costo de una *mejora del conocimiento*. Por el contrario, a mi entender, el costo de una mejora del conocimiento es en la mayoría de casos un esfuerzo de menor entidad, teniendo en cuenta que la mejora de la voluntad hunde sus raíces en el más íntimo querer. Uno puede conocer, o perfeccionar su conocimiento más fácilmente que cambiar sus intenciones y deseos.

¹²⁷⁹ Desde otro planteamiento también advierte que en la teoría del dolo el concepto de intención es bien equívoca, SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, 2005, pp. 91-92. Este autor emplea la voz intención en el sentido de finalidad de lo que se está haciendo en tiempo presente; en consecuencia, por intención ha de entenderse “sólo aquel ámbito de la acción que es estrictamente voluntario (...)”, y que es lo que “puede ser objeto del juicio de (dis)valor”. De este modo, “no debería haber nada más ‘liberal’ que hacer depender por entero, de la decisión del autor, el objeto de referencia de la pregunta acerca de *qué debo hacer*”. “Desde este punto de vista, (...): la acción es una de aquellas que se quiere prevenir si la ‘intención’ del autor es alcanzar la meta que la norma (objetivamente) considera disvaliosa”. A mi entender, SANCINETTI legitima la referencia de la norma a la intención desde la finalidad del autor cuyo objeto sea una situación objetivamente desvalorada en aquélla.

respuesta teórica, basada en alguna clase de conocimiento y no, en cambio, en una respuesta volitiva o afectiva, como lo es la intención o la indiferencia. En la imputación subjetiva, el conocimiento es el único anclaje receptor de la norma primaria. Otra cosa será la imputación a nivel de la culpabilidad.

3.b.ii. *Razones para un juicio de imputación de base liberal: la intención no influye en el desvalor social del comportamiento en el momento de determinar judicialmente la medida de la pena, sino sólo el conocimiento.* Otra de las razones que se arguyen para un juicio de imputación de base liberal es que la intención no influye en el mayor desvalor social del comportamiento. Para identificar lo que se ha de imputar a título de dolo, primeramente habrá de descorrerse el “velo de la intención”, una especie de *espejismo de la expresividad del comportamiento intencionado*, porque ésta ya ha quedado lo suficientemente contemplada en los marcos penales dolosos de la Parte especial: la mayor expresividad del hecho intencional ya queda impresa en la dimensión legal de desvalor. Lo que ha de tenerse en cuenta, en el momento de determinar judicialmente la pena será exclusivamente el grado concurrente del aspecto cognitivo del tipo y no la intención. En efecto, dándose la misma intención en dos sujetos que se representan dos grados diferentes de riesgo, uno con certeza de la baja probabilidad y otro con certeza de la elevada probabilidad de producir el resultado¹²⁸⁰, el juez procederá a graduar la pena dentro del marco penal doloso. La intención sólo condicionará la aplicación de un delito doloso, y será el grado de conocimiento lo que condicionará la medida de la pena dentro de dicho marco. Esto significa que la intención por sí misma no altera el desvalor social del hecho más allá de lo que el sujeto conoce, ni más allá de la primera consideración general que realiza el legislador para distinguir las conductas intencionales como tipos dolosos y las no intencionales como tipos imprudentes. El concepto de intención que impera en el nivel de la previsión legal del tipo es un concepto genérico, entendido como la direccionalidad de la voluntad hacia la realización de un determinado comportamiento conociendo sus consecuencias. Todos los tipos dolosos tendrían esta misma estructura intencional, a diferencia de los imprudentes que se caracterizarían por la ausencia de intención. Al descorrer el velo de la intención en el momento de imputar subjetivamente conocimiento o error típicos se deja en evidencia que lo que cuenta para la imputación es la toma de postura

¹²⁸⁰ Si la intención fuera relevante para determinar la categoría de dolo agravado se incurriría injustamente en el mayor castigo de un sujeto que con intención asume con grado de certeza un riesgo remoto de muerte, que quien sin tener la intención conoce con seguridad la alta probabilidad de producción del resultado.

teórica del sujeto, su respuesta proposicional ante la realidad típica, y no su intención u estados anímicos¹²⁸¹.

3.b.iii. *Razones para un juicio de imputación de base liberal: la intención se desvalora sólo de forma genérica en el nivel legal de la previsión del tipo penal.* El desvalor de la intención es un capítulo que le corresponde al legislador que es quien determina sobre la base de criterios político-criminales la mayor o menor pena de los hechos intencionales, así como de los no intencionales¹²⁸². Es decir, la intención es uno de los criterios político-criminales de desvalorización general de los hechos. Por el contrario, las matizaciones en cuanto al conocimiento de la tipicidad, es un capítulo a cargo de la tarea de los jueces. Es en el primer nivel del discurso punitivo que se desvaloriza con mayor intensidad los comportamientos intencionales en relación con los no intencionales. Este primer nivel del discurso punitivo le pertenece al marco legal; se trata de un metanivel-general, no individual desde el cual se desvaloran la intención como razón para la acción que imprime mayor expresividad al comportamiento. Todos los hechos con trascendencia social poseen por ello un significado social, a veces útil, a veces inútil, a veces bueno, a veces malo; en todo caso, el significado social de los hechos se genera en un consenso social, desde el cual la sociedad atribuye sentidos (y sinsentidos) a tales hechos. Dentro de ese significado social la sociedad ya incluye, como objeto de valoración, las intenciones en general. Son estos significados sociales lo que el legislador contempla de modo genérico

¹²⁸¹ Parcialmente en el mismo sentido SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, 2005, pp. 156, 153-154. Para este autor, la intención no forma parte del injusto, esto es, no forma parte del disvalor de acción dolosa, sino que forma parte de la reprochabilidad. Es allí donde se desvalora el aspecto de la intención presente en el dolo directo de primer grado. Si se tuviera en cuenta sólo la intención del sujeto serían “los motivos egoístas o altruistas de una misma decisión de acción, o los sentimientos ante esta misma decisión” los que “determinarían si el autor obró dolosa o imprudentemente”. Al ilícito no le pertenece la “voluntad mala” del autor. “Dicho más brevemente, la voluntad valorada negativamente en el ilícito, es sólo la decisión *contra* el bien jurídico, sin computarse *por qué* tomó el autor esa decisión”.

¹²⁸² Por el contrario, para SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, 2005, p. 154, la intención no forma parte del ilícito, sino de la mayor reprochabilidad, de modo que su influencia sólo se puede dar en el ámbito de la determinación de la pena. Este autor entiende que “el ilícito no puede desvalorar la ‘mala intención’ en sí”, es decir, la “*diferencia de motivación* en el autor que toma la decisión contra el objeto de bien jurídico” no cumple ningún papel en el ilícito. Si “el propósito de la prohibición es la protección de bienes jurídicos, no puede ser que, por el mero hecho de ser *directo*, un dolo sea más grave (...) que otro ‘meramente eventual’”. En el ámbito del ilícito lo único relevante es “la consciencia sobre el grado de afectación del bien jurídico, en sí misma”; es este grado de afectación lo que determina que la conducta sea punible como dolosa. En todo caso dentro del marco penal del dolo el elemento “voluntario” o “motivacional” puede influir en el ámbito de la determinación de la pena, “como problema de mayor o menor reprochabilidad”.

para la redacción de los tipos penales¹²⁸³. Esto significa dar por entendido que, en los marcos penales de los delitos dolosos ya viene incluido todo el desvalor de la intención, como fundamento del mayor castigo del delito doloso frente al imprudente. Desvalor de la intención que se individualiza sobre la base de los grados de conocimiento típico teniendo en cuenta el máximo y el mínimo del marco penal. Los jueces no deben volver a desvalorizar la intención en el momento de individualizar la pena. Esto supone un “desintencionalizar” el reproche penal, racionalizándolo al máximo al sustentarlo sobre la base de los conocimientos; porque si la imputación de las conductas tiene una función regulativa de los ámbitos de libertad, la imputación tiene vocación individualizadora de la responsabilidad penal. En consecuencia, el tipo doloso, como constructo jurídico-normativo, incluye ya la valoración de aquello que de los comportamientos humanos el legislador considera plausible de cara a los fines del Derecho penal, entendiendo que las acciones realizadas con un intención merecen mayor pena que aquellas realizadas sin intención¹²⁸⁴.

II.II.5.b.ii.a. Ni la intención ni otras actitudes anímicas en el concepto de dolo

1. En una teoría cognitiva como la que aquí se defiende ni la intención¹²⁸⁵, ni la voluntad, ni los elementos anímicos juegan papel alguno en el conocimiento típico¹²⁸⁶. Con ello se

¹²⁸³ Una consideración similar realizan JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch, AT*, 1996 (5ª ed.), § 29, punto II.2, p. 294 [2002, p. 315], cuando explican de dónde derivan el elemento volitivo del dolo: “(...) de una comprensión prejurídica de los conceptos de dolo e imprudencia ya resulta que la distinción entre ambas formas de imputación subjetiva reside en la voluntad de realización de los elementos objetivos del tipo”.

¹²⁸⁴ En sentido similar, la crítica que ENGISCH dirige a la doctrina de la acción final: “en la estructura ontológica de la acción no viene predeterminado que el ‘dolo’, en sentido jurídico, incluye, además de los fines mediatos e inmediatos intentados con la acción, también los efectos secundarios previstos. De antemano sólo viene dado el fenómeno de la previsión de los efectos secundarios, que pueden ser mentalmente anticipados como efectos necesarios o posibles de la acción. Si tales previsiones pesan tanto como la dirigida al fin es cuestión de polémica, de polémica en torno a la *valoración* justa (...) No puede resolverse ontológicamente si la previsión de los efectos secundarios necesarios tienen el mismo alcance que la previsión del fin, (...) Sólo valorando puede concluirse qué diferencias ónticas son importantes, y cuáles no, qué es lo propio del ‘dolo’, y qué es propio de la ‘negligencia’. En tales valoraciones, sin embargo, la ‘realidad’ puede mostrarnos qué hechos síquicos necesitan esta o aquella reacción para ser evitados”. Cfr. ENGISCH, *La idea de concreción en el Derecho*, 2004, p. 205.

¹²⁸⁵ Como sucedía en la doctrina tradicional del delito, que entendía la intención como una característica subjetiva del tipo, y el dolo como una característica de la culpabilidad; de modo que, admitía emplear la intención como cualificadora del dolo. Sobre esta referencia, MAURACH, *Tratado de Dp*, 1962, § 22, punto III, p. 314.

¹²⁸⁶ En este sentido, SÁNCHEZ-OSTIZ, “Casos difíciles, teoría del delito”, en *¿Casos difíciles o irresolubles?*, 2010, p. 106, nota al pie 20; RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, 1999, pp. 168, *passim*. Sobre el elemento

evitan solapamientos innecesarios entre estos elementos, así como reiteradas desvaloraciones sobre los mismos elementos subjetivos. Aun cuando algunos de estos elementos subjetivos puedan quedar incluidos dentro de las exigencias de algunos tipos legales (intenciones, motivos, propósitos, tendencias)¹²⁸⁷ ellos no forman parte del contenido, ni forma del conocimiento¹²⁸⁸. Por ejemplo, en el delito de celebración maliciosa de matrimonio inválido del art. 218 del CPes. el autor, “para perjudicar al otro cónyuge” (propósito típico), tiene que celebrar un matrimonio inválido. En tal supuesto, el conocimiento de que se contrae un matrimonio inválido (tipo objetivo) tiene como objeto el propósito de perjudicar al cónyuge. Si el sujeto sólo conoce que se realiza el matrimonio de modo no válido, sin el propósito de perjudicar al otro cónyuge, entonces no hay delito. De hecho, es justamente con los elementos subjetivos especiales del injusto que puede advertirse que el dolo no es intención. Querer o tener la intención de realizar el matrimonio, en todo caso, forma parte de la conducta humana. Si además de la voluntad de realizar un hecho que tenga indicios de tipicidad (celebración de un matrimonio), con el conocimiento de lo que se hace (celebración de un matrimonio inválido) y con el propósito de perjudicar al cónyuge; añadimos la intención junto al conocimiento, se cae en el error de exigir un grupo de subjetividades que se solapan innecesariamente¹²⁸⁹. En consecuencia, desde el punto de vista de los delitos previstos en el Código penal, para la teoría que incluye la

del desprecio en algunos tipos delictivos, PAREDES CASTAÑÓN, “El desprecio como elemento subjetivo de los tipos penales”, *RP*, 2003, pp. 94 y ss. Característica de las llamadas teorías mixtas o integradoras es la de incluir como indicadores de la prueba del dolo, toda clase de dato psíquico que de algún u otro modo sirva para constatarlo: conocimiento, creencia, indiferencia, aceptación, etc. En esta línea, SAFFERLING, *Vorsatz und Schuld*, 2008, pp. 186 y ss. (citando la tesis de SCHÜNEMANN); SCHÜNEMANN, “De un concepto filológico a un concepto tipológico de dolo”, en *Temas actuales*, 2002, pp. 108 y ss.; PHILIPPS, “An der Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit”, en *FS für Roxin*, 2001, pp. 365 y ss. (desde la *fuzzy logic*); PRITTWITZ, “Die Ansteckungsgefahr bei AIDS”, *JA*, 1988, pp. 497 y ss.

¹²⁸⁷ No puede ignorarse que una de las razones que llevó a la doctrina a incluir el dolo en el ámbito del injusto, trasladándolo desde la culpabilidad, se debió a exigencias típicas. Los Códigos penales emplean usualmente términos referidos al propósito, al *animus* y ciertos motivos sin los cuales el tipo penal no se realiza. Estos especiales elementos del tipo subjetivo sólo pueden concurrir si concurre dolo. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2010 (2ª ed.), p. 649, nota al pie 390; sostiene que el tránsito del dolo de la culpabilidad al injusto significó la depuración de los elementos emocionales del dolo. Así también antes lo había afirmado, KAUFMANN, (Armin), “El dolo eventual en la estructura del delito”, *ADPCP*, 1960, pp. 202-203 [= “Der *dolus eventualis* im Deliktaufbau”, *ZStW*, 1958, pp. 83 y ss.], al asegurar que el dolo típico “no necesita de ninguna valoración del sentimiento que lo *acompaña*”.

¹²⁸⁸ Para FRISCH las actitudes internas (rechazo, aceptación, y otras) son simples indicadores de la presencia del sustrato del dolo (esto es, del conocimiento). Cfr. FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983, pp. 333 y ss. También SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, 2005, p. 93, destaca que los motivos no forman parte del dolo (=disvalor de la acción).

¹²⁸⁹ ¿Representa un mayor desvalor el hecho típico porque el sujeto además de querer realizar la conducta de celebrar el matrimonio a sabiendas y con el “propósito de”, haya tenido la intención de hacerlo?

intención en el dolo directo de primer grado, se produce, o bien una confusión con algunos elementos subjetivos especiales de los tipos penales, considerándolos como supuestos de dolo directo de primer grado; o bien una sobrevaloración del elemento de la intencionalidad (como dolo directo de primer grado además de como elemento subjetivo especial del injusto)¹²⁹⁰. Esta sobrevaloración vulnera abiertamente el principio de culpabilidad¹²⁹¹.

2. Por otro lado, la inclusión de algunas de estas modalidades anímico-volitivas conduce a un tratamiento desigual entre los casos de conocimiento y error. En efecto, ¿por qué determinadas actitudes anímicas agravan en el dolo y atenúan en la imprudencia? Por ejemplo, en el ámbito del dolo se sostiene que el sujeto que tiene la intención de producir un resultado aun cuando se represente su baja probabilidad de éxito, si produce efectivamente el resultado, habrá obrado con dolo directo de primer grado, y esto agrava; mientras que si el sujeto aun representándose las probabilidades de producción del resultado, confía en que éste no se realizará, habrá obrado con imprudencia, y esto atenúa. Lo insólito es que el conocimiento es más intenso en el caso de la imprudencia, y más débil en el caso del dolo, pero se castiga más éste último por concurrir intención, y se atenúa la imprudencia por concurrir confianza.

II.II.5.b.iii. El mito de la autonomía del dolo de consecuencias necesarias

1. Esta clase de dolo ha recibido diferentes nombres: dolo directo de segundo grado, dolo de consecuencias inevitables, dolo de consecuencias necesarias, dolo de resultados colaterales, dolo indirecto, dolo incondicionado (*unbedingter Vorsatz*)¹²⁹² y alguna que otra variante más. En verdad esta clase de dolo suele ser la menos discutida, a diferencia de la intención como la modalidad más grave, y el dolo eventual, como la modalidad más leve y de difícil delimitación con la imprudencia consciente. No es común encontrar demasiado debate

¹²⁹⁰ Es lo que hace ROXIN, *StrafR, AT*, 2006 (4ª ed.), § 12, nms. 27 y ss., p. 447, *passim* [1997, p. 415], cuando determina que el legislador alemán no siempre castiga cualquier actuación dolosa sin más, sino que frecuentemente exige una intención (*Absicht*) determinada, como por ejemplo, en los §§ 142 III 2; 164 I; 242; 257 I, y otros, lo que supone que excluye el dolo eventual.

¹²⁹¹ Por lo demás, ¿de qué sirve exigir que el sujeto que se representa el riesgo y actúa a pesar de ello, haya de conformarse con la producción del resultado?, como lo exigen las teorías del consentimiento. Igual pregunta se hacen, FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983, p. 262; SCHMIDHÄUSER, “Die Grenze zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Straftat”, *JuS*, 1980, pp. 246 y ss.

¹²⁹² La diferencia entre el *unbedingter Vorsatz* y el *bedingter Vorsatz* es que, en el primero, el resultado no querido se prevé como necesario y, en el segundo, tan sólo como posible.

sobre los límites de esta figura ni sobre casos problemáticos. Sin embargo, aquí habremos de considerar alguno que otro ejemplo para poner de manifiesto que la definición de esta clase de dolo también puede llegar a presentar grandes dificultades para una pacífica resolución. El estudio del dolo directo de segundo grado puede ser abordado desde dos perspectivas: una objetiva (doctrina del *dolus indirectus*), y otra subjetiva (doctrina *Bartolus/Baldus*). La versión objetiva señala que el resultado colateral no deseado no se encuentra relacionado psicológicamente con el autor, porque no es imprescindible que el autor se lo haya representado como inevitable, sino que basta con que el mismo, desde un punto de vista fáctico, sea una consecuencia necesaria a sucederse. Por el contrario, la versión subjetiva se sustenta sobre la base de la relación psicológica entre el autor y el resultado no deseado, a través de la representación de la inevitabilidad de las consecuencias.

2. El antecedente objetivo del dolo de consecuencias necesarias y que hoy se emplea entre los concepciones normativistas del dolo¹²⁹³, se remonta a la figura del *dolus indirectus* de la doctrina de COVARRUBIAS¹²⁹⁴, seguida por CARPZOV¹²⁹⁵ y, actualmente, remozada por JAKOBS para fundamentar los casos de indiferencia (*Gleichgültigkeit*) como dolo¹²⁹⁶. El *dolus indirectus* se aprecia en el sujeto que, sin querer producir un resultado, se lo representa como inevitable, o aunque no se lo represente, éste resulta ser de los que

¹²⁹³ Por ejemplo, BACIGALUPO ZAPATER, “Problemas actuales del dolo”, en *Homenaje al Dr. Rodríguez Mourullo*, 2005, p. 70. Para este autor, como en el dolo directo de segundo grado no es necesaria la concurrencia del *conocimiento de las consecuencias inevitablemente unidas al resultado buscado*, cae de maduro que aun cuando el sujeto no se represente las consecuencias concomitantes como prácticamente seguras de producirse, las mismas le serán atribuidas a título de dolo directo de segundo grado. El fundamento de esta argumentación reside en que tales consecuencias se imputan por el solo hecho de ser *empíricamente necesarias*.

¹²⁹⁴ Sobre la teoría del *dolus indirectus*, PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, 2011, pp. 160 y ss.; SCHAFFSTEIN, *Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen*, 1986 (reimp., 2ª ed.), pp. 108 y ss.; KLEE, *Der dolus indirectus*, 1906, pp. 14 y ss. Sobre la doctrina de Covarrubias, SCHAFFSTEIN, *La ciencia europea*, 1957, pp. 170 y ss. Un breve repaso histórico, con bibliografía, sobre la doctrina del *dolus indirectus* de Covarrubias en MASFERRER, “Codification of spanish criminal law”, *JCL*, 2009, pp. 118 y ss.

¹²⁹⁵ Según SCHAFFSTEIN (*ídem*) y ENGELMANN, *Die Schuldlehre der Postglossatoren*, 1965 (reimp.), pp. 104, 107, fue Diego de Covarrubias el verdadero fundador de la doctrina del *dolus indirectus*, aunque el giro idiomático lo dio Carpzov. En España, PEREDA, *El “versari in re illicita”*, 1948, pp. 149 y ss., afirma que el concepto de *dolus indirectus* se remonta a Santo Tomás, desde el cual llega a Gómez y Covarrubias.

¹²⁹⁶ Cfr. JAKOBS, “Gleichgültigkeit als *dolus indirectus*”, *ZStW*, 2002, pp. 584 y ss. [= “Indiferencia como dolo indirecto”, en *LH a Enrique Bacigalupo*, 2004, pp. 345 y ss.]; LESCH, “*Dolus directus, indirectus und dolus eventualis*”, *JA*, 1997, pp. 802 y ss. Crítico con esta teoría, KINDHÄUSER, “Gleichgültigkeit als Vorsatz?”, en *FS für Eser*, 2005, pp. 345 y ss. [= “¿Indiferencia como dolo?”, *RD*, 2005, pp. 247 y ss.]. La teoría del *dolus indirectus* sigue presente en la estructura de los delitos cualificados por el resultado (cfr. PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, 2011, p. 160). Sobre el dolo de peligro y el dolo indirecto, HSU, “Die Lehre von der Vorsatzgefahr und *dolus indirectus*”, en *FS für Puppe*, 2011, pp. 531 y ss., 540 y ss.

necesariamente se dan en esa clase de hechos. De allí que la doctrina de la época de aquellos autores entendiera que no era imprescindible que el autor se representara el resultado inevitable, sino que era suficiente con que éste hubiera debido y podido representárselo¹²⁹⁷, teniendo en cuenta que de algunas acciones se derivan de forma evidente determinadas consecuencias. Dos criterios, entonces, caracterizaron a la figura del dolo indirecto, que hoy también puede apreciarse en el dolo de consecuencias necesarias: (1) un aspecto subjetivo: la voluntad negativa de *no querer* el resultado, al menos en el sentido estricto de querer; y (2) un aspecto objetivo: la inevitabilidad de la consecuencia, como habitual o común en el tipo de comportamiento que se realiza¹²⁹⁸. El primer criterio dejaba fuera los casos de auténtica intención (dolo directo), y abarcaba, cuando concurría, la representación del sujeto de las consecuencias inevitables. Por su parte, el segundo criterio desplazaba de la figura del *dolus indirectus* las consecuencias acaecidas por pura fortuidad¹²⁹⁹, o de modo imprevisible¹³⁰⁰. Por otro lado, el antecedente subjetivo del dolo de consecuencias necesarias, y que hoy se emplea entre las concepciones psicologicistas del dolo, se remonta a la doctrina de los postglosadores *Bartolus* y *Baldus*, que a través de su

¹²⁹⁷ Cfr. KLEE, *Der dolus indirectus*, 1906, p. 14. Este autor destaca que la expresión “deber conocer” en el *dolus indirectus* hacía alusión a las reglas de experiencia sobre determinados hechos que no puede ser alterado por el desconocimiento del sujeto.

¹²⁹⁸ Esta dimensión de la teoría del *dolus indirectus* la revela como una teoría perfectamente normativa, a diferencia de la teoría del *dolus eventualis* de VON BÖHMER y la teoría de la *culpa dolo determinata* de FEUERBACH que se fundamentaron en criterios más psicológicos. Al respecto, véase RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, 1999, pp. 57-59; JAKOBS, “El principio de culpabilidad”, en *Estudios de Dp*, 1997, p. 380, con nota al pie 27; PUPPE, “Der Vorstellungsinhalt des *dolus eventualis*”, *ZStW*, 1991, pp. 23 y ss. De otra idea, PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, 2011, p. 167, quien entiende que la teoría del *dolus indirectus* (al igual que la teoría tradicional de la voluntad) no tiene ninguna base normativa. Por el contrario, ella sólo amplía discrecionalmente, en función de ciertas necesidades prácticas, el significado corriente de la voz “voluntad”, que sigue aferrada a una base psicologicista. A mi entender, el intento de ampliación del campo de la voluntad (a las consecuencias no buscadas, pero previsibles), podría tener en la primera versión de COVARRUBIAS una pretensión meramente objetivadora (propia del sistema de responsabilidad de la época), y no necesariamente normativa de la imputación. En donde objetivar se satisface con atribuir según un baremo objetivo (el curso ordinario de las cosas que se presuponía conocido por todos, así: “si todos los saben, usted también lo sabe”), y normativizar requiere algo más para atribuir, esto es, que el sujeto haya podido saber porque *debía* saber (“si todos lo saben, usted *debió* saberlo, en la medida de sus posibilidades. El deber al depender del poder, da un margen de error al desconocimiento, que no da una simple atribución objetiva). La diferencia entre el primer y segundo proceso es evidente, en donde normativizar puede ser de mayor garantía para el sujeto, que el simplemente objetivar. Por eso, a mi entender, la original teoría del *dolus indirectus* algo conservaba del versarismo. El primer intento de normativización de la doctrina del *dolus indirectus* se lee en CARPZOV (sobre él, véase LEUSCHNER, *Der dolus indirectus*, 1935, p. 11), y, luego, con mayor nitidez, en KLEE, *Der dolus indirectus*, 1906, pp. 11, *passim*. También PUPPE, “Der Vorstellungsinhalt des *dolus eventualis*”, en *ZStW*, 1991, p. 27.

¹²⁹⁹ Véase PUPPE, “§ 15”, en *NK*, 2013 (4ª ed.), nms. 1-5, pp. 596-598, *passim*.

¹³⁰⁰ Esta es la franja que divide el *dolus indirectus* con el *versari in re illicita*. De esta idea también RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, 1999, p. 56.

concepto de dolo de peligro (*Gefährdungsdolus*) tomó distancia del concepto de *dolus indirectus*. Para esta teoría, entre el autor y el resultado se daba una relación psicológica basada en la representación de la seguridad (o eventualidad) de que se producirá el resultado no buscado¹³⁰¹.

II.II.5.b.iii.a. El dolo de consecuencias necesarias con relación al resultado

1. En su origen todas las doctrinas del dolo van enlazadas estrechamente a la producción de un resultado¹³⁰², es decir, a aquello que algún autor ha denominado el “desenlace lesivo”¹³⁰³. Este *síntoma del dominio consciente del dogma resultatista*¹³⁰⁴ se evidencia más palpablemente -¡aún!- en el dolo de consecuencias necesarias y en el tipo imprudente. En menor medida, también en el dolo eventual. En efecto, la pena del tipo imprudente depende que el resultado se produzca, de modo tal que si no acaece no se castiga la tentativa. Igualmente, en principio, la penalidad del dolo directo de segundo grado se elimina si las consecuencias colaterales, por algún motivo, no llegan a sucederse. De hecho, la tentativa de las consecuencias colaterales no ha sido sostenida fundadamente por ninguna doctrina. También en el dolo eventual se da el mismo inconveniente, aunque gran parte de la doctrina reconoce la tentativa con dolo eventual. Pero, a diferencia del dolo directo de primer grado, en las restantes formas de dolo, el resultado no es buscado, ni deseado por el autor¹³⁰⁵. En efecto, el dolo directo de segundo grado tiene por objeto unas consecuencias colaterales que se derivan de la conducta querida realizada por el autor, o del resultado que él busca como único fin o medio¹³⁰⁶. El elemento subjetivo característico de esta modalidad es el conocimiento de la alta probabilidad objetiva de que de la acción que se realiza o del resultado que se persigue se derivan necesariamente ciertos efectos que el autor no tiene la

¹³⁰¹ Cfr. ENGELMANN, *Die Schuldlehre der Postglossatoren*, 1965 (reimp.), pp. 79 y ss., 87, 105. Doctrina antecedente también de la figura del dolo eventual, y del dolo de peligro.

¹³⁰² Así, CÓRDOBA RODA, “Artículo 10”, en *Comentarios al Cp*, 2011, p. 79.

¹³⁰³ Así, SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, 2005, p. 146.

¹³⁰⁴ Esta frase la tomo de SANCINETTI, aunque aquí introduzco una variante, a mi criterio, muy importante. Este autor considera que se trata de un dominio inconsciente (*sic*: “síntoma del dominio inconsciente del dogma resultatista”). Por el contrario, a mi entender, hace tiempo que el dogma del resultado ha dejado de ser inconsciente y, hoy en día, es el más consciente de todos; lo que pasa es que es difícil desprenderse de la intuición moral que “lo que se ve nos produce más impacto”, quizá por una razón, en este caso sí inconsciente, en donde relacionamos el daño material como el auténtico daño. Confróntese la frase en SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, 2005, p. 146.

¹³⁰⁵ Cfr. SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, 2005, p. 147.

¹³⁰⁶ Define al dolo de consecuencias necesarias como *dolus directus* y como medio para alcanzar un objetivo, en donde el conocimiento es el factor subjetivo predominante, MANNHEIM, “*Mens Rea*”, *JCLIL*, 1935, p. 91.

intención de producir. Mientras que para las doctrinas volitivistas, la inevitabilidad, necesidad o evidencia de las consecuencias colaterales de la acción o del resultado perseguido es lo que de algún modo hace, que la intención del autor también las abarque¹³⁰⁷, aunque sea como un desenlace desagradable o desafortunado¹³⁰⁸; para las teorías cognitivistas, la inevitabilidad de las consecuencias colaterales, sólo hace que sea el conocimiento del autor el que se base en un juicio de seguridad o de certeza acerca de su acaecimiento.

2. Para explicar esta modalidad de dolo la doctrina suele ejemplificar con diversos supuestos. La mayoría de veces lo hace desde un hecho real y conocido como el caso *Thomas (Thomas-Fall)*¹³⁰⁹: el 11 de diciembre de 1875 un ciudadano canadiense de nombre falso *William King Thomas* hizo colocar unos explosivos en un barco llamado *Mosel* con el propósito de que durante el viaje estos destruyeran el navío y de esta manera cobrar el seguro naval (estafando a la compañía aseguradora). Aunque *Thomas* no tenía la intención de matar a nadie, se representó (y aceptó) que la explosión además de hundir el barco, mataría seguramente a la tripulación¹³¹⁰. El criminal no pudo ser condenado porque se suicidó al poco tiempo de advertir que había sido descubierto. La doctrina, casi de forma pacífica, resuelve el caso desde un dolo directo de consecuencias necesarias para los

¹³⁰⁷ Las versiones volitivizadas del dolo reconocen que en el dolo directo de segundo grado no se exige la actitud interna de lesión del bien jurídico propia de la intención. Así, MIR PUIG, “Conocimiento y voluntad en el dolo”, en *Elementos subjetivos*, 1994, p. 20.

¹³⁰⁸ Así, ROXIN, *StrafR, AT*, 2006 (4ª ed.), § 12, nms. 18-19, pp. 444-445 [1997, pp. 423-424]; DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, 1994, p. 146. Para, ROMEO CASABONA, “Sobre la estructura monista del dolo”, en *Homenaje al Dr. Rodríguez Mourullo*, 2005, pp. 929-930, hay una voluntad menos intensa en esta clase de dolo, pero la hay, porque con el hecho se revela que ese era el medio que el sujeto tenía para conseguir el objetivo que buscaba. Por el contrario, en palabras de JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch, AT*, 1996 (5ª ed.), § 29, punto III.2, p. 298 [2002, p. 320], al dolo directo de segundo grado le falta el momento de la intención consistente en la determinación de la acción hacia un objetivo propuesto aunque la desvaloración jurídica sea la misma que la del dolo directo de primer grado (no obstante, como en esta clase de dolo existe un nivel elevado de seguridad de que de todos modos el tipo penal se realizará, se asimila al dolo directo de primer grado en cuanto al contenido de injusto y culpabilidad). Sobre el debate del lado volitivo de esta clase de dolo, RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, 1999, pp. 46 y ss.

¹³⁰⁹ Los detalles del caso comentado en WROBEL, “Die Explosion von Bremerhaven am 11.12.1875”, en *Festschrift „150 Jahre Amtsgericht Bremerhaven“*, 2002, pp. 29-38.

¹³¹⁰ El caso, en verdad, presenta un inconveniente. La bomba explota antes de lo planeado y de un modo no previsto (por una fallida manipulación de los estibadores, que murieron en el acto). Esto se presenta, entonces, como un *aberratio ictus*, que algunos autores ya advirtieron al comentar el caso. Así, SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, 2005, p. 147; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch, AT*, 1996 (5ª ed.), § 29, punto III.2, p. 298 [2002, p. 320].

homicidios y dolo directo de primer grado para la estafa de seguros¹³¹¹. También suele emplearse el siguiente ejemplo: un terrorista intenta matar al Primer Ministro de un país, colocando una bomba en su coche oficial. El plan del asesino contempla la idea de que en el transcurso del viaje el artefacto explote y el ministro muera. Sin embargo, en dicho plan también se advierte, de forma consciente, aunque no exista intención, de que seguramente el chofer y el guardaespaldas también morirán en la explosión. El caso suele resolverse como un homicidio con dolo directo de primer grado (respecto del Ministro), y con dolo de segundo grado (respecto del chofer y el guardaespaldas)¹³¹². Sean cuáles fueran las respuestas a los casos, lo que sí se advierte es que resulta más que cuestionable el papel útil de un plus volitivo respecto de las consecuencias accesorias, más allá de la voluntad general de realizar la acción; a la vez que resulta ineludible el papel del conocimiento, basado en la seguridad de la producción del resultado¹³¹³.

3. La compleja estructura subjetiva del dolo de consecuencias necesarias admite, al menos, cinco observaciones:

(a) En primer término habrá que determinar el tipo de nexo que debe existir entre la acción querida o el resultado buscado y el resultado colateral, esto es: (i) si la colateralidad es algo inherente o no a este tipo de dolo; (ii) si el nexo es de naturaleza objetiva o más bien subjetiva; y, (iii) si hay que distinguir entre consecuencias inevitables y consecuencias altamente probables. En cuanto al punto (i), característica de esta clase de dolo es que el resultado no buscado reúna la condición de colateralidad, pero no sólo como algo que

¹³¹¹ Un comentario crítico al modo de resolver el caso *Thomas* en MANRIQUE PÉREZ, “Medios y consecuencias necesarias”, *Crítica*, 2012, pp. 8-9. Para esta autora, las muertes de los pasajeros son una consecuencia necesaria del medio necesario (detonar un explosivo), que no están causalmente conectadas con el objeto de la intención (cobrar el seguro). Con un caso similar al planteado en el texto, RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, 1999, p. 46. También pero desde una perspectiva comparativa entre el *common law* y el *civil law*, FINNIN, “Mental elements”, *ICLQ*, 2012, pp. 331 y ss. Con una clasificación peculiar del dolo en directo y eventual, GOLDSCHMIDT, (Werner), “La culpabilidad y lo inconsciente”, *ADPCP*, 1954, pp. 261-262, resuelve un caso similar, como dolo directo para la estafa (propósito expreso), y dolo eventual para las muertes (propósito implícito).

¹³¹² Así, CÓRDOBA RODA, “Artículo 10”, en *Comentarios al Cp*, 2011, p. 79.

¹³¹³ En esta línea, MOLINA FERNÁNDEZ, “La cuadratura del dolo”, en *Homenaje al Dr. Rodríguez Mourullo*, 2005, p. 735; LAURENZO COPELLO, *Dolo y conocimiento*, 1999, pp. 195-196 y ss.; RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, 1999, p. 157. Para, BACIGALUPO ZAPATER, “Problemas actuales del dolo”, en *Homenaje al Dr. Rodríguez Mourullo*, 2005, p. 70, en los casos en los que las consecuencias son accesorias de la finalidad principal, el autor no ha obrado con voluntad, sea que las haya tenido como probables o sólo como posibles. En estos casos la existencia de una conexión con la voluntad dependerá de la comprobación de actitudes del sujeto que no son, en sí mismas, la voluntad.

sucede al resultado buscado, sino también como algo que es coetáneo e incluso antecedente. Esto significa que lo colateral o secundario puede ser tanto un efecto, como un medio, siempre que esté previsto en la intención directa del autor como algo accesorio o instrumental¹³¹⁴¹³¹⁵. Se trata de un efecto colateral el caso *Thomas*, en donde el resultado buscado y el resultado no buscado se producen al mismo tiempo, ya que lo que les une es el riesgo que genera la acción del autor (hacer estallar la bomba)¹³¹⁶. Sin embargo, se trata de un medio colateral el caso en donde el sujeto retiene indebidamente en un recinto a un guardia de la prisión para provocar una fuga de sus compañeros de celda. La forma de distinguir entre efectos colaterales y medios colaterales es teniendo en cuenta el nexo que se deriva de la acción. En las ciencias empíricas se enseña que un evento (E) es un *medio* para un fin (G), si (E) es un componente necesario de la explicación causal de cómo lograr producir (G). Por el contrario, si (E) no es un componente de la explicación causal, pero es un efecto al lograr (G), entonces, se tratará de un efecto colateral¹³¹⁷. En cuanto al punto (ii), si el nexo es de naturaleza subjetiva o más bien objetiva, se trata de un dilema que subyace a la dogmática del dolo de consecuencias necesarias. Como se ha visto, para algunos autores, con tendencia a normativizar u objetivizar el dolo, el nexo entre el autor y el resultado es de naturaleza objetiva, que basta para atribuirle el resultado colateral que éste

¹³¹⁴ También distingue entre el medio necesario (daño instrumental) y la consecuencia necesaria (daño incidental), MANRIQUE PÉREZ, “Medios y consecuencias necesarias”, *Crítica*, 2012, pp. 9 y ss. Al decir de esta autora, sólo el medio necesario merece el reproche más grave del dolo, porque éste es el objeto de la intención, a diferencia de la consecuencia necesaria, que es simplemente el objeto de la previsión.

¹³¹⁵ Una cuestión polémica se presenta con otro tipo de efectos colaterales, que no se derivan inmediatamente del hecho típico, sino en un momento posterior, y que son perfectamente previsibles para cualquier persona. Póngase por caso, el sujeto que mata al único guardaespaldas de un científico perseguido por un grupo de mafiosos en un momento políticamente crítico y de inestabilidad social, quienes al término de dos días dan con él y lo secuestran; o quien como resultado de una agresión sexual invalida a la mujer para la concepción.

¹³¹⁶ En el caso, el riesgo tiene la misma potencia lesiva para destruir el barco y para matar a los tripulantes. Por el contrario, si la bomba sólo tuviera un efecto explosivo suficiente para dañar el barco y hacer que éste tarde en hundirse del todo, permitiendo que la tripulación se coloque a salvo en los botes, entonces, aunque seguiría siendo colateral, habría que cuestionarse si el resultado de muerte ha sido previsto como seguro de sucederse, o si fue sólo probable.

¹³¹⁷ Cfr. COVA/NAAR, “Side-Effect”, *PP*, 2012, pp. 837 y ss. En filosofía, MOSTERÍN, *Racionalidad*, 1987 (2ª ed.), p. 179, enseña que hacemos algo como fin cuando deseamos hacer lo que hacemos, y hacemos algo como medio cuando con lo que hacemos pretendemos conseguir algo distinto a nuestra acción, cuando nuestra acción es instrumental en la consecución de un fin distinto de ella misma. No obstante, en muchas ocasiones, las acciones son medio y fin a la vez. En la dogmática del dolo, SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, 2005, pp. 147-148, opta por considerar que lo necesario en el dolo de consecuencias necesarias es la *conexión* de medio a fin en la que un resultado se halla respecto de otro. Esto no significa que el resultado (colateral) *sea realmente de necesaria producción*.

sea una consecuencia empíricamente natural de la acción que realiza¹³¹⁸. En todo caso el límite viene dado por aquellas consecuencias que aunque necesarias objetivamente, son desconocidas para el hombre medio, y, por ende, para el autor¹³¹⁹; pero ello no salva de que para algunos delitos la cuestión de las consecuencias imprevisibles no deban ser contempladas como parte del dolo¹³²⁰. Por el contrario, las posturas más psicologicistas exigen un nexo subjetivo entre el autor y el resultado: el autor ha de representarse o prever la necesaria producción del resultado¹³²¹. Una complejidad adicional presenta la versión subjetivista del dolo de consecuencias necesarias: el grado de congruencia entre la representación del autor y la cualidad de inevitable o altamente probable de la consecuencia colateral, porque esto puede tener repercusión en el medio escogido para la evitación de esta última. ¿Se admitiría un error de cálculo en relación con la cualidad de la inevitabilidad, lo que descargaría de responsabilidad al autor? ¿Se admitiría un error de cálculo en la previsión de las medidas de evitación? Piénsese en el siguiente ejemplo: un testigo de Jehová quita el catéter a un enfermo grave y, en su lugar, intenta frenar el fluido de la sangre ejerciendo fuerte presión con unas sábanas. ¿Es una consecuencia inevitable o altamente probable la muerte por la extracción del catéter? ¿Es una medida de evitación

¹³¹⁸ También esta es la definición de una de las modalidades de la *intention* inglesa. En cuanto al resultado, el concepto de *intention* del Derecho inglés abarca dos formas: (a) el sujeto se propone alcanzar un determinado objetivo que se ha propuesto. Esta modalidad intencional se configura desde el aspecto volitivo del sujeto; (b) el resultado puede causarse intencionadamente si el sujeto se representó que este se produciría en el ordinario curso de las cosas. Para estos supuestos la *intention* se configura más que nada desde el aspecto cognitivo, pues sólo se exige que el sujeto sea consciente de la producción del resultado y no mucho más. Sin embargo, no cualquier clase ni grado de representación del sujeto ha de quedar abarcada bajo esta forma de *intention*. De hecho, la definición enmarca el grado de consciencia en lo que llama “ordinario curso de los acontecimientos” (*virtually certain consequences*), fórmula que opera como un límite objetivo a la imputación subjetiva de aquellos cursos causales imprevisibles. A grandes rasgos, esta se asemeja al juicio de previsibilidad objetiva que se emplea en el sistema continental-europeo. En tal sentido, el ordinario curso de los acontecimientos opera como criterio de determinación de qué resultados colaterales quedan abarcados por la intención. Un comentario sobre cómo opera en la práctica judicial este aspecto del concepto en ASHWORTH, “United Kingdom”, en *The handbook of comparative criminal law*, 2011, p. 537.

¹³¹⁹ Un planteamiento extremadamente objetivista conduciría a incluir en el dolo de consecuencias necesarias toda clase de efectos colaterales, incluso los imprevisibles, o los no conocidos en el momento del hecho por la generalidad, esto es, habría de castigarse también por las consecuencias encubiertas (u ocultas), lo que hoy en día se tildaría de solución versarista, que vulneraría el principio de culpabilidad.

¹³²⁰ Bien pronto pensamos en tipos penales cuya estructura se encuentra concebida sobre la base de plurales efectos colaterales, aunque no del todo precisos, si imaginables y nada controlables, y que ponen en riesgo bienes jurídicos supraindividuales, entonces, ya dudamos en negar el dolo. Me estoy refiriendo a las manipulaciones genéticas de células y embriones. ¿Dónde está el límite al dolo de consecuencias necesarias en estos tipos penales?

¹³²¹ En la doctrina finalista, la pertenencia de un resultado concomitante a la voluntad del autor depende sólo del aspecto cognitivo, esto es, el de saber o prever que el resultado se realizará. Así ya, WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 1969 (11ª ed.), § 13, p. 67 [1970, p. 99].

efectiva o idónea presionar con los brazos sobre la herida sangrante?¹³²². Finalmente, en cuanto al punto (iii) hay que distinguir entre consecuencias inevitables y consecuencias altamente probables: las primeras son objetivamente inescindibles del resultado principal porque van unidas necesariamente a él; mientras que las segundas son objetivamente escindibles, y que en el caso de ir unidas, cabe una posibilidad mínima que no se produzcan¹³²³; esto es, dejan un margen de dominio causal del autor para su neutralización. La evitabilidad de las consecuencias no se relaciona sólo con lo que el sujeto *quiere evitar*, sino también con lo que el sujeto *puede evitar*; esto es una evitabilidad subjetiva condicionada a lo empíricamente posible. Por ejemplo, aunque el sujeto quiera evitar la muerte de los pasajeros que viajan en el avión en el que acaba de colocar una bomba, tal circunstancia le es empíricamente imposible, pues no está en el ámbito de su dominio evitarlo sin que fracase su plan. El propósito de la distinción viene dado por el efecto jurídico que debería otorgarse al esfuerzo del sujeto por la puesta en marcha de una “eventual evitación voluntaria” de las consecuencias no buscadas¹³²⁴; porque, como se

¹³²² Sobre este caso y su resolución, véase el epígrafe del dolo eventual.

¹³²³ Algunas posibilidades por considerar respecto de la consumación son: (a) resultado principal se produce y resultado colateral se produce; (b) resultado principal no se produce y resultado colateral se produce: en el ejemplo de la embarazada podría pasar que la madre sobreviva y el feto no; (c) resultado principal se produce y resultado colateral no se produce: ahora es el feto el que sobrevive milagrosamente. ¿Se castigaría por tentativa? Esto último agudizaría el problema de una fácil solución en los casos de inidoneidad. Por ejemplo, si el riesgo inherente al resultado buscado es inidóneo ¿también se pensará en castigar las consecuencias necesarias como intentadas inidóneamente? Así, el pretender matar a la madre con un arma que resulta fallida, ¿permite castigar por una tentativa inidónea de homicidio con dolo directo de primer grado respecto de la madre, y por una tentativa inidónea de aborto con dolo directo de segundo grado respecto del feto?

¹³²⁴ Los efectos jurídicos que genera la circunstancia de que el sujeto haya tomado medidas de aseguramiento (o de salvamento) respecto de las consecuencias necesarias previstas no son menos que importantes. Por ejemplo si el sujeto ideó además del plan homicida un plan paralelo de prevención del resultado accesorio que finalmente fracasó, habrá de tenerse en consideración dicha actitud de evitación del resultado colateral, sino para definir otra clase de dolo, al menos en el momento de mensurar la medida de la pena. Al respecto, KAUFMANN fue quien se empeñó en darle trascendencia a la idea que la “voluntad de ejecución” se eliminaba por la “voluntad de evitar”, empleando este criterio como delimitador del dolo y la imprudencia. La voluntad de evitar se manifestaba cuando el autor había empleado contrafactores para impedir el resultado accesorio y esto es lo que parece darse en el ejemplo que aquí propongo. No obstante, aclara este autor que el mero deseo de evitar no es una voluntad de evitar, queriendo significar que el sujeto debe realmente realizar medidas contrafácticas de evitación. Véase KAUFMANN (Armin), *Strafrechtsdogmatik*, 1982, p. 68. También REHBERG, *Zur Lehre vom “erlaubten Risiko”*, 1962, pp. 91 y ss. (la *Vermeidungswille* acompañada de medidas de precaución en contra del resultado, neutraliza la presencia del dolo, esto es la *Verwirklichungswille*). Asimismo, GOLDSCHMIDT, (Werner), “La culpabilidad y lo inconsciente”, *ADPCP*, 1954, p. 263, advirtió sobre la posible concurrencia de un propósito de realización y de un propósito de evitación: por ejemplo, el dueño del barco que aspira apoderarse del seguro, dirige él mismo el buque intentando hacerlo naufragar cerca de la costa para que la tripulación se salve; pero, sin impedir efectivamente el ahogamiento de algún tripulante, incurre en un homicidio imprudente. No existe propósito implícito en este caso (que fundamente un dolo eventual), puesto que el autor intenta seriamente impedir el resultado delictivo. Por el contrario, niega que un rechazo o una

podrá sospechar, las consecuencias inevitables son justamente eso: inevitables; pero, las altamente probables (o cuasi seguras) son posiblemente evitables¹³²⁵. Para determinar cuándo nos encontramos ante una u otra basta con el conocimiento general que se tengan de las leyes de la experiencia y el saber más vulgar¹³²⁶. Pensemos en una variante del caso del Ministro. El sujeto, que es el guardaespaldas, con conocimientos técnicos sobre mecánica de aviones, estropea la válvula de presurización de la avioneta en donde viajará el Ministro junto a él y a sus dos pilotos. Puesto que el guardaespaldas sólo quiere matar al Ministro en el momento en que el avión ha comenzado su despresurización, se coloca la máscara de oxígeno y se las alcanza a los pilotos, pero evita hacerlo con el Ministro que fallece “dulcemente” sin darse cuenta de lo ocurrido. Evidentemente, en esta variante, al resultar efectivas las maniobras de evitación de las consecuencias no buscadas, nos conducimos a afirmar que no hay dolo de consecuencias necesarias; pero ¿qué sucedería si, por el motivo que fuera, el Ministro se diera cuenta a tiempo del plan y cogiera una de las máscaras, dejando a uno de los pilotos sin ella? ¿Respondería el guardaespaldas por la muerte del piloto? ¿Por dolo o imprudencia? A mi entender al encontrarnos en una estructura de garante (por injerencia) el guardaespaldas respondería por un homicidio doloso eventual¹³²⁷ (las medidas de evitación al ser potencialmente efectivas eliminan la inevitabilidad de las consecuencias, y las vuelven meramente eventuales, esto es, ante cualquier fallo de las medidas de aseguramiento), y no por una mera imprudencia por no tratarse de un caso de error. Quien emprende tan elevado riesgo es consciente que las medidas de evitación pueden fallar y, si no es consciente, debería serlo, de modo que sobre él pesarán las consecuencias previstas como posibles que no ha alcanzado neutralizar. Por otra parte, la versión subjetivista permite darle un sentido al desistimiento activo del sujeto, a diferencia de la versión objetivista. En efecto, que no se exija que el sujeto se represente las consecuencias necesarias, bastando su objetiva existencia, niega la posibilidad al sujeto de desistir activamente de las consecuencias colaterales. Por el contrario, una visión subjetivista de la evitabilidad puede hacer que el desvalor de acción principal se llegue a

voluntad contraria al conocimiento acerca de la seguridad del resultado pueda desplazar el dolo directo de segundo grado, HASSEMER, “Kennzeichen des Vorsatzes”, en *GS für Armin Kaufmann*, 1989, pp. 295 y ss. [= “Los elementos característicos del dolo”, *ADPCP*, 1990, pp. 919-920].

¹³²⁵ Y esta pregunta vale también para el dolo eventual.

¹³²⁶ La jurisprudencia española suele emplear estas fórmulas para determinar los casos de dolo de consecuencias necesarias.

¹³²⁷ Además por una tentativa de homicidio doloso del Ministro (en comisión por omisión).

compensar o neutralizar con el valor de acción secundario, permitiendo con ello una atenuación de la pena.

(b) En segundo término habrá que determinar qué papel juega la intención respecto del resultado colateral, siendo que a éste va unido sólo un conocimiento seguro de su producción. Para la doctrina volitivista la intención del dolo directo de segundo grado, o bien se entiende como una voluntad indirecta (aceptando, aunque sea sin ganas, los resultados no buscados como medio o fin del resultado buscado), o bien como una intención de menor intensidad. Por el contrario, para las tesis cognitivistas la intención no juega ningún papel en el resultado colateral, que queda enlazado al autor desde el conocimiento de la alta probabilidad de su producción. Y esto tiene estrecha relación con el desvalor de la acción y del resultado. En este tipo de estructuras concurre un mismo desvalor de acción con un doble desvalor de resultado, donde el segundo desvalor depende objetiva y subjetivamente del primero. Habría que preguntarse, en todo caso, si el segundo desvalor de carácter condicional tiene la misma entidad ([des]valorativa) que el primer desvalor. En este supuesto, el segundo desvalor no tiene vida autónoma porque no depende de un desvalor de acción de forma directa, sino que depende de un desvalor de resultado principal. La dependencia del segundo desvalor de resultado respecto del desvalor de acción es *condicional* en el sentido que sólo en la medida en que se dé el primer desvalor de resultado se dará el segundo desvalor de resultado¹³²⁸. Esto quiere decir que el dolo de consecuencias necesarias no es lo mismo que el dolo que prevé una simultaneidad de resultados, en donde el desvalor de acción que es el mismo, prevé de forma autónoma simultáneos o sucedáneos resultados. Por el contrario, el resultado del dolo de consecuencias necesarias es un dolo condicionado a la realización del resultado buscado (incluso con dolo eventual); una meta relacionada al propósito del autor¹³²⁹. Con esto, la seguridad del dolo de segundo grado depende de la condición de que definitivamente se realice el curso causal previsto y buscado por el autor, que como todos los cursos causales es por naturaleza inseguro¹³³⁰.

¹³²⁸ Por eso se pregunta SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, 2005, p. 147, “¿por qué se llama, entonces, dolo de ‘consecuencias necesarias’, al que se refiere a una consecuencia que (...), *no tiene por qué ocurrir necesariamente?*”. Y él mismo se responde: se llama así “sólo porque, *si* se realiza el plan del autor tal como está previsto, entonces, se producirá la consecuencia” de modo necesario. “Es decir, que lo necesario es la *conexión* de medio a fin en la que un resultado se halla respecto de otro”.

¹³²⁹ En el dolo directo de primer grado el autor persigue la realización del tipo, y en el dolo directo de segundo grado a la persecución de la realización del tipo va relacionada una meta no querida. De esta idea, SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, 2005, p. 148.

¹³³⁰ Cfr. SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, 2005, p. 148.

(c) En tercer término otra dificultad se presenta al establecer con qué grado de conocimiento se ha perseguido el resultado principal. Por regla general, en el dolo de consecuencias necesarias el conocimiento seguro se da en relación con el resultado colateral, que no deja de encontrarse condicionado a la realización del resultado principal. Cuando respecto del resultado principal también concurre un conocimiento sobre la alta probabilidad, entonces, aumenta la probabilidad que el resultado condicionado (aunque inevitable o altamente probable) se realice (hay una compensación del conocimiento entre los dos dolos). ¿Merecen diferente desvalor estas variantes? Es decir, ¿habrá de desvalorarse más la concurrencia del dolo directo de primer grado con el dolo de consecuencias necesarias cuando aquél contenga una alta probabilidad de que se realice el resultado condicionado; respecto del dolo directo de primer grado que sólo se configura con un conocimiento de la baja probabilidad, y en donde el resultado colateral, aunque inevitable, tiene pocas chances de realizarse? Para las doctrinas volitivistas esta cuestión presenta pocos problemas, porque el dolo de segundo grado siempre se dará respecto del resultado colateral en la medida en que el sujeto considere que la producción de este resultado va *necesariamente unida* a la consecución del fin buscado. Esto significa que las teorías volitivistas no exigen ninguna representación autónoma en relación con el resultado colateral, esto es, que el sujeto considere *segura la producción* del mismo¹³³¹. Por el contrario, les basta con que el sujeto se represente la *necesaria vinculación* entre el fin propuesto y el resultado colateral¹³³². Esto último deja algo de razón: el resultado colateral “depende” en alguna medida de la realización del resultado principal, pero ello sólo para los casos de inescindibilidad. Por el contrario, cuando el resultado colateral es separable del principal, las teorías volitivistas se quedan sin respuesta. Al no ser imprescindible una representación autónoma respecto del resultado colateral, castigan como inevitable todo aquello que quede demostrado *ex post* (lo que no se realiza se queda sin castigar). Pero, desde la perspectiva *ex ante* ya es posible diferenciar entre la inevitabilidad de las consecuencias y la alta probabilidad, y ambos son casos de dolo directo de segundo grado. Por eso, lo que el sujeto se ha de representar como

¹³³¹ Cfr. CEREZO MIR, *Curso de Dp español*, 1998 (6ª ed.), pp. 146-147. Para este autor, el dolo directo de segundo grado queda abarcado en la voluntad que busca el resultado principal, aunque el sujeto no quiera la consecuencia accesoria. Similarmente ROMEO CASABONA, “Sobre la estructura monista del dolo”, en *Homenaje al Dr. Rodríguez Mourullo*, 2005, p. 930, concibe el dolo de segundo grado como parte de una especie de “paquete”. Para este autor, en el dolo de segundo grado el sujeto ha previsto un resultado típico indisolublemente unido al fin que persigue, pero ello no le exime de la asunción del todo como unido, a sus ojos, a su fin.

¹³³² Esta parece ser también la versión de SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, 2005, pp. 147-148.

seguro o cuasi seguro serán las consecuencias colaterales, y no el vínculo entre éstas y el resultado principal, bastando para éste un conocimiento general. Esta distinción es además útil porque permite distinguir los grados de conocimiento que concurren en relación con el resultado principal. Algunas variantes serían: dolo directo de primer grado respecto del resultado principal, y dolo directo de segundo grado para el resultado colateral; también puede darse, un dolo eventual¹³³³ respecto del resultado principal, y un dolo directo de segundo grado para el resultado colateral. Los volitivistas dirían que sea la alternativa uno o la dos, en ambos casos lo necesario ha de ser el vínculo entre el resultado colateral y el principal.

(d) En cuarto término habría que distinguir entre resultados permitidos y resultados no permitidos. En este punto también habría que tener en cuenta todas las posibles combinaciones: (a) resultado principal permitido y resultado colateral permitido (esta alternativa no tiene trascendencia penal); (b) resultado principal no permitido y resultado colateral permitido (esta alternativa sería trascendente a nivel penal, pero sólo respecto del resultado principal, que es de dolo directo de primer grado); (c) resultado principal permitido y resultado colateral no permitido (esta alternativa sería una de las de relevancia penal)¹³³⁴. Los ejemplos son muy escasos¹³³⁵: el sujeto A quiere que B no se case con C (resultado permitido), y para evitar que ello suceda no tiene otra alternativa que envenenar a C (medio prohibido)¹³³⁶; el sujeto J quiere liberarse de sus secuestradores M y N, para lo cual tiende una trampa para dejarlos encerrados en un sótano, pero sabe que secundariamente, también quedará encerrado O (que es el hijo de M). En este caso concurre un resultado permitido por justificado (encerrar a M y N), y un resultado no permitido por exceso de la justificación (encerrar a O); (d) resultado principal no permitido y resultado

¹³³³ Con diferentes grados de probabilidad (media y remota).

¹³³⁴ Respecto del resultado principal hay que matizar, puesto que no es lo mismo un valor de resultado que implica en sí un valor (por ejemplo, salvar una vida), que un valor de resultado que tan sólo tiene irrelevancia penal (como una infracción administrativa). En el primer supuesto el resultado es valioso en sí mismo, mientras que en el segundo supuesto el resultado no es valioso en sí mismo, sino sólo que no es disvalioso para el Derecho penal.

¹³³⁵ También, teóricamente, se da esta estructura en la causación de desvíos (que por arrojar un resultado positivo mayor al negativo, quedan desplazados en la imputación objetiva). El sujeto que desvía el golpe que se dirige a la cabeza de la víctima a otra zona del cuerpo; o el que rompe un cristal para evitar que la fuga de gas mate a los ocupantes de la casa.

¹³³⁶ Cfr. MANNHEIM, “*Mens Rea*”, *JCLIL*, 1935, p. 91. En rigor, este ejemplo podría resolverse más fácilmente desde una teoría auténtica del conocimiento, como un caso de dolo directo de primer grado.

colateral no permitido (esta alternativa sería también de relevancia penal y la más grave de todas, por cuanto ambos resultados son típicos).

(e) Finalmente, una quinta observación, acerca de los posibles desvíos causales del dolo directo de segundo grado. Como esta modalidad de dolo queda estructurada sobre una misma acción, esto es, un mismo riesgo típico, que puede generar, respecto del resultado colateral un desvío causal. Se dará un desvío inesencial, si en el caso del Ministro, en vez del chofer y el guardaespaldas, fallecen el guardaespaldas y el cocinero (con independencia de que al autor alguna de esas muertes le cause más pena que la otra). En cambio, se dará un desvío esencial, si el explosivo que había sido colocado sólo para producir daños y lesiones termina matando a alguno de los ocupantes. O, como efectivamente sucedió en el caso *Thomas*: la bomba no explotó en el barco en medio de altamar matando a la tripulación tal como se lo había representado el autor, sino momentos antes de lo planeado y de un modo no previsto, a raíz de una fallida manipulación de los estibadores, que al cargar los bultos activaron la bomba sin saber, y murieron en el acto¹³³⁷. Esta clase de desvío, que ha sido rubricado por la doctrina como una *aberratio ictus* modifica no sólo el dolo directo de primer grado del autor, sino también el dolo directo de segundo grado, ambos en relación con la consumación, pero no en cambio, en cuanto a la tentativa.

4. Así pues, entiendo que la doctrina del dolo de consecuencias necesarias debe concebirse como una especie de *combinación subjetiva de una consecuencia principal y otra colateral*: el mismo nombre de esta clase de dolo lo sugiere. Esta idea supone un leve *correctivo* al modelo clásico donde el dolo directo de segundo grado se considera una modalidad subjetiva autónoma. En la práctica pueden darse múltiples supuestos de consecuencias accesorias de una principal. Lo que habría de valorarse son los grados de conocimiento con la que cada una de estas consecuencias ha sido producida, puesto que bajo el paraguas de la intención pueden castigarse injustamente de igual manera la diferente asunción subjetiva de un mismo riesgo que contiene la probabilidad de consecuencias diferentes. Aun cuando el riesgo principal es el mismo, la representación de las probabilidades sobre los efectos del riesgo puede variar. Por ejemplo, el riesgo de explosión de una bomba pudo haber sido objeto de la representación del autor con algo de certeza en cuanto a la probabilidad de que se produzca la destrucción de la cabaña, pero haber sido representado con algo de duda en

¹³³⁷ Cfr. SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, 2005, p. 147; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch, AT*, 1996 (5ª ed.), § 29, punto III.2, p. 298 [2002, p. 320].

cuanto a la probabilidad de la muerte de sus ocupantes (por ejemplo, porque no estaba seguro de que la cabaña estaba habitada, o porque dudaba sobre el efecto destructivo de la bomba así como del efecto destructivo de los efectos de la explosión¹³³⁸); o bien, ambos resultados haber sido objeto de un mismo grado de conocimiento por parte del sujeto. ¿Cómo puede erigirse en una modalidad dolosa un dolo que tiene como objeto el segundo plano del dolo que va en primer plano? La respuesta a esta pregunta viene dada por el tratamiento que se hace de los delitos cometidos con dolo directo de segundo grado: concurso ideal: unidad de acción, pluralidad de resultados.

5. Para una teoría pura del conocimiento, el dolo de consecuencias necesarias no es más que una forma mixta en la que concurren varios estados subjetivos en relación con diversos escenarios típicos que se representa el autor, o que debería representarse. Así, por ejemplo, en el caso *Thomas*, el autor prevé con práctica seguridad no sólo el resultado que persigue (la destrucción del barco), sino también las lesiones y muerte de sus ocupantes. Respecto de cada uno de estos desenlaces el autor obra con la misma clase de dolo, y ha de responder por cada uno de los delitos que finalmente se realicen. Igual solución cabe para el Ministro y el chofer: si la bomba tiene potencia suficiente como para matar al ocupante de atrás del coche, lo tendrá también para el que conduce y para el acompañante. Lo que interesa no es cuál era la intención del autor, sino el tipo de conocimiento que acompaña al hecho. Otros casos, como el del sujeto que persigue matar a su esposa embarazada, tienen igual respuesta, por cuanto éste al conocer que aquélla se encuentra encinta, tuvo que representarse con seguridad también la muerte del niño que engendra¹³³⁹; o el de los asaltantes que por asegurar el apoderamiento de la cosa se exceden del tiempo de retención de la víctima y cometen con dolo directo de segundo grado un delito de privación de la libertad¹³⁴⁰. Pueden darse casos de “conocimientos seguros gemelos”, uno referido al resultado que se busca, y el otro al resultado colateral, porque necesariamente al ir éste

¹³³⁸ También puede suceder lo contrario, por ejemplo, cuando el sujeto duda sobre el efecto destructivo de la bomba pero conoce el efecto destructivo de los efectos de la explosión: parciales derrumbes de paredes que pueden aplastar a los habitantes. Esto habrá de tenerse en cuenta como para determinar en qué grado el sujeto pudo haberse representado la muerte o lesión de los ocupantes.

¹³³⁹ Un caso así resuelve la STS 04/03//2002 (Moner Muñoz), en donde se condena al autor de los hechos por un homicidio con dolo directo de primer grado en concurso ideal con un aborto con dolo directo de segundo grado. En el caso existió unidad de acción y diversidad de resultados penalmente típicos.

¹³⁴⁰ Véase la SAP Palma de Mallorca 28/10/2014 (Ramis Roselló), que condenó a los acusados por un delito de robo con violencia e intimidación y uso de armas (dolo directo de primer grado) en concurso ideal con una detención ilegal (dolo directo de segundo grado).

unido al primero, si no se sucede aquél, éste tampoco se sucederá; pero también puede suceder que el resultado principal sólo haya sido representado con una probabilidad remota¹³⁴¹. Como puede advertirse los casos de dolo de consecuencias necesarias guardan una similitud estructural-objetiva (no subjetiva) con la *culpa dolo determinata* de FEUERBACH, esto es, un fin buscado y una consecuencia no querida. Por eso, ¿qué es lo que se desvalora a los fines de atribuir el resultado a título de dolo de segundo grado? ¿Se atribuye las consecuencias inevitables por su sola inevitabilidad (criterio objetivo)? o ¿se atribuyen las consecuencias inevitables según la representación de dicha inevitabilidad por parte del sujeto (criterio subjetivo)? Para este último supuesto, si las consecuencias, aunque objetivamente inevitables son de previsión subjetiva meramente probable, entonces, habría que atribuir las a título de dolo eventual. Por eso, lo que justifica que un resultado no buscado sea imputado al autor a título de dolo de consecuencias necesarias no es la existencia de una voluntad indirecta o intención debilitada, sino, la concurrencia de un conocimiento certero sobre él; sea o no sea una consecuencia que se derive inevitablemente de la conducta¹³⁴², bastando con que se derive de ella¹³⁴³. Esto daría como balance la siguiente conclusión: puede tratarse de un resultado colateral previsiblemente objetivo (atribución objetiva del resultado), sólo subjetivamente conocido con un grado de la alta probabilidad. El juicio de previsibilidad objetiva no exige medir los grados de conocimiento general (remoto, probable, seguro), sino, por el contrario, se satisface con fórmulas más generales: curso ordinario de las cosas, leyes de la experiencia, etc., de que en sede de la imputación subjetiva si por los conocimientos especiales del autor se trataba de un resultado colateral necesario de producirse, si no se produce, se castigará por tentativa. Por el contrario, para las versiones más objetivistas del dolo, será el *ex post* el que termine por enmarcar la naturaleza del conocimiento que se imputa: sólo si el resultado colateral no buscado sucede será dolo de consecuencias necesarias, sino sucede, era porque el resultado no era necesario.

¹³⁴¹ MIR PUIG, “Conocimiento y voluntad en el dolo”, en *Elementos subjetivos*, 1994, p. 20, se pregunta algo similar: ¿deben incluirse también en el dolo directo de segundo grado las consecuencias necesariamente unidas a la consecución de una meta que se persigue, pero que no es segura, si se alcanza dicha meta y con ella sus consecuencias necesarias? Mientras que un sector de la doctrina se decanta a favor del dolo directo de segundo grado, este autor considera que se trata de un caso de dolo eventual.

¹³⁴² Por el contrario, para las versiones más normativistas del dolo, el resultado colateral ha de ser uno que se derive del curso ordinario de las cosas.

¹³⁴³ Aquí es importante la función que cumple la atribución objetiva del resultado desde la regla de la previsibilidad, como baremo límite del juicio de imputación subjetiva (que, como se verá, desvalora también los conocimientos especiales del autor).

II.II.5.b.iv. La inevitable existencia del dolo eventual

1. Casi por una regla de obviedad, las concepciones cognitivistas del dolo consideran a la figura del dolo eventual como el dolo básico, o arquetipo de dolo¹³⁴⁴, y al dolo directo, como una forma especial o agravada¹³⁴⁵, a diferencia de las versiones volitivistas, que conciben al dolo directo como la forma principal y al dolo eventual como una modalidad atenuada o debilitada de dolo¹³⁴⁶. Los casos de conocimiento certero pueden darse o no, pero los de conocimiento probable e incierto son la moneda corriente. El caso normal es actuar en condiciones de inseguridad como consecuencia de una incompleta información y de un dominio poco cierto de la causalidad¹³⁴⁷. Por regla general, las personas obramos en condiciones de incertidumbre, lo que traducido a la teoría del dolo se denominaría dolo eventual. El dolo eventual no admite el querer la realización del tipo no sólo porque en sí el sujeto no quiere el resultado¹³⁴⁸, sino porque es atentar contra el lenguaje corriente denominar como querido a un resultado no deseado, ni buscado, y hasta desagradable (como también ocurre con el dolo de consecuencias necesarias)¹³⁴⁹. ¿En qué clase de querer puede basarse el aceptar el resultado a regañadientes?¹³⁵⁰ Un auténtico querer es aquello que

¹³⁴⁴ Cfr., recientemente, PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, 2011, pp. 564, 637, 818; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2010 (2ª ed.); SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, 2005, p. 140; FEIJOO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, 2002; LAURENZO COPELLO, *Dolo y conocimiento*, 1999, pp. 234 y ss.; RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, 1999; CORCOY BIDASOLO, “En el límite entre dolo e imprudencia”, *ADPCP*, 1985, p. 965. También PUPPE, *Vorsatz und Zurechnung*, 1992, pp. 37, 64 y ss., *passim*; FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983, pp. 25, 29; SAUER, *Allgemeine Strafrechtslehre*, 1955(3ª ed.), pp. 176 y ss.

¹³⁴⁵ Cfr. PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, 2011, p. 818 (el dolo como intención es un dolo calificado; el dolo básico es el dolo eventual). También así, FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983, pp. 496, 498 y ss.

¹³⁴⁶ Cfr. ROXIN, *StrafR, AT*, 2006 (4ª ed.), § 12, nm. 23, con nota al pie 28 [1997, p. 425]; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch, AT*, 1996 (5ª ed.), § 29, punto III.3, p. 299 [2002, p. 321]; KÖHLER, *StrafR, AT*, 1997, pp. 162 y ss. Para uno de los representantes más reconocidos de la teoría volitivista, el dolo eventual no era una tercera forma entre el dolo y la imprudencia, sino una forma especial de dolo. Así, VON HIPPEL, *Die Grenze*, 1903, p. 94.

¹³⁴⁷ De hecho, al decir de ZIELINSKI, *Dolo e imprudencia*, 2003, p. 83, en relación con el dolo directo de segundo grado: sólo una ingenua ceguera a la realidad o una desmedida sobreestimación podrían conducir a una previsión segura de las consecuencias colaterales. También JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch, AT*, 1996 (5ª ed.), § 29, punto III.2, p. 299 [2002, p. 320].

¹³⁴⁸ Por eso, denomina al dolo eventual como “la consciencia insegura, sin disvalor de intención”, SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, 2005, p. 140.

¹³⁴⁹ Cfr. VON LISZT, *Tratado de Dp*, 1925 aprox. (3ª ed.), pp. 410 y ss. Denomina “ampliación *ad hoc* del significado estricto del término ‘voluntad’” al concepto de dolo eventual de las teorías volitivistas, PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, 2011, p. 166.

¹³⁵⁰ Tanto el elemento cognitivo como el volitivo sufren una reducción en el dolo eventual y es en dicha reducción en donde radica la disminución de la sustancia del dolo que, en los casos límites, aproxima el dolo eventual a la imprudencia consciente. Cfr. ROXIN, *StrafR, AT*, 2006 (4ª ed.), § 12, nm. 4, p. 437 [1997, p. 416]. Los volitivistas justifican la voluntad en esta clase de dolo bajo ficciones conceptuales. Por ejemplo, se dice

el autor busca intencionadamente, no aquello que se resigna, o se conforma a que suceda. El testigo de Jehová que tiene la intención de desconectar el catéter que transfunde sangre a otro testigo de Jehová, pero a la vez presiona sobre las venas para que éste no se desangre, tiene la intención de evitar la transfusión de sangre (por su credo), pero sabe con algo de probabilidad que ello puede producir la muerte por desangramiento. El fallecimiento se termina produciendo. El Tribunal Supremo español condenó al autor por un delito de homicidio (con dolo eventual)¹³⁵¹. En este caso se puede advertir que la intención respecto del resultado principal sólo se conecta con el resultado colateral desde un nexo de conocimiento probable. En el ejemplo, el sujeto termina produciendo un resultado que no buscaba (la muerte), pero el cual se representó como muy seguro de producirse (quien interrumpe una transfusión de sangre tiene, al menos, que haberse representado que la falta de suficiente sangre o que una hemorragia pueden tener desenlaces fatales o lamentables¹³⁵²). De este modo, la intención y el conocimiento corren por sendas diferentes, y esto debe distinguirse y no confundirse. Algunos autores distinguen el dolo directo (de primer y segundo grado) del dolo eventual desde el criterio del propósito o deseo del autor. En el dolo eventual el sujeto no busca el resultado, en los otros dos dolos, sí, en donde, o

que el sujeto no quiere el resultado pero que *cuenta con él*, que *admite su producción*, que *acepta*, que *consiente*, que *se resigna*, etc. MIR PUIG, *Dp, Pg*, 2011 (9ª ed.), p. 273, señala que en el uso del lenguaje también “quiere” quien “acepta”, aunque sea a disgusto, como forma de “conformarse” o “resignarse”. Todas estas fórmulas como equivalentes al querer (voluntad) conforman meras ficciones. Así, MUÑOZ CONDE, *Teoría general del delito*, 1989, p. 63. Para los que comparten una concepción volitiva del concepto de dolo, considero que éste a lo sumo debería asumirse desde un enfoque normativo si se pretende, luego, graduar desde la voluntad sus diferentes clases. En este sentido, desde una teoría volitiva naturalista el dolo eventual no tendría cabida, pues “naturalmente” la “aceptación” o “consentimiento” no son propiamente dolo. BACIGALUPO ZAPATER, “Problemas actuales del dolo”, en *Homenaje al Dr. Rodríguez Mourullo*, 2005, p. 65, advierte que el concepto psicológico (intuitivo) de voluntad ha sido sustituido progresivamente por consideraciones normativas (cuando se ha intentado extender el concepto de voluntad a los supuestos de dolo de consecuencias necesarias y dolo eventual). Crítico con las visiones principialistas que conducen en muchas ocasiones a una manipulación de los conceptos cuando estos son aplicados, como cuando en el ámbito del dolo los partidarios de la concepción volitiva se enfrentan a los casos concretos y terminan equiparando la voluntad a fenómenos psicológicos de dudosa existencia como “aceptar”, “resignarse” o “conformarse”, RAGUÉS I VALLÈS, “Tres grandes dilemas de la dogmática penal del siglo XXI”, *RPDJP*, 2001, p. 536 [también en “Comentarios a la jurisprudencia del Tribunal Supremo: la determinación del conocimiento”, *ADPCP*, 1996, nota al pie 4 (con referencias bibliográficas), p. 799].

¹³⁵¹ La fallecida, testigo de Jehová, se encontraba internada en un hospital recibiendo una transfusión de sangre, cuando el procesado ingresó a la habitación, desconectó el catéter y de modo muy ingenuo aplicó medidas ineficaces como para detener la hemorragia que ello había provocado. Véase STS 27/03/1990 (Moyna Menguez).

¹³⁵² Al sujeto no se le va a exigir que conozca técnicamente cuáles son los efectos médicos de su conducta (choque hipovolémico, infarto, etc.), sino que basta con él pueda haberse representado alguno de los posibles resultados típicos: la muerte, unas lesiones graves, etc.

bien se persigue la realización del tipo (dolo de primer grado), o bien otra meta que se halla necesariamente conectada con la realización del tipo penal¹³⁵³. En esta modalidad la realización del tipo penal no forma parte del objetivo de la conducta, sino que respecto a ésta existe una posibilidad de realización pero no de consecución¹³⁵⁴. Tal es así que, en esta clase de dolo prevalece el factor cognitivo o de previsión antes que el volitivo que siempre encuentra problemas de inclusión.

2. El dolo eventual ha sido y sigue siendo la modalidad de dolo que más atención y polémica ha despertado por parte de los juristas, puesto que al ser la figura lindante con la imprudencia (consciente), la delimitación entre ellas trasciende el plano terminológico para residir en la diferente medida de pena que merecen cada una. Por eso, a la doctrina siempre le ha interesado concretar sus límites. Uno de los ejemplos que la teoría del consentimiento emplea para ilustrar los inconvenientes de límite que presenta la figura del dolo eventual con la imprudencia consciente es el llamado caso *Lacmann* (o *Schießbudenfall*)¹³⁵⁵: un mozalbete apuesta 20 marcos a que puede alcanzar con un disparo a una bola de cristal que la chica de una caseta de tiro al blanco sostiene en la mano, sin lesionar a la chica. El joven se considera como un tirador inseguro y se dice a sí mismo: con alta probabilidad yo daré a la mano de la chica, pero si eso sucede simplemente me esfumo (*make ich mich einfach aus dem Staube*); porque, al final, si logro dar en la bola de cristal, ganaré veinte marcos. El joven dispara alcanzando a la mano de la chica (y no a la bola)¹³⁵⁶. Para la teoría volitivista (del consentimiento) el sujeto habría de responder a título de imprudencia por las lesiones ocasionadas a la chica, teniendo en cuenta como fundamento la primera fórmula de *Frank*: “concorre el consentimiento necesario para el dolo eventual cuando el autor previendo como posible la realización del tipo, hubiera actuado de igual modo si la hubiera previsto como segura”. Aplicada esta fórmula al caso del tirador inseguro, si el mozalbete se hubiera representado el disparo en la mano como de segura producción, está claro que él no hubiera

¹³⁵³ De esta idea, SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, 2005, p. 148.

¹³⁵⁴ Similarmente STRATENWERTH/KUHLEN, *StrafR, AT*, 2004 (5ª ed.), § 8, nm. 110, p. 123 [2005, p. 164].

¹³⁵⁵ Caso académico comentado en LACMANN, “Die Abgrenzung der Schuldformen in der Rechtslehre”, *ZStW*, 1911, pp. 159 y ss.

¹³⁵⁶ “Einem Burschen werden zwanzig Mark versprochen für den Fall, daß er einem Schießbudenfräulein eine Glaskugel aus der Hand schießt, ohne daß Mädchen zu verletzen. Er kennt sich selbst als unsicheren Schützen und sagt sich: mit größter Wahrscheinlichkeit werde ich dem Mädchen in die Hand schießen, aber dann mache ich mich einfach aus dem Staube; gelingt mir’s aber am Ende, die Kugel zu treffen, so sollen mir die zwanzig Mark ein guter Fang sein. Er schießt und trifft das Mädchen in die Hand”. Véase textual, LACMANN, “Die Abgrenzung der Schuldformen in der Rechtslehre”, *ZStW*, 1911, p. 159.

actuado porque hubiera perdido la apuesta¹³⁵⁷. Una crítica acertada, a mi juicio, a esta solución la ofrece LACMANN. Para este autor, con la fórmula de *Frank* se está beneficiando a los sujetos que actúan de modo egoísta y, en todo caso, la esperanza de dar en la bola y no en la mano no puede ser razón suficiente como para eliminar el dolo, cuando el sujeto se representó la alta probabilidad de dar en la chica¹³⁵⁸. Por el contrario, algún sector de la doctrina de corte cognitivista ha sostenido que en esta clase de ejemplos no puede hablarse de “voluntad” de matar (o de lesionar), pues, es evidente que el sujeto en verdad quería ganar una apuesta¹³⁵⁹. A mi juicio, una cosa no excluye la otra, siempre que el sujeto se haya representado la muerte como posible, con independencia de los motivos más o menos inocentes del sujeto (apuesta, rescate, limosna, llegar temprano a la reunión, dar de comer al niño). No puede formar parte del concepto cognitivo de dolo una voluntad negativa, es decir, contraria a la voluntad lesiva. En *Lacmann* también nos encontramos en presencia de un tirador inexperto como en *Thyrén*, aunque esta vez, el sujeto no quiere matar a la víctima sino tan sólo dar en una bola de cristal que ésta sostiene. Sin embargo, mientras que en el caso *Thyrén* el resultado era objetiva y subjetivamente improbable, en el caso *Lacmann* el resultado se presenta objetiva y subjetivamente como probable. Lo que hacía que el resultado del caso *Thyrén* sea atribuido como doloso era que la intención compensaba el conocimiento de la improbabilidad del resultado, y lo que hace que en el caso *Lacmann* el resultado sea atribuido como doloso eventual es que el conocimiento de la probabilidad del resultado es suficiente a los fines de la imputación. A pesar de que en *Lacmann* se advierte una clara desviación del golpe (*aberratio ictus* o “desarrollo defectuoso del hecho”^[den Fällen des Fehlgehens der Tat]¹³⁶⁰), es decir, un fallo en la ejecución, mayoritariamente el caso ha sido resuelto condenando al sujeto como autor de un homicidio doloso, en grado de dolo eventual. Un sector de la doctrina alega que “efectivamente, puede haber casos de estructura análoga a la de la *aberratio ictus* en los que, sin embargo, el sujeto, además del riesgo para

¹³⁵⁷ En este sentido, FRANK y VON HIPPEL citados y comentados en LACMANN, “Die Abgrenzung der Schuldformen in der Rechtslehre”, *ZStW*, 1911, pp. 159-160.

¹³⁵⁸ Así, LACMANN, “Die Abgrenzung der Schuldformen in der Rechtslehre”, *ZStW*, 1911, pp. 159-160. Similar crítica a la solución de FRANK la ofrece MANNHEIM, “*Mens Rea*”, *JCLIL*, 1935, p. 94. Este autor propone un caso muy similar al del tirador de *Lacmann* y parece resolverlo desde el dolo eventual (p. 94).

¹³⁵⁹ Así, BACIGALUPO ZAPATER, “Problemas actuales del dolo”, en *Homenaje al Dr. Rodríguez Mourullo*, 2005, p. 70. Para este autor, en el caso del que apuesta que es capaz de disparar con un arma de fuego sobre una botella que otro tiene en la mano, sin siquiera lesionarlo, pero, da el tiro en medio del pecho del sujeto pasivo y le produce la muerte, es evidente que no puede haber tenido voluntad de matar, pues quería ganar la apuesta (cita la STS 17/07/1990, Bacigalupo Zapater).

¹³⁶⁰ Así lo definen JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch, AT*, 1996 (5ª ed.), § 29, punto V.6, p. 313 [2002, pp. 335 y ss.].

A (a quien apunta), abarque con dolo eventual un riesgo para el tercero B (afectado)”¹³⁶¹. A mi juicio, lo que creo que pasa en el caso *Lacmann* es que se atribuye el resultado de lesión a título de dolo eventual y no de imprudencia, teniendo en cuenta el bien jurídico en juego¹³⁶². Que se llega a penalizar por dolo eventual y no por otra clase de dolo o imprudencia, lo dice el ejemplo a la inversa. Imaginemos que el joven quería dar en la chica y no en la bola. Cualquiera que sea el grado de representación de la probabilidad del resultado de la lesión a la mujer se atribuiría el hecho a título de dolo directo de primer grado por la sola concurrencia de la intención. En conclusión, en el caso *Lacmann* concurre la siguiente estructura: una misma conducta contiene dos riesgos prohibidos. Uno se refiere al resultado buscado, pero que finalmente no se produce, y el otro se refiere al resultado no buscado, pero que efectivamente se produce. Respecto de ambos riesgos prohibidos hay dolo en el sentido del grado de representación de la probabilidad de producción del resultado, por más que el hecho se termine ejecutando de forma desviada¹³⁶³. Esta puede ser de igual o diferente categoría. Por ejemplo, respecto del resultado buscado puede suceder que el riesgo que el sujeto se representa sea de una alta probabilidad de sucederse, y respecto del riesgo del resultado que no se busca, la probabilidad ser media o baja, incluso remota; y viceversa. En todo caso, lo que habrá de evaluarse a los fines de la imputación dolosa es el grado de representación del sujeto, y no su mala intención (para castigar gravemente) o su intención inocente de simplemente querer ganar una apuesta (para castigar levemente).

¹³⁶¹ Así, SILVA SÁNCHEZ, “*Aberratio ictus* e imputación objetiva”, *ADPCP*, 1984, p. 364.

¹³⁶² A favor de la imprudencia consciente se diría que si el sujeto quería ganar la apuesta, entonces, confió en que el resultado de lesión a la chica no se produciría.

¹³⁶³ La mayoría de la doctrina parece sostener que en los casos en que hay dolo eventual respecto del riesgo que se ha realizado definitivamente en el resultado, queda excluido el *aberratio ictus*. Véase JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch, AT*, 1996 (5ª ed.), 1996, § 29, V.6, p. 313 [2002, pp. 335 y ss.]. En sentido similar SILVA SÁNCHEZ, “*Aberratio ictus* e imputación objetiva”, *ADPCP*, 1984, pp. 376-377. Este autor se refiere a los supuestos en que hay dolo también respecto del riesgo que se ha realizado en el resultado efectivamente producido. En este ejemplo, *ex ante* son objetivamente determinables dos riesgos, cuya realización aparece como alternativa: un riesgo para B y un riesgo para C, de los que sólo se puede realizar uno, según lo representado por el autor. De este modo, el sujeto abarca con dolo directo el riesgo que amenaza a B, pero también ha previsto el riesgo que amenaza a C, y lo toma en serio, es decir, no puede excluir la probabilidad de que este se realice (dolo eventual, como dolo alternativo, y no *aberratio ictus*). También JOERDEN, “Der auf die Verwirklichung von zwei Tatbeständen gerichtete Vorsatz”, *ZStW*, 1983, p. 605, entiende que en estos casos debe condenarse por un delito doloso consumado (para este autor el dolo eventual es un caso especial de dolo alternativo -y no a la inversa-, en el que una alternativa se refiere a la realización de un tipo y la otra precisamente a su no-realización).

3. La dificultad para deslindar el dolo eventual de la imprudencia consciente, sobre todo por razones de merecimiento de pena, también hizo surgir otro tipo de respuestas, no ya basadas en algún elemento mental distintivo, sino buscando otra clase de alternativas, como la tercerización de una figura intermedia¹³⁶⁴. Así, por ejemplo, ESER propuso la creación de una tercera forma subjetiva que se ubicara entre el dolo y la imprudencia¹³⁶⁵. Posteriormente, WEIGEND ha fomentado esta propuesta de la mano de la figura angloamericana de la *recklessness*, como para dar respuesta a los casos difusos entre el dolo eventual y la imprudencia consciente¹³⁶⁶; lo que en último caso este autor considera que siempre se puede resolver en sede de la determinación judicial de la pena¹³⁶⁷. Para ROXIN la propuesta de una nueva forma subjetiva intermedia entre el dolo y la imprudencia, si bien simplificaría la aplicación del Derecho, sufre de dos inconvenientes importantes. En primer lugar, como ello llevaría a revisar toda la Parte especial del *StGB*, en cuanto a su aplicabilidad, tendría pocas posibilidades de viabilizarse en la práctica y en segundo lugar, llevaría a igualar “la diferencia cualitativa que existe entre la decisión en contra del bien jurídico protegido y la confianza negligente en su conservación”, y por eso mismo no resulta del todo recomendable¹³⁶⁸.

¹³⁶⁴ También lo advierte, CANESTRARI, “La estructura del dolo eventual”, *AD*, 2003, p. 72; RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, 1999, p. 49.

¹³⁶⁵ Cfr. ESER, *StrafR*, 1980 (3ª ed.), § 3, nm. 35 a, p. 53. Desde una perspectiva comparativa entre el *common law* y el *civil law*, este autor aprecia más parecido entre la *recklessness* y la imprudencia consciente (antes que con el dolo eventual). Cfr. ESER, “Individual criminal responsibility”, en *The Rome Statute*, 2002, p. 906. Sobre esta figura también TORÍO LÓPEZ, “Teoría cognitiva del dolo”, en *Homenaje al Profesor Núñez Barbero*, 2007, pp. 833 y ss.

¹³⁶⁶ Cfr. WEIGEND, “Zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit”, *ZStW*, 1981, pp. 687 y ss., 697. En este sentido también se han pronunciado, VOGEL, “Dolo y error”, *CPC*, 2008, pp. 5-18; SCHEFFLER, “J.S.F. von Böhmer”, *Jura*, 1995, p. 356; ARZT, “Leichtfertigkeit und *Recklessness*”, en *GS für Horst Schröder*, 1978, pp. 119 y ss. Desde una perspectiva comparativa entre el sistema del *common law* y el *civil law*, FINNIN, “Mental elements”, *ICLQ*, 2012, pp. 329, 334 y ss., ubica la *recklessness* angloamericana como una figura comprensiva del dolo eventual y la imprudencia consciente (lo que puede entenderse que la ubica entre esas dos modalidades); TRIFFTERER, “The new international criminal Law”, en *The new international criminal Law*, 2003, p. 709; AMBOS, “General principles of criminal Law”, *CLF*, 1999, p. 21. En un sentido más omnicompreensivo, considera el dolo eventual y la imprudencia consciente de la tradición germánica como dos grados de *recklessness*, HALL (J.), *General principles of criminal Law*, 2005 (2ª ed.), pp. 116-117.

¹³⁶⁷ Cfr. WEIGEND, “Zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit”, *ZStW*, 1981, pp. 697 y ss.

¹³⁶⁸ Cfr. ROXIN, *StrafR*, *AT*, 2006 (4ª ed.), § 12, nm. 74, pp. 469-470 [1997, pp. 447-448]. En Italia, CANESTRARI, “La estructura del dolo eventual”, *AD*, 2003, pp. 103-105 (enumerando las dificultades sistemáticas del trasplante de una figura también de difícil determinación en el ámbito angloamericano); CURI, *Tertium datur*, 2003, pp. 47 y ss., 201 y ss., destaca que la introducción de una figura intermedia no asegura la resolución de muchos casos fronterizos (como los supuestos de conductas sexuales temerarias de seropositivos).

4. Al igual que en el dolo eventual también en el dolo directo de segundo grado el agente se representa un resultado que va unido a su acción. La diferencia con el dolo eventual radica tan sólo en la necesidad de la producción del resultado, pues éste no es necesario en el dolo eventual, sino tan sólo probable (de tal forma que puede no ocurrir)¹³⁶⁹. Sin embargo, entre la probabilidad y la seguridad aún pueden establecerse grados. En la figura del dolo de consecuencias necesarias se había manifestado que existían dos clases de consecuencias colaterales: las inevitables y las altamente probables. Estas última consecuencias son las que se encontrarían rayando los límites del dolo eventual, y podría provocar la pregunta de si nos encontramos ante un supuesto de dolo directo de segundo grado “leve” o de un dolo eventual “grave”. En todo caso, cualquiera sea la nomenclatura escogida, este supuesto sería un *tertium* entre aquellas dos clases de dolo. Aunque, para algunos autores la extrema probabilidad debe ser valorada del mismo modo que cuando existe certeza sobre la concurrencia de la consecuencia¹³⁷⁰, no obstante, sería preferible, a mi criterio, considerar este caso como uno intermedio, menos grave que la seguridad, justamente basándome en que como la mayoría de los acontecimientos futuros no pueden ser previstos con absoluta seguridad por el principio *in dubio pro reo* habría de valorarse el caso en su alternativa más leve.

5. ¿A partir de qué grado de inseguridad acerca de la posibilidad de realizar el tipo existe suficiente desvalor de acción para fundamentar un delito doloso?¹³⁷¹. Los casos de dolo eventual abarcarían, en principio, todas las representaciones de la probabilidad, desde las más leves a las más elevadas, de producción del resultado.

II.II.5.b.v. El sinsentido de un dolo sin conocimiento

1. Hace ya tiempo que se ha instalado fuertemente la idea de algunos autores que defienden la posibilidad de un dolo sin conocimiento “psicológico”¹³⁷². La razón que sustenta esta

¹³⁶⁹ Cfr. BACIGALUPO ZAPATER, “El concepto de dolo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *CEDJ*, 2007, pp. 144-145.

¹³⁷⁰ Señalan que la diferencia consiste en que en estos supuestos puede estar en juego la esperanza de que el resultado no tendrá lugar por un golpe de suerte. Sin embargo, el autor no puede recurrir a la simple esperanza de un buen acontecimiento, JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch, AT*, 1996 (5ª ed.), 1996, § 29, punto III.2, p. 299 [2002, p. 320].

¹³⁷¹ Cfr. SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, 2005, p. 149.

¹³⁷² Toda la doctrina de corte normativista viene defendiendo un concepto de dolo despojado de lo psicológico. Cfr. HRUSCHKA, “Über Schwierigkeiten mit dem Beweis des Vorsatzes”, en *FS für Kleinknecht*, 1985, pp. 191

idea es la pretensión de una normativización extrema del dolo, objetivando el elemento subjetivo del tipo lo máximo posible¹³⁷³. La figura que mejor se acomoda a esta idea es la ignorancia deliberada¹³⁷⁴, últimamente muy citada por los tribunales españoles en la delincuencia económica y el de tráfico de drogas. Algunas fórmulas que hacen factible hablar de dolo sin conocimiento en los casos de ignorancia deliberada tiene que ver con algunas de las siguientes ideas. Una primera postura suele argumentar que en ciertas situaciones la indiferencia revelada por el sujeto hacia el conocimiento de algo (típico) ha de ser considerada como conocimiento, esto es, la indiferencia por conocer equivale axiológicamente al conocer los elementos del tipo penal o a la realización de la conducta típica. La segunda postura, aun más radical, defiende la imputación a título de dolo de la ignorancia deliberada recurriendo a la idea de infracción a un deber cualificado de conocer. Aunque ambas posturas pretenden de un modo u otro sostener el carácter normativo del dolo en la modalidad de ignorancia deliberada, lo cierto es que, al fin y al cabo, ninguna de las dos puede librarse completamente de lo que pregonan: dolo sin conocimiento en sentido psicológico, donde los casos de ignorancia deliberada han de ser entendidos como de “ignorancia aparente”¹³⁷⁵. La llamada ignorancia deliberada responde a la traducción que se hace de la expresión inglesa *wilfull blindness* originaria de la doctrina jurisprudencial de los Estados Unidos¹³⁷⁶ con el fin de razonar los supuestos en que el elemento mental consiste

y ss. [= “Sobre la difícil prueba del dolo”, en *Imputación y Dp*, 2005, pp. 145 y ss.]. En España, MIRÓ LLINARES, *Conocimiento e imputación*, 2009, pp. 200 y ss.; SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación y teoría del delito*, 2008.

¹³⁷³ El extremo de la normativización del dolo se aprecia en la propuesta de PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, 2011.

¹³⁷⁴ El aporte de una monografía en esta materia encierra un análisis sobre la aplicación de la doctrina de la *wilfull blindness* en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, sus repercusiones en la doctrina, a la vez que cuestiona ciertas aristas de la teoría de la imputación subjetiva en cuanto a su graduación y repercusión en sede de la individualización judicial de la pena. Así, RAGUÉS I VALLÈS, *La ignorancia deliberada*, 2007. Otros comentarios sobre la *wilfull blindness* en RAGUÉS I VALLÈS, “Mejor no saber”, *Discusiones*, 2013, pp. 11 y ss.; y en “A modo de contraréplica”, *Discusiones*, 2013, pp. 139 y ss. [con comentarios y réplicas, entre otros, de: GRECO, “Comentario al artículo de Ramon Ragués”, *Discusiones*, 2013, pp. 67 y ss.; FEJOO SÁNCHEZ, “Mejor no saber...más”, *Discusiones*, 2013, pp. 101 y ss.]; JAÉN VALLEJO, “Dolo, error y prueba del dolo”, *CPC*, 2010; REDONDO HERMIDA, “La doctrina de la ignorancia deliberada en la jurisprudencia penal española”, *LL*, 2009; ZUGALDÍA ESPINAR, “Algunos problemas actuales de la imputación objetiva y subjetiva”, en *Homenaje al Profesor Núñez Barbero*, 2007.

¹³⁷⁵ En casi todos los casos resueltos por los tribunales españoles, el estado de ignorancia es aparente, esto es, un desconocimiento disimulado.

¹³⁷⁶ Considero necesario destacar que la teoría de la ignorancia voluntaria encuentra en el sistema continental su raíz en la doctrina aristotélica refinada por el tomismo. Textualmente sostiene TOMÁS DE AQUINO, *Summa Teológica*, 1988, p. 111: “también tenemos esta ignorancia (voluntaria) cuando uno no procura tener el conocimiento que debe tener; y así, la ignorancia de los principios universales del Derecho, que todos deben saber, se considera voluntaria, porque se produce por negligencia”. Con esto se hace alusión a aquellas

en una “ceguera provocada intencionalmente por el sujeto activo del delito”, es decir, un “desconocimiento voluntario de los elementos del tipo que el sujeto pudo conocer”¹³⁷⁷. Mientras que esta doctrina lleva años de aplicación en el sistema angloamericano, algunas de las Salas del Tribunal Supremo español la vienen citando principalmente para resolver casos complejos de delitos de receptación y blanqueo de bienes y capitales. En tal sentido, esta figura ha comenzado a instrumentalizarse para dar cabida y explicación al elemento subjetivo de estos delitos, algunas veces como dolo eventual¹³⁷⁸ y otras, como imprudencia consciente¹³⁷⁹, de tal manera que actualmente existe un dilema sobre esta cuestión: ¿se trata la ignorancia deliberada de una modalidad subjetiva típica (dolo eventual, imprudencia consciente, temeridad o una forma subjetiva diferente a estas mencionadas)? o ¿se trata la ignorancia deliberada de un mecanismo probatorio del conocimiento en determinados delitos?¹³⁸⁰ (como otrora procedía la llamada “presunción del dolo”)¹³⁸¹.

situaciones en que la misma persona se coloca en una situación de ignorancia o error, cuando le correspondía conocer. En tal sentido, a pesar de contar con esta figura en nuestra tradición jurídica, nuestra doctrina y jurisprudencia actuales parecen haber optado por el uso de una figura extranjera, quizá por la razón práctica que la teoría de la ignorancia voluntaria no ha sido trabajada aún en el Derecho penal continental europeo con la misma profundidad que en el modelo angloamericano. Sin embargo, no está de más sugerir que urge relativamente la necesidad de desarrollar la teoría de la ignorancia voluntaria de *Santo Tomás de Aquino* en la doctrina continental, puesto que esta contiene postulados teóricos mucho más compatibles que la de la teoría angloamericana con el resto de las figuras subjetivas de imputación, como el dolo, el error y la temeridad.

¹³⁷⁷ Una primera definición de la ignorancia voluntaria nos ofrece RAGUÉS I VALLÈS, *La ignorancia deliberada*, 2007, p. 25, desde la interpretación que realiza de algunas sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo español: el no querer saber aquello que se puede y debe saber equivale a *un estado de ausencia de representación con respecto a un determinado elemento del tipo en el que deben concurrir dos características: la capacidad del sujeto de abandonar dicha situación en caso de haber querido hacerlo y el deber de procurarse dichos conocimientos*.

¹³⁷⁸ Incluyen la ignorancia deliberada en el dolo eventual, entendido éste como indiferencia, las STS 15/02/2011 (Martínez Arrieta); STS 20/07/2006 (Bacigalupo Zapater).

¹³⁷⁹ Considera incorrecta esta asimilación, RAGUÉS I VALLÈS, *La ignorancia deliberada*, 2007, pp. 197-198 y 206 (criticando la modalidad de la “negligencia absoluta” propuesta por ROXIN).

¹³⁸⁰ Para probar la concurrencia de dolo en determinados delitos algunos tribunales han venido empleando como criterio de prueba la llamada doctrina de la ignorancia deliberada. Con ella se daba por acreditado el hecho de que el autor obró conociendo o representándose los elementos del tipo objetivo. Al respecto, recientemente una sentencia del Tribunal Supremo español ha puesto en evidencia que esta transposición de la doctrina de la *wilfull blindness* norteamericana al Derecho español no resulta respetuosa a las exigencias del principio de culpabilidad. Por lo demás, también ha llamado la atención sobre el riesgo que supone emplear la ignorancia deliberada como para eludir la prueba del conocimiento del dolo eventual, o bien para invertir la carga de la prueba de este extremo subjetivo a cargo del sujeto acusado. Cfr. STS 15/02/2011 (Martínez Arrieta). Crítico con estas críticas, RAGUÉS I VALLÈS, *La ignorancia deliberada*, 2007, pp. 211-212.

¹³⁸¹ En la STS 15/02/2011 (Martínez Arrieta) se afirma que la teoría de la ignorancia deliberada permite dar cabida a la presunción del dolo (eliminando con ello las exigencias probatorias del elemento cognitivo del dolo) que actualmente no rige en el derecho vigente. Similarmente, respecto al dolo eventual sostiene GÓMEZ BENÍTEZ, “El concepto del dolo en la moderna dogmática penal”, *CGPJ*, 2006, p. 24, que actualmente las modernas teorías volitivas del dolo no están tan preocupadas por ofrecer una definición del dolo sino en ofrecer

1.a. Como expresiones sinónimas de la figura de la ignorancia voluntaria suelen encontrarse las siguientes¹³⁸². La más común (y más usada) es la de ignorancia deliberada¹³⁸³, seguida de las expresiones desconocimiento provocado¹³⁸⁴, ceguera ante los hechos¹³⁸⁵ e indiferencia¹³⁸⁶. Menos comunes son las expresiones ignorancia intencional¹³⁸⁷, ignorancia provocada, desconocimiento deliberado, desconocimiento voluntario, desconocimiento por indiferencia¹³⁸⁸ o indiferencia deliberada¹³⁸⁹.

2. Ciertamente, cuando algunos autores apelan a la concurrencia de la indiferencia como el factor subrogante del conocimiento típico, no hacen otra cosa que contradecirse. En este sentido, las actitudes afectivas o emocionales como lo es la indiferencia sólo pueden lógicamente concurrir ante actos cognitivos. Para cualquier sujeto sólo puede ser indiferente aquello que él conoce (en el grado que sea), o aquello respecto de lo cual sospecha, o bien respecto de aquello sobre lo cual debe conocer. El objeto de la indiferencia siempre es de modo necesario algo previamente conocido, sospechado, o por conocer de forma

indicios de su concurrencia, de tal forma que se comportan más como teorías sobre la prueba del dolo (en especial del dolo eventual) que como elaboraciones conceptuales.

¹³⁸² Es útil advertir que cuando el sujeto pudo pero además debía conocer ya no es un supuesto de *wilfull blindness* sino de lo que se denomina “conocimiento constructivo” (*constructive knowledge*) en la doctrina angloamericana.

¹³⁸³ Cfr. RODRÍGUEZ RAMOS, “Art. 5”, en *Cp*, 2009, p. 86; RAGUÉS I VALLÈS, *La ignorancia deliberada*, 2007, p. 21; CANCIO MELIÀ, “¿Crisis del lado subjetivo del hecho?”, en *LH a Enrique Bacigalupo*, 2004, pp. 69-70. En la jurisprudencia española, véase la STS 02/04/2009 (Martínez Arrieta). En sentido contrario, la STS 20/07/2006 (Bacigalupo Zapater) señala que las expresiones “ignorancia deliberada” o “ignorancia intencional” son un error idiomático y conceptual: “(...) tales expresiones no resultan ni idiomática ni conceptualmente adecuadas, dado que si se tiene intención de ignorar es porque, en realidad, se sabe lo que se ignora. Nadie puede tener intención de lo que no sabe. La contradictio in terminis es evidente (...)”. Al respecto, prefiere denominar a los supuestos en que el sujeto evita realizar el tipo penal, como obrar con indiferencia, y por lo tanto, con dolo (porque ante la posibilidad de realización del tipo, de todas maneras, el sujeto ha obrado).

¹³⁸⁴ Cfr. RAGUÉS I VALLÈS, *La ignorancia deliberada*, 2007, p. 21.

¹³⁸⁵ Cfr. ZUGALDÍA ESPINAR, “Algunos problemas actuales de la imputación objetiva y subjetiva”, en *Homenaje al Profesor Núñez Barbero*, 2007, nota al pie 17, p. 872.

¹³⁸⁶ Cfr. RODRÍGUEZ RAMOS, “Art. 5”, en *Cp*, 2009, p. 86. En este comentario, creo que la equivalencia que se hace entre ignorancia deliberada e indiferencia viene más por asimilar estas figuras al dolo eventual que por asimilarlas entre sí. Prefiere la voz “indiferencia”, BACIGALUPO ZAPATER en la STS 20/07/2006 anteriormente reseñada. En Alemania, JAKOBS, *Dp, Pg*, 1997 (2ª ed.), pp. 312 y ss., *passim*, se refiere a la indiferencia (*Gleichgültigkeit*) como “ceguera ante los hechos” (*Tatsachenblindheit*). RINCK, *Der zweistufige Deliktsaufbau*, 2000, pp. 323 y ss., 378 y ss., distingue entre la ceguera ante los hechos –por desinterés-, y la ceguera del Derecho –por enemistad o indiferencia ante el Derecho-.

¹³⁸⁷ Así, la mencionada STS 20/07/2006 (Bacigalupo Zapater). A pesar de que emplea esta expresión como sinónima de ignorancia deliberada, este autor prefiere usar la voz indiferencia.

¹³⁸⁸ Cfr. ZUGALDÍA ESPINAR, “Algunos problemas actuales de la imputación objetiva y subjetiva”, en *Homenaje al Profesor Núñez Barbero*, 2007, nota al pie 17, p. 872.

¹³⁸⁹ Véase la STS 02/04/2009 (Martínez Arrieta).

completa¹³⁹⁰. Se revelan así los tres niveles cognitivos que son objeto de la indiferencia: lo conocido, lo sospechado, y lo por conocer. En el primer caso, el sujeto se comporta indiferente hacia aquello que él conoce (el superior sabe que un empleado comete *mobbing* laboral respecto de otro empleado y omite típicamente intervenir); en el segundo caso, el sujeto se comporta indiferente hacia aquello que él sospecha (el guardia sospecha sensatamente que un grupo de reclusos organiza una agresión sexual contra otros reclusos y permite que ambos grupos queden aislados); y, por último, en el tercer supuesto, el sujeto se comporta indiferente hacia aquello que le resta por conocer de lo que él sabe sólo de forma incompleta, esto es, el remanente hace o debería hacer a su interés (el transportista que conoce que transporta “algo”, pero desconoce “qué” tipo de mercancías). Por lo dicho, recurrir a la indiferencia como criterio normativo equivalente al conocimiento además de revelarse como innecesario, supone, por más normativización existente, un regreso a las superadas teorías emocionales o afectivas del dolo¹³⁹¹. Se revela como innecesario porque, como se ha podido comprobar, la base de la indiferencia siempre será el conocimiento. De este modo, si el sujeto sabe con seguridad o algo de seguridad que se encuentra realizando un tipo penal, ¿de qué nos vale ya la indiferencia? Por otro lado, si el sujeto sospecha, es decir, tiene un conocimiento eventual o en grado de duda, ¿de qué nos vale ya la indiferencia? Finalmente, si el sujeto sabe que debe saber y se muestra como indiferente, ¿de qué nos vale ya la indiferencia? Por lo demás, bien es cierto que las teorías psicologicistas hablaban de una indiferencia empírica, y que las actuales teorías normativas se refieren a una indiferencia objetiva. Pero, ¿cómo puede objetivarse una actitud emocional tan personal, como lo es la indiferencia. Es decir, cómo puede valorarse socialmente, sin caer en un Derecho penal de la actitud, antiliberal, cuál es la indiferencia típica? Como hemos visto, la única respuesta posible es tomar de referencia al conocimiento¹³⁹².

3. Otra cuestión que genera cierta perplejidad es que si la intención es concebir la posibilidad de un dolo sin conocimiento, tiene por fuerza que reconocerse un dolo sin contenido cognitivo y, entender que el dolo es simplemente un juicio *ex post* de interpretación sobre determinados índices de imputación que se desprenden del comportamiento realizado por el sujeto. Esta idea, también presenta algunos puntos

¹³⁹⁰ Ver respuestas ante actos cognoscitivos de la doctrina hildebrandiana.

¹³⁹¹ Por ejemplo, CRAMER señala que lo propio del dolo eventual es la indiferencia -como actitud emocional- del sujeto ante la realización del tipo. Cfr. CRAMER, “§ 15”, en *SK*, 2010 (28ª ed.), nm. 84.

¹³⁹² Un argumento válido para descartar la objetivización de la indiferencia lo es lo manifestado sobre la imposible intersubjetivización de la intención (*supra*).

problemáticos. En tal sentido, ¿puede convertirse uno de los elementos del principio de culpabilidad en un mero título de imputación? ¿Dónde queda el enlace subjetivo entre el sujeto y el hecho? Ni siquiera la doctrina angloamericana, como creadora de la doctrina de la *wilful blindness* y, como bien se sabe, permeable a la responsabilidad objetiva, llega a desposeer al “dolo” de su natural contenido. Cuando algunos autores señalan que la jurisprudencia norteamericana -y la letra del *MPC*- invocan la ignorancia deliberada en aquellos casos en que no es factible constatar la presencia de conocimiento cierto (*actual knowledge*), sino simplemente un conocimiento altamente probable de los elementos típicos, y equiparan aquella al conocimiento, no hacen otra cosa que reconocer que la base de la imputación dolosa se encuentra en el conocimiento. Queda al descubierto, así, que el contenido del dolo y el fundamento de la imputación se hallan estrechamente ligados, pero no son la misma cosa. Mientras que el contenido del dolo siempre será el conocimiento típico, el fundamento de la imputación siempre se tratará de la infracción ya sea a un deber de abstenerse de realizar el tipo penal con conocimiento o ya sea a un deber de conocer. De este modo, quien tiene el deber de conocer que asume determinado riesgo socialmente desaprobado, cuando infringe dicho deber todavía no realiza el tipo penal si tal infracción no se basa en algún grado de conocimiento de la misma infracción. Una cosa es el conocimiento típico y otra cosa es el conocimiento del deber de conocer.

4. Aunque la ceguera ante los hechos pueda ser concebida como un caso de ausencia de representación epistémicamente irracional¹³⁹³, no puede ser concebida como un caso de ausencia de conocimiento¹³⁹⁴. A mi juicio, esto no pasaría de ser –y discúlpese por esta expresión- un “invento” de las versiones más normativizadas del dolo con el fin de

¹³⁹³ De esta idea, PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, 2011, pp. 138 y ss., 142, 144. Para este autor, la ceguera ante los hechos manifiesta un apartamiento de la regla tan intensamente grave como el del dolo, porque el sujeto revela con su hecho que desafía objetivamente la regla; de modo que, la ausencia de racionalidad de la falta de representación del autor equivale a un hecho doloso, por arbitrariedad.

¹³⁹⁴ Advierte que la inclusión de la ignorancia deliberada al concepto de dolo no plantea problemas de legalidad, si se acepta que pueden existir casos de dolo sin representación de todos los elementos del tipo, de tal manera que a partir de allí, surgiría la duda de cómo debe definirse en adelante el dolo, RAGUÉS I VALLÈS, *La ignorancia deliberada*, 2007, p. 206. Sin embargo, continúa este autor, será muy difícil construir un concepto de dolo que abarque dos modalidades subjetivas claramente antitéticas (conocimiento e ignorancia). Propone, en consecuencia, aunque de forma expresamente provisoria, de que se consideren los supuestos de ignorancia deliberada como situaciones excepcionalmente dolosas y que, mientras tanto, se comience a reflexionar sobre el replanteamiento que merece el sistema de imputación subjetiva basado exclusivamente en la distinción entre dolo e imprudencia (en esto avista la tendencia hacia modelos de imputación subjetiva como el del *MPC*). Con más detalles, RAGUÉS I VALLÈS, *La ignorancia deliberada*, 2007, pp. 208-210.

desacreditar a las posturas psicologicistas¹³⁹⁵. Pero, así entendida la ceguera, da la sensación que para los primeros el dolo sería una especie de “flash mental” (la representación), cuando es algo más que ello: es un acto mental que encierra una proposición con un criterio de verdad, lo que, como hemos visto en el *Capítulo Primero*, puede darse tanto en el conocimiento consciente, como en el coconsciente¹³⁹⁶. El psicologismo bien entendido es otra cosa. Los conocimientos no aparecen y desaparecen “de la noche a la mañana”; por el contrario, la mayor parte de ellos reside en los diferentes niveles de nuestra consciencia y se encuentran disponibles para cuando los necesitamos¹³⁹⁷. No podemos librarnos, por gracia y desgracia, tan fácilmente de lo que conocemos y lo tenemos aprendido como tal. Es decir, afirmar que un empresario que proyecta una estructura criminal no sabía lo que hacía en términos típicos, es un argumento bastante cínico. Los casos de ceguera son casos de conocimiento, como podrá apreciarse en el *Capítulo Quinto*, en el cual me dedico a estos supuestos. Con ello, la consciente represión de un esfuerzo mental en adquirir conocimiento, o la consciente represión racional en representarse el riesgo, son formas de conocimiento típico al menos en su versión de conocimiento coconsciente¹³⁹⁸, y esto es suficiente para explicar la ceguera ante los hechos¹³⁹⁹.

¹³⁹⁵ Por ejemplo, RAGUÉS I VALLÈS, *La ignorancia deliberada*, 2007, p. 206, sostiene que la constatación de que existen casos de ausencia de conocimiento que son casos de auténtico dolo (como los de ignorancia deliberada) impide seguir hablando del dolo como conocimiento (y voluntad). En todo caso, por una razón práctica, aconseja seguir empleando esta definición y considerar a la ignorancia deliberada como una excepción a la regla. Por su parte, no deja de señalar SILVA SÁNCHEZ, “Teoría del delito y Derecho penal económico-empresarial”, en *Teoría del delito y práctica penal económica*, 2013, p. 49, que la asociación del dolo a la existencia de un estado mental de conocimiento ha entrado en crisis, alegando por ejemplo, que no puede explicar los casos de desconocimiento deliberado.

¹³⁹⁶ Entre los angloamericanos PEELS, “Ignorance is lack of true belief”, *P*, 2011, pp. 345 y ss., considera que la ignorancia es ausencia de creencias verdaderas antes que ausencia de conocimiento, rechazando la distinción entre la ignorancia proposicional y la ignorancia fáctica de otros autores.

¹³⁹⁷ Desde el dolo como una clase de culpabilidad, GOLDSCHMIDT, (Werner), “La culpabilidad y lo inconsciente”, *ADPCP*, 1954, p. 261, entendía como una clase de dolo directo el del propósito expreso dirigido a algo ilícito: si una persona, con afán desmedido de lucro, compra una cosa inverosíblemente barata en condiciones sospechosas, comete un encubrimiento doloso, puesto que al lado del propósito expreso se halla el conocimiento disponible de los hechos concretos sospechosos y el conocimiento disponible del hecho genérico que cosas vendidas en estas condiciones suelen ser de procedencia ilícita. A mi entender, el ejemplo revela que la ceguera es una ficción que pretende reemplazar a la dimensión psicológica del conocimiento disponible, que es suficiente para el dolo, como se verá más adelante (*infra*, conocimientos coconscientes).

¹³⁹⁸ Así, FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983, pp. 235 y ss., en relación con la ceguera ante los hechos se ve obligado a modificar su concepto de dolo. Partiendo de la base que para el dolo es necesario que el sujeto se decida en contra del bien jurídico (también en “Vorsatz und Mitbewußtsein”, en *GS für Armin Kaufmann*, 1989, pp. 325 y ss.), en los casos de ceguera, para dicha decisión, no será imprescindible contar con el conocimiento de las cualificaciones de autor, o de algunas propiedades del objeto, así como tampoco, será necesario conocer los detalles del curso causal. Para estas circunstancias sería suficiente que el sujeto cuente

II.II.5.b.vi. Lo innecesario de la confianza en la imprudencia consciente

1. La doctrina del dolo, en alguna de sus versiones volitivista y cognitivista (y desde sus enfoques psicológico y normativo), sostiene que el dolo eventual y la imprudencia consciente pueden delimitarse desde el factor de la confianza que acompaña a la representación del riesgo. Mientras que para los volitivistas este fenómeno se presenta como parte de la *voluntad de evitación*¹⁴⁰⁰ de la realización del tipo, entre los cognitivistas la confianza asume un *papel intelectual*.

2. Existe un amplio acuerdo en considerar que en la imprudencia consciente acompaña a la representación del riesgo la confianza del sujeto en que no se producirá el resultado. Para estos casos se entiende que un conocimiento sobre el riesgo prohibido unido a una confianza en la no realización del tipo no es tan grave como aquel en donde el sujeto se conforma con su probable realización. ¿Pero cómo puede saberse cuándo el sujeto confió y cuando se conformó? Si buscamos la respuesta en la actuación del sujeto luego de la representación del riesgo no encontraremos ninguna solución, porque tanto en el supuesto de la confianza como en el de la conformidad, el sujeto continúa con su acción. Otra posibilidad es recurrir al nivel de riesgo representado por el sujeto. De hecho, esta es la salida que asume la doctrina mayoritaria, que no acepta hablar de confianza en todos los casos. Para ello emplea el elemento del conocimiento, desde el cual mide la concurrencia de la confianza. De este modo, desde las teorías volitivistas se sostiene que, si el sujeto se representa un riesgo leve, entonces puede alegarse que confiaba en la no producción del tipo penal, a diferencia de si se representa un riesgo grave, en donde ya no es posible alegar la confianza como criterio excluyente del dolo¹⁴⁰¹. Por su parte, los cognitivistas sostienen que

con la posibilidad de actualizar el conocimiento en cualquier momento, aunque para el comportamiento típico siempre será necesario un conocimiento actual.

¹³⁹⁹ De modo similar SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, 2005, pp. 252-253. Para este autor, “quien actuara sin dolo (eventual) ante circunstancias tan cuasi-concretas, tendría que ser un sujeto prácticamente ‘cegado ante los hechos’” (aquí el dolo de peligro se confunde con el dolo eventual de lesión). Además, con mayor precisión señala: “Cuando el autor deja de representarse el resultado, pero reconoce circunstancias de tan alta peligrosidad, que un sujeto cualquiera –hasta el más irreflexivo- habría percibido –si hubiera estado en el lugar del autor- la posibilidad (concreta) de la producción del resultado, entonces, debe ser emitido un juicio similar sobre el disvalor de acción, no propiamente por la ‘ceguera’ del autor (su grave ‘error’), sino, precisamente, por lo que efectivamente ‘sabe que hace’ (su grave ‘conocimiento’)”.

¹⁴⁰⁰ Como contrapartida a la *voluntad de realización* del dolo eventual.

¹⁴⁰¹ Curiosamente, WELZEL permitía referirse a la confianza sólo en aquellos casos en que el sujeto no contaba con la producción del resultado, pues si ha contado con ella, entonces, ya no puede confiar en que el resultado no se producirá, sino simplemente esperar a que no suceda. Cfr. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 1969 (11^a

la confianza se da en los casos de imprudencia cuando el sujeto no se ha tomado el riesgo demasiado en serio, sino que se lo ha tomado a la ligera, e incluso ha llegado a anular la magnitud del mismo¹⁴⁰². Pero, esto último, como se verá seguidamente, no puede compartirse, por cuanto si el sujeto conoce la verdadera dimensión del riesgo, pero no se lo toma en serio, lo banaliza por decirlo de algún modo, esto ha de correr a su cuenta y cargo, y no justifica para nada un tratamiento automático como imprudencia, sino, muchas veces de dolo¹⁴⁰³.

3. De la mano de esta cuestión se presentan dos modalidades de confianza: la basada en criterios razonables (confianza seria, relevante o auténtica confianza¹⁴⁰⁴) y la opuesta, la configurada desde motivos irrazonables o absurdos¹⁴⁰⁵ (confianza vaga, ligera, o meras esperanzas irrelevantes¹⁴⁰⁶). Los autores que comparten esta distinción suelen destinar los casos de confianza seria para aquellos supuestos en donde el sujeto advierte un riesgo de escasa entidad, apartando los supuestos de confianza vaga para cuando concurre un riesgo de nivel considerable¹⁴⁰⁷. El efecto de estas dos modalidades de confianza se refleja directamente en las modalidades subjetiva del dolo y la imprudencia. Mientras que la confianza razonable puede dar lugar sólo a una responsabilidad por imprudencia (cuando

ed.). Para este autor toda acción siempre produce sus efectos en un ámbito del mundo sólo conocido en forma fragmentaria e incierta. Si el actor tuviera siempre que contar, es decir, que calcular, con la producción de todas las consecuencias posibles conocidas o desconocidas por él, no podría actuar en absoluto. El actor, en gran medida, tiene que confiar en forma indeterminada que no se producirán muchas posibilidades conocidas y aun desconocidas. Esta confianza en la no producción de consecuencias posibles pertenece a la acción humana del mismo modo que la dirección final configuradora del futuro. Por ello quedan fuera del contenido de la conexión final de acción todas aquellas consecuencias concomitantes consideradas como posibles, que el actor confía que no se producirán y pertenecen a ella sólo aquellas consecuencias con cuya producción él cuenta. Cfr. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 1969 (11ª ed.), § 8, p. 64 [1970, pp. 57, 54]. Por lo demás, la *teoría de la voluntad de evitación* de la realización del tipo, permite sólo hablar de ella en aquellos casos en que el sujeto verdaderamente asuma medios de evitación eficaz para impedir la realización del tipo. Cfr. KAUFMANN, (Armin), “El dolo eventual en la estructura del delito”, *ADPCP*, 1960.

¹⁴⁰² Cfr. SCHMIDHÄUSER, “Die Grenze zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Straftat”, *JuS*, 1980, pp. 249 y ss. Con algunas aproximaciones sobre la confianza en la imprudencia, CORCOY BIDASOLO, “En el límite entre dolo e imprudencia”, *ADPCP*, 1985, pp. 970 y ss.

¹⁴⁰³ Para PUPPE en estos casos se revela la indiferencia del sujeto hacia la lesión del bien jurídico. Cfr. PUPPE, “Der Vorstellungsinhalt des *dolus eventualis*”, *ZStW*, 1991, pp. 12 y ss.

¹⁴⁰⁴ Emplea estas expresiones, RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, 1999, p. 159.

¹⁴⁰⁵ En la doctrina angloamericana el binomio confianza racional-confianza irracional se conocen como defensas, con los siguientes nombres, respectivamente: *reasonable belief-unreasonable belief*; *honest belief-dishonest belief*.

¹⁴⁰⁶ Emplea estas expresiones, RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, 1999, p. 159.

¹⁴⁰⁷ Sobre esta explicación, RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, 1999, p. 159.

ésta estuviere tipificada), por el contrario, la confianza irrazonable dejaría la vía libre para el castigo por dolo eventual¹⁴⁰⁸.

4. Si lo que ha de primar para hablar de dolo o de imprudencia es el aspecto intelectual, entonces, la presencia o no de confianza (sea razonable o disparatada) es innecesaria¹⁴⁰⁹, porque bastaría con saber qué grado de riesgo se representó el sujeto como para imputarle dolo o imprudencia¹⁴¹⁰. Pero, la cosa cambia cuando analizamos el criterio de la confianza como elemento influyente en el conocimiento¹⁴¹¹. Es decir, una cosa es priorizar lo que el sujeto se representó y luego “imputar” *confianza* cuando el riesgo es leve, o bien *conformidad* cuando el riesgo es grave y, otra cosa distinta, es analizar el criterio de la confianza como base configuradora del conocimiento o el error¹⁴¹². En efecto, algunos autores consideran que los casos de confianza racional pueden determinar una errónea apreciación de la probabilidad del resultado, en aquellas situaciones en las que el sujeto cuenta con serios motivos para “calcular mal” o para apreciar incorrectamente que no concurre riesgo alguno en una situación concreta¹⁴¹³. Pongamos por caso el del hábil y

¹⁴⁰⁸ De hecho, la mayoría de autores llegó a sostener que la única confianza que eliminaba el dolo era una confianza seria. Sobre este tema, RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, 1999, pp. 159 y ss. con ejemplos). Para JAKOBS, *Dp, Pg*, 1997 (2ª ed.), p. 315, quien cree que un curso causal dañoso va a ser detenido por fuerzas sobrenaturales tiene dolo, en la medida en que sabe que un obstáculo de esa naturaleza no puede ser entendido en general como tal. Pero, a la inversa, el dolo faltará cuando el autor se base en que el suceso está condicionado sobrenaturalmente (tentativa supersticiosa). Por el contrario, para FRISCH, “Gegenwartsprobleme des Vorsatzbegriffs”, en *GS für K. Meyer*, 1990, p. 545, incluso la confianza (o convicción subjetiva) irracional eliminaría el dolo.

¹⁴⁰⁹ Igualmente, RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, 1999, pp. 159, 168, 174. Para este autor el criterio de la confianza (al igual que el del conformarse en el dolo eventual) no posee autonomía conceptual frente al elemento cognitivo, por cuanto su capacidad para excluir el dolo depende siempre del grado de representación del sujeto. En efecto, si la confianza tuviera tal autonomía conceptual debería llevar a excluir el dolo siempre que el sujeto alegara haber confiado en la no producción del resultado (lo que nadie estaría dispuesto a aceptar en los casos de riesgos graves).

¹⁴¹⁰ Por eso, ante la representación de la posibilidad de la producción del resultado el punto de vista asumido internamente por el autor, como el desagrado profundo por el resultado hipotético o la sana confianza en su no producción, es una cuestión irrelevante para la atribución del dolo.

¹⁴¹¹ Así, JAKOBS, *Dp, Pg*, 1997 (2ª ed.), p. 329.

¹⁴¹² En este sentido, RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, 1999, pp. 159-160. Este autor luego de negar la autonomía conceptual de la confianza respecto del conocimiento, aclara que, no obstante, la confianza tiene su incidencia en el dolo, pero de un modo subordinado al *saldo final* de la representación del sujeto. La confianza sólo será relevante cuando influya de tal modo en la representación del sujeto que ya no se pueda hablar de conocimiento.

¹⁴¹³ Para RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, 1999, p. 168, la confianza puede excluir el dolo cuando conduzca a que el sujeto no atribuya capacidad lesiva a su concreto comportamiento. Por el contrario, la confianza no excluye el dolo, cuando a pesar de que el sujeto atribuye capacidad lesiva a su concreto comportamiento, no obstante, espera o desea que el tipo no se realice.

experto conductor que confiando en sí mismo, en sus capacidades, yerra en la naturaleza del riesgo, atribuyéndole un efecto inocuo, cuando en verdad se trata de un riesgo considerable de lesión¹⁴¹⁴. Lo contrario, sucede en los casos de confianza irracional¹⁴¹⁵, en donde no concurre suposición errónea alguna, sino un conocimiento eventual y esto también es conocimiento¹⁴¹⁶. Otra cosa será que, por cuestiones de exigibilidad, estos supuestos merezcan alguna clase de atenuación en relación con los casos de conocimiento cierto¹⁴¹⁷. Así, las representaciones irracionales (que fracasan ante el mundo) merecerían la pena del dolo, por cuanto ellas tienen como objeto del conocimiento una magnitud evidente del riesgo que se asume y aun así no tienen la fuerza suficiente como para disuadir a la “ingenua o soberbia” creencia del autor de que el resultado no se producirá¹⁴¹⁸.

5. Desde la tesis aquí planteada se entiende que el factor de la confianza opera de modo independiente del elemento cognitivo, y esto no la hace ni más ni menos importante, es decir, ni depende el conocimiento de ella, ni ella depende del conocimiento, a los efectos de la definición del conocimiento y el error. Para cuando la confianza se manifiesta como un

¹⁴¹⁴ Esto se plantea en el ámbito del conocimiento de la antijuridicidad, SILVA SÁNCHEZ, “Observaciones sobre el conocimiento eventual de la antijuridicidad”, *ADPCP*, 1987, p. 652, nota al pie 22, 653 (si la confianza tiene una base racional podrá hablarse de error en la medida en que la introducción de tales factores de confianza determina una errónea apreciación de la probabilidad de producción de la infracción normativa). Así, también señala este autor que lo característico de la culpa consciente es que, por la razón que fuera, el sujeto no alcanza a conocer completamente el riesgo que encierra su conducta. Esta razón puede ser: una valoración equivocada que el sujeto realice de sus propias capacidades, o de sus conocimientos, o de los elementos concomitantes. Cfr. SILVA SÁNCHEZ, “Schünemann, B.: Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft”, *ADPCP*, 1987, p. 546.

¹⁴¹⁵ Esta confianza irracional que no descarta el conocimiento debe encontrarse fundamentada en razones irracionales vagas y poco serias, como las simples corazonadas o presentimientos. Por el contrario, si se basara en la superstición u otra cuestión mística más seria, entonces puede producirse un efecto excluyente del conocimiento.

¹⁴¹⁶ Así, SILVA SÁNCHEZ, “Observaciones sobre el conocimiento eventual de la antijuridicidad”, *ADPCP*, 1987, pp. 653-654 (quedan los casos en que la confianza tiene una fundamentación irracional, como una corazonada, una superstición. En estos casos hay conocimiento, no ausencia de conocimiento).

¹⁴¹⁷ De esta idea, SILVA SÁNCHEZ, “Observaciones sobre el conocimiento eventual de la antijuridicidad”, *ADPCP*, 1987, pp. 653, nota al pie 23, 654. Por lo demás, para este autor, habría de darse un tratamiento atenuatorio a los supuestos de duda irresoluble a los que se añade una confianza irracional.

¹⁴¹⁸ Ante un conocimiento de la concreta capacidad de que el riesgo que se asume supera los límites de lo permitido, no cabe ninguna confianza, será un deseo inocuo, que no desplazará el dolo; como se resolvió en el caso de la colza para afirmar el dolo eventual. Cfr. STS 23/04/1992 (Bacigalupo Zapater). En contra, PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, 2011, p. 141: ante una creencia irracional el dolo está excluido, porque la pena mayor del dolo requiere una intensidad también mayor en el apartamiento de la regla, intensidad que no se alcanza con una génesis irracional. Comentarios críticos sobre el caso de la colza y los problemas que se manifiestan entre los niveles de riesgo y el conocimiento del autor en PAREDES CASTAÑÓN, “Caso del aceite de colza”, en *Casos que hicieron doctrina*, 2011, pp. 425 y ss. [antes en “De nuevo sobre el caso de la ‘colza’”, *RDPC*, 2000, pp. 87 y ss.]. En coautoría de forma más detallada en PAREDES CASTAÑÓN/RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *El caso de la colza*, 1995.

fenómeno accesorio al conocimiento, ésta se concibe como un factor intelectual. Por el contrario, cuando opera como elemento configurador del conocimiento, ésta opera más bien como un fenómeno anímico.

6. En cuanto a considerar en primer término el conocimiento y luego accesoriamente la confianza, es perfectamente posible sostener lo siguiente. Cualquiera sea el grado de conocimiento sobre la probabilidad de producción del resultado, sean riesgos leves como graves, podría suceder que el factor confianza en la no producción del resultado se configure no desde el dato cognitivo-racional, sino sobre otros factores anímicos del sujeto. Con ello, podría presentarse la hipótesis que, ante la cierta probabilidad de producción del resultado, el sujeto confíe seriamente en que éste no se producirá porque el sujeto cuenta con que puede dominar el riesgo o, simplemente, porque no se encuentran las consecuencias entre sus fines perseguidos¹⁴¹⁹. Esto es perfectamente posible en los riesgos que son *ab initio* inocuos y socialmente útiles, como la conducción automotriz y toda la actividad industrial. Asimismo, al invertir el análisis de los factores mentales y considerar la confianza como configuradora del conocimiento, sucede algo similar. Se trate incluso de una confianza irracional, como la superstición, ésta puede dar lugar a situaciones de suposiciones erróneas, que es lo que sucede en las representaciones místicas del mundo. El sujeto que confía en la ayuda de espíritus amigos que le ayudarán a evitar un resultado lesivo, puede calcular mal, en cuanto a despreciar la verdadera naturaleza del riesgo, minimizando sus efectos lesivos y esto debería dar lugar a la atipicidad¹⁴²⁰. E igualmente, también podría suceder que una confianza racional dé lugar a un conocimiento seguro, como el sujeto que a pesar de tener motivos serios para descartar la producción del resultado, reconoce la seriedad del riesgo. En consecuencia, lo irracional es perfectamente compatible con el error y lo racional con el conocimiento¹⁴²¹.

¹⁴¹⁹ Cuando algunos autores afirman WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 1969 (11ª ed.), § 8, p. 64 [1970, p. 57], que quedan fuera del contenido de la conexión final de acción todas aquellas consecuencias concomitantes consideradas como posibles, que el *actor confía* que no se producirán y pertenecen a ella sólo aquellas consecuencias con cuya producción él cuenta, asumen un concepto anímico de confianza.

¹⁴²⁰ De hecho, los casos de tentativas irreales quedan impunes cuando el sujeto cree que puede matar con un medio mágico. Con mayor razón deberían dejarse impunes los supuestos en que el sujeto cree que puede evitar el resultado a través de un medio mágico.

¹⁴²¹ Pueden distinguirse también entre la creencia racional y la creencia de fe con ejemplos tomados de WITTGENSTEIN, *Über Gewißheit*, 1979, § 239: creo que todos tenemos dos progenitores humanos; sin embargo los católicos creen que Jesús sólo tuvo una madre humana; y creen que una oblea, en circunstancias determinadas, cambia completamente de naturaleza, aunque la evidencia diga lo contrario.

7. De este modo, el criterio de la confianza, ya sea en su vertiente intelectual o anímica, no ha de tenerse en cuenta para definir ni los casos de suposición errónea, ni los de dolo eventual. Esto es así porque entiendo que no es la confianza lo que conduce al error, sino que es el conocimiento sobre ese algo o la falsa representación sobre algo lo que provoca el estado de confianza. Sólo puede ser objeto de la confianza aquello que el sujeto se representa correcta o erróneamente. Por ejemplo, cuando un sujeto confía razonablemente en que puede evitar algún accidente de tráfico con la conducción a exceso de velocidad porque es un buen y experto conductor, es porque él cree en alguna medida que con sus habilidades puede controlar o dominar la situación de riesgo y, por ello, confía. Pero, en estos casos no hay suposición errónea alguna sobre la entidad del riesgo que se asume (de hecho por eso el sujeto necesita respaldarse en sus habilidades para poder confiar en la no producción del resultado). Por el contrario, en estas situaciones concurre un conocimiento cierto o incierto, más la dimensión intelectual de la confianza, y es la consciencia del riesgo lo que activa a cargo del sujeto un deber de “obrar prudentemente” o de “abstenerse de la asunción del riesgo”¹⁴²². Lo que la doctrina denomina imprudencia consciente no es más que el conocimiento probable en bajas o abstractas dosis y esto es, en el marco de este trabajo, dolo. Por lo demás, cuando se sostiene que es la confianza en determinados motivos lo que genera un cálculo erróneo de la situación de riesgo, se apela a la confianza en su dimensión anímica, que según en qué intensidad se presente, puede realmente llegar a afectar la dimensión del conocimiento. También en estos casos, siempre que exista alguna dosis de consciencia real del riesgo, se activará para con el sujeto un deber de neutralizar la confianza a favor del conocimiento. Pero, para los casos extremos en donde una confianza ciega, según la configuración intelectual deficitaria del autor, conduzca a eliminar prácticamente toda consciencia del riesgo, ya no es posible exigir la observancia de un deber de prudencia o neutralización.

8. Otro ámbito en donde se polemiza la virtualidad de la confianza es en la distinción entre dolo de peligro y dolo de lesión. El dolo de peligro concreto, aunque encierra una lesión material en potencia, no necesariamente implica un dolo de lesión, así tampoco el hecho de un sujeto atribuya a un sujeto atribuya a su conducta una capacidad de peligro concreto,

¹⁴²² En este grupo de casos el criterio principal para decidir si la confianza es racionalmente objetiva, es el grado de riesgo que se representa el sujeto. Asimismo, RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, 1999, pp. 161-162, concluye que la exigencia de elementos adicionales a la representación del sujeto por buena parte de la doctrina, no va más allá de lo terminológico: por cuanto será siempre el grado de representación del sujeto lo que permitirá afirmar si en un supuesto concurre dolo o imprudencia.

no necesariamente significa que se atribuye capacidad de lesión¹⁴²³. Veamos con un ejemplo tomado de RAGUÉS I VALLÈS para distinguir entre dolo de peligro y dolo de lesión¹⁴²⁴: un conductor decide saltarse un semáforo en rojo ante un paso de peatones. Si el conductor juzga que su conducta es apta para poner en peligro concreto la vida de los peatones, pero inadecuada para causar la muerte, porque se representa que los peatones se apartarán en el momento de verle venir, entonces, concurre un dolo de peligro concreto. Si, por el contrario, el conductor considera posible que alguien pueda no verle y, por tanto, es consciente de estar creando un riesgo apto para causar una muerte, concurrirá una tentativa de homicidio si finalmente tiene suerte y no arrolla a nadie¹⁴²⁵. Pero, estas respuestas genéricas sólo son viables para planteamientos genéricos, y por ende, resultan insuficientes para dar solución a los casos más complejos de la vida real. En efecto, para determinar con algo de proximidad si el sujeto pudo representarse tan sólo un peligro o si también una eventual lesión, habrá de tenerse en cuenta las circunstancias que rodearon al caso. Por ejemplo, no será el mismo juicio subjetivo el que se realiza sobre un exceso de velocidad del automóvil, que el que se realiza sobre una velocidad permitida, porque también aquí puede presentarse el pronóstico de un riesgo de lesión inminente. Así, igualmente, en cuanto a otros factores de la conducción: visibilidad, presencia o no de peatones, calle o autopista, otros coches, hora de la conducción, etc. Todos estos datos son necesarios para determinar el juicio de peligro o de lesión que se pudo haber hecho el conductor en el momento de los hechos. Por lo demás, poco sustento tiene una creencia basada en lo que harán los peatones, es decir, no puede hacerse depender el juicio de peligro o de lesión, según lo que el conductor crea que harán los otros participantes del tráfico viario (más allá del principio de confianza). En este sentido, es difícil sostener que los cálculos del sujeto se basan en cursos que él no controla, como la conducta de los peatones, la concurrencia del azar. La confianza en la producción o no del resultado es viable sólo en la medida en que pueda reconducirse a la dimensión cognitiva¹⁴²⁶. ¿Qué parámetros son los que hay que tener en cuenta para determinar cuándo el sujeto ha confiado en la producción del resultado y cuándo se puede sobreentender que lo ha aceptado? Por ejemplo, FRISCH afirma casi rotundamente que

¹⁴²³ En sentido contrario, SCHRÖDER, “Aufbau und Grenzen des Vorsatzbegriffs”, en *FS für Sauer*, 1949, p. 227.

¹⁴²⁴ Cfr. RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, 1999, pp. 173 y ss.

¹⁴²⁵ Sin embargo, para otro caso similar, este autor parece no estar de acuerdo con el castigo por tentativa dolosa de homicidio. Contrastar los ejemplos en RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, 1999, pp. 170, 173-174.

¹⁴²⁶ También así, RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, 1999, p. 174.

cuando un sujeto se representa una posibilidad real de la producción del resultado y, no obstante, actúa, no es imaginable sostener otra cosa diferente a la aceptación del resultado, es decir, que necesariamente el sujeto debe haber estado de acuerdo con el mismo¹⁴²⁷. ¿Cuándo puede decirse que el sujeto no puede confiar fundadamente en la no producción del resultado? Es decir, ¿cuándo podemos alegar que el sujeto simplemente deseó o tuvo una esperanza en la no producción del resultado? Para WELZEL, el límite de una confianza sería se daría cuando el autor cuenta con la producción del peligro, porque en estos casos el autor podrá esperar que el resultado no se produzca, pero no podrá confiar en ello¹⁴²⁸. Todas estas respuestas no dan respuesta.

II.II.5.b.vii. Lo imposible de la imprudencia inconsciente como imprudencia

1. La doctrina mayoritaria admite que el hecho realizado con imprudencia inconsciente da lugar a responsabilidad (cuando el tipo imprudente está previsto). A tal extremo llegó la doctrina que de hecho uno de los argumentos por los cuales abandonar la concepción psicológica de la culpabilidad por una normativa fue la imposibilidad de abarcar la imprudencia inconsciente como una forma subjetiva de comisión del delito. Cabe advertir que en el sistema continental (al igual que en el angloamericano) la llamada “imprudencia inconsciente” o “culpa sin representación” es una modalidad que no goza de total consenso en cuanto a su penalización. El argumento más fuerte de los que rechazan la penalidad de la imprudencia inconsciente radica, justamente, en que ésta no es un “estado subjetivo” y que, por ende, no puede castigarse una mera conducta *sin culpabilidad*¹⁴²⁹.

¹⁴²⁷ Cfr. FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983, p. 262.

¹⁴²⁸ Cfr. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 1969 (11ª ed.), § 10 [1970, p. 84].

¹⁴²⁹ Cfr. KAUFMANN (Arthur), *Das Schuldprinzip*, 1961, pp. 140 y ss., 156 y ss., 223 y ss. [con reservas admite la estructura *in causa* para castigar la imprudencia inconsciente en “Unzeitgemäßes Betrachtungen zum Schuldgrundsatz im Strafrecht”, *Jura*, 1986, p. 232]; ya antes, KOHLRAUSCH, “Die Schuld”, en *Die Reform des Reichsstrafgesetzbuchs*, 1910, pp. 195 y ss. (en la imprudencia inconsciente falta el nexo psicológico entre el autor y el hecho). Actualmente, SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, 2005, p. 287, señala expresamente que, “la imprudencia ‘inconsciente’ –en el sentido de no darse cuenta de lo que se hace– no puede constituir ningún ilícito”; MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, 2001, pp. 726, 727 y ss., quien sólo admite la relevancia penal de la imprudencia inconsciente en aquellos casos que puedan “reconducirse a un actuar consciente previo –y que en este sentido son o pueden ser reprochables acudiendo a la figura de la *actio libera in causa*–”. Sus fundamentos son: el contenido material del principio de culpabilidad, y la función determinativa de la norma de conducta (pp. 732-733). Un repaso histórico de la penalidad de esta modalidad de imprudencia en KOCH, “Zur Strafbarkeit unbewusster Fahrlässigkeit”, *ZIS*, 2010, pp. 175 y ss.

2. En una escala cognitiva, cuya esencia es captar el dato empírico del conocimiento y sus grados, no pueden incluirse como especies de la misma, formas que se caracterizan por la ausencia de conocimiento (como el olvido¹⁴³⁰, la inadvertencia, la ignorancia en sí). Se excluye, en consecuencia, la forma de la imprudencia inconsciente y el simple desconocimiento, por ser modalidades de una pura responsabilidad objetiva. El castigo de la imprudencia inconsciente ha estado tradicionalmente fundamentado en el argumento de la posibilidad que tenía el sujeto de representarse el resultado que no se representó¹⁴³¹ y a razones preventivas, pero, esta posibilidad en la medida en que no sea acompañada por la exigencia de un deber de representarse, a mi criterio, no debería fundamentar reproche de ninguna índole¹⁴³², así como tampoco la razón preventiva invadir el campo del principio de culpabilidad¹⁴³³. En el *Capítulo Quinto* en donde abordo las diferentes formas de imputación ordinaria y extraordinaria se apreciarán mejor los argumentos en contra del castigo de esta modalidad. En efecto, si para el dolo se exige desde una perfecta a una imperfecta congruencia entre lo subjetivo y lo objetivo y, en la imprudencia consciente, se exige desde una perfecta a una imperfecta incongruencia entre lo subjetivo y lo objetivo, entonces, en la imprudencia inconsciente nos falta el extremo subjetivo como para medir el grado de congruencia o incongruencia con la dimensión objetiva. Es por ello que entiendo que los estados de ausencia de conocimiento no pueden fundamentar ninguna imputación subjetiva fuera de los casos de conocimiento debido¹⁴³⁴. En otras palabras, no será la mera posibilidad de representarse el resultado lo que hace culpable al sujeto, sino la posibilidad basada en el deber de hacerlo. Cuando en el sujeto concurre la obligación de tener un conocimiento determinado sobre determinada situación o circunstancia y él de forma consciente o descuidada, con certeza o incerteza, evita adquirir el conocimiento, informarse

¹⁴³⁰ Sobre la relevancia penal del “olvido” como una forma de imprudencia, véase FISCHER (Sigrid), *Das Vergessen als Fahrlässigkeit*, 1977 (reprod.).

¹⁴³¹ Cfr. SCHRÖDER, “Aufbau und Grenzen des Vorsatzbegriffs”, en *FS für Sauer*, 1949, p. 245, para este autor no existe diferencia entre la imprudencia consciente y la imprudencia inconsciente. Sólo existe la imprudencia inconsciente, esto es, el no saber. ¿Entonces todo saber sería dolo? Y las *quantité négligeable* no se castigan, como el del cigarrillo.

¹⁴³² Cfr. SEARLE, *El redescubrimiento de la mente*, 1996, p. 12, la noción de un estado intencional inconsciente sólo es posible en la medida que entendamos la inconsciencia en términos de su accesibilidad a la consciencia.

¹⁴³³ Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, 2001, p. 728, sobre los inconvenientes de la función de prevención al margen del principio de culpabilidad.

¹⁴³⁴ KÖHLER, *StrafR, AT*, 1997, pp. 172-173, 200-201, también restringe el castigo de la imprudencia a la modalidad consciente (esto es, la culpa constituida como un dolo de peligro).

o cerciorarse sobre algún extremo, entonces, habrá que estarse al grado de representación que el sujeto tuvo en el momento de evitar el conocimiento¹⁴³⁵.

3. Para los casos de imprudencia inconsciente, el sector de la doctrina que la acepta, reconduce un deber a la inconsciencia. Por ejemplo, los casos más comunes de inconsciencia son los olvidos e inadvertencias (que a su vez pueden basarse en un deber de no olvidar, y en un deber de advertir; lo que daría lugar a un recorrido del deber hacia atrás *ad infinitum*). Estas infracciones de deber que se generan en infracciones de deberes anteriores van debilitándose a medida que retrocedemos el fundamento del deber en el tiempo¹⁴³⁶. Por ese motivo, y a los fines de que la imputación subjetiva no se construya sobre una línea causal de deberes concatenados el uno al otro retrospectivamente, considero que la infracción de deber que ha de tomarse como punto de partida para el juicio de imputación subjetiva será aquél ubicado inmediatamente antes del deber de conocer, contextualizado en la situación potencialmente típica. En el capítulo respectivo defenderé que sólo se respeta el principio de culpabilidad cuando la imprudencia se compone de una estructura consciente-inconsciente en relación con la incumbencia, esto es, cuando la responsabilidad del autor puede fundamentarse en la infracción a un deber de cuidado en un momento anterior al hecho. Ello lleva a rechazar el castigo de la imprudencia sin representación que se concibe sobre una infracción inconsciente de la incumbencia de conocer (advertir el peligro) en el mismo momento de realizar el hecho. Respecto del ejemplo de la madre que por un grave descuido da de beber a su hijo de un vaso que contiene lejía, en vez de agua¹⁴³⁷, sólo será posible imputarle extraordinariamente un delito

¹⁴³⁵ Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, *Responsabilidad jurídica y libertad*, 2002, p. 26, nota al pie 11, p. 169, nota al pie 177. Para este autor en los casos de imprudencia inconsciente no hay posibilidad de genuina imputación, porque falta un elemento central de la responsabilidad subjetiva: esto es porque el hecho no procede de la personalidad del autor sino que para él se presenta como un acontecimiento fortuito. En consecuencia, un desarrollo atinado del principio de culpabilidad debería llevar a excluir de la responsabilidad penal todas aquellas imprudencias que sean inconscientes en sentido estricto, esto es, que no puedan ser remitidas a un momento consciente previo. Más detalles en MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, 2001, pp. 724 y ss.

¹⁴³⁶ Si es posible reconducir un deber a la inconsciencia para los supuestos de imprudencia, porqué los autores que defienden el castigo de la imprudencia inconsciente no lo hacen en relación con el conocimiento coconsciente. Si una imprudencia puede castigarse sobre la base de su deber de representación, entonces, con mayor razón debería castigarse el conocimiento coconsciente como dolo.

¹⁴³⁷ Cfr. ALCÁZER GUIRAO, *Actio libera in causa*, 2005, pp. 173-174, quien lo considera un caso de imprudencia inconsciente punible, en donde la capacidad de reconocer y de evitar el peligro es actual. Para este autor es posible que se den supuestos de imprudencia inconsciente sin la estructura de la *alio* (lo que a mi entender es erróneo, teniendo en cuenta que sólo la inmediata o mediata retrospectión a un deber de conocer o reconocer el peligro, puede fundar la imputación. Que el sujeto en el mismo momento del hecho no haya

imprudente de lesiones, si es posible construir una infracción consciente a la incumbencia de conocer en un momento previo (inmediato o mediato), por ejemplo, en el momento de colocar el vaso con lejía que se usará para desinfectar los utensilios de la cocina, cerca del mesón en donde el niño se sienta a merendar.

reconocido, debiendo reconocer, el riesgo que asume no elimina el requisito de la consciente infracción al deber de conocer).

CAPÍTULO TERCERO
NORMA Y CONOCIMIENTO

II.III.1. CONSIDERACIONES GENERALES

1. Como se ha puesto de manifiesto en el *Capítulo Introductorio* de este trabajo, se entiende el delito como una *afectación susceptible de imputación de la relación de reconocimiento recíproco entre las personas en cuanto personas*. Esta relación de reconocimiento ha de ser considerada en toda su dimensión, como una relación jurídica bidireccional de deber subjetivo (deber de no lesionar los bienes jurídicos¹⁴³⁸) y como derecho subjetivo (facultad de reclamar el cumplimiento del deber y el castigo de su infracción), de modo que, cuando se sostiene que el Derecho penal ofrece protección a determinados bienes jurídicos, hay que suponer que tales bienes se encuentran en la base de las relaciones jurídicas. La realización de un delito no sólo lesiona el bien jurídico, sino también el deber de no lesionar tal bien¹⁴³⁹, a la vez que el derecho a la no lesión, aunque deja incólume el derecho al castigo de la infracción. Desde esta idea, tanto el delito doloso como el imprudente se revelan como las dos formas subjetivas de infracción del deber que subyace a la norma jurídica de conducta¹⁴⁴⁰; deber *concretamente* referido a la prohibición o mandato contenido en la norma¹⁴⁴¹ y *abstractamente* entendido como la incumbencia-fin de ejercicio razonable de la libertad o autodomínio¹⁴⁴². La diferencia entre estas dos modalidades estriba en que la

¹⁴³⁸ =deber de evitar la realización del tipo penal, y deber de no impedir la realización de los fines del Derecho penal.

¹⁴³⁹ Este es el sentido que parece darle KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989, p. 25, cuando define el hecho punible como el “resultado de una atribución graduada de responsabilidad que tiene por objeto el reproche por no haber tendido, por causa de la inobservancia de la norma, a evitar la realización del tipo” (cursiva añadida).

¹⁴⁴⁰ Así, entre otros FEIJOO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, 2002, p. 16; VOGEL, *Norm und Pflicht*, 1993, p. 52, nota al pie 153; MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, 1992, pp. 88 y ss., 123; GIMBERNAT ORDEIG, “La causalidad en Derecho penal”, *ADPCP*, 1962, p. 568 y ss. La vulneración de una norma de conducta (no necesariamente específica) se puede interpretar como la infracción de un deber. Cfr. GÜNTHER (Klaus), “De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber”, en *La insostenible situación del Dp*, 2000, p. 502.

¹⁴⁴¹ Cuando el legislador tipifica una conducta como delito establece el deber de evitar su realización. Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, 2002, p. 18; MIR PUIG, *Función de la pena*, 1982 (2ª ed.), pp. 60 y ss., *passim*.

¹⁴⁴² Por su parte entiende que es la “posibilidad de conocimiento” la forma subjetiva equivalente a una lesión del deber de cuidado, mientras que el “conocimiento” se equipara a la infracción del deber de autodomínio,

infracción al deber en el delito doloso es más directa, porque la norma de conducta se erige ante el sujeto de modo mucho más evidente que en los casos de imprudencia. El autor doloso reconoce fácilmente la situación de riesgo en la que se ve involucrado por la sencilla razón que cuenta con los conocimientos de dicha situación y es ello lo que le permite, o le da la posibilidad, de controlar de un modo más libre su ámbito de organización¹⁴⁴³. En otras palabras, puesto que el autor doloso posee un *conocimiento en algún grado de certeza del significado de nocividad social de la conducta que realiza*¹⁴⁴⁴, cuenta con mayor capacidad¹⁴⁴⁵ para evitar la realización de lo que está prohibido y, proporcionalmente, a mayor capacidad de evitación, menor grado de exigencia de evitar la realización del hecho delictivo. Por el contrario, en la imprudencia la infracción del deber se produce de modo indirecto, a través de la elusión de incumbencias subjetivas de conocer. La imprudencia sería definida así como la *ausencia de representación* o, mejor dicho, la *errónea representación del significado de nocividad social de la conducta que se realiza*¹⁴⁴⁶. Esto significa que en los casos de suposición errónea vencible el sujeto infringe una incumbencia de conocer que, de observarse, le habría permitido representarse correcta o aproximadamente la realidad de los hechos y, con ello, el deber jurídico respectivo podría revelarse como evidente¹⁴⁴⁷. A diferencia de los delitos dolosos, en los casos de error sucede todo lo contrario. Es al sujeto al que le concierne esforzarse en procurar conocer cuál es la realidad que le circunda y la significancia social de la misma, como para contar

SCHMIDHÄUSER, *StrafR*, AT, 1982, nm. 7/93. Señalan que la lesión del deber objetivo de cuidado es característica tanto del injusto imprudente como del injusto doloso, OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, *Dp*, Pg, 1986 (2ª ed.), pp. 596 y ss.

¹⁴⁴³ Esto supone entender en primer lugar la evitabilidad en términos psicológicos, y luego normativos. En contra PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 299 y ss., quien defiende solamente consideraciones de carácter normativo (*normative Erwägungen*).

¹⁴⁴⁴ Cualquiera sea el grado de probabilidad de la concurrencia de los elementos del tipo objetivo que el sujeto se represente de modo consciente, esto es, puede conocer certeramente sobre la alta probabilidad de la realización de la conducta típica, o bien conocer certeramente sobre la remota probabilidad de la realización del resultado.

¹⁴⁴⁵ Esta mayor capacidad ha de entenderse como mayor capacidad subjetiva, esto es aquello que está a su alcance, bajo su dominio y dentro de su deber.

¹⁴⁴⁶ Para KINDHÄUSER, “El tipo subjetivo en la construcción del delito”, *InDret Penal*, 2008, p. 24, mientras que el autor doloso asume con una cierta probabilidad, que un determinado comportamiento tiene como consecuencia la realización de un tipo, y es precisamente por esto que él tiene que evitar tal comportamiento, suponiendo que él quería seguir la norma; el autor imprudente sólo dispone de un saber actual limitado.

¹⁴⁴⁷ En la línea del finalismo de HIRSCH, *La polémica en torno de la acción*, 1993, p. 35, la falta de diligencia no supone, en el delito de comisión, la omisión de comportamiento debido, sino un hacer prohibido; es decir, al autor no le es mandado tener más cuidado, sino que le está prohibido llevar a cabo una acción previsiblemente lesiva. Por el contrario, en este trabajo se entiende que a razón de la omisión (ausencia de esfuerzo) de una incumbencia de conocer el sujeto infringe el deber contenido en la norma de conducta.

con posibilidades de evitar la realización del tipo¹⁴⁴⁸. Se trata de un esfuerzo mental, que no es necesario en el dolo, para el cual bastan los conocimientos coconscientes. Así, pues, en el caso de la imprudencia consciente se genera una creencia errónea infringiendo una incumbencia de conocer, de cuya existencia el sujeto es consciente a tenor de la situación típica que le rodea¹⁴⁴⁹. Por el contrario, en la imprudencia inconsciente el sujeto no es consciente (ni coconsciente) de que sobre él pesa una incumbencia de conocer. A estas incumbencias de conocer, propias del delito imprudente, hay que reconocerles un estatus especial junto al deber jurídico de la norma de conducta que el sujeto infringe. En efecto, la elusión de las incumbencias es lo que le lleva al sujeto a infringir la norma de conducta (en concreto el deber jurídico), debido a que el autor yerra en la representación de la naturaleza del riesgo o en el cálculo de probabilidades, dando lugar a la producción del hecho típico. No en vano la doctrina considera como un presupuesto deóntico del delito imprudente la llamada infracción de un “deber de cuidado” que, a mi modo de ver, no es otra cosa que la expresión resumida de la elusión de incumbencias subjetivas de conocer^{1450/1451}. Lo dicho podría explicarse también de la siguiente manera: tanto el delito doloso como el imprudente infringen la misma norma de conducta¹⁴⁵² (por ejemplo, la que prohíbe matar¹⁴⁵³), pero se

¹⁴⁴⁸ En la misma línea FEIJOO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, 2002, p. 18.

¹⁴⁴⁹ La génesis de la consciente infracción al deber se remonta a fines del siglo XVIII en el marco de la teoría de la culpa como defecto de voluntad. Así, para KLEIN en la base de toda imprudencia existe de forma remota (alejada) un dolo; esto es, la ausencia de un buen propósito de realizar un esfuerzo de atención para evitar acciones antijurídicas. Cfr. KLEIN, “Vermischte Bemerkungen über das Criminalrecht”, *AC*, 1799, pp. 221-222. Próximo MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, 2001, p. 721.

¹⁴⁵⁰ Cuando la doctrina se refiere al deber de cuidado externo del tipo imprudente como compuesto de los deberes, que se mencionan a continuación, no quiere si no señalar de algún modo ciertas incumbencias de conocer: deber de omitir acciones peligrosas, deber de preparación e información previa, deber de actuar prudentemente en situaciones peligrosas. Sobre estos deberes MIR PUIG, *Dp, Pg*, 2011 (9ª ed.), pp. 296 y ss. Para quienes exigen una dimensión subjetiva en el tipo imprudente, se refieren al deber subjetivo de cuidado. Así, MOLINA FERNÁNDEZ, *Responsabilidad jurídica y libertad*, 2002, p. 20, nota al pie 5. También, aunque desde otras premisas, entiende que la tipicidad subjetiva del delito imprudente requiere previsibilidad individual (y no la del hombre medio), CÓRDOBA, “Dolo y evitabilidad individual”, *RDP*, 2012, p. 221; JAKOBS, *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, 1972, pp. 46, *passim*.

¹⁴⁵¹ Cfr. PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 310, quien defiende que el deber de cuidado que la doctrina emplea para referirse a la imprudencia, no es auténticamente un deber, sino una expectativa de segundo orden, esto es, una *Obliegenheiten*, y por ello, común al comportamiento doloso y al imprudente. De modo similar, la *Obliegenheit* posee una vocación omnicomprendensiva en RENZIOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, 1997, p. 80, por cuanto desde su seguimiento se procura asegurar la capacidad de evitación de resultados lesivos (dolosos o imprudentes). También, con anterioridad desde el finalismo, HIRSCH, *La polémica en torno de la acción*, 1993, p. 65, defendía que las normas objetivas de cuidado son necesarias como estándares de comportamiento recíproco.

¹⁴⁵² Esto es así, si se sigue lo que dice MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, 2001, pp. 697, 720: “todos los delitos tienen una idéntica finalidad: evitar la producción de ciertos estados de cosas jurídicamente desvalorados (lesiones no justificadas de bienes jurídicos)”. Para este autor, desde el punto de vista de la norma

distinguen en el modo de infracción del deber¹⁴⁵⁴ que emana de dicha norma, teniendo en cuenta el grado de capacidad subjetiva de evitación y la exigencia de ejercer la misma según el caso¹⁴⁵⁵. Así, el deber del delito doloso le indica al sujeto en el caso concreto: “abstente de matar con conocimiento (es decir, sabiendo lo que haces¹⁴⁵⁶)”¹⁴⁵⁷. En cambio, en el delito imprudente le ordena: “abstente de matar suponiendo erróneamente de modo vencible

de conducta, entre el dolo y la imprudencia no hay diferencia estructural, sino sólo del objeto de la representación (p. 709). A mi criterio, el tipo doloso e imprudente infringen la misma norma en la atribución objetiva y distinto deber en la imputación subjetiva, como se verá en el *Capítulo Cuarto*.

¹⁴⁵³ Cfr. MAÑALICH, “Norma e imputación”, *REJ*, 2010, p. 180, nota al pie 45. Para este autor “el delito doloso y el delito imprudente no se diferencian en virtud de la norma de cuyo quebrantamiento imputable se trata –que es una y la misma: por ej., la prohibición de matar a otro–, sino en virtud del criterio de imputación correspondiente”. El mismo autor en “El delito como injusto culpable”, *RD*, 2011, p. 23, sostiene que “sólo el conocimiento de las circunstancias de las cuales depende la realización del tipo delictivo pone al agente en posición de formarse la intención de evitar su realización, en pos del seguimiento de la norma. Sobre esta base es correcto mantener, en el sentido de la teoría de la culpabilidad, que el conocimiento de las circunstancias que objetivamente fundamentan la antinormatividad del hecho pertenece a un nivel de imputación que es anterior al nivel de imputación en el cual se hace relevante el conocimiento de la propia antinormatividad del hecho; esto se sigue, en efecto, de la distinción entre el juicio de infracción de deber y el juicio de culpabilidad por la infracción de deber”.

¹⁴⁵⁴ Así, como el desvalor objetivo de la conducta no se define desde la simple infracción de la norma de conducta, sino desde la infracción del concreto deber objetivo de conducta (lo que se refleja en la superación del riesgo permitido), el desvalor subjetivo de la conducta no se define desde la simple infracción de la norma de conducta, sino desde la infracción del concreto deber subjetivo de conducta (lo que se refleja desde la respuesta proposicional del sujeto ante el hecho).

¹⁴⁵⁵ Este argumento evita tener que caer en otros que destacan la actitud personal que asume el sujeto frente a la norma, que no es lo que debería valorarse en el tipo de injusto. Por ejemplo, LAURENZO COPELLO señala que quien obra con conocimiento del riesgo manifiesta una valoración contrapuesta a la del Derecho, mientras que quien desconoce el riesgo de lesión no revela negación alguna por los valores de la norma, sino, como mucho, algo de ligereza. Cfr. LAURENZO COPELLO, *Dolo y conocimiento*, 1999, pp. 242 y ss. Criticando la postura de esta autora sostiene –también desde una óptica que hace hincapié en la actitud personal del sujeto– que el autor doloso no niega los valores protegidos por la norma, sino que revela falta de interés por ellos (lo que en el dolo eventual sería indiferencia), RAGUÉS I VALLÈS, *La ignorancia deliberada*, 2007, pp. 173-174.

¹⁴⁵⁶ Quedan también incluidos en los supuestos dolosos los casos de conocimiento incierto (en grado de duda), en donde también la norma de conducta se revela como evidente para el sujeto, sólo que en caso de ordenarle “abstente de obrar a sabiendas”, le ordena “abstente de obrar en casos de duda”. Ciertamente, la intensidad del poder de evitación es mayor en el primer supuesto y menor en el segundo (otra vez aquí el poder de evitación se encuentra estrechamente enlazado con la capacidad subjetiva).

¹⁴⁵⁷ La norma del delito doloso proscribire “realizar una acción con tendencia a afectar la vida” y, en ello, se anidan innumerables acciones, como no disparar armas de fuego cerca de una persona, no cortar las venas del prójimo, no colgar a alguien con una soga al cuello, etc.; en donde, cualquiera de estas acciones están aludidas por la norma “sólo cuando generan un peligro, en el caso concreto, de que muera alguien”. De estas palabras SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, 2005, pp. 199-200. A mi entender, al planteamiento de este autor le hace falta hacer referencia al elemento intelectual del conocimiento como para completar el mensaje de la norma del tipo doloso, porque sólo prohibiendo esas conductas, no dice nada acerca del grado de participación interna que ha de darse entre la situación objetiva y el sujeto, como para determinar cuándo el tipo se realiza de modo doloso y cuándo de forma imprudente. En contra de lo aquí sostenido, la conocida postura de BINDING reseñada en KAUFMANN (Armin), *Teoría de las normas*, 1977, pp. 9-10.

que no lo haces”, sólo que en este último caso el deber de la norma ha de completarse desde una incumbencia subjetiva (“conoce o infórmate para no obrar suponiendo erróneamente que actúas de forma inofensiva”)¹⁴⁵⁸. En todo caso lo que revela el deber subyacente al delito imprudente es una mayor imprecisión o indeterminación, a solventarse desde las incumbencias de actuar¹⁴⁵⁹. Es en la dimensión intelectual en donde reside gran parte del desvalor que cada uno de estos delitos comporta¹⁴⁶⁰. En especial, sobre la relación entre el deber y las incumbencias me ocupó en el *Capítulo Quinto* de forma que a él me remito.

II.III.2. NORMAS DE CONDUCTA Y TIPICIDAD SUBJETIVA

1. Las normas de conducta en cuanto deberes jurídicos suelen comprenderse como prescripciones de comportamientos deseables (“haz esto”, “no hagas aquello”) y, según un

¹⁴⁵⁸ Refiriéndose a la medida de cuidado que encierra la norma de conducta, SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, 2005, pp. 253-254, 199. Este autor señala que “la prohibición que está oculta detrás del homicidio imprudente, (...) puede rezar, en concreto, de todas estas formas: no conduzcas a velocidad excesiva, o con los neumáticos gastados, o con los frenos en malas condiciones, ni te adelantes en la ruta a un ciclista, sin guardar una distancia prudencial (...), no manipules armas delante de otras personas”, entre otras muchas expresiones más. Ofrece también otro ejemplo de la norma del tipo imprudente: “tratarás de evitar causar una muerte por un comportamiento descuidado”.

¹⁴⁵⁹ Sobre el mandato de determinación en el tipo imprudente, SILVA SÁNCHEZ, “Mandato de determinación e imprudencia”, *InDret Penal*, 2012, pp. 1-3. SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, 2005, pp. 199-200, también advierte que el tipo objetivo del delito doloso “tiene un cierto ámbito de indeterminación”, porque en verdad, “la vaguedad o indeterminación que aparentemente afecta al límite entre dolo e imprudencia, no proviene propiamente del ‘tipo subjetivo’, sino de la construcción del ‘tipo objetivo’; es decir, que el límite mínimo a partir del cual *la norma prohíbe la elevación del riesgo*, es un ámbito no determinado, siempre sujeto a la interpretación”. Hasta donde alcanzo a entender, cuando el riesgo asumido por el autor es un riesgo alcanzado por la norma de prohibición, entonces, habrá dolo, pero si es un riesgo alcanzado por la norma de cuidado, habrá imprudencia.

¹⁴⁶⁰ SILVA SÁNCHEZ hace hincapié en la distinta capacidad de evitación de la conducta dolosa y de la conducta imprudente. Al respecto, manifiesta que cabe prohibir la realización dolosa e imprudente de conductas potencialmente lesivas para bienes jurídicos, pues tanto la conducción dolosa como la imprudente pueden perfectamente evitarse (desistiendo del intento o aplicando mayor diligencia). Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2010 (2ª ed.), p. 542. Un planteamiento similar al que se comparte en este trabajo, el de GERMANN (citado en SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, 2005, p. 65), quien señalaba que no tendría sentido que las normas ordenaran un deber de no producir un determinado resultado, pues éste depende también de otros factores que caen fuera del ámbito de poder de las personas. De allí que, las normas sólo podrían ordenar un deber de *no querer* producir el resultado. Así, también interesante la opinión de HÖPFNER (citado en SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, 2005, p. 84, a través de STRUENSEE): “debéis no emprender aquella acción de la cual os representéis o podáis representaros que tendrá o podrá tener por consecuencia el resultado (indeseado)”. Para SANCINETTI (pp. 84-85, nota al pie 6) la formulación de la norma hay que precisarla considerando el dolo y la imprudencia.

importante sector de la doctrina, no suelen contemplar las condiciones subjetivas bajo las cuales se puede determinar que una persona ha infringido el deber o ha lesionado la norma. Esto es, la propia norma de conducta no puede identificar bajo qué presupuestos alguien se encuentra vinculado por ella¹⁴⁶¹; no es asunto del autor reflexionar sobre su propia capacidad para el cumplimiento de la norma; no es él quién tiene que comprender si le es o no posible seguir los mandatos normativos¹⁴⁶². Por el contrario, en este trabajo defenderé que es la norma de conducta la que contiene ya de modo primario las condiciones subjetivas para comportarse conforme al deber o de seguimiento de la norma, pues, como se verá, son las incumbencias las que nos orientan a obrar de un modo socialmente aceptable¹⁴⁶³. Es a la capacidad de evitación subjetiva a la que interpela la norma de conducta, la cual identifica ya ella misma las mínimas condiciones psicológicas que precisamos para orientarnos según su mandato. De este modo, la norma de conducta no nos obliga simplemente a “omitir la conducta contrapuesta a la competencia”¹⁴⁶⁴, sino a omitir sabiendo que lo hacemos de modo contrario al deber o no sabiendo evitablemente que lo hacemos. La norma se dirige al sujeto apelando a su libertad, a un mínimo de conocimiento y voluntariedad, porque sólo así, *ex post*, las reglas de imputación podrán constatar que las condiciones subjetivas de cumplimiento del deber concurren o no en el sujeto concreto.

2. Por regla general, el dolo y la imprudencia quedan referidos respectivamente a hechos que, en unos casos, se revelan como nocivos socialmente *ab initio* y, en otros, como beneficiosos o inocuos socialmente. Serán los baremos de nocividad social los que determinarán cuándo nos encontramos según el contexto correspondiente ante un supuesto doloso o uno imprudente. Pero, ello no implica que no se admitan matices en la configuración del dolo y la imprudencia en relación con el riesgo. En efecto, cuando un riesgo de la clase “socialmente permitido” (tolerado o aprobado por útil o inocuo) sea conscientemente mal empleado por el sujeto o de modo abusivo, éste se convertirá

¹⁴⁶¹ Cfr. PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 255 y ss. (“Eine Verhaltensnorm kann nicht selbst darüber Auskunft geben, unter welchen Bedingungen jemand durch sie verpflichtet wird; sie müßte in diesem Fall auf sich selbst Bezug nehmen”), en la línea de KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989, pp. 29 y ss., 65, *passim*.

¹⁴⁶² Cfr. PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 255.

¹⁴⁶³ Así, al menos lo entiendo, si es que he comprendido bien, que ya para BINDING, en todas las normas (prohibiciones y mandatos) se contiene no sólo la prohibición –primaria o secundaria– de realizar acciones nocivas, sino también un “mandato de actuar con cuidado”. Véase KAUFMANN (Armin), *Teoría de las normas*, 1977, pp. 10, 152-153 y ss.

¹⁴⁶⁴ Cfr. PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 255 y ss. (“Unterlasse zuständigkeitswidriges Handeln!”).

automáticamente en riesgo prohibido. Todos los riesgos socialmente permitidos son en algún punto riesgos condicionados a su buen uso, porque en la medida en que se abusa de él, el riesgo deja de ser útil o inocuo socialmente y se convierte en nocivo. Esto es lo que sucede de modo ejemplar en los delitos referentes a la seguridad vial. Por regla general, la conducción de automotores forma parte de una de las actividades riesgosas socialmente fomentadas, dada su versátil y elevada utilidad social, que no hace falta aquí mencionar. De este modo, también por regla general, en casos de accidente, prima estadísticamente la presunción de imprudencia y no de dolo y, con ello, la condena por estos delitos suele más bien responder a los tipos imprudentes¹⁴⁶⁵. Por el contrario, en otra clase de riesgos ya desde un inicio prohibidos, como, por ejemplo, disparar un arma de fuego hacia una persona, la presunción es de dolo, no de imprudencia, aunque luego se demuestre lo contrario (por ejemplo, que el disparo fue accidental). Pero, estos modos generalizados de proceder en la averiguación de los hechos¹⁴⁶⁶, no debe dejar de lado que los riesgos permitidos también pueden convertirse en prohibidos. De allí que, cuando un sujeto de modo consciente advierte que el riesgo permitido en abstracto (conducción de automóviles) es mal empleado en la situación concreta (conducción en una peatonal), la llamada confianza razonable en la no producción del resultado no tiene por qué descontar su responsabilidad¹⁴⁶⁷. Sin embargo, este elemento del ánimo que actúa como cláusula de cierre del conocimiento de la asunción nociva de un riesgo permitido y la convierte en imprudencia, no opera con la misma autoridad en los supuestos en que el riesgo es *ab initio* prohibido. Por ejemplo, un conductor, a pesar que conocía su exceso de velocidad en una zona alejada y desierta de la urbe¹⁴⁶⁸, podría alegar que confiaba en la no producción del accidente porque él es un buen conductor, pero no podría alegar el mismo sujeto en otra situación que él confiaba razonablemente en la no producción de la muerte de la víctima cuando él disparaba hacia ella. Ciertamente, es posible plantearse ejemplos de imprudencia

¹⁴⁶⁵ Pero ello no por una razón de “capricho dogmático”, sino por una razón estadística, como lo advierte MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, 1992, pp. 153 y ss.

¹⁴⁶⁶ Adquirir grados de generalización en la averiguación de los hechos es una de las técnicas más eficientes de la investigación, y forma parte del modo natural en cómo procedemos las personas cuando queremos saber algo. Comúnmente estas premisas generalizadas tiene su fuente en datos estadísticos, de la experiencia social. Pero esto es sólo un punto de partida que ayuda a comenzar por algo, y ayuda a economizar medios y fuerzas en el descubrimiento de la verdad, pero no debe eliminar otras hipótesis de verdad cuando las evidencias se orientan en otro sentido.

¹⁴⁶⁷ Un comportamiento objetivamente correcto deja de serlo para el autor cuando éste advierte conscientemente que puede producir un efecto lesivo para algún bien jurídico. También ZIPF, “Rechtskonformes und sozialadäquates Verhalten”, *ZStW*, 1970, pp. 633 y ss.

¹⁴⁶⁸ Comportamiento que podría responder a un supuesto de riesgo habitualizado.

en los disparos, pero la confianza en tales situaciones es intensamente limitada teniendo en cuenta la naturaleza prohibida en abstracto del riesgo inicial. De allí que las presunciones de imprudencia o de dolo operen legítimamente en la dimensión abstracta y general del riesgo, pero no en el caso concreto.

3. De este modo, cuando el sujeto sabe que abusa o mal emplea un riesgo permitido, entonces, no estaremos ante un caso de imprudencia, sino de dolo, porque evidentemente en el mismo abuso ya se encuentra la prohibición. Pongamos por caso teórico, dejando al margen el reglamento de tráfico vehicular, el siguiente. En una zona de colegios de una ciudad la velocidad permitida de conducción es de 50 km/h, presentándose dos alternativas. En un primer supuesto el sujeto sabe que lo permitido es 50 km/h, pero él es un buen conductor y cree que puede evitar cualquier tipo de accidente, conduciendo a 70 km/h. Para la doctrina este caso sería de una imprudencia consciente, basándose en la infracción a la norma de cuidado. Por el contrario, a mi entender, debería tratarse de un supuesto de dolo, porque el sujeto conoce acerca del ejercicio abusivo de un riesgo abstractamente permitido. Evidentemente, también podría tratarse de un supuesto de imprudencia o error, pero sólo en aquellas situaciones en que el sujeto se haya representado de forma errónea la no presencia del riesgo (por ejemplo, por no percibir correctamente algunas de las circunstancias fácticas acompañantes). En un segundo supuesto el sujeto se representa erróneamente que lo permitido es 70 km/h (porque unos kilómetros antes ha advertido este límite, que se refería a otra dirección y no a la que él escogió), siendo sólo 50 km/h. En principio, el error podría configurarse como vencible, teniendo en cuenta que al sujeto le incumbe detectar correctamente qué señales están a él dirigidas y cuáles no. Diferente sería la situación de un error invencible sustentado en una señalización incorrecta por parte de las autoridades locales.

4. Con esta idea, puede ya apreciarse que existe una clara consideración del conocimiento y el error en el momento en que opera la norma de conducta *ex ante*, como norma determinativa, directiva o configurativa del comportamiento del sujeto. Tanto el injusto doloso como el imprudente se caracterizan por la infracción de una norma de conducta¹⁴⁶⁹ a partir de lo cual se genera un peligro no tolerado para un bien jurídico penalmente

¹⁴⁶⁹ También FEIJOO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, 2002, pp. 21, *passim*.

protegido¹⁴⁷⁰. En el hecho doloso el autor decide realizar el comportamiento típico conociendo el significado social del riesgo que él asume en relación con un bien jurídico penalmente protegido¹⁴⁷¹, mientras que el autor imprudente lo desconoce de modo evitable. Sólo así tiene sentido considerar que en el momento de aplicar las reglas de imputación, el juzgador constate que el juicio de atribución de un hecho es posible sólo en la medida en que concurran los presupuestos subjetivos de la imputación. Así, pues, el conocimiento y error típicos se conciben como presupuestos subjetivos de la infracción del deber y no como criterios de imputación. Ahora bien, aunque el autor doloso y el autor imprudente lesionan la misma norma (la que contiene un deber genérico de evitar¹⁴⁷²), no lesionan el mismo deber, entendido como algo dirigido a un sujeto con determinados conocimientos: el autor doloso infringe un deber que le ordena evitar la infracción de modo consciente, a diferencia del autor imprudente que infringe un deber que le ordena evitar la infracción de modo evitable (en relación con el cumplimiento previo de una incumbencia)¹⁴⁷³.

II.III.3. DOBLE DIMENSIÓN DEÓNTICA DE LAS NORMAS DE CONDUCTA: GENERALIDADES

1. Las normas de conducta se encuentran tanto dentro del ámbito del Derecho como fuera de él, es decir, en otros sistemas normativos no formalizados y menos sofisticados¹⁴⁷⁴. Los dos modos de manifestarse las normas de conducta que aquí interesan son las normas de conducta como incumbencias y como deberes. Esto es lo que se denomina la doble

¹⁴⁷⁰ En este sentido, bien advierte PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido*, 1995, pp. 114-115, que “el desvalor objetivo de la conducta no puede ser configurado exclusivamente como infracción de las reglas de conducta, sino que, por el contrario, ha de estar dotado de un contenido material más preciso. (...) dicho contenido vendrá dado, precisamente, por la creación a través de la conducta de un riesgo para el bien jurídico-penalmente protegido que resulte ser superior al nivel máximo permitido”.

¹⁴⁷¹ Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, 2002, p. 23: “en el injusto doloso el autor se decide con conocimiento del alcance de su decisión por una actuación jurídico-penalmente relevante”. Esta idea sugiere que el autor imprudente calcula mal los efectos de su decisión, o desconoce el alcance de la misma.

¹⁴⁷² En todo caso, de no empeorar situaciones, o de mantenerlas en su *statu quo* permitido (excepto que se trate de un deber de pura solidaridad, que sí exige una mejora de la situación).

¹⁴⁷³ La doctrina parece estar de acuerdo con que el autor doloso y el imprudente lesionan la misma norma o la misma regla, que puede ser lesionada con mayor o menor intensidad, según cuál sea el contenido subjetivo del apartamiento de la norma (dolo o imprudencia). Sobre la intensidad del apartamiento de la regla en el dolo y en la imprudencia, PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, 2011, pp. 131, *passim*.

¹⁴⁷⁴ El Derecho como sistema normativo complejo, BOBBIO, *Contribución a la teoría del Derecho*, 1980, pp. 329 y ss.

dimensión deóntica de las normas de comportamiento. Desde los sistemas simples como las reglas de un juego, las normas sociales de decoro o los códigos regentes dentro de un grupo social, hasta los sistemas más complejos, como las normas morales (éticas o religiosas), de deontología profesional o del Derecho en general, en todos ellos existen, junto a otras reglas de diferente naturaleza, pautas que orientan de un modo más o menos coactivo, la forma de proceder de las personas. En principio, existen normas jurídicas de conducta prepositivas o pre-legales, que no se vinculan directamente al sujeto desde una sanción, si no desde una especie de sanción, como el *fracaso*. Responden a esta categoría de normas jurídicas prepositivas las llamadas incumbencias, que se derivan del orden social y operan como cargas derivadas de la lógica y finalidad de las cosas en sí y se encuentran dirigidas por la racionalidad práctica¹⁴⁷⁵. Por ejemplo, si alguien quiere llegar a presidente de una compañía internacional de divisas, seguramente tendrá que encarrilarse hacia la obtención de tal objetivo a través de los medios idóneos (estudiar la carrera respectiva, buscar un trabajo en alguna de esas compañías, estudiar idiomas, etc., es decir, tiene que procurar alcanzar cada una de las metas intermedias que le conducen a la suprema). Todo este camino por recorrer es algo que le incumbe a la persona para alcanzar aquello que se ha propuesto a sí misma. Estas incumbencias le indican lo que debe hacer y suponen un esfuerzo de acomodarse a la lógica de las cosas, lo que puede significar finalmente una “carga con beneficios”, si se las observa¹⁴⁷⁶, o un fracaso, si se las elude. El fracaso derivado de la infracción de las incumbencias viene dado en dos aspectos: uno, que al sujeto las cosas no le saldrán como se las esperaba y dos, que el sujeto no podrá contar con la expectativa que se le proteja de su fracaso (él frustra sus propias expectativas de protección). Del mismo modo, un ciudadano que pretende realizarse como persona en concordancia con el Ordenamiento Jurídico y que pretende de éste su protección y de sus pares el reconocimiento como tal, carga a sus espaldas con una serie de incumbencias elementales de la vida en sociedad. A grandes rasgos, tanto la carga de respetar las normas, haciendo lo que está permitido cuando le plazca y renunciando a lo que está prohibido aunque no le plazca, como la carga de mantenerse en condiciones de respetarlas¹⁴⁷⁷.

¹⁴⁷⁵ En los primeros capítulos se señaló que la racionalidad práctica es aquella centrada en el tener consciencia de qué medios son los más adecuados, dentro de los que disponemos, para alcanzar los fines que nos hemos propuesto.

¹⁴⁷⁶ En la sabiduría popular existen dos refranes que ilustran la carga con beneficio: “el que quiere celeste que le cueste”, “sarna con gusto no pica”.

¹⁴⁷⁷ La conducción por la vida social, respetando a los otros, puede resumirse en una metaincumbencia – entendida desde una ética secular- denominada “vivir honestamente” (*honeste vivere*). Una muy breve, pero

2. Así las cosas, el sistema normativo del Derecho (penal) se encuentra concebido sobre la base de las incumbencias. Esto no es más que una consecuencia del carácter subsidiario del Derecho penal, que no sólo opera en relación con otras ramas jurídicas, sino también respecto de otros sistemas normativos no formalizados¹⁴⁷⁸. Como ejemplo de esto último, se presentan las incumbencias¹⁴⁷⁹. Sin pretensión provocadora, no parece nada desatinado entender que el Derecho (penal) se nos hace imprescindible como mecanismo regulatorio de conductas, porque no podemos asegurarnos que las incumbencias vayan a resultar idóneas por sí solas para prevenir conductas socialmente disvaliosas, no sólo por carecer de un castigo independiente del fracaso, sino porque son ampliamente genéricas e imprecisas¹⁴⁸⁰. En este sentido, evidentemente, la sociedad no se mantiene organizada porque cada uno observa sus incumbencias, sino también porque la norma jurídica concreta los ámbitos de prohibición y los mecanismos de sanción para el caso de su infracción¹⁴⁸¹. El Derecho penal está llamado a hacer cumplir las normas de conducta cuando éstas no son suficientes por sí solas como razones para la acción. De este modo, mientras que las incumbencias serían razones *lógicas* para la acción (“si quiero *estar* en sociedad, entonces, *tengo que...*”), más

sugerente idea sobre la relación entre el ejercicio del *honeste vivere* y la infracción del *neminem laedere* para la imputación eventual de responsabilidad penal en SILVA SÁNCHEZ, “*Honeste Vivere*”, *InDret Penal*, 2010, p. 2.

¹⁴⁷⁸ Respecto del principio de intervención mínima (el carácter subsidiario o de *ultima ratio* del Derecho penal), SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2010 (2ª ed.), p. 394, señala que la intervención del Derecho penal no estaría legitimada cuando a través de otros medios “externos” ya pudieran evitarse la realización de conductas lesivas, es decir, cuando el control social puede ejercerse ya por otros medios no formales menos lesivos de los cuales pueda esperarse iguales o mejores efectos preventivos (por ejemplo, las medidas estatales de política social y otros medios no jurídicos del control social, como las soluciones privadas o sociales del conflicto). A mi criterio, tal “control social” puede contemplarse también en una versión de “autocontrol social”, esto es, el mecanismo de autoreparación y autoestabilización del sistema, que los propios integrantes del sistema realizan en conjunto (sin pensar en los valores, o en el castigo, sino simplemente en la lógica social de que la sociedad funcione). En tal sentido, no sería lo ideal pensar que el Derecho solo (o la ¡pena! por sí sola) es lo que estabiliza normativamente un sistema social. En todo caso, existirían dos planos de estabilización normativa del sistema social: una estabilización normativa lógica por medio de las incumbencias (y no sólo contrafáctica), y una estabilización normativa axiológica por medio de las normas jurídicas.

¹⁴⁷⁹ Un sector crítico de autores afirman que la subsidiaridad del Derecho penal sólo es posible frente a otros sistemas jurídicos, o medidas estatales de intervención, y no por ejemplo frente a lo que se ha denominado la autoprotección de los ciudadanos. Así, por ejemplo GÜNTHER, “Das viktimodogmatische Prinzip”, en *FS für Lenckner*, 1998, pp. 78 y ss.; HILLENKAMP, *Vorsatztat und Opfenverhalten*, 1981, pp. 177 y ss.

¹⁴⁸⁰ Lo que para PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 310, sería una expectativa social de segundo orden, complementaria del deber de cooperar del ciudadano al mantenimiento de las condiciones de libertad en sociedad. A mi entender, este autor, parece reconocer que sólo un Ordenamiento Jurídico que contemple estas dos dimensiones deónticas (mandato y expectativa complementaria), puede realmente asegurar el estado de libertades social, esto es, un sistema operativo y funcional a la libertad real.

¹⁴⁸¹ Es decir, no sólo no contamos con ciudadanos que simplemente se motivan a favor de los otros sobre la base de reglas básicas de conducta (incumbencias), sino que tampoco contamos con ciudadanos a los que se les pueda exigir no cometer delitos, si no se les precisa a través de las normas jurídicas lo que está prohibido hacer o mandado a hacer.

vinculadas a la idea de conveniencia aristotélica que a la idea de deber de los moralistas, los deberes jurídicos encerrarían razones *axiológicas* para la acción (“si quiero *ser* en sociedad, entonces, *debo...*”)¹⁴⁸². Como razones lógicas, su inobservancia trae aparejada una contradicción interna entre el comportamiento y sus consecuencias. En otras palabras, mientras que las incumbencias serían como las condiciones básicas de admisión al “juego social”, las reglas constitutivas de la dinámica social, los deberes serían las condiciones de permanencia en el “juego social”, es decir, las reglas regulativas de las conductas en sociedad bajo el reconocimiento como persona¹⁴⁸³. En consecuencia, el carácter subsidiario del Derecho penal se explica desde la función de presupuesto deóntico que las incumbencias cumplen en relación con los deberes jurídico-penales. Para poder cumplir tales deberes, es necesario que las personas observen las incumbencias básicas. La inobservancia de alguna de éstas es lo que desencadena la infracción de los deberes jurídicos. Quien hace lo que le incumbe no necesita “necesariamente” motivarse en las normas jurídicas para orientarse correctamente en la sociedad, al menos en cuanto a los

¹⁴⁸² Las incumbencias serían las estructuras *lógico-deónticas* sobre las cuales se apoya el Derecho positivo. Sucede así algo similar a las estructuras lógico-objetivas de WELZEL, las cuales sólo obligan lógicamente al legislador, cuando éste quiere que su regulación legal responda a la realidad de las cosas. Cfr. WELZEL, *Más allá del Derecho natural*, 2013, p. 35. También HASSEMER, “Sachlogische Strukturen - noch zeitgemäß”, en *FS für Rudolphi*, 2004. La relación entre las incumbencias y los deberes también puede explicarse desde la distinción que en la filosofía hildebrandiana se hace entre la ley natural y la ley moral. Cfr. YANGUAS, *La intención fundamental*, 1994, p. 133, quien identifica según aquella filosofía hasta tres diferencias esenciales. En primer lugar, las leyes de la naturaleza poseen un carácter neutral y fáctico, mientras que las leyes morales poseen un carácter valorativo. En segundo término, las leyes de la naturaleza son de índole hipotética, y aunque es necesario observarlas si queremos alcanzar un determinado fin, dicho fin no se impone de modo absoluto. Por el contrario, las leyes morales poseen un carácter categórico. Finalmente, el actuar de acuerdo a las leyes naturales, esto es a la realidad, es algo que resulta razonable, pero su racionalidad no las convierte en leyes morales. De este modo, la acción moralmente buena “supone algo más que la mera conformidad con la lógica inmanente de un ser neutral”. Por su parte, en la filosofía searleana toda sociedad organizada posee una estructura lógica, lo que quiere decir que la realidad social e institucional contiene como elementos constitutivos representaciones (mentales, lingüísticas). Cfr. SEARLE, *La construcción de la realidad social*, 1997, p. 103. Desde mi punto de vista, uno de los elementos constitutivos de la sociedad organizada son las representaciones deónticas, sin las cuales, con total seguridad, no podríamos hablar de sociedad organizada, y ni siquiera de sociedad, en la medida en que, en la definición de ésta, ya quede incluido un criterio de mínima organización.

¹⁴⁸³ Cfr. sobre las reglas regulativas y las reglas constitutivas, SEARLE, *La construcción de la realidad social*, 1997, p. 45. Mientras que las reglas regulativas regulan actividades previamente existentes (como la regla conduzca por la mano derecha de la calzada), las reglas constitutivas no sólo regulan, sino que crean la posibilidad misma de ciertas actividades (como las reglas del ajedrez que no regulan una actividad previamente dada, sino que crean la posibilidad misma de jugar al ajedrez). Véase, también AARNIO, *Lo racional como razonable*, 1991, p. 110; MOSTERÍN, *Racionalidad*, 1987 (2ª ed.), p. 92.

comportamientos más elementales¹⁴⁸⁴. Ciertamente, este argumento no pretende negar la función de orientación que cumplen las normas jurídico-penales en una sociedad, sino simplemente subrayar su naturaleza subsidiaria¹⁴⁸⁵. En efecto, el instrumento normativo de la coacción penal sólo ha de aplicarse cuando no estén disponibles o no sean más eficientes otros medios o sistemas normativos menos intrusivos o agresivos que el propio Derecho penal. Así, entonces, las incumbencias son una especie del género “deber” pertenecientes al orden social, que dan contenido a los deberes jurídicos¹⁴⁸⁶.

2.a. Algunos planteamientos en victimodogmática pregonan una estrecha vinculación entre los principios de fragmentariedad y proporcionalidad del Derecho penal y el comportamiento de la víctima¹⁴⁸⁷. De hecho, se suele hablar de un principio victimológico (o de autorresponsabilidad) que se construye por vía deductiva desde algunos principios limitadores del *ius puniendi*. Un corolario lógico de estos principios serían las incumbencias de autoprotección.

3. Entre las incumbencias y los deberes jurídicos existe una relación de sentido. Las primeras son los presupuestos deónticos de las normas jurídicas de conducta derivables del tipo penal. Una posible forma de concebir la relación de sentido entre las incumbencias y las normas de determinación es entendiendo a las primeras como parte integrante del sistema deóntico que subyace al sistema deóntico de las segundas; relación de sentido, por

¹⁴⁸⁴ Es decir, no necesita motivarse según los valores positivos de las normas primarias, o el valor negativo de la norma secundaria. Por eso, se había manifestado al inicio de este trabajo, que la norma de conducta tiene sólo una pretensión (no función) motivacional.

¹⁴⁸⁵ Esto no significa una degradación de la norma jurídica a costa de las incumbencias, sino simplemente referir su ubicación normativa.

¹⁴⁸⁶ Prefiero la fórmula “deber pre-jurídico” antes que “deber secundario”, que algunos autores suelen emplear [por ejemplo, para referirse al planteamiento de otros autores, SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación y teoría del delito*, 2008, pp. 542, nota al pie 113, *passim*], por cuanto, si las incumbencias dan contenido a las normas primarias (que contienen deberes primarios), entonces, aquéllas no pueden considerarse deberes secundarios porque al preceder a éstas sería un contrasentido considerarlas como en un segundo lugar.

¹⁴⁸⁷ Cfr. VON HIRSCH/SEELMANN/WOHLERS, “Introducción. ¿Qué son los ‘mediating principles’?”, en *Límites al Dp*, 2012, p. 58: los principios de autoprotección y subsidiaridad son fundamentaciones para la limitación de la criminalización que prevén otros mecanismos para lograr la protección de bienes jurídicos. En este sentido se espera que las potenciales víctimas adopten medidas para su propia protección, así como se espera que el Estado recurra a otra clase de sanciones distintas de las penales, como las administrativas. De la opinión que el principio victimológico se vincula a los principios limitadores del *ius puniendi*, como el de fragmentariedad y el de proporcionalidad, pero no al de subsidiaridad, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2010 (2ª ed.), p. 73 (§1.4). También con consideraciones al respecto, SCHÜNEMANN, “Zur Stellung des Opfers im System der Strafrechtspflege” (I), *NZSt*, 1986, p. 195 [también en “Einige Vortäufige Bemerkungen zur Bedeutung des viktimologischen Ansatzes”, en *Das Verbrechenopfer*, 1982, pp. 411-412]. En sentido contrario, para quien el principio victimológico elimina lo que denomina la función pacificadora del Derecho penal, GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit*, 1983, p. 194.

lo demás, que queda también establecida respecto de las reglas de imputación. Lo que se da entre la norma de determinación y la incumbencia-fin, por ejemplo, de no dañar al prójimo es una *relación de sentido*, toda vez que, por ejemplo, la “prohibición de matar” sólo tiene razón de ser si sobre los ciudadanos pesa una incumbencia genérica de obrar evitando lesionar a terceros, lo que supone a su vez saber lo que cada uno hace y las consecuencias que de sus actos se derivan¹⁴⁸⁸. Sólo así las personas pueden hacerse responsables de sus actos, siempre y cuando sepan, o hayan podido saber qué estaban haciendo y en qué medida lo que hacían podía afectar perjudicialmente a terceros. En efecto, tienen que existir tales presupuestos deónticos genéricos de los cuales poder derivar la existencia de los deberes. La razón humana precisa de estos presupuestos elementales para, sumando la lógica de las cosas y los valores sociales, derivar las normas primarias de conducta. Esta relación de sentido entre las incumbencias y la norma jurídica es la misma que se da entre esta última y el enunciado legal, que no es otro que el que le da contenido a la norma de sanción¹⁴⁸⁹. Este proceso de relaciones de sentido podría explicarse con la siguiente cadena de ejemplos: al enunciado legal “el que matare a otro será castigado” le precede una norma de determinación que reza “prohibido matar” y a ésta le precede la incumbencia-fin del ejercicio razonable de la libertad.

3.a. En otras palabras, si las normas jurídico-penales son el *mensaje prescriptivo* que se desprende de los enunciados legales, entonces, las normas jurídico-penales se derivan a partir de la redacción de los enunciados legales¹⁴⁹⁰. Esta derivación, en principio, parece relativamente sencilla en el caso de las normas secundarias, por cuanto, la sanción se encuentra expresamente prevista en el texto de la ley¹⁴⁹¹. No es el caso, en cambio, de la derivación de las normas primarias, de las que contienen las conductas prohibidas; las que, en principio, pueden deducirse, antes que por una relación lógica entre ambas, por una *relación teleológica*¹⁴⁹², sobre todo cuando no se trata de delitos nucleares (*mala in se*)¹⁴⁹³.

¹⁴⁸⁸ Véase, ya KLEIN, “Vermischte Bemerkungen über das Criminalrecht”, *AC*, 1799, p. 223, advierte dos facetas de la prohibición de matar: “no hagas aquello que pueda tener como consecuencia la muerte de otro”, “no omitas aquello que fuera necesario para el mantenimiento de la vida de otro”.

¹⁴⁸⁹ Sobre la relación de sentido entre el enunciado legal y la norma primaria, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2010 (2ª ed.), p. 510 (ya antes, pp. 506 y ss.). Desde la teoría analítica de las normas, se refiere a la relación lógica entre la norma de comportamiento y la norma de sanción, MAÑALICH, “Norma e imputación”, *REJ*, 2010, p. 172.

¹⁴⁹⁰ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *ibidem*, p. 506.

¹⁴⁹¹ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *ibidem*, pp. 506-507.

¹⁴⁹² Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *ibidem*, pp. 509-510 y ss.

¹⁴⁹³ Esto significaría sostener que la relación de sentido entre el enunciado legal y la norma primaria de delitos no nucleares (*malum quia prohibita*) sería más difícil de reconocer, y, para ello, habría que recurrir a una relación lógica (esto es, las normas secundarias implicarían las normas primarias). Sobre la distinción entre

II.III.4. INCUMBENCIAS

II.III.4.a. Concepto y función

1. En la doctrina jurídico-penal, los autores hispanoparlantes en la traducción de la voz alemana *Obliegenheiten*¹⁴⁹⁴, han empleado varias expresiones, todas ellas sinónimas¹⁴⁹⁵: cargas, cuasi-deberes, deberes secundarios u obligaciones¹⁴⁹⁶. Para la doctrina *ad usum*, las incumbencias aunque se definen mayoritariamente como reglas de conducta¹⁴⁹⁷, poseen funciones diversas. Ciertamente, algunas instituciones dogmáticas se definen desde su función: por ejemplo, para algunos autores las incumbencias son normas de concreción del

relación lógica y relación de sentido, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2010 (2ª ed.), pp. 509-510. Respecto de los delitos nucleares, por ser conductas lesivas evidentes (matar, robar, violar), MIR PUIG entiende que el Derecho no cree necesario indicar expresamente tales prohibiciones (aunque sí, en cambio, cuando se trata de hechos lesivos poco evidentes). Así, MIR PUIG, *Dp, Pg*, 2011 (9ª ed.), p. 63.

¹⁴⁹⁴ En PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 310, las *Obliegenheiten* son entendidas también como expectativas complementarias del deber, o expectativas de segundo orden.

¹⁴⁹⁵ La definición que da el DRAE de la palabra incumbencia se aproxima a los vocablos de obligación y carga (“obligación y cargo de hacer algo”). MOLINER, *Diccionario*, 1992 (reimp.), p. 115 (incumbir: competer, concernir, atañer / incumbencia: acción, función, etc., que corresponde a determinada persona).

¹⁴⁹⁶ El término alemán *Obliegenheit* ha recibido diversas traducciones al español. Usualmente el equivalente en español es el término incumbencia; voz empleada por un sector de la doctrina que se ha ocupado más de cerca de las obras de HRUSCHKA. Así, por ejemplo, SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación y teoría del delito*, 2008, pp. 536, 539, *passim*. Siguen esta traducción, RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, “Responsabilidad penal”, en *RECPC*, 2014, pp. 27 y ss.; MIRÓ LLINARES, *Conocimiento e imputación*, 2009, pp. 256, *passim*; BALDÓ LAVILLA en la traducción al artículo de HRUSCHKA, “Reglas de comportamiento y reglas de imputación”, en *Imputación y Dp*, 2005, p. 36 [la traducción de BALDÓ LAVILLA ha variado. Cuando este artículo de HRUSCHKA fue publicado por primera vez en el *ADPCP*, 1994, aquél tradujo *Obliegenheit* por obligación (p. 353). Supongo que la traducción ha variado en la republicación de 2005 con el propósito de unificar la traducción de palabras clave en el pensamiento de HRUSCHKA]; PASTOR MUÑOZ en la traducción al artículo de HRUSCHKA, “La imputación ordinaria y extraordinaria en Pufendorf”, en *Imputación y Dp*, 2005, pp. 75, nota al pie 53, *passim*. Emplea la voz *obligación*, ALCÁCER GUIRAO, *Actio libera in causa*, 2005, pp. 42, 159, *passim*; GONZÁLEZ RIVERO en la traducción a JAKOBS, “La denominada *actio libera in causa*”, *RPJ*, 1998, pp. 252, *passim*; DÍAZ PITA, *Actio libera in causa*, 2002, pp. 67, nota al pie 39, 170, 172; JOSHI JUBERT, *La doctrina de la “actio libera in causa”*, 1992, pp. 85, 133, 138, 203-204, *passim*. Prefieren la palabra *carga*, CÓRDOBA, *La evitabilidad del error de prohibición*, 2012, pp. 153, 164; SANCINETTI en la traducción a la monografía de ZIELINSKI, *Dolo e imprudencia*, 2004, p. 123, nota al pie 32. Variadamente, emplea tanto la voz *incumbencia*, SILVA SÁNCHEZ, “Introducción 1991-2012”, en *El sistema moderno del Dp*, 2012 (2ª ed.), p. LXXIV; como la voz *deber*, SILVA SÁNCHEZ, “*Honeste vivere*”, *InDret Penal*, 2010, p. 2. En trabajos anteriores, emplea la voz *obligación*, SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2003 (2ª ed.), pp. 333, *passim*. En lengua inglesa, la locución *Obliegenheiten* ha sido traducida como *concerns*. Sobre esto, cfr. SÁNCHEZ-OSTIZ, “Rules of imputation”, en *Natural Law*, 2008, pp. 420 y ss.

¹⁴⁹⁷ Admite expresamente que son reglas de conducta, SÁNCHEZ-OSTIZ, “¿Incumbencias en Dp?”, *InDret Penal*, 2015, pp. 11, *passim*.

deber jurídico¹⁴⁹⁸ (esta es sólo una posible función). Como normas de conducta, la doctrina las identifica algunas veces con la conducta del autor y, otras veces, con la conducta de la víctima. Para los autores que conciben las incumbencias como normas de conducta del autor, éstas cumplirían su función en el ámbito de la imputación extraordinaria como subrogado del requisito esencial para la imputación ordinaria¹⁴⁹⁹. Por el contrario, para los autores que conciben las incumbencias como normas de conducta de la víctima, éstas se explican como deberes de autoprotección necesarios para pretender gozar de la tutela del Derecho penal (que se plasma en la pretensión punitiva de la reparación del daño o castigo del autor)¹⁵⁰⁰. Por otro lado, como normas de concreción del deber, las incumbencias han sido entendidas como la parte complementaria del mandato de un ejercicio acorde a la competencia (*Zuständigkeit*)¹⁵⁰¹. En tal sentido, quien detenta la incumbencia por algo tiene que realizar alguna prestación que puede consistir en alejar un peligro de otra persona o bien en soportar los costes derivados de la solución de un conflicto tolerado en un supuesto de colisión de intereses, en forma de una lesión de sus propios intereses¹⁵⁰².

2. Dejando de lado las anteriores definiciones, aquí veremos que las incumbencias poseen un campo de significado mucho más amplio y sublime –si se me permite– del que se les otorga cuando se las define como reglas de conducta. Se podría comenzar definiendo las incumbencias como una suerte de *proposiciones deónticas o enunciados prescriptivos que*

¹⁴⁹⁸ Cfr. PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 310. Para este autor las *Obliegenheiten* (siguiendo a BINDING), no son más que una parte constante del deber contenido en la norma de conducta, y no en cambio, un deber independiente. Por eso, el sujeto está exclusivamente obligado a no cometer un injusto penal, y no en cambio, a actuar conforme a la incumbencia. En este último sentido ya JAKOBS, *Dp, Pg*, 1997 (2ª ed.), p. 381, para quien (en la imprudencia) no hay deber alguno de obtener conocimiento, sino sólo deber de evitar acciones típicas cognoscibles en el supuesto de que sean antijurídicas. Similar fue la definición lógico-analítica que HRUSCHKA, “Über Tun und Unterlassen und über Fahrlässigkeit”, en *FS für Paul Bockelmann*, 1979, pp. 426 y ss., empleó en algunos primeros escritos para la relación entre incumbencias y deberes (si la función del deber jurídico era evitar lesiones a los bienes jurídicos, las incumbencias concretaban la forma en cómo se habría de plasmar la prohibición o el mandato).

¹⁴⁹⁹ Cfr. HRUSCHKA, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 1988 (2ª ed.), pp. 416, 294, 307. También en su escrito más reciente lo sostiene SÁNCHEZ-OSTIZ, “¿Incumbencias en Dp?”, *InDret Penal*, 2015, pp. 6 y ss.

¹⁵⁰⁰ Cfr. MONTIEL, “¿Existen las *Obliegenheiten*?”, *InDret Penal*, 2014, pp. 21, *passim*.

¹⁵⁰¹ Cfr. PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 255 y 310.

¹⁵⁰² Cfr. JAKOBS, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, 2003, p. 135. En palabras resumidas, las incumbencias serían los presupuestos de mantenimiento de la competencia individual (como objeto del juicio de imputación). También JAKOBS, *Dp, Pg*, 1997 (2ª ed.), *passim*, que emplea indistintamente los vocablos responsabilidad e incumbencia, y se refiere a éstas tanto respecto de los autores como de las víctimas.

regulan de modo no formal la vida en sociedad¹⁵⁰³. Son pautas de orientación vital, directrices o reglas básicas del comportamiento que hacen posible la convivencia y el desempeño de las funciones de los miembros de la sociedad¹⁵⁰⁴. Normalmente, ninguna persona desconoce que existe un deber connatural al hombre de sujetarse a las reglas de la sociedad¹⁵⁰⁵, no sólo porque ello forma parte de la necesaria forma de vivir civilizadamente, sino también en la medida en que como producto de la expectativa recíproca¹⁵⁰⁶ en que cada uno obrará según sus deberes, todos los miembros de la sociedad se beneficiarán de los efectos de su seguimiento¹⁵⁰⁷. Concebidas así las incumbencias, éstas pasan a cobrar un sentido mucho más relevante que como simples presupuestos normativos de la imputación extraordinaria o directivas de autoprotección de la víctima.

3. ¿De dónde vienen, entonces, las incumbencias? ¿Cuál es su ubicación normativa? De modo muy general, como una especie de reglas técnicas de la dinámica social, las incumbencias provendrían de la autoconciencia individual¹⁵⁰⁸ (la intuición, la razón¹⁵⁰⁹, el

¹⁵⁰³ Las incumbencias han sido definidas como una “suerte de deberes cuya infracción no se sanciona pero que sitúan al sujeto infractor en condiciones de recibir una imputación extraordinaria por el hecho que no le es imputable de modo ordinario”, en SILVA SÁNCHEZ, “*Honeste vivere*”, *In Dret Penal*, 2010, p. 2; “[...] se trataría de ‘normas’ jurídicas cuya infracción trae como consecuencia, no una sanción, sino la imposibilidad (total o parcial, definitiva o provisional, según los casos) de cumplir en el momento oportuno el respectivo deber y, por tanto, la sanción del incumplimiento de éste”. Así, SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación y teoría del delito*, 2008, p. 542.

¹⁵⁰⁴ En tal sentido, poseen un carácter objetivo (intersubjetivo), no subjetivo, porque su fundamento es universalmente válido, esto es, para todos los miembros de la sociedad en cuanto tales.

¹⁵⁰⁵ Esta idea, que HEGEL la toma de ARISTÓTELES, se encuentra en la base de su teoría del reconocimiento; él da por supuesta la existencia de compromisos intersubjetivos como una condición cuasinatural de todo proceso humano de socialización; también HEGEL encuentra en la teoría del reconocimiento de FICHTE el fundamento a las estructuras internas de las relaciones éticas, que él las presupone como *prius* de la socialización humana. Cfr. la idea hegeliana en HONNETH, *La lucha por el reconocimiento*, 1997, pp. 25, 27, *passim*.

¹⁵⁰⁶ De un modo más *valiente*, entiende que el deber en sentido ordinario tiene una función de relación de confianza entre las partes, WHITELEY, “De los deberes”, en *Conceptos morales*, 1985 (1ª ed.), p. 96. Entiendo que más *valiente*, porque a mi parecer las normas sólo generan expectativas y no confianza, la que sólo puede existir entre sujetos vinculados por alguna razón más concreta que el simple hecho de vivir en sociedad.

¹⁵⁰⁷ Cfr. WHITELEY, “De los deberes”, en *Conceptos morales*, 1985 (1ª ed.), p. 96. Similarmente, desde un planteamiento moral, este autor enseña que existe un deber de sujetarse a las reglas de la sociedad, en la medida en que uno hace confiar a otros que así lo hará, y en la medida en que éste se beneficia de la conformidad recíproca de los demás miembros.

¹⁵⁰⁸ La necesidad de las incumbencias sería percibida por las personas a través de un juicio apriorístico, de modo autoconsciente. Sobre el conocimiento intuitivo que nos permite acceder a las verdades eternas (o estados de cosas esenciales), véase la filosofía de VON HILDEBRAND, *¿Qué es filosofía?* 2000.

¹⁵⁰⁹ En la concepción kantiana las *Obliegenheiten* se derivan de la razón. Cfr. KANT, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, 1990 (9ª ed.), p. 84. Algunas consideraciones sobre el uso de esta expresión en KANT en SÁNCHEZ-OSTIZ, SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación y teoría del delito*, 2008, pp. 537-538, nota al pie 99.

sentido común¹⁵¹⁰, o la prudencia¹⁵¹¹) o residirían en la psicología social (*folk psychology*)¹⁵¹², esto es, en el sistema de creencias compartidas sobre la estructura social¹⁵¹³. Aunque cualquiera de estos ámbitos darían cuenta de la raíz prejurídica de las incumbencias¹⁵¹⁴, aquí se precisará su ubicación desde la premisa antropológica de la denominada “autorreferencia práctica” del ser humano¹⁵¹⁵. En pocas palabras, las incumbencias provendrían de la misma naturaleza humana¹⁵¹⁶. *Grosso modo* se entiende por “autorreferencia práctica” (*praktische Selbstbezug*)¹⁵¹⁷ la consciencia o el sentimiento que la persona tiene de sí misma respecto de las capacidades y derechos que le corresponden¹⁵¹⁸. Para esta doctrina existen hasta tres estratos de autorreferencia en las personas. El primer

¹⁵¹⁰ Para VOLTAIRE, “Sentido común”, en *Cartas filosóficas*, 2010, p. 391, el *sensus communis* significaba para los romanos no sólo sentido común, sino también humanidad, sensibilidad. Como nosotros no valemos tanto como los romanos (decía), entre nosotros esa palabra sólo significa el buen sentido, razón burda, razón incipiente, noción primera de las cosas ordinarias, estado medio entre la necedad y el ingenio.

¹⁵¹¹ Ya PUFENDORF había advertido que precisaba de un fundamento sobre el cual argumentar la imputación extraordinaria, y este fundamento lo encontró en la *prudencia*. Cfr. referencia en SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación y teoría del delito*, 2008, pp. 535-536.

¹⁵¹² En el planteamiento de MEAD se aprecia cómo el sujeto le debe su identidad a la experiencia de un reconocimiento intersubjetivo, basado en ciertas obligaciones y derechos elementales. Sobre la psicología social de MEAD, cfr. HONNETH, *La lucha por el reconocimiento*, 1997, pp. 90 y ss.

¹⁵¹³ = “actitudes intersubjetivas realmente practicadas”. Referencia en HONNETH, *La lucha por el reconocimiento*, 1997, p. 23, en alusión al pensamiento hegeliano. Dice HONNETH que HEGEL ha escogido cuidadosamente el concepto de “costumbres” (*Sitte*) para exponer que ni las leyes del Estado ni las convicciones de los particulares, sino sólo las actitudes intersubjetivas realmente practicadas, pueden dar una base suficiente para la realización de la libertad de todos los singulares.

¹⁵¹⁴ En otra línea GÜNTHER, para quien las incumbencias se derivan del concepto de persona en Derecho. Cfr. GÜNTHER (Klaus), *Schuld und kommunikative Freiheit*, 2005, pp. 111, 109 y ss.

¹⁵¹⁵ Cfr. HONNETH, *La lucha por el reconocimiento*, 1997, pp. 114 y ss. Este autor percibe una premisa antropológica que reside tanto en la psicología social de MEAD, como en la filosofía del reconocimiento de HEGEL, y la emplea como la fundamentadora de su teoría social del reconocimiento recíproco.

¹⁵¹⁶ De hecho, a diferencia de las normas jurídicas que son el producto de un legislador espacio-temporal concreto, las incumbencias no provienen de ningún acto humano constitutivo, sino que se generan de la misma lógica y dinámica social. La regla básica del no dañar al prójimo no puede concebirse como el resultado de una disquisición deliberada de alguien, sino como una de las incumbencias-fuente de los demás deberes. Para SÁNCHEZ-OSTIZ las incumbencias, como objeto de las normas de comportamiento, residirían en la moral. Entiende este autor la moral, no como equivalente a la ética, o a la moral religiosa, sino como la que hace referencia a la libertad de un hombre racional y que, por ello, abarca también al Derecho. Para comprender más de cerca esta idea, cfr. SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación y teoría del delito*, 2008, pp. 18, nota al pie 15, *passim*. Desde la teoría de las normas de cultura, MAYER sostenía que la norma de cultura dirige al pueblo la orden de no lesionar los bienes o intereses, que crea la vida y que son reconocidos por las normas jurídicas. Cfr. MAYER (Max-Ernst), *Rechtsnormen und Kulturnormen*, 1977 (reimp. 1903), p. 69.

¹⁵¹⁷ Esta expresión en HONNETH, “Entre Aristóteles y Kant”, *LOGOS*, 1998, p. 28 [también en *La lucha por el reconocimiento*, 1997, pp. 114, 115 y ss., y *Reconocimiento y menosprecio*, 2010, p. 26, los traductores prefirieron la expresión “autorrelación práctica”].

¹⁵¹⁸ Sobre esta teoría, cfr. HONNETH, “Entre Aristóteles y Kant”, *LOGOS*, 1998, p. 28 [también en *La lucha por el reconocimiento*, 1997, p. 158, se define la autorrelación práctica como el “sentimiento del propio valor”, “autoconfianza”, “autorrespeto” o “autoestima”].

estrato estaría conformado por la “confianza en sí mismo”, una especie de seguridad elemental sobre el valor de las propias necesidades; el segundo estrato vendría dado por el “respeto de sí mismo” (*Selbstachtung*), una especie de seguridad elemental sobre el valor de la propia formación de juicio, entendida como la consciencia de ser un sujeto moralmente responsable de las propias acciones (*zurechnungsfähig*); y finalmente, el tercer estrato se ubica el “sentimiento del valor de sí mismo” (*Selbstwertgefühl*), una especie de seguridad elemental en el valor de las propias capacidades¹⁵¹⁹. A estos tres estratos de la autorreferencia práctica les corresponden tres niveles de reconocimiento y, en contrapartida, tres prácticas de menosprecio. Los tres modos de reconocimiento, que se definen como las tres actitudes morales que aseguran las condiciones de nuestra integridad personal, son los siguientes. Respecto del primer nivel, el “singular” es reconocido como un individuo cuyas necesidades y deseos tienen un valor único para otra persona (dedicación afectiva de cuidado o amor). Esta actitud es sólo exigible en relaciones personales o primarias. Respecto del segundo nivel, el singular es reconocido como persona a la que corresponde la misma responsabilidad moral por sus acciones que a todos los demás seres humanos. Esta clase de reconocimiento posee el carácter de una “igualdad universal de trato” (el respeto moral kantiano, el deber categórico de reconocer responsabilidad moral a nuestros pares). Finalmente, respecto del tercer nivel, el singular es reconocido como persona cuyas capacidades tienen un valor constitutivo para la sociedad o grupo concreto. Es la solidaridad o lealtad lo que nos mueve a la consecución del bienestar de los demás por mor de nuestros fines comunes, en donde este tipo de actitud moral sólo es exigible en el marco de comunidades que poseen un carácter vinculante¹⁵²⁰. Así pues, cada una de estas actitudes morales de reconocimiento dependen del tipo de relación intersubjetiva que exista entre las personas¹⁵²¹ y conforman todas juntas la “gramática moral” de la sociedad¹⁵²². De estos estratos de la autorreferencia práctica se desprenden las incumbencias como las pautas básicas de conducta que gobiernan las relaciones interpersonales, pero, de modo particular es en el segundo nivel donde cobra especial sentido respecto del Derecho penal. No en vano la dogmática hace tiempo viene conectando las estructuras normativas y de la imputación con el principio de la autorresponsabilidad. Este principio sólo puede ser entendible si asumimos como premisa antropológica la idea de la autorregulación. El ser humano como

¹⁵¹⁹ Sobre esta teoría, cfr. HONNETH, “Entre Aristóteles y Kant”, *LOGOS*, 1998, p. 28.

¹⁵²⁰ Sobre estas formas de reconocimiento, cfr. HONNETH, “Entre Aristóteles y Kant”, *LOGOS*, 1998, pp. 32-33 [también en, más extensamente, *La lucha por el reconocimiento*, 1997, pp. 117 y ss., 132 y ss., 148 y ss.].

¹⁵²¹ Cfr. HONNETH, “Entre Aristóteles y Kant”, *LOGOS*, 1998, p. 33.

¹⁵²² Cfr. HONNETH, *La lucha por el reconocimiento*, 1997.

ser libre y poseedor de razón puede orientarse según las reglas de la lógica de las cosas y el mundo de los valores¹⁵²³. En tal sentido, serían, entonces las incumbencias -si se me permite- la “gramática deóntica” de la sociedad¹⁵²⁴. De la misma forma que, las reglas de la gramática determinan los presupuestos para preservar el idioma como un instrumento de comunicación, las incumbencias prescriben las pautas básicas de la vida social (los deberes jurídicos serían la gramática deóntica del subsistema del Derecho)¹⁵²⁵. Como la autorreferencia práctica se halla supeditada al reconocimiento recíproco¹⁵²⁶ y está amenazada, en contrapartida, por el desprecio o no-reconocimiento, es justamente desde tal premisa antropológica que ha de concebirse el concepto de incumbencias. Serían éstas las proposiciones que estamos obligados a adoptar los unos respecto de los otros con el fin de asegurarnos las condiciones de nuestra identidad personal en la sociedad¹⁵²⁷.

4. Una concepción de las incumbencias como reglas de conducta connaturales a las personas se puede encontrar en varias teorías jurídicas y planteamientos de la filosofía política. Por ejemplo, en la distinción que realiza JOHN A. SIMMONS entre *obligations* y *duties*, siguiendo las concepciones de HART y RAWLS¹⁵²⁸. Mientras que las “obligaciones” serían una especie de exigencias morales que se generarían únicamente en los actos voluntarios del prestador¹⁵²⁹, los “deberes” tendrían aún dos definiciones. Una primera haría referencia a los *positional duties* o *institutional duties* y otra a los *moral duties* o *natural duties*. Para este autor, los *positional duties* surgirían de una posición, cargo o rol del

¹⁵²³ Sin caer en el extremo de un dominio sobre sí mismo (*Selbstüberwindung*), como sinónimo de “heroísmo moral” (“sittliche Heldentum”). Sobre esto PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 301.

¹⁵²⁴ De modo contingente, según el modelo de filosofía política del Estado (liberal, comunitarista, y las diversas alternativas que surgen de la combinación de los extremos), el Derecho le dará el marco correspondiente a las incumbencias (poniendo más acento en el *neminem laedere*, o en *alterum salvare*, o dándole igual jerarquía).

¹⁵²⁵ Utiliza esta misma figura, para referirse a la “gramática universal” del Derecho penal, SILVA SÁNCHEZ, “Retos científicos y retos políticos”, *RDPC*, p. 85 (en alusión a la expresión acuñada por FLETCHER). En su teoría moral de los deberes, SMITH hace igual analogía. Equipara las reglas de la justicia (*rules of justice*) con las reglas de la gramática (*rules of grammar*) del idioma; en similar sentido que el que le doy en el texto a las incumbencias (esto es, como normas de moral de deber que prescriben lo elemental para la vida en sociedad). Cfr. SMITH (Adam), *The theory of moral*, 1991, parte III, cap. VI, pp. 171 y ss.

¹⁵²⁶ Cfr. HONNETH, “Entre Aristóteles y Kant”, *LOGOS*, 1998, pp. 29-30, 32.

¹⁵²⁷ La idea original en HONNETH, “Entre Aristóteles y Kant”, *LOGOS*, 1998, pp. 29-30. Este autor asume la teoría antropológica de la autorreferencia práctica para construir su concepto positivo de moral, esto es, “la suma de las actitudes que estamos obligados a adoptar recíprocamente con el fin de asegurar en común las condiciones de nuestra identidad personal”.

¹⁵²⁸ Cfr. SIMMONS, *Moral principles and political obligations*, 1981, pp. 11 y ss.

¹⁵²⁹ Cfr. SIMMONS, *ibidem*, pp. 14 y ss.

sujeto¹⁵³⁰, mientras que los *moral duties* serían connaturales a la persona, porque se derivarían de la raza humana¹⁵³¹; poniendo como ejemplo el deber natural que todos tenemos de prestar ayuda al necesitado, el deber de justicia, el deber de no dañar a otros y el deber de respeto¹⁵³². A mi entender, mientras que los *positional duties* podrían entenderse como un equivalente a los deberes jurídicos, los *moral duties* encontrarían manifiesta similitud con las incumbencias. Como se ha mencionado, las incumbencias son el presupuesto deóntico de cumplimiento de los deberes jurídicos, porque las incumbencias se encuentran en la *antesala del deber*. Son normas de conducta sociales inherentes a la naturaleza de las personas, como una especie de “*natural human duties*” que todos debemos observar respecto de todos¹⁵³³. A diferencia del planteamiento de SIMMONS, en donde *moral* parece evocar la idea de naturaleza humana, en la concepción de otros juristas se enlaza con la idea de costumbre. Así, por ejemplo, en teoría general del Derecho, BAYÓN MOHINO denomina “deber moral” a un hacer social al que todos están habituados y que hay que respetar. Enseña este autor que, a su juicio, tiene perfecto sentido que alguien diga que, si existe y es generalmente obedecida una regla según la cual se debe circular por la derecha, entonces se tiene el deber moral de circular por la derecha; esto es, habida cuenta del hecho de que esa regla existe y se respeta, circular por la derecha es la forma de conseguir un resultado que se considera valioso en sí mismo (minimizar el riesgo de dañar a otro). En este sentido, la existencia de la regla convierte un acto moralmente indiferente en uno debido, porque hay razones para hacerlo¹⁵³⁴. En la concepción de este autor, si la fórmula “deber moral” está concebida como un “hacer referente a la costumbre”, entonces, no es lo mismo el deber moral como costumbre (*modus*), que el deber moral como expresión de libertad o de la naturaleza humana. En cualquier caso, las incumbencias no serían un modo común de hacer las cosas, sino *el modo elemental de hacerlas*¹⁵³⁵.

¹⁵³⁰ Cfr. SIMMONS, *ibidem*, pp. 11 y ss., 16 y ss. También GARZÓN VALDÉS se refiere a los deberes posicionales (= institucionales) como los que surgen de un acto voluntario (al que se le suele llamar “moral adquirida”), a diferencia de los deberes naturales que nos vienen impuestos como seres humanos (que provienen de la “moral natural”). Cfr. GARZÓN VALDÉS, “Acerca del concepto de corrupción”, en *Filosofía*, 2001, pp. 210-211 y ss.

¹⁵³¹ Cfr. SIMMONS, *Moral principles and political obligations*, 1981, pp. 11 y ss., 16 y ss. Sobre los *natural duties* (como deberes del individuo), RAWLS, *A Theory of Justice*, 1999, pp. 98 y ss.

¹⁵³² = “*duty to help those in need*”, “*duty of justice*”, “*duty of nonmaleficence*”, “*duty of respect*”. Cfr. SIMMONS, *ibidem*, p. 13. También se refiere como un *natural human duty* al deber de ser justo o deber de justicia (*duty of justice*), pp. 13, 143 y ss.

¹⁵³³ Cfr. SIMMONS, *ibidem*, p. 14.

¹⁵³⁴ Cfr. con más detalles BAYÓN MOHINO, *La normatividad del Derecho*, 1991, pp. 318-319.

¹⁵³⁵ Un planteamiento así, significaría ubicar las incumbencias en las normas de cultura. Como es sabido fue MAYER (Max-Ernst) quien sostuvo que las normas de conducta son previas al Derecho (prohibiciones y mandatos, fuentes de los deberes jurídicos, que una sociedad de configuración determinada exigía a sus

5. El hecho de que sean las incumbencias los presupuestos de cumplimiento de los deberes jurídicos, y que residan en el orden social impide considerar al Derecho penal como mero instrumento coactivo o reactivo ante la comisión de un delito. Esto significa que el Derecho penal no es simplemente un Derecho de la pena o de la sanción, como lo concebían MAYER y SCHMIDHÄUSER. Por el contrario, la subsidiaridad del Derecho penal viene dado desde la norma primaria hacia las incumbencias y no desde la norma de sanción respecto de las normas de cultura o de la ética social que contendrían las normas primarias. En las concepciones de estos autores, el Derecho penal sí se encontraba vinculado a realidades previas, como las normas de cultura o la ética social. En cambio, en el planteamiento que aquí se sostiene, el Derecho penal se encuentra concebido sobre la base de una estructura irrenunciable de la naturaleza humana-social, que le sirve a aquél sólo de realidad negativa¹⁵³⁶.

6. En cuanto a su función, como normas de conducta, las incumbencias poseen una función inmanentemente instrumental, desprovistas de contenidos valorativos¹⁵³⁷, cual es la de regular la acción humana, de manera que se asemejan al modo de funcionamiento de las reglas pragmáticas de la ética normativa o de las reglas técnicas¹⁵³⁸. En la ética normativa, los deberes no constituyen fines en sí mismos, sino por el contrario, poseen un carácter netamente instrumental de cara a un fin superior, cual es asegurar las condiciones de la vida social o de los intereses sociales de valor¹⁵³⁹. Así, también las incumbencias se asemejan a

destinatarios, adecuándolos a los intereses sociales), y que como tales residían en las normas de cultura (*Kulturnormen*). Ciertamente, la diferencia con la tesis de este autor radica en que él no se estaba refiriendo a las normas de conducta como incumbencias, sino a las normas de conducta como normas primarias. Cfr. MAYER (Max-Ernst), *Rechtsnormen und Kulturnormen*, 1977 (reimp. 1903), p. 17: “Den Ausdruck ‘Kulturnormen’ gebrauch ich als einen Sammelnamen für die Gesamtheit derjenigen Gebote und Verbote, die als religiöse, moralische, konventionelle, als Forderungen des Verkehrs und des Berufs an das Individuum herantreten”; también pp. 15 y ss., 28 y ss., 49 y ss. En la misma línea, consideraba que las normas de conducta que se dirigían a los ciudadanos (prohibiciones y mandatos) residían en la ética social, SCHMIDHÄUSER, *Form und Gehalt der Strafgesetze*, 1988, pp. 36 y ss., 41 y ss.

¹⁵³⁶ De hecho, en el ámbito del delito imprudente, la jurisprudencia ha venido sosteniendo como una de las fuentes de la norma de cuidado la máxima ético-jurídica de “no causar daño a nadie”. Sobre esta observación SILVA SÁNCHEZ, “Mandato de determinación e imprudencia”, *InDret Penal*, 2012, p. 2. Así, también desde su óptica personal afirma este autor, que al fin de cuentas, “la cláusula de cierre de las fuentes del deber de cuidado no pueda ser sino una fórmula general como la del *neminem laede!* (¡no hagas daño a nadie!), que remite de modo muy impreciso a un criterio de autolimitación” (p. 3).

¹⁵³⁷ Lo que no impide a que la infracción del deber realizado desde la elusión a una incumbencia comporte un determinado desvalor, como se podrá apreciar en el *Capítulo Quinto*.

¹⁵³⁸ Por el contrario, las normas de conducta en cuanto deberes jurídicos van más allá: son portadoras de valores (los fines del Derecho penal), y de allí que constituyen y determinan la acción, más que regularla.

¹⁵³⁹ Cfr. GARZÓN VALDÉS, “Los deberes positivos generales”, *Doxa*, 1986, pp. 31-32.

las reglas técnicas porque, al igual que éstas, se constituyen como medios necesarios para conseguir un fin último¹⁵⁴⁰ (superior). Como reglas técnicas, las incumbencias serían una especie de reformulación prescriptiva de una ley causal, porque se podría sostener algo así como “quien quiere vivir ^[estar] en sociedad, *tiene que* respetar las reglas sociales”¹⁵⁴¹; pero no son prescripciones en cuanto órdenes, sino prescripciones en sentido impropio, en cuanto normas basadas en una necesidad práctica¹⁵⁴². Esta ley comporta una relación lógico-racional entre la causa y el efecto, pero que en el caso de las incumbencias, e independientemente de su naturaleza instrumental, además responde a un fin último: el de regular las conductas en sociedad y hacer posible la *sociedad*. El “tener que” de esta formulación prescriptiva se diferencia de la formulación prescriptiva del “deber”¹⁵⁴³, en tanto se presenta como una necesidad insoslayable de la obtención de un fin último¹⁵⁴⁴. Además, a diferencia del deber, el “tener que” no acepta la idea de infracción, al menos en el sentido jurídico del término. Las incumbencias sólo podrían ser incumplidas, no observadas, eludidas o simplemente no realizadas, en donde el efecto sería que aquello que se espera que tenga lugar, finalmente no se produzca¹⁵⁴⁵. Podríamos decir que las incumbencias responden a la lógica de la sociedad, cual es la relación y conexión recíproca entre personas, mientras que los deberes responden a los sentidos de la sociedad, esto es, a sus valores¹⁵⁴⁶. Cómo se imbrican las incumbencias con los deberes ha quedado ya reseñado más arriba, a lo que me remito¹⁵⁴⁷.

¹⁵⁴⁰ Cfr. ROBLES MORCHÓN, “Tres tipos de reglas en el Derecho”, *CFD*, 1985, p. 121.

¹⁵⁴¹ Una ley causal en sentido descriptivo diría: el calor (causa) produce la dilatación del metal (efecto), y en sentido prescriptivo diría algo similar “si alguien quiere que se produzca la dilatación de un metal tiene que calentarlo”. Véase ROBLES MORCHÓN, “Tres tipos de reglas en el Derecho”, *CFD*, 1985, pp. 121-122.

¹⁵⁴² Véase AARNIO, *Lo racional como razonable*, 1991, p. 233.

¹⁵⁴³ Explica AARNIO que se denomina norma técnica (o teleológica) a aquella oración que expresa un “tener que”, o un “deber hacer” para la obtención de un fin. Cfr. AARNIO, *Lo racional como razonable*, 1991, pp. 232 y s.

¹⁵⁴⁴ Por el contrario, el deber descarta por completo la necesidad, y deja a salvo la posibilidad, por cuanto implica a la vez el poder de realizar la conducta observando la norma, o el poder no realizarla infringiendo el deber.

¹⁵⁴⁵ Cfr. ROBLES MORCHÓN, “Tres tipos de reglas en el Derecho”, *CFD*, 1985, pp. 122-124. Este autor además distingue entre la ley técnico-causal (como la del calentamiento del metal), la ley técnico-lógica, y la ley técnico-convencional.

¹⁵⁴⁶ Por eso, las unas pueden ser lógico-teleológicas, y los otros axiológico-teleológicos.

¹⁵⁴⁷ Resumidamente: las incumbencias son en primer término los presupuestos deónticos de cumplimiento de las normas primarias. De allí que no es correcto concebir las incumbencias como meros subrogados deónticos de un presupuesto subjetivo (como el dolo) en el delito imprudente.

7. Otra cosa bien distinta son las que se podrían denominar (para distinguirlas) “reglas subjetivas de concreción del deber”¹⁵⁴⁸. Cuando la norma jurídica ordena “no matar” o “socorrer a otro”, todavía no está diciendo qué se debe hacer en el caso concreto para evitar la conducta prohibida o para realizar la conducta debida¹⁵⁴⁹, sobre todo en el delito imprudente¹⁵⁵⁰; en todo caso, de las incumbencias puede surgir alguna regla de sentido común de obrar con cuidado y prudencia, útil tanto para los tipos dolosos como los imprudentes¹⁵⁵¹. Es en sede de la tipicidad subjetiva donde la norma primaria expresada en términos general-concretos¹⁵⁵², se concretiza subjetivamente¹⁵⁵³. La regla general de cuidado es necesaria para la función preventiva de delitos, y obliga a *hacer todo lo posible* para evitar producir resultados indeseables desde el punto de vista social. En todo caso, es inevitable concebir que el deber de no dañar a otros y el deber de adquirir conocimiento no sean conducidos por el deber más genérico de obrar con cuidado¹⁵⁵⁴. Algún sector de la doctrina ha pretendido darle a las incumbencias una función de concreción del deber

¹⁵⁴⁸ Lo que en la doctrina kantiana se denominaría “imperativos de habilidad”. Cfr. KANT, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, 1990 (9ª ed.), p. 84.

¹⁵⁴⁹ Los criterios de imputación del resultado al riesgo creado por el sujeto se extraen de una restricción teleológica del sentido gramatical del verbo típico. Así, por ejemplo, tanto el elemento “creación activa de un riesgo típicamente relevante” (en la comisión activa), como el elemento “compromiso de contención de riesgos más vulneración del mismo” (en la comisión por omisión) no aparecen especificados en el tipo penal, sino que le subyacen. Sobre este argumento como paliativo a la crítica a los delitos de comisión por omisión como vulneratorios del mandato de determinación, cfr. SILVA SÁNCHEZ, “Política criminal y reforma legislativa en la comisión por omisión”, en *Política criminal y reforma penal*, 1993, p. 1079.

¹⁵⁵⁰ Siempre se ha sostenido que en el delito imprudente la norma de conducta concreta queda formulada en el *ex post* por parte de los tribunales. Sobre esta observación SCHÜNEMANN, *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*, 1996, p. 35. Respecto de la imprudencia, “no existe un concepto sobre el que pueda determinarse con precisión cuándo nos hallamos ante un hecho imprudente y cuándo no”, SILVA SÁNCHEZ, “Mandato de determinación e imprudencia”, *InDret Penal*, 2012, p. 1.

¹⁵⁵¹ En BINDING las normas prohibitivas no sólo contienen “una prohibición de realizar acciones cuyo carácter nocivo uno comprende sino, al mismo tiempo, un mandato de actuar con cuidado” (cursiva añadida). Cfr. KAUFMANN (Armin), *Teoría de las normas*, 1977, p. 10. Así, también para HIRSCH, *La polémica en torno de la acción*, 1993, p. 65, las normas objetivas de cuidado comportan exigencias mínimas de acuerdo con las que todos han de comportarse.

¹⁵⁵² Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2010 (2ª ed.), p. 533, 526.

¹⁵⁵³ Desde el punto de vista de los conocimientos y capacidades especiales del autor, como veremos en el *Capítulo Cuarto*. También a favor de la subjetivización, STRATENWERTH/KUHLEN, *StrafR, AT*, 2004 (5ª ed.), § 15, nms. 13 y ss., pp. 371 y ss. [2005, pp. 421 y ss.].

¹⁵⁵⁴ De hecho la jurisprudencia ha venido diciendo que la norma de conducta del delito imprudente se identifica con la norma de cuidado, que tiene una raíz socio-cultural o sectorial, dependiendo de las épocas, y el ámbito de regulación. Como fuentes de la norma de cuidado suelen considerarse las siguientes: (a) leyes y reglamentos que disciplinan las conductas que se realizan en sectores de actividad regulados; (b) reglas o principios que rigen la actuación de determinadas profesiones; (c) usos sociales generados en el ámbito de determinadas actividades peligrosas; y, (d) máxima ético-jurídica de “no causar daño a nadie”. Sobre estas observaciones SILVA SÁNCHEZ, “Mandato de determinación e imprudencia”, *InDret Penal*, 2012, p. 2.

jurídico, incluso ya en sede de la imprudencia, respecto del deber de cuidado, pero en el planteamiento que aquí se sostiene esta función no forma parte de las incumbencias, sino de las reglas subjetivas de concreción del deber, que surgen en el caso concreto (no pueden sistematizarse, aunque por la experiencia puedan estandarizarse), y respecto de un sujeto concreto (el destinatario con sus capacidades, habilidades y conocimiento)¹⁵⁵⁵.

II.III.4.b. Inobservancia de las incumbencias y fundamentos de los efectos de su inobservancia

1. El seguimiento de las normas jurídicas de conducta, como deberes o como incumbencias, quedan libradas a la decisión del sujeto de observarlas o no (autorresponsabilidad), pero los efectos de su inobservancia difieren. Mientras que la infracción de un deber jurídico genera una respuesta sancionatoria por parte del Estado, esto es, la posibilidad de una pena, la elusión de una incumbencia genera una especie de autocastigo, esto es, la posibilidad del fracaso del propio sujeto. Tal fracaso, o no-éxito, se manifiesta en dos niveles de efectos. Un primer nivel es el efecto subjetivo del fracaso. La consecuencia lógica de la elusión de una incumbencia es una automática autoestabilización de su mensaje: las cosas saldrán mal, o derechamente no saldrán (“en el pecado se lleva la penitencia”)¹⁵⁵⁶. Un segundo nivel es el efecto intersubjetivo del fracaso. El sujeto se autoexcluye de la comunicación de la lógica social y pierde su pretensión a solicitar o exigir disculpas por las consecuencias generadas de la elusión de la incumbencia. Es en este segundo plano en que las incumbencias se desempeñan como presupuestos deónticos de cumplimiento de las normas jurídicas. Así, la inobservancia de una incumbencia en relación con un deber jurídico generará indirectamente la infracción al deber jurídico¹⁵⁵⁷ y, con ello, además del efecto de la

¹⁵⁵⁵ Con extensa bibliografía, reseña PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido*, 1995, p. 112, nota al pie 71, la necesaria distinción entre dos categorías distintas de reglas de determinación. Por un lado, la norma primaria de conducta, que subyace al tipo penal, y que contiene un deber genérico de abstenerse de realizar el tipo penal; y, por el otro, las reglas de conducta (de cuidado), que determinan el abanico de acciones indicadas para una situación, que han de quedar plasmadas en un deber concreto de conducta según otros factores todavía por analizar.

¹⁵⁵⁶ En el plano jurídico significaría una *poena naturalis*. En tal sentido, las incumbencias son reglas constitutivas de la sociedad que no admiten elección en contra si se quiere el “éxito”, es decir, no hay otra opción, por cuanto, la otra opción conduciría tarde o temprano, no sólo al fracaso individual del sujeto, sino también a su fracaso social como miembro de la sociedad.

¹⁵⁵⁷ Similarmente SÁNCHEZ-OSTIZ, “Las incumbencias como normas de conducta”, *CAF*, 2009, p. 160. Para este autor las incumbencias son “normas” cuya infracción trae como consecuencia, no una sanción, sino la imposibilidad de cumplir en el momento oportuno el respectivo deber y por tanto la sanción del incumplimiento de éste.

negación de la disculpa por parte del Ordenamiento Jurídico, se derivará la posibilidad de responder penalmente por el hecho. Quien pretenda obedecer el deber jurídico-penal de “no matar a otro” ha de observar la incumbencia-fin de ejercer razonablemente su libertad, evitando que de su esfera de organización se deriven riesgos que puedan generar o producir el resultado típico¹⁵⁵⁸. Con ello, cuando se produce la inobservancia de alguna incumbencia, como la del *neminem laedere*, se da el presupuesto de existencia del deber contenido en alguna norma primaria.

1.a. De modo similar JAKOBS se refiere a las leyes naturales más básicas que no precisan de una estabilización jurídica porque se encuentran ya aseguradas suficientemente por vía cognitiva¹⁵⁵⁹. De esta forma quien no pueda orientarse según lo que le concierne para sus asuntos propios y para los ajenos, bien pronto será considerado un sujeto incompetente, y en su incompetencia se encierra ya el fracaso de su acción¹⁵⁶⁰. Pero, la concepción de este autor se limita a las leyes naturales más básicas y por eso mismo sólo les destina una estabilización cognitiva.

2. Cuando se sostiene que la inobservancia de las incumbencias comporta como efecto intersubjetivo que el sujeto pierde un “derecho”¹⁵⁶¹ a reclamar o a exigir que se le disculpe por su hecho, significa la inviabilidad de una *pretensión* (= *Anspruch*, = *claim-right*)¹⁵⁶² a una *eventual exención* de responsabilidad por parte del Ordenamiento Jurídico¹⁵⁶³. El sujeto

¹⁵⁵⁸ En similar sentido KINDHÄUSER. Para este autor, el deber de evitar dar muerte a otro, y la exigencia de cuidado de comprobar que el arma no esté cargada, son diferentes exigencias de comportamiento. La evitación de dar muerte a otro es el deber que resulta de la prohibición del homicidio. En cambio, la observancia del deber de cuidado es una incumbencia que va dirigida en interés del propio sujeto (pues, éste tiene que cumplir con la exigencia de cuidado, si tiene interés en poder seguir las normas de comportamiento del Derecho penal y no responder por las consecuencias lesivas de su actuar). Cfr. KINDHÄUSER, “¿Qué es la imprudencia”, *ADPE*, 2012, p. 244. También SÁNCHEZ-OSTIZ, “¿Incumbencias en Dp?”, *InDret Penal*, 2015.

¹⁵⁵⁹ Cfr. JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, 1996, pp. 26 y ss. Para este autor, quien no viva según las leyes naturales más básicas, pronto pierde en una sociedad moderna todas aquellas oportunidades que se estiman ventajosas.

¹⁵⁶⁰ Similarmente JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, 1996, pp. 27 y ss. (refiriéndose a la *poena naturalis* del sujeto incompetente).

¹⁵⁶¹ Tal derecho no ha de entenderse como un derecho subjetivo fundamental. En tal sentido, el sujeto no perdería su derecho a continuar siendo protegido por el Ordenamiento Jurídico, pero sí perdería la posibilidad de solicitar la exención de responsabilidad por una situación defectuosa que él mismo ha organizado y del cual se derivaron consecuencias lesivas para terceros.

¹⁵⁶² El DRAE define *pretensión* en primera y segunda acepción, respectivamente, como: “solicitud para conseguir algo que se desea” (pretensión como solicitud), y “derecho bien o mal fundado que alguien juzga tener sobre algo” (pretensión como derecho, según la creencia del sujeto).

¹⁵⁶³ DÍAZ PITA, *Actio libera in causa*, 2002, p. 181, también sostiene algo similar: el sujeto con su comportamiento anterior “destruye las posibilidades que el ordenamiento jurídico le ofrece para evitar la imposición de una sanción”. La jurisprudencia del Tribunal Supremo español también parece negar una posible defensa a favor del sujeto, cuando define el “principio de la ignorancia deliberada” del siguiente modo: “quien

que elude sus incumbencias y, con ello, genera la infracción a un deber jurídico-penal contempla seguidamente su propia privación de que el Ordenamiento Jurídico le dispense de responsabilidad penal. Esta pérdida la que permite una imputación y consecuente sanción jurídico-penal¹⁵⁶⁴. Como se verá en los capítulos siguientes, tanto en la imputación ordinaria como en la extraordinaria se presenta la elusión de incumbencias.

3. En términos de imputación, esto significa que la inobservancia de las incumbencias no es el objeto directo del castigo, sino la causa que deviene en la infracción del deber jurídico. El objeto directo del castigo es la infracción del deber jurídico, generado directamente (imputación ordinaria) o a través de la elusión de las incumbencias (imputación extraordinaria). Habrá imputación ordinaria en todos aquellos supuestos en que el deber jurídico se infringe con todos los presupuestos subjetivos previstos para su infracción (así, cuando concurren todos los elementos subjetivos del delito). Por el contrario, habrá imputación extraordinaria cuando el deber jurídico se infringe con alguno/s de los presupuestos subjetivos previstos para su infracción, y el faltante se encuentra en el momento de la elusión a una incumbencia-medio (de mantenerse capaz de imputación o de conocer) desde la cual se infringe el deber jurídico.

4. ¿Cuáles son los fundamentos desde los cuales sostener los efectos aflictivos de la inobservancia de las incumbencias en el Derecho penal? Algunos de los *principios generales del Derecho*¹⁵⁶⁵ nos ofrecen respuestas interesantes:

(a) “Nadie puede alegar su propia torpeza en su beneficio o como descargo” (*nemo auditur propriam turpitudinem alegans*): el sujeto que se autoorganiza de modo defectuoso, predisponiéndose a ello, por ejemplo, al infringir sus incumbencias de conocer los elementos del tipo, llegado el caso de realizar una conducta típica, ha de responder por las

no quiere saber, aquello que puede y debe conocer, y sin embargo trata de beneficiarse de dicha situación, si es descubierto, no puede alegar ignorancia alguna, y debe responder de las consecuencias de su ilícito actuar”; véase la STS 22/05/2002 (Giménez García).

¹⁵⁶⁴ Por el contrario, como el cumplimiento de los deberes jurídicos se encuentra sometido a la coercibilidad, es decir, son de cumplimiento heterónomo, en el caso de su infracción se activa la posibilidad directa de que la amenaza de pena se efectivice.

¹⁵⁶⁵ Sobre los principios generales del Derecho, HERNÁNDEZ MARÍN, *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, 2002 (2ª ed.), pp. 102 y ss., quien los define como “cuasiconceptos o cuasiproposiciones; (...) que existen e informan o inspiran las normas jurídicas legales, aunque el legislador no los haya formulado expresamente (...)”, como el principio de buena fe, de equidad, etc.

consecuencias lesivas que se deriven de dicha organización deficitaria¹⁵⁶⁶; en lenguaje refranero “ignorancia no quita pecado”¹⁵⁶⁷. El sujeto no podría alegar su falta de competencia para eximirse de responsabilidad, porque él ha contribuido de un modo imputable a causar el daño¹⁵⁶⁸. Aun en los casos de error vencible, en que el sujeto pone en mayor evidencia su *falta de competencia* para el ejercicio responsable de su libertad, este déficit ha de correr a su cargo, toda vez que él podría haber evitado el resultado lesivo si hubiera observado las pertinentes incumbencias de conocer¹⁵⁶⁹. En estos casos, el sujeto defrauda las expectativas sociales de conducta de una forma doblemente engañosa, pretendiendo pasar desapercibido fraudulentamente, como si él se comportara de modo socialmente adecuado.

(b) “Nadie puede ir en contra de sus propios actos” (*venire contra factum proprium non valet*): al igual que el aforismo anterior, tanto el que a ciencia cierta se comporta comprendiendo el significado social de su conducta, como el que provoca un estado de desconocimiento como para cometer un hecho delictivo, han de responder por las consecuencias, sin poder alegar defensa alguna en este aspecto. Quien sabe lo que hace o se autocoloca en estado de ignorancia para cometer un delito, no puede alegar luego lo contrario, es decir, que no sabía lo que hacía o que no pretendía cometer el delito, respectivamente, porque esto supone una defensa basada en un comportamiento autocontradictorio, lo que en sí mismo es una contradicción. Esta especie de autopuesta en peligro de heterolesión comporta una auténtica pena natural, porque de por sí, el estado anormal del sujeto revela una mayor peligrosidad tanto para él como para el bien jurídico¹⁵⁷⁰. Evidentemente, la pérdida de control de sí mismo (de su conocimiento) se

¹⁵⁶⁶ Lo que se conoce como el sinalagma del Derecho penal: libertad de autoorganización versus responsabilidad por las consecuencias.

¹⁵⁶⁷ Significa que lo que debe saberse y no se sabe no libera de culpa. Equivale al refrán latino “*ignorantia non excusat peccatum*”. Cfr. CANTERA ORTIZ DE URBINA, *Diccionario*, 2005, refrán 1296, p. 105.

¹⁵⁶⁸ En similar sentido HRUSCHKA considera que existe imputación extraordinaria, por ejemplo, cuando el sujeto ha producido él mismo “*mala fide*” la situación que excluye la imputabilidad, o bien cuando, por ejemplo, el sujeto él mismo pudo haber evitado su error sobre las circunstancias relevantes que excluyen su dolo del hecho. Cfr. HRUSCHKA, “Reglas de comportamiento y reglas de imputación”, en *Imputación y Dp*, 2005, p. 35. Tómese nota que en ambos supuestos el sujeto actúa libremente (*in sua causa*).

¹⁵⁶⁹ No podría hablarse en términos extremos de incompetencia, por cuanto si el sujeto carece completamente de competencia, no se le podría imputar responsabilidad alguna. Prefiere referirse a *incompetencia* en los casos de imprudencia, JAKOBS, *Dp*, Pg, 1997 (2ª ed.), p. 313.

¹⁵⁷⁰ Igual apreciación en la *actio libera in causa* para DÍAZ PITA, *Actio libera in causa*, 2002, p. 180.

produce cuando se deja en manos del azar lo que del comportamiento incontrolable se pueda derivar.

(c) “Nadie puede beneficiarse de ventajas obtenidas de forma impropia”: tanto en los casos de conocimiento cierto como de desconocimiento provocado, el sujeto infractor se coloca en una situación de ventaja indebida respecto de sus pares¹⁵⁷¹. Como es de suponer esta posición de ventaja indebida no debe confundirse con la “obtención de beneficios” que el sujeto planificó conseguir, así como tampoco ha de considerarse que forma parte de su motivación principal para obrar como lo hizo¹⁵⁷². Los efectos de este principio se relacionan con la pérdida de un “derecho” a reclamar o a exigir que se le disculpe por el hecho realizado¹⁵⁷³. Como se ha manifestado más arriba, el sujeto que elude sus incumbencias y con ello genera la infracción a un deber jurídico-penal contempla, seguidamente, su propia privación de que el Ordenamiento Jurídico le dispense de responsabilidad penal.

(c.i.) Especial mención merece el fundamento que aquí llamo de la *doble ventaja indebida*, mediante el cual se pretende fundamentar la equiparación de la imputación extraordinaria a la imputación ordinaria. En primer lugar, se entiende esta teoría en términos *objetivos*, no subjetivos y, en segundo lugar, se entiende que las ventajas se obtienen, al menos, en términos de *posibilidad*, y todo esto ya es suficiente para una imputación. *Objetivo*, en este contexto, quiere significar, que no es que al sujeto se le impute el delito cometido en estado defectuoso porque se presume en contra de su voluntad que él pretendía obtener una ventaja indebida frente a otras personas en el momento de la comisión del delito, sino, por el contrario, se entiende que él *realmente* obtiene una ventaja indebida por sobre otros cuando comete el delito. Con independencia de que el sujeto haya querido obtener

¹⁵⁷¹ Una máxima del Derecho civil enseña que “nadie puede enriquecerse sin causa legítima a costa de lo ajeno”. Trasladando esta expresión al ámbito penal, podríamos entender la voz *enriquecimiento* en su sentido más amplio, es decir, como obtención de cualquier clase de ventaja o provecho, es decir, no sólo pecuniario; así como también la voz empobrecimiento. De allí que, con la imputación de responsabilidad, el autor del delito *indemniza* el empobrecimiento causado a otro. Todo aquél que lesiona la esfera ajena se enriquece a costa de otro de modo egoísta y causa un empobrecimiento en el ámbito de libertad ajeno.

¹⁵⁷² El requisito del beneficio puede concebirse como un dato objetivo (por ejemplo, cobrar una suma de dinero) o como un dato subjetivo (por ejemplo, como un simple móvil, como el de colaborar con la fuga de un terrorista).

¹⁵⁷³ Para DÍAZ PITA, *Actio libera in causa*, 2002, pp. 190-191, la ficción creada por el sujeto (que se vuelve adrede inimputable) ha de ser contrarrestada desde otra ficción: “tratando al sujeto como si estuviera en una situación de normalidad, puesto que no reúne las condiciones para ser considerado no culpable”.

una ventaja indebida por sobre otras personas, lo cierto es que obtiene dicha ventaja desde el momento en que impone sin razón alguna su libertad sobre la de los demás. Desde este punto de vista, aunque el sujeto se haya colocado en estado defectuoso para cometer el delito por una razón muy personal (por ejemplo, porque a él le falta valor para cometerlo), no hay razón que justifique colocarse en dicho estado para realizar conductas que lesionen intereses ajenos; de modo que no es necesario a los fines de la imputación que el sujeto se haya representado la posibilidad de que obtendría una ventaja indebida sobre terceras personas. Dicha *posibilidad* existe con independencia de su intención. Asimismo, cabe esta argumentación respecto de la ventaja indebida en términos de defensa. Cuando se sostiene que el sujeto, además de la ventaja que le reporta el delito, obtiene indebidamente una segunda ventaja, consistente en la *posibilidad* de tener a mano una argumentación de descargo de su responsabilidad por haber cometido el delito sin la concurrencia de todos los presupuestos necesarios para la imputación, se quiere hacer notar que esta posibilidad existe *efectivamente*, con independencia de que el sujeto se la haya representado o no como una eventual vía de defensa. Y, por ende, se aproveche o no el sujeto de esta segunda ventaja, la misma existe y, como tal esta posibilidad también reporta una ventaja indebida no sólo sobre los intereses de la víctima, sino también sobre los intereses de la sociedad y el Estado¹⁵⁷⁴.

(c.ii.) Una fundamentación subjetiva de la teoría de la doble ventaja indebida conllevaría los siguientes puntos problemáticos. En primer lugar, respecto de la primera ventaja (comisión del delito), el sujeto podría alegar que él desconocía que provocar una situación de estado defectuoso para cometer delitos, forma parte de una prohibición. Más allá de la dudosa viabilidad de esta clase de error, no es menos cierto que el sujeto no tiene por qué saber que existe un criterio de imputación extraordinaria (*actio libera in causa*) que se utiliza para atribuir responsabilidad penal en los términos en los que el sujeto actuó. A lo sumo, podría reprochársele la comisión del delito, pero no se le podría reprochar que lo haya cometido en dicho estado, si él dice desconocer que esto estaba prohibido. Claro está, que como este criterio de imputación se encuentra previsto en algunos códigos penales, habría que,

¹⁵⁷⁴ De acuerdo con la idea de que respecto de la ignorancia deliberada rige el mismo argumento que en los supuestos de *actio libera in causa*, como que “*nadie puede beneficiarse de aquellas causas de exclusión de la responsabilidad penal que él mismo provoca*”, RAGUÉS I VALLÈS, *La ignorancia deliberada*, 2007, p. 160.

en todo caso, reconducir el tratamiento del error sobre dicho criterio a la regulación del error, valorando, según las circunstancias del caso, la vencibilidad o invencibilidad del mismo. Se trataría de un error sobre los presupuestos extraordinarios de la imputación. En otras palabras: el sujeto podría alegar que él sabía acerca de la prohibición del delito cometido, pero que desconocía que si cometía el delito en estado de embriaguez absoluta, el mismo igual se le podría imputar, porque, en esencia, él desconocía que estaba prohibido provocar un estado de inimputabilidad como para cometer un delito. En segundo lugar, en relación con la segunda ventaja (argumento de defensa), hay que reconocer que suponer que el sujeto comete el delito en estado defectuoso para contar con una futura defensa a su favor, es realizar una presunción de dolo contra reo¹⁵⁷⁵. Esto sucedería siempre que el sujeto, simplemente se haya representado como posible la primera ventaja, pero no esta segunda e, incluso, en aquellos casos en que ni siquiera se representó ventaja alguna. Por ejemplo, el sujeto podría alegar que él cometió el delito en estado defectuoso no porque estuviera pensando en que esto le daría pie a una ventaja futura de defensa, sino porque él no tenía el valor suficiente para cometerlo en estado normal. Asimismo, también podría suceder que el sujeto, aun representándose la posibilidad de esta ventaja, alegara que él creía que estaba permitido provocar situaciones de defensa para sí mismo o bien que, a lo sumo, lo reprochable es representarse la primera ventaja, pero no esta segunda que hace referencia a la defensa personal.

(c.iii.) La obtención de una ventaja o, mejor dicho, la posibilidad de la obtención de una ventaja por parte del sujeto, no se refiere a los beneficios que el sujeto se representó obtener provocando su estado de desconocimiento. A pesar de que en algunos antecedentes jurisprudenciales y definiciones de la ignorancia deliberada se exige como uno de sus requisitos la circunstancia de que el sujeto haya actuado motivado por la obtención de un beneficio (generalmente económico)¹⁵⁷⁶, entiendo

¹⁵⁷⁵ Alguna jurisprudencia española define la ignorancia deliberada como la acción consistente en cegar voluntariamente las fuentes del conocimiento con el objetivo de evitar una posible responsabilidad. Sobre este tema, cfr. RAGUÉS I VALLÈS, *La ignorancia deliberada*, 2007, p. 43. Invocan como un requisito de la ignorancia voluntaria la especial motivación que debe poseer el sujeto de obtener una *defense* en caso de que se le descubra su delito, HUSAK/CALLENDER, “Willful ignorance”, *WLR*, 1994, p. 40.

¹⁵⁷⁶ Algunas definiciones en este sentido y jurisprudencia española en RAGUÉS I VALLÈS, *La ignorancia deliberada*, 2007, *passim*.

que tal exigencia no debe formar parte del concepto de provocación del desconocimiento. Las razones de esta limitación son dos, principalmente. En primer lugar, los motivos o razones por los cuales el sujeto provoque su estado de ignorancia son irrelevantes a los fines de la imputación del hecho a título de conocimiento, por cuanto lo que está sobre la base del reproche es que el sujeto ha infringido un deber jurídico que prohíbe provocar desconocimiento para cometer un delito. Y cometer un delito se entiende como una posición de ventaja que el sujeto adquiere respecto de otras personas en términos objetivos, y que forma parte de su razón para actuar en la dirección en que lo hace. Por otro lado, la existencia de un beneficio posterior no tiene entidad suficiente para asegurar que el sujeto ha provocado a sabiendas su desconocimiento sobre la situación típica. En todo caso, el beneficio puede llegar a ser un indicio de que el sujeto ha provocado su estado de ignorancia, pero no mucho más, por cuanto puede suceder que la existencia de beneficio también se dé en casos en donde concurra efectivamente un desconocimiento no provocado de la situación. Es por eso que el beneficio no es concluyente para afirmar que concurre ignorancia deliberada. Asimismo, a la inversa, puede suceder que no concurriendo beneficio, el sujeto se haya colocado simple y llanamente en situación de desconocimiento como para cometer el delito y esto como razón de su acción y no con el propósito de obtener un beneficio.

(c.iv.) La pérdida de la pretensión a obtener una disculpa del Ordenamiento Jurídico puede explicarse también con otras lógicas parecidas. Así pues, por ejemplo, podría decirse que el incumplimiento de las incumbencias acarrea una *poena naturalis* para el sujeto, ya sea a modo de lesión material o de otra clase de lesión, perdiendo los beneficios que hubiera obtenido de haber seguido la incumbencia (una especie de lucro cesante respecto de haber obrado de modo adecuado)¹⁵⁷⁷. También podría aplicarse la lógica del hurto-confiscación: a la apropiación indebida de una cosa le sigue la confiscación del bien, es decir, al sujeto que orienta su conducta hacia la obtención de una ventaja, el Estado le confisca tal ventaja, al haber hecho un uso

¹⁵⁷⁷ Desde el modelo de imputación de JAKOBS, también para GONZÁLEZ RIVERO, “Imputación jurídico-penal en estado defectuoso”, en *LH a Enrique Bacigalupo*, 2004, p. 281: en los supuestos en los que es el propio autor quien causa dicho estado de defecto permanente entra a jugar un papel importante la idea de autopunición, constituyendo el estado de defecto permanente en el que se encuentra el autor una especie de *poena naturalis*.

indebido (apropiación) de una causa de atipicidad subjetiva (error de tipo invencible).

(d) “Nadie puede ejercer abusivamente sus derechos”: nuestro ejercicio de la libertad ha de realizarse de modo razonable, sin abusar de él¹⁵⁷⁸. En consecuencia, puede sostenerse que sobre todas las personas pesa una prohibición general de abusar del derecho a la libertad como forma de obtener ventajas indebidas o de acceder a ventajas inmerecidas respecto de los otros; así como forma de eludir las propias incumbencias o de ejercer una libertad absolutamente egoísta. Quien ejerce su libertad, por ejemplo, emborrachándose durante toda la noche con el propósito de matar a su enemigo en dicho estado de ebriedad, no puede alegar un ejercicio razonable de su derecho a la libertad, pues dicha conducta rebasa los límites de la razonabilidad; claro está que no el hecho de emborracharse, sino el emborracharse “para” o representándose con certeza la probabilidad de cometer un delito en tal situación. Un modo responsable de movernos por el mundo nos demanda autocontrol con algo de sentido crítico, de modo que el sujeto que se despoja de los elementos necesarios como para cometer un delito o como para invalidar un eventual juicio de imputación (= fraude de ley), no podrá luego pretender que se le otorgue una disculpa. Si de por sí la comisión del delito puede interpretarse como la obtención de una ventaja indebida del sujeto por sobre el resto de personas, la provocación de una situación de inimputabilidad para evitar responsabilidad por el mismo, ha de interpretarse también como un modo abusivo del ejercicio de su libertad. Pretender un descargo de responsabilidad alegando la falta del conocimiento típico habiendo el sujeto provocado el desconocimiento, sería como volver a pretender la obtención de una nueva ventaja indebida, esta vez la de no-responder por el hecho¹⁵⁷⁹.

(d.i.) La estructura de la imputación extraordinaria grave puede fundamentarse materialmente en la figura del fraude de ley¹⁵⁸⁰. Para evitar una laguna de

¹⁵⁷⁸ La imputación extraordinaria de responsabilidad recaería directamente sobre el excedente del ejercicio abusivo del derecho a la libertad, consagrado en el artículo 17 de la CE. Asume el fundamento del abuso del derecho como legitimante del modelo de la excepción, BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Dp*, 1994 (4ª ed.), p. 503, para quien en la *actio libera in causa* se da una “excepción real al principio de culpabilidad, fundamentada no en el derecho consuetudinario, lo que sería inadmisibles, sino en el abuso del derecho”.

¹⁵⁷⁹ Desde una fundamentación “dialogal” de la responsabilidad penal, similarmente NEUMANN, *Zurechnung und Vorverschulden*, 1985, p. 279.

¹⁵⁸⁰ Sobre el fraude de ley en los casos de *alic SILVA SÁNCHEZ*, “La embriaguez atenuante”, *RDC*, 1988, p. 172. Para este autor negar la eficacia a las eximentes provocadas tiene similitud con el fraude de ley (en los

punibilidad, esta figura impide que las eximentes provocadas causen los mismos efectos que las eximentes “espontáneas”. En los casos de *alic* se advierte la concurrencia de una ley defraudada, que es la norma de sanción del tipo penal que se realiza, y de una ley de cobertura, que es la que contempla la causa genérica de inimputabilidad. En el caso del desconocimiento típico provocado la norma defraudada sería el art. 14 en su modalidad del error de tipo invencible que hace impune a la conducta (por atipicidad subjetiva)¹⁵⁸¹. La consecuencia del fraude de ley es que niegue efectividad a la ley de cobertura en aquellos casos en que el propio sujeto provoca su entrada en juego y, como contrapartida, se aplique la ley defraudada en toda su extensión¹⁵⁸².

II.III.4.c. Clases de incumbencias

1. Según qué ámbitos, las incumbencias adquieren una naturaleza deóntica más intensa y operan así como cargas o deberes para con uno mismo y para con los demás. Las incumbencias nos orientan, nos dan un sentido de conducta como para ejercer nuestra libertad de modo razonable. La realización de la libertad garantizada intersubjetivamente no admite un despliegue egoísta¹⁵⁸³ ni libertino, lo que KANT denominó la “demolición del amor propio” (*Abbruch¹⁵⁸⁴ der Selbstliebe*) como base del respeto hacia los otros¹⁵⁸⁵.

casos de *alic* existe una ley defraudada –la de sanción–, y una ley de cobertura –la que contempla la causa de justificación o inimputabilidad. El resultado de ello debería ser la exclusión de la ley de cobertura por haberse provocado su entrada en juego y la aplicación directa de la ley defraudada, 1988, p. 172). A mi entender el proceso debería ser a la inversa: la defraudación recae sobre la ley de cobertura (esto es en los casos que aquí interesan el art. 14 sobre el error invencible), y no sobre la de sanción del delito que se comete. Esto es así, porque el sujeto provoca la aplicación del art. 14 por ejemplo en relación con el art. 138, entonces, es la ley de cobertura la ley defraudada. Es decir, se defrauda la ley de cobertura cuando se provoca el error invencible. También sobre el fraude de ley en la *alic* RIGGI, *Interpretación*, 2009, pp. 215 y ss.; DÍAZ PITA, *Actio libera in causa*, 2002, pp. 185-186, añade que el sujeto que simula las circunstancias fácticas que sirven de base a la aplicación de medidas legales de disculpa, abusa de un derecho, comete un fraude de ley, porque las normas que prevén circunstancias exentas de sanción han de ser espontáneas, no provocadas. En el sistema angloamericano mientras que la imprudencia (*negligence*) forma parte de uno de los cuatro estados mentales o *mens rea* previstos en las regulaciones legales como títulos de imputación, el *mistake* (error) se prevé como una *defense* (defensa o excusa que elimina cualquier forma de *mens rea*).

¹⁵⁸¹ Propiamente, no hay fraude de ley en la imputación extraordinaria de la imprudencia, porque no hay auténtica provocación del estado de inimputabilidad.

¹⁵⁸² Desde un argumento teleológico, esto es teniendo en cuenta el ámbito de exención de la norma eximente, ésta no contempla en su radio de acción aquellas conductas que artificialmente produzcan una eximente.

¹⁵⁸³ Un ejercicio no egoísta es simplemente eso, y no como sinónimo de un ejercicio altruista.

¹⁵⁸⁴ La idea filosófica que encierra la expresión *Abbruch* ha de traducirse como demolición, derribo o ruptura, a diferencia de la idea jurídico-penal de la expresión en la teoría de la comisión por omisión, en donde se la

Utilizando de un modo meramente nominal la doctrina de los imperativos kantianos, pueden clasificarse las incumbencias en dos grandes grupos. Por un lado, las incumbencias-fin o categóricas y, por el otro, las incumbencias-medio o hipotéticas¹⁵⁸⁶. Mientras que las primeras hacen referencia al “ejercicio razonable de la libertad” (o al “ejercicio recíproco de reconocimiento”), las segundas hacen referencia al “seguimiento razonable de las normas”. Estas últimas serían los presupuestos de cumplimiento de las primeras, de allí su naturaleza instrumental o medial.

2. Como es sabido, KANT concebía dos clases de imperativos: los categóricos (*kategorische Imperative*) y los hipotéticos (*hypothetischer Imperative*). Mientras que los primeros hacen referencia a los mandatos que son un fin en sí mismo, los segundos, en cambio, hacen referencia a los mandatos que son el medio para alcanzar algún fin u otro medio-fin¹⁵⁸⁷. Para este autor, todos los imperativos mandan *algo*, ya sea de modo categórico o de modo hipotético, pero mientras que los primeros precisan de una acción por sí misma (una acción que no quede referida a ningún otro fin), los segundos, por el contrario, precisan de una acción como medio para alcanzar ese fin¹⁵⁸⁸. Esto es lo mismo que señalar que si la acción es buena como medio para alcanzar alguna cosa, el imperativo será hipotético, mientras que si la acción se presenta como buena en sí misma, entonces el imperativo será categórico. Así pues, *para ejercer razonablemente la libertad hay que seguir razonablemente las normas*¹⁵⁸⁹.

2.a. Tanto las normas de comportamiento de las incumbencias, como las normas de comportamiento de los deberes jurídicos pueden tener una doble naturaleza y encontrarse formuladas de modo

emplea en el sentido de “interrupción”. Así, por ejemplo SILVA SÁNCHEZ, “Abbruch eines fremden rettenden Kausalverlaufs”, en *FS für Frisch*, 2013, pp. 299 y ss.

¹⁵⁸⁵ Cfr. KANT, *Fundamentación de la metafísica*, 1990 (9ª ed.). Y que se encuentra en la base filosófica de la teoría del reconocimiento de HONNETH.

¹⁵⁸⁶ Para HRUSCHKA que emplea las incumbencias sólo en sede de la imputación extraordinaria, las incumbencias son imperativos hipotéticos porque para poder cumplir una norma es condición necesaria reunir la capacidad de realizar lo mandado. Cfr. HRUSCHKA, “Über Tun und Unterlassen und über Fahrlässigkeit”, en *FS für Paul Bockelmann*, 1979, p. 426. Así, también SÁNCHEZ-OSTIZ, “¿Incumbencias en Dp?”, *InDret Penal*, 2015.

¹⁵⁸⁷ Cfr. KANT, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, 1990 (9ª ed.), p. 83.

¹⁵⁸⁸ Cfr. KANT, *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, 2002, p. 94.

¹⁵⁸⁹ Igualmente, la oración inversa “*hay que seguir razonablemente las normas para ejercer razonablemente la libertad (o para ejercer el recíproco reconocimiento)*”. Ya MERKEL enseñaba que cada persona al obrar y dirigir su conducta debe cumplir las condiciones mediante las cuales su hacer o su no hacer sea compatible con los intereses protegidos por el Derecho (reconocidos en las pretensiones primarias). Cfr. MERKEL, *Dp*, 1906, p. 246 [2004, p. 178].

categorico (fines) o de modo hipotético (medios). Cuando el deber jurídico señala la “abstención de matar” indudablemente establece este comportamiento como el comportamiento jurídicamente deseable y, desde este punto de vista, puede ser entendido como un deber categorico. Sin embargo, el legislador no sólo pretende que se den comportamientos deseables en la sociedad, sino también pretende otros fines, en donde el comportamiento jurídicamente deseable sería visto como el medio para alcanzarlos. Por ejemplo, también forma parte de las pretensiones del Derecho penal la de proteger determinados bienes jurídicos y condiciones de uso de dichos bienes. En estos supuestos el deber jurídico se concebiría como hipotético, porque la prohibición de actuar peligrosamente se enunciaría *para* proteger la vida humana o el derecho a la vida¹⁵⁹⁰.

3. Las incumbencias-fin y las incumbencias-medio poseen dos planos diferentes de “actuación”. Mientras que las incumbencias-fin operan como entidades deónticas configuradoras de la esfera individual, delimitando los ámbitos de competencia u organización personal, las incumbencias-medio operan como entidades deónticas de administración o gestión de la propia esfera. Así pues, mientras que las primeras tienen relevancia para determinar la competencia del sujeto en el caso concreto¹⁵⁹¹, las segundas tienen relevancia como presupuestos deónticos de la imputación de la responsabilidad penal por un hecho realizado, a través de la gestión defectuosa de la esfera de organización personal¹⁵⁹². En consecuencia, la inobservancia de las incumbencias-fin supone simultáneamente la infracción a un deber jurídico, a diferencia de la inobservancia de las incumbencias-medio que tienen como consecuencia la infracción al deber jurídico. Así, por ejemplo, la elusión a una incumbencia de conocer puede derivar en la infracción al deber de no matar.

¹⁵⁹⁰ También las órdenes informales pueden concebirse de modo categorico o de modo hipotético. Como norma categorica el maestro puede decir al alumno “Juan, no copies a Pedro” (Juan, haz esto) y, como norma hipotética, decir “Juan, si quieres aprobar el examen, estudia” (Juan, si quieres aquello, haz esto).

¹⁵⁹¹Cuál sea la importancia que se le ha de dar a las incumbencias-fin, como el *neminem laedere* y el *alterum salvare*, es una cuestión a resolverse según el modelo de Estado que se proponga, y esto pertenece a la filosofía política. Seguramente un modelo liberal de Estado hará mayor hincapié en la trascendencia de la incumbencia negativa del *neminem laedere*, mientras que un modelo comunitarista de Estado pondrá mayor énfasis en las incumbencias positivas del *alterum salvare*.

¹⁵⁹² Adelantando una idea: en la medida en que el sujeto gestiona defectuosamente su esfera de organización, no sólo lo torna incompetente de cara a la propia responsabilidad, sino también lo vuelve incompetente para hacer frente a los lazos de solidaridad que le conecta con las otras esferas.

II.III.4.c.i. Incumbencias-fin (categóricas): ejercicio razonable de la libertad

1. El ejercicio razonable de la libertad ha de ser entendido como el que sugiere algún grado de consideración con respecto a los demás¹⁵⁹³, asumiendo un respeto por el Ordenamiento Jurídico¹⁵⁹⁴. Las dos manifestaciones de las incumbencias-fin son. En primer término, las que establecen una relación de nosotros respecto de los otros: incumbencia de no lesionar a otros e incumbencia de ayudar a otros. Y, en segundo lugar, las que establecen una relación de los otros respecto de nosotros: incumbencia de autoprotegerse de las lesiones de otros e incumbencia de autoprotegerse de las ausencias de salvamento o mejoramiento de otros. Cuando a todos los ciudadanos les incumbe no lesionar a otros, como la incumbencia-fin por excelencia, les incumbe como un fin en sí mismo. En este sentido y, a diferencia de los auténticos deberes, las incumbencias no contienen juicios de valor, porque son simples normas regulativas de la conducta social, no responden a valores, sino a una razón práctica: la vida en sociedad. Son los deberes jurídicos los que determinan cómo se concreta la inobservancia a una incumbencia en una lesión a un valor jurídicamente protegido. Desde la ética normativa se han formulado una serie de argumentos orientados a fundamentar la existencia de los deberes negativos, que entiendo que pueden ser empleados para las incumbencias-fin en general. Un primer argumento tiene que ver con la imposición de esta clase de “deberes” que resulta necesaria justamente para posibilitar el ejercicio razonable de la libertad. Un segundo argumento sostiene que a través de estos “deberes” se procura minimizar las eventuales interferencias entre esferas y, con ello, asegurar el mayor desarrollo de la autonomía personal. Finalmente, un tercer argumento reconoce que estos “deberes” son de vigencia universal¹⁵⁹⁵ lo que es indicio de que las sociedades necesitan de unos mínimos deónticos para organizarse como tales.

¹⁵⁹³ Cfr. LUCAS, *On justice*, 1980, p. 37. Este autor distingue entre *reasonable* y *rational* (a diferencia de *reasonable*, *rational* tiene una connotación egoísta, relacionada con la obtención de fines). Para AARNIO la racionalidad como forma coherente de pensar se encuentra en nuestra forma de vida. De hecho, nuestra forma de vida está construida de manera tal que esperamos que la gente se comporte racionalmente en sus relaciones recíprocas; y por ello, la racionalidad es un criterio intersubjetivo (o supraindividual) que se da en nuestra cultura. Cfr. AARNIO, *Lo racional como razonable*, 1991, p. 251.

¹⁵⁹⁴ Lo que PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 255 y ss., denomina el deber de cooperación o colaboración que el Estado exige a sus ciudadanos (el “Erfülle deine Mitwirkungspflicht!”) para el mantenimiento de las condiciones de libertad en sociedad (a nivel de injusto el deber se concreta en relación con la competencia individual, y a nivel de culpabilidad con la fidelidad al Derecho). La diferencia con el planteamiento de este autor es que las incumbencias-categóricas son entendidas aquí como algo que surge de la estructura social, y no de un mandato del Estado.

¹⁵⁹⁵ Cfr. GARZÓN VALDÉS, “Los deberes positivos generales”, *Doxa*, 1986, p. 28.

2. Al ámbito jurídico de cada uno JAKOBS lo denomina ámbito o esfera de organización, respecto del cual cada uno es responsable (competente) de que del mismo no se deriven *output* lesivos para otros¹⁵⁹⁶. Rige aquí el principio de “separación de esferas”. Cuando estos *output* modifican perjudicialmente el ámbito de organización de un tercero, existe una arrogación de organización por parte del autor¹⁵⁹⁷, una expansión de la organización sobre el ámbito ajeno o una usurpación de una organización ajena en la relación negativa¹⁵⁹⁸. En consecuencia, para JAKOBS, cada uno de los titulares de derechos y deberes posee libertad para organizar su esfera a su gusto, siempre de modo inocuo para terceros, en donde tal libertad de organización implica responsabilidad por las consecuencias¹⁵⁹⁹. Pero, la estructura normativa de la sociedad no sólo se compone de relaciones negativas, sino también, aunque en menor medida, de deberes de ayuda positiva o deberes de salvamento, cuya fuente es el derecho a un mundo común¹⁶⁰⁰. Es esta la responsabilidad por solidaridad¹⁶⁰¹ o institucional. La responsabilidad por solidaridad se deriva del principio de la solidaridad, que en determinados tipos de vinculaciones humanas encuentra su institucionalización (ya sea por el Derecho o la voluntad de los sujetos¹⁶⁰²). La responsabilidad por solidaridad presupone una “vinculación entre la esfera propia y la ajena” (lo que supone, a la vez, la previa organización de la esfera propia en términos de vinculación a la ajena¹⁶⁰³). Esta clase de responsabilidad se caracteriza por la presencia de

¹⁵⁹⁶ Cfr. JAKOBS, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, 2003, pp. 28, 29 y ss.

¹⁵⁹⁷ Cfr. JAKOBS, *ibidem*, pp. 29 y ss.

¹⁵⁹⁸ Cfr. JAKOBS, *ibidem*, pp. 31 y ss.

¹⁵⁹⁹ Cfr. JAKOBS, *ibidem*, pp. 30 y ss.

¹⁶⁰⁰ Cfr. JAKOBS, *ibidem*, pp. 31, 32 y ss.

¹⁶⁰¹ Sobre este tema BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1994, pp. 47 y ss., 53 y ss., 57 y ss. También SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2003 (2ª ed.), pp. 478 y ss. Con especiales consideraciones sobre la injerencia, consúltese JAKOBS, “Teoría y *praxis* de la injerencia”, *ADPCP*, 1999, pp. 17 y ss.

¹⁶⁰² Por ejemplo, cumplir la promesa (deberes fiduciarios) y neutralizar el riesgo generado (injerencia fortuita), siempre y cuando estos supuestos se materialicen en la realización de un tipo legal, son un ejemplo de la asunción voluntaria de responsabilidad por solidaridad. De otra idea JAKOBS, para quien la injerencia fundamenta un deber en una relación negativa, pues en la concreción de la injerencia no se trata de fundamentar que el omitente preste a un círculo de organización ajeno su apoyo, sino que revoque su usurpación de una organización ajena. Cfr. JAKOBS, “Teoría y *praxis* de la injerencia”, *ADPCP*, 1999, p. 19. Sobre las llamadas obligaciones de creación voluntaria (como la promesa), y obligaciones de creación no voluntaria (como la autoridad), consúltese BAYÓN MOHÍNO, *La normatividad del Derecho*, 1991, pp. 566 y ss., 602 y ss.

¹⁶⁰³ Que no se entienda que la responsabilidad por solidaridad significa que la configuración de las esferas propia y ajena se realiza sin organizar previamente la propia. No tendría sentido, por ejemplo, en los términos de la relación paterno-filial que el padre incorpore a su esfera el cuidado y amparo de la esfera de los hijos menores, si previamente no ha organizado la suya propia de cara a esta incorporación.

deberes positivos, definidos como prestaciones objetivas de mejoramiento de las esferas¹⁶⁰⁴. En cualquier caso, que esta segunda clase de responsabilidad se fundamente en el principio de solidaridad no significa que, en la responsabilidad por la propia organización, tal principio esté ausente¹⁶⁰⁵.

3. Dejando por el momento de lado el modelo de JAKOBS, entiendo que la única competencia originaria y vitalicia del sujeto sería la competencia por organización que se deriva del principio general de la autorresponsabilidad (*Selbsverantwortungsprinzip*), y que se encuentra gobernado tanto por las incumbencias-fin de heteroprotección (no dañar a otros¹⁶⁰⁶ y ayudar a otros), como por las incumbencias-fin de autoprotección¹⁶⁰⁷. Dentro de la organización personal y como manifestaciones especiales y provisionales, se darían espacios de competencia institucional. El primer comportamiento organizativo de la persona vendría dado por la actitud por la cual ella misma no ha renunciado a vivir en sociedad y, mientras que tal renuncia no se realice con un acto concluyente, se presume su aceptación¹⁶⁰⁸ y su deber de seguimiento de las pautas sociales de conducta¹⁶⁰⁹. Esta

¹⁶⁰⁴ Bien advierte SILVA SÁNCHEZ que respecto de estos deberes positivos especiales cabe añadir el deber de socorro derivado de la institución de la solidaridad mínima: deber positivo general. Cfr. SILVA SÁNCHEZ, “Interrupción de cursos salvadores ajenos”, en *Estudos em homenagem ao Prof. Figueiredo Dias*, 2009, p. 985.

¹⁶⁰⁵ Similarmente SILVA SÁNCHEZ. Para este autor, la competencia organizativa supone un deber de mantener separadas las esferas de autonomía (= deberes de no-lesionar, ya sea por acción u omiso control de una fuente de peligro). Por su parte, de los deberes de solidaridad se deriva el deber de salvamento en aquellos supuestos en que haya que cargar con las consecuencias lesivas derivadas de riesgos imputables a la propia esfera (es decir, cuando se infringe el deber de mantener separadas las esferas). Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2003 (2ª ed.), pp. 478 y ss. Sobre el principio de autonomía de esferas y el principio de solidaridad en el ámbito del estado de necesidad, cfr. SILVA SÁNCHEZ, “Sobre las actuaciones en una ‘situación de necesidad’ que no implican deberes de tolerancia”, en *Cuestiones actuales de la teoría del delito*, 1999, pp. 157, 168, *passim*.

¹⁶⁰⁶ Para SILVA SÁNCHEZ, “Interrupción de cursos salvadores ajenos”, en *Estudos em homenagem ao Prof. Figueiredo Dias*, 2009, pp. 983-984, los deberes negativos (o de abstención) forman parte de la vinculación originaria entre los ciudadanos. Cfr.. También JAKOBS, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, 2003, pp. 28 y ss.

¹⁶⁰⁷ En la concepción jakobsiana la organización se encuentra configurada sobre la base del autor, y no de la víctima. Entiendo que nuestra organización personal lo es tanto en términos de autores potenciales como de víctimas potenciales.

¹⁶⁰⁸ Considera que las personas no pueden renunciar a la sociedad, pues al igual que la familia, el Estado, y la raza humana se trata de una “*nonvoluntary association / societies*” o “*compulsory membership*”, HONORÉ, “Must be obey?”, *VLR*, 1981, pp. 46, 44-45, 55. Este filósofo señala que los miembros de asociaciones vinculatorias tienen un deber de obedecer las reglas o la ley (la renuncia podría darse por un suicidio, o por un acto de rebeldía concluyente, como la declaración de la guerra renunciando a la lealtad).

¹⁶⁰⁹ Pertinente la distinción entre “*prima facie duty to obey*” y “*actual duty to obey*”. Mientras que el deber *prima facie* significa que existe una presunción a favor del deber de obediencia, el deber real surge en casos de duda. Cfr. HONORÉ, “Must be obey?”, *VLR*, 1981, p. 48.

aceptación es organización¹⁶¹⁰. A partir de esta idea cobra máximo sentido el principio de autorresponsabilidad, como algo más que un mero criterio de interpretación (o de imputación) de los tipos penales¹⁶¹¹. Este principio es un auténtico principio regulador de la conducta¹⁶¹² que opera, antes que en sede de las reglas de imputación, en sede de las normas de conducta, distribuyendo las cargas e incumbencias de cada participante del tráfico social. Cuando decimos que la víctima ha contribuido con su conducta a la realización del tipo, no se trata de una mera interpretación restrictiva del tipo penal en relación con el autor, sino de una infracción de las incumbencias de autoprotección, que revela una defectuosa autogestión de la protección personal por parte de la víctima. La infracción a dichas incumbencias es lo que permite *ex post facto* determinar qué elementos han de tenerse en cuenta en el juicio de imputación de la responsabilidad penal del autor. De este modo, el principio de autorresponsabilidad se entiende tanto en relación con los deberes de heteroprotección como en relación con los deberes de autoprotección. En ambas dimensiones opera el sinalagma libertad-responsabilidad¹⁶¹³, por cuanto la libertad no sólo ha de ser vista en relación con los otros, sino también con uno mismo y, por ello, también la responsabilidad no sólo ha de ser entendida en relación con los otros, sino también con uno mismo¹⁶¹⁴.

4. A diferencia del modelo de JAKOBS, la estructura objetiva de las normas de comportamiento y del juicio de imputación, no se concibe en este trabajo desde el binomio

¹⁶¹⁰ JAKOBS no llega a desconocer que todo deber negativo se comporta como el reverso de un *reconocimiento al otro como persona*, reconocimiento que se realiza de modo positivo. De este modo, tanto la competencia por organización como la institucional son en esencia una institución. Cfr. JAKOBS, “La omisión: estado de la cuestión”, en *Sobre el estado de la teoría del delito*, 2000, pp. 134-135.

¹⁶¹¹ Cfr. las consideraciones de SILVA SÁNCHEZ, “¿Consideraciones victimológicas en la teoría jurídica del delito?”, en *LH al Profesor Antonio Beristain*, 1989, p. 637. Para este autor los esfuerzos de un sector de la doctrina se han dirigido a la elaboración de un principio -el *principio de autorresponsabilidad*- que esté en condiciones de desempeñar una doble función. Por un lado, inspirar futuras reformas legislativas (perspectiva *de lege ferenda*). Por el otro, presidir la tarea interpretativa de los tipos, propiciando restricciones teleológicas de los mismos, con la consiguiente exclusión de ciertas conductas del ámbito de lo penalmente relevante (perspectiva *de lege lata*). También se refiere a esta doble función del principio de autorresponsabilidad, SCHÜNEMANN, “Einige Vortäufige Bemerkungen zur Bedeutung des viktimologischen Ansatzes”, en *Das Verbrechenopfer*, 1982, pp. 409 y ss., 413.

¹⁶¹² Pasa lo mismo que con la adecuación social, que es más que un criterio de interpretación (o imputación).

¹⁶¹³ Sobre el sinalagma de la “libertad de comportamiento” y la “responsabilidad por las consecuencias”, JAKOBS, “Teoría y *praxis* de la injerencia”, *ADPCP*, 1999, p. 20.

¹⁶¹⁴ Esto último se asimila a lo que se da entre la incompetencia del sujeto imprudente y la *poena naturalis*. La incompetencia hacia uno mismo genera una especie de *poena naturalis* que consiste en hacerse cargo del propio daño.

deberes negativos-deberes positivos¹⁶¹⁵ (tampoco desde la acción-omisión), sino más bien, entre incumbencias-fin e incumbencias-medio, porque ésta es la auténtica distinción que se arraiga en la configuración de la sociedad. En todo caso, los deberes negativos y los deberes positivos, así como, las acciones y omisiones, son manifestaciones posibles del ejercicio o no ejercicio de las incumbencias. Por si la distinción con el modelo de JAKOBS no resulta clara, valgan las siguientes palabras. En JAKOBS los deberes negativos¹⁶¹⁶ rigen el ámbito de organización personal, mientras que los deberes positivos el ámbito de organización institucional. El *neminem laedere* y los deberes de mejoramiento quedan sujetos a una determinada estructura de organización de la competencia del sujeto, en donde todo lo que no es institucional (concreta y específicamente demarcado) es organización personal. Por el contrario, la distinción elemental entre incumbencias-fin y mediales no responde a ninguna esquematización de las competencias, por cuanto éstas son posteriores y artificiales, a diferencia de las incumbencias que son anteriores y connaturales a la persona. En el caso de compartir la distinción entre competencia por organización y competencia institucional del modelo de JAKOBS, las incumbencias-categorías del *neminem laedere* y del *alterum salvare* se encontrarían tanto en una como en otra clase de competencia. No haría falta explicar cómo operaría el *neminem laedere* por ejemplo en el ámbito institucional, pero sí acaso el *alterum salvare* en el ámbito por organización. El caso paradigmático serían los conocimientos especiales sobre la situación de riesgo que el sujeto por su competencia no está llamado a neutralizar, pero sí por su incumbencia-fin de salvar a otros. Pero, como en verdad, el modelo de JAKOBS no es el que mejor se ajusta a una distinción entre incumbencias-fin y mediales, aquí se realizará un leve matiz.

5. Una vez entendida la competencia por organización como la base de la responsabilidad el principio de separación de esferas al estilo jakobsiano ha de ser matizado. En consecuencia, si no se quiere caer en una visión demasiado formalista de la realidad social, habrá de operarse con criterios relativamente más flexibles, toda vez que el entramado de las relaciones de organización entre las personas discurre no siempre de un modo exclusivamente tendente al aislamiento o separación de esferas, sino antes bien, a la interacción de las mismas (por aproximación, por conexión, por compartición, o

¹⁶¹⁵ Cfr. JAKOBS, “La omisión: estado de la cuestión”, en *Sobre el estado de la teoría del delito*, 2000, p. 134. Similarmente PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 174 y ss.

¹⁶¹⁶ Este autor señala que los deberes negativos no sólo consisten en un mandato de abstenerse de gestar lesiones, sino también en el caso de haberlas gestado, el mandato de revocarlas. Cfr. JAKOBS, “La omisión: estado de la cuestión”, en *Sobre el estado de la teoría del delito*, 2000, p. 132.

yuxtaposición)¹⁶¹⁷. De este modo, como el andar de la vida social nos conduce a una situación de constante intersección de las esferas de organización, la exigencia de una tajante separación de esferas apela en contra del sentido común, a lo que habría de oponer una fuerza que la contrarreste. Una posible solución, sería concebir antes que la regla de “separación de esferas”, la de “armonización de esferas” o de “interconexión de esferas”, puesto que todas ellas se encuentran conectadas por pequeños lazos de solidaridad (manifestada en la incumbencia de ayudar a otros). Sea por un fundamento de “proximidad social”¹⁶¹⁸ o de “sacrificio trivial”¹⁶¹⁹, el reconocimiento recíproco en sociedad no podría darse si concebimos las esferas de modo estrictamente separadas o sólo eventualmente conectadas. El principio de solidaridad en la competencia organizativa se manifiesta junto al principio de no lesionar a otros. No en vano, en nuestra lengua, la palabra prójimo (del latín

¹⁶¹⁷ Algunas consideraciones sobre esta posibilidad de entrecruzamientos de esfera en SILVA SÁNCHEZ, “Interrupción de cursos salvadores ajenos”, en *Estudos em homenagem ao Prof. Figueiredo Dias*, 2009, p. 992. Por lo dicho en el texto principal, no comparto la idea de JAKOBS cuando sostiene que en las relaciones cotidianas (las negativas) no existe la expectativa de que todos prestarán ayudas a todos, sino sólo la expectativa de que no se perturbarán. Cfr. JAKOBS, “Teoría y *praxis* de la injerencia”, *ADPCP*, 1999, p. 17. Aunque, siguiendo este planteamiento, podría entenderse que, para este autor, en el fondo de las relaciones negativas subyace un mínimo de solidaridad (de no perturbar), aquí se entiende que en la vida cotidiana se da algo más que esta solidaridad negativa de no perturbar. Se da una solidaridad intermedia (entre la negativa y la positiva) que fundamentan ciertas expectativas de prestaciones recíprocas de ayudas estandarizadas en la sociedad (acompañar a una persona no vidente a cruzar la calle, dar el lugar en la fila a la madre con su niño pequeño, socorrer al lesionado que se cae en la vereda, evitar que un carterista arrebate el bolso a la anciana que va con su carro de compras, evitar la legítima defensa ante un inimputable, entre otras, son ejemplos de estas prestaciones). Esto indica que determinadas clases de personas, ya sea por un estatus permanente o una situación provisoria (niños, ancianos, mujeres embarazadas, personas lesionadas o con capacidad disminuida), generan en el resto de la sociedad ciertos deberes “no legales” de prestaciones mínimas de solidaridad, o al menos generan la expectativa de “necesidad de ayuda”, mucho más intensa que otro tipo de personas. ¿A qué se refiere si no la parábola del buen samaritano que ayuda al judío apaleado? Otra cuestión será si el Derecho penal puede hacer de estas prestaciones mínimas algo exigible (el sacrificio trivial del que hablan los filósofos morales). En todo caso, el Derecho penal liberal castiga por debajo de las expectativas sociales. Es decir, socialmente, aun en las sociedades altamente individualizadas, las expectativas de ayuda respecto de determinadas personas no siempre son cubiertas por la norma penal. Piénsese, que justamente estos países altamente individualizados suelen corresponderse con los más civilizados, en donde como producto de tal civilización, la ayuda al niño, al enfermo o al minusválido se supervalora socialmente.

¹⁶¹⁸ Este principio le debemos a ANDROULAKIS (citado en HUERTA TOCILDO, “Injerencia y art. 489 bis, 3° CP”, *ADPCP*, 1985, p. 44). Lo emplea en términos normativos (no físico-empírico), SILVA SÁNCHEZ en relación con el delito de omisión de socorro (en casos de injerencia imprudente o fortuita) que genera un deber intensificado de evitar el daño. Cfr. SILVA SÁNCHEZ, “Problemas del tipo de omisión del deber de socorro (comentario a la STS de 27 de abril de 1987, ponente Sr. Díaz Palos)”, *ADPCP*, 1988, pp. 573 y ss. Sobre algunas consideraciones críticas a este principio, DOPICO GÓMEZ-ALLER, “Omisión de socorro tras accidente fortuito. La imputación de sucesos lesivos a conductas lícitas”, *ADPCP*, 2002, pp. 249 y ss. En ciencias sociales ELSTER, *La explicación del comportamiento social*, 2010, p. 52, nota al pie 26, pone en duda el concepto de “distancia social” en relación con la fuerza de los sentimientos altruistas hacia los otros, por poco preciso.

¹⁶¹⁹ Sobre el principio del “sacrificio trivial”, GARZÓN VALDÉS, “Los deberes positivos generales”, *Doxa*, 1986, pp. 17 y ss.

proximus) se define como “hombre respecto de otro, considerados bajo el concepto de la solidaridad humana”¹⁶²⁰.

5.a. ¿Cómo ha de resolverse el siguiente caso? Un automovilista que conduce a la velocidad permitida y con la luz verde del semáforo, advierte que un peatón cruza “indebidamente” la calle. ¿El automovilista tiene el deber de frenar y de “evitar” colisionar al peatón? ¿El peatón tiene el deber de abstenerse de cruzar la calle? Mientras que la segunda pregunta puede fácilmente responderse de modo afirmativo (el peatón debe abstenerse de cruzar la calle), la primera no es tan sencilla de responder. En primer lugar porque el automovilista no infringe ningún deber jurídico, sino que, llegado el caso, será el peatón que se lo impondrá. Se produce una interferencia o injerencia de la víctima en la esfera ajena o, en palabras usuales de la doctrina, existe una autopuesta en peligro de la víctima. Comúnmente, las respuestas de solución al caso estarían orientadas a atribuir el eventual resultado lesivo a la competencia de la víctima (por infracción de un deber de autoprotección) pues, aunque esto resulte compatible, ¿qué hacemos con el conductor? Si él avanza a pesar del peatón, estará infringiendo una incumbencia de no lesionar a los demás habiendo podido evitarlo¹⁶²¹ con un mínimo esfuerzo (por ejemplo, frenando); lo que algún autor explicaría a través de la infracción del deber de diligencia en situaciones permitidas, pero lesivas, que el conductor tiene la posibilidad de evitar¹⁶²². Otro ejemplo: el conductor que atropella imprudentemente a un tercero que imprudentemente cruza la calle, reconfigura en términos de *yuxtaposición* su esfera en relación con la esfera de un tercero (conurrencia de imprudencias). Si bien, no se le exigiría responsabilidad alguna, pues en términos de imputación falta la relación de riesgo, en términos de solidaridad mínima, quien causalmente ha ocasionado un resultado lesivo en una esfera ajena, ha de colaborar como mínimo a que ésta no se degrade, manteniendo el *statu quo* (máxime cuando el sujeto causante saca provecho de la cosa con la que produce el daño). Con ello, el conductor habría de asumir la gestión del riesgo que ha causado, impidiendo, como mínimo, que el otro empeore (ya sea llamando a la ambulancia, llevándole él mismo a un hospital o practicando primeros auxilios)¹⁶²³. Dicho en

¹⁶²⁰ Definición del DRAE.

¹⁶²¹ Similar planteamiento, y a favor de exigir la abstención del conductor, OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, *Dp*, Pg, 1986 (2ª ed.), pp. 96, 97, 137 y ss. Para estos autores, si un conductor que conduce conforme a las reglas de tráfico advierte el cruce de un anciano, y no frena (de frenar evitaría atropellarlo), “convierte” en prohibido un riesgo *ab initio* permitido. Objetivamente el comportamiento del conductor ha infringido una norma de cuidado de forma consciente (dolo); si él hubiera confiado en que no ocasionaría resultado alguno habrá obrado de modo imprudente.

¹⁶²² Cfr. en este sentido ZIPF, “Rechtskonformes und sozialadäquates Verhalten”, *ZStW*, 1970, pp. 633-634 y ss. A favor de castigar el dolo de los riesgos permitidos (pero no de los imprudentes), basándose en la actitud interna del sujeto contraria al bien jurídico, ROEDER, *Die Einhaltung des sozialadäquaten Risikos*, 1969, p. 40.

¹⁶²³ Como las injerencias fortuitas no generan posición de garantía, al sujeto causante no le es exigible evitar el resultado. No obstante, esta idea merece un cierto matiz. En todo caso, al sujeto causante no le sería exigible que evite el resultado en los términos del *peor* resultado, como sería el fallecimiento del accidentado; pero, sí, quizá, le sería exigible sobre la base del principio de solidaridad mínima, que evite resultados *menores*, como que el accidentado no se desangre, o que padezca largo rato del dolor, o que otros conductores no lo atropellen por segunda vez, etc. Con fundamentos similares sobre la injerencia fortuita, SILVA SÁNCHEZ, “Problemas del tipo de omisión del deber de socorro (comentario a la STS de 27 de abril de 1987, ponente Sr. Díaz Palos)”, *ADPCP*, 1988, pp. 573 y ss.

palabras resumidas, que el sujeto pueda (aunque en principio no deba) evitar un resultado lesivo mayor o beneficiar al mantenimiento del *statu quo* de una esfera ajena, hace que él deba. El fundamento deóntico de su “posibilidad” descansa en el principio del sacrificio trivial.

6. La diferencia material entre las incumbencias del *neminem laedere* y *alterum salvare* y la incumbencia de autoprotegerse de terceros reside en que mientras que las primeras hacen referencia a *deberes de heteroprotección* -que si son infringidas generan responsabilidad penal-, las segundas, como se ha explicitado más arriba, se refieren a los *deberes de autoprotección*, que si son infringidas pueden sólo llegar a generar la posibilidad de excluir (o atenuar) la responsabilidad penal a título de autor del sujeto activo¹⁶²⁴ (cuando el comportamiento de la víctima contribuye a la realización del tipo penal)¹⁶²⁵.

II.III.4.c.i.a. Incumbencia de no lesionar a otros (*neminem laedere*) y de salvar a otros (*alterum salvare*)

1. La incumbencia-fin de no lesionar a otros es conocida bajo diferentes nombres: *neminem laedere*, *alterum non laedere*¹⁶²⁶ y deberes negativos¹⁶²⁷. Por su parte, la incumbencia de

¹⁶²⁴ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, “La victimo-dogmática en el Derecho extranjero”, en *Victimología*, 1999, p. 110. En ocasiones, el comportamiento de la víctima puede disminuir el contenido de antijuridicidad (dañosidad social) del hecho del autor, o la culpabilidad (posibilidad de recibir en condiciones normales la motivación de la norma).

¹⁶²⁵ Sobre las medidas de autoprotección de la víctima como incumbencias, consúltese HÖRNLE, “Subsidiaridad como principio limitador”, en *Límites al Dp*, 2012, pp. 95-100. También, véase VON HIRSCH/SEELMANN/WOHLERS, “Introducción. ¿Qué son los ‘mediating principles’?”, en *Límites al Dp*, 2012, p. 58.

¹⁶²⁶ Se encuentra la esencia del *neminem laedere* en el pensamiento de PUFENDORF, para quien una *lex fundamentalis* enseñaba que “la recta razón le dice al hombre que tiene que cuidar de sí mismo de tal modo que no turbe a la sociedad humana”. Cfr. HRUSCHKA, “La imputación ordinaria y extraordinaria en Pufendorf”, en *Imputación y Dp*, 2005, pp. 74-75. Para KANT la máxima “no dañes a nadie” (*neminem laedere*) se debía respetar aun en el caso en que para ello “debieras desprenderte de toda relación con otro y evitar toda sociedad”. Véase con las citas respectivas KANT, *La metafísica de las costumbres*, 1989, pp. 47-48. También en BINDING se mencionaba la exigencia que recae sobre las personas de organizar sus acciones de manera que no perjudiquen a los otros. Cfr. KAUFMANN (Armin), *Teoría de las normas*, 1977, p. 14. Refiriéndose a la incumbencia de organizar nuestra libertad para que de ella no se deriven peligros indomables, RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, 1997, pp. 80, *passim*. El principio *neminem laedere* también es llamado “principio de alteridad” (así, LUZÓN PEÑA, “Principio de alteridad o de identidad vs. principio de autorresponsabilidad”, *RGDP*, 2011); “prohibición de lesión” (así, DOPICO GÓMEZ-ALLER, “Omisión de socorro tras accidente fortuito”, *ADPCP*, 2002). Señala que las relaciones negativas entre las personas se compone tanto de “prohibiciones de lesión”, como de “mandatos de no-lesión”, JAKOBS, “Teoría y praxis de la injerencia”, *ADPCP*, 1999, p. 18 [también en *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, 2003, pp. 31 y 33, emplea las expresiones “garantía de la no-lesión”, y “deberes de no perturbar a los demás en su posesión jurídica”].

ayudar a otros, también es conocida como deber de asistencia o socorro o deberes positivos. Mientras que el alcance de la incumbencia de no lesionar a otros se evidencia de modo muy claro, el alcance de la incumbencia del *alterum salvare* necesita precisarse. Hay que entender esta incumbencia en los términos que le son naturales, como una mera pauta regulativa de la conducta, desprovista de cualquier juicio jurídico de valor. Lo que la incumbencia “pretende” es regular la conducta para mantener la convivencia en niveles tolerables. Su función posee un alcance débil. A diferencia de los deberes jurídico-positivos fuertes de producir mejoramiento o un resultado de salvamento, la incumbencia-fin del *alterum salvare* se concibe sólo como el procurar el mantenimiento del *statu quo* de la situación riesgosa evitando su empeoramiento¹⁶²⁸. Por ejemplo, en el supuesto de los conocimientos especiales de una situación de peligro para terceros, se genera un espacio de deber, cual es el de procurar evitar el resultado, colocando una condición de impedimento, pero no mucho más¹⁶²⁹. En filosofía moral se reserva la expresión “sacrificio trivial” para indicar cualquier acción de asistencia al prójimo que requiere un esfuerzo mínimo, pero con eventuales resultados beneficiosos¹⁶³⁰. Este concepto se desmarca del significado de los deberes jurídico-positivos fuertes cuando se hace depender su existencia, no ya de la posición de garante específica del obligado, ni de la posición de protección del destinatario, sino de la relación social primaria que los une¹⁶³¹. En conclusión, un ejercicio responsable de la libertad es lo que permite que las esferas individuales interactúen más dinámicamente de cara al sostenimiento de la sociedad y no sólo a través de meras abstenciones o de deberes especiales de actuar. Caso contrario, habría que sostener que la competencia por la propia organización se basa en un principio de estricto egoísmo racional: construir la esfera

¹⁶²⁷ Entiende como un *natural human duty* el deber de ayudar al necesitado (*duty to help those in need*), SIMMONS, *Moral principles and political obligations*, 1981, pp. 12-13. Comparte esta clasificación, y añade como *natural duty* el deber de no colocar en peligro a otros (*duty not to endanger others*), HONORÉ, “Must be obey?”, *VLR*, 1981, pp. 46, 54-55.

¹⁶²⁸ Estos deberes positivos entendidos en términos débiles, bien pueden asimilarse a lo que SILVA SÁNCHEZ denomina un deber positivo genérico, como el deber de socorro derivado de la institución de la solidaridad mínima. Sobre esto SILVA SÁNCHEZ, “Interrupción de cursos salvadores ajenos”, en *Estudos em homenagem ao Prof. Figueiredo Dias*, 2009, p. 985.

¹⁶²⁹ Al igual que los supuestos de injerencias fortuitas, en los conocimientos especiales, cuando no existe un deber de conocer según el rol, se genera en razón de los principios de “monopolio de ayuda”, “proximidad social”, “solidaridad mínima”, “sacrificios triviales”, un deber de prestación positiva débil.

¹⁶³⁰ Sobre el sacrificio trivial, cfr. GARZÓN VALDÉS, “Los deberes positivos generales”, *Doxa*, 1986, p. 23. (en la definición de los deberes positivos generales). Para este autor todo individuo estaría “moralmente obligado a realizar un sacrificio trivial para evitar un daño o contribuir a superarlo, sin que para ello sea relevante la existencia de una relación contractual previa”.

¹⁶³¹ La filosofía schopenhauriana va más allá de la kantiana de los deberes negativos, e incluye los deberes positivos desde el principio de la compasión.

propia para la satisfacción de un desmedido interés propio, sin cuidar del interés de los demás ^[egoísta]¹⁶³², calculando que no se deriven efectos lesivos para las restantes ^[racional]¹⁶³³. La concepción filosófica que cabe en un Derecho penal de orientación científico-social, que oscila entre la protección de la libertad de la víctima y la protección de la libertad del autor, muestra el paso del Derecho penal desde el postulado del *neminem laede* al *imo omnes quantum potes iuva* (“no ofendas a nadie, antes bien, ayuda a todos cuantos puedas”¹⁶³⁴)¹⁶³⁵. Con ello, el mismo ejercicio de la libertad debe ser entendido como un riesgo abstracto en sí mismo¹⁶³⁶, de modo que a todos nos asiste un *deber general de cuidado con elementos positivos y negativos*¹⁶³⁷.

2. Las incumbencias del sacrificio trivial cumplen una función de prevención de daños graves a bajo coste. Entiendo que, con ello, se aumenta la libertad de las personas al aumentar las obligaciones que aumentan la seguridad. El reducir obligaciones, aumentando cuantitativamente la libertad, no repercute en un aumento cualitativo. Habrá que preguntarse qué dimensión de aumento queremos, si mucho en cantidad, o mucho en calidad (en teología se dice que hay que vivir en profundidad, no en extensión lineal).

2.a. En relación con el binomio deberes negativos y deberes positivos, KANT sostiene que el hombre tiene para “consigo mismo” deberes negativos y deberes positivos, de modo que con mayor razón los tendrá respecto del “prójimo”¹⁶³⁸. Mientras que los deberes negativos para consigo mismo prohíben al

¹⁶³² Un ejercicio egoísta racional de la responsabilidad lleva a que el sujeto construya su propia esfera de tal manera que no se deriven riesgos para las restantes personas, pero no porque los eventuales daños sean una consecuencia negativa que lamentar en consideración de los afectados, sino como una consecuencia negativa que lamentar en consideración a sí mismo. Todo esto deja al descubierto que según cuál sea la concepción de egoísmo que empleemos (es decir, en qué medida), podrán ser nuestras respuestas a los problemas de interrupción de un curso salvador ajeno dentro de la propia esfera. Sobre este tema en particular, cfr. SILVA SÁNCHEZ, “Interrupción de cursos salvadores ajenos”, en *Estudos em homenagem ao Prof. Figueiredo Dias*, 2009, pp. 981 y ss.

¹⁶³³ Téngase en cuenta que un modelo de responsabilidad por la propia organización de corte egoísta racional tiene su opuesto en la variante altruista racional. Entiendo aquí la variante altruista en términos débil y pasivo (el DRAE define el altruismo como la “diligencia en procurar el bien ajeno aun a costa del propio”).

¹⁶³⁴ La expresión pertenece a SCHOPENHAUER, *Preisschrift über die Grundlage der Moral*, 1840, pp. 177, 199, 240, 250, 270 (“*Hilf, wo du kannst; schade niemandem!*”).

¹⁶³⁵ Cfr. NAUCKE, “La filosofía social del Derecho penal”, en *Dp y Ciencias sociales*, 1989, pp. 92-94.

¹⁶³⁶ Así, GÜNTHER (Klaus), “De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber”, en *La insostenible situación del Dp*, 2000, p. 503.

¹⁶³⁷ Así, GÜNTHER (Klaus), “De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber”, en *La insostenible situación del Dp*, 2000, p. 503.

¹⁶³⁸ Sobre los deberes de virtud para consigo mismo, cfr. KANT, *La metafísica de las costumbres*, 1989, pp. 277 y ss. Dentro de los deberes de virtud, KANT ubica al deber de beneficencia (se debe sacrificar el propio

hombre obrar en contra de su propia persona, porque persiguen su autoconservación (moral)¹⁶³⁹, los deberes negativos para con el prójimo ordenan evitar que el hombre dañe a sus pares, persiguiendo con ello la conservación social (el *neminem laedere*). Por su parte, mientras que los deberes positivos para consigo mismo ordenan al hombre que se autoproponga la persecución de su propia perfección (moral)¹⁶⁴⁰, los deberes positivos para con el prójimo exigen que el hombre colabore en la perfección de los otros (lo que en la doctrina se conoce como los deberes de mejora de esferas jurídicas ajenas¹⁶⁴¹).

II.III.4.c.i.b. Incumbencia de autoprotegerse de lesiones de otros

1. Las incumbencias de autoprotección reclaman que nos procuremos bienestar y protección a nosotros mismos sin depender de los demás cuando no es necesario¹⁶⁴², algo así como un “deber de no convertirnos en víctima” (*duty not to become a victim*, o *duty to avoid becoming a victim*¹⁶⁴³), proveniente del deber natural de autoconservación y supervivencia¹⁶⁴⁴. Normalmente, para el desempeño de este deber para con nosotros mismos rige la regla de la prudencia, pero también el valor y la templanza nos permite mantenernos a salvo¹⁶⁴⁵. Un especial corolario de la incumbencia de autoprotegerse se

bienestar a favor de otros, sin esperar recompensas), y señala que es imposible señalar límites precisos de hasta dónde ha de llegar el sacrificio. En tal caso, sostiene que la medida del sacrificio depende de qué sea para cada uno verdadera necesidad, según su modo de sentir, habiendo de dejar que cada cual determine la medida del sacrificio (por eso, este deber es un deber amplio, es decir, se deja un espacio más o menos libre para que cada uno obre según su parecer, sin que pueda señalarse sus límites con precisión). Cfr. KANT, *ibidem*, pp. 247, 322 y ss.

¹⁶³⁹ Cfr. KANT, *ibidem*, pp. 277 y ss.

¹⁶⁴⁰ Cfr. KANT, *ibidem*, pp. 277 y ss.

¹⁶⁴¹ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, “Interrupción de cursos salvadores ajenos”, en *Estudos em homenagem ao Prof. Figueiredo Dias*, 2009, pp. 983-984.

¹⁶⁴² La idea de autoprotección está presente en el pensamiento hegeliano; ya en el plano de la “eticidad natural” (*prius* de las relaciones jurídicas) cada sujeto debe velar por la defensa de sus derechos, y por ello, por ejemplo, con el robo, la víctima se ve amenazada en su identidad (antes de ser privada de su derecho a la propiedad). Cfr. sobre HEGEL en HONNETH, *La lucha por el reconocimiento*, 1997, pp. 33-34.

¹⁶⁴³ Cfr. MINSON, “A duty not to become a victim”, *WLLR*, 2000, pp. 646 y ss. En nuestro entorno sobre las incumbencias de autoprotección, HÖRNLE, “Die Obliegenheit, sich selbst zu schützen”, *GA*, 2009, pp. 626 y ss.

¹⁶⁴⁴ Como un deber derivado de la razón, menciona el deber de conservar la propia vida, KANT, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, 1990 (9ª ed.), pp. 59, 62.

¹⁶⁴⁵ Para algunos moralistas, la prudencia es sólo una forma de cuidarse, de modo que el actuar prudente significa ante todo jugar sobre seguro, esto es, por ganancias casi seguras y con riesgos mínimos. En cambio, otras veces para conseguir cosas buenas es preciso arriesgarse, corriendo el riesgo de no conseguirlas, y esto es el valor. Finalmente, otras veces la demanda de autoprotección nos exige el evitar correr riesgo (como el entregarse a las drogas), y este hábito o virtud se llama templanza. Sobre estos conceptos FALK, “Prudencia, templanza y valor”, en *Conceptos morales*, 1985 (1ª ed.), pp. 200-202 y ss. En consecuencia, para este autor los preceptos de la autoprotección pueden ser tanto el valor, como la prudencia y la templanza.

encuentra en la incumbencia de *no provocar las lesiones de otros*^{1646/1647} o la de autosalvaguardarnos de la *ausencia de salvamento de otros*. En todo caso, siempre late el interés en el propio reconocimiento como persona¹⁶⁴⁸.

2. Las incumbencias o deberes de autoprotección ingresaron a la discusión dogmática de la teoría del delito a través de la victimodogmática que, desde hace tiempo, viene contemplando las categorías de la teoría del delito no ya sólo desde la perspectiva del autor, sino también desde la perspectiva de la víctima¹⁶⁴⁹. Una de las razones por las cuales hace tiempo se tiene en cuenta el papel de la víctima en el delito es que ésta no siempre ha de ser vista como el objeto pasivo sobre el cual el autor realiza un daño, sino que también ha de ponerse en evidencia que en muchas ocasiones la víctima con su comportamiento (“culpable”) interviene en la producción del daño, interactuando con el autor¹⁶⁵⁰. De este modo si la víctima ya no es un simple sujeto pasivo, sino más bien un sujeto activo-pasivo, entonces habrá que determinarse, en primer lugar, si su “participación activa” debe surtir efectos –y en qué medida- en relación con la distribución de responsabilidad por lo acaecido y, en segundo lugar, sea la respuesta negativa o afirmativa, habrá que determinarse sobre la

¹⁶⁴⁶ Estos casos pueden definirse como actos de provocación (no constitutivos de agresión) de la víctima, como la provocación sexual. Un ejemplo al respecto lo da SILVA SÁNCHEZ, quien sostiene que la situación de la provocación puede ir intensificándose hasta llegar incluso a la exención de responsabilidad del autor. Cfr. SILVA SÁNCHEZ, “¿Consideraciones victimológicas en la teoría jurídica del delito?”, en *LH al Profesor Antonio Beristain*, 1989, p. 642, nota al pie 54. Al decir de JAKOBS, si la víctima ha provocado en el autor la ira mediante el maltrato, la génesis del conflicto puede asignársele parcialmente a la propia víctima, y, de este modo, rebajarse la pena del autor. Cfr. JAKOBS, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, 2003, p. 24.

¹⁶⁴⁷ A mi entender, el principio de corresponsabilidad social puede ser entendido como un criterio rector de la incumbencia de no provocar lesiones de otros. En relación con el principio de corresponsabilidad social como principio delimitador del Derecho penal, SILVA SÁNCHEZ, “El delito: ¿responsabilidad individual o responsabilidad social?” en *Iter Criminis*, 2002, pp. 93-100.

¹⁶⁴⁸ En este proceso de autodefensa de la propia identidad queda reflejada la idea hegeliana de la lucha por el reconocimiento (esto es, una lucha de persona contra persona cuyos objetivos son el mismo: el reconocimiento de las pretensiones diferentes). Sobre la idea de HEGEL, cfr. HONNETH, *La lucha por el reconocimiento*, 1997, pp. 33-34.

¹⁶⁴⁹ No obstante, aún las incumbencias de autoprotección tienen un rango inferior en el debate científico en relación con las de heteroprotección. En cierto sentido, a grandes rasgos, esto puede deberse a dos razones: una primera, basada en el modelo de Derecho penal que tenemos, el de la libertad negativa que opera con la presunción de que el delito es el resultado de una acción culpable del autor (y no de la víctima); y una segunda, basada, quizá en una especie de “sesgo de género” en la ciencia, cual es la construcción del concepto de víctima identificado con la mujer (suele decirse que la mayoría de víctimas son mujeres), cuyo concepto androcéntrico refleja un patrón de mujer vulnerable e inferior, y, por ende, con escasas posibilidades de defensa.

¹⁶⁵⁰ Sobre este tema y matizando que tal interacción admite grados, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2010 (2ª ed.), p. 72 (§ 1.2).

base de qué fundamento puede excluirse su responsabilidad o afirmarse su corresponsabilidad, respectivamente. En efecto, a la pregunta de si el comportamiento autorresponsable de la víctima ha de surtir efectos en la distribución de responsabilidad por lo acaecido, considero que debe responderse, con los matices debidos, afirmativamente¹⁶⁵¹. La medida de la corresponsabilidad en el hecho de la víctima podrá traducirse desde una atenuación a una exención de responsabilidad del autor. Para ello habrá que tener en cuenta el grado de aporte que autor y víctima han realizado a la producción del hecho¹⁶⁵², un grado de aporte entendido en términos cualitativos –doloso o imprudente- y en relación a los deberes respectivos.

3. El fundamento del porqué la víctima también ha de responder por el hecho que le causa un daño (autodaño)¹⁶⁵³, lo encontramos en la infracción a las incumbencias de autoprotección, esto es, cuando la víctima desatiende los cuidados personales elementales y actúa en contra de su propio bienestar o interés o, lo que es lo mismo, “actúa a propio riesgo” (*handeln auf eigene Gefahr*); lo que algunos autores han denominado la “conducta de la víctima mediatizadora de la lesión”¹⁶⁵⁴. Ciertamente, la responsabilidad compartida entre autor y víctima no significa que ésta sufra la pérdida de reconocimiento de la protección penal, ni que surjan sanciones para ella, aunque se permite la atenuación o exclusión de la responsabilidad del autor (por ejemplo, en los delitos de omisión, decaería según el caso, el deber de socorro)¹⁶⁵⁵. Quien infringe sus deberes de protección personal no

¹⁶⁵¹ Sobre la corresponsabilidad de la víctima como un supuesto de “dispersión de la responsabilidad como límite de la pena” (*mediating principle*), SEELMANN, “La dispersión de la responsabilidad”, en *Límites al Dp*, 2012, pp. 218 y ss. Sobre el principio de autorresponsabilidad en la victimología, CANCIO MELIÁ, “Viktimologischer Ansatz vs. Selbstverantwortungsgrundsatz”, en *FS für Schünemann*, 2014, pp. 313 y ss.

¹⁶⁵² De esta idea SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2010 (2ª ed.), p. 73 (§1.4). Para este autor, de este modo se evita la posible imputación al autor de todos los efectos lesivos derivados causalmente de su conducta, porque esto último contradiría el principio de fragmentariedad, al castigarse hechos que en sí mismos no son especialmente graves, y que sólo han adquirido virtualidad lesiva a partir de la interacción con la víctima. Cfr. SILVA SÁNCHEZ, “¿Consideraciones victimológicas en la teoría jurídica del delito?”, en *LH al Profesor Antonio Beristain*, 1989, p. 642.

¹⁶⁵³ Si la víctima actúa a riesgo propio, su conducta significa “lesionarse a sí mismo”. Cfr. JAKOBS, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, 2003, p. 66; y este actuar a propio riesgo es una característica de la competencia de la víctima (pp. 38-39).

¹⁶⁵⁴ Cfr. FRISCH, *Tipo penal*, 1995, p. 123.

¹⁶⁵⁵ Los efectos de esta situación se asemeja a los casos en que el autor se coloca en situación de inimputabilidad para delinquir, provocando así su desprotección penal. Asimismo, la infracción a las medidas de autoprotección por parte del autor también desplaza la protección del Estado.

deja de merecer la protección penal¹⁶⁵⁶ pero, en cierto modo, decae la necesidad (¿o merecimiento?) de su protección, al ser ella misma la que menoscaba su autorrespeto en relación con sus pares¹⁶⁵⁷. De hecho, tampoco el propio autor deja de ser protegido por el Derecho penal, en lo que corresponda, respecto de terceros autores.

4. Para comprender el alcance del comportamiento de la víctima respecto del delito del autor hay que presentar algunos grupos de casos por separado. No obstante, para no desviarme de los objetivos de este trabajo y porque, además, el tema amerita mayor dedicación que ahora no puedo conceder, me limitaré a mencionar y comentar brevemente algunos supuestos: autopuestas en peligro activas y omisivas, dolosas e imprudentes, y heteropuestas en peligro activas y omisivas, dolosa e imprudentes, y causas de justificación y exculpación.

(a) *Autopuesta-activa en peligro dolosa y heteropuesta-activa en peligro dolosa-consentida*: ¿acaso ello no significa una especie de *actio libera in causa* de la propia víctima, es decir, una especie de provocación del estado de indefensión o desprotección?¹⁶⁵⁸ Si aplicamos la lógica del autor, habíamos dicho que éste pierde el derecho o pretensión a reclamar las disculpas del Ordenamiento Jurídico. Igualmente, podríamos sostener que la víctima adulta responsable que provoca dolosamente su estado de desprotección pierde el derecho o pretensión a reclamar la protección del Ordenamiento Jurídico¹⁶⁵⁹, siempre que

¹⁶⁵⁶ De esta idea SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2010 (2ª ed.), p. 73 (§1.4). Véase también la postura de ROPERO CARRASCO, “¿Hay que ‘merecer’ la protección del Derecho penal?”, en *La respuesta del Dp ante los nuevos retos*, 2006, pp. 114 y ss. Otros planteamiento, entienden que la infracción a un deber de autoprotección conllevaría el no merecimiento o, mejor, la falta de necesidad, de la protección penal por el sujeto afectado (éste no sería *Schutzbedürftig*). Sobre esto último véanse los autores citados en SILVA SÁNCHEZ, “¿Consideraciones victimológicas en la teoría jurídica del delito?”, en *LH al Profesor Antonio Beristain*, 1989, pp. 637-638. Por su parte, acertadamente, SCHÜNEMANN, “Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva”, en *Temas actuales*, 2002, pp. 88-89, establece que las normas de cuidado “no persiguen el fin de impedir autolesiones de la víctima”, siempre, claro está, que sea posible determinar que “la víctima actúa libremente de un modo responsable y conoce la situación de peligro tan bien como el autor”.

¹⁶⁵⁷ Cfr. sobre las premisas de autorreferencia práctica (autoconfianza, autorrespeto y autoestima), HONNETH, *La lucha por el reconocimiento*, 1997, pp. 114 y ss.

¹⁶⁵⁸ En la STS 03/12/1979 (Vivas Marzal) se aplicó la *actio libera in causa* en la víctima, para dar por válido el consentimiento de la mujer en un delito contra la integridad sexual, ya que la mujer había ingerido bebidas alcohólicas en exceso sabiendo de las intenciones del hombre que la acompañaba.

¹⁶⁵⁹ Si la persona eventualmente afectada no está interesada en una protección a través de prohibiciones, éstas no pueden ser legitimadas con orientación en la protección individual: este es el ámbito de la autopuesta en peligro autorresponsable a través del incumplimiento de las propias medidas de autoprotección. De esta idea FRISCH, *Tipo penal*, 1995, p. 135. Véase, también sobre el principio de autorresponsabilidad de la víctima, ROXIN, “La polémica en torno a la heteropuesta en peligro consentida”, *InDret Penal*, 2013, pp. 3 y ss.

no se trate de bienes jurídicos indisponibles. Esto comportaría que sólo las autopuestas en peligro imprudentes (o fortuitas) mantendrían la pretensión a reclamar plena protección, mientras que las dolosas sólo una protección disminuida, limitada al castigo del autor en términos débiles. El comportamiento evidentemente provocador de la víctima puede llegar a atenuar el desvalor de acción (y de expresión) del autor doloso¹⁶⁶⁰.

(b) *Imputación objetiva y autopuesta-activa en peligro imprudente*¹⁶⁶¹ o *heteropuesta-activa en peligro imprudente-consentida*: en estos casos la concurrencia de un comportamiento poco prudente y arriesgado de la víctima de modo paralelo a la conducta del autor (sea dolosa o imprudente) puede conducir a negar la propia existencia de una infracción del deber de cuidado en la conducta del autor¹⁶⁶² o de sus incumbencias de conocer¹⁶⁶³. Esta especie de *Mitverschulden* de la víctima¹⁶⁶⁴, sobre todo en delitos imprudentes, puede conducir a negar incluso ya la imputación objetiva del resultado producido¹⁶⁶⁵. Ejemplos muy frecuentes de culpa concurrente de la víctima se presentan en los delitos de tráfico (omisión de llevar el cinturón de seguridad¹⁶⁶⁶ o de conducir tomándose una *selfie*), delitos laborales (omitir medidas de autoprotección en trabajos

¹⁶⁶⁰ De hecho, para FRISCH, *Tipo penal*, 1995, p. 128, en las auténticas autopuestas en peligro el comportamiento lesivo del tercero no se encuentra comprendida en el tipo, es decir, se trata de conductas que desde el principio no están desaprobadas por las normas de conducta que le sirven de base. Por eso, con esta ausencia de una conducta típicamente prohibida, queda también suprimida la base para la imputación del resultado.

¹⁶⁶¹ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, “La victimo-dogmática en el Derecho extranjero”, en *Victimología*, 1999, pp. 107 y ss. (sobre la imputación objetiva y los delitos imprudentes).

¹⁶⁶² Cfr. SILVA SÁNCHEZ, “La consideración del comportamiento de la víctima”, en *La victimología*, 1993, p. 21.

¹⁶⁶³ La infracción de las medidas de autoprotección de la víctima no siempre reconfiguran la infracción del deber de cuidado del autor, sino que puede suceder que ya antes incidan en la infracción de incumbencias subjetivas de cerciorarse en el autor.

¹⁶⁶⁴ Una cosa es la concurrencia de culpas, y otra la compensación de culpas (esta última muy usual en Derecho civil). Sobre esto último TORÍO LÓPEZ, “Significación dogmática de la compensación de culpas en Derecho penal”, en *Ep en memoria del Profesor Agustín Fernández-Albor*, 1989, pp. 709-723.

¹⁶⁶⁵ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, “La victimo-dogmática en el Derecho extranjero”, en *Victimología*, 1999, pp. 107 y ss. En favor de que la infracción de medidas de autoprotección por parte de la víctima rompa la relación de imputación objetiva se han pronunciado autores como BINDING, ORTMANN, OTTO, BURGSTALLER o SCHMIDHÄUSER (Cfr. SILVA SÁNCHEZ, “Preterintencionalidad y otras cuestiones”, *ADPCP*, 1985, p. 196, notas al pie 8 y 9). Con más detalles de cómo opera el principio victimodogmático en los delitos dolosos e imprudentes, respectivamente, HILLENKAMP, *Vorsatztat und Opferverhalten*, 1981, pp. 10 y ss.; FRISCH (Peter), *Das Fahrlässigkeitsdelikt und das Verhalten des Verletzten*, 1973, pp. 155 y ss., 161.

¹⁶⁶⁶ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, “La victimo-dogmática en el Derecho extranjero”, en *Victimología*, 1999, pp. 107 y ss. En tal caso las consecuencias lesivas sufridas no se imputarán en su totalidad al autor, porque se deben también a la imprudencia (omisión de medidas de autoprotección) cometida por la víctima. Cfr. STREE, “§ 46”, *StG Kommentar*, 1988 (23ª ed.), nm. 24.

riesgosos, como el manejo de maquinarias industriales o en la construcción), otros delitos (omitir medidas básicas de información en el delito de estafa, la autopuesta en peligro consentida en actividades sospechosamente delictivas, como la receptación¹⁶⁶⁷, etc.). Una cuestión muy complicada de resolver tan fácilmente se presenta en el siguiente grupo de interrogantes: ¿hasta qué punto el incumplimiento o el cumplimiento ineficaz del deber del garante ha de ser paliado o corregido por el deber de autoprotección de la víctima? ¿Quién responde en un accidente laboral, si el superior jerárquico omite medidas de control estando el trabajador al tanto de ello? Pongamos por caso el del trabajador industrial que sabe que determinadas máquinas (peligrosas para la integridad física) no han pasado el control de rutina y que funcionan de modo defectuoso. A pesar de ello, el trabajador no realiza el reclamo pertinente y continúa utilizando la máquina. Al cabo de un tiempo sufre una grave lesión como producto del desperfecto mecánico. ¿Acaso la infracción a medidas evidentes de autoprotección no harían disminuir la responsabilidad en el hecho por parte del sujeto garante? A mi entender, el *sui salvare* es más intenso que el *alterum salvare*, en la medida que la infracción a la incumbencia de autoprotección sea excesivamente “escandalosa” e invite a retirar la protección del Derecho penal. Esto es, que el que es capaz de poner en riesgo su vida, sabiendo que quien debe protegerlo no lo protege y, a la vez, tampoco lo hace el sujeto para sí mismo, entonces, luego no puede reclamarle *ex post* al Derecho penal algún tipo de protección¹⁶⁶⁸.

b.i. También, sobre todo en los delitos imprudentes, el mismo autor puede eludir medidas de autoprotección lo que conduce muchas veces a padecer una *poena naturalis*. Pero, a diferencia de los casos en que la *poena naturalis* se genera de la misma comisión del delito imprudente y que puede dar lugar a la atenuación de la responsabilidad penal, en aquéllos tal atenuación no sería procedente, toda vez que la inobservancia de las medidas de autoprotección se lleva a cabo en un curso prohibido. Por regla general, las medidas de autoprotección del autor cobran sentido en los delitos imprudentes cuando el mismo autor también se encuentra “dentro” de la situación de riesgo (delitos de tráfico, no así el uso de un arma de fuego de modo imprudente).

(c) *Autopuesta-omisiva en peligro dolosa y heteropuesta-omisiva en peligro dolosa-consentida*¹⁶⁶⁹. Ejemplo, ¿subsiste el deber de salvamento del autor cuando la víctima

¹⁶⁶⁷ Incluso en esta clase de delitos la forma imprudente de obrar por parte de la víctima le puede convertir en cómplice.

¹⁶⁶⁸ Quedarán otras vías de reclamación, como la civil.

¹⁶⁶⁹ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, “La victimo-dogmática en el Derecho extranjero”, en *Victimología*, 1999, pp. 107 y ss. (sobre los delitos de omisión).

renuncia a su propia vida? ¿Acaso la víctima que ha de ser salvada de una situación de grave peligro, como el ahogamiento, puede renunciar a sus “últimos manotazos de ahogado” por el solo hecho de avizorar que una barca se aproxima a su rescate? Ciertamente, es difícil para cuando se presume que la víctima quiere salvar su vida que ésta misma renuncie a su autoprotección, pero no es descabellado suponer que cada uno debe de procurar mantenerse incólume con independencia del deber que los demás tienen respecto de nosotros. No son razonamientos incompatibles. Otros casos problemáticos: suicidio o renuncia al tratamiento de salud que le ha de salvar la vida por parte del sujeto pasivo¹⁶⁷⁰. En estos casos, cabe preguntarse si acaso se mantiene en pie el deber de salvamento o el deber de socorro o de auxilio del facultativo de la salud, cuando es la propia víctima la que renuncia de modo imprudente o dolosa a la autoprotección¹⁶⁷¹, incluso negando o entorpeciendo que el curso salvador del tercero sea ejecutado (por ejemplo, lanza el salvavidas lejos de sí o se niega a sujetarse a las cuerdas de los piolets en la alta montaña)¹⁶⁷². La doctrina generalmente niega que en estos casos de “renuncia” de la víctima subsista el deber de socorro o auxilio, por cuanto no se puede exigir al salvador que realice una medida imposible e incluso completamente inútil (frente a una víctima que no quiere salvarse)¹⁶⁷³. En estos casos es más factible o bien reconocer el decaimiento del deber de socorro o bien la ruptura de la relación de garantía respecto de la víctima (lo que conduciría a negar la comisión por omisión)¹⁶⁷⁴.

5. Puedan darse todavía dos estructuras más: (d) *autopuesta-omisiva en peligro imprudente y heteropuesta-omisiva en peligro imprudente-consentida* y, (e) *causas de justificación y exculpación*, sobre las que no puedo manifestarme en este trabajo, por razones de objeto y espacio.

6. En palabras resumidas, justamente, como derivados lógicos que son, las incumbencias de autoprotección no son algo que lleve a afirmar que las personas adopten medidas activas (preventivas o reactivas) de autoprotección de forma exagerada, sino, por el contrario,

¹⁶⁷⁰ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *ibidem*. Cita como ejemplo la renuncia del sujeto pasivo a la transfusión de sangre en el famoso supuesto de los Testigos de Jehová.

¹⁶⁷¹ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *ibidem*. Esto sólo vale para las situaciones en que la decisión de suicidio o de renuncia al tratamiento se adopta libre y responsablemente por parte del sujeto pasivo.

¹⁶⁷² Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *ibidem*.

¹⁶⁷³ El deber de socorro no comporta paternalismo. No puede imponerse a la fuerza el deber de salvamento.

¹⁶⁷⁴ Cfr. NEUMANN, “Die Strafbarkeit der Suizidbeteiligung”, *JA*, 1987, p. 248, y nota al pie 28. También SILVA SÁNCHEZ, *ibidem*.

siempre que sea posible y exigible, de un modo razonable¹⁶⁷⁵. Una manifestación de la adopción de medidas de protección personal puede realizarse evitando emprender conductas dolosas o imprudentes que de forma directa o indirecta terminen redundando en perjuicio propio¹⁶⁷⁶. Al decir de SILVA SÁNCHEZ, no existe, desde luego, un deber de prevenir ni de oponerse activamente a las agresiones provenientes de otro. Por ejemplo, ninguna empresa se encontrará obligada penalmente a contratar agentes de seguridad, ni los ciudadanos a comprar radiocasetes extraíbles, ni a instalar alambres o guardas en torno a sus piscinas; así como, tampoco, nadie estará obligado a hacer uso de su derecho a la legítima defensa. Por el contrario, las únicas medidas activas que podrían considerarse exigibles a las personas serían aquellas cuya adopción evitaría que un curso lesivo, que ya haya abandonado la esfera de competencia del autor, agravara la propia esfera. En estos casos, sí que se deberían asumir medidas básicamente paliativas o neutralizadoras de los efectos de la lesión¹⁶⁷⁷. A mi entender, es perfectamente cierto que no existe un deber de prevenir -como criterio a regir en primer lugar- pero sí, en todo caso, un deber de autoprotegerse, que según el contexto de riesgo, puede conducir a la víctima al extremo de asumir medidas de prevención. En estos casos la autoprotección puede devenir en autoprevención cuando la facticidad lo demande. Por eso, tomando de ejemplo los citados anteriormente es verdad que, en principio y, por principio, no existe un deber de comprar radiocaseteras portátiles, pero los deberes de aseguramiento han de contextualizarse, si no se quiere caer en puros formalismos. De este modo, si la coyuntura social, como cosa de todos, lo demanda (ola de robos), una infracción del deber de autoprotección puede significar en el caso concreto el no haber previsto la compra de una radio extraíble o el no uso de candados y rejas en las puertas y ventanas del hogar. Incluso, en supuestos extremos, la infracción a la incumbencia de autoprotección podría ser vista por algún sector de la sociedad como un acto de provocación. La facticidad configura la normatividad. Sin agravios comparativos, hay sociedades en donde dejar con candado la moto es una medida básica de autoprotección mientras que en otras sociedades podría ser vista como una medida de prevención no obligatoria o excesiva.

¹⁶⁷⁵ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, “¿Consideraciones victimológicas en la teoría jurídica del delito?”, en *LH al Profesor Antonio Beristain*, 1989, p. 641.

¹⁶⁷⁶ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *ibidem*, pp. 641-642. Al respecto, señala este autor que la medida de autoprotección ha de significar por lo menos que la víctima no favorezca con su comportamiento de modo consciente a la puesta en peligro, ni a una mayor intensificación del mismo, de sus bienes jurídicos.

¹⁶⁷⁷ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *ibidem*, p. 641, nota al pie 51.

II.III.4.c.ii. Incumbencias-medio (hipotéticas): seguimiento razonable de las normas

1. Las incumbencias-medio son incumbencias operativas de las incumbencias-fin. Son el instrumento para el ejercicio razonable y no egoísta de la libertad, como el seguimiento razonable de las normas. Las personas gestionamos adecuadamente nuestra esfera en la medida en que no infringimos las incumbencias-fin. Debemos mantener la organización o nuestra libertad dentro de los límites permitidos. ¿Pero por dónde empezar? ¿Hasta dónde exigir que las personas se mantengan capaz de imputación? Un descuido en los límites que pongamos a la observancia de esta incumbencia podría remontarnos al infinito. Así, ¿basta para mantenerme capaz de imputación el evitar “caer en desgracia” cuando me abstengo de no embriagarme o cuando bebo con moderación y mantengo el autocontrol? Si fuera de este modo, ¿cómo me abstengo de no embriagarme o cómo bebo con moderación? ¿Dónde se encuentra el límite? ¿No concurriendo a determinados lugares, no concurriendo con determinadas personas, no consumiendo determinados licores o, tajantemente, no representándome ninguna clase de bebida alcohólica que me provoque el deseo de beberla? Para ofrecer un punto de partida, he escogido algunas enseñanzas de la doctrina de la virtud (*Tugendlehre*) kantiana, sin que ello signifique la “virtudialización” de las exigencias individuales. KANT enseña que los impulsos de la naturaleza, nuestras inclinaciones sensibles, suponen una especie de obstáculos al cumplimiento de los deberes. El hombre debe luchar contra ellas y neutralizarlas mediante la razón, no sólo para el futuro, sino ya, ahora (en el momento mismo de pensar sobre tales impulsos)¹⁶⁷⁸. Este esfuerzo en vencer nuestra propia naturaleza como impeditiva de la disposición a cumplir con los deberes sería un “disparador deóntico de autoneutralización”, una especie de incumbencia de inocuizar nuestra propia capacidad de lesión o de peligro, para evitar encontrarnos en una situación objetivamente típica que no podamos resolver a favor del deber¹⁶⁷⁹. No muy lejos se encuentra la *obligatio ad diligentiam* de la que hablaba FEUERBACH como base de su dogmática de la culpa: el deber para el sujeto consiste tanto en no querer realizar el efecto

¹⁶⁷⁸ Cfr. KANT, *La metafísica de las costumbres*, 1989, pp. 229-230.

¹⁶⁷⁹ KANT enseña que el concepto de deber es en sí el concepto de una coerción o coacción del arbitrio libre por la ley. Esta coacción, por lo demás, puede ser exterior o bien interior, es decir, una autocoacción. De la primera se ocupa el Derecho, de la segunda, la ética. Cfr. KANT, *ibidem*, pp. 229, 231, 233. Al deber de oponer resistencia al adversario interno, lo denomina deber de virtud (p. 230). También, recientemente, se refiere a una incumbencia de esfuerzo (*Bemühensobliegenheit*) como la regla complementaria del cumplimiento del deber, PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 341 y ss., 353, 354 y ss. (al destinatario de la norma le incumbe esforzarse por el cumplimiento del deber que pesa sobre él).

contrario a la ley, como en omitir todo aquello que sea necesario para evitar que de él se derive un efecto contrario a su voluntad¹⁶⁸⁰.

2. En lenguaje dogmático-jurídico-penal el principio de autorresponsabilidad puede ser explicado como la responsabilidad por uno mismo (lo que se suele denominarse la *Verantwortung für sich selbst* o la *Garantenstellung für sich selbst*)¹⁶⁸¹. Una aplicación rigurosa del principio de que todos somos *garantes por nosotros mismos* puede llevarnos a imputar todo tipo de delito que el sujeto cometiera en un estado defectuoso por haberse impedido a sí mismo el mantenimiento óptimo de sus conocimientos. Quien gestiona conscientemente su propio ámbito de tal manera que lo torna incontrolable en cuestión de riesgos, debería responder por todos aquellos hechos delictivos que se generen en su ámbito de organización¹⁶⁸². Pero, ciertamente, sostener un concepto tan estrictamente, nos podría remontar a alguno de los mismos fundamentos de la teoría *versarista*, que supone imputar objetivamente determinados resultados con independencia de la culpabilidad del sujeto. Para evitar este anacronismo habría de ser posible que la imputación objetiva *in actu* cuente siempre con un fundamento subjetivo *in causa* (de lo que me ocupo a lo largo de todo el *Capítulo Quinto*).

II.III.4.c.ii.a. Incumbencia de mantenerse capaz de seguimiento (imputatividad) y de seguir las normas

1. Teniendo en cuenta que el seguimiento de las normas no se da por sí mismo, aunque éstas posean un carácter coactivo, ha de presuponerse que en virtud del principio de la autonomía individual, las personas cargan cada una de ellas con la incumbencia de procurarse el mantener la disponibilidad para el seguimiento de las mismas¹⁶⁸³. Y mantener la

¹⁶⁸⁰ Cfr. FEUERBACH, *Betrachtungen*, 1800, p. 208.

¹⁶⁸¹ La doctrina alemana se refiere a una “posición de garante por el propio cuerpo”, o “posición de garante por uno mismo”. Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2003 (2ª ed.), p. 339 (nota al pie 510, citando a WELP).

¹⁶⁸² Igualmente caben aquí los casos de *praeter*-conocimiento, es decir, cuando el sujeto en estado defectuoso realiza algo más allá de lo que suponía que realizaría. ¿Son los casos de *aberratio ictus* subjetiva, desvíos esenciales o inesenciales?

¹⁶⁸³ Cfr. GONZÁLEZ RIVERO, “Imputación jurídico-penal en estado defectuoso”, en *LH a Enrique Bacigalupo*, 2004, pp. 263-264 (siguiendo el pensamiento de JAKOBS). Para SÁNCHEZ-OSTIZ, “Las incumbencias como normas de conducta”, *CAF*, 2009, p. 160, al destinatario de la norma le incumbe adecuar su conducta a la regla específica, y para ello debe mantenerse en condiciones de cumplir, llegado el caso, con lo prescripto o prohibido en dicha regla. Las incumbencias (como normas secundarias) tienen como finalidad el hacer posible el cumplimiento de los deberes (normas primarias). Recientemente PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p.

disponibilidad para el seguimiento de las normas presupone un esfuerzo positivo en la mayoría de los casos, pues cierto es tanto *la fragilidad de la naturaleza humana*, que si bien *es lo bastante noble como para proponerse la pauta del respeto*, es paralelamente *bastante débil como para ponerla en práctica*¹⁶⁸⁴, como la necesidad de superarla. Como he manifestado en el *Capítulo Introductorio* de este trabajo, en una concepción en donde las normas jurídicas operan como el instrumento de diálogo entre los miembros de la sociedad, se hace necesario concebir a las personas con la capacidad de autodeterminarse desde la racionalidad valorativa a mantener en niveles óptimos los lazos de reconocimiento intersubjetivo. Con ello, la incumbencia de mantenerse susceptible de imputación como norma hipotética sólo puede tener validez si el sujeto reúne los requisitos mínimos de imputabilidad (voluntariedad, conocimiento y motivación)¹⁶⁸⁵. El Derecho no puede obviar estos requisitos elementales, que provienen de la naturaleza humana, y tampoco los puede “crear” u “otorgar”, sino sólo delimitar. El defecto de imputabilidad puede ser connatural al sujeto (como consecuencia de una deficiencia psicofísica de nacimiento o sobrevenida), o bien, configurada desde un acto responsable del mismo (por ejemplo, cuando éste se despoja conscientemente de su libertad, entendida desde su capacidad de imputación). La incumbencia de seguir u observar las normas jurídicas comporta el esfuerzo personal en mantenerse en condiciones óptimas de cumplir nuestras obligaciones y de mantenernos imputables, capaces de llegado el caso responder por nuestros hechos¹⁶⁸⁶. Que incumba algo a alguien presupone que éste tiene capacidad, no sólo de obrar conforme al deber, sino también de mantener la prudencia como fuente del obrar¹⁶⁸⁷. También aquí rige el principio

308, hace referencia a la necesaria disposición (*Bereitschaft*) que deben tener los ciudadanos en adquirir el conocimiento del contenido del Derecho, y en cumplir con el Derecho. Lo mismo rige, con la debida prudencia (*cum grano salis*), para el conocimiento de las circunstancias fácticas.

¹⁶⁸⁴ Las ideas en cursiva pertenecen a KANT, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, 1990 (9ª ed.), p. 72. Este filósofo entendía que el empleo de la razón debería servir de legisladora para administrar el interés de las inclinaciones.

¹⁶⁸⁵ Cfr. KANT, *La metafísica de las costumbres*, 1989, p. 36. Para KANT “el grado de imputabilidad (*imputabilitas*) de las acciones ha de valorarse subjetivamente, según la magnitud de los obstáculos que han tenido que superarse”.

¹⁶⁸⁶ Al mandato de “omitir la conducta contrapuesta a la competencia” [PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 255], le complementa una expectativa de segundo orden (*Erwartung zweiter Ordnung*): “procura dentro de lo razonable, de poder cumplir con aquel mandato con la suficiente fiabilidad” [(“Sorgt im Rahmen des Zumutbaren dafür, daß ihr dieser Forderung mit hinreichender Verlässlichkeit nachzukommen vermögt!”), *ibidem*, pp. 255 y 310]. He preferido traducir “Sorgt” por “procura”, porque esta palabra encierra el significado de esfuerzo por alcanzar algo, que el mismo PAWLIK señala como característico de la incumbencia de esfuerzo (*Bemühensobliegenheit*), pp. 341, *passim*.

¹⁶⁸⁷ BINDING exigía para el seguimiento de las normas como ejercicio de la lealtad al Derecho, una permanente sensatez en el examen (*prüfende Besonnenheit*) sobre el obrar (la *obligatio ad faciendum*). Cfr. BINDING, *Die*

ultra posse nemo obligatur. Cuando una persona afecta alguno de sus presupuestos subjetivos que hacen a su imputabilidad, se impide a sí misma la posibilidad de observar las incumbencias a su cargo y de orientarse según ellas.

1.a. “(...) ciertamente, nadie nos exhorta a hacer lo que no depende de nosotros ni es voluntario, porque de nada sirve intentar persuadirnos a no sentir calor, dolor, hambre o cualquier cosa semejante (...) Incluso castigan el mismo hecho de ignorar, si el delincuente parece responsable de la ignorancia; así, a los embriagados, se les impone doble castigo; pues el origen está en ellos mismos, ya que eran dueños de no embriagarse, y la embriaguez fue causa de su ignorancia. Castigan también a los que ignoran ciertas materias legales que deben saberse y no son difíciles; y lo mismo en los casos en los que la ignorancia parece tener por causa la negligencia, porque estaba en su poder no ser ignorantes, ya que eran dueños de poner atención”¹⁶⁸⁸.

2. La observancia de la incumbencia general de mantenerse capaz de imputación presupone para cada una de las distintas categorías del delito una diferente intensidad, por ende, una diferente exigibilidad¹⁶⁸⁹. Por ejemplo, en el nivel de la acción, dicha observancia se satisface con un mínimo, tanto de motivabilidad (*Antriebbarkeit*) como de cognoscibilidad (*Erkennbarkeit*)¹⁶⁹⁰ del propio comportamiento final¹⁶⁹¹, entendidas como posibilidades elementales de motivación y de conocimiento, respectivamente. A partir del nivel del tipo subjetivo, la dosis de exigencia requiere algo más que la mera posibilidad de conocer,

Normen und ihre Übertretung, t. I: *Schuld und Vorsatz*, 1965 (2ª ed. reimp.), p. 252. En la misma línea PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 308 (tanto el conocimiento del Derecho, como el conocimiento de las circunstancias fácticas requiere una cierta “ansiedad” -*Ängstlichkeit*- por parte del sujeto, pues sólo una correcta percepción de éstas puede evitar lesionar el Derecho). Así, también una pasada jurisprudencia del TS supo exigir para el delito imprudente “la diligencia y el cuidado que de ordinario despliega el hombre medio en sus relaciones sociales para evitar daños a tercero”. Cfr. STS 15/11/1980 (Vivas Marzal).

¹⁶⁸⁸ Cfr. ARISTÓTELES, *Ética Nicomáquea*, 1988, p. 190. Sin duda, la falta de atención como algo atribuible al sujeto que obra en estado de error en BALMES, *El criterio*, 1996 (11ª ed.), pp. 11 y ss.

¹⁶⁸⁹ Con el límite razonable del ciudadano previsor del que habla PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 308-309. Un ciudadano previsor ha de esforzarse por afrontar los problemas que puedan surgirle, pero sin que ello signifique, hacerle exigible acumular (*anhäufen*) a “troche y moche” conocimientos fácticos y jurídicos sólo para evitar encontrarse en una situación cuyo control requiera justamente de esos conocimientos.

¹⁶⁹⁰ Sobre la relación entre el principio de motivabilidad y el grado de consciencia mínimo requerido para hablar de acción, véase SILVA SÁNCHEZ, “La función negativa del concepto de acción”, *ADPCP*, 1986, pp. 921-923, *passim*. [p. 922: “(...) al aludir a un grado de conciencia mínimo nos referimos a una consciencia *real* y *no potencial, actual* y *no actualizable*. Además se trata de que concurra en el momento en que se desarrolla el proceso y no en otro anterior, en la línea de lo considerado en los esquemas de *actio libera in causa*”].

¹⁶⁹¹ Se sigue el concepto de conducta de SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2003 (2ª ed.), pp. 158-163, (el concepto de acción para este autor desempeña especialmente una “función negativa”, cual es la de excluir *ab initio* de la consideración jurídica todos los procesos humanos que no reúnen los requisitos mínimos para ser objeto de normación penal; a la vez que cumple una “función relativa” a la tipicidad penal del hecho, y con ello una “función positiva” se servir de sustrato a la atribución de sentido del juicio de tipicidad).

requiere el conocimiento actual o sobreactual (lo que se denomina conocimiento coconsciente o capaz de consciencia¹⁶⁹²).

II.III.4.c.ii.b. Incumbencia subjetiva de conocer

1. Una manifestación menos intensa de la incumbencia de mantenerse capaz de imputación viene dada por la incumbencia de conocer. En tal sentido, quien se despoja conscientemente de su condición de imputatividad (capacidad de responder por el hecho) obra de un modo más lesivo que quien infringe una carga de adquirir conocimiento en una situación típica. En el *Capítulo Quinto* se podrá apreciar que mientras que la infracción a una incumbencia de mantenerse capaz de imputación da lugar a una imputación extraordinaria grave, la elusión a una incumbencia de conocer, sólo genera una imputación extraordinaria leve. Evidentemente, también quien no observa conscientemente su incumbencia de mantenerse capaz de imputación puede infringir una incumbencia de conocer, pero en este caso esta última será solo el medio desde el cual se infringe la primera, a diferencia de los supuestos en que el sujeto de un modo menos complejo elude la incumbencia de conocer directamente en el momento del hecho.

2. Las incumbencias-fin de heteroprotección y de autoprotección se concretan del siguiente modo: a cada uno le compete procurar mantenerse en estado propicio de seguimiento de las normas o, como dice JAKOBS, quien quiera orientarse en el mundo ha de conocer sus reglas (naturales, sociales)¹⁶⁹³. Esto comporta no sólo la neutralización de toda clase de tendencia a la infracción de dichas normas, sino también el mantenimiento de la propia capacidad del mínimo de accesibilidad cognitiva que debemos poseer para el cumplimiento de aquéllas¹⁶⁹⁴. Para ello es necesario, por ejemplo, informarse debidamente o cerciorarse acerca de las consecuencias de ciertos riesgos que asumimos y cuyos efectos

¹⁶⁹² = *bewusstseinsfähig*.

¹⁶⁹³ Cfr. JAKOBS, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, 2003, pp. 48 y ss.

¹⁶⁹⁴ El deber de conocer las normas se halla en una metanorma para MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, 2001, p. 588. También en esta línea CUELLO CONTRERAS, “La teoría de la culpabilidad”, *CPC*, 1987, pp. 281 y ss. Señala que la *imprudencia iuris* se basa en que la lesión de la norma realmente desconocida por el autor ha tenido su origen en la lesión de una norma general que obliga a todo ciudadano (al que se supone conocedor de su contenido) a comportarse en cada situación como el hombre medio en quien piensa el Derecho al promulgar sus mandatos. En filosofía moral, HONDERICH llama “*partly intentional omissions*” a las omisiones que resultan del no querer informarse de las situaciones en las que se requiere el cumplimiento de un deber positivo general. Cfr. HONDERICH, *Violence for equality*, 1980, p. 71.

desconocemos, conducirse por la vida medianamente informados, así como evitarse a sí mismo el surgimiento de la ignorancia supina¹⁶⁹⁵, la degradación de nuestros conocimientos básicos y cotidianos, así como los conocimientos cualificados que necesitamos poseer para cumplir debidamente nuestras funciones¹⁶⁹⁶. En otras palabras, una vida pacífica en sociedad exige ciertas *prestaciones* por parte de los ciudadanos, muchas de las cuales se han de realizar desde un esfuerzo, porque no siempre surgen espontáneamente¹⁶⁹⁷. Si se pretende evitar que los unos dañen a los otros -fuera de los supuestos fortuitos, permitidos y disculpados- es necesario exigirse mutuamente *una parte de sí*, al menos en los términos de saber lo que hacemos cuando ejercemos nuestra libertad (el *recte vivere*). El ejercicio razonable de nuestra libertad requiere un esfuerzo consciente en el conocimiento y observancia de las normas, que se inicia desde la mínima consideración por prestar atención¹⁶⁹⁸. Mientras no conocemos las normas, nos concierne averiguar sobre ellas y, cuando ya las conocemos, nos incumbe observarlas¹⁶⁹⁹. Si relacionamos el principio de

¹⁶⁹⁵ Según el DRAE consiste en la ignorancia que procede de negligencia en aprender o inquirir lo que puede y debe saberse.

¹⁶⁹⁶ Algo similar en el ámbito de la imprudencia enseña ROXIN, *StrafR, AT*, 2006 (4ª ed.), § 24, nm. 36, p. 1076 [1997, pp. 1009-1010], para quien toda persona que “se dispone a realizar una conducta cuyo riesgo para bienes jurídico-penalmente protegidos no puede valorar, debe investigar; si la investigación no es posible o el resultado esperanzador, se debe abstener de la conducta”. A este deber de investigación lo denomina *Erkundigungspflicht* (“Wer etwas nicht weiß, muss sich informieren”). También en este sentido MIR PUIG, *Dp*, 2011 (9ª ed.), p. 298.

¹⁶⁹⁷ Por ejemplo, ya KANT en relación con la máxima del *sapere aude*, señalaba que “los hombres van abandonando poco a poco el estado de barbarie gracias a su propio esfuerzo, con tal de que nadie ponga un particular empeño por mantenerlos en la barbarie”. Cfr. KANT, *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, 2004, p. 91.

¹⁶⁹⁸ Cfr. MERKEL, *Dp*, 1906, pp. 124-125 [2004, pp. 88-89]. Hay que tener en cuenta el grado de atención que - en determinadas circunstancias- toda persona que cumpla con sus deberes debe prestar. Esto indica que a nadie se le puede exigir que esté constantemente prestando una atención concentrada a todas las cosas. Por regla general, todo el mundo está obligado a observar en todas las circunstancias de la vida aquellas condiciones bajo las cuales se hace compatible su conducta, de acuerdo con las enseñanzas de la experiencia, con los intereses jurídicos de los demás y, por consiguiente, a dirigir sus cuidados en tal sentido que permita sostener que ha cumplido con su deber.

¹⁶⁹⁹ También ya de esta idea SILVELA, *El Dp*, 1908 (2ª ed.), t.1, p. 67. Para este autor es libre el ciudadano en investigar en qué consiste el Derecho, a la vez que está obligado a aceptarlo desde que lo conoce como un principio racional para su determinación. De allí se deriva que no puede, por su propia autoridad, imponer a los demás lo que estime como recto y como justo. Por lo que alcanzo a entender del pensamiento de SILVELA, la libertad del ciudadano en la búsqueda del Derecho no habría de entenderse como libertad de conocer o no conocer el Derecho, sino como una libertad limitada a conocer el Derecho de la forma en que cada uno escoja. En un comentario a las *Kulturnormen* de MAYER, sostiene MOLINA FERNÁNDEZ que, cuando aquél autor decía que el sujeto no infringe una norma jurídica primaria sino una norma de cultura, con ello lo que pretendía era más bien destacar que el conocimiento de las normas lo obtiene el ciudadano, no directamente de la ley, sino de las normas sociales de cultura en las que se basa la ley. Cfr. más detalles en MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, 2001, p. 46, nota al pie 9.

autogestión kantiano con las incumbencias subjetivas evocamos el pensamiento de la Ilustración. Para KANT la “*Ilustración significa el abandono por parte del hombre de una minoría de edad cuyo responsable es él mismo*. Esta *minoría de edad* significa la incapacidad para servirse de su entendimiento sin verse guiado por algún otro. *Uno mismo es el culpable* de dicha minoría de edad cuando su causa no reside en la falta de entendimiento, sino en la falta de resolución y valor para servirse del suyo propio sin la guía del de algún otro”¹⁷⁰⁰. Señalaba KANT el *sapere aude!*, esto es, el ¡ten valor para servirte de tu propio entendimiento!, como lema de la Ilustración¹⁷⁰¹. Para el filósofo alemán, “pereza y cobardía son las causas merced a las cuales tantos hombres continúan siendo con gusto menores de edad durante toda su vida, pese a que la Naturaleza los haya liberado hace ya tiempo de una conducción ajena (haciéndoles físicamente adultos); y por eso les ha resultado tan fácil a otros el erigirse en tutores suyos. Es tan cómodo ser menor de edad. Basta con tener un libro que supla mi entendimiento, alguien que vele por mi alma y haga las veces de mi conciencia moral, a un médico que me prescriba la dieta, etc., para que yo no tenga que tomarme tales molestias. No me hace falta pensar, siempre que pueda pagar; otros asumirán por mí tan engorrosa tarea”¹⁷⁰².

3. El deber de conocer no supone que se esté pensando en sujetos que tienen que saber “todo” o “de todo”, porque ello supondría limitar a términos ridículos la libertad de acción¹⁷⁰³, sino en sujetos que tienen que procurarse los conocimientos necesarios para convivir y orientarse según las incumbencias básicas¹⁷⁰⁴. Una falta de conocimiento que

¹⁷⁰⁰ Cfr. KANT, *¿Qué es la Ilustración?*, 2004, p. 83.

¹⁷⁰¹ Cfr. KANT, *ibidem*. La expresión latina *sapere aude* ha sido traducida como “atrévete a saber”. Hasta donde se sabe parece ser que ya en la Epístola II (*Epistularum liber primus*) de HORACIO se mencionaba esta expresión, en donde el conocimiento es tomado como fuente de valor y coraje para enfrentar los avatares de la vida.

¹⁷⁰² Para más detalle KANT, *¿Qué es la Ilustración?*, 2004, pp. 83-84. Sin duda, este pensamiento sólo puede ser aplicado fuera de aquellos casos que ya desde el principio indiquen una imposibilidad en el sujeto de acceder al mensaje de la norma.

¹⁷⁰³ Cfr. PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 300: “Derart rigide Forderungen würden indessen die dem sicherheitsbewußten Bürger real verfügbare Freiheit im wesentlichen auf den engen Bereich vielfach erprobter Alltagsprozeduren („Skripten“) beschränken und dadurch das soziale Leben weitgehend lähmen”; JAKOBS, *Dp, Pg*, 1997 (2ª ed.), p. 394. Con algunas consideraciones similares en relación con el deber de conducta como deber de actuar diligentemente PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido*, 1995, p. 102, nota al pie 46.

¹⁷⁰⁴ Cfr. JAKOBS, *Dp, Pg*, 1997 (2ª ed.), p. 394, para quien “nadie es capaz de realizar la exigencia ideal de atención continua y tensa y de reacción rauda y oportuna”, por lo que a nadie se le podrá exigir que, siempre que no pueda poner en práctica esa exigencia ideal, omita actuar. De allí que lo que importará serán los conocimientos que se pueden obtener con un empleo de atención proporcionado en general, pues no existe

responda a la simple pereza del sujeto o a una conformidad pasiva con la realidad, así como a la ausencia de todo interés o curiosidad, puede conducir a la infracción de incumbencias básicas¹⁷⁰⁵. El no exigir esta suerte de deberes haría transmitir un peligroso mensaje de que es mejor renunciar a procurarse información o a confirmar las dudas, y andar livianamente por la vida beneficiándonos de los demás. La infracción de la incumbencia subjetiva de adquirir conocimiento sólo puede referirse al deber general que nos atañe a todos los ciudadanos en cuanto tales, el de informarnos o cerciorarnos de lo que hacemos en nuestra vida cotidiana para posibilitar el ejercicio general y ordenado de todas las libertades¹⁷⁰⁶. JAKOBS enseña que no basta con saber que no se debe lesionar a los demás, sino que es imprescindible saber lo que significa lesionar, por ejemplo, que un golpe fuerte genera daños o que los venenos matan, etc.¹⁷⁰⁷. En consecuencia, para que las normas puedan ser secundadas se requiere la capacidad de conocimiento de las mismas y el motivo generalizado por el cual la persona se dispone a orientar su conducta de acuerdo a ellas¹⁷⁰⁸. El mandato normativo sólo podría comprenderse por todos aquellos destinatarios que reúnan una suficiente capacidad de motivación normativa, para lo cual es indispensable, en primera instancia, contar con un grado mínimo de conocimientos¹⁷⁰⁹. Las incumbencias subjetivas nos dan estos grados mínimos y operan como mecanismos internos de activación de la prohibición contenida en la norma primaria, es decir, como condiciones para su infracción, siendo la incumbencia subjetiva de intensidad variable según se trate del injusto (circunstancias fáctico-normativas) o de la culpabilidad (circunstancias de la prohibición).

interés jurídico alguno en que las personas empleen todas sus energías para evitar daños, o de lo contrario se retiren de los contactos sociales.

¹⁷⁰⁵ La indiferencia en conocer cómo funcionan las cosas en sociedad, puede conducir a sujetos socialmente insensibles, es decir, extremadamente egoístas que miren sólo en procurarse su propio bienestar, y, desde un punto de vista social esto es ciertamente disfuncional; de modo, que la indiferencia en conocer ha de ser combatida. Similarmente JAKOBS. A modo de recordatorio, para este autor, el sujeto que se muestra como una persona a la que le es indiferente lo que pueda suceder, no se ve exonerado por su desconocimiento; pues, de lo contrario, el sistema de normas estaría promoviendo su propio desprecio. Cfr. JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, 1996, p. 58.

¹⁷⁰⁶ “Bien cabía presumir de antemano que el conocimiento sobre cuanto cada hombre se halla obligado a hacer, y por lo tanto también a saber, sería un asunto que compete a todo hombre, incluso al más corriente”. Aunque KANT aquí se refiere a lo que él llama el conocimiento moral (es decir, relativo a la moral), la idea encierra el sentido de las incumbencias subjetivas (como un asunto que compete a cualquier persona). Cfr. KANT, *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, 2002, p. 79.

¹⁷⁰⁷ Cfr. JAKOBS, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, 2003, p. 82.

¹⁷⁰⁸ Cfr. GONZÁLEZ RIVERO, “Imputación jurídico-penal en estado defectuoso”, en *LH a Enrique Bacigalupo*, 2004, p. 264.

¹⁷⁰⁹ Véase SILVA SÁNCHEZ, “La función negativa del concepto de acción”, *ADPCP*, 1986, pp. 922-923, 930, *passim*.

II.III.4.c.ii.b.ii. Incumbencia subjetiva de conocer según el grado de conocimiento o creencia

1. Las incumbencias subjetivas de conocer las incumbencias-categorías se diferencian de las incumbencias subjetivas de conocer que se derivan de las modalidades típicas del conocimiento y el error. Se distinguen así de las incumbencias elementales de conocer, las incumbencias de conocer los elementos del tipo penal. Por ejemplo, en los supuestos de conocimiento cierto al sujeto no le incumbe adquirir más conocimiento del que tiene, sino que debe abstenerse de obrar, si no pretende dar lugar al hecho delictivo. En los casos de conocimiento incierto y de creencia errónea vencible, por el contrario, el sujeto debe observar alguna incumbencia subjetiva de conocer, ya sea informándose o cerciorándose de la situación en la que se encuentra involucrado¹⁷¹⁰. Pero, la elusión de estas incumbencias subjetivas en el ámbito del tipo subjetivo no requieren a su vez dolo, es decir, un conocimiento típico, sino un conocimiento general de que se deja de cumplir una incumbencia de conocer algo que la situación demanda¹⁷¹¹. El conocimiento general de una incumbencia de conocer se deriva de la situación objetiva de peligro que reclama cuidado y previsión¹⁷¹². Así pues, la *capacidad de aprehensión cognitiva* del agente ha de entenderse susceptible de graduación sobre la base de la naturaleza del conocimiento con la cual el sujeto se representó los elementos objetivos del tipo, si de modo certero o en grado de duda o quizá bajo la creencia falsa de la no concurrencia de algún elemento típico¹⁷¹³.

¹⁷¹⁰ En los casos de conocimiento incierto, junto a la incumbencia de informarse se presenta el deber jurídico de abstenerse de obrar en casos de duda (este deber de abstención en la duda puede ilustrarse con la enseñanza de SAN IGNACIO DE LOYOLA, quien enseñaba a su Orden como regla de prudencia: “en tiempo de tribulaciones no hacer mudanza”). Los casos de error vencible se configuran desde una falsa representación de la situación por ausencia de conocimiento o de información de la situación típica. Sólo una vez que el sujeto se haya informado podrá advertir la situación peligrosa. En los casos de coconsciencia, en donde el sujeto conoce los elementos del tipo objetivo, pero no los ha integrado o no los ha actualizado en el momento del hecho, concurren incumbencias subjetivas de integración y actualización, es decir, de hacer consciente el conocimiento que el sujeto tiene.

¹⁷¹¹ Para SÁNCHEZ-OSTIZ, “Las incumbencias como normas de conducta”, *CAF*, 2009, p. 160, la incumbencia no es un deber cuya infracción requiere dolo por parte del agente.

¹⁷¹² Aunque la vida está repleta de “riesgos redhibitorios” (defectos ocultos), no son estos los que han de conocerse, sino aquellos que empleando el máximo de esfuerzo que nos caracteriza podamos advertir y evitar. Sobre el esfuerzo y la capacidad de evitación, véase el *Capítulo Cuarto*, epígrafe *II.IV.3.a. Fundamento del modelo de imputación moderado: exigibilidad como criterio regulativo*.

¹⁷¹³ Para MOLINA FERNÁNDEZ, todos los hechos delictivos, dolosos e imprudentes (y en sus diferentes grados) responden a un mismo esquema, pues en todos ellos el sujeto infringe una norma directiva de conducta. La diferencia, entonces, no estaría en su estructura sino en el objeto representado (con la excepción del dolo directo de primer grado que otorga relevancia al elemento intencional); en donde el contenido de la norma consiste sustancialmente en la prohibición de acciones que resultan *ex ante* peligrosas para bienes jurídicos.

2. El conocimiento certero se define como un conocimiento casi exacto de la situación típica, de forma que el deber jurídico de abstenerse de realizar el tipo penal se vería evidentemente lesionado en estos supuestos, porque el sujeto tiene un deber de neutralizar las consecuencias lesivas que se originan en su ámbito de organización. A diferencia del conocimiento dudoso y del error vencible (en donde el juicio de congruencia entre lo representado y la realidad objetiva resulta ser relativo o nulo), en el conocimiento certero el sujeto puede atenerse al deber de neutralización de modo mucho más fácil, casi espontáneamente, sin mayores esfuerzos. Es por esta razón que, en estos casos, el desvalor de la expresión del injusto subjetivo justifica una mayor pena, y no sólo se justifica una mayor pena en relación con el mayor desvalor de la acción, sino asimismo en relación con el mayor desvalor de la expresión (necesario para estabilizar las expectativas desestabilizadas). Por el contrario, en los supuestos de incerteza el autor posee un conocimiento dicotómico entre dos juicios posibles y opuestos, entre los cuales, por lo menos uno de ellos, se corresponde con una situación desvalorada en el tipo penal¹⁷¹⁴. Por este motivo, cuando el sujeto preso de una disyuntiva decide no observar la incumbencia de conocer¹⁷¹⁵ y prosigue con la ejecución de la acción en contra de lo jurídico-penalmente desvalorado, entonces se entiende que obra con dolo, porque rige también para él el deber de abstención, en este caso, la abstención de obrar en casos de duda. El desvalor del injusto subjetivo en el conocimiento incierto justifica una pena menor que la pena en relación con el conocimiento certero (dentro del marco penal del dolo), por su menor desvalor de la

Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, 2001, p. 709. Lo que este autor pasa por alto es considerar las incumbencias que subyacen a las directivas normativas, las cuales sólo pueden establecer la comunicación intersubjetiva sobre la base del grado de conocimiento que el sujeto tuvo en el caso concreto, y con ello, la diferencia entre el dolo y la imprudencia también se encontraría en su aspecto estructural. De este modo, aun cuando la norma jurídica tanto para el dolo como para la imprudencia consista en la prohibición de acciones que resultan *ex ante* peligrosas para bienes jurídicos, no obstante según concorra un conocimiento certero, uno dudoso o un error vencible, será la naturaleza de la incumbencia que pese sobre el sujeto. Con otros argumentos sobre los deberes, FEJOO SÁNCHEZ sostiene que cuando las normas describen los hechos como típicos, de tal descripción se derivan deberes directos de evitación tanto en los tipos dolosos como en los tipos imprudentes. Pero, en la responsabilidad penal por imprudencia además concurren otros deberes complementarios de evitación, que son deberes indirectos como los deberes de cuidado. Cfr. FEJOO SÁNCHEZ, *Retribución y prevención general*, 2007, pp. 720 y ss., 721. También SILVA SÁNCHEZ señala que las normas penales sólo pueden “incidir sobre conductas que el sujeto esté en condiciones de conducir (y evitar), esto es, dolosas o culposas”, y no en cambio sobre resultados, cuya realización depende esencialmente sobre procesos puramente fortuitos. Así, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2010 (2ª ed.), pp. 626 y ss., 629 y ss.

¹⁷¹⁴ Si entre las opciones que el autor se representa todas ellas son típicas, entonces, el deber jurídico de abstenerse de obrar en casos de duda se ve reforzado por el deber jurídico de abstenerse de realizar el tipo penal (el cual puede ser secundado por un deber jurídico de abstenerse de realizar el tipo penal *más grave*).

¹⁷¹⁵ El deber de despejar la duda o de salirse del estado de incerteza.

acción y menor desvalor de la expresión. Por su parte, en los supuestos de suposición errónea vencible subyace una incumbencia de adquirir información¹⁷¹⁶. Como resulta lógico de entender, tanto el deber jurídico de abstenerse de realizar el hecho delictivo como el deber jurídico de abstenerse de obrar en casos de duda no pueden operar directamente sobre un sujeto que ni siquiera se representa como opción alternativa algún elemento del tipo penal. Esto es así, pues ninguno de estos dos deberes jurídicos pueden surtir efectos intersubjetivamente sobre un individuo que es dueño de una representación falsa de la realidad, ya sea por desconocer alguno de los elementos de la situación objetivamente típica o por conocer muy genéricamente alguno de los elementos accidentales de la situación típica. Quien obra en la mencionada situación no puede (en términos auténticos de imposibilidad) abstenerse de realizar el tipo penal ni abstenerse de obrar en casos de duda, sencillamente, porque no se sabe lo que se hace o se deja de hacer en relación con los bienes jurídicos tutelados. De allí que la infracción de la incumbencia de adquirir información pase a ser el fundamento que permite atribuir conocimiento de modo extraordinario. La dosis de diligencia exigible para obtener la información en la situación concreta en la que se encuentra el sujeto, habrá de determinarse según las reglas que gobiernen la situación¹⁷¹⁷. Al igual que en el supuesto del deber de conocer en la incumbencia de adquirir información también se necesita concretar la medida o dimensión del cuidado exigible. En efecto, habrá que determinarse en qué medida el sujeto debería haber sabido o se debería haber representado la concurrencia de determinados elementos típicos. Puesto que esta carga subjetiva opera como una obligación positiva de hacer algo¹⁷¹⁸, de procurarse medianamente la información debida en el caso concreto, entonces podría hablarse en términos de vencibilidad o evitabilidad del error siempre que el sujeto se haya apartado considerablemente de las reglas de cuidado y prudencia; y que *ex post*, se pueda acreditar que fue este apartamiento lo que impidió al mismo tomar contacto con el conocimiento real de la situación (al menos, en grado de duda). En los supuestos de error vencible, el desvalor del injusto subjetivo justifica una pena menor que la pena en relación con el conocimiento

¹⁷¹⁶ El deber de cerciorarse (“*sich Gewissheit verschaffen*”) se presenta en todos aquellos supuestos en donde el sujeto no conoce con certeza, es decir, tanto en el dolo eventual como en la imprudencia consciente.

¹⁷¹⁷ No se trata de un deber ilimitado de obtener conocimiento. También en relación con el deber de cuidado sobre las circunstancias fácticas, KINDHÄUSER, *StrafR, AT*, 2011 (5ª ed.), § 33, nm. 4.

¹⁷¹⁸ El deber negativo de abstenerse de realizar acciones peligrosas o el deber positivo de actuar prudentemente en situaciones peligrosas son deberes comunes a todos los grados de conocimiento, y no sólo deberes específicos de los supuestos de error vencible. Algún sector de la doctrina, por el contrario, identifica estos deberes como propios del deber de cuidado externo que subyace a la infracción de la norma de cuidado de los tipos imprudentes. Por ejemplo, cfr. MIR PUIG, *Dp, Pg*, 2011 (9ª ed.), pp. 297 y ss.

en grado de duda (dentro del marco penal de la imprudencia), teniendo en cuenta tanto el menor desvalor de la acción como el menor desvalor de la expresión. Gráficamente la estructura deóntica de las clases de conocimiento y creencia errónea es la siguiente¹⁷¹⁹:



II.III.4.c.ii.b.ii.a. Duda resoluble e irresoluble

1. La duda supone dos juicios: un juicio falso y otro verdadero. Por el contrario, el error comporta siempre un único juicio falso¹⁷²⁰. Conceptualmente, estos estados mentales, son similares entre sí en cuanto al extremo de lo falso, pero la duda se acerca a la certeza en cuanto a lo verdadero. Los casos de duda no deben confundirse con la duda como manifestación del ánimo¹⁷²¹, sino que han de identificarse con la concurrencia de dos juicios posibles y opuestos, en donde uno de ellos es cierto y el otro falso respecto a una realidad típica determinada. Nuestro conocimiento corriente nos da una visión no siempre correcta de la realidad, porque a veces éste es meramente aproximativo. Para señalar que tenemos seguridad en algo que sabemos decimos que tenemos certeza, mientras que para señalar que

¹⁷¹⁹ Se podrá apreciar el cómo opera esta estructura deóntica en el nivel de la imputación a lo largo de todo el *Capítulo Quinto*, al cual me remito. Aquí sólo adelanto la estructura deóntica junto a las clases de imputación.

¹⁷²⁰ Distingue también entre duda (= conocimiento eventual) y error, SILVA SÁNCHEZ, “Observaciones sobre el conocimiento eventual de la antijuridicidad”, *ADPCP*, 1987, p. 654, nota al pie 26.

¹⁷²¹ Para estos casos, puede emplearse lo que los filósofos denominan *aoristia*, como sinónimo de incertidumbre, vacilación o duda profunda.

tenemos inseguridad decimos que tenemos dudas (poca certeza o incerteza). La certeza es, por lo tanto, el grado de seguridad que tenemos en que nuestro conocimiento se corresponde con la realidad. Por el contrario, la duda equivale a sostener que el conocimiento que tenemos sobre algo no es completamente cierto, sino que algún aspecto del mismo no se corresponde con la realidad, siendo conscientes de que hay datos contradictorios en nuestra representación. Por ejemplo, cuando dudamos, contamos con ciertas evidencias o convicciones que algo es “A”, pero en sentido contrario, también contamos con algunas evidencias o convicciones de que ese algo es “B”.

2. En la dogmática del dolo eventual rige la regla ¡ante la duda, abstente!¹⁷²² porque en caso de duda típica hay que comportarse en favor de la salvaguarda del bien jurídico ya sea evitando la realización de la conducta dudosamente típica o bien despejando el estado de duda. En el conocimiento eventual de la antijuridicidad ARMIN KAUFMANN distinguió entre las dudas eliminables (disipables o resolubles) y las dudas insolubles (irresolubles)¹⁷²³ y defendió, paralelamente, el principio de que la duda acerca del deber debe ser resuelta a favor del deber¹⁷²⁴. Son dudas resolubles (*behebbaeren Unrechtszweifeln*) aquellas fácilmente vencibles, que con un poco de esfuerzo el sujeto puede despejar (recurriendo a una fuente externa de información idónea o a sus especiales conocimientos y habilidades). Por regla general, las dudas resolubles quedarán acotadas al ámbito del Derecho penal nuclear pero también, de modo excepcional, pueden presentarse en delitos menos comunes en relación con sujetos especialistas en la materia que reúnan las condiciones requeridas en el tipo penal (como el juez en relación con la prevaricación). En cuanto a las dudas irresolubles (*unbehebbaeren Unrechtszweifeln*) se puede señalar que se presentan en situaciones complejas, confusas o de premura, en donde el sujeto cuenta con escasos medios

¹⁷²² En relación con el conocimiento eventual de la antijuridicidad, cfr. OLAIZOLA NOGALES, *El error de prohibición*, 2007, p. 71; FELIP I SABORIT, *Error iuris*, 2000, p. 133. Ya antes, ROXIN, *StrafR, AT*, 2006 (4ª ed.), § 21, nm. 29, p. 941 [1997, p. 875].

¹⁷²³ Cfr. KAUFMANN, (Armin), “El dolo eventual en la estructura del delito”, *ADPCP*, 1960, pp. 206 y ss. [= “Der *dolus eventualis* im Deliktsaufbau”, *ZStW*, 1958, p. 86]. También de esta distinción en sede del conocimiento de la antijuridicidad, OLAIZOLA NOGALES, *El error de prohibición*, 2007, pp. 72 y ss.; FELIP I SABORIT, *Error iuris*, 2000, pp. 133 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, “Observaciones sobre el conocimiento eventual de la antijuridicidad”, *ADPCP*, 1987, pp. 654 y ss.

¹⁷²⁴ Así, KAUFMANN, (Armin), “El dolo eventual en la estructura del delito”, *ADPCP*, 1960, p. 204 [= “Der *dolus eventualis* im Deliktsaufbau”, *ZStW*, 1958, p. 84]. “Se piensa generalmente que las dudas en torno a la infracción del deber deben resolverse a favor del cumplimiento de éste y, así las cosas, es lógico que el no hacerlo dé lugar a responsabilidad, incluso en la misma medida que si no hubiera duda alguna sobre la antijuridicidad del hecho”. Cfr. SILVA SÁNCHEZ, “Observaciones sobre el conocimiento eventual de la antijuridicidad”, *ADPCP*, 1987, p. 649 (citando a WARDA, 1974).

para disipar la incerteza¹⁷²⁵. Para los casos de dudas típicas son necesarios dos elementos: el primer elemento es la situación o estado de duda, en la que el sujeto advierte la eventual lesividad social que comporta su conducta y, el segundo elemento es la respuesta cognitiva del sujeto ante la duda, como una toma de postura intelectual (no volitiva, ni emocional), que se manifestará en el comportamiento que asuma¹⁷²⁶. Si ante la duda, el autor continúa asumiendo el riesgo típico, entonces se dirá que se ha inclinado por realizar el extremo típico representado como inseguro de producirse. Por el contrario, si el sujeto ante la duda se abstiene de proseguir con su conducta, entonces se dirá que el sujeto se ha decidido a favor de la no lesividad social. En todo caso, la seriedad de la duda y su dificultad son inversamente proporcionales a los esfuerzos que empeñe el sujeto en la observancia de la incumbencia de información¹⁷²⁷ y estos esfuerzos han de ser medidos sobre la base de un baremo subjetivo (la persona del autor) y no sobre la base de un baremo objetivo (hombre medio)¹⁷²⁸. En este sentido, lo que distingue a la duda resoluble de la irresoluble es la situación subjetiva de vencibilidad o invencibilidad del estado de duda que dependerá de la situación objetiva que vive el autor.

II.III.4.c.ii.b.ii.b. Error vencible e invencible

1. Dejando de lado los supuestos de desconocimiento absoluto que no pueden ser imputados ni como dolo ni como imprudencia, la suposición errónea vencible sí genera responsabilidad penal. Por regla general, respecto de los conocimientos generales al alcance de todos y de riesgos evidentes, en casos de error rige una *presunción de evitabilidad del error* (en consonancia con la teoría de los conocimientos mínimos¹⁷²⁹)¹⁷³⁰, que puede ser

¹⁷²⁵ Esta clase de dudas pueden presentarse en mayor medida en el ámbito del Derecho penal accesorio, pero también pueden originarse en un sujeto que provenga de una culturización diferente (extranjero, o subculturas urbanas). En estos casos, el Estado no es responsable por el déficit de conocimiento acerca del desvalor social de la conducta proveniente de las pautas valorativas mayoritarias, sino sólo (en una sociedad cada vez más plural), de gestionar la convivencia pacífica entre diferentes culturas.

¹⁷²⁶ En esto me remito a lo que he manifestado del conocimiento como una respuesta teórica desde la filosofía hildebrandiana, mencionada en el *Capítulo Primero*.

¹⁷²⁷ Para la duda en la antijuridicidad, cfr. FELIP I SABORIT, *Error iuris*, 2000, p. 148.

¹⁷²⁸ Véase el *Capítulo Cuarto*, epígrafe *II.IV.2.b.ii.a. Toma de postura a favor del modelo diferenciador intersubjetivista-subjetivista*.

¹⁷²⁹ Véase *Capítulo Cuarto* epígrafe *II.IV.2.b.ii.a. Toma de postura a favor del modelo diferenciador intersubjetivista-subjetivista*.

¹⁷³⁰ La STS 26/01/1993 (Martín Pallín) resolvió la vencibilidad del error de tipo sobre la base de un criterio objetivo del hombre medio, en un delito de malversación: “el error es por su propia naturaleza una situación personal en la que se encuentra el que lo sufre, pero (...), sin embargo, no se puede admitir sin más su

desvirtuada o confirmada según el contexto en el que se desarrolla la actuación del sujeto y según sus circunstancias personales. La evitabilidad o vencibilidad del error está relacionada a los mecanismos posibles al alcance del sujeto para salir del error o no entrar en error¹⁷³¹, y como parte de ellos se presentan el tipo de actividad que el sujeto realiza junto a sus conocimientos sobre la materia, el grado de familiaridad con la situación típica¹⁷³² o el síndrome de riesgo que concurre. Por el contrario, la inevitabilidad está ligada a un factor de indisponibilidad de la información, por ejemplo, cuando las fuentes o medios del conocimiento resultan extraordinarias, de difícil acceso o no son objetivamente fiables. Si el sujeto que, ante la duda de si ha de cometer o no un delito de evasión fiscal, consulta un blog de ciudadanos aficionados en la web, y de allí obtiene una información que le beneficia, no puede luego alegar este extremo como fundamento exonerante de su error. Aun cuando este requisito no depende del sujeto, que puede realizar mucho esfuerzo y obtener nada a cambio, resulta ser un criterio objetivo a tener en cuenta para valorar el interés demostrado o el cuidado ejercido por el sujeto para vencer el error o resolver la duda¹⁷³³.

existencia, sino que para su apreciación tendrán que valorarse tanto las circunstancias subjetivas, facultades cognoscitivas y perceptivas del agente, como, (...), las circunstancias objetivas concurrentes en el caso enjuiciado, y con ambas, se verificará un juicio de referencia, con el hombre medio, es decir, la generalidad de las personas colocadas en idéntica situación, que permitirá apreciar el grado de vencibilidad del error, a efectos de determinar si éste es invencible, (...) o, por el contrario, vencible en tanto en cuanto pudo haber sido evitado, informándose adecuadamente de las circunstancias concurrentes o del significado del hecho. Cualquier funcionario municipal que desempeñase unas actividades semejantes a las que ostentaba el recurrente hubiera podido conocer, sin más esfuerzo que el que se deriva de un ordenado desempeño de su cargo, todas las disposiciones vigentes en materia de retribuciones (...)era el propio procesado el que confeccionaba las nóminas y el que se asignó un sueldo que no le correspondía, por lo que no cabe ampararse en el error ni vencible ni invencible, lo que provoca la desestimación del motivo”.

¹⁷³¹ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal*, 1997, p. 101. La vencibilidad resulta del hecho de que el sujeto disponía de los elementos para haber salido de su situación de error si hubiera aplicado la diligencia debida.

¹⁷³² Se ha visto que la filosofía searleana nos ofrecía el criterio de la familiaridad (y aspectualidad) para explicarnos el mecanismo de percepciones acertadas y equivocadas. Así, desde el punto de vista de la familiaridad se puede decir que el disparo mortal de un cazador a otro cazador, al que le confunde con un jabalí, puede resultar ser, según otros datos del caso, un supuesto de homicidio doloso, o imprudente (error de tipo evitable), porque para él le es familiar ver en la zona de caza, tanto a jabalíes, como a otros cazadores; pero el disparo mortal de un cazador a otro cazador disfrazado de oso resultará ser, en la mayoría de casos, un supuesto de error de tipo invencible (conducta atípica), porque para él no le es familiar ver cazadores disfrazados de animales en la zona de caza; de modo, que respecto de este caso, el cazador no tiene un deber de cerciorarse.

¹⁷³³ Un error resulta evitable cuando se puede reconducir la desaparición del mismo a cambio del conocimiento a la prestación de atención, cuidado o interés por parte del sujeto. Cfr. FEJOO SÁNCHEZ, “La teoría de la ignorancia deliberada”, *InDret Penal*, 2015, p. 5, quien señala que “a veces la falta de conocimiento debe llevar

2. El error de tipo tiene como efecto principal que, sea cual sea su grado de vencibilidad, excluye el dolo. Pero, de modo excepcional, en virtud de la tipificación cerrada de los delitos imprudentes (art. 12 CPes.) los casos de vencibilidad del error dejan en pie la imprudencia (art. 14.1 CPes.), mientras que la invencibilidad excluye el dolo y la imprudencia (art. 14.1 CPes.). Hay que determinar el deber que subyace a la creencia errónea según su clasificación. Por ejemplo, puede tratarse de una creencia errónea seria o bien tosca y burda. El grado de vencibilidad tendrá que ver con determinados criterios de imputación. El criterio de imputación más primario es el deber de diligencia, prudencia o cuidado (minoritariamente denominado deber de advertencia o atención¹⁷³⁴), de forma que si el error es fruto de la infracción de este deber y el tipo penal así lo permite se castigará por imprudencia. El deber interno general de obrar medianamente informado se concibe como algo distinto a la clásica tesis de la imprudencia entendida como la infracción de un deber objetivo de cuidado. Se entiende, por el contrario, como una infracción a una incumbencia subjetiva de conocer. En relación con este punto se presenta la cuestión bastante discutida del baremo de medición del cumplimiento del deber de cuidado en los casos de vencibilidad del error. Un sector de la doctrina entiende que cuando el legislador hace referencia a las “circunstancias personales” como un criterio para medir la vencibilidad del error, se está refiriendo al baremo del hombre medio¹⁷³⁵, lo que a mi entender, resulta un tanto –si se me permite– arbitrario, teniendo en cuenta que la expresión “personales” no puede comprenderse desde un punto de vista objetivo como equivalente a intersubjetivo¹⁷³⁶. Así pues, si objetivo es aplicable a circunstancias personales, entonces, este sector de la doctrina, debería aceptar como consecuencia de una interpretación sistemática de los artículos del Código penal que el adjetivo “personales” equivale al adverbio “objetivamente” de la regulación de la tentativa, lo que, a mi criterio, podría

a la conclusión de no hacer algo cuya dimensión se desconoce”. Igual consideración en MIR PUIG, *Dp, Pg*, 2011 (9ª ed.), p. 298.

¹⁷³⁴ Cfr. por ejemplo DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *El error*, 2008, p. 152.

¹⁷³⁵ Así, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *El error*, 2008, p. 153; PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido*, 1995, pp. 255 y ss.; BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1994, p. 112: “error ‘de tipo’ que se considerará o no evitable a partir del baremo del espectador normativo en la posición del autor –asimismo *ex ante facto*–”.

¹⁷³⁶ El art. 14.1 CPes. en este punto es muy claro: “Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente”. Igual apreciación de la regulación legal española ALCÁCER GUIRAO, *Actio libera in causa*, 2005, pp. 163-164; JOSHU JUBERT, “Algunas consecuencias que la inimputabilidad puede tener para la antijuridicidad”, *ADPCP*, 1989, p. 134. Por ejemplo MERKEL, *Dp*, 1906, pp. 124-125 [2004, pp. 87-88], enseña que la evitabilidad del error hay que valorarla en el momento del hecho y bajo las circunstancias fácticas y personales del autor. La capacidad y alcance intelectuales de cada persona ponen restricciones a la responsabilidad.

producir un desvarío semántico excesivo de los términos empleados por el legislador. ¿Son acaso equivalentes funcionales las expresiones circunstancias personales y actos que objetivamente deberían producir el resultado? ¿En todos ellos pretende el legislador hacer referencia a lo intersubjetivo? Evidentemente, una respuesta afirmativa a estas preguntas implicaría una interpretación extensiva en contra del reo en los casos de la imprudencia¹⁷³⁷. De hecho, si hipotéticamente colocáramos la expresión personales en la regulación de la tentativa (lo que sería coherente con el requisito positivo: la interrupción por causas ajenas a la voluntad del autor), el precepto legal admitiría –en paralelo a la interpretación de la legislación alemana- el castigo de la tentativa irreal. Ensayando lo dicho: “actos que *personalmente* deberían producir el resultado”. Si esta fuera la regulación española, teniendo en cuenta la tradición alemana en materia de tentativa, seguramente, se hubiera admitido el castigo de la superstitiosa (a diferencia de la regulación del error que tiene una tradición objetiva). En consecuencia, para la teoría del baremo objetivo en los casos en que concurre un error objetivamente vencible (error que hubiera vencido el hombre ideal en el lugar del autor) se castiga por imprudencia, aun cuando el autor concreto padeciera de un error (error subjetivamente invencible)¹⁷³⁸.

3. Pero no sólo ateniéndonos a la regulación legal del art. 14.1 CPes. hay que defender un baremo subjetivo de medición del deber de cuidado para la vencibilidad del error, sino

¹⁷³⁷ La forma de operar es la siguiente, según palabras de BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1994, pp. 112-113: “constatada la existencia de un error por la divergencia entre la representación subjetiva personal del agente, acerca de la situación y/o de la idoneidad lesiva de su conducta, y la representación que el espectador objetivo *ex ante facto* se forme, en el contexto concreto, conforme a leyes, acerca de la situación o acerca de la idoneidad lesiva de la conducta del agente, entonces la *relevancia* de este error ‘de tipo’ para el Derecho penal y su *tratamiento –vencibilidad o invencibilidad-* se determinará a partir del baremo del espectador normativo ‘en la posición del autor’ –según el delito respectivo, conforme al baremo del hombre medio, del hombre del tráfico, etc., en la posición del autor-”.

¹⁷³⁸ Esta doctrina considera que concurre un error objetivamente invencible cuando la conducta del hombre medio es la adecuada a las reglas de la diligencia y aun así se realiza el tipo, considerándose un supuesto atípico por caso fortuito. Así, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *El error*, 2008, pp. 153-154; LUZÓN PEÑA, *Curso de Dp, Pg*, 1996, pp. 444-445. Estos autores entienden que en estos supuestos no existe desvalor de acción, aunque subsista el desvalor de resultado. Una objeción puede ofrecerse a la solución de entender el error objetivamente invencible como un supuesto de caso fortuito. Que del examen del hombre medio o ideal puesto en el lugar del autor pueda concluirse que aun observando un deber de diligencia el error era invencible, ello no significa que la realidad objetiva no exista como tal y que no haya sido conocida o haya podido ser conocida por el sujeto particular. Si el autor padece un error subjetivamente vencible o directamente conoce por sus conocimientos especiales el riesgo que asume a pesar de que el hombre medio lo desconozca por completo, ello deja en evidencia que los supuestos de error objetivamente invencibles no son de caso fortuito por la sencilla razón que se revela una posibilidad de conocimiento en el autor. En contra BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1994, pp. 112-113.

también por razones de justicia material (merecimiento) y de prevención (necesidad), de modo que la evitabilidad individual también rige a nivel de injusto¹⁷³⁹. De allí que en sede de la atribución objetiva pueda darse que desde el baremo del hombre medio fuera previsible objetivamente la realización del riesgo en el resultado, pero en sede de la imputación subjetiva, por una incorrecta percepción de la realidad o por alguna clase de desconocimiento –imputable- el sujeto haya permanecido de modo evitable en el error. Un concepto individualizador de imprudencia en sede del injusto conduce a reconocer que el error subjetivamente invencible excluye el injusto material¹⁷⁴⁰ con independencia de si objetivamente el error era vencible. También un error subjetivamente vencible excluye el injusto doloso y deja subsistente el imprudente con independencia de si objetivamente el error era invencible¹⁷⁴¹. Este planteamiento da cabida al adagio “de los errores se aprende”¹⁷⁴² como algo a aplicar en el caso concreto del autor para determinar en qué medida podía ser vencible su error. Así, también, en consecuencia, se reconoce que determinados “conocimientos especiales” del autor fundamentan el injusto y no exoneran¹⁷⁴³. El principal argumento de esta solución radica en la “posición privilegiada de cumplimiento del deber” que tiene el autor frente a la norma acompañada de su capacidad de cumplimiento. ¿Por qué justamente, a quien se encuentra en una situación privilegiada de cumplir el deber jurídico se le va a eximir de responsabilidad cuando se trate de un error objetivamente invencible, pero subjetivamente vencible? Los casos de posición privilegiada de cumplimiento revelan una íntima relación de observancia del deber entre la norma y el

¹⁷³⁹ Como se verá en el *Capítulo Cuarto* cuando me ocupe de los baremos en la atribución objetiva y en la imputación subjetiva. Consúltese el epígrafe *II.IV.2.b.ii.a. Toma de postura a favor del modelo diferenciador intersubjetivista-subjetivista*.

¹⁷⁴⁰ La jurisprudencia del Imperio alemán (*deustches Reich*) describía la prudencia requerida en los tipos culposos como “aquella a la que el autor estaba obligado y de la que era capaz según las circunstancias y los personales conocimientos y disposiciones”. Cfr. la cita en ENGISCH, *La idea de concreción en el Derecho*, 2004, p. 132.

¹⁷⁴¹ En sentido contrario LUZÓN PEÑA, *Curso de Dp*, Pg, 1996, p. 444 señala que no son posibles los errores subjetivamente vencibles y objetivamente vencibles, por cuanto en el juicio de vencibilidad objetiva, al hombre ideal se lo posiciona en el lugar del autor y se le añaden los conocimientos especiales de éste, de modo que dado el caso, lo que importará es el resultado que arroje el hombre medio.

¹⁷⁴² Cfr. ELSTER, *La explicación del comportamiento social*, 2010, p. 256. Desde el punto de vista de este autor, si entendemos nuestra propensión a cometer errores, podemos tomar precauciones para disminuir la probabilidad de volver a cometerlos y a estas estrategias precautorias la denomina racionalidad imperfecta o secundaria.

¹⁷⁴³ También en relación con los conocimientos mínimos, JAKOBS, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, 2003, p. 87, sostiene que para todos los casos de desconocimientos evitables (del injusto) la respuesta es la misma que para la punición de la imprudencia: se castiga para garantizar determinados conocimientos mínimos, esto es, para minimizar el riesgo que se produzcan errores y para evitar los aprendizajes selectivos a favor del propio beneficio.

sujeto, en donde el deber reclama su cumplimiento al único que puede verdaderamente observarla. Sería una insensatez eximirle de su cumplimiento. Sentado lo anterior, las consecuencias a las que arriban los modelos objetivos de la imprudencia revelan que es un sinsentido que, justamente, cuando el sujeto no conoce invenciblemente lo que hace, se le imputa responsabilidad y, justamente, cuando conoce y puede cumplir el deber, se le exima de responsabilidad. De allí que podamos objetivar sólo para exigir qué se debe conocer como mínimo y cuándo. Pero el cumplimiento de tal exigencia dependerá del caso concreto, de lo que el sujeto pueda conocer y pueda cumplir al conocer. Se objetiva la exigencia, pero se subjetiviza la exigibilidad.

II.III.4.c.ii.b.ii.c. Ceguera provocada o no evitada

1. Bajo la figura de las cegueras provocadas se estudian los supuestos en que es la propia decisión del autor la que conduce a que en el momento del hecho la realización del tipo penal se realice con desconocimiento o error. Como me ocupo de esta figura bien en detalle en el *Capítulo Quinto*, aquí sólo mencionaré una clasificación general que se puede dar en los casos de ignorancia. La doctrina viene empleando la palabra ceguera en término figurado y no biológico o físico, para hacer referencia a los casos de cegueras psicológicas con efectos normativos, algo así como aquello que el sujeto “no ve en términos mentales” por propia decisión, por eso se dice, error/desconocimiento o ceguera provocada. Evidentemente, las cegueras pueden ser voluntarias o involuntarias. En este último supuesto no existen demasiados problemas en cuanto a la determinación de la responsabilidad penal porque las cegueras involuntarias no son más que supuestos de ignorancia o de error invencible que, por regla general, excluyen toda posible imputación¹⁷⁴⁴. Sí, en cambio, presentan problemas de determinación de la responsabilidad penal las denominadas cegueras voluntarias. Existen tres variantes de la ceguera voluntaria: (a) “ceguera instantánea” o “negación consciente de los indicios de realidad típica”; (a) “ceguera provocada” o “ignorancia deliberada” originada por el agente de modo a él imputable de modo que no exonera¹⁷⁴⁵; y, (c) “ceguera evitable”. Mientras que las dos primeras formas

¹⁷⁴⁴ Como señala JAKOBS, “Gleichgültigkeit als *dolus indirectus*”, *ZStW*, 2002, p. 584, “*Unkenntniss entlastet immer*”, pero ello no siempre exculpa.

¹⁷⁴⁵ La ignorancia deliberada sería como la vertiente subjetiva de la doctrina del *versare in re illicita*.

de ceguera se pueden explicar desde diferentes grados de autoengaño¹⁷⁴⁶, la ceguera evitable puede ser explicada desde la racionalización de la esperanza.

¹⁷⁴⁶ Incluye el autoengaño como un motivo de la ceguera ante los hechos (junto a la convicción de tener la razón y la ignorancia deliberada), PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, 2011, pp. 139 (nota al pie 155), 143-144. En filosofía moral no siempre se comparte que la *self-deception* y la *wilfull blindness* sean los mismos estados psicológicos. A favor de la distinción, con contundentes argumentos, LYNCH, “Willful ignorance”, *PS*, 2015, § 3.

CAPÍTULO CUARTO
IMPUTACIÓN DEL CONOCIMIENTO

II.IV.1. CONSIDERACIONES GENERALES

1. Todo juicio de imputación penal encierra una *opinio* jurídico-moral o jurídico-ética del Estado como respuesta institucional al delito, desde el cual se considera a una persona como responsable de un hecho lesivo para los intereses sociales. Esto supone distribuir la carga social de la responsabilidad penal en el autor del hecho¹⁷⁴⁷ y, al mismo tiempo, reconocer en él la capacidad para modificar el mundo contra las normas sociales y recibir el castigo merecido¹⁷⁴⁸. Desde el punto de vista sustantivo, el juicio de imputación encierra una dimensión proveniente de la imputación civil, cual es la distribución de cargas, y una dimensión propiamente penal de reprobación por el hecho realizado de modo culpable¹⁷⁴⁹. En el ámbito del proceso penal el juicio de imputación subjetiva refleja la interpretación oficial que se realiza del comportamiento de una persona, al atribuírsele la culpabilidad por la realización de un hecho delictivo. Más concretamente, en el juicio de imputación subjetiva del dolo se determina la concordancia epistémica entre la desvaloración social del hecho y el conocimiento subjetivo de dicha desvaloración, mientras que, en el juicio de la imprudencia, se determina la ausencia de dicha concordancia. Para estos casos, la responsabilidad se sustenta en la infracción evitable de un deber de conocer la dimensión típica. Aunque el autor interpreta la realidad desde su punto de vista, desde su perspectiva personal, lo hace sobre la base de un conocimiento común que impera en la sociedad. El objeto del juicio de imputación es la interpretación del sujeto y no, en cambio, una

¹⁷⁴⁷ Cfr. MERKEL, *Dp*, 1906, p. 96 [2004, p. 68]: todo juicio de imputación encierra un juicio distributivo, que tiene por objeto poner en cuenta al autor del hecho la significación positiva o negativa del hecho mismo.

¹⁷⁴⁸ Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia*, 2001, p. 243, nota al pie 730: lo que se pretende es imputar a una persona concreta la infracción de una norma de conducta con relevancia penal.

¹⁷⁴⁹ Esta doble dimensión del juicio de imputación se deriva de la misma lógica kantiana del delito como menoscabo inmaterial del orden moral racional antes que como menoscabo material de las llamadas esferas externas de libertad y que, con posterioridad, se reflejó en el modelo hegeliano que distinguió entre el injusto penal (= lesión del Derecho como Derecho) y el injusto civil (= lesión del Derecho como existencia externa). Cfr. la referencia en LESCH, *La función de la pena*, 1999, pp. 10-11. También, véase JAKOBS, “El concepto jurídico-penal de acción”, en *Estudios de Dp*, 1997, p. 119. En filosofía, JONAS, *El principio de responsabilidad*, 2004 (2ª ed.), p. 162, también se refiere a la pena penal como medio de restablecimiento del orden moral perturbado, antes que como medio para reparar el daño o la injusticia sufrida por otros.

interpretación impersonal desprovista de subjetividad¹⁷⁵⁰. Dicho con otras palabras, el juicio de imputación no tiene en cuenta ni la noción de valor “privada” que el sujeto le otorgue a un determinado bien jurídico, ni una noción ideal, sino la noción del valor intersubjetivo que el sujeto se representa en el momento de los hechos, en donde hay niveles de dañosidad social que el sujeto no puede (porque no debe) alegar desconocer¹⁷⁵¹. En sentido estricto, a lo único que puede referirse el juicio de imputación subjetiva es a la libre intervención de la persona en un hecho (el elemento subjetivo refleja la libre intervención de la persona en la realidad social que interesa al Derecho penal). La imputación no sólo refleja una operación de atribución de responsabilidad penal de un hecho a un sujeto, sino también la valoración social del hecho realizado y, para valorar, hay que describir el objeto de valoración¹⁷⁵². Este hecho, interpretado como lesivo de bienes jurídicos o como lesivo de deberes jurídicos, “encarna” esencialmente la infracción al deber de respeto y reconocimiento que las personas se deben entre sí. La condición esencial que han de reunir las conductas sometidas a esta operación es que las mismas provengan de la manifestación individual de una libertad prohibida.

¹⁷⁵⁰ Sólo cuando se considera en primer lugar cómo el autor se representó la configuración de sentido de la realidad en el momento de los hechos se puede, en sede de la culpabilidad, considerar cuánto se ha distanciado de la norma penal. En otro sentido, JAKOBS, “El concepto jurídico-penal de acción”, en *Estudios de Dp*, 1997, pp. 116-117, para quien lo único que interesa al Derecho penal es la toma de postura del autor “frente a la validez de la norma”. El ejemplo que este autor propone al respecto puede servir para realizar dos consideraciones críticas. Ejemplo (p. 116): “cuando sin razón alguna para hacerlo un autor destruye una cosa ajena, el sentido que expresa no es solamente ‘prefiero destruir la cosa a dejarla incólume’ (lo que prefiera el autor, en sí mismo, carece de interés jurídico-penal), sino también: ‘no reconozco ninguna norma que me vincule y prohíba la destrucción’, y ésta sí que es una proposición que pertenece al contexto jurídico-penal”. Primera consideración crítica al ejemplo: dejar fuera del discurso jurídico-penal la preferencia del autor significa dejar de lado su toma de postura ante la realidad. Si el sujeto destruye la cosa, primero habrá que desvelar si sabía que la destruía (dolo/error), y si no estaba permitido hacerlo (justificación). Hecha esta consideración puede pasarse a la “toma de postura ante el deber jurídico-penal”. Segunda consideración crítica al ejemplo: de la mano de lo anterior a toda situación de posicionamiento ante la realidad deóntica precede de forma ineludible una situación de posicionamiento ante la realidad empírica. Sólo puede el autor cumplir con el deber de no dañar la cosa de otro si él sabe, en primer lugar, que la cosa es ajena (es decir, que no está en error respecto de este dato; dado el error el autor no estaría incumpliendo el deber de no dañar la cosa ajena de modo directo, sino indirecto, a través de la infracción a un deber de salirse del error); o en todo caso, en segundo lugar, que ello no le está permitido (no se encuentra, por ejemplo, en una situación de necesidad justificante).

¹⁷⁵¹ Véase HEGEL, *Principios de la filosofía del Derecho*, 1988, § 118 (agregado), p. 182, cuando indica: “en el hecho de que sólo *reconozco* lo que pertenecía a mi representación, radica el tránsito a la intención. Sólo lo que yo sabía acerca de las circunstancias me puede ser imputado” (cursiva añadida, porque he querido enfatizar la dimensión del *autorreconocimiento* del sujeto en su hecho).

¹⁷⁵² De otra idea MIR PUIG, “Significado y alcance de la imputación objetiva”, *RECPC*, 2003, p. 19: “imputar es adscripción a un sujeto, no descripción”.

2. Para que una persona sea susceptible de imputación tiene que gozar de capacidad de imputación (*Zurechnungsfähigkeit*) o, lo que es lo mismo, de “imputabilidad” (*Zurechenbarkeit, imputability*). Desde una perspectiva externa, con imputabilidad se hace referencia a la posibilidad de imputar el hecho a un sujeto y, desde una perspectiva interna, se hace alusión a la cualidad de imputable. La cualidad de imputable presupone la imputatividad como la capacidad de obrar libremente¹⁷⁵³. El “fundamento de la imputabilidad, *en virtud de la cual la acción puede imputarse al agente*, es que se halla en poder del agente el realizarla o no realizarla”¹⁷⁵⁴. Del hecho delictivo el juicio de imputación precisa encontrar la *causa libera*¹⁷⁵⁵, productora o generadora de la situación que socialmente se desvalora¹⁷⁵⁶ y que pueda constatarse como proveniente de un sujeto, individuo o persona¹⁷⁵⁷. De modo general se definen como propiedades decisivas para la imputabilidad, tanto la facultad jurídica del discernimiento (*Unterscheidungsfähigkeit*), que es entendida como la facultad de reconocer las características de los hechos (peligrosos, antijurídicos, etc.), como la capacidad espiritual, más bien concebida como la facultad de afirmar nuestra individualidad conforme a lo que somos capaces de reconocer de los hechos¹⁷⁵⁸. Lo dicho indica, que es a través del juicio de imputación, que se identifica

¹⁷⁵³ La *imputabilitas* (posibilidad de imputar) se distinguía de la *imputatio actualis*, que hacía referencia al acto de imputación mismo y de la *imputativitas*, que era la capacidad subjetiva para ser imputable. Sobre estas instituciones en PUFENDORF, cfr. REINHOLD, *Unrechtszurechnung und der Abbruch rettender Verläufe*, 2009, pp. 12 y ss., 16 y ss.; SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación y teoría del delito*, 2008, pp. 131, 133, 134, nota al pie 89. Un estudio completo de la doctrina pufendorfiana de la imputación en WELZEL, *Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs*, 1986 (reimp. 1958), pp. 19 y ss.

¹⁷⁵⁴ Cita de PUFENDORF extraída de SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación y teoría del delito*, 2008, pp. 131-132. En el pensamiento clásico español, SILVELA, *El Dp*, 1908 (2ª ed.), t.1, p. 106. Para este autor es la imputabilidad, subjetivamente considerada, la propiedad de las personas de producir ciertos hechos que les pueden ser atribuidos como efecto de su libre voluntad. “Si mediante la condición de imputabilidad, los actos reconocidos como propios por el agente y como suyos le son atribuidos, nace de aquí la idea de *responsabilidad*, que no consiste en otra cosa que la necesidad moral a la que está sujeta toda persona, de atenerse o estar a las consecuencias que provienen de sus acciones imputables”.

¹⁷⁵⁵ El presupuesto esencial de la imputación es la libertad, donde la imputación (*imputatio*) es el juicio por medio del cual alguien es considerado como autor (*causa libera*) de una acción, que entonces se llama acto (*factum*) y está sometida a leyes. Cfr. KANT, *La metafísica de las costumbres*, 1989, p. 35. Muy recientemente sobre la *causa libera*, HRUSCHKA, “On the logic of imputation”, en *Kant’s lectures on ethics*, 2015, pp. 172 y ss.

¹⁷⁵⁶ Cfr. JOERDEN, *Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs*, 1988, pp. 24-25, para quien el juicio de imputación supone identificar entre todas las causas cuál es la *causa libera*. En el mismo sentido, SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación y teoría del delito*, 2008, p. 24 [también en *La libertad del Dp*, 2014, pp. 28 y ss.].

¹⁷⁵⁷ Identificar a un sujeto como agente o artífice del hecho (como *causa libera*) supone como requisito básico un juicio de valor sobre algo físico, la conducta humana, a partir de la cual se desvaloran los demás requisitos subjetivos y no, en cambio, un juicio de valor sobre el hecho en sí mismo sin consideración del sujeto. En sentido similar SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación y teoría del delito*, 2008, p. 18, nota al pie 15.

¹⁷⁵⁸ Cfr. MERKEL, *Dp*, 1906, pp. 76-77 [2004, pp. 53-54].

definitivamente al sujeto como un *agente racional y libre*, porque él puede orientarse según el valor subyacente a determinadas reglas vigentes en la sociedad¹⁷⁵⁹.

3. Desde los aportes del Derecho natural más temprano y de la filosofía política más actual lo único que puede imputarse a un sujeto es el ejercicio de una libertad prohibida, es decir, aquella que, por lesiva de los intereses ajenos, deja de ser una libertad bien entendida; una especie de libertad que se niega a sí misma¹⁷⁶⁰, porque infringe el compromiso social de convivir en paz¹⁷⁶¹. Esta idea tan llana subyace a casi todos los fundamentos político-filosóficos de un Estado de Derecho y se plasma en una especie de deber natural que tenemos todos de cooperar al mantenimiento del Estado¹⁷⁶². Y este deber de mantener o conservar el *statu quo* de los espacios de libertad comunes no es más que un corolario de la incumbencia-categorica del ejercicio razonable de la libertad individual¹⁷⁶³. Si esto último no se aclara, podría pensarse que los ciudadanos han de colaborar a dicho estado de libertad de la forma que sea, lo que podría dar lugar a justificar los medios por el fin. Si cualquier ejercicio de la libertad, incluso el más irracional (como lo sería la comisión de un delito), sirviera para mantener los estados de libertad, entonces, dicho ejercicio debería ser concebido sólo desde un punto de vista consecuencialista, y de ningún modo deontológico, lo que aquí se rechaza¹⁷⁶⁴. Así pues, el juicio de imputación ha de significar, en definitiva,

¹⁷⁵⁹ Así, SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación y teoría del delito*, 2008, pp. 33, 47.

¹⁷⁶⁰ Decía SAN AMBROSIO: “tiene libertad (...) el que a ninguno haze daño (...) -sic.-”, cita extraída de DE COVARRUBIAS Y HOROZCO, *Tesoro de la lengua castellana*, 1993 (3ª ed.), p. 765 (voz “libertad”).

¹⁷⁶¹ Desde el Derecho natural el mandato del *neminem laedere* ya está presente en PUFENDORF y GROCIUS, que se remonta a la máxima de Ulpiano contenida en el Digesto. Sobre esta observación, PICKER, “Vertagliche und deliktische Schadenshaftung”, *JZ*, 1987, p. 1048.

¹⁷⁶² Cfr. una visión política sobre el *natural duty to cooperate together in a state*, como una especie de obligación moral de construir juntos el Estado y de respetar la libertad de los otros en STILZ, “Why does the State matter morally?”, en *Varieties of Sovereignty*, 2013, pp. 253 y ss., 259 y ss. En el pensamiento de PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 255 y ss., 258, esta especie de deber connatural a las personas se entroncaría desde la proposición deontica ¡cumple con tu deber de colaborar! (“Erfülle deine Mitwirkungspflicht!”) a la conservación del estado de libertad [con más detalles, antes ya en “Staatlicher Strafanspruch und Strafzwecke”, en *Das strafende Gesetz im sozialen Rechtsstaat*, 2010, pp. 84 y ss., 87].

¹⁷⁶³ Véase, *Capítulo Tercero*, epígrafe II.III.4.c.i. *Incumbencias-fin (categoricas): ejercicio razonable de la libertad*.

¹⁷⁶⁴ Por ejemplo, ROXIN, *StrafR, AT*, 2006 (4ª ed.), § 3, nm. 1, pp. 69-70 [1997, p. 81], se refiere al mantenimiento del orden social basándose en el principio de protección de los bienes jurídicos y al libre desarrollo del individuo. Recientemente, PAWLIK coloca un límite inviolable al deber de cooperar al mantenimiento de los espacios de libertad, a través del deber de omitir todo tipo de comportamiento contrario a la competencia (“Unterlasse zuständigkeitswidriges Handeln!”). Cfr. PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 23, 255. Esto podría entenderse como que, sólo se puede colaborar a la conservación de los espacios de libertad no lesionándolos (lo que en este trabajo entiendo se cumple “ejerciendo razonablemente la libertad individual”).

dos cosas: por un lado, una respuesta institucional del desvalor social que comporta la conducta del sujeto¹⁷⁶⁵ y, por el otro, una auténtica imputación del hecho al sujeto libre. Pero, aunque este principio de libertad moral es condición necesaria, aun no es condición suficiente para realizar una atribución de plena responsabilidad penal, que se asocie a un reproche merecido¹⁷⁶⁶.

II.IV.1.a. Consideraciones generales sobre la estructura objetiva de los tipos doloso e imprudente

1. Antes de comenzar con el tema del epígrafe, he de hacer algunas precisiones. En sede de la atribución objetiva¹⁷⁶⁷ hay que distinguir el nivel de la atribución del riesgo (conducta) y el nivel de la atribución de las consecuencias (resultado), siempre necesario el primero y siempre contingente el segundo. Puesto que el primer nivel se revela como necesario y el segundo como contingente resulta evidente que el núcleo de la atribución objetiva no puede residir en el resultado¹⁷⁶⁸. En efecto, el punto neurálgico del juicio de atribución viene dado por la conducta típicamente peligrosa (lesiva de los bienes jurídicos)¹⁷⁶⁹ o lo que, en el modelo jakobsiano, se denomina el ámbito o esfera de organización o administración autónoma de la persona¹⁷⁷⁰. Para atribuir una conducta peligrosa o riesgosa a un sujeto,

¹⁷⁶⁵ Aunque suene algo repetitivo: desde el juicio de imputación se desvalora socialmente la conducta del autor, la cual realiza el desvalor social del riesgo. El autor individual doloso aprehende cognitivamente el desvalor social de su conducta, desvalor social que se plasma en el hecho que él realiza. Luego, en el momento de la imputación, el juez desvalora dicho desvalor retornándoselo al autor.

¹⁷⁶⁶ Sobre las precondiciones de un reproche merecido, SILVA SÁNCHEZ, “Presupuestos socio-políticos de la atribución de responsabilidad penal”, en *Ep en homenaje al Prof. Suárez Montes*, 2013, pp. 715 y ss. Para este autor, si el Estado pretende dirigir un reproche de culpabilidad a un “sujeto de responsabilidad”, éste ha de gozar de su condición de “sujeto de protección” y deben concurrir en él los “requisitos psicológicos-normativos” que hagan posible la “imputación personal” en el caso concreto (pp. 724-725, *passim*).

¹⁷⁶⁷ Al inicio de este trabajo destaqué mi preferencia por denominar atribución objetiva a la clásica imputación objetiva, teniendo en cuenta que en este primer nivel todavía no se enlaza directamente el hecho con la libertad de la persona.

¹⁷⁶⁸ Hace tiempo que algunos autores han puesto sobre la mesa, que modelos de imputación como el de FRISCH y el de JAKOBS ya no conciben la teoría de la imputación objetiva desde la atribución del resultado. Un repaso de estos modelos en CANCIO MELIÁ, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, 2001, pp. 45, 48. Respecto del primero modelo, véase FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988. Respecto del segundo, JAKOBS, *La imputación objetiva en Dp*, 1996.

¹⁷⁶⁹ Cfr. FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988, pp. 36 y ss.

¹⁷⁷⁰ Cfr. JAKOBS, “La imputación objetiva”, en *Estudios de Dp*, 1997, pp. 211 y ss. [también en *La imputación objetiva en Dp*, 1996, pp.131 y ss. (con el estudio preliminar)]. Por su parte, PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 158 y ss., hace alusión a la competencia (*Zuständigkeit*) de la persona, erigida sobre la base de deberes de respeto (*Pflichten zur Respektierung*) y deberes de garantía (*Pflichten zur Gewährleistung*).

antes que sus consecuencias -cuando las hubiere-, es preciso delimitar la dimensión intersubjetiva de la subjetiva que le sigue. ¿Cuál es el riesgo mínimo para atribuirlo objetivamente? Para responder a esta pregunta hay que considerar que el riesgo ha de concretarse sobre la base de determinados indicadores fácticos y valorativos¹⁷⁷¹, que son sometidos a un juicio de ponderación social que ha de ser objeto del conocimiento general-objetivo vigente en el momento de los hechos. En sede de la atribución objetiva se opera exclusivamente con un “conocimiento general-objetivo”¹⁷⁷², que se presume que concurre en toda persona adulta en condiciones normales de imputabilidad y sin tener en cuenta los conocimientos concretos del autor¹⁷⁷³. Este primer nivel intersubjetivo nos permite conocer cuáles son los riesgos que socialmente se desvaloran y no se toleran como parte de las opciones del ejercicio razonable de la libertad a cargo de los participantes autorresponsables¹⁷⁷⁴. Todo comportamiento que los asuma quebrantará de manera general y abstracta la norma jurídica.

1.a. Así, por ejemplo, la asunción de un riesgo típico leve (algo más que insignificante) puede llegar a generar en la sociedad una expectativa de que tal riesgo finalmente fracase, ya sea por su debilitada

¹⁷⁷¹ La significancia, la idoneidad, etc. son criterios a tener en cuenta para medir la puesta en peligro o la lesión de los bienes jurídicos, o las expectativas de uso y disfrute de los bienes jurídicos.

¹⁷⁷² La idea del conocimiento general-objetivo ya se encuentra en la teoría del *dolus indirectus*, en donde las consecuencias inevitables que se imputaban como dolo lo eran con independencia del conocimiento individual, que no podía ignorar según qué clases de hechos. Al respecto, KLEE, *Der dolus indirectus*, 1906, pp. 14 y ss. Este autor enseña que existen determinados desconocimientos que entran en contradicción lógica con el conocimiento general, o de sentido común, de la experiencia de la vida cotidiana. En relación con estos hechos existe un deber de conocer que es irrevocable por parte del sujeto. En el sistema angloamericano la fórmula *virtually certain consequences* también hace referencia a lo que inevitablemente se debe conocer como efecto de determinado tipo de conductas. Sobre esta fórmula muy característica de la *oblique intention*, véase KUGLER, “The definition of oblique intention”, *JCP*, 2004, pp. 79 y ss.; TAYLOR, “The intention debate in german criminal law”, *RJ*, 2004, p. 107 (con nota al pie 56); SMITH (J.), “A Note on ‘Intention’”, *CLR*, 1990, p. 85; WILLIAMS, “Oblique Intention”, *CLJ*, 1987, pp. 417 y ss.

¹⁷⁷³ Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia*, 2001, p. 243, nota al pie 730. Para este autor en el tipo objetivo las decisiones y conocimientos del autor no desempeñan ningún papel, mientras que la determinación del tipo subjetivo tiene como sustrato fáctico del juicio tales datos subjetivos. Esta idea se aprecia ya en FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983, pp. 128-129, 137.

¹⁷⁷⁴ Cfr. FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983, pp. 139 y ss., 156 y ss. [también en *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988, pp. 72, 75 y ss.]. El índice de tolerabilidad social en el modelo de este autor se determinaría según un juicio de ponderación entre el interés social por asumir el riesgo, dando prioridad a la realización de una conducta (es decir, dando prioridad al ejercicio de la libertad), y el interés social por no asumir el riesgo, dando prioridad a la protección de un determinado bien jurídico (reprimiendo el ejercicio de la libertad). También JAKOBS, “El lado subjetivo del hecho”, en *Estudios de Dp*, 1997, pp. 206-207, nota al pie 8, define el riesgo permitido desde “una ponderación de la utilidad de la libertad de acción frente a la protección del bien jurídico”.

peligrosidad o por sus efectos de menor entidad (podrían producirse sólo efectos insignificantes¹⁷⁷⁵). En estos supuestos la sociedad se mostraría más propicia, dado el caso, a castigar con penas atenuadas o, incluso, a no castigar. Dicho esto, con mayor razón, a nivel social, podrían pasar como desapercibidos todos aquellos hechos que revelaran una significativa dosis de irracionalidad del autor, quien a través de la asunción de un riesgo objetivamente inidóneo pusiera en cuestión, no acaso alguna norma básica de cuidado, sino la misma lógica de las cosas, que son indisponibles por el hombre. En todo caso, si, por el contrario, la sociedad se decantara por castigar tales irracionalidades del autor, entonces, ello también se revelaría como una irracionalidad, propia de una sociedad patológica que protege estados o sensaciones de miedo y paranoia. Inversamente, la asunción de un riesgo típico grave, normalmente, disminuye o anula las expectativas de que el riesgo generado por el autor tenga un desenlace inocuo, aunque, finalmente, el resultado no llegue a producirse. Por regla general, la entidad de los riesgos típicos se desvalora de modo distinto, porque las expectativas en relación con el curso y desenlace de los mismos no son iguales¹⁷⁷⁶. Los riesgos graves, la mayoría de veces, despiertan la seguridad de una lesividad irreversible, mientras que los riesgos leves, también la mayoría de veces, generan una expectativa de una lesividad relativa. Otra cosa será lo que, finalmente, termine por suceder.

2. Este ítem plantea el dilema de si el contenido de la atribución objetiva del tipo doloso es el mismo que el del tipo imprudente. Se intenta determinar si en la constatación del riesgo jurídico-penalmente relevante debe seguirse o no el mismo baremo en los tipos dolosos y en los tipos imprudentes. Al respecto, caben, al menos, dos respuestas. Una primera, que aquí denomino la concepción unitaria, sostiene que la atribución objetiva se conforma de modo

¹⁷⁷⁵ La doctrina actual se refiere a los riesgos insignificantes como para desplazar la atribución objetiva de la conducta. No obstante, hay que diferenciar que determinados riesgos insignificantes para afectar un bien de mayor jerarquía (vida humana) pueden constituir riesgos significantes para afectar un bien de menor jerarquía (integridad física). Así, el famoso caso jurisprudencial del empujón que resulta insignificante para matar, pero significativo para lesionar. Sobre esto, véase MIR PUIG, *Dp, Pg*, 2011 (9ª ed.), p. 261. ALCÁCER GUIRAO, *Actio libera in causa*, 2005, p. 16, nota al pie 3, señala que este principio se deriva del de lesividad y del de intervención mínima. Ya empleaba el principio de insignificancia para la interpretación teleológica del tipo en relación con el resultado, OSTENDORF, “Das Geringsfügigkeitsprinzip”, *GA*, 1982, pp. 333 y ss., 345.

¹⁷⁷⁶ En el modelo de PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, 2011, p. 69, el juicio de desvalor del hecho en la imputación objetiva determina la *relevancia* penal, mientras que el juicio de desvalor del hecho en función de las categorías del dolo y la imprudencia determina la *gravedad* penal. A mi entender, tanto en el juicio de atribución objetiva como subjetiva se pueden establecer dosis de relevancia penal y de gravedad penal. Por ejemplo, en sede de la atribución objetiva se desvalora más gravemente un riesgo idóneo normal, que uno idóneo extravagante (y ambos son relevantes penalmente), lo que se reflejará en la determinación judicial de la pena; y en sede de la imputación subjetiva cuenta con relevancia penal el error de tipo al revés racional (tentativa idónea aparente), pero no, el error de tipo al revés místico (tentativa irreal). Sobre la repercusión de los grados de riesgos en la medida de la pena, véase SILVA SÁNCHEZ, “La teoría de la determinación de la pena”, *InDret Penal*, 2007, pp. 10 y ss. También MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, 2001, pp. 711-712, destacando la gradualidad penológica del peligro en el delito de imprudencia leve y grave. De hecho, la regulación del art. 16 CPes. establece para la tentativa la graduación de la medida de la pena sobre la base del criterio del peligro inherente al intento, lo que coincide con el criterio de la magnitud del riesgo.

idéntico en los delitos dolosos y en los delitos imprudentes¹⁷⁷⁷. Por el contrario, la segunda propuesta, que podría llamarse concepción diferenciadora, sostiene que la atribución objetiva del delito doloso es distinta de la atribución objetiva del delito imprudente¹⁷⁷⁸. Para la concepción unitaria, el riesgo típicamente relevante es aquel que posee lesividad intersubjetiva suficiente, de manera que, si el riesgo no revela objetivamente el grado de lesividad que es necesario para fundamentar la atribución del resultado de lesión en un hecho cometido con imprudencia, tampoco puede fundamentar la atribución del resultado de peligro o de lesión en un hecho cometido con dolo (aunque haya veces en que el juicio objetivo tenga que ser cumplimentado con los conocimientos especiales del autor). Esta tesis requiere que el grado de peligrosidad objetiva cuya concurrencia es necesaria para la atribución objetiva del resultado sea la misma para los delitos dolosos y para los imprudentes¹⁷⁷⁹, aunque en el tipo subjetivo el dolo comporte la pretensión de la causación de un resultado lesivo a través de una conducta peligrosa y la imprudencia signifique un comportamiento peligroso subjetivamente previsible para el autor¹⁷⁸⁰. Por su parte, para la concepción diferenciadora, el contenido del tipo objetivo puede resultar diferente en el tipo imprudente y en el tipo doloso y, por ende, diferente en el tipo doloso directo de primer grado y doloso eventual. En efecto, un peligro objetivo menor puede resultar cualitativamente más grave que un peligro objetivo mayor, cuando aquél va acompañado de dolo¹⁷⁸¹ y, en cambio, este último se realiza de modo imprudente. Por tanto, un peligro

¹⁷⁷⁷ De esta línea, PUPPE, “§ 15”, en *NK*, 2013 (4ª ed.), nms. 5 y ss., pp. 649 y ss.; FEIJOO SÁNCHEZ, “Sobre la dogmática de lo cotidiano: la imprudencia punible”, *RJUAM*, 2013, pp. 145, 149; PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, 2011, pp. 653 y ss.; ROXIN, *StrafR, AT*, 2006 (4ª ed.), § 24, nms. 13, 73 y ss., pp. 1066-1067, 1089 y ss. [1997, pp. 1001, 1021 y ss.; también antes en *Problemas básicos del Dp*, 1976, pp. 140 y s.]; MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, 2001, pp. 696-697, 712 y ss. (con referencias bibliográficas), *passim*; JAKOBS, *Dp, Pg*, 1997 (2ª ed.), pp. 245 y ss.; PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido*, 1995, pp. 120 y ss.; FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983, p. 84; MAIHOFFER, “Zur Systematik der Fahrlässigkeit”, *ZStW*, 1958, p. 181.

¹⁷⁷⁸ Cfr. MIR PUIG, *Dp, Pg*, 2011 (9ª ed.), p. 262; STRATENWERTH/KUHLEN, *StrafR, AT*, 2004 (5ª ed.), § 6, nms. 20 y ss., pp. 71 y ss. [2005, p. creo 105 y ss.]; SCHÜNEMANN, “Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva”, en *Temas actuales*, 2002, pp. 85 y ss.; WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 1969 (11ª ed.), § 11, pp. 59 y ss. [1970, pp. 89 y ss.]; CEREZO MIR, “Lo injusto de los delitos dolosos”, *ADPCP*, 1961, pp. 58 y ss., 64 y ss.

¹⁷⁷⁹ Cfr. SILVA SÁNCHEZ/BALDÓ LAVILLA/CORCOY BIDASOLO, *Casos de la jurisprudencia penal*, 1997 (2ª ed.), p. 121.

¹⁷⁸⁰ De esta idea, WOLTER, “Imputación objetiva y personal”, en *El sistema moderno del Dp*, 2012 (2ª ed.), p. 129.

¹⁷⁸¹ Algunos autores sostienen que la presencia de dolo agrava o incrementa la peligrosidad objetiva, siempre que ésta alcance los niveles de relevancia penal. En este sentido, MIR PUIG, *Dp, Pg*, 2011 (9ª ed.), p. 262 (para este autor cuando la conducta mínimamente peligrosa revela externamente tener como objetivo dirigirse a la lesión del bien jurídico puede prohibírsela como peligrosa). También en MIR PUIG, *Función de la pena*, 1982 (2ª ed.), p. 76, señala que “el intentar voluntariamente la lesión supone en general un mayor peligro para el bien

objetivo menor realizado con dolo puede resultar típicamente relevante, mientras que si se lo realiza de forma imprudente, puede resultar atípico¹⁷⁸². Para esta concepción la presencia de dolo influye sobre la eficacia o alcance del peligro objetivo y, por ello, en la atribución objetiva del resultado¹⁷⁸³.

3. Al margen de la discusión más extensa que reclama este tema, aquí he optado por entender que tanto el delito doloso como el imprudente precisan de un juicio de atribución objetiva definido como un juicio sobre la desaprobación jurídica del riesgo desde la perspectiva *ex ante* y su conexión con la realización del resultado. Pero, he de aclarar también que, cuando nos referimos a atribución objetiva podemos estar queriendo decir “objetiva” como algo que se refiere al mundo empírico, que se apoya en lo fáctico, o bien, como algo que se refiere al mundo normativo y comunicativo, que se apoya, por contra, en la valoración del proceso empírico o en la norma que lo contempla¹⁷⁸⁴. En este último sentido “objetiva” es sinónimo de “intersubjetiva”, como alusiva a las valoraciones socialmente compartidas. En este trabajo, tal como ha quedado reseñado en el *Capítulo Primero*, lo objetivo será aquella dimensión de lo empírico que la sociedad asuma como disvalioso y se genere en torno a ello un consenso de disvalor. Hecha esta aclaración, el tipo objetivo del delito doloso y el tipo objetivo del delito imprudente coinciden estructuralmente, aun cuando se conformen subjetivamente de modo distinto. Cada uno de

de que *en concreto* se trate”. En el mismo sentido, TORÍO LÓPEZ, “Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva”, *ADPCP*, 1986, pp. 39-40.

¹⁷⁸² Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2010 (2ª ed.), pp. 628-629, *passim* (“el dolo incide en la gravedad objetiva de la conducta, hasta el punto de que puede condicionar la relevancia penal de la misma”). Igualmente, SCHÜNEMANN, “Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva”, en *Temas actuales*, 2002, p. 86, entiende que la imputación objetiva no alcanza la creación de peligros inadecuados en el delito culposo; en caso contrario, se limitaría en exceso la libertad de acción. Por el contrario, en el delito doloso, “el riesgo permitido debe ser determinado (...) de un modo considerablemente más restringido en los casos en que el autor actúa con el propósito de lesionar”. En estos supuestos el sujeto “domina la provocación del riesgo por sí solo y no permite que la víctima pueda autoprotgerse”. Crítico PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido*, 1995, pp. 121 y ss., en especial nota al pie 108, al entender que los autores que confunden los niveles cognoscitivo y volitivo del dolo son los que admiten que el riesgo se convierta en prohibido cuando concurre una voluntad de lesión.

¹⁷⁸³ Cfr. SILVA SÁNCHEZ/BALDÓ LAVILLA/CORCOY BIDASOLO, *Casos de la jurisprudencia penal*, 1997 (2ª ed.), p. 121.

¹⁷⁸⁴ Una reseña del desarrollo de la teoría de la imputación objetiva acompañada de razones valorativas en SCHÜNEMANN, “Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva”, en *Temas actuales*, 2002, pp. 70 y ss. Sobre la imputación del resultado, FRISCH, “Objektive Zurechnung des Erfolgs”, *Jus*, 2011, nnº 1, 2 y 3, pp. 19 y ss., 116 y ss., 205 y ss. Con las consideraciones críticas de siempre a la teoría de la imputación objetiva, recientemente, GRACIA MARTÍN, “Kritische Anmerkungen zur Lehre von der objektiven Zurechnung”, en *FS für Schünemann*, 2014, pp. 363 y ss.

ellos posee sus peculiaridades¹⁷⁸⁵. La más relevante viene dada porque la concurrencia de dolo *puede* incrementar significativamente la probabilidad de que el riesgo se materialice en el resultado lesivo. Esto sucede por una sencilla razón: el sujeto que conoce el peligro que engendra con su comportamiento y está decidido a actuar como lo hace, seguramente *hace posible* que el peligro se materialice en algún resultado, a diferencia de quien desconoce el peligro y por ello mismo *puede* fracasar en el intento, especialmente, porque al no poner empeño en lo que desconoce, *puede* malograr la producción del resultado. Sin embargo, dado que, la presencia de dolo no asegura categóricamente que el tipo penal vaya a realizarse, tampoco puede decirse que el dolo incrementa *per se* la producción del resultado. Existe, como máximo, una mayor tendencia a la puesta en peligro o lesión del bien jurídico, ligada a la mayor capacidad de evitación del autor doloso, pero nada más. De hecho, pueden darse los supuestos inversos, porque siempre hay que contar con el azar, en donde el sujeto que obra desconociendo el riesgo que asume termine por producir el resultado, mientras que el sujeto doloso, no. Es por ello que, aun cuando se reconozca la repercusión del dolo en la realización del riesgo¹⁷⁸⁶, ello no significa que el dolo tenga fuerza por sí solo como para controlar de modo absoluto el curso lesivo y compensar, de este modo, situaciones de déficit objetivo. El primer escollo que tiene la concepción que otorga demasiado protagonismo al dolo sobre el déficit objetivo estriba en la misma naturaleza del juicio de atribución objetiva. Como es sabido, la determinación de la concurrencia de la relación de riesgo requiere que la conducta contemplada en su perspectiva *ex ante* comporte un riesgo jurídico-penalmente relevante de producción del resultado lesivo. Si bien es discutible que, para determinar la concurrencia de un riesgo jurídico-penalmente relevante, haya de tenerse en cuenta el mismo baremo para los delitos dolosos y los delitos imprudentes, no obstante parece que no es objeto de discusión la existencia de unos mínimos de lesividad irrenunciables. Sin detenerme en este punto, por razones de objeto de estudio, sólo he de sostener que el grado mínimo *común* de lesividad que legitima el castigo de una conducta peligrosa dolosa o imprudente es la lesividad material, que se aprecia ya en los riesgos idóneos extravagantes¹⁷⁸⁷. Aunque es verdad que para los delitos dolosos ya resulta suficiente la lesividad inmaterial, esto es, la que afecta a las expectativas de uso y disfrute

¹⁷⁸⁵ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal*, 1997, pp. 138-139.

¹⁷⁸⁶ Sobre las consecuencias colaterales no buscadas y sobre la voluntad de evitación, véase *Capítulo Segundo*, epígrafe II.II.5.b.iii.a. *El dolo de consecuencias necesarias con relación al resultado*.

¹⁷⁸⁷ FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983, pp. 119 y ss., 126 y ss., considera que sólo un riesgo concreto (y no abstracto), de producción del resultado, puede constituir el mínimo objetivo para una conducta típicamente relevante.

de los bienes jurídicos a través de los riesgos idóneos aparentes, no es menos cierto que si esto no es aplicable del mismo modo a los tipos imprudentes, no es porque no fuera posible castigar estas conductas de peligro aparente en casos de error de tipo vencible, sino, sencillamente, porque existe un requisito positivo que impide hacerlo¹⁷⁸⁸. Los tipos imprudentes se encuentran configurados sobre la base de un resultado material, no bastando la lesividad inmaterial, ni siquiera el peligro concreto.

3.a. En el delito doloso esta clase de lesividad inmaterial se aprecia en la modalidad de la tentativa idónea aparente, pero, en el delito imprudente, este tipo de lesividad resulta impune. Por ejemplo: *A* apunta a sabiendas con un arma de fuego a *B* y dispara a matar, desconociendo que momentos antes *C* la descargó. *B* no muere. *A* es castigado por una tentativa de homicidio doloso (tentativa idónea aparente). *F* apunta un arma de fuego a lo que él cree errónea, pero venciblemente, que es un maniquí, siendo en realidad *M*, y dispara el arma contra *M*, que *G* había descargado momentos antes sin que *F* lo haya advertido. *M* no muere. *F* resulta absuelto por haber realizado una conducta atípica de tentativa de homicidio imprudente.

4. En cualquier caso, lo que el dolo no puede hacer es convertir un riesgo inocuo en riesgo típico por el sólo hecho de su presencia (y a la inversa, su ausencia no puede eliminar la concurrencia de hechos evidentes¹⁷⁸⁹), si no va acompañando como mínimo de una apariencia de riesgo intersubjetivamente relevante. El principio de ausencia o inexistencia del riesgo lleva a que la intención del sujeto sea vista como ilusoria, con pretensiones de controlar un suceso que no está a su alcance, como sucede con la tentativa irreal. Lo que ha de fijarse previamente es el límite mínimo de peligrosidad objetiva (real), posteriormente en qué grado el sujeto conoció o no¹⁷⁹⁰ y, finalmente, valorarlo desde una perspectiva teleológica¹⁷⁹¹.

¹⁷⁸⁸ Hay que distinguir dos niveles de análisis: (1) nivel de análisis dogmático: la lesividad inmaterial es la misma para el dolo y la imprudencia; (2) nivel de análisis político-criminal: la lesividad inmaterial permite el castigo por dolo, pero no por imprudencia. Seguramente, detrás del no castigo del tipo imprudente sin resultado material se encuentra el principio de mínima intervención del Derecho penal.

¹⁷⁸⁹ Como lo enseña la teoría del *dolus indirectus*. Al respecto, señala también RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, 1999, pp. 58-59, que es posible que el espíritu de la doctrina del dolo indirecto perviva hoy en día en el juicio de previsibilidad de la imputación objetiva, en donde no se indaga acerca del conocimiento del autor, sino que se utilizan criterios de previsibilidad para el hombre medio.

¹⁷⁹⁰ Téngase en cuenta que tanto el principio de *insignificancia*, como los de *adecuación social* y de *tolerancia social* pueden operar como causas de atipicidad penal, y no simplemente como criterios de interpretación de los tipos penales, y antes de como causas de justificación. Algunas consideraciones sobre la adecuación social y la insignificancia en MIR PUIG, *Dp, Pg*, 2011 (9ª ed.), pp. 528 y ss. [también en “Significado y alcance de la imputación objetiva”, *RECPC*, 2003, p. 16]. Emplea el principio de adecuación social como criterio de

II.IV.1.b. Consideraciones generales sobre la estructura subjetiva de los tipos doloso e imprudente

1. De la mano de la discusión, de si el tipo doloso y el tipo imprudente comparten o no la misma estructura objetiva, se presenta el dilema de cómo queda configurada la estructura subjetiva de estas modalidades. También en este punto existen al menos dos posturas. Una primera, que suele ir relacionada con el modelo distintivo (esto es, que el tipo doloso y el tipo imprudente tienen diferente estructura objetiva), entiende que la estructura subjetiva del tipo doloso y del tipo imprudente no se configuran del mismo modo. Es más, para esta postura sólo el tipo doloso cuenta con una auténtica estructura subjetiva, mientras que el tipo imprudente queda refundido en la estructura objetiva y, por ende, se satisface ya con la atribución objetiva¹⁷⁹². En este sentido, gran parte de la doctrina sostiene que el tipo subjetivo de la imprudencia no es tal. Una de las razones de este parecer tiene que responderse con la historia: cuando se desplaza el dolo de la culpabilidad hacia el injusto, no se hace la misma cosa con la imprudencia. De ésta sólo se traslada una parte, lo que se ha llamado la infracción del deber objetivo de cuidado, es decir, no su dimensión auténticamente subjetiva (que permanece en la culpabilidad), sino únicamente la objetiva (normativa). Si se analiza la cuestión más a fondo, esta infracción del deber coincide con lo que en la imputación objetiva se analiza bajo la peligrosidad de la acción (desde el juicio de previsibilidad), de modo que el tipo imprudente resulta ser algo *sui generis* que carece de tipo subjetivo¹⁷⁹³. Por el contrario, una segunda postura –minoritaria por cierto– entiende que el tipo doloso y el tipo imprudente cuentan ambos con sus respectivas estructuras

delimitación del tipo, ROXIN, “Bemerkungen zur sozialen Adäquanz im Strafrecht”, en *FS für Klug*, 1983, pp. 303 y ss.

¹⁷⁹¹ Donde más se aprecia esta perspectiva es en el principio de disminución de riesgo, desde el cual se niega la imputación del resultado a la conducta que ha evitado un resultado más grave. Cfr. MIR PUIG, *Dp, Pg*, 2011 (9ª ed.), pp. 260-261; RUDOLPHI, *Causalidad e imputación objetiva*, 1998, pp. 32-33 (con bibliografía).

¹⁷⁹² Cfr. ROXIN, *StrafR, AT*, 2006 (4ª ed.), § 24, nms. 13, 73 y ss., pp. 1066-1067, 1089 y ss. [1997, pp. 1001, 1021 y ss.]. Para este autor, “para constatar la realización imprudente de un tipo no se precisa de criterios que se extiendan más allá de la teoría de la imputación objetiva”; véase, también PÉREZ BARBERÁ, “Dolo como reproche”, *RPD*, 2012, p. 173, nota al pie 15. Críticos, desde diferentes visiones, MIRÓ LLINARES, *Conocimiento e imputación*, 2009, pp. 254 y ss., quien cuestiona desde la doctrina de la imputación hruschkiana la “pureza objetiva de la imprudencia”; MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, 2001, pp. 697, 719 y ss.

¹⁷⁹³ En igual sentido advierte que para esta postura en los casos de imprudencia los niveles de imputación serían menos que en el dolo, serían sólo tres: causalidad de la acción, imputación objetiva/infracción del deber objetivo de cuidado y culpabilidad, MOLINA FERNÁNDEZ, *Responsabilidad jurídica y libertad*, 2002, p. 20, nota al pie 5 [también en *Antijuridicidad penal*, 2001, pp. 471 y ss., 712 y ss.].

subjetivas¹⁷⁹⁴: a grandes rasgos, el primero, con el conocimiento del riesgo concreto (junto al consentimiento) y el segundo, con el conocimiento del riesgo abstracto o el error (junto a la confianza). Aun cuando la imprudencia ha sido definida desde la infracción al deber de cuidado (esto es un concepto basado en un deber), no por ello hay que concluir: (1) que el dolo no comporte infracción a un deber y, (2) que la imprudencia no cuente con una dimensión psicológica¹⁷⁹⁵, es decir que, tanto el dolo como la imprudencia cuentan con la dimensión psicológica referida a un deber¹⁷⁹⁶.

2. Siendo coherentes con lo dicho anteriormente, aquí se entiende que el tipo imprudente no abarca simplemente la infracción objetiva a la norma de cuidado, sino, en verdad, y esto es lo que da lugar a la imputación subjetiva, también la infracción de una *incumbencia subjetiva de conocer* (que, en la terminología al uso, la doctrina denomina deber *subjetivo de cuidado*¹⁷⁹⁷)¹⁷⁹⁸. La infracción de dicha incumbencia se realiza de modo consciente (lo

¹⁷⁹⁴ Por eso estas posturas minoritarias suelen coincidir con el modelo unitario, es decir, el que concibe que el tipo doloso y el tipo imprudente comparten la misma estructura objetiva [de esta línea, BURKHARDT, “Conducta típica”, en *El sistema integral del Dp*, 2004, pp. 190-192, *passim*; MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, 2001, pp. 719-720], pero, téngase en cuenta que, no necesariamente es así. Que se proponga una tipicidad subjetiva también para la imprudencia no significa *per se* que el tipo objetivo tenga que ser igual al tipo objetivo del dolo, porque pueden diferir en el grado o especie de riesgo necesario para atribuir, así como a la inversa, que el tipo objetivo de la imprudencia y del dolo difieran no significa *per se* que la imprudencia no tenga tipicidad subjetiva.

¹⁷⁹⁵ Sobre la dimensión cognitiva del tipo imprudente, HAVA GARCÍA, *La imprudencia inconsciente*, 2002, pp. 205 y ss., 215 y ss. Para esta autora “no son los factores de riesgo los que el autor del ilícito imprudente debe conocer necesariamente, sino la concreta pauta de cuidado que infringió con su conducta; pues es este conocimiento el que, precisamente, le dota de capacidad para prever la posibilidad de que el resultado típico se produzca si no se observa el cuidado que le es exigible”.

¹⁷⁹⁶ FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983, p. 504, identifica materialmente la lesión a un deber de cuidado (imprudencia) con la creación de un riesgo jurídicamente prohibido (dolo).

¹⁷⁹⁷ Así, ALCÁZER GUIRAO, *Actio libera in causa*, 2005, p. 163; MOLINA FERNÁNDEZ, *Responsabilidad jurídica y libertad*, 2002, p. 20, nota al pie 5 [ya antes en *Antijuridicidad penal*, 2001, pp. 471 y ss., 719-721]; CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, 1989, p. 231. También, aunque desde otras premisas, entiende que la tipicidad subjetiva del delito imprudente requiere previsibilidad individual (y no la del hombre medio), CÓRDOBA, “Dolo y evitabilidad individual”, *RDP*, 2012, p. 221; STRATENWERTH, “Zur Individualisierung des Sorgfaltsmaßstabes beim Fahrlässigkeitsdelikt”, en *FS für Jescheck*, 1985, pp. 285 y ss.; JAKOBS, *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, 1972, pp. 46, *passim* [este autor parece referirse al tipo subjetivo de la imprudencia desde la “cognoscibilidad de la realización del tipo”, en *Dp, Pg*, 1997 (2ª ed.), pp. 380 y ss., 382 y ss.]. Otros autores, ven la subjetividad de la imprudencia en la representación de un “síndrome de riesgo”. Así, STRUENSEE, “El tipo subjetivo del delito imprudente”, *ADPCP*, 1987, pp. 424, 435, 449 [= “Der subjektive Tatbestand des fahrlässigen Delikts”, *JZ*, 1987, pp. 53, 58 y ss.]. En el sentido de este autor, también SCHUMANN/SCHUMANN, “Objektive Zurechnung auf der Grundlage der personalen Unrechtslehre”, en *FS für Küper*, 2007, pp. 543 y ss., 547; SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, 2005, pp. 270 y ss., 273, 277 y ss. Una valoración crítica del planteamiento de STRUENSEE en DUTTGE, *Zur Bestimmtheit des Handlungswerts von Fahrlässigkeitsdelikten*, 2001, pp. 125 y s., 127 y ss., 131 y ss. En contra del planteamiento de STRUENSEE se

que es la previsibilidad subjetiva de la imprudencia en otras concepciones¹⁷⁹⁹) y no basta la forma inconsciente o inadvertida¹⁸⁰⁰. En definitiva, el injusto subjetivo doloso se satisface con el conocimiento del sujeto de la causación del resultado típico de lesión o de peligro mediante la realización de una conducta peligrosa, mientras que el injusto subjetivo imprudente se contenta con la previsibilidad subjetiva de la peligrosidad del comportamiento¹⁸⁰¹ que el sujeto no actualiza en el momento de los hechos, permaneciendo en estado de error¹⁸⁰². Así, pues, en el tipo imprudente el resultado no querido, pero previsible, de la atribución objetiva (conocimientos mínimos), es desconocido por el autor de modo evitable (error vencible) o de modo inevitable (error invencible).

II.IV.2. JUICIO DE IMPUTACIÓN SUBJETIVA

1. Se denomina juicio de imputación subjetiva porque hace necesaria referencia al sujeto y, como lo que importa del sujeto es la manifestación de su libertad en el mundo, este juicio encierra aquello que el sujeto ha hecho de modo voluntario y consciente¹⁸⁰³. Como recibe la adjetivación de subjetiva todo lo que hace referencia al sujeto, se incluyen en la misma tanto la dimensión interna o mental como la dimensión externa o conductual. La diferencia entre una y otra es que a los ojos del prójimo sólo la dimensión externa es la que puede ser percibida por los sentidos y comprendida en su rango de significado y valor. Pero, a efectos de imputación, ello no significa que toda explicación de los hechos ajenos vaya desprovista

manifiestan JAKOBS, “¿Imputación subjetiva sin imputación objetiva?”, en *LH a Eberhard Struensee*, 2011, pp. 273 y ss., 278; HIRSCH, “Sobre lo injusto del delito imprudente”, *RDPC*, 2005, pp. 220 y ss.

¹⁷⁹⁸ Refiere la equivalencia entre la infracción a una incumbencia (*Obliegenheitsverletzung*) y la infracción al deber de cuidado (*Sorgfaltspflichtverletzung*), HRUSCHKA, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 1988 (2ª ed.), p. 418.

¹⁷⁹⁹ Cfr. CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, 1989, p. 231.

¹⁸⁰⁰ Así, MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, 2001, p. 721, llega incluso a afirmar, que “al menos en un sentido, el delito imprudente es también un delito doloso respecto de la acción peligrosa. En este sentido (...) *todo comportamiento punible supone una lesión dolosa de una norma*. En el comportamiento imprudente el sujeto lesiona dolosamente una norma de cuidado que tiene por finalidad evitar resultados lesivos”.

¹⁸⁰¹ Cfr. WOLTER, “Imputación objetiva y personal”, en *El sistema moderno del Dp*, 2012 (2ª ed.), pp. 129 y ss.

¹⁸⁰² También concibe la imprudencia estructuralmente como un error de tipo, y defiende un deber individual de cuidado, ALCÁCER GUIRAO, *Actio libera in causa*, 2005, p. 163.

¹⁸⁰³ Ilustrativo HEGEL, *Principios de la filosofía del Derecho*, 1988, § 117 (agregado), p. 181: “(...) yo soy sólo lo que está en referencia a mi libertad, y el acto es responsabilidad de mi voluntad en la medida en que sé acerca de él”.

de personalidad. Por ejemplo, un movimiento del dedo que gatilla una pistola en dirección a un sujeto sólo puede ser interpretada (racionalmente) como una obra voluntaria y consciente proveniente de una persona, si es posible, por el conjunto de indicios e indicadores objetivos reunidos, considerar que la persona sabía lo que hacía. Pero, todavía tendrá que compararse lo que *una* persona pudo haberse representado y lo que se representó el autor. Para esto último será necesario recurrir a su subjetividad (conocimientos relacionados con su rol, con sus estudios, con su nivel cultural, etc.). En otras palabras, la dimensión externa no admite ningún juicio de valor trascendente para el Derecho penal si no va acompañada de una participación interna de la persona. Pero, puesto que, la dimensión interna depende de la prueba indiciaria para su atribución, el intrínquis se resuelve de una vez por todas: la existencia de la subjetividad interna es ontológicamente indiscutible, mientras que la prueba de su existencia es epistemológicamente discutible¹⁸⁰⁴. Empleando palabras de SEARLE: “el último de los absurdos es intentar tratar [el conocimiento mismo] independientemente del [conocimiento], esto es: tratarl[o] solamente desde el punto de vista de la tercera persona”¹⁸⁰⁵. La consecuencia devastadora de este pensamiento es terminar afirmando que los estados mentales, lo interno, “no existe realmente”¹⁸⁰⁶. Evidentemente lo esencial para atribuir responsabilidad penal no es probar la existencia de un estado mental, eso sería un desafío empírico que a las ciencia jurídica le tiene sin cuidado porque no forma parte de su objeto de interés, sino, por el contrario, probar que el hecho realizado responde a la existencia del reducto más esencial: la libertad en sus diferentes manifestaciones, como lo es el conocimiento. Para ello será necesario asumir algunos argumentos metodológicos. En primer lugar, no es correcto entender que la metodología de la atribución de los elementos subjetivos “deba interesarse solamente por la conducta objetivamente observable”¹⁸⁰⁷. Así, cuando atribuimos un conocimiento al autor de los hechos, debemos propender arribar al

¹⁸⁰⁴ En esto contundente SEARLE, *El redescubrimiento de la mente*, 1996, pp. 33-34: “la concepción de lo mental empleada por la tradición está mal concebida desde el principio, pues es, esencialmente, una concepción objetiva, de tercera persona”. Bien crítico contra los que entienden que los estados mentales sólo pueden definirse desde la conducta externa (conductismo), o en términos de causa-efecto (funcionalismo), o de que aquéllos en verdad no existen (materialismo eliminativo), o de que el habla de los estados mentales ha de interpretarse como una forma de hablar (postura intencional). Entre nosotros, GONZÁLEZ LAGIER, “La prueba de la intención y la explicación de la acción”, *Isegoría*, 2006, p. 174.

¹⁸⁰⁵ Cfr. SEARLE, *El redescubrimiento de la mente*, 1996, p. 34, que emplea la voz “conciencia” (no conocimiento).

¹⁸⁰⁶ Cfr. SEARLE, *ibidem*. En esta línea, GONZÁLEZ LAGIER, “Buenas razones, malas intenciones”, *Doxa*, 2003, p. 679, hace notar que uno de los argumentos dirigidos a negar “una descripción genuina de las intenciones” es el ontológico, que niega lo mental y ello, a decir de este autor, resulta contraintuitivo.

¹⁸⁰⁷ Cfr. SEARLE, *ibidem*. Empleo esta expresión de este autor, el cual, evidentemente, se refiere a la ciencia de la mente y no al Derecho penal.

punto de vista de la primera persona¹⁸⁰⁸, a la perspectiva del autor en el momento de los hechos, por más que empleemos un juicio hipotético de posicionamiento. Una forma de no desviarnos de este cometido es no tomar en cuenta un baremo de juicio impersonal e ideal, sino uno real, referente a los conocimientos y capacidades del autor. Con mayor fiabilidad podrá el juez situarse en la primera persona si asume un punto de vista con el bagaje de la primera persona. Cuando más se objetivice desde lo social la realidad subjetiva más alejada de lo subjetivo estará y, por ende, más alejada del autor concreto a quien se ha de castigar. En segundo lugar, de la mano de lo anterior, no es correcto asumir que la existencia de los estados mentales sólo se conoce observando la conducta de la persona¹⁸⁰⁹ porque, de hecho, puede existir una conducta idéntica en un sujeto que sabe lo que hace y en otro que desconoce lo que hace¹⁸¹⁰. Cuando sabemos que tal o cual conducta supone que el sujeto sabía lo que hacía la base de nuestra “certeza práctica” no reside exclusivamente en la conducta del sujeto sino, antes bien, en la concepción socialmente compartida de “cómo funciona[n] el mundo” y las cosas del mundo¹⁸¹¹. Y la certeza práctica se legitima en el hecho básico de que cada uno de nosotros asumiría la misma explicación, de forma que “la combinación de conducta con el conocimiento de los apoyos causales de la conducta [es] lo que forma las bases de nuestro conocimiento”¹⁸¹². Dicho en otras palabras, no es necesario apelar a una ontología de tercera persona, de bases exclusivamente epistémica, conductual, para averiguar acerca de los estados mentales de los otros. Nuestra misma ontología de

¹⁸⁰⁸ Cfr. SEARLE, *ibidem*.

¹⁸⁰⁹ Cfr. SEARLE, *ibidem*, p. 35.

¹⁸¹⁰ Sobre esta idea SEARLE, *ibidem*, p. 83 (que emplea dos sistemas diferentes, uno consciente y el otro inconsciente).

¹⁸¹¹ Sobre esta idea SEARLE, *ibidem*, pp. 35, 87. Desde la filosofía del lenguaje, CAVELL, “Knowing and acknowledging”, en *Must we mean what we say?*, 1969, pp. 263 y ss., introduce un argumento similar. Señala que el conocimiento de la “psique ajena” (*other minds*) sólo es posible como expresión de simpatía (*sympathy*) [lo que equivale a una implicación con el otro], y no sólo como expresión de certeza (*certainty*). Cito a este filósofo porque a él alude HONNETH, *Reificación*, 2007, pp. 73 y ss., 76 y ss., desde los fundamentos de su teoría del reconocimiento, que aquí comparto. Resumidamente, HONNETH se interesa por la postura de CAVELL (que sigue a WITTGENSTEIN) en lo atinente a la relación de implicación intersubjetiva que surge del lenguaje. Así, sostiene “antes de todo conocimiento posible sobre los estados de sensibilidad de otro sujeto debe haber en primer lugar una cierta postura por la cual me siento como si estuviera incluido existencialmente en su mundo de sensaciones” (pp. 77, 79). Porque para conocer hay que partir del reconocimiento (pp. 61 y ss.). Esto significa, a mi entender y aplicándolo a la imputación, lo siguiente: si no existiera una “previa toma de postura individual de autoinclusión en la intersubjetividad” los sujetos imputantes no podrían abordar atinada ni legitimamente qué pudo haberse representado el autor del delito o qué debió haberse representado dado el contexto de riesgo típico. Esto presupone que la autoinclusión ya significa asumir como propio un acervo de conocimientos comunes, reconociendo al “otro” también como parte de los mismos.

¹⁸¹² Cfr. SEARLE, *ibidem*, p. 36.

primera persona nos permite asumir la ontología de primera persona de otro¹⁸¹³, cuando ambos compartimos el conocimiento común de cómo funciona el mundo¹⁸¹⁴ y de cómo actuaríamos según nos demande el deber. Por último, en tercer lugar, no es correcto asumir que todo lo que existe en el mundo “es cognoscible por nosotros”¹⁸¹⁵. Suponiendo como una premisa antropológica correcta, que el cerebro humano es uno de los más evolucionados de los seres vivos que por ahora conocemos, debemos también suponer que dentro de esa evolución se encuentra el pensamiento autoconsciente de nuestros propios límites. La ventaja de una premisa de esta naturaleza reside en que la interpretación de los hechos ajenos va guiada por el mismo pensamiento: si yo soy mentalmente limitado, así también él lo es y aquél y aquél ..., aunque nos comportemos como seres potencialmente sabedores de todo¹⁸¹⁶. Una base así permite un juicio de imputación no sólo reconocedor de los límites humanos, sino también más aproximado a la realidad subjetiva del autor.

2. La capacidad de rendimiento que ha tenido la doctrina de la imputación en el ámbito del Derecho penal (más allá de la filosofía), como instrumento conceptual de “atribución de responsabilidad penal” es evidente¹⁸¹⁷. No sólo porque ha permitido establecer que la

¹⁸¹³ Así, la prueba más sólida de la ontología subjetiva la llevamos dentro. Es desde nuestra propia experiencia sensible, desde nuestra consciente introspección, que podemos dar fe de dicha existencia.

¹⁸¹⁴ No obstante, en la filosofía de SEARLE, *ibidem*, p. 36, no se plantea interés alguno por explicar cuáles son las condiciones desde las cuales se pueden atribuir estados mentales a otras personas. Volviendo al planteamiento de CAVELL, “Knowing and acknowledging”, en *Must we mean what we say?*, 1969, p. 263, la expresión de simpatía (o de implicación como diría HONNETH) como respuesta a la toma de postura sensible del otro se revela así como una respuesta a un reclamo (*a claim*) y esto es algo más que conocer la sensibilidad del otro, es reconocerla. Como lo explica HONNETH, *Reificación*, 2007, pp. 77, “Reconocer’, ‘to acknowledge’, significa entonces para Cavell adoptar una postura en la que las expresiones de la conducta de una segunda persona pueden ser entendidas como requerimientos a reaccionar de una manera determinada”.

¹⁸¹⁵ Cfr. la idea en SEARLE, *ibidem*, p. 37.

¹⁸¹⁶ No puede ser más ilustrativa y acertada la siguiente reflexión de SEARLE, *ibidem*, p. 38: “(...) metodológicamente podemos actuar como si pudiésemos entenderlo todo, puesto que no hay manera de conocer lo que no podemos conocer: para conocer los límites del conocimiento deberíamos conocer ambos lados del límite. *Así pues, la omnisciencia potencial es aceptable como recurso heurístico, pero sería autoengañoso suponer que se trata de un hecho*” (cursiva añadida).

¹⁸¹⁷ Reconoce la utilidad de las doctrinas de la imputación en la elaboración teórica de Derecho penal, SCHAFFSTEIN, *Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen*, 1986 (reimp., 2ª ed.), pp. 22, 37, *passim*. Una completa reseña histórica de la doctrina de la imputación desde ARISTÓTELES hasta la mitad del siglo XX en HARDWIG, *Die Zurechnung*, 1957; también y en relación especial con los autores del Derecho natural, HRUSCHKA, “Imputation”, en *BYULR*, 1986, pp. 669 y ss. Aplicó las doctrinas de la imputación en la teoría del delito, HONIG, “Kausalität und objektive Zurechnung”, en *Festgabe für Frank*, 1930, pp. 174 y ss. (con la teoría de la “imputación objetiva”). A partir de ese entonces, casi toda la doctrina jurídico-penal de nuestro entorno pasa a concebir la teoría del delito desde el principio de la imputación en las diferentes categorías (HRUSCHKA, JAKOBS, ROXIN y FRISCH). Algunas breves consideraciones sobre la evolución de la imputación en MIR PUIG, “Significado y alcance de la imputación objetiva”, en *RECPC*, 2003, pp. 1 y ss. Para una reseña actual sobre

atribución de responsabilidad se basara en una conexión normativa entre el sujeto y el hecho, sino porque ha permitido diferenciar cuáles son los presupuestos subjetivos mínimos con capacidad de sentido (*Sinnfähigkeit*) que tienen que concurrir como para poder realizar el juicio de imputación¹⁸¹⁸. Realizadas las anteriores precisiones introductorias, cabe ahora encuadrar en la teoría del delito el juicio de imputación subjetiva al que me quiero referir, teniendo en cuenta que el mismo aparece en diferentes niveles. Así, por ejemplo, de modo transversal el juicio de imputación comenzará constatando que el sujeto haya obrado con voluntariedad, conociendo lo que hacía y manteniendo un cierto control sobre el suceso y continuará demostrando que el sujeto conocía el desvalor social del comportamiento que ejecutaba, para finalizar con la acreditación de que el autor ha obrado en contra del deber jurídico. Cada uno de estos presupuestos subjetivos son las diferentes manifestaciones de la libertad del sujeto, que en la teoría del delito se ubican, desde hace tiempo, más o menos en el siguiente orden¹⁸¹⁹. En primer lugar, el requisito de la acción humana *voluntaria*¹⁸²⁰, que como requisito esencial del delito, prácticamente hoy en día la mayor parte de la doctrina ya

puntos clave de la historia de la doctrina de la imputación, SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación y teoría del delito*, 2008, pp. 13 y ss., *passim*.

¹⁸¹⁸ Aunque usualmente suelen identificarse las expresiones imputación y atribución, en el pensamiento de KANT la imputación era la basada en la libertad, mientras que la atribución significa una mera asignación, sin libertad. Cfr. la cita en SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación y teoría del delito*, 2008, p. 21, nota al pie 21. También JAKOBS, *Dp, Pg*, 1997 (2ª ed.), p. 225, aclara que el denominar atribución objetiva a las condiciones objetivas de la responsabilidad (esto es, las propiedades objetivas generales de la conducta imputable) no debe entenderse en el sentido de que se trata sólo de imputación; de imputación se trata más bien en el tipo subjetivo y en la culpabilidad. Igualmente, MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, 2001, p. 698, nota al pie 141, destaca que la palabra imputación “debe reservarse para la denominada imputación subjetiva –la antigua *imputatio moralis*- (...)”. Ya antes FEUERBACH “Die Imputation in jenem weitern Sinne heißt die physische Imputation (imputatio physica); die Imputation in jenem engern Sinne, heißt die moralische Imputation (imputatio moralis)”, citando a DARIES. Cfr. FEUERBACH, *Revision der Grundsätze*, 1966, p. 153.

¹⁸¹⁹ SILVA SÁNCHEZ señala que para la doctrina dominante los niveles de imputación están situados transversalmente a la teoría del delito: hay un nivel de imputación en el nivel de la acción, otro en la tipicidad subjetiva, y luego en el conocimiento de la antijuridicidad y en la imputabilidad. Cfr. SILVA SÁNCHEZ, “Abschied von einem einheitlichen Unrechtsbegriff”, en *GA*, 2013, pp. 612-613 [= “¿Adiós a un concepto unitario de injusto?”], en *InDret Penal*, 2014, p. 4]. También MIR PUIG, “Significado y alcance de la imputación objetiva”, *RECPC*, 2003, pp. 10 y ss. se refiere a los diferentes niveles de la imputación en la teoría del delito (imputación objetiva, imputación subjetiva e imputación personal); y, MOLINA FERNÁNDEZ, *Responsabilidad jurídica y libertad*, 2002, pp. 20-21, reconoce hasta cuatro niveles de vinculación entre el comportamiento humano y el resultado (causalidad de la acción humana, imputación objetiva, en el delito doloso el hecho objetivamente imputable debe ser efecto del dolo del autor, y elementos de la culpabilidad).

¹⁸²⁰ Sobre el concepto jurídico-penal de acción y las causas que la excluyen, cfr. SILVA SÁNCHEZ, “La función negativa del concepto de acción”, en *ADPCP*, 1986, pp. 905-933 [luego en “Sobre los movimientos ‘impulsivos’ y el concepto jurídico-penal de acción”, en *ADPCP*, 1991, pp. 1-24].

nadie lo discute¹⁸²¹. En este primer nivel se da un juicio de imputación subjetiva muy general, no referida al sujeto en particular, sino como reflejo de la obra de *algún* sujeto, esto es, referida a la condición de controlabilidad humana del propio comportamiento¹⁸²². En el ámbito ya más restringido del tipo de injusto, el juicio de imputación subjetiva encierra la atribución del sentido socialmente desvalorado del hecho realizado por el sujeto a título de conocimiento o de error. Este tipo de juicio, menos general que el del comportamiento humano, se “subjetiviza”, porque ahora ya se lo refiere directamente al sujeto concreto. El desvalor de este nivel no hace más que exclusiva alusión a la antijuridicidad del hecho, a su no-justificación; todavía no se le reprocha nada al autor sino que, simplemente, se le comunica que el hecho por él realizado contiene un valor negativo desde la perspectiva de lo social, porque él ha negado la relación de reconocimiento recíproco que sirve de base a la convivencia social. Cumplido este previo requisito puede analizarse la culpabilidad del autor desde un juicio personal¹⁸²³. Precisamente, por la trascendencia social de la lesividad del hecho, el juicio de imputación subjetiva que se realiza en el nivel de la antijuridicidad tiene, para la doctrina al uso, carácter intersubjetivo, a diferencia del carácter del juicio de culpabilidad que es estrictamente individual¹⁸²⁴. Este proceso gradual de atribución indica que, cuando consideramos a alguien subjetivamente responsable de un hecho, es porque consideramos que el hecho se origina en su yo consciente y voluntario y, de este modo, antes de estar vinculando causalmente el hecho con el sujeto, estamos reafirmando como persona: al imputarle el hecho (y no a los antecedentes causales), le *reconocemos su condición personal*¹⁸²⁵.

¹⁸²¹ Lo que sí podría resultar aún teóricamente polémico es el grado de autonomía que la acción tendría como categoría dentro de la sistemática del delito.

¹⁸²² Voluntad entendida en términos de accesibilidad motivacional y conciencia mínima. Sobre la accesibilidad motivatoria en el nivel de la acción, SILVA SÁNCHEZ, “La función negativa del concepto de acción”, en *ADPCP*, 1986, pp. 923 y ss.

¹⁸²³ Para JAKOBS la función del lado subjetivo del hecho es medir los grados de déficit de fidelidad al Ordenamiento jurídico. Existen al menos tres requisitos del llamado lado subjetivo del hecho que operan como indicios del déficit: (1) la imputabilidad; (2) el conocimiento (al menos en grado de cognoscibilidad) de la realización del tipo, así como del injusto; y, (3) la exigibilidad de la observancia de la norma. Con que falte uno de ellos, el hecho será sólo aparentemente algo proveniente de una persona, porque en realidad se tratará de un producto de la naturaleza. Cfr. JAKOBS, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, 2003, pp. 75 y ss.

¹⁸²⁴ Descarta que la noción clásica de imputación sea fructífera a nivel de la antijuridicidad, juicio que atiende - desde una perspectiva más general- a la lesividad del hecho antes que a la conexión con su autor, MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, 2001, pp. 99 (con interesantes observaciones en nota al pie 24); 108.

¹⁸²⁵ Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, *Responsabilidad jurídica y libertad*, 2002, pp. 133, 145. La diferencia de esta idea con el pensamiento de los libertarios, es que para aquella la libertad se encuentra condicionada a la realidad del mundo (un mundo con una altísima dosis de determinación -sometido al principio causal- y con

3. De modo muy breve: en el injusto se opera con reglas de atribución (social) y reglas de imputación (siempre individual basada sobre lo social) y en la culpabilidad todo es imputación (basada exclusivamente en lo individual). En este sentido, la teoría del hecho punible cuenta con dos grandes momentos de imputación: en la antijuridicidad con la imputación intersubjetiva-subjetiva del hecho al autor y en la culpabilidad con la imputación subjetiva como reprochabilidad. Pero, para algunos autores, todavía el juicio de imputación en sede del injusto admite otras diferenciaciones. Así, por ejemplo, en la categoría del tipo objetivo se realiza un primer juicio de atribución objetiva centrado en la peligrosidad *ex ante* de la acción desde un baremo intersubjetivo e hipotético -el de la persona razonable en el lugar del autor- y en la categoría del tipo subjetivo se realiza el auténtico juicio de imputación del hecho al sujeto. En este nivel el juez teoriza, ya sea adaptando la conducta del autor del hecho a la figura de la persona razonable, hipotetizando cómo *hubiese* actuado ésta si *hubiese* estado en el lugar del autor, o bien concretando la conducta del autor sobre la base de su mejor versión. Me ocupo de estos baremos de imputación en breve.

4. Por otro lado, todo juicio de imputación presupone reglas, a través de las cuales se establece el enlace entre el hecho y el sujeto o, mejor dicho, entre éste y *su* hecho¹⁸²⁶: las *Zurechnungsregeln* o reglas de imputación. Hemos visto que la vida en sociedad se encuentra *regulada*, sometida a reglas necesarias para una convivencia ordenada y pacífica. Entre estas reglas necesarias se encuentran las normas de conducta¹⁸²⁷, que son las que orientan a las personas a comportarse en uno u otro sentido. A grandes rasgos, estas normas de conducta comunican al destinatario lo que se debe y/o puede hacer (o no hacer) pero, a la vez, sirven de orientación al aplicador del Derecho, quien se encarga de realizar el juicio de imputación. Con ello, las reglas de imputación tienen como objeto a las normas de conducta como baremos de medición de la conducta efectivamente realizada por el sujeto y hacen alusión a las diferentes dimensiones a considerar: la temporal, la objetiva/subjetiva, la

ciertos fenómenos indeterministas azarosos que operan en el nivel subatómico y que son expresable mediante leyes estadísticas). Por el contrario, para los libertarios, la libertad se explica desde un yo originador, con genuina capacidad de opción entre alternativas, y sometido a su exclusiva subjetividad.

¹⁸²⁶ Distingue entre el objeto (el hecho y el título) de la imputación y las reglas de imputación, que sirven para la medición del hecho en relación con las reglas de conducta, SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación y teoría del delito*, 2008, pp. 32 y ss.

¹⁸²⁷ Informales (incumbencias) y formales (deberes).

valorativa y la de sentido. Para una mejor exposición, analizaré estas dimensiones de forma autónoma y en el orden mencionado.

II.IV.2.a. Dimensión temporal del juicio de imputación: perspectivas ex ante y ex post

1. Hay que distinguir dos momentos en relación con el juicio de imputación, uno presupuesto del otro: el momento en que la norma dialoga con el sujeto para orientarlo a abstenerse de cometer un hecho injusto, apelando a su autorresponsabilidad y con una mera pretensión de motivación¹⁸²⁸; y el momento en que el juez realiza el juicio de imputación para atribuir un hecho antijurídico a un sujeto que es considerado responsable del mismo. El momento dialogal, o del hecho, presenta a su vez dos etapas: una *ex ante*, la de ejecución de la conducta, y una *ex post*, la de finalización de la conducta (con o sin resultado de peligro o de lesión). Pero, a estas etapas no hay que entenderlas como dos entidades temporales autónomas, sino como una unidad de sentido-temporal, que engloba la perspectiva *ex ante* con la perspectiva *ex post*. De modo consecutivo, se presenta el momento imputativo que se compone de una sola etapa: la *ex post* delito, que no necesariamente coincide con el *ex post* del hecho. Por regla general, entre el *ex post* del hecho y el *ex post* del delito suele pasar un tiempo considerable, es decir, el lapso entre la comisión del hecho y el juicio institucional de imputación del hecho suele ser de magnitud¹⁸²⁹.

2. El objeto-temporal del juicio de imputación es el momento en que el sujeto dialoga con la norma, que se ubica en la perspectiva *ex ante*, en donde se contempla el hecho de modo intersubjetivo entre todos los participantes del juego social¹⁸³⁰. A diferencia, de la perspectiva *ex post*, la perspectiva *ex ante* individualizada se encuentra estrechamente

¹⁸²⁸ Recordemos, que según lo manifestado a lo largo del *Capítulo Tercero*, el juego dialogal entre el sujeto y la norma jurídica de conducta se ve facilitado por las incumbencias (deberes naturales). De hecho, el sujeto que toma contacto con la norma jurídica de conducta no es por ello un “novato” en cuanto a la dinámica de lo que comporta cumplir con directrices y reglas del actuar.

¹⁸²⁹ De hecho, para los casos de resultados tardíos, el *ex post* del hecho suele sobrevenir al *ex post* del delito. Para SILVA SÁNCHEZ, “Sobre la relevancia jurídico-penal de la no-inmediatez en la producción del resultado”, en *Ep en memoria del Profesor Agustín Fernández-Albor*, 1989, pp. 677-678, con nota al pie 5, en estos supuestos se rompe la denominada “relación de inmediatez” entre la conducta y el resultado, que se daría en lapsos anormales de tiempo. Y, en otros supuestos se rompe además la “relación directa” (pp. 679 y ss.), por ejemplo cuando al riesgo inicial le sobreviene otro posterior que produce el resultado.

¹⁸³⁰ Así, la doctrina mayoritaria. Por ejemplo, FEJOO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia*, 2001, p. 242; FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988, pp. 71 y ss.

relacionada con la función directiva de la norma de conducta¹⁸³¹, de modo que su valoración *ex post* por parte del juez ha de realizarse hipotetizando sobre una situación que fue abarcada por el conocimiento del autor, en donde el resultado de este juicio de imputación debe respetar en la medida de lo posible la identidad de la perspectiva *ex ante*¹⁸³². El juicio de imputación sobre el comportamiento del autor debe guardar directa relación con el conocimiento y capacidad que el autor tuvo en el momento de los hechos, pues sólo se podrá imputar aquello que sea manifestación libre de una capacidad para configurar la realidad objeto de desvalor¹⁸³³. Como el juez examina un hecho histórico ajeno, a partir del cual ha de inferir un conocimiento que no le pertenece en primera persona, deberá de valerse de todos los conocimientos acerca de los hechos (pruebas) y las conexiones normológicas que se encuentren a su disposición¹⁸³⁴, para interpretar, valorar e imputar ese hecho a un sujeto.

3. La doctrina mayoritaria es propensa a construir los juicios de peligrosidad desde la perspectiva *ex ante*, y esto significa dos cosas. En el juicio de atribución objetiva se emplea, por regla general, un baremo objetivo, el de la persona razonable, desde el cual se determina si el comportamiento que se va a realizar resulta de riesgo para algún bien jurídico (lo que clásicamente se conoce como la previsibilidad objetiva)¹⁸³⁵, si bien, en alguna doctrina el baremo objetivo de la atribución objetiva contempla la posición individual del autor. Por su parte, en el juicio de imputación subjetiva la tendencia de la doctrina es la de emplear también un baremo objetivo de atribución sobre todo en el dolo, mientras que, para la imprudencia, el baremo subjetivo suele ser empleado en sede de la culpabilidad. Me ocupó en los próximos epígrafes de estos baremos.

¹⁸³¹ El argumento de la valoración *ex ante* se encuentra ligada a la norma directiva de conducta. Así, MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, 1992, p. 75; MIR PUIG, “La perspectiva ‘*ex ante*’ en Derecho penal”, *ADPCP*, 1983, pp. 11 y ss.

¹⁸³² A esta identidad, RUDOLPH, *Das Korrespondenzprinzip im Strafrecht*, 2006, pp. 13 y ss., la denomina “principio de correspondencia” (*Korrespondenzprinzip*). Para este autor el juicio *ex post* (de la imputación, no del hecho) se erige sobre la base del juicio *ex ante*. Entre ellos debe existir una correspondencia de contenidos, es decir, el contenido del juicio *ex post* debe coincidir con el contenido del juicio *ex ante*.

¹⁸³³ Similar RUDOLPH, *Das Korrespondenzprinzip im Strafrecht*, 2006, pp. 13-17.

¹⁸³⁴ Cfr. KINDHÄUSER, “El tipo subjetivo en la construcción del delito”, *InDret Penal*, 2008, p. 29.

¹⁸³⁵ Cfr. BURKHARDT, “Conducta típica”, en *El sistema integral del Dp*, 2004, p. 154. Lo decisivo será “si un juzgador razonable, antes del hecho, habría considerado que la correspondiente conducta era arriesgada o que aumentaba el peligro”. Ya antes, FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983, pp. 126 y ss., *passim*.

II.IV.2.b. Dimensiones objetiva y subjetiva de los juicios de atribución e imputación: baremos de medición

1. Tanto el juicio de atribución objetiva como el juicio de imputación subjetiva operan con baremos o criterios de medición¹⁸³⁶ según la conducta socialmente esperada¹⁸³⁷. Las bases en las que se asientan son las pautas de ponderación valorativa entre la libertad subjetiva y la incolumidad de los bienes jurídico-penalmente protegidos (= la libertad intersubjetiva)¹⁸³⁸. Estos criterios de medición de la conducta, auténticos heurísticos institucionales¹⁸³⁹, sirven para comparar o medir, y con ello valorar, la adecuación entre la conducta efectivamente llevada a cabo por el sujeto y la que se esperaba que él realizara en la situación concreta¹⁸⁴⁰. Los nombres que reciben estas figuras suelen, o bien contener connotaciones valorativas, como la “persona razonable”¹⁸⁴¹, el “hombre prudente y sensato”, “el hombre medio inteligente”, “el observador cuidadoso y diligente” o el “ciudadano fiel al Derecho”¹⁸⁴², o bien ser más neutrales, como la “persona promedio”, el

¹⁸³⁶ Tanto para atribuir la realización de un riesgo (o la producción de un resultado) como para imputar un conocimiento o error sobre los mismos, debemos emitir un juicio de valor sobre dichos extremos y, para ello, precisamos de baremos de medición o de comparación. MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, 2001, pp. 692 y ss. [también en *Responsabilidad jurídica y libertad*, 2002, p. 20, nota al pie 4, con mayores matices], destaca que el juicio de peligrosidad puede presentarse configurado sobre la base alguna de las tres siguientes opciones (que casi nunca se dan en estado puro): los conocimientos máximos posibles, el conocimiento más limitado de un hombre medio (con algunos correctivos) y el conocimiento del autor del hecho. Por su parte, BURKHARDT, “Conducta típica”, en *El sistema integral del Dp*, 2004, p. 158, se refiere a los conocimientos ontológicos/normológicos de un participante ordinario del tráfico y a los conocimientos ontológicos/normológicos óptimos, como las dos posibles medidas del baremo objetivo.

¹⁸³⁷ Advierte que debajo del baremo de la *reasonable person* subyacen las expectativas sociales de comportamiento, HÖRNLE, “Social expectations in the criminal law”, *NCLR*, 2008, pp. 1 y ss.

¹⁸³⁸ Cfr. JAKOBS, “El lado subjetivo del hecho”, en *Estudios de Dp*, 1997, pp. 206-207, nota al pie 8; FRISCH, *Tabbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988, pp. 72 y ss., 75 y ss. En el sistema angloamericano, desde la figura de la *reasonable person*, RIPSTEIN, *Equality, Responsibility and the Law*, 1998, pp. 50, *passim*, se refiere a la libertad y a la seguridad, como los dos valores que subyacen al juicio de ponderación (de razonabilidad).

¹⁸³⁹ Cfr. NOURSE, “After the reasonable man”, *NCLR*, 2008, p. 34: “The reasonable man is an institutional heuristic (...)”. También el conocido tipo ideal weberiano consistía en una especie de “concepto límite puramente ideal, respecto del cual la realidad es *medida* y *comparada* a fin de esclarecer determinados elementos significativos de su contenido empírico”, esto es, un constructo de comparación o valoración. Cfr. WEBER (Max), “La ‘objetividad’ cognoscitiva de la ciencia social y de la política social”, en *Ensayos sobre metodología sociológica*, 1990, p. 82.

¹⁸⁴⁰ Igualmente, PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido*, 1995, p. 110 (la “pauta de valoración adopta siempre la condición, en relación con la conducta efectivamente realizada, de *conducta ideal*. En efecto, una valoración solamente tiene sentido cuando la misma tiene como punto de referencia un ideal –aquí, de comportamiento–, considerado el objetivo de conducta y con el que la comparación puede realizarse”).

¹⁸⁴¹ El equivalente en el sistema angloamericano: *reasonable person* o *man*.

¹⁸⁴² El equivalente en el sistema angloamericano: *law-abiding person* o *citizen*.

“hombre medio”, el “espectador objetivo”^{1843/1844}, el “espectador normativo (o ideal)”, el “espectador imparcial” o el “espectador omnisciente”. En cualquier caso, sea cual sea el trasfondo de cada una de estas figuras, lo que se puede advertir de ellas es que los modelos oscilan entre concepciones empíricas o fácticas y concepciones normativas, esto es, entre lo que se puede hacer y lo que se espera que se haga¹⁸⁴⁵. Cualquiera de las dos, en sus versiones más extremas, presentan más problemas que soluciones. Necesario será, entonces, ofrecer un concepto del baremo a emplear que logre combinar equilibradamente tanto la dimensión empírica como la normativa. Un modelo intermedio nos llevará a asumir dos premisas de partida ineludibles: (a) en primer lugar, que los baremos no podrán ser concebidos sobre la base de criterios exclusivamente estadísticos o puramente empíricos del *ser*, porque esto nos haría caer en un realismo extremo revelador de tantos hombres medios como grupos de casos existan, o como de autores individuales se presenten. Y así como los grupos de casos cuentan con una natural tendencia a ir sub-clasificándose cada vez más, así también cada autor individual “es un mundo”. La diversidad se vuelve desde esta perspectiva inabarcable. Además, un enjuiciamiento rígidamente tópico se revelaría poco compatible con la pretensión normativa de ofrecer pautas estandarizadas de conducta de respeto por el Derecho¹⁸⁴⁶. Y, (b) en segundo lugar, que los baremos no podrán ser

¹⁸⁴³ Observación similar en MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, 2001, p. 695, nota al pie 137.

¹⁸⁴⁴ Es común encontrar todas estas frases como sinónimas, pero, a mi entender, entre el hombre medio y el espectador objetivo suele existir una diferencia de concepto, que no siempre se la menciona expresamente. Mientras que el hombre medio suele ser concebido como una persona hipotética que piensa y actúa según los conocimientos estándares, el espectador objetivo suele ser definido como una persona, también hipotética, pero que observa objetivamente el hecho realizado por un tercero. De allí que este segundo recurso suele ser más bien empleado para determinar “cómo debería haberse comportado el autor ante el hecho” y este lenguaje es más propio de la imputación que de la norma de conducta. Por el contrario -y aun cuando la figura del hombre medio sea empleada en los juicios de atribución *ex post*- el ámbito de aplicación del hombre medio es el de la norma de conducta, por cuanto todas las personas se representan antes de actuar que hay que respetar unos mínimos estandarizados de comportamiento para garantizar la conservación de los espacios de libertad. Por eso, mientras que al autor del hecho se lo mide desde el hombre medio, al juez se lo concibe como el espectador objetivo. También se refiere al juez (que imputa) como un espectador objetivo, SERRANO-GONZÁLEZ DE MURILLO, “Sobre la consideración de los ‘conocimientos especiales’ del sujeto”, en *LH a Eberhard Struensee*, 2011, p. 630 (el juzgador formula el juicio, pero, en realidad, el espectador objetivo personifica a la sociedad); RUDOLPH, *Das Korrespondenzprinzip im Strafrecht*, 2006, pp. 47 y ss.

¹⁸⁴⁵ Cfr. PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido*, 1995, p. 110, quien también señala, que en el ámbito de la valoración de la conducta se plantea el dilema de dónde ha de proceder la conducta que se empleará como pauta de valoración: si de la descripción de una conducta fácticamente posible, o de la descripción de una conducta idealmente deseable.

¹⁸⁴⁶ Descarta un criterio estadístico o empírico en la configuración del hombre medio, FEIJOO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, 2002, pp. 21 y ss. Para este autor el hombre medio se trata de un patrón genérico de medida que se emplea para valorar si la decisión del autor en el momento del hecho es una decisión que cabe esperar de un hombre medio concebido como un ciudadano motivado en cumplir las normas.

concebidos sobre la base de criterios exclusivamente normativos, es decir, de pautas de conducta propias del *deber ser*, porque al tratarse de pautas ideales se corre el riesgo de no concretar los límites de lo esperado¹⁸⁴⁷. Puestos a juzgar cómo debería haberse comportado tal o cual persona en una situación típica, sobre todo en la imprudencia, podría suceder lo indeseable: todos responderíamos desde la seguridad del *ex post* de que el autor debería haberse comportado de una forma u otra, porque desde la perspectiva que engloba la visión del hecho pasado todo resulta no sólo mucho más claro, sino que todos somos mucho más correctos que el autor concreto. Es decir, el sentido del *deber ser* se enfatiza no sólo cuando lo malo ya pasó, en donde siempre es más fácil opinar sobre el pasado que sobre el futuro, sino cuando se trata de un hecho ajeno, en donde siempre es más fácil opinar sobre cómo se debería haber comportado el otro y no uno. Con ello, una persona promedio-ideal llevaría a establecer un baremo de imputación demasiado elevado, alejado en muchas ocasiones de la persona promedio-real del sector. Por todo ello, hay que buscar un criterio intermedio¹⁸⁴⁸, que se refleje en un criterio normativo permeable a datos empíricos. Esta mayor permeabilidad será una virtud del baremo y no un defecto, teniendo en cuenta que las expresiones valorativas precisan de un objeto de referencia. Una posible forma de concebir un criterio intermedio es tomar como punto de partida la directriz general de una persona cumplidora de las normas más básicas de la sociedad, como lo son las incumbencias (el ejercicio razonable de la libertad y el seguimiento razonable de las normas). Esta directriz sería la única que se presupondría desde el punto de vista del *deber ser* y operaría en el momento *ex ante*, tanto en el baremo del hombre medio, como en el baremo del autor individual. A partir de allí, el criterio habría de ir completándose con factores empíricos, como las pautas de conductas que se encuentren estandarizadas en un momento determinado en la sociedad según el sector o tipo de actividad que se trate o según las capacidades y conocimientos individuales del autor. Todo ello, justamente, para dar

¹⁸⁴⁷ Véase ya, KUHLEN, *Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung*, 1989, pp. 102 y ss., 162, quien, en la determinación del baremo, destaca la presencia del problema entre el ser y el deber ser, concluyendo que cuanto más se asemeje el baremo al sujeto real participante de un determinado sector del tráfico, más valor tendrá su empleo como argumento de medición. De hecho, en verdad, esto es lo que sucede. La figura-baremo que establece el cuidado necesario a seguir en determinado sector termina configurándose según el cuidado que es realmente practicado en el sector. En igual sentido, MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, 2001, p. 695, nota al pie 137.

¹⁸⁴⁸ A favor también de un estándar híbrido que contemple la dimensión individual y la normativa, NOURSE, "After the reasonable man", *NCLR*, 2008, pp. 33 y ss.: "(...) the debate over having a purely subjective standard and a purely objective standard obscures the commonsense necessity of having a hybrid standard, one which takes into account the characteristics of a particular defendant at the same time that it provides normative guidance".

cobertura a situaciones nuevas que puedan ir presentándose¹⁸⁴⁹. En efecto, el criterio del hombre medio o del hombre prudente ha de ser contextualizado dentro del ámbito de la realidad social sometida a examen. Así, el hombre prudente del tráfico automotor, que es un conductor profesional no deja de ser un criterio normativo de medición cuando asume para su configuración ciertos datos empíricos; por ejemplo, la velocidad que un conductor profesional puede controlar en el tráfico automotor es un dato empírico obtenido de resultados estadísticos que completa el baremo objetivo¹⁸⁵⁰. Ciertamente, los criterios normativos no se transforman con la misma rapidez que la realidad social, de forma que es ésta la que va conformando lo que la sociedad va entendiendo como prudente, razonable o leal en un momento determinado¹⁸⁵¹. De modo efectivo, con rayana seguridad, un criterio de naturaleza mixta empírico-normativa haría más equilibrada y justa la atribución e imputación del hecho a una persona, porque intentaría acomodarse a la verdadera naturaleza imperfecta de las personas.

2. Antes de referirme a cómo operan los baremos de medición en los juicios de atribución e imputación, esto es, si lo hacen de forma generalizada o individualizada, primeramente haré algunas precisiones conceptuales. Para un mejor desarrollo del tema resulta conveniente agrupar en tres puntos el objeto de análisis. En primer lugar, una breve justificación de por qué resulta necesario ofrecer un concepto de hombre medio y uno de autor individual como baremos¹⁸⁵². En segundo lugar, cuál es la definición de hombre medio y de autor individual que aquí se comparte. En tercer y último lugar, la necesidad práctica de distinguir la figura

¹⁸⁴⁹ Cfr. BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1994, p. 112, para quien “si durante el proceso penal, o con posterioridad al mismo, se constata la inexactitud de la certeza o pronósticos objetivos *ex ante* –por ejemplo, por nuevos descubrimientos científicos-, deberán utilizarse durante el proceso los nuevos conocimientos o, si éste ya finalizó, cabrá recurrir a la vía del recurso de revisión”.

¹⁸⁵⁰ En relación con la estadística como disciplina de elevada utilidad en la construcción de patrones de conducta, o baremos cuantitativos, véase PORTER, *The rise of statistical thinking*, 1986, p. 6. Para este autor a través de la estadística es posible descubrir “verdades generales sobre los fenómenos de masa, incluso desconociendo las causas de las acciones de cada individuo (...)”.

¹⁸⁵¹ Dentro de los modelos normativos pueden encontrarse: (a) modelos normativo-empíricos, como el que aquí se defiende, cuya permeabilidad a criterios estadísticos permite ofrecer un resultado-promedio y, (b) modelos normativos puros, esencialmente analíticos que asumen un resultado-ideal (no ofrecen un promedio). A criterio de MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, 2001, p. 695, nota al pie 137, en verdad todos los modelos cuentan con un componente fáctico (lo que el sujeto puede hacer) y un componente normativo (dentro de lo posible delimitan lo debido).

¹⁸⁵² Cfr. NOURSE, “After the reasonable man”, *NCLR*, 2008, p. 37, para quien “in a world of uncertainty, heuristics are essential and in assessing their rationality, context is crucial”, refiriéndose a la necesidad de emplear recursos heurísticos –como el estándar de persona razonable- para examinar situaciones con indicios de relevancia penal y a la necesidad de considerar el contexto de la situación para determinar la razonabilidad.

del hombre medio de la sociedad, del hombre medio del sector y la necesidad de distinguir entre el autor individual en su versión real y en su mejor versión. Resumidamente, en relación con el primer punto, la razón que reclama una definición de hombre medio es la necesidad de un criterio generalizador que nos permita establecer los límites de la atribución *intersubjetiva* de conductas. El baremo no deja de ser un recurso heurístico, un punto de vista desde el cual se comienza la distribución social de los riesgos entre los participantes sociales, aplicándolo al autor del delito sólo en primera instancia¹⁸⁵³. Así, también resulta necesario una definición de autor individual como criterio individualizador que nos permita establecer los límites de la imputación subjetiva de la *subjetividad* del autor, esto es, aplicar la distribución social del riesgo al autor individual desde sus circunstancias personales. En este sentido, es innegable que el primer requisito particular que tiene que sospecharse que concurre en la situación es el conocimiento típico (o el error) del autor, como para que el Derecho penal *se dé por aludido*. La producción de un resultado prohibido todavía puede estar dirigido al Derecho civil, de modo que podría considerarse al juicio de imputación subjetiva como el auténtico momento en donde se toma contacto con la esencia penal¹⁸⁵⁴. En cuanto al segundo y tercer punto por tratar, a continuación me ocupo de ellos de forma conjunta.

II.IV.2.b.i. Baremo de la persona limitadamente razonable en la atribución objetiva y en la imputación subjetiva

1. Teniendo en cuenta lo dicho sobre los modelos de racionalidad humana en capítulos anteriores, aquí se entenderá que el constructo del baremo a emplear tanto en la atribución objetiva como en la imputación subjetiva es el de la persona limitadamente razonable¹⁸⁵⁵. En sede de la atribución objetiva, el baremo del hombre medio se configura sobre la persona limitadamente razonable que, en este nivel opera como un constructo que posee dos funciones: una función positiva o incluyente del *conocimiento actual* que se entiende posee una persona promedio respecto de todos aquellos riesgos que socialmente gozan de un

¹⁸⁵³ Próximo RIPSTEIN, *Equality, Responsibility and the Law*, 1998, p. 56 (“the reasonable person provides the standpoint from which a general distribution of risks can be applied to particular circumstances”).

¹⁸⁵⁴ Esta afirmación no quiere desconocer la relevancia penal de la atribución objetiva, sino que quiere destacar que sólo a partir del dolo o del error se puede comenzar a pensar en alguna consecuencia penal (que no sea una medida de seguridad u otra cosa). En filosofía, JONAS, *El principio de responsabilidad*, 2004 (2ª ed.), p. 162, de forma muy general, señala que la distinción entre el Derecho penal y el Derecho civil reside en que el primero castiga la culpa, y el segundo compensa el daño causado.

¹⁸⁵⁵ Véase, *Capítulo Primero*, epígrafe *II.I.2.d. Modelo de la racionalidad humana limitada*.

consenso general en cuanto a su naturaleza lesiva para los bienes jurídicos¹⁸⁵⁶, así como del *conocimiento potencial* –en casos de desconocimiento fortuito– que posee una persona promedio respecto de todos aquellos riesgos que socialmente gozan de un consenso general de lesividad¹⁸⁵⁷. Y otra función negativa o excluyente del conocimiento que se entiende no están (actualmente) ni estarían (potencialmente) al alcance del hombre medio. En estos supuestos de desconocimiento la naturaleza típica del riesgo es desconocida de modo invencible tanto para el hombre medio como para el autor. Por otro lado, en sede de la imputación subjetiva, también el baremo del autor individual se configura sobre la persona limitadamente razonable. Su función positiva o incluyente lleva a considerar sólo aquel aspecto de la estricta subjetividad del autor que se desprende de sus conocimientos ordinarios y especiales, así como también de sus errores individuales. En cuanto a su función negativa o excluyente, la persona limitadamente razonable del autor está orientada a descartar todo tipo de conocimiento o error que no provengan de su subjetividad, en especial cuando se pretende hacer valer el conocimiento objetivo del hombre medio. La única excepción a la subjetividad del autor viene dada por el límite inferior de la imputación subjetiva, que son los conocimientos mínimos del hombre medio.

2. Adelantando algunas ideas, para clarificar este punto, hay que tener en cuenta que en la atribución objetiva “no importa” qué ha conocido el autor en el caso concreto, sino, por el contrario, qué es aquello que socialmente se conoce en relación con el riesgo que éste ha

¹⁸⁵⁶ Véase la crítica de MOLINA FERNÁNDEZ, *El concepto de peligro*, 2008 (inédito), pp. 33, con nota al pie 54, 34: una de las características del juicio de peligro *ex ante* es que se trata de un juicio “objetivo”, por cuanto el criterio para seleccionar las bases del juicio no es el de los concretos conocimientos del autor, sino, por el contrario, los de un hombre medio puesto en el lugar del autor. Pero, incluso con esta objetivización, señala MOLINA, el peligro es condicional porque depende del conocimiento de partida: si el autor por sus circunstancias personales, tiene conocimientos inferiores a la media, la norma a él dirigida no puede cumplir su función directiva, porque pide al destinatario que acomode su conducta a una situación de peligro que él no puede percibir. A mi entender, la norma de conducta en relación con los conocimientos del autor se valora en la imputación subjetiva.

¹⁸⁵⁷ En los supuestos de conocimientos especiales del autor, el conocimiento objetivo de la atribución objetiva concurre en el hombre medio sólo de modo abstracto, pero no en concreto. El hombre medio no cuenta con los conocimientos especiales del autor real, pero sí con los conocimientos abstractos sobre la misma capacidad lesiva del riesgo. Quien conoce de modo privilegiado que alguien colocó una bomba en un tren tiene un conocimiento especial que no tiene el hombre medio, quien tan sólo cuenta con el conocimiento abstracto del riesgo lesivo de la explosión de una bomba. Por eso, la ausencia de conocimiento objetivo del hombre medio no responde a la infracción de un deber de cuidado, sino solamente a un supuesto de error coyuntural o fortuito, que puede o no ser vencible.

asumido¹⁸⁵⁸. Se trata de un *conocimiento típico general-objetivo*, cuya base es normativo-social. En la atribución objetiva se realiza un juicio de ponderación objetiva de intereses generales sin tener en cuenta los conocimientos del sujeto concreto acerca de estos intereses. Son los conocimientos sociales los que se valoran y atribuyen a un comportamiento determinado. Para imputar objetivamente el riesgo típico de matar no hace falta saber qué se representó el autor del hecho, así como tampoco no será excluyente de dicha atribución que el autor alegare que no sabía que el disparo a corta distancia de un arma de fuego en la sien de una persona produciría un efecto mortal. Esto es así porque para la atribución objetiva lo relevante es la lesividad de la conducta en términos intersubjetivos y no el conocimiento del autor sobre dicha lesividad; lo relevante es aquello que para el consenso social resulte lesivo y que está previsto como prohibido en una norma de conducta intersubjetiva y no lo que para el autor concreto termine siendo¹⁸⁵⁹. Será justo, en el momento de imputar subjetivamente dicho peligro, en donde se valorará la dañosidad social de lo realizado a la luz de los conocimientos individuales del autor. Se tratará, en esta instancia, de un *conocimiento típico individual-subjetivo*¹⁸⁶⁰.

3. Sólo una primera atribución intersubjetiva revela la potencialidad de una consiguiente imputación subjetiva. Lo que no es posible atribuir en general a las personas sería dudoso que fuera posible imputar a una persona en particular, porque lo que no es intersubjetivamente peligroso no puede ser peligroso para nadie. No obstante, ello no es óbice para que se niegue la imputación subjetiva en aquellos casos en que la peligrosidad abstracta e intersubjetivamente lesiva sea sólo conocida o percibida en el caso concreto por el autor. Se trata de los conocimientos especiales del autor sobre un peligro que en abstracto es penalmente relevante, pero que, en el caso concreto no es percibido de modo intersubjetivo, sino sólo subjetivamente. En estos supuestos no es que no se le pueda

¹⁸⁵⁸ Por ejemplo, el juicio de la adecuación social de la conducta nos permite estandarizar conductas que resulten adecuadas al bienestar social o que, por ser sólo individualmente útiles, resulten socialmente inútiles, pero inofensivas. Como en el juicio de adecuación social hay que incluir los grados de consenso alcanzado sobre determinadas pautas valorativas que han de regir los comportamientos de los ciudadanos, en las sociedades densamente plurales al criterio de la adecuación social habrá de secundarlo el de la tolerancia social, para aquellas conductas marginadas en razón de su falta de consenso.

¹⁸⁵⁹ Aun con lo dicho, el juicio de atribución objetiva no puede prescindir en absoluto de una referencia subjetiva, porque aunque ésta no sea individual, si lo es intersubjetiva. Esto significa que en todo proceso de atribución de un hecho a alguien, lo que interesa no es lo que pasa en el mundo, si no lo que las personas hacen que pase en el mundo.

¹⁸⁶⁰ En la atribución objetiva se aprecia una mayor operatividad de la norma de valoración y en la imputación subjetiva de la norma de determinación.

imputar dolo al autor porque el hombre medio no sabía acerca del riesgo, sino, por el contrario, se le imputa dolo al autor debido a sus conocimientos especiales porque se presume que si el hombre medio hubiese contado con dichos conocimientos hubiere obrado conforme al deber. Después de todo se trata de una peligrosidad abstracta e intersubjetivamente lesiva desconocida sólo en el caso concreto por el hombre medio.

4. A diferencia del nivel intersubjetivo, en el juicio de imputación subjetiva a título de dolo o de imprudencia, el juzgador ya no emplea un criterio de medición o baremo de base normativo-social, sino de naturaleza normativo-individual. Este criterio es la figura de la persona limitadamente razonable del autor, hipotéticamente concebida en relación con el deber o las incumbencias en el momento de los hechos. Mientras que en el juicio de atribución objetiva se compara entre la “persona limitadamente razonable concreta del autor” y la “persona limitadamente razonable hipotética del hombre medio” colocando al autor en el lugar del hombre medio, en la imputación subjetiva se compara entre la “persona limitadamente razonable concreta del autor” y la “persona limitadamente razonable hipotética del autor”. La comparación que se realiza en este nivel engloba las dos versiones del *ser* y del *deber ser* del autor. Así, se compara la conducta realizada del autor con la “mejor versión del mismo” según sus capacidades y conocimientos¹⁸⁶¹. La mejor versión no comporta un juicio de imputación hipotético, sino un baremo de medición, porque no se dice que en su mejor versión el autor hubiese evitado el delito o que se hubiese orientado según el deber, sino sólo que, en su mejor versión, quizá (es un juicio de probabilidad, no de necesidad), el autor hubiese conocido lo que debía haber evitado en comparación directa con lo realizado. Esto es así porque, aunque el deber de evitación del tipo penal opera tanto en la versión real como en la versión ideal del autor, no obstante, hay que valorar lo que el

¹⁸⁶¹ Desde otro modelo del delito, MOLINA FERNÁNDEZ, *Responsabilidad jurídica y libertad*, 2002, pp. 122-123, también critica el baremo del hombre medio en la imputación subjetiva, porque considera que si no se puede verificar la capacidad de actuar de modo distinto respecto de un sujeto singular, entonces cómo va a poderse constatar respecto de un hombre medio. Para ello, dice, habría que constatar esta capacidad en un número suficiente de personas reales como para luego configurar el criterio general, pero ello no es lo que se hace y, por ende, la solución carece de científicidad. Además, señala que el baremo del hombre medio no ofrece suficientes argumentos para justificar la responsabilidad subjetiva, puesto que es un principio elemental de ésta la individualidad del juicio de imputación: imputar un hecho a alguien basándose no en sus propias circunstancias sino en las de otro, aunque sea un hombre medio, contraviene gravemente este principio. No obstante, MOLINA indica que ello no quiere decir que, al igual que en cualquier juicio, no se utilicen criterios tomados de la experiencia común. Es imposible juzgar sin percepciones compartidas. Pero, una vez fijados normativamente los criterios relevantes del juicio, juzgar consiste en verificar si concurren de modo personal en el autor y no en otro hombre real o medio.

sujeto pudo *de facto* conocer. Sólo así puede sostenerse que el autor habría podido cumplir con su deber. No hay que comprobar que el sujeto, en su mejor versión, hubiese evitado el delito, sino que, en su mejor versión, hubiese tenido a su disposición todo lo que se necesita para evitarlo y que, en la versión real, no lo evitó. En otras palabras, no se valora si el autor en su mejor versión se hubiese comportado correctamente, sino si, en su mejor versión, hubiese podido saber lo que hacía y hubiese podido evitar lo que no evitó. Se imputa lo que se hizo (infracción de un deber) y no lo que se debería haber hecho (cumplimiento de un deber). Es desde la figura de la persona promedio que se desvalora la peligrosidad intersubjetiva *ex ante* asumida por la conducta del autor¹⁸⁶², pero, es desde la figura del *deber ser* del autor que se desvaloran sus conocimientos sobre la dañosidad social de la conducta realizada, y desde la cual se ha de medir el conocimiento efectivo¹⁸⁶³. Por eso, no se imputa lo que el sujeto conocía en cualquier sentido, sino sólo aquello que conocía en el sentido socialmente típico¹⁸⁶⁴, esto es, un conocimiento típico individual.

II.IV.2.b.i.a. Concepto de hombre medio como baremo objetivo

1. Por regla general, tanto para los delitos dolosos como para los delitos imprudentes, la doctrina emplea en sede de la atribución objetiva un baremo objetivo (impersonal) de medición, resumido en la expresión hombre medio, esto es, un espectador objetivo en el lugar del autor que enjuicia el riesgo desde la perspectiva *ex ante*¹⁸⁶⁵. Pero, ¿quién es el

¹⁸⁶² De esta idea, FEIJOO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, 2002, pp. 19 y ss. (con amplia bibliografía); SILVA SÁNCHEZ, “*Aberratio ictus* e imputación objetiva”, *ADPCP*, 1984, pp. 366-367; MIR PUIG, “La perspectiva ‘*ex ante*’ en Derecho penal”, *ADPCP*, 1983, pp. 12 y ss.

¹⁸⁶³ De la misma idea, SERRANO-GONZÁLEZ DE MURILLO, “Sobre la consideración de los ‘conocimientos especiales’ del sujeto”, en *LH a Eberhard Struensee*, 2011, p. 653: “el acento de la tipicidad no debe situarse, pues, en lo que el sujeto pudo conocer, sino en qué conocía efectivamente, por ínfimos que sean los datos conocidos”.

¹⁸⁶⁴ De modo similar KINDHÄUSER, “El tipo subjetivo en la construcción del delito”, *InDret Penal*, 2008, pp. 20, *passim*. Para el modelo de este autor tanto la imprudencia como el dolo operan con exigencias de cuidado objetivas, aunque el conocimiento al cual estas exigencias se encuentran referidas sólo puede ser aquel del cual el agente individual efectivamente disponía. Por eso, por ejemplo, la imprudencia comporta un uso defectuoso de la capacidad de evitación del autor individual que se valora como contravención del cuidado debido con arreglo a estándares objetivos.

¹⁸⁶⁵ Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia*, 2001, p. 242; SILVA SÁNCHEZ, “*Aberratio ictus* e imputación objetiva”, *ADPCP*, 1984, p. 367; MIR PUIG, “La perspectiva ‘*ex ante*’ en Derecho penal”, *ADPCP*, 1983, pp. 12 y ss. Refiriéndose a la posición mayoritaria, señala que el juicio “se hace desde la perspectiva de un sujeto ideal perteneciente al contexto social en el que actúa el sujeto”, CANCIO MELIÁ, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, 2001, p. 60.

hombre medio, “quién es este misterioso ser”¹⁸⁶⁶? Suele responderse que éste es la “persona razonable o prudente” que se coloca en el lugar del autor en el momento de los hechos y que, teniendo en cuenta los conocimientos del autor, se comporta según pautas de prudencia conforme a las normas jurídicas¹⁸⁶⁷. Pero, entonces, ¿quién es la persona razonable? Responder a esta última pregunta diciendo que es el hombre medio sería una tautología, así como una simple denominación responder que se trata de un “criterio generalizador de base normativo-social”¹⁸⁶⁸, por cuanto seguimos sin concretar el contenido de la figura. En lo que sigue me ocuparé de esta definición e intentaré ofrecer algunos criterios de contextualización, porque no puede decirse que la figura del hombre medio se aplica para toda clase de delitos, para toda clase de personas y, mucho menos, que se aplica en sede de la atribución objetiva y en sede de la imputación subjetiva, sin distinción¹⁸⁶⁹.

2. En la doctrina al uso el baremo del hombre medio resulta ser un baremo muy general, que hay que precisar. De hecho, para los sociólogos y antropólogos sigue siendo un problema el

¹⁸⁶⁶ Tomo la expresión de HÖRNLE, “Social expectations in the criminal law”, *NCLR*, 2008, p. 15; GARDNER, “The mysterious case of the reasonable person”, *UTLR*, 2001, pp. 273 y ss. (en comentario a la obra de RIPSTEIN, *Equality, Responsibility and the Law*, 1998).

¹⁸⁶⁷ Desde una visión comparativa entre el *civil law* y el *common law* en relación con los términos “*right*” y “*reasonable*”, respectivamente, para referirse al modo de concebir los baremos de medición en el razonamiento jurídico, FLETCHER, “The right and the reasonable”, *HLR*, 1985, pp. 949 y ss., 964 y ss.; términos a los que considera “equivalentes sistemáticos” (*systemic equivalent*).

¹⁸⁶⁸ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, “*Aberratio ictus* e imputación objetiva”, *ADPCP*, 1984, p. 367.

¹⁸⁶⁹ Otra matización no menos importante es la figura del hombre medio en relación con las medidas de autodefensa del sujeto pasivo del delito (por ejemplo, ya sea en la concurrencia del tipo básico, como en algún otro elemento cualificante), que en el *Capítulo Tercero* se las denominó incumbencias de autoprotección [epígrafe *II.III.4.c.i.b. Incumbencia de autoprotgerse de lesiones de otros*]. Especial importancia de esta cuestión se presenta en el delito de estafa. Una línea jurisprudencial del TS español viene exigiendo en el elemento típico del “engaño bastante” un doble juicio: uno objetivo (según el hombre medio, externo a la situación) y otro subjetivo (según los conocimientos y capacidades de la víctima del engaño). Cfr. STS 30/06/2015 (Berdugo Gómez de la Torre). Se presenta también la figura del hombre medio en un delito de asesinato (alevosía). Cfr. la STS 11/06/2014 (Del Moral García), que ante un precedente de pelea y amagues de embestida con el coche, respecto de la precaución a tomar por la víctima, señaló: “es exagerado suponer que por ello [la víctima] podía de alguna forma mantener una actitud vigilante, cuando ya se alejaba del lugar con tranquilidad, ante la eventualidad de un atropello por la espalda que ninguna persona media se hubiese podido representar en ese contexto por muy violenta que hubiese sido la reacción previa del acusado y por muy cauta que [la víctima] sea. Esa hiperprecaución excede de la que puede reclamarse de un hombre medio. No se acomodaría a comportamientos ‘normales’ que esa persona se dirigiese para subir a su vehículo mirando hacia atrás para asegurarse de que el coche que antes había protagonizado el incidente no le va a acometer por la espalda. En un ambiente tenso de previa pelea o discusión puede aparecer una conducta alevosa”. Por su parte, la STS 20/06/1987 (Barbero Santos) para calificar el hecho como robo con intimidación (y no hurto) señaló que intimidar es causar miedo al hombre medio (no a un pusilánime), lo que se dio en los hechos (a las 12 de la noche, en un lugar solitario, tres personas abordaron a la víctima y le sustrajeron dinero).

determinar quién es el hombre medio u hombre de masa¹⁸⁷⁰. En el lenguaje cotidiano empleamos repetidamente este término para querer indicar justamente eso mismo que se menciona, el “hombre de la calle” o el “ciudadano estándar”. Pero, en el momento de pretender concretar tales expresiones somos incapaces de ofrecer mínimos criterios de precisión y nos terminamos remitiendo al hombre medio del sector o actividad a los cuales nos queremos referir¹⁸⁷¹. Como figura general, ésta merece una definición de base, común a todos los sectores o actividades. Evidentemente, la definición de base de hombre medio no podría contener demasiados criterios valorativos, al menos no criterios de valor parciales, teniendo en cuenta la estructura pluralista de las sociedades democráticas actuales. La definición de base podría contener criterios valorativos generales, como la prudencia o la razonabilidad, pero no, la fidelidad al Derecho o fórmulas similares que reducen la intersubjetividad de la atribución objetiva a un modo determinado. Dado que las sociedades cambian rápidamente respecto de algunas cuestiones y cambian muy poco respecto de otras, será necesario, por un lado, ofrecer un concepto de hombre medio lo suficientemente abstracto como para, luego, ir asumiendo pautas que nos permitan sistematizar cánones de creencias y comportamientos según los sectores de regulación¹⁸⁷². Hay que partir de la base que cada persona vive y convive en diferentes tipos de grupos relativos a su estado civil, a su profesión, a sus aficiones, etc. Es en relación con cada uno de esos grupos o sectores que hay que contextualizar la figura del hombre medio. No existe el hombre medio absoluto que “valga” para todos los ámbitos de la vida, sino que existen tantos criterios de hombre medio

¹⁸⁷⁰ Sobre este tema en especial, ELLUL, “¿Existe el ‘hombre medio’ desde el punto de vista sociológico?”, *REP*, 1965, pp. 25, 27 y ss. Advierte sobre la crítica a la noción de hombre medio y se pregunta: ¿con referencia a qué sería medio el hombre? ¿cuáles son los extremos, que sean calificables y que permitirían sacar una media? Y si por ello se quiere significar el hombre del mayor número, el tipo más extendido, ¿se está bien seguro de que eso corresponda a una media? Además, esta idea de media, en que se situase al hombre, implicaría la visión de una sociedad que se caracterizaría por un solo rasgo dominante.

¹⁸⁷¹ Así opera alguna jurisprudencia con la figura del “ordenado asegurador” que ha de obrar con la diligencia de un “ordenado empresario” según la Ley de Contrato de Seguro [SAP Bilbao 02/08/2002 (Lamazares López)], o pretendiendo concretar la figura del “empresario medio” con las figuras del “ordenado empresario” y “representante leal” [SAP Santa Cruz de Tenerife 18/03/1998 (Fernández del Torco Alonso)], que no dejan de ser nuevos conceptos por determinar. Algo más específica en esta materia es la regulación del art. 61 LSRL relativo al ejercicio del administrador de sociedad, que establece: “los administradores desempeñarán el cargo con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal, es decir, debe aplicar el nivel de atención, prudencia, dedicación y competencia en su actuación que requiera el género de comercio al que se dedique la sociedad (...)”.

¹⁸⁷² Esto último es posible teniendo en cuenta que comúnmente los fenómenos sociales revelan “regularidades que parecen responder a leyes supra individuales: estadísticas, en un caso (las tiradas de dados o monedas), y sociales en el otro (alturas de los individuos, suicidios, etc.), pero con el común denominador de que todos los fenómenos [también los individuales] pueden ser interpretados recurriendo a modelos estadísticos”. Cfr. SÁNCHEZ CARRIÓN, “Sociología, orden social y modelización estadística”, *Empiria*, 2000, p. 58.

como aspectos a considerar¹⁸⁷³. Con esto, la figura del hombre medio abstracta habrá de ser concretizada en función del grupo o sectores en donde la persona participe activa o pasivamente como prestadora o receptora de espacios de libertad.

3. Hechas estas consideraciones, podría entenderse que la figura abstracta del hombre medio ha de contemplar dos dimensiones¹⁸⁷⁴. La primera, la del conocimiento, es aquella que contempla el conjunto de saberes objetivo-generales imperantes en la sociedad o en el sector de que se trate, aunque no necesariamente compartidos por una mayoría numérica, sino más bien en relación con toda clase de saber que pueda explicarse desde una intersubjetividad. Y, la segunda, la del comportamiento, que ha de adecuarse al conocimiento, y que tiene estrecha relación con las capacidades estándares del actuar. Ambas dimensiones han de entenderse gobernadas por una regla mínima de prudencia o razonabilidad en concordancia con la observancia de las incumbencias básicas¹⁸⁷⁵. Así, la regla de prudencia se manifestará abstractamente en un obrar diligente, cuidadoso, respetuoso, precavido, atento, que en el caso particular puede concretarse en un verificar, corregir, cerciorarse, informarse, adquirir conocimiento nuevo o integrar o aplicar el que ya se tiene¹⁸⁷⁶. Trasladando esta figura al juicio de atribución objetiva ahora habrá que distinguir entre conductas relacionadas a un rol y conductas generales de la vida. Respecto de las conductas especiales derivadas del desempeño de un rol se puede sostener que el hombre medio del sector será aquel que poseyese un mínimo cognitivo y de capacidad estándar requeridos para desempeñar el rol o actividad. La conducta del autor concreto se

¹⁸⁷³ Cfr. ELLUL, “¿Existe el ‘hombre medio’ desde el punto de vista sociológico?”, *REP*, 1965, pp. 40-41. En la medida en que el hombre concreto vive en esos grupos diversos, es preciso tener en cuenta la multiplicidad de facetas para especificarlo y debe intentarse combinar los caracteres típicos. Pertenece, por ejemplo, a la clase obrera y al mismo tiempo es soltero, o jefe de familia, etc., por lo que no se pueden establecer unos rasgos uniformes y simplistas del hombre medio.

¹⁸⁷⁴ Menciona estos dos aspectos del hombre medio, el interno y el externo, ELLUL, *ibidem*, p. 27.

¹⁸⁷⁵ El punto de partida del sistema de imputación en JAKOBS, “La imputación objetiva”, en *Estudios de Dp*, 1997, p. 212, también es “la posición de garante en virtud de organización o, con otra formulación, el rol general del *organizador cuidadoso*” (cursiva añadida).

¹⁸⁷⁶ Estas dos dimensiones de la regla de prudencia no se distinguen demasiado de lo que la doctrina denomina deber de cuidado interno (advertencia del riesgo, el *innere Sorgfalt*) y deber de cuidado externo (adaptación del comportamiento a lo advertido, el *äußere Sorgfalt*) del delito imprudente. Sobre esto, véase MIR PUIG, *Dp, Pg*, 2011 (9ª ed.), pp. 297-298; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch, AT*, 1996 (5ª ed.), § 55, punto I.2 y 3, pp. 578, 580 [2002, pp. 622, 624, 626]; también los menciona, PÉREZ DEL VALLE, *La imprudencia*, 2012, pp. 41, 115. Sobre estas distinciones en el delito imprudente, JAKOBS, *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, 1972, pp. 59 y ss., 62 y ss.; recientemente, PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 334 y s. A mi entender, el deber de cuidado interno (JESCHECK), el deber de examen (BINDING), el deber de información previa (ENGISCH) y la incumbencia de conocer, pueden ser todas expresiones equiparables.

medirá desde este baremo objetivo en sede de la tipicidad objetiva¹⁸⁷⁷, aunque pueda seguir distinguiéndose dentro del mismo sector según los diferentes sub-sectores. Así, el baremo del médico estándar podría concretarse aún más en el baremo del cirujano estándar o del otorrinolaringólogo estándar y, por qué no, a su vez, en el otorrinolaringólogo de niños estándar¹⁸⁷⁸. Y respecto de las conductas generales derivadas de la vida en sociedad se puede entender que el hombre medio será aquél que poseyese el mínimo cognitivo y la capacidad estándar requeridos para cualquier persona que viva en dicha sociedad. Son estos los llamados conocimientos mínimos o generales¹⁸⁷⁹. La conducta del autor concreto se medirá desde este baremo objetivo en sede de la tipicidad objetiva¹⁸⁸⁰. Entre estos dos supuestos todavía puede destacarse que los conocimientos y cuidados exigidos en el primero (el relativo al rol) suelen operar con criterios más exigentes que el segundo, teniendo en cuenta justamente la naturaleza reglamentada del comportamiento¹⁸⁸¹. Mientras que el hombre medio del rol ha de comportarse dentro de los límites de una actividad muy concreta, siendo sus deberes de cuidado muy específicos, el hombre medio de la sociedad

¹⁸⁷⁷ ROXIN, *StrafR, AT*, 2006 (4ª ed.), § 24, nm. 34, pp. 1075-1076 [1997, p. 1009], no deja de destacar que no es fácil determinar la conducta de la figura-baremo, aunque en los sectores regulados (profesiones, oficios), se puede recurrir a los criterios rectores de las normas del sector, aun cuando no se encuentren codificadas (como la *lex artis*) o recomendaciones e instrucciones que rijan en el ámbito de actividad. También fuera del sector laboral existen reglas o pautas de cuidado (como el usuario de medicinas no hará caso omiso de los prospectos del medicamento o el aficionado a navegar no hará caso omiso de las advertencias del servicio de vigilancia acuática, etc.). Similarmente PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido*, 1995, pp. 340 y ss. En la jurisprudencia española, la STS 201/12/2013 (Berdugo Gómez de la Torre), señala en relación con el delito de prevaricación imprudente (art. 447 CPes.), que “la ignorancia será inexcusable cuando entraña la omisión del autor de diligencia exigible al *Juez medio*. La injusticia habrá de ser manifiesta a los ojos de un juez de formación media, no a los del Juez que dictó la resolución, pues en este último caso nos encontraríamos ante un caso de prevaricación dolosa” (cursiva añadida).

¹⁸⁷⁸ La misma advertencia en ROXIN, *StrafR, AT*, 2006 (4ª ed.), § 24, nm. 63, p. 1086 [1997, p. 1017], respecto de los partidarios de la teoría de los dos niveles de la imprudencia, que distinguen, por ejemplo, entre el médico y el médico especialista, entre el automovilista corriente y el piloto de carreras, etc.

¹⁸⁷⁹ Fuera de las determinaciones reglamentarias o legales que fijan de un modo más o menos cierto el límite entre la conducta permitida y la que no lo está, “entran en juego reglas técnicas reconocidas de ciertos sectores profesionales, en especial de los médicos y, además las normas técnicas. Todo esto describe el estado debido de las condiciones en que ha de hallarse el marco de la interacción social y, donde estas descripciones faltan, hay que atender al comportamiento del administrador diligente o del cuidadoso padre de familia (o, ciertamente, también de la cuidadosa madre de familia)”. Cfr. JAKOBS, “La imputación objetiva”, en *Estudios de Dp*, 1997, p. 213.

¹⁸⁸⁰ También sobre esta distinción en sede de la tipicidad objetiva, FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983, pp. 129, 137.

¹⁸⁸¹ Cfr. HÖRNLE, “Social expectations in the criminal law”, *NCLR*, 2008, p. 7. Así, comenta esta autora, si una persona no ha sido educada para reconocer y evitar determinados riesgos resultará comprensible que no todos los riesgos llamen su atención. Sin embargo, para el ejercicio de las profesiones se exige que los actores se capaciten y preparen para advertir más allá de lo obvio (*look beyond the obvious*), prestando atención a eventos sospechosos.

ha de comportarse dentro de unos límites demasiado imprecisos, siendo sus deberes de cuidado muy generales. Respecto del primero, el margen de error se reduce, ya que cualquier infracción a un deber de cuidado específico *puede* convertir su comportamiento en doloso, a diferencia del hombre medio de la sociedad, que ha de infringir groseramente un deber de cuidado concreto para preguntarse por el dolo. Ya pasando a la imputación subjetiva, en ésta el juicio se concretará sobre la base de los conocimientos y capacidades individuales del autor, según se trate de conocimientos y comportamientos propios de un determinado rol (profesión, institución paterno-filial o matrimonial, tráfico automotor, etc.) o de conocimientos y comportamientos propios de la vida en sociedad (asunción de riesgos desaprobados en su calidad de sujeto social).

4. Los dos aspectos de la figura abstracta del hombre medio, lo relativo a las creencias y conocimientos y lo relativo al comportamiento pueden presentar algunas incongruencias¹⁸⁸², que terminarán por resolverse en la imputación subjetiva. Si, como se ha manifestado en el epígrafe relativo a la racionalidad limitada de las personas, éstas piensan, deciden y se comportan en muchas ocasiones de una forma irracional e incongruente, entonces nuestro criterio de hombre medio no puede escapar a estos inconvenientes. Dicho de otra forma, si en una persona existen disonancias entre lo que conoce en un caso concreto y como actúa en dicho caso, también ello ha de ser considerado a nivel del hombre medio. En efecto, no siempre el hombre medio de las creencias será el hombre medio del comportamiento, sobre todo cuando a nivel cognitivo puede contar con conocimientos determinados y a nivel conductual no contar con las habilidades requeridas. Por eso, dada la discordancia entre el conocimiento y el comportamiento, lo que haya de ser objetivamente prudente lo determinará el contexto de riesgo en el que actúa el autor. Para comprender mejor la diferencia entre las dos “dimensiones” de hombre medio supongamos el siguiente ejemplo: un hombre medio-conductor *advierde* que en su trayecto, realizado a una velocidad permitida de 50 km/h, se le presenta intempestivamente un niño persiguiendo una pelota¹⁸⁸³.

¹⁸⁸² Cfr. de modo similar ELLUL, “¿Existe el ‘hombre medio’ desde el punto de vista sociológico?”, *REP*, 1965, p. 30. Para este sociólogo es preciso acordarse de que existen diferencias entre los individuos según la mayor o menor concordancia que manifiestan entre su conducta y su opinión declarada. Para algunos existe una relación directa entre la actitud y la opinión; para otros, por el contrario, los dos factores son bastante independientes, o incluso contradictorios.

¹⁸⁸³ Similar ejemplo en MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, 1992, p. 136, quien resuelve el caso apelando a la observancia de un deber de cuidado. Esta autora, teniendo en cuenta su definición de que “*riesgo permitido será todo aquel que acompaña a un comportamiento no lesivo del deber de diligencia objetivamente debido*”, resuelve sosteniendo, que en el caso de atropello se ha realizado el riesgo

La *conducta* prudente objetivamente esperada de nuestro conductor será la de un hombre medio-conductor-que frena a tiempo y evita embestir al niño. En este primer escenario habría congruencia entre el conocimiento y la conducta del hombre medio-conductor, sólo en la medida en que la situación concreta permita afirmar que el hombre medio que advierte contaba con la posibilidad de acomodar su conducta a dicha advertencia. Pero, ello no siempre será posible. También puede pasar que lo que el hombre medio-conductor realiza no haya sido posible de ser advertido por el hombre medio-conductor que conoce. Tal sería el caso en el que el hombre medio no advierta que, en pocos momentos, ha de cruzar un niño de repente, y aunque él va conduciendo a una velocidad permitida, el accidente se produce. En este supuesto el comportamiento prudente del hombre medio conductor coincide sólo con el conocimiento abstracto del riesgo (del riesgo de conducir imprudentemente), pero no con el conocimiento concreto del no-riesgo. Evidentemente, estos supuestos, en principio, poco podrían interesar al Derecho penal, a excepción que nuestro autor concreto contara con los conocimientos especiales en grado de probabilidad acerca del riesgo. Por ejemplo, si él supiera que algún niño de los que siempre juegan en esa calle se cruza repentinamente cada tarde cuando él pasa. El conocimiento de los factores de riesgo probables genera en el autor una incumbencia de extremar las medidas de cuidado. Éstas se intensifican en el caso concreto. Así, también interesan excepcionalmente al Derecho penal las situaciones en las que el hombre medio-conductor advierte aquello que no es posible de ser realizado por el hombre medio-conductor que actúa. Tal sería el caso que la distancia entre el niño y el coche sea tan ínfima, en el momento de la advertencia, que el mismo frenazo llevara el coche hacia adelante, atropellando al niño. Esta última incongruencia en nuestro hombre medio que advierte y el hombre medio que actúa se resuelve cuando hay que compararlo con el autor concreto, junto a sus habilidades y circunstancias particulares. En efecto, si dadas las capacidades especiales de nuestro conductor concreto él hubiese evitado la colisión que el hombre medio-conductor que actúa no ha podido evitar cuando la distancia es ínfima (o viceversa, cuando no ha podido evitar lo que el hombre medio sí pudo), esta incongruencia nos revela que la figura del hombre

(prohibido) de muerte del niño, siendo imputado el resultado al sujeto. A mi entender, esto podría complementarse con el siguiente argumento: aun cuando el sujeto “viniera” observando una norma de cuidado (velocidad permitida), la toma de conocimiento de la aparición repentina de una situación de posible lesión a un bien jurídico genera una nueva norma de cuidado (frenar a tiempo). Obviarla, pudiendo observarla, significaría infringir la nueva norma de cuidado debido, que ya ha desplazado a la anterior. Esto último valdría sólo si se compartiera la idea de que las esferas de actuación no son compartimentos estancos, sino realidades dinámicas, sujetas en todo momento a una constante (e imprevisible muchas veces) reconfiguración empírica y normativa.

medio como criterio generalizador sólo puede ser útil en aquel nivel del tipo objetivo en donde valoramos de un modo general la *posible* lesividad de la conducta pero, no ya, cuando en el nivel de la imputación subjetiva valoramos la concreta lesividad de la conducta del autor concreto¹⁸⁸⁴.

II.IV.2.b.i.b. Concepto de autor individual como baremo subjetivo

1. Si con el concepto de hombre medio pudo ofrecerse una aproximación de la ponderación valorativa que se realiza al inicio de un juicio de atribución de un hecho a un sujeto, en cuanto a, lo que socialmente se espera de una persona en una situación determinada, con el concepto de autor individual como baremo habrá de precisarse un poco más, ahora ya no considerando circunstancias generales, sino, en concreto, las capacidades y conocimientos individuales. Al inicio de toda atribución, el autor individual es sometido a consideración desde la pauta generalizadora del hombre medio a efectos de imputación de un riesgo o un resultado respecto de su conducta o, mejor dicho, respecto de la infracción a una norma de conducta. Pero, para completar el juicio de imputación subjetiva hay que emplear un baremo concreto que se configura desde la misma individualidad del autor¹⁸⁸⁵. Esto significa considerar la “subjetividad real” desplegada por el autor en relación con su “subjetividad hipotética” en su mejor versión, es decir, teniendo en cuenta la dimensión desde la cual ha obrado en el momento del hecho con la dimensión desde la cual no ha obrado, pero que forma parte de sus mejores conocimientos y capacidades. Se distinguen, así, dos niveles de análisis. En el primer nivel se hace referencia a la versión fáctica del autor, la versión de la conducta que el autor efectivamente llevó a cabo y, en el segundo nivel, se hace alusión a la versión ideal o normativa del autor, en cuanto a la conducta correcta que el autor efectivamente evitó y que estaba a su alcance ejecutarla. Como me ocupó de esta cuestión seguidamente, a ella me remito.

¹⁸⁸⁴ En sentido acertado, SCHÜNEMANN, “Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva”, en *Temas actuales*, 2002, p. 83, señala que el riesgo permitido depende de las capacidades individuales del sujeto para neutralizar situaciones de peligro, “de modo que un conductor de vehículos que es corto de vista no puede conducir en el tráfico rodado tan rápido como un corredor de carreras de fórmula 1, el que es mucho más rápido en sus reacciones”. También STRATENWERTH/KUHLEN, *StrafR, AT*, 2004 (5ª ed.), § 15, nm. 13, p. 371 [2005, p. 421].

¹⁸⁸⁵ Cfr. HÖRNLE, “Social expectations in the criminal law”, *NCLR*, 2008, p. 15, quien señala que a medida que se incrementa la consideración individual de la persona del autor va desapareciendo la figura de la persona razonable.

2. Antes de comenzar no hay que olvidar que los adjetivos prudente o razonable empleados en el hombre medio o la expresión “mejor versión” empleada en el autor individual, cuando son tomados como valores de medición de la conducta, han de ser comprendidos del siguiente modo. Como modelos teóricos en abstracto deben comprenderse desde una visión exclusivamente normativa, lo que se espera que sea. Pero como modelos prácticos en concreto deben comprenderse de forma integrada entre lo normativo y lo empírico. Cuando nos referimos en un plano teórico a la persona razonable, no estamos haciendo alusión a ninguna persona en especial, de modo que razonable no será lo que es razonable, sino lo que se espera que sea razonable en un hipotético caso. Pero, cuando aplicamos la figura de la persona razonable en un supuesto real, entonces, lo esperado ha de completarse con lo esperado en el caso concreto del autor.

II.IV.2.b.ii. ¿Baremo objetivo o baremo subjetivo en la imputación subjetiva?

1. Como se ha considerado más adelante, el objeto-personal del juicio de imputación subjetiva es la manifestación de la libertad del sujeto o, lo que es lo mismo, la subjetividad manifestada en el desvalor social de la conducta. Para poder enjuiciar el sentido del conocimiento o error típicos ofreceré algunos modelos teóricos de baremos de medición, no todos ellos empleados en la doctrina y jurisprudencia de modo expreso¹⁸⁸⁶. En todo caso, sea cual sea el enfoque que se escoja del baremo, si objetivo o subjetivo, de por medio se encuentra un dilema ineludible, que habrá que resolverse de forma preliminar: si se opta por el criterio objetivo se puede estar dejando injustamente de lado la visión individual del autor, pero, al mismo tiempo, si se escoge el criterio subjetivo, lo que se deja de lado injustamente es la perspectiva de la víctima y de la sociedad¹⁸⁸⁷. Veamos por ahora los diferentes modelos posibles:

¹⁸⁸⁶ ALCÁCER GUIRAO, *Actio libera in causa*, 2005, pp. 162 y ss., afirma que la doctrina mayoritaria actualmente emplea un baremo objetivo-general en materia del deber de cuidado del tipo imprudente, prescindiendo de las capacidades individuales del autor, y solventando el juicio de imputación en las capacidades de un “*hombre medio en situaciones normales psíquicas y de motivabilidad*”. Las capacidades personales del autor se desplazan a la culpabilidad. Una visión comparativa entre los estándares objetivo y subjetivo de medición del cuidado en el sistema angloamericano y alemán en LANG, *Normzweck und Duty of Care*, 1983.

¹⁸⁸⁷ Tomo esta observación de HÖRNLE, “Social expectations in the criminal law”, *NCLR*, 2008, p. 16. Para esta autora el modelo de imputación que resuelve el problema es el de los dos niveles. En primer término, un juicio sobre el injusto y, en segundo término, un juicio sobre la responsabilidad personal del autor. La única diferencia con esta concepción es que, a mi entender, ya en la tipicidad hay que distinguir con claridad entre lo objetivo y lo subjetivo.

1.a. *Modelo del baremo objetivo-general del hombre medio*: en este modelo todavía se pueden hacer dos clases de consideraciones: una, que hace referencia a la perspectiva en la cual se coloca al hombre medio a efectos de la imputación y otra, que hace referencia a la naturaleza de los criterios que se tienen en cuenta para configurar el baremo del hombre medio¹⁸⁸⁸. De estas dos circunstancias pueden ofrecerse tres sub-modelos:

1.a.1. *Perspectiva intersubjetiva del hombre medio y criterio normativo de configuración*: sin duda, este sub-modelo sería el más normativizado, puesto que no sólo asume una visión objetivo-social de la imputación, es decir, qué debería haber hecho el autor en el lugar del hombre medio (colocado éste o *ex ante facto* o *ex post facto*), sino que, a su vez, el mismo criterio del hombre medio se encuentra configurado desde una medida de valor¹⁸⁸⁹. En este sub-modelo al autor se le adjudican hipotéticamente los conocimientos del hombre medio, que puede ir desde un valor-estándar como “prudente”, “sensato” o “razonable”, a un valor-ideal como “justo”, “bueno” o “perfecto”¹⁸⁹⁰. Dicho con otras palabras, no se coloca al hombre medio en el lugar del autor, sino que se coloca al autor en el lugar del hombre medio y se valora lo que el hombre medio hubiese conocido en esa situación según los conocimientos del hombre medio (no del autor).

1.a.2. *Perspectiva intersubjetiva del hombre medio y criterio empírico de configuración*: este sub-modelo pretende combinar, quizá con intención de atenuar el rigorismo de una excesiva normativización, la perspectiva objetivo-social de la imputación con un criterio de medición contorneado con datos empíricos, contextualizando la mirada

¹⁸⁸⁸ Por objeto de estudio no puedo ocuparme de todas las posibles matizaciones que pueden encontrarse en relación con la perspectiva del hombre medio (desde el autor, desde la víctima, desde una posición neutral), ni siquiera tampoco ya en relación con el baremo objetivo en sí (si el hombre medio o el hombre omnisciente) y su forma de configurarlo (desde el ser: hombre medio estadístico, o desde el deber ser: hombre medio ideal, hombre omnisciente). Por lo demás, los enfoques del ser y del deber ser son métodos referenciales. Habrá que determinar el ser en referencia a algo (a las estadísticas, a la lógica, a los promedios de determinado grupo de personas, a criterios cuantitativos, etc.) y el deber ser también (en relación a la religión, a la ética secular, a los valores socialmente compartidos, a los valores del grupo o sector del autor, a las pautas del rol, etc.).

¹⁸⁸⁹ Algún autor en el ámbito de la sociología ha advertido la existencia de diferentes enfoques a la hora de conformar la figura del hombre medio. Así, por ejemplo, el hombre medio de QUETELET era el hombre que representaba lo bello y el bien de la época, mientras que para GALTON el hombre medio era el hombre mediocre, el que poseía los valores medios de la distribución. Cfr. esta referencia en SÁNCHEZ CARRIÓN, “Sociología, orden social y modelización estadística”, *Empiria*, 2000, p. 59. Así también no es desconocido para el lector, que en diversas ramas del Derecho, los juristas identifican al hombre medio con la figura ideal del buen padre de familia del Derecho romano (lo excelso, por eso), pero para un filósofo influyente como ORTEGA Y GASSET, *La rebelión de las masas*, 1929, *passim*, el hombre medio era el hombre mediocre, el hombre masa (que, por cierto, él critica duramente).

¹⁸⁹⁰ Sin duda, aplicar un modelo de valor-ideal significaría, paradójicamente, deshumanizar el Derecho penal. Una observación similar en MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, 2001, p. 696 (se humaniza la norma que se construye desde el hombre medio y no, en cambio, desde el hombre omnisciente).

social en las contingencias del momento (también aquí el posicionamiento puede ser *ex ante facto* o *ex post facto*). Un criterio empírico podría resultar útil en relación con aquellos delitos que castigan el uso imprudente (y doloso) de determinados riesgos elevadamente intolerables para la sociedad. Considérese una sociedad que ha ido habituándose a la producción de energía nuclear, lo que ha provocado en el legislador administrativo la creación de un protocolo de buen uso y conservación de dicha energía reforzado con un sistema de verificación y control, a la vez que al legislador penal ha llevado a la tipificación de conductas que signifiquen un uso incorrecto de la energía nuclear. Llegado el caso el baremo empírico del hombre medio determinará qué hubiese podido hacer el hombre medio en dicha situación teniendo en cuenta sólo los factores reales de la situación y no, en cambio, qué debería haber hecho o qué se esperaba que hiciera cualquier persona en esa situación sobre la base de estándares ideales¹⁸⁹¹ (que, por cierto, podría ser que en ese entonces aún no estuvieran del todo determinados, debido al desconocimiento científico sobre todos los efectos lesivos para la sociedad de ese tipo de actividades¹⁸⁹²).

1.a.3. Perspectiva intersubjetiva del hombre medio y criterio normativo-empírico de configuración: al igual que en el sub-modelo anterior la dimensión empírica de la realidad social va reconfigurando los estándares de medición, pero, a diferencia de aquél, dicha dimensión empírica se imbrica en un estándar normativo de medición. Por continuar con el ejemplo anterior, la sociedad que se ha habituado al riesgo proveniente de las fuentes de energía nuclear, podría encontrarse, a partir de un determinado momento, obligada a adaptar las expectativas sociales a índices más relajados de prudencia, de forma que, dado el hecho delictivo, se determinará cómo se hubiese comportado el hombre medio según el índice de prudencia vigente en ese momento en la sociedad (o en el sector).

¹⁸⁹¹ El empleo de un criterio empírico en esta clase de riesgos socialmente intolerables, aún del todo no conocidos, puede resultar la técnica de atribución más adecuada, teniendo en cuenta que la prevención normativa en este sector se revela más como un inconveniente que como una buena solución, pues viene a dejar en evidencia la carencia de la prevención fáctica para neutralizar la creación de este tipo de peligros. Al respecto, PRITTWITZ, “Strafrecht als *propria ratio*”, en *FS für Roxin*, 2011, pp. 31-32, asegura que esta clase de riesgos intolerables (*Unerträgliche Risiken*) sólo pueden eficazmente afrontarse desde una prevención técnica óptima (*optimale technische Prävention*) y desde un control del Estado perfeccionado, en donde el Derecho penal (desde su tipificación de la conducta y amenaza de pena) sólo llega a producir desconfianza, por cuanto revela que el sistema de control estatal del peligro no es eficaz para detectar a tiempo el error humano en el manejo de esos riesgos.

¹⁸⁹² Lo que pasó en su momento con la talidomida (caso Contergan), que presentó problemas en sede de la relación de causalidad. Véase CANCIO MELIÁ, “Caso Contergan”, en *Casos que hicieron doctrina*, 2011, pp. 207 y ss.

1.b. *Modelo del baremo subjetivo-individual del hombre medio*: al igual que en el modelo anterior, en este modelo también se pueden hacer dos consideraciones: una relativa a la perspectiva en la cual se coloca al hombre medio a efectos de la imputación y otra alusiva a la naturaleza de los criterios que se tienen en cuenta para configurar el baremo del hombre medio. De estas dos circunstancias pueden ofrecerse todavía tres sub-modelos:

1.b.1. Perspectiva subjetiva del hombre medio y criterio normativo de configuración: en este sub-modelo la perspectiva del hombre medio cambia, porque ahora no es sólo que el hombre medio es el que se coloca en el lugar del autor en el momento de los hechos, sino también que el hombre medio cuenta con los conocimientos del autor¹⁸⁹³. Esto se plasma en algo así como “la mirada social desde los ojos del autor” o, por decirlo de otra forma, “es la sociedad la que se coloca en las sandalias del autor”¹⁸⁹⁴. El criterio de medición normativo puede contemplar tanto valores-estándares (prudencia) como valores-ideales (justicia). La diferencia con la perspectiva intersubjetiva es que en este sub-modelo la mirada de lo social tiene un límite infranqueable que son los ojos del autor. La sociedad ya no “observaría” lo que cualquier persona hubiera hecho en la situación-abstracta (*un* hecho), sino lo que cualquier persona en el lugar del autor, en la situación-concreta y con sus conocimientos, hubiera hecho (*el* hecho)¹⁸⁹⁵.

En este sub-modelo los conocimientos del autor individual tienen como correctivo normativo los conocimientos mínimos sociales del hombre medio¹⁸⁹⁶, excepto en casos de conocimientos inferiores del autor debido a una circunstancia peculiar (socialización diferencial, inteligencia deficitaria, etc.). El conocimiento del autor quedaría, entonces, enmarcado del siguiente modo: por debajo, por los conocimientos mínimos del hombre

¹⁸⁹³ Véase la crítica de MOLINA FERNÁNDEZ, *El concepto de peligro*, 2008 (inédito), p. 22. Para este autor el juicio de antijuridicidad es un juicio objetivo (impersonal), general. Cuando se admite que el espectador ideal se adapta al círculo del autor (con sus conocimientos especiales) se pierde la intersubjetividad, porque a partir de ese momento es posible que exactamente un mismo hecho sea *ex ante* peligroso para un sujeto y no peligroso para otro.

¹⁸⁹⁴ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2010 (2ª ed.), p. 628, hablaría de una “contemplación del hecho ‘desde fuera’, pero considerando la representación que el propio sujeto tiene de su hecho”.

¹⁸⁹⁵ En la perspectiva intersubjetiva con criterios normativos es el autor el que se coloca en las sandalias de la sociedad y a él se le dice: “mira, lo que cualquier persona *hubiere* hecho en una situación como la que tú has vivido”. El “hubiere” implica un sentido de deber basado en una norma, lo que da lugar a una imputación fuerte (basada en el deber ser). Por el contrario, en la perspectiva intersubjetiva con criterios empíricos la fórmula rezaría de otro modo: “mira, lo que cualquier persona *hubiese* hecho en una situación como la que tú has vivido”. Aquí, el “hubiese” implica un sentido de deber basado en una posibilidad, lo que da lugar a una imputación débil (basada en el ser).

¹⁸⁹⁶ La doctrina lo suele explicar del modo inverso: son los conocimientos del hombre medio “del círculo al que pertenece el autor” los que se complementan con los “conocimientos especiales de éste”. Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, 2001, pp. 695 y ss.

medio y, por arriba, por los conocimientos que él debería tener según las circunstancias típicas, incluyendo los conocimientos especiales (los que pueden, a su vez, distinguirse entre los relativos al rol y los que no son relativos al rol)¹⁸⁹⁷.

1.b.2. Perspectiva subjetiva del hombre medio y criterio empírico de configuración: al igual que en el modelo anterior, es el hombre medio el que se coloca en el lugar del autor y obra según los conocimientos de éste. El criterio a emplear para valorar la conducta realizada se configura desde consideraciones del ser, lo que hubiese podido hacer el hombre medio en el lugar del autor teniendo en cuenta sólo las circunstancias personales de éste y no otras.

1.b.3. Perspectiva subjetiva del hombre medio y criterio normativo-empírico de configuración: el hombre medio se coloca en el lugar del autor en el momento de los hechos y cuenta con los mismos conocimientos de éste. El baremo de medición se configura desde criterios mixtos, del deber ser y del ser. Por ejemplo, se asume como punto de partida una directriz normativa (la persona cumplidora de las normas) o una pauta de valor (la persona que piensa y obra de forma prudente) y luego se la completa según los criterios empíricos del ámbito afectado (persona cumplidora de las normas de conducta en el tráfico automotor, la persona cumplidora de las normas de conducta en el comercio¹⁸⁹⁸ o la persona prudente de la vida cotidiana).

2. Teniendo en cuenta estos dos modelos, del baremo objetivo-general y del baremo subjetivo-individual del hombre medio, la doctrina al uso todavía cuenta con diferentes formas de proceder según la estructuración del delito. Hasta donde alcanzo a entender, por lo menos, dos métodos de imputación en sede del tipo se pueden encontrar. Un método holístico o integrador y un método diferenciador de la tipicidad objetiva y subjetiva. Antes

¹⁸⁹⁷ Otra alternativa es emplear como baremo un espectador imaginario ideal que posea los conocimientos públicos de la humanidad, pero que se encuentren limitados por los conocimientos especiales del autor, sobre todo si éste tuviera un mejor conocimiento privado. Véanse las críticas de este modelo en MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, 2001, pp. 694-695. En resumidas palabras para este autor, este tipo de propuesta no sirve ni como criterio intersubjetivo general que permita una única evaluación del hecho, por cuanto ya en la tipicidad se incorporan los conocimientos especiales del autor, ni como guía individual para el sujeto, por cuanto no siempre es accesible al mismo los denominados conocimientos públicos de la humanidad.

¹⁸⁹⁸ En el sector de los delitos socio-económicos la jurisprudencia viene empleando como baremo objetivo (mixto) la figura del “ordenado empresario” para determinar el contenido del deber de socios, asesores, administradores, etc. La STS 11/03/2010 (Colmenero Menéndez de Lúcar) señala expresamente que este criterio es un complemento jurídico-normativo que proviene de la LSA, y que consiste en un elemento normativo que la teoría lo denomina “empírico-cultural”, pues se configura sobre la base de una realidad cultural vigente de una determinada sociedad, y de la cultura empresarial imperante en una determinada estructura empresarial.

de ocuparme de ellos, realizaré una breve aclaración. Entiendo que sea cual sea el método que se siga, los hechos que se imputan siempre asumen una perspectiva subjetiva, *como algo proveniente de un sujeto o persona*. En todo caso, el enfoque de esa perspectiva subjetiva puede variar: para algunos la perspectiva subjetiva es individual (personal) y para otros la perspectiva subjetiva se encuentra mediado por lo social (intersubjetivista). Tanto el método holista como el diferenciador pueden concebir planteamientos individuales (subjetivistas en sentido estricto) y planteamientos intersubjetivistas. Podría todavía matizarse aun más esta clasificación, señalando que hay posturas holistas y diferenciadoras que son de base ontologicista y que hay posturas holistas y diferenciadoras que son de base normativista. Las que analizo en el texto principal son de base normativista. Ejemplo de método holista-subjetivista-ontológico fue el empleado por la doctrina finalista, que asumió un baremo de base ontológica (naturaleza humana) para medir la conducta final del autor¹⁸⁹⁹. Por el contrario, un considerable sector de la doctrina posfinalista actualmente emplea una base más bien normativa (naturaleza social). La diferencia se encuentra, en todo caso, en la intensidad de la normativización que asumen los diferentes autores.

2.a. *Método holista-subjetivista*: lo denomino método holista-subjetivista porque desde él se analizan integradamente los juicios objetivo y subjetivo de la imputación. La perspectiva que asume el juicio es subjetiva, desde la perspectiva y conocimientos del autor. Cuadra con este método el baremo subjetivo-individual del hombre medio, propio de sistemas del delito cercanos al finalismo y a las doctrinas de la imputación. Una manera de explicar cómo opera este modelo es el siguiente: puesto que “ninguna persona puede hacer uso de otra cosa que de su propio saber y sus propias capacidades de conocer, no tendría sentido en absoluto construir la norma de conducta partiendo de la base de conocimientos de algún observador óptimo imaginario, pues ello sería absolutamente desatinado bajo el punto de vista de la prevención general”¹⁹⁰⁰. Para este método, al formular la norma de

¹⁸⁹⁹ Actualmente, en España, la línea de GRACIA MARTIN, “El finalismo como método”, *RECPC*, 2004, pp. 14 y ss. En verdad, la lógica finalista no concebía que el juicio de previsibilidad se construyese sobre bases exclusivamente objetivas, prescindiendo de la finalidad de la acción, al entender que lo objetivo y lo subjetivo eran dos dimensiones inescindibles. Cfr. CUELLO CONTRERAS, *El Dp español*, 2002, p. 502.

¹⁹⁰⁰ Cfr. SCHÜNEMANN, “Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva”, en *Temas actuales*, 2002, pp. 82, 83. Para este autor, en la valoración de la conducta infractora del deber de cuidado del sujeto deben contarse sus conocimientos y capacidades personales y no los conocimientos de un observador óptimo (pp. 82, 83). Es decir, “la norma de conducta, cuya infracción constituye la conducta típica, debe ser formulada *ex ante* y debe tomar como punto de partida la situación como así también los conocimientos del autor. Pues ella no debe regular caso hipotético alguno, sino la conducta del autor individual en una situación histórica muy concreta” (p. 82). También RUEDA MARTÍN, *La teoría de la imputación objetiva*, 2001, pp. 161 y ss., 167 y ss.,

conducta ya se tienen en cuenta los conocimientos especiales del autor sean estos previos al hecho (por ejemplo, que el jugador del equipo contrario en un partido de *rugby* es hemofílico –caso que, a mi criterio, habría que profundizar porque presenta la cuestión de la autopuesta en peligro consciente de la víctima-) ¹⁹⁰¹ o adquiridos durante la realización de la conducta típica ¹⁹⁰². Dentro de este método hay una tendencia de los autores a considerar a la imputación objetiva como un nivel carente de una función autónoma, porque ya en sede del tipo objetivo –sea doloso, sea imprudente- hay que considerar los conocimientos individuales del autor ¹⁹⁰³, incluso los especiales ¹⁹⁰⁴. Esto comporta una especie de

passim, argumenta que ya en la imputación objetiva hay que incluir los conocimientos especiales del autor. Así, igualmente, señala MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, 2001, pp. 694, 706-707, 709, que “para el sujeto destinatario de la norma no pueden servir de guía para la acción [de cara a la tipicidad] los conocimientos, no ya de un hombre medio, sino nada menos que los de toda la humanidad” (cuestión que se agrava en los conocimientos ontológicos). Para este autor, ya en el nivel de la lesividad (=antijuridicidad) rige para cada una de las personas una norma individual, que se formula “sobre la base de un deber personal, ajustado a sus características individuales”, pero esto incluso antes de abarcar el dolo y la imprudencia. Desde el modelo hruschkiano de imputación, MIRÓ LLINARES, *Conocimiento e imputación*, 2009, p. 254, defiende que la imputación se realiza respecto de la persona concreta y no desde un observador ficticio, toda vez que éste se construye *ex post* con representaciones de adecuación y valoración ajenas a las del autor.

¹⁹⁰¹ Cfr. SCHÜNEMANN, “Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva”, en *Temas actuales*, 2002, p. 82. En la misma línea y con un caso similar (el boxeador que conoce que el golpe, sólo en esa ocasión, puede provocar una lesión cerebral en el rival), PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido*, 1995, pp. 122-123. El ejemplo del boxeador ya aparece en STRUENSEE, “El tipo subjetivo del delito imprudente”, *ADPCP*, 1987, p. 443 [= “Der subjektive Tatbestand des fahrlässigen Delikts”, *JZ*, 1987, p. 60]. Aunque no tan subjetivista ni tan individualista, MIR PUIG, *Dp, Pg*, 2011 (9ª ed.), p. 246, hace depender la parte objetiva del tipo de los elementos subjetivos, como el conocimiento que tiene el sujeto de la situación, así como de la intención manifestada. Para este autor la división entre tipo objetivo y subjetivo sólo tiene una función pedagógica.

¹⁹⁰² Como sucedió en los hechos que relata la SAP Barcelona 20/11/2008 (Jiménez Jiménez), en relación con agentes policiales que en el momento de detener a una persona le habían propinado una serie de golpes que se extendieron hasta conducirlo a la comisaría, en donde siguieron golpeándola, a pesar de que, los mismos, fueron advertidos en todo momento por la misma víctima, que padecía hemofilia (a raíz de los golpes recibidos la víctima sufrió serias contusiones que tardaron en curar). Los agentes fueron condenados, entre otros delitos, por unas lesiones agravadas por ensañamiento.

¹⁹⁰³ Cfr. KINDHÄUSER, “El tipo subjetivo en la construcción del delito”, *InDret Penal*, 2008, pp. 5-6, 14 y ss. La diferenciación entre el tipo objetivo y el subjetivo responde a un asunto de mero orden clasificatorio, más bien, entre ellos existe una determinada relación lógica: los elementos del tipo subjetivo se encuentran referidos a los elementos del tipo objetivo. En relación con la conexión entre norma e imputación en el tipo imprudente, recientemente este autor en “Zur Funktion von Sorgfaltsnormen”, en *FS für Schünemann*, 2014, pp. 143 y ss. También, respecto de la vertiente subjetiva del delito imprudente, STRUENSEE, “Individueller Maßstab der Fahrlässigkeit”, en *FS für Samson*, 2010, pp. 199 y ss.

No se manifiesta en contra de la imputación objetiva, pero desde el modelo que asume (el de HRUSCHKA), no sólo la desplaza después de la imputación subjetiva, sino que también la unifica con el juicio valorativo completo de la antijuridicidad (la *applicatio legis ad factum*), MIRÓ LLINARES, *Conocimiento e imputación*, 2009, pp. 116, 180, 232-233 y ss. (para este autor no se puede valorar objetivamente la peligrosidad sin tener en cuenta el conocimiento del autor); SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación y teoría del delito*, 2008, pp. 403-404 y ss., 429, *passim*. En la versión más ontologicista del finalismo niega la imputación objetiva, GRACIA MARTIN, “El finalismo como método”, *RECPC*, 2004, pp. 14 y ss. Para este autor, la cuestión de la creación de un peligro

personalización de la tipicidad objetiva. En verdad, este modelo no deja de considerar los conocimientos del hombre medio que se coloca en el lugar del autor (dosis mínima de perspectiva intersubjetiva), pero lo que termina delimitando la atribución objetiva es el conocimiento que ha de imputarse al autor. Entre los conocimientos generales del hombre medio y los conocimientos individuales del autor pesan estos últimos como configuradores de la atribución de la infracción a una norma de conducta (excepto en aquellos casos en que el conocimiento del autor se encuentra por debajo de los del hombre medio)¹⁹⁰⁵. Aunque ésta es una concepción bastante compartida en nuestro sistema jurídico, no me atrevería a sostener que no existen diferencias entre los muchos autores que la sostienen¹⁹⁰⁶.

2.b. *Método holista-intersubjetivista*: la imputación subjetiva no es más que una forma de completar la adscripción objetiva del tipo¹⁹⁰⁷, lo que produce -a la inversa que el

penalmente relevante no puede resolverse de modo independiente en el tipo objetivo, pues éste depende de la voluntad de realización del autor (dolo). También antes ya, KAUFMANN (Armin), “Objektive Zurechnung beim Vorsatzdelikt?”, en *FS für Jescheck*, 1985, pp. 253-254 [= “¿Atribución objetiva en el delito doloso?”, *ADPCP*, 1985, pp. 816 y ss., 820].

¹⁹⁰⁴ Cfr. KINDHÄUSER, “El tipo subjetivo en la construcción del delito”, *InDret Penal*, 2008, pp. 15 y ss.

¹⁹⁰⁵ Aunque, KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989, pp. 61 y ss., rechaza considerar a la persona razonable como modelo de juzgamiento. También desde el modelo hruschkiano de imputación, MIRÓ LLINARES, *Conocimiento e imputación*, 2009, pp. 274 (también 254 y ss.), afirma que la norma sólo tiene sentido “en cuanto mandato dirigido a aquél que puede seguirlo, la persona libre, de forma que para saber si hay infracción de la norma lo que corresponde es situarse en la posición de esa persona, con su conocimiento y capacidad de actuación, y definir así su hecho”. A mi criterio, aunque este modelo propone una imputación “auténticamente” subjetiva en un primer momento (persona que realiza el hecho y no un observador ficticio), no obstante, luego, en el momento de la valoración del comportamiento, se valora *ese* conocimiento del autor en contraste con la norma de conducta, que necesariamente contiene un baremo normativo (intersubjetivo). También, próxima, desde una postura normativo-cognitivista-objetiva, PUPPE, “El Derecho penal como comunicación”, en *El Derecho penal como ciencia*, 2014, p. 126, nota al pie 37 [también en “Der Vorstellungsinhalt des *dolus eventualis*”, *ZStW*, 1991, pp. 14, 41].

¹⁹⁰⁶ Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, 2001, pp. 695 y ss. También advierte esta especie de híbrido en el sistema angloamericano, NOURSE, “After the reasonable man”, *NCLR*, 2008, p. 36, al señalar que el jurado debe juzgar al defendido desde el *standards of the reasonable person*, pero colocada en el lugar del autor.

¹⁹⁰⁷ Las primeras tendencias objetivistas del dolo se pueden apreciar en la doctrina del *dolus indirectus* tal cual lo entendió KLEE, *Der dolus indirectus*, 1906, pp. 14 y ss., 23 y ss., *passim*. Para este autor, para afirmar si existe un peligro relevante para el dolo no hay que tener en cuenta la representación del autor, sino el juicio general que desde la experiencia se tenga sobre el mismo. Actualmente, una versión altamente normativizada del dolo lo define (junto a la imprudencia) desde una perspectiva semántica, como una propiedad normativa (en tanto, conforme a hipótesis objetivas de probabilidad), que se configura como un estándar objetivo a partir del cual se establece qué resulta epistémicamente exigible al autor de un hecho típico y si, en el caso concreto, se ha producido un apartamiento objetivamente previsible de una regla jurídico-penal. A partir de allí se le realizará al sujeto un juicio objetivo de reproche. De esta idea, PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, 2011, pp. 46, 69. Este autor denomina regla a la norma jurídica ya interpretada semánticamente (pp. 47-48), esto es, la norma de conducta en su perspectiva *ex post*.

método anterior-, una clase de despersonalización de la tipicidad subjetiva¹⁹⁰⁸. Asume como baremo de imputación la persona competente que obra según su rol y las capacidades inherentes al mismo, de modo que, cuando el sujeto cuenta con conocimientos especiales diferentes al rol, aquéllos no se imputan subjetivamente¹⁹⁰⁹. Cuadra con este método el baremo objetivo-general del hombre medio. Al sujeto se le imputa sobre la base de un baremo normativo, esto es, de cómo debió comportarse según las normas y el rol o función que desempeña. Una consecuencia extrema de este planteamiento es el desplazar la responsabilidad penal en aquellos hechos lesivos que se derivan de no haber empleado el autor sus conocimientos especiales ajenos a los requeridos por el rol¹⁹¹⁰, cuestión de la que me ocupo más adelante.

3. A mi entender las posturas holistas pecan por exceso al invadir un nivel de atribución que no les corresponde: los subjetivistas niegan, aunque sea implícitamente, que haya que hacer una ponderación inicial objetiva-general, mientras que, los objetivistas niegan que haya que incluir el extremo de la subjetividad del autor. De este modo, mientras que en el primer modelo todo pasa por el rasero del autor (cuyo baremo es el hombre promedio situado en el lugar del autor con los conocimientos especiales de éste), en el segundo modelo todo pasa por el rasero del hombre promedio (cuyo baremo es el ciudadano competente que obra

¹⁹⁰⁸ Cfr. JAKOBS, *Dp, Pg*, 1997 (2ª ed.), p. 313 (aunque en sede de imprudencia individualiza, pp. 388-389). Sobre el dolo como algo normativo-objetivo y no subjetivo-psicologizante, JAKOBS, “La ciencia del Dp”, pp. 31 y ss.; e, “Imputación jurídico-penal”, en *Dogmática de Dp*, 2004, pp. 89 y ss. Similar al planteamiento de este autor, pero no en todo, SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, 2005, pp. 201 y s., 203 y ss., restringe el dolo vía imputación objetiva (norma prohibitiva) y no vía representaciones del autor. Desde diferentes argumentos, en esta línea, FEIJOO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, 2002, p. 21; RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, 1999, pp. 168 y ss., 323 y ss., 345 y ss., 390 y ss., *passim*.

¹⁹⁰⁹ Para JAKOBS, *Dp, Pg*, 1997 (2ª ed.), p. 250, para determinar el riesgo permitido no hace falta considerar el juicio del autor, “ni siquiera la doctrina subjetiva de la imprudencia determina el riesgo permitido exclusivamente desde el punto de vista subjetivo”. Por lo demás, JAKOBS, *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, 1972, pp. 64 y ss., 68, rechaza considerar como baremo a la persona razonable. Igualmente, puede sostenerse que para este autor, en el ámbito del injusto, lo que funge como hombre medio sería el sujeto competente que actúa conforme al rol, y para completar el concepto de injusto culpable, el ciudadano fiel al Derecho. Véase JAKOBS, *Dp, Pg*, 1997 (2ª ed.), pp. 171 y ss., 598 y ss., *passim*. De acuerdo al planteamiento jakobsiano, CANCIO MELIÁ, “Algunas reflexiones sobre lo objetivo y lo subjetivo en la teoría de la imputación objetiva”, en *LH a Jakobs*, 2003, que rescata la necesidad de un nivel de análisis exclusivamente objetivo-general.

¹⁹¹⁰ Cfr. HÖRNLE, “Social expectations in the criminal law”, *NCLR*, 2008, p. 10, quien identifica que una cuestión muy debatida en la dogmática continental resulta ser el tema de los conocimientos especiales (*more-than-average knowledge*), esto es, el conocimiento más allá del promedio, refiriéndose críticamente al planteamiento de JAKOBS.

conforme al rol¹⁹¹¹). A las posturas holistas se contraponen la diferenciadora, en sus dos vertientes, la intersubjetivista-intersubjetivista, y la intersubjetivista-subjetivista, de las que me ocupé inmediatamente.

3.a. *Método diferenciador intersubjetivista-intersubjetivista*: este método distingue los dos niveles de atribución objetiva e imputación subjetiva de modo algo repetido y disfuncional, que ha sido criticado con razón por algunos autores¹⁹¹², teniendo en cuenta que el baremo del hombre medio que sirve de base a la imputación subjetiva es el mismo que el de la atribución objetiva¹⁹¹³. Y como el hombre medio de la atribución objetiva es un hombre ideal o hipotético, el sujeto de la imputación subjetiva termina siendo un destinatario ficticio de la norma, lo que tiene un sentido muy artificial de cara a la auténtica responsabilidad subjetiva¹⁹¹⁴. Materialmente hablando este modelo difiere muy poco del

¹⁹¹¹ JAKOBS, *Dp, Pg*, 1997 (2ª ed.), p. 251, se manifiesta en contra de considerar los conocimientos especiales del autor en sede de la imputación objetiva. Rechaza que determinados conocimientos especiales del autor incrementen típicamente el nivel del riesgo. La razón de ello reside en que “la atención que se prestara por encima de la obligación traería como consecuencia deberes de evitar y la correspondiente limitación del ámbito de libertad de acción”. A mi entender, esto último no repercutiría a favor de una limitación a la libertad de acción, sino, por el contrario, a favor de una ampliación, por cuanto tomaría más seguro no sólo los espacios de libertad, sino también las expectativas de uso y disfrute de los mismos. Los mecanismos para esta ampliación vienen dados desde el ejercicio espontáneo de las incumbencias.

¹⁹¹² De esta crítica, KINDHÄUSER, “El tipo subjetivo en la construcción del delito”, *InDret Penal*, 2008, p. 15. Este autor se refiere a los dos filtros concatenados, el objetivo y el subjetivo, del siguiente modo: los dos filtros sólo se encontrarían funcionalmente enlazados, si el filtro posterior (que sería el subjetivo) es más estrecho que el anterior (que sería el objetivo). Así, sería disfuncional que no pudiera imputarse objetivamente algo que, de conformidad con el fin de la pena, puede y debe ser imputado al autor individual. Esta disfuncionalidad se produce cuando el autor individual pudiese, de acuerdo a su capacidad de acción, evitar una realización típica que objetivamente tuviese que ser vista, sin embargo, como no evitable, esto es, en particular allí donde el autor dispone de capacidades especiales. Mientras que el reconocimiento de la evitabilidad objetiva del resultado constituye un juicio carente de función, en tanto el autor concreto no posea la capacidad de acción necesaria para evitar la realización del tipo, el reconocimiento de una inevitabilidad objetiva es contraindicada en atención a la protección de bienes jurídicos, en caso que el autor concreto hubiese estado en posición de evitar la producción del resultado.

¹⁹¹³ Véase SERRANO-GONZÁLEZ DE MURILLO, “Sobre la consideración de los ‘conocimientos especiales’ del sujeto”, en *LH a Eberhard Struensee*, 2011, pp. 645-646, quien cuestiona desde lo metodológico el por qué los conocimientos subjetivos se contabilizan en el tipo objetivo y, luego, posteriormente, se consideran de modo adicional en el tipo subjetivo, es decir, dos veces. También RUEDA MARTÍN, *La teoría de la imputación objetiva*, 2001, pp. 170 y ss.

¹⁹¹⁴ De esta crítica, KINDHÄUSER, “El tipo subjetivo en la construcción del delito”, *InDret Penal*, 2008, p. 14, quien se pregunta ¿qué sentido habría de tener la pregunta por la evitabilidad de un resultado por parte de un destinatario ficticio de la norma, si ya el verdadero destinatario (no) dispone del saber necesario para la evitabilidad del resultado? El Derecho no es realizado por destinatarios ficticios, sino por destinatarios reales de normas. Desde otro punto de vista, pero con igual conclusión, MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, 2001, pp. 698, 699 y ss., *passim* (las normas para surtir efectos tienen que adaptarse a las circunstancias del

holista-intersubjetivista, si no fuera por la excepcional consideración de los conocimientos del autor¹⁹¹⁵. El juicio de atribución objetiva se realiza desde la consideración de una persona prudente en el momento de la acción (*ex ante*), con los conocimientos de un hombre prudente¹⁹¹⁶, más los conocimientos especiales del autor, pero no con sus errores vencibles¹⁹¹⁷ (un hombre prudente hubiera vencido el error¹⁹¹⁸), ni con sus conocimientos inferiores¹⁹¹⁹. Con la consideración de los conocimientos especiales del autor ya en sede de la atribución objetiva de la conducta, este nivel recibe una pequeña dosis de “subjetivización”¹⁹²⁰, que se intensifica en aquellos planteamientos que contemplan no sólo

destinatario). Este autor cuestiona la figura del hombre medio ya en el momento de la configuración del juicio de peligro que subyace “al deber objetivo impuesto por normas generales de cuidado”.

¹⁹¹⁵ Como lo explica BURKHARDT, “Conducta típica”, en *El sistema integral del Dp*, 2004, p. 159, refiriéndose a este modelo: “la inclusión de los conocimientos del autor no es un anticipo de lo subjetivo, sino la construcción de un juicio objetivo de peligro ajustado a peculiaridades individuales más o menos generalizadas”. El punto de partida de este modelo es reconocer que el juicio de peligro se completa con los conocimientos subjetivos más allá de los generales del hombre medio (por eso, distingue la cognoscibilidad objetiva de la cognoscibilidad del autor individual del tipo subjetivo, pp. 158-159). En esta línea, FRISCH, “Delito y sistema del delito”, en *El sistema integral del Dp*, 2004, pp. 245 y ss.; ROXIN, “Die Lehre von der objektiven Zurechnung”, *ChLR*, 1994, pp. 232 y ss. Crítico con esta dualidad, que lleva a considerar en el juicio de peligro objetivo los conocimientos subjetivos, SERRANO-GONZÁLEZ DE MURILLO, “Sobre la consideración de los ‘conocimientos especiales’ del sujeto”, en *LH a Eberhard Struensee*, 2011, p. 640-641 y ss.

¹⁹¹⁶ Según la teoría de la adecuación que comenta MIR PUIG, *Dp, Pg*, 2011 (9ª ed.), p. 258, cuando el hombre prudente hubiese conocido y el autor no, cuentan los conocimientos de aquél [con consideraciones sobre esta cuestión ya en “Sobre lo objetivo y subjetivo en el injusto”, *ADPCP*, 1988, pp. 673 y ss.]. También en esta línea, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2010 (2ª ed.), pp. 627-628, quien respecto de la conducta típica afirma que este juicio lo “ha de formular un espectador objetivo (medio, con los conocimientos de una persona de inteligencia normal) situado *ex ante*, pero que ha de tener presente los conocimientos del sujeto acerca de su propia conducta, es decir, que ha de contemplar necesariamente el hecho del sujeto en su unidad objetivo-subjetiva”. Para BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1994, p. 112, el baremo que se emplea para la vencibilidad del error de tipo es el del espectador normativo en la posición del autor.

¹⁹¹⁷ Cfr. MIR PUIG, *Dp, Pg*, 2011 (9ª ed.), pp. 258 y s., 261; ROXIN, *StrafR, AT*, 2006 (4ª ed.), § 11, nms. 40, 56, pp. 369, 378 [1997, pp. 360, 367]. Este autor se refiere a una “objektiv-nachträglichen Prognose” (pronosis objetivo-posterior), en donde el juez en el momento de la imputación se “coloca” en la perspectiva de un espectador objetivo antes del hecho. Este observador objetivo cuenta con los conocimientos de un hombre del sector, y con los conocimientos especiales del autor. Sobre la “objektiv-nachträgliche Prognose”, entre los primeros, RÜMELIN, *Der Zufall im Recht*, 1896, p. 46 [también en “Die Verwendung der Causalbegriffe in Straf- und Civilrecht”, *ACP*, 1900, pp. 19, *passim*].

¹⁹¹⁸ Cfr. MIR PUIG, *Dp, Pg*, 2011 (9ª ed.), pp. 258 y s. Como estamos en el nivel del tipo objetivo, el error vencible del autor para el hombre medio no excluye la adecuación de la conducta, sino sólo el dolo (sólo el error invencible para cualquier persona ya la excluye).

¹⁹¹⁹ Cfr. CANCIO MELIÁ, “Algunas reflexiones sobre lo objetivo y lo subjetivo en la teoría de la imputación objetiva”, en *LH Jakobs*, 2003.

¹⁹²⁰ Es en interés de una adecuada construcción de la norma (en función de la tutela de bienes jurídicos) que hay que considerar los conocimientos especiales, cuando los haya. Esto produce una inevitable subjetivización o individualización en la tipicidad objetiva. Sobre este argumento, FRISCH, “Delito y sistema del delito”, en *El sistema integral del Dp*, 2004, pp. 245 y ss.

los conocimientos especiales habidos por el sujeto en razón del riesgo que asume (como saber que la víctima es hemofílico¹⁹²¹) o en razón del rol que desempeña, sino también los conocimientos especiales con que el sujeto cuenta y que son ajenos a la situación o rol que desempeña^{1922/1923}. Se trata de un baremo objetivo condicionado por lo subjetivo¹⁹²⁴. En cuanto al juicio de imputación subjetiva éste se realiza sobre la base de los conocimientos mínimos, generales, evidentes, que imperan en la sociedad, y que son conocidos por cualquier persona razonable¹⁹²⁵, adulta y en condiciones normales de imputabilidad¹⁹²⁶. Este criterio generalizador de base normativo-social sirve de base comparativa para medir el comportamiento del autor en el momento de los hechos¹⁹²⁷, tanto en el delito doloso como en el imprudente¹⁹²⁸.

¹⁹²¹ Aquí tendría que ser posible que los conocimientos especiales sobre el riesgo que el sujeto asume se consideren ya en la imputación objetiva como configuradores de la norma de conducta. Cfr. la apreciación de SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2010 (2ª ed.), p. 628, en relación con el plan del autor: “sin tener presente el plan del autor no es posible afirmar si una determinada conducta externa es peligrosa o no. Pero ello vale, lo mismo que para el plan, para otras representaciones subjetivas, *básicamente para el grado de conocimiento que el sujeto tiene del significado de su hecho*” (cursiva añadida).

¹⁹²² Según la teoría de la adecuación que comenta MIR PUIG, *Dp, Pg*, 2011 (9ª ed.), pp. 259, 167, en el tipo objetivo “importan *todos los conocimientos que ex ante habría tenido una persona prudente que hubiera vivido lo que vivió el autor*”, de modo que el hombre prudente también habría contado con todos los conocimientos especiales (o superiores) con los que contaba el autor.

¹⁹²³ Hasta donde alcanzo a notar, para algunos autores los conocimientos especiales (del rol o los externos al rol) son necesarios en sede de la atribución objetiva como para configurar la norma de cuidado o de conducta en relación con el riesgo, pero, para otros autores los conocimientos especiales ajenos al rol desplazan la misma imputación objetiva.

¹⁹²⁴ Lo denomina críticamente, figura mixta objetivo-subjetiva, SERRANO-GONZÁLEZ DE MURILLO, “Sobre la consideración de los ‘conocimientos especiales’ del sujeto”, en *LH a Eberhard Struensee*, 2011, pp. 648 y ss.

¹⁹²⁵ Cfr. la explicación de MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, 2001, pp. 695 y ss.

¹⁹²⁶ Cfr. RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, 1999, pp. 390 y ss. Este autor niega los conocimientos mínimos en casos de inimputabilidad por atipicidad de la conducta. Reserva los conocimientos mínimos para la imputabilidad plena (delito doloso culpable) y para los casos de imputabilidad disminuida (delito doloso), resolviéndose la cuestión en sede de la culpabilidad. Por su parte, HRUSCHKA, “Über Schwierigkeiten mit dem Beweis des Vorsatzes”, en *FS für Kleinknecht*, 1985, pp. 194-195 [= “Sobre la difícil prueba del dolo”, en *Imputación y Dp*, 2005, pp. 148-149], que ofrece un ejemplo de un hombre adulto, psíquicamente normal que trabaja en una tienda de armas, que dispara una escopeta de caza hacia la víctima que muere inmediatamente, como un supuesto de dolo caracterizado por un conocimiento sobre hechos evidentes para un adulto centroeuropeo normal. En el sistema angloamericano, SISTARE, *Responsibility and criminal liability*, 1989, p. 121, se refiere a una persona adulta, miembro de una cultura determinada, que en el supuesto del “conocimiento común” debe haber sido -además- capaz de conocer tal información, como de haber tenido la oportunidad de incorporarla o asimilarla en su proceso de aprendizaje.

¹⁹²⁷ Cfr. MIR PUIG, “La perspectiva ‘ex ante’ en Derecho penal”, *ADPCP*, 1983, pp. 13 y ss. La valoración del conocimiento del sujeto se realiza colocando en el momento de los hechos a un hombre medio respetuoso del Derecho. En materia de error, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *El error*, 2008, p. 151; FELIP I SABORIT, *Error iuris*, 2000. En sede de la imprudencia emplea la “figura-medida diferenciada” (*differenzierte Maßfigur*), ROXIN, *StrafR, AT*, 2006 (4ª ed.), § 24, nm. 34, p. 1075 [en la traducción se emplea la expresión “figura-baremo o modelo diferenciada”, 1997, p. 1009]. Por su parte, en relación con las clases de imprudencia, distingue entre el

3.b. *Método diferenciador intersubjetivista-subjetivista*: este método se presenta como un modelo respetuoso de los dos niveles de atribución e imputación, al considerar en primer término la valoración objetiva del hecho, concluyendo con la imputación subjetiva¹⁹²⁹. La imputación es un juicio subjetivo, exclusivamente subjetivo, que no puede realizarse sobre la base de generalizaciones, sino desde la pura individualidad: el hombre medio-anónimo de la atribución objetiva deja de ser medio y anónimo en la imputación subjetiva, cuando se lo individualiza. Así tampoco la atribución objetiva puede permitir la “toxicidad” de lo subjetivo en sus escalas de medición general del comportamiento. Un planteamiento analítico genuino lleva a considerar las dos dimensiones bien distinguidamente de la tipicidad. La dimensión objetiva opera con un criterio intersubjetivo de atribución, mientras que, la dimensión subjetiva opera con un criterio subjetivo de imputación, esto es, un rasero individual, lo que coincide con lo que en mi propuesta denomino la “mejor versión del autor”¹⁹³⁰.

hombre mínimamente razonable (para la culpa grave) y el hombre medio (para la culpa leve), como si fuesen dos baremos distintos, el primero que exige un cuidado mínimo y el segundo que exige un mayor cuidado, BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Dp*, 1994 (4ª ed.), p. 359.

¹⁹²⁸ Para BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1994, p. 115, nota al pie 245, el “injusto objetivo ha de ser, (...), igual para todos (otra cosa es la imputación subjetiva de lo injusto objetivo...)”. Así, para este autor: “en nuestro mundo (...), sí existe una certeza intersubjetiva *ex ante* acerca de un hecho o de una ley científica o experimental, aunque el único sujeto con una percepción ‘correcta’ de la realidad sea el que pretendidamente para los demás se halla en error –y los equivocados sean ellos-, existe error” (p. 112). Es decir, aunque en sede de la imputación subjetiva, “cada sujeto responde, *según su conocimiento*, por el injusto objetivo que se fundamenta en la situación real”, porque sólo así “puede hablarse de injusto *personal*”, no obstante, el baremo es el del espectador objetivo en el lugar del autor (p. 115). En sentido contrario, KINDHÄUSER, “El tipo subjetivo en la construcción del delito”, *InDret Penal*, 2008, p. 20, para quien no puede hablarse de comportamiento imprudente cuando el “autor dispone de conocimientos que con seguridad excluyen un resultado como posible efecto de su comportamiento. Así por ejemplo, si un investigador sabe que un determinado material no puede explotar bajo condiciones que en general, sin embargo, se consideran como altamente explosivas, entonces el ocasionar la presencia de estas condiciones no es descuidado, incluso si todos los demás expertos sostuvieran lo contrario”.

¹⁹²⁹ Próximo SERRANO-GONZÁLEZ DE MURILLO, “Sobre la consideración de los ‘conocimientos especiales’ del sujeto”, en *LH a Eberhard Struensee*, 2011, pp. 646 y ss., 650, pero con la diferencia que, para este autor, es la imputación objetiva la que utiliza erróneamente el baremo del observador objetivo como para restringir la tipicidad; cuando lo que ha de emplearse es un baremo subjetivo, un juicio de previsibilidad subjetiva con los conocimientos (ordinarios o especiales) del autor concreto.

¹⁹³⁰ Varios autores que completan la norma de conducta en la atribución objetiva con los conocimientos del autor, luego niegan que ello signifique una individualización absoluta, porque ésta ha de realizarse en la imputación subjetiva. Así operan, por ejemplo, FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983, pp. 128 y ss., quien exige para el tipo objetivo (peligro concreto) un juicio objetivo y deja el punto de vista del autor para la imputación subjetiva, desde la cual se determina si el peligro concreto de la atribución objetiva se imputa a título de dolo o de imprudencia. Por su parte, BURKHARDT, “Conducta típica”, en *El sistema integral del Dp*, 2004, pp. 191 y s., entiende que “en el plano del tipo objetivo, la cognoscibilidad *ex ante* (sea para el autor, sea para un ‘hombre-modelo abstracto’) no desempeña papel alguno, mientras que sí lo hace en el plano del tipo

II.IV.2.b.ii.a. Toma de postura a favor del modelo diferenciador intersubjetivista-subjetivista

1. Un modelo diferenciador de las dimensiones objetiva y subjetiva del tipo de injusto se revela como el más adecuado para alcanzar una imputación justa. A mi entender, dos son los fundamentos esenciales que mejor explican esta distinción. Una razón normológica y una razón de principios.

2. En cuanto a la razón normológica, en la atribución objetiva la norma de conducta refleja el saldo de la ponderación a la que hice mención al inicio de este tema (entre la libertad subjetiva y la libertad de todos), ponderación que se concreta en la imputación subjetiva a través del deber. Lo objetivo examina más de cerca la relación entre el hecho y la norma, mientras que lo subjetivo lo hace entre la persona y el deber¹⁹³¹. De ahí que el desvalor objetivo de la conducta tome como referencia al hombre medio y el desvalor subjetivo a la persona del autor. Con esta necesaria distinción queda a salvo no sólo el “carácter intersubjetivo que debe caracterizar al hecho prohibido”¹⁹³², sino también el carácter subjetivo que debe caracterizar a la infracción de un deber como presupuesto de la imputación. Entretanto lo que es razonable, prudente o de validez intersubjetiva está

subjetivo... el punto de partida para la valoración lo constituyen siempre –en el delito doloso y en el imprudente- las circunstancias conocidas por el autor”. Más coherente, a mi entender, el planteamiento de JOSHI JUBERT, “Normas de conducta y juicios de imputación”, en *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, 2008, p. 1092. Esta autora considera que “el problema de los conocimientos afecta tanto a la imputación objetiva como a la imputación subjetiva. La diferencia reside en que en los juicios de imputación objetiva se tienen en cuenta los conocimientos de la persona normativa ideal, es decir, los de la ciencia y experiencia de un momento determinado; mientras que en la imputación subjetiva se tienen en cuenta los conocimientos del candidato a la imputación”.

¹⁹³¹ Cfr. NOURSE, “After the reasonable man”, *NCLR*, 2008, p. 36, quien refiriéndose a los estándares de medición señala: “ (...) objectivity suggests a norm-like inquiry about rules; subjectivity suggests an inquiry into minds or facts (...)”. También, véase JOSHI JUBERT, “Normas de conducta y juicios de imputación”, en *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, 2008, p. 1093: “en los juicios de imputación relativos al tipo debe analizarse si para la persona normativa ideal, en un juicio ex-ante factum, la conducta objeto de análisis ha supuesto uno de los riesgos que la norma quería evitar, y, además, en un juicio ex-post factum, en determinados casos, si el resultado producido se debe al riesgo creado. Este es el *primer juicio de imputación objetiva en el marco del tipo*, que toma como *objeto de valoración* la conducta como unidad de sentido externo-interna en su aspecto de lesiva de bienes jurídico penales, y a pesar de ello continúa siendo objetivo porque el *baremo* de acuerdo con el cual se llevan a cabo los juicios de imputación es uno objetivo, o mejor, en una sociedad democrática, intersubjetivo: es decir, que tiene en cuenta las distintas perspectivas de los ciudadanos que conforman la sociedad –perspectiva intersubjetiva-, los conocimientos de la persona normativa ideal, y las capacidades de la persona normativa ideal”.

¹⁹³² Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuricidad penal*, 2001, p. 696.

determinado por lo que resulta compatible con la función de la institución¹⁹³³ -regulación de los espacios de libertad, distribución de cargas sociales-, lo subjetivo se orienta por el grado de participación autorresponsable en el hecho delictivo¹⁹³⁴. El criterio del hombre medio es el adecuado para adjudicar la lesión de una norma de conducta a una persona bajo la ficción de que dicha norma rige para todos, a todos se la aplicaría del mismo modo¹⁹³⁵, pero es la versión del autor individual la que ha de comparar la medida subjetiva de la infracción al deber contenido en la norma¹⁹³⁶. Con ello, la adjudicación del hecho se individualiza a la situación del autor junto a sus capacidades y conocimientos. Dicho de otro modo, ha de distinguirse el momento de la norma como pauta general de conducta, que encierra un juicio de valoración intersubjetiva, del momento de la norma como directivo de conducta en el caso concreto¹⁹³⁷.

¹⁹³³ Próxima NOURSE, "After the reasonable man", *NCLR*, 2008, p. 37.

¹⁹³⁴ En todo caso, como lo afirma JOSHI JUBERT, "Normas de conducta y juicios de imputación", en *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, 2008, p. 1091, tanto en la imputación objetiva como en la imputación subjetiva "el objeto de atribución es, en parte, el mismo: la conducta como unidad de sentido externo-interna en su aspecto de peligrosa", siguiendo la línea de MIR PUIG, "Sobre lo objetivo y subjetivo en el injusto", *ADPCP*, 1988, pp. 661 y ss.

¹⁹³⁵ De similar idea, JOSHI JUBERT, "Normas de conducta y juicios de imputación", en *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, 2008, p. 1093, para quien "la finalidad de este primer juicio de imputación objetiva al tipo es poder llegar a confirmar que la conducta realizada entrañaba verdaderamente uno de aquellos riesgos que la norma quiere prohibir".

¹⁹³⁶ Próxima NOURSE, "After the reasonable man", *NCLR*, 2008, p. 37.

¹⁹³⁷ Es en este último sentido que comparto la propuesta de MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, 2001, p. 699, cuando señala "si los deberes jurídicos pretenden ser algo más que la expresión de una valoración del legislador (...), sólo son concebibles en circunstancias de capacidad del destinatario para realizar el comportamiento prohibido, (...)". También muy acertada la propuesta de JOSHI JUBERT, "Normas de conducta y juicios de imputación", en *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, 2008, pp. 1090-1091, quien propone distinguir entre la "norma de prohibición, dirigida a todos los ciudadanos con capacidad de acción, e infracción de la norma, que deberá tener en cuenta las capacidades y conocimientos individuales, a determinar mediante los juicios de imputación". Esto sería en la propuesta de mi trabajo, en primer lugar, la atribución objetiva (juicio intersubjetivo) y, en segundo lugar, la imputación subjetiva (juicio subjetivo). Más concretamente en p. 1094 señala: "El juicio de imputación subjetiva en el marco del tipo no tiene por objeto la parte interna de la conducta, sino también, otra vez, el comportamiento como una unidad de sentido externo-interna en su aspecto de peligroso para bienes jurídico-penales. Lo distinto respecto de los juicios de imputación objetiva al tipo es el *baremo*: en este momento se trata de analizar si la conducta intersubjetivamente peligrosa puede atribuirse como tal a un determinado sujeto. La imputación subjetiva necesita de dos valoraciones o reglas. Una primera valoración dirigida a averiguar si, la conducta objeto de atribución desde la perspectiva del candidato a la imputación con los conocimientos que tendría en su lugar la persona normativa ideal pone en peligro bienes jurídicos. Y, una segunda valoración dirigida a averiguar si, la mencionada conducta, desde la perspectiva del candidato a la imputación con sus conocimientos, ciencia y experiencia supone un peligro para el bien jurídico protegido".

3. En cuanto a la razón de principios, en el tipo objetivo el principio de lesividad nos indica los mínimos de la desvaloración social del comportamiento a través de la norma de conducta que, en virtud del principio de igualdad¹⁹³⁸, vale para todos. En cambio, en el tipo subjetivo el principio de culpabilidad da paso a que el deber comience a desplegarse respecto del propio autor. El deber asume unos contornos concretos según los conocimientos individuales. Es desde la perspectiva individual que ha de medirse lo que el sujeto conocía de la lesividad social de su comportamiento. Una vez más: habrá de acreditarse que la norma vale para todos¹⁹³⁹, que la norma opera como un “modelo intersubjetivo de fijación de comportamientos”¹⁹⁴⁰, pero sólo como un principio general basado en peligros socialmente consensuados como disvaliosos.

¹⁹³⁸ También sobre la igualdad real en relación con la configuración de la norma de conducta, MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, 2001, pp. 699-700, 701 [similarmente aduciendo el principio de igualdad, PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido*, 1995, p. 273, con nota al pie 60, individualiza, pero sin caer en la consideración de las circunstancias personales del sujeto concreto; BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1994, p. 115, entiende que “el juicio de idoneidad (peligro) debe ser válido *erga omnes*”, refiriéndose al principio de igualdad]. Respecto de esta cuestión, la diferencia con el planteamiento de este autor son dos: (a) él se refiere a la consideración de las circunstancias individuales del autor ya en el momento de configurar el juicio de peligro de la norma de conducta, lo que en mi propuesta se valora recién en la imputación subjetiva propiamente dicha (en relación con el deber), (b) por eso, el principio de igualdad real lo contempla desde la óptica del autor concreto al sostener, que “exigir a alguien por lo que puedan hacer los demás contradice principios éticos elementales”, a diferencia del planteamiento que aquí sostengo, que contempla el principio de igualdad desde la óptica social, que somete sólo preliminarmente a todos los sujetos a las mismas normas, e individualiza a partir de la imputación subjetiva.

¹⁹³⁹ Pero como *todos* no es el autor concreto, esta fórmula ha de entenderse sólo vigente en el estadio objetivo [como lo hace, JAKOBS, *Dp, Pg*, 1997 (2ª ed.), p. 250: “(...) debe surgir una forma de la acción aceptable en general, es decir, la determinación ha de ser *objetiva*. Las capacidades que se asignan al observador objetivo imaginario dependen de la situación y de los bienes expuestos al riesgo”], y ha de precisarse según los conocimientos del autor en la imputación subjetiva. De modo similar ROXIN, *StrafR, AT*, 2006 (4ª ed.), § 24, nm. 60, pp. 1084-1085 [1997, p. 1016], advierte que “la norma se dirige a todos; y debe hacerlo por la simple razón de dejar claro a aquel cuya capacidad de rendimiento es dudosa lo que como mínimo se espera de él, y para hacerle abstenerse en su caso de una imprudencia por emprendimiento o asunción”. La diferencia con el planteamiento aquí defendido y el de ROXIN es que, para este autor, “el que el sujeto pudiera evitar su infracción de la norma es una cuestión de culpabilidad por regla general sólo constatable *a posteriori*; la infracción de la norma como tal no se elimina por la deficiencia de rendimiento”, mientras que, a mi criterio, parte de la capacidad de evitar la infracción a la norma se valora ya en el injusto subjetivo, en concreto, en relación con los conocimientos sobre la nocividad social de la conducta.

¹⁹⁴⁰ Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, 2001, pp. 694, 702. Esta idea quiere indicar que el hecho prohibido lo es para todos, con independencia de los conocimientos que se tengan; “(...) un concepto de norma objetiva (...) sería el que la norma promulgada sirviera como modelo valorativo que fijara el valor o desvalor de un acto desde la perspectiva de su lesividad para bienes jurídicos, y que a la vez tuviera efectos de cara a la aplicación de normas de terceros (defensivas, de participación...)”. Similar apreciación en BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1994, p. 116.

4. Como ha podido apreciarse el método diferenciador intersubjetivista-subjetivista emplea el criterio del hombre medio simplemente como límite inferior de la imputación subjetiva. Por eso, no siempre el sujeto que realiza un comportamiento objetivamente típico sin representarse la concreta capacidad lesiva del mismo, en una situación en la que el hombre medio sí se habría representado, habría obrado con dolo¹⁹⁴¹: se podrá decir que obró con dolo sólo en la medida en que se compruebe que el riesgo que asumió se trató de un riesgo de lesión autoevidente y de un sujeto normal que no obraba en estado de error vencible o invencible, sino desde un error burdo. Sólo interesará la perspectiva del autor individual, a la luz de estos conocimientos ineludibles, como el disparo a la cara de la víctima con un arma de fuego en perfectas condiciones y a una distancia de centímetros¹⁹⁴². El fundamento de la imputación dolosa en supuestos de conocimientos mínimos se apoya en un criterio político-criminal de estandarización de un mínima racionalidad en el modo de ejercer la libertad, de forma que, en principio, las denominadas “ausencias irracionales de representación del riesgo” no beneficiarán al autor, no se privilegiará ni se excusará la irracionalidad¹⁹⁴³. No obstante esta regla general, todavía hay que distinguir entre la irracionalidad *subjetiva* del autor que fundamenta el dolo y la que lo podría desplazar. Una cosa es que el autor deje de representarse el riesgo objetivamente típico debido a una irracionalidad de su parte, como por ejemplo, por una burda o mística confianza en la no concurrencia de un riesgo de lesión de público conocimiento¹⁹⁴⁴, evidentemente desvalorado y, otra cosa es que, el autor se represente la concurrencia de un riesgo de lesión socialmente inexistente como tal. Mientras que en el primer caso la irracionalidad del autor fundamenta el dolo, en el segundo lo desplaza (tentativa irreal). Por ejemplo, en principio, socialmente no estaríamos dispuestos a aceptar que un sujeto negara haberse representado, que la colocación de una bomba en un lugar concurrido pudiera ocasionar la muerte de

¹⁹⁴¹ De esta idea RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, 1999, pp. 168-169.

¹⁹⁴² Así, también quien atraviesa con una espada a otro en el pecho no podrá alegar que no quería causarle la muerte. Ésta le será imputada subjetivamente como dolo teniendo en cuenta el conocimiento general de la magnitud del riesgo que se genera. Sobre este ejemplo CARPZOV, citado en PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, 2011, p. 165.

¹⁹⁴³ De esta idea RAGUÉS I VALLÈS, *ibidem*, pp. 168-169, quien emplea los “conocimientos mínimos” como criterio para la determinación del dolo (pp. 390 y ss.).

¹⁹⁴⁴ Así parece entenderlo también JAKOBS, *Dp, Pg*, 1997 (2ª ed.), p. 315: “Quien cree que un curso causal dañoso (...) va a ser detenido por fuerzas sobrenaturales tiene no obstante dolo, en la medida en que a la vez sabe que el obstáculo no se puede entender en general como tal; (...). A la inversa, el dolo faltará cuando el autor se basa en que el suceso está condicionado sobrenaturalmente”.

alguien, apoyándose en lo que le habría comunicado una hechicera ese mismo día¹⁹⁴⁵. Pero, como se ha dicho ya, este baremo del hombre medio simplemente nos sirve para la atribución objetiva del comportamiento o resultado y para comenzar la imputación subjetiva, pero no para cerrarla¹⁹⁴⁶, porque, puede suceder que el sujeto cuente con un conocimiento irracional fuertemente enraizado en su personalidad. Volviendo al caso de la bomba, aunque al sujeto se le atribuyera objetivamente la muerte de las personas del lugar, en virtud del conocimiento general de este tipo de hechos (baremo del hombre medio), a nivel de la imputación subjetiva, podría pasar que en el momento de contrastar entre el conocimiento general y el conocimiento individual, se detecte que el autor posee conocimientos diferenciales y que da crédito a lo que le ha comunicado la hechicera. Evidentemente, esto último nos revelaría, o bien un sujeto en condiciones anormales de imputabilidad¹⁹⁴⁷, o bien un sujeto sometido a un error de tipo invencible a raíz de sus conocimientos místicos provenientes de una cultura fuertemente condicionante¹⁹⁴⁸. En cualquier caso, si se llegara a proponer la solución de la imputación dolosa, todavía cabe la posibilidad de realizar un reajuste subjetivo en el ámbito de la culpabilidad y, con ello, un

¹⁹⁴⁵ Tomo el ejemplo de RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, 1999, pp. 169, 390. No obstante, hay que tener cuidado con la expresión “conocimientos mínimos” porque es indudable que la misma plantea problemas de delimitación. Igual advertencia en MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, 2001, p. 694, para quien plantea inconvenientes el saber “qué se entiende por saber público”.

¹⁹⁴⁶ Véase ELLUL, “¿Existe el ‘hombre medio’ desde el punto de vista sociológico?”, *REP*, 1965, p. 32, cuando señala que el carácter de hombre medio que podemos discernir en alguien, está de hecho refractado por la especificación individual y puesto en combinación con tal cantidad de caracteres epicéntricos que ya casi no se le puede dar un lugar central y retenerlo como significativo.

¹⁹⁴⁷ Niega los conocimientos mínimos en casos de inimputabilidad por atipicidad de la conducta, RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, 1999, p. 169, con nota al pie 448. Para este autor, para poder imputar dolo, estas irracionalidades (en donde lo sobrenatural puede influir en lo terrenal) se corrigen normativamente desde el baremo del hombre medio en el lugar del sujeto. En todo caso, de aceptar la versión del sujeto que hace caso a la hechicera, habrá que declarar su inimputabilidad (p. 390).

¹⁹⁴⁸ Serían casos especiales de error de tipo invencible basados en una configuración exótica de la personalidad. También podría darse esta clase de error en lo que RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, 1999, p. 390, denomina socialización en un entorno cultural en donde se cree a ciegas en las palabras de los hechiceros, sin haber tenido contacto con ninguna sociedad de base racional. Permítaseme una observación: aun cuando el autor del delito haya sido inicialmente socializado en una cultura de base racional y apartando los casos de evidente inimputabilidad, pueden darse casos excepcionales en los que el sujeto, ya en edad de adulto-joven, 20 años por ejemplo, tome contacto con determinados grupos de creencias esotéricas y fruto del contacto rutinario con éstos (por una necesidad de reafirmación social), cerca ya de los 30 años, comparta convincentemente creencias no-racionales o místicas, distintas del resto de la sociedad. Por ilustrar con un caso reciente publicado en la prensa: un fanático de una serie de televisión alusiva a los zombis terminó dando muerte a su amigo creyendo que éste se estaba convirtiendo en un zombi mientras miraban uno de sus capítulos (*El Periódico online*, lunes 26/10/2015). Los detalles del caso refieren a que los dos jóvenes se encontraban alcoholizados, pero dejando de lado esta circunstancia, no es desconocido que existen “tribus urbanas” que comparten creencias acerca de la existencia de zombis, vampiros y espíritus malignos. De hecho, los *skinheads* comparten convicciones ideológicas, si bien no esotéricas, sí “potencialmente destructivas” a nivel social.

reajuste de la pena¹⁹⁴⁹. Por otro lado, también hay que advertir que existen casos en que el conocimiento social imperante es desconocido por el autor, pero no debido a su irracionalidad, sino a la falta de oportunidades para acceder al nuevo conocimiento. Pongamos por caso los conocimientos nuevos que socialmente van canalizándose, pero no en todos los sectores de la población, como los conocimientos en materia de uso de nuevas tecnologías, que un gran sector de la población aún desconoce (gente mayor, gente desactualizada o gente de escasos recursos económicos que no tiene acceso a la información). También eso es posible en relación con determinados conocimientos específicos o técnicos con los que no pueda contar el autor novel o novato, pero sí un hombre medio o usuario del sector experimentado¹⁹⁵⁰.

5. Todo esto nos revela que no podemos aplicar a rajatablas el baremo del hombre medio en sede de la imputación subjetiva, dejando de lado la apreciación de excepcionales errores en el sujeto concreto, sobre todo porque muchos supuestos de ignorancia no son necesariamente debido a la irracionalidad del autor. Por ello, sostener que el comportamiento objetivamente típico no representado por el autor, pero sí por el hombre medio, se caratula como una ausencia irracional de la representación del riesgo, es como mínimo realizar una generalización sin fundamento. Evidentemente, el criterio del hombre medio nos ayuda a determinar el conocimiento general sobre los hechos básicos de la vida

¹⁹⁴⁹ El reajuste en sede de la pena todavía merece algunas distinciones en relación con los efectos de prevención general y especial. Por un lado, en cuanto al efecto preventivo-general del hecho se podrían ofrecer dos alternativas bien opuestas: (a) o se impone una pena rigurosa porque este tipo de hechos revela que hay sujetos capaces de creer en lo que dice una hechicera y si estas conductas potencialmente peligrosas se tornan ubicuas, es decir, si todos los que tienen propensión a creer en hechos sobrenaturales, empiezan a vivir de forma mística, entonces, se podría disparar la comisión de determinados delitos. A través de un castigo severo se le recordaría a la sociedad que hay que vivir de modo racional, o, al menos, desde la racionalidad mayoritaria; (b) o, por el contrario, se impone una pena atenuada porque la sociedad consideraría que no hay que aprender de hechos realizados por personas no muy lúcidas o excesivamente crédulas en fenómenos fantásticos. Por otro lado, en cuanto al efecto preventivo-especial del autor también se podrían ofrecer dos alternativas bien opuestas: (a) o se impone una pena rigurosa porque este tipo de persona, sin ser inimputable, puede llegar a ser más peligrosa que el resto de personas, ya que no sólo podría cometer un delito desde lo "racional", sino también desde lo irracional y, de este modo, amplían el campo de hipotéticas conductas peligrosas; (b) o, por el contrario, se impone una pena atenuada porque se trataría de personas que no causan mayor alarma social con sus planes delictivos ingenuos, al no llegar a colocar a los bienes jurídicos en peligro real.

¹⁹⁵⁰ La doctrina examina en el juicio de atribución objetiva la posibilidad de que el autor concreto se encuentre por debajo de los conocimientos y capacidades del hombre medio. Así, puede pasar que el autor sepa menos que el hombre medio, como cuando el conductor inexperto (por ejemplo, un extranjero de un país cálido) desconoce cómo ha de comportarse en caso de hielo en la carretera. Sobre esta observación, véase CANCIO MELIÁ, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, 2001, pp. 60-61.

social que ninguna persona en condiciones normales de imputabilidad puede desconocer, así como qué representaciones carecen de racionalidad suficiente para invalidar el conocimiento del riesgo, pero ello surte efectos sólo en la atribución objetiva¹⁹⁵¹. Dicho de otro modo, la base de la imputación subjetiva vendría dada por los conocimientos mínimos o generales de la sociedad (hombre medio) y el tope máximo por la “mejor versión del autor”, en la cual habría que integrar los conocimientos irracionales no del todo autorresponsablemente adquiridos. Esto último significa el contraste entre la versión empleada por el autor en el momento del hecho y la mejor versión del autor dentro de una hipótesis de una conducta de él, y sólo de él, esperable¹⁹⁵².

6. Otra consecuencia del baremo individual en la imputación subjetiva y teniendo en cuenta lo que se ha manifestado en otro capítulo acerca de los juicios de probabilidad que gobiernan la dimensión objetiva de los hechos y los juicios de certeza que lo hacen en relación con la dimensión del sujeto particular, es que lo que el hombre medio no supo pero pudo hacer no desplaza el dolo del autor concreto, si éste contaba con un conocimiento especial del riesgo. Al no existir un hombre medio a quien adscribir objetivamente el riesgo se presumirá *iuris tantum*, que sólo cabe imputárselo subjetivamente a alguien con conocimientos y capacidades especiales. Y fruto de esta presunción se deriva lógicamente la siguiente abstracción: al hombre medio se le atribuirá objetivamente el riesgo también cuando se encuentre por debajo de los conocimientos y habilidades del autor, porque se presupone que de haberse contado con ellos habría actuado conforme a los mismos¹⁹⁵³. Toda la imputación subjetiva está orientada por el deber de evitar lesiones evitables de los bienes jurídicos¹⁹⁵⁴. Esta autonomía categorial entre el nivel objetivo y el nivel subjetivo, que permite la interrelación entre lo objetivo y lo subjetivo, es algo más que una

¹⁹⁵¹ Por lo demás, no está del todo comprobado que el hombre medio de determinado sector de la población no se comporte con algún grado de irracionalidad según el hombre medio de otro sector de la población. Experimentos en psicología social han revelado que existen creencias de personas perfectamente racionales, que en determinados contextos de grupo operan de modo irracional. Es decir, la irracionalidad no es algo sólo proveniente de algún sujeto individual, sino, la mayor parte de veces, de un grupo o sector de la sociedad.

¹⁹⁵² PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido*, 1995, pp. 110, nota al pie 66, y 273, con nota al pie 60, advierte que este tipo de razonamiento individualizado de la pauta de conducta, deduce el límite del deber de conducta del sujeto, no desde lo que el sujeto efectivamente hizo, sino desde lo que podía hacer. Por ello, la pauta de valoración se trata siempre de una conducta ideal distinta de la efectivamente realizada.

¹⁹⁵³ Así, en el caso concreto, el conocimiento especial será el que el hombre medio no llegó a poseer, pero que de estar en la situación real del autor hubiese poseído porque se trata de un conocimiento potencial de un riesgo socialmente lesivo. Sobre los conocimientos especiales véase mi toma de posicionamiento más adelante, en este mismo capítulo.

¹⁹⁵⁴ Cfr. ROXIN, *StrafR, AT*, 2006 (4ª ed.), § 24, nm. 62, p. 1085 [1997, p. 1017].

consecuencia de la secuencia ordinal entre la tipicidad objetiva y la tipicidad subjetiva. Se trata más bien, de una consecuencia de la razón final (teleológica) de la tipicidad penal. Si sólo entendiéramos la tipicidad subjetiva como algo que se da luego de haber constatado con creces la tipicidad objetiva, entonces, esta última sería más necesaria y aquélla más contingente, revelando una dependencia de lo subjetivo de lo objetivo. Por ello, el no completar con certeza la imputación objetiva no es óbice para no analizar la imputación subjetiva, en donde se podrá constatar, en el caso de los conocimientos especiales, que el déficit de la imputación objetiva no se debe a la ausencia de objetividad ontológica desvalorada socialmente (inexistencia real del riesgo o inexistencia del consenso social sobre el mismo), sino a la ausencia de objetividad epistémica (inexistencia del conocimiento general sobre el riesgo)¹⁹⁵⁵. En suma: la dificultad en completar la atribución objetiva o el completarla sólo de modo aparente, no es impedimento para preguntarnos por la imputación subjetiva. El método teleológico no nos coloca ningún obstáculo en nuestro análisis del “*hin- und herwandern des Blickes*”, somos nosotros lo que lo colocamos¹⁹⁵⁶.

7. Así como se aplica un baremo normativo-individual en la modalidad dolosa, así también ha de procederse respecto de la modalidad imprudente. En los supuestos de dolo directo colocar al hombre medio en el lugar del autor sólo serviría para identificar el riesgo, pero no la conducta debida, porque ésta sería simplemente la de abstenerse de realizar el tipo penal¹⁹⁵⁷. En cambio, para el dolo eventual y la imprudencia consciente, el hombre medio serviría además para identificar la conducta adecuada al deber de conocer. En el dolo eventual sobre el sujeto pecha una incumbencia de cercioramiento acerca del extremo típico que él se representa en grado de incerteza. Por su parte, en la imprudencia, primeramente se

¹⁹⁵⁵ Acertadamente, a mi entender, SERRANO-GONZÁLEZ DE MURILLO, “Sobre la consideración de los ‘conocimientos especiales’ del sujeto”, en *LH a Eberhard Struensee*, 2011, p. 638, señala que “el criterio de la escasa peligrosidad objetiva, a juicio del observador sensato, no permite, por definición, decidir con total seguridad la ausencia del tipo objetivo”.

¹⁹⁵⁶ Rescata con justicia la diferencia entre los sistemas clasificatorios (objeto de la ordenación) y los sistemas funcionales (finalidad de la ordenación), GRECO, “Das subjektive an der objektiven Zurechnung”, *ZStW*, 2005, pp. 534 y ss. Sólo desde un sistema funcional puede establecerse un enlace entre lo objetivo y lo subjetivo de cara a la finalidad de las categorías, porque, además, sólo desde este sistema se puede determinar normativamente la relevancia penal de los datos, no así desde un sistema clasificatorio de función estrictamente didáctica. Por eso, primeramente se procederá a valorar el hecho y luego a ordenar las categorías, permitiendo la incorporación de datos subjetivos en el tipo objetivo sólo en la medida en que tales datos se revelen como significantes para la función político-criminal de la tipicidad penal (ponderar entre intereses contrapuestos: la protección de bienes jurídicos y la libertad de acción).

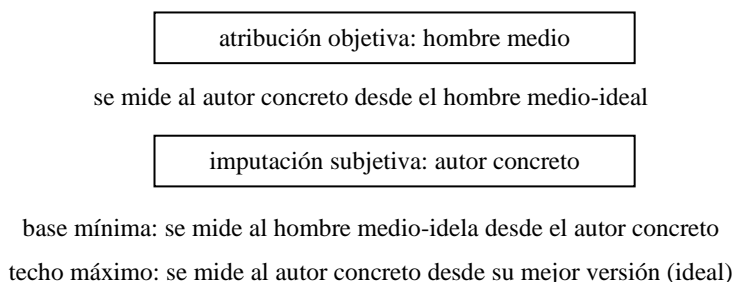
¹⁹⁵⁷ Sobre la persona razonable en los delitos dolosos, véase HÖRNLE, “Social expectations in the criminal law”, *NCLR*, 2008, pp. 9 y ss.

ha de respetar el límite de los conocimientos mínimos y, de seguido, se ha de valorar la capacidad individual en relación con el deber de advertencia, previsión y esfuerzo mental por conocer¹⁹⁵⁸. En sede de la imprudencia, los conocimientos mínimos sirven para determinar la evitabilidad individual del error. Así, establecer el nivel de prudencia o cuidado en los delitos imprudentes tomando como punto de comparación la figura de la persona promedio resulta insatisfactorio en dos sentidos: uno por defecto, en aquellos supuestos en que el autor cuenta con una capacidad superior a la media, resultando la impunidad de su conducta y otro por exceso, en aquellos supuestos en que el autor carece de la capacidad estándar, esto es, posee una capacidad inferior a la media, resultando un castigo desproporcionado de su conducta (en estos casos la norma de conducta no se infringe por infracción a un deber de cuidado, sino porque el sujeto posee una capacidad deficitaria que le imposibilita orientarse según la directiva subjetiva)¹⁹⁵⁹.

¹⁹⁵⁸ Para KINDHÄUSER, “El tipo subjetivo en la construcción del delito”, *InDret Penal*, 2008, p. 20, que se conduce subjetivizando toda la tipicidad, el baremo que se emplea en el delito imprudente para medir lo que se espera del autor, es un baremo objetivo. En consecuencia, señala que “lo que ha de probarse es cómo habría podido y tenido que comportarse alguien, provisto de los conocimientos del autor, de haberse atendido, con eficacia para la acción, a los estándares de un participante cuidadoso en el tráfico. La imprudencia siempre presupone, ciertamente, una figura estándar, pero sólo en cuanto a las exigencias normativas dirigidas al comportamiento del autor. En cambio, el conocimiento al cual se encuentran referidas estas exigencias sólo puede ser el conocimiento del cual efectivamente dispone el agente individual”. Para ROXIN, *StrafR, AT*, 2006 (4ª ed.), § 24, nm. 53, p. 1081 [1997, p. 1013], el caso estándar (en los tipos imprudentes) se da cuando el baremo objetivo coincide con las capacidades individuales del autor concreto. Respecto de las situaciones cotidianas en el delito imprudente, la STS 11/02/2015 (Berdugo Gómez de la Torre) en un delito de lesiones por imprudencia (grave), ha resuelto que el acusado no observó el deber exigible a un conductor prudente, y diligente, al arrancar el motor de su vehículo viendo a la víctima subida al capó del coche, e iniciando lo marcha, produciéndole lesiones. Por su parte, la STS 08/02/1988 (Ruiz Vadillo), resolvió que ante la manipulación de una bombona de gas butano, obviando encajarla debidamente en el generador, el pretender encenderla constituye, “sin duda, un actuar con olvido de la más elemental y primaria obligación de atención” en el que no hubiera incurrido el hombre medio escrupuloso y prudente. El escape de gas produjo el incendio en el momento en que el autor encendió la bombona, propagándose las llamas a la vivienda contigua, y falleciendo una persona por intoxicación. Se condenó al autor por un delito de imprudencia temeraria con resultado de muerte y daño. Respecto de capacidades especiales en el delito imprudente, la STS 27/10/1987 (Ruiz Vadillo) sostiene, que frente a la referencia genérica del hombre medio concurre un complemento de cognoscibilidad en los sujetos “que por su técnica, por su integración en determinadas instituciones o por los especiales deberes de cuidado que sobre ellos pesan, han de exigírseles un acentuamiento de este deber de atención y vigilancia” (falta de simple imprudencia por disparo de arma de fuego realizada por un Cabo Primero de la Guardia Civil).

¹⁹⁵⁹ Sobre estas consideraciones, véase MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, 2001, pp. 472, 699 (para este autor, ya el deber de cuidado ha de quedar configurado desde las capacidades y conocimientos del autor. De allí que la las carencias del sujeto menos capaz deba excluir la posibilidad de que nazca un deber jurídico para él, y no que se excluya su responsabilidad más adelante en la culpabilidad). Desde una perspectiva también individual, KINDHÄUSER, “El tipo subjetivo en la construcción del delito”, *InDret Penal*, 2008, pp. 14, *passim*.

8. Gráficamente, la atribución objetiva y subjetiva quedan conformadas del siguiente modo:



9. Para cerrar, evidentemente, sólo desde una premisa normativo-individual se evita la incongruencia de imputar subjetivamente algo no procedente del sujeto¹⁹⁶⁰. Sólo desde un criterio individualizador de la responsabilidad penal puede reprochársele al autor la defraudación de expectativas de comportamiento¹⁹⁶¹. En un modelo impersonal de imputación, es decir, basado en un hombre medio hipotético, no veo cómo se podría llegar a sostener la defraudación de tales expectativas, excepto que se dé por sentado que todas las personas conocemos lo mismo y que obramos racionalmente en todo momento¹⁹⁶². Al sujeto doloso se le podrá decir: de ti esperábamos otra conducta, según tus capacidades y tus conocimientos, pero no podríamos dirigir un mensaje de esa naturaleza a una persona promedio. ¿Qué puede esperarse de una figura hipotética?¹⁹⁶³.

¹⁹⁶⁰ Lo normativo surgió como contrapunto de lo individual. Desde este punto de vista, normativo equivale a lo social. Pero, aquí entiendo que también lo individual puede normativizarse, si con esto último se hace referencia a los criterios valorativos sociales incorporados en el sujeto.

¹⁹⁶¹ En otro sentido, JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, 1996, pp. 54-55, para quien “habría que decir que las expectativas garantizadas jurídicamente sólo se ven defraudadas por una conducta objetivamente defectuosa sin tener en cuenta aspectos individuales. Pues como estas expectativas (como todas) se dirigen a personas, es decir, a portadores de un rol, el requisito mínimo de una defraudación es el quebrantamiento de un rol”.

¹⁹⁶² Véase la apreciación de FEIJOO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, 2002, p. 23. Para este autor “si alguien sabe que va a hacer algo lesivo para los intereses ajenos, lo que se espera de un ciudadano que tiene en cuenta las normas como máxima de conducta es decidir no llevar a cabo ese comportamiento”. A mi entender este argumento tiene plena validez sólo en la medida en que sea posible determinar individualmente lo que cada uno supo en el caso concreto (respetando el límite de los conocimientos mínimos) y no, en cambio, cuando se quiera estandarizar todo tipo de conocimiento. De hecho, este mismo autor se manifiesta bastante crítico con la tendencia en la jurisprudencia española a aplicar la teoría de la ignorancia deliberada como sinónimo de dolo. Cfr. su artículo más reciente sobre el tema, FEIJOO SÁNCHEZ, “La teoría de la ignorancia deliberada”, *InDret Penal*, 2015, pp. 1 y ss.

¹⁹⁶³ Similarmente KINDHÄUSER, “El tipo subjetivo en la construcción del delito”, *InDret Penal*, 2008, pp. 14 y ss. De otra idea, ya KRÜMPELMANN, “Die Neugestaltung der Vorschriften über die Schuldfähigkeit”, *ZStW*, 1976, p. 32, para quien el reproche que se dirige al autor significa que éste no ha correspondido a las expectativas sociales de conducta –según la norma- que se dirigen al hombre medio.

II.IV.2.c. Dimensión valorativa del juicio de imputación

1. La imputación subjetiva en muchas doctrinas está repleta de generalidades, que aquí intentaré contrarrestar desde el valor que ésta comporta. Como hemos visto, el conocimiento general no basta para el dolo, sino el error también tendría que ser un error general y, como sabemos, el error es una cuestión básicamente individual. El conocimiento general, suficiente para la atribución objetiva, tiene que pasar el filtro del conocimiento individual. En un modelo de imputación respetuoso de la persona se ha de atribuir el sentido social negativo de un hecho a un sujeto, constatando que el hecho realizado a sabiendas tenía ese mismo sentido social para el sujeto individual. Con ello, el juicio de imputación del conocimiento típico abarca tanto la imputación en sí, como la atribución de valor que ésta comporta. Esta atribución de valor no se refiere ni al sentido intersubjetivo absoluto, ni a un reproche personal, sino, simplemente, a una atribución de sentido subjetivo sobre el significado social del hecho¹⁹⁶⁴. En la atribución objetiva reposan los indicios de una *libertad en potencia*, cuando es factible constatar que ha existido dominabilidad o posibilidad de control del suceso desde el baremo del hombre medio. Por el contrario, en el juicio de imputación subjetiva se refleja ya una *libertad manifestada* o *actuada*. Por ello, mientras que en la atribución objetiva se realiza una atribución intersubjetiva de un valor intersubjetivo, en la imputación subjetiva se realiza una atribución subjetiva de un valor intersubjetivo¹⁹⁶⁵. Fue el sujeto quien ha negado lo que socialmente tiene validez para todos. Es su subjetividad manifestada la que revela su negación de los intereses por todos compartidos¹⁹⁶⁶.

¹⁹⁶⁴ Entiende el dolo como un reproche objetivo, PÉREZ BARBERÁ, “Dolo como reproche”, *RPD*, 2012, pp. 197, *passim*; también CÓRDOBA, “Dolo y evitabilidad individual”, *RDP*, 2012, pp. 214 y ss., *passim*.

¹⁹⁶⁵ Acertada la apreciación de MIRÓ LLINARES, *Conocimiento e imputación*, 2009, p. 254, para quien “la teoría de la imputación objetiva mezcla imputación y valoración cuando sostiene la posibilidad de comprobar la infracción del deber de cuidado sin tener en cuenta al sujeto, acudiendo a un espectador imparcial, pues si bien es cierto que la valoración del injusto imprudente no podrá depender únicamente de la representación que el sujeto tuviera respecto al significado de su comportamiento, también lo es que sin atender al hecho del sujeto y a su comportamiento o representación no es posible imputación (ni ordinaria ni extraordinaria) de aquello que, después, será valorado o no como imprudente”. Desde otro modelo, JAKOBS, *Dp, Pg*, 1997 (2ª ed.), p. 203, que en este punto es muy claro: “no importa la significación individual de las conductas, sino su significación social y la significación social no se deduce de la mente del autor, sino que ha de deducirse, a partir del hecho, en la mente del autor: sólo para el autor comienza el hecho con el dolo; para los demás, comienza al objetivarse”.

¹⁹⁶⁶ Es bastante compartida en la doctrina la idea de que el injusto doloso refleja una consciente oposición a los intereses ajenos o que niega el reconocimiento recíproco entre personas, o, como sostiene MIR PUIG, *Dp, Pg*, 2011 (9ª ed.), pp. 167-168, “(...), la lesión dolosa manifiesta una *actuación intrínsecamente opuesta al bien jurídico*, que posee un significado social objetivo de negación de dicho bien, distinto al del hecho imprudente”.

2. De modo similar al juicio de atribución objetiva¹⁹⁶⁷, en el juicio de imputación subjetiva hay que distinguir dos procesos de enjuiciamiento normativos: el juicio de carácter estrictamente imputativo y el juicio de carácter valorativo. Mientras que el juicio de imputación “supone un acto de otorgamiento de sentido a fenómenos (descritos, precisamente, mediante juicios descriptivos)”¹⁹⁶⁸, el juicio de valoración encierra un enunciado axiológico, de consideración valorativa del hecho, que, en sede del tipo, de modo necesario será de desvalor. Ambos niveles de enjuiciamiento se encuentran estrechamente vinculados¹⁹⁶⁹. La atribución de sentido que encierra el juicio de imputación presupone un modelo explicativo desde el cual se enlaza la descripción del hecho con el significado del mismo, esto es, la dimensión de significado del aspecto fenoménico¹⁹⁷⁰. Este modelo explicativo puede definirse, según la concepción que se comparta, como “un sistema de categorías que son instrumentales en el lenguaje de la adscripción”¹⁹⁷¹, porque sirven para explicar el modo en que se realiza el juicio de imputación¹⁹⁷².

3. Para imputar una conducta como dolosa hay que tener en cuenta el objeto de valoración, que es el conocimiento típico del sujeto. En consonancia a lo manifestado por algún sector de la doctrina, actúa dolosamente quien parte de la base de que el resultado se producirá con una cierta probabilidad y como consecuencia de la acción emprendida¹⁹⁷³. El peligro

¹⁹⁶⁷ Distingue dos procesos claros de enjuiciamiento en el “juicio de tipicidad”, PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido*, 1995, p. 50. En primer lugar, las operaciones de juicios descriptivos (como el juicio de causalidad o de peligrosidad). En segundo lugar, las operaciones de juicios normativos, que a su vez contemplan dos clases de juicios: el juicio de atribución y el juicio de valoración. Por juicios descriptivos este autor entiende “aquellos cuyo contenido consiste en la atribución al objeto del juicio de una cualidad que es empíricamente (...) observable” (nota al pie 32), y por juicios normativos los que son inverificables empíricamente en sus conclusiones, de modo que precisan de leyes de inferencia distintas de las que gobiernan el conocimiento de base empírica.

¹⁹⁶⁸ Cfr. PAREDES CASTAÑÓN, *ibidem*.

¹⁹⁶⁹ De hecho, el acto de atribución en sí “no es nunca un acto de valoración” para PAREDES CASTAÑÓN, *ibidem*, p. 51.

¹⁹⁷⁰ Cfr. HRUSCHKA, *Strukturen der Zurechnung*, 1976, pp. 13-14.

¹⁹⁷¹ Cfr. HRUSCHKA, “Imputation”, *BYULR*, 1986, p. 671.

¹⁹⁷² Por ejemplo, como se ha visto en el *Capítulo Introductorio*, el modelo explicativo de imputación hruschkiano se compone de dos niveles (*imputatio facti* e *imputatio iuris*) y de dos clases de imputación (ordinaria y extraordinaria).

¹⁹⁷³ Cfr. KINDHÄUSER, “El tipo subjetivo en la construcción del delito”, *InDret Penal*, 2008, p. 26. Para este autor es posible estrechar la responsabilidad por dolo exigiendo una probabilidad relativamente alta, así como es posible ampliarla, teniendo por suficiente un grado de probabilidad relativamente bajo. En todo caso, actuar dolosamente quien parte de la base de que a través del actuar por él pretendido se ha de crear un riesgo relevante para el dolo (pp. 26-27). También PUPPE considera que actúa dolosamente el sujeto que genera un peligro relevante para el dolo, siendo un peligro relevante el que el autor cree que ha de conducir con una cierta probabilidad mínima a la producción del resultado. Cfr. PUPPE, *Vorsatz und Zurechnung*, 1992, pp. 35 y ss.

relevante para el conocimiento típico termina siendo el que se manifiesta desde el “síndrome de riesgo” a partir de las circunstancias fácticas dadas para el sujeto, de forma tal que, la circunstancia de que ellas concurren realmente puede ser objetivamente correcto, pero, como lo demuestra la tentativa idónea aparente, no necesita serlo¹⁹⁷⁴. El grado de probabilidad que ha de ser considerado como parte del tipo objetivo ha de pasar luego el filtro del tipo subjetivo, del conocimiento del autor concreto¹⁹⁷⁵. Sólo considerando dicha probabilidad a la luz de la representación del autor se podrá fundamentar una imputación a título de dolo¹⁹⁷⁶. Si el sujeto parte de la base, sea acertada o errónea, de que determinadas circunstancias fácticas y regularidades causales (de acuerdo a un juicio objetivo) hacen esperable, con un cierto grado de probabilidad, una realización típica a consecuencia de la ejecución de un determinado comportamiento de por sí intersubjetivamente peligroso, entonces, actúa dolosamente. Pero, si el sujeto parte de la base de que determinadas circunstancias de hecho y regularidades causales no hacen esperable –en términos de previsible–, por insuficiente probabilidad, una realización típica, entonces, actúa imprudentemente; siempre, claro está, que su juicio descansa en una apreciación errada de la situación que él mismo habría debido evitar de acuerdo a su propio saber y poder¹⁹⁷⁷. Tanto del conocimiento como del error lo que se tiene en cuenta es la dimensión proposicional. Al tratarse de un conocimiento proposicional, el dolo no tendría por objeto, ni la creencia subjetiva de estar realizando un riesgo probable (en el dolo eventual), ni “la sensación de seguridad [o] consciencia segura”¹⁹⁷⁸ (en el dolo de consecuencias necesarias), sino la relación de correspondencia entre la representación del sujeto y la realidad objetiva¹⁹⁷⁹. Evidentemente, la base empírica de la proposición será el estado mental del sujeto. Por eso, el juicio de imputación a título de dolo viene a afirmar que el

¹⁹⁷⁴ Cfr. KINDHÄUSER, “El tipo subjetivo en la construcción del delito”, *InDret Penal*, 2008, p. 27.

¹⁹⁷⁵ Más restringidamente KINDHÄUSER, *ibidem*, p. 27, considera que “sería una confusión ver en el peligro relevante para el dolo un elemento del tipo objetivo”.

¹⁹⁷⁶ En este sentido KINDHÄUSER, *ibidem*, p. 18, sostiene que las correcciones objetivas de las representaciones del autor, sobre las cuales descansa el pronóstico del resultado, carecen de relevancia para la imputación a título de dolo.

¹⁹⁷⁷ Cfr. KINDHÄUSER, *ibidem*, pp. 29-30.

¹⁹⁷⁸ Para SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, 2005, p. 148, esta sensación de seguridad es “subjetivamente factible, aun cuando también esta relación subjetiva entre autor y hecho puede fallar en la ejecución efectiva, y, finalmente, quedar frustrado el plan, desde el punto de vista objetivo, por la concurrencia sobreviniente de una serie de factores casuales que eviten la consumación”.

¹⁹⁷⁹ Así como en la atribución objetiva para atribuir un resultado se exige la “realización del riesgo en el resultado”, así también en la imputación subjetiva (dolosa) se ha de exigir la “realización del contenido proposicional del conocimiento en el resultado”.

comportamiento del sujeto se realizó con conocimiento típico, esto es, por un estado mental cuya proposición contiene el desvalor social del hecho¹⁹⁸⁰.

4. Desde un punto de vista comunicativo (lingüístico) calificar a una acción como dolosa o como imprudente tiene el sentido ilocucionario de una desvaloración social¹⁹⁸¹. El juicio de valor que subyace a tales comportamientos es intersubjetivo. Pero, a diferencia de algunos planteamientos, el dolo no es un juicio de valor sobre la conducta del sujeto, sino, antes bien, sobre el estado mental que acompañó a la conducta en el momento de los hechos¹⁹⁸². La conducta simplemente nos sirve como indicio revelador del estado mental y, aun cuando la conducta manifiesta la infracción al deber contenido en la norma, no es menos cierto que es el estado mental el que se configura como el motor de dicha conducta. Es el estado mental la auténtica fuente de la libertad manifestada en un determinado comportamiento contrario a deber. Por eso, cuando se imputa conocimiento típico al sujeto se le devuelve su contenido proposicional de desvalor social, desvalor que él ha manifestado ensalzar como un valor rector. En la relación de correspondencia entre la representación del hecho y el hecho objetivo reside el *quid* de la imputación, porque en dicha relación se encuentra la *respuesta teórica* del sujeto ante los valores socialmente compartidos¹⁹⁸³. Su toma de postura cognitiva delata su decisión infractora de la norma de conducta y es esta la que se desvalora desde el juicio de imputación.

5. En resumidas palabras, el proceso comunicacional del juicio de imputación presupone, además y en los mismos términos que el proceso comunicacional que se deriva de la norma jurídica¹⁹⁸⁴ y del hecho antijurídico¹⁹⁸⁵, la manifestación de un juicio de desvalor sobre un

¹⁹⁸⁰ Para PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido*, 1995, pp. 51-52, a través del dolo se afirma que la acción del sujeto “se realizó por causa –interna- de una decisión contraria al bien jurídico y a favor de su lesión” (p. 51), o mejor dicho, que el autor obró con el “conocimiento y voluntad de estar realizando la conducta descrita en un tipo penal” (p. 52).

¹⁹⁸¹ Para PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, 2011, p. 46, el juicio ilocucionario tiene un sentido de reproche.

¹⁹⁸² Para PÉREZ BARBERÁ, *ibidem*, el dolo como acto de habla no describe, sino que valora una acción (previamente imputada al autor como suya) como contraria a una regla jurídico-penal.

¹⁹⁸³ Sobre el conocimiento como respuesta teórico, véase *Capítulo Primero*, epígrafe *II.1.2.b.i. ¿Conocimiento como estado mental o como acto mental?*

¹⁹⁸⁴ Sobre la función de comunicación (dialogal) de las normas jurídicas que generan expectativas recíprocas de conductas entre el autor, la víctima y el juez, consúltese CALLIESS, *Theorie der Strafe*, 1974, pp. 15, 16, 17 y ss.; MIR PUIG, *Dp*, Pg, 2011 (9ª ed.), p. 65; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Introducción al Dp*, 2006 (4ª ed.), pp. 422 y ss.

¹⁹⁸⁵ El hecho punible es una contradicción a la norma a través del cual el autor infringe su deber de seguimiento a la misma. De allí que el hecho punible, además, *signifique* que para el autor la norma no tiene

hecho¹⁹⁸⁶. Mientras que el juicio comunicacional de la norma de conducta se refiere a un hecho eventual, futuro y que genera expectativas de conductas correctas, el juicio comunicacional de la imputación se refiere a un hecho concreto y pasado que ha quebrantado aquellas expectativas de buenas conductas¹⁹⁸⁷. El juicio de desvalor sobre el hecho realizado comunica contundentemente que el hecho es rechazado socialmente como una posible alternativa correcta de comportamiento y pretende, de este modo, defender la vigencia de la norma infringida a través de una manifestación directa al autor: este ha de tomar consciencia de cuál es la norma válida, así como de cuál es la consecuencia jurídica a su hecho¹⁹⁸⁸. Por lo demás, también el juicio de imputación dialoga con el resto de participantes sociales. A la sociedad y a la víctima se les comunica que se ha restablecido la vigencia de la norma¹⁹⁸⁹, que es la única que vale como alternativa oficial de comportamiento, y que el autor ha recibido un castigo por ello¹⁹⁹⁰.

valor (ya sea que sea consciente de ello o que haya tenido que serlo). En sentido similar KINDHÄUSER, “Cuestiones fundamentales de la coautoría”, *RP*, 2003, p. 57. Para este autor el delito es una construcción de imputación que tiene como contenido una contradicción de la norma: al sujeto se le reprocha haber declarado a través de su conducta que la norma no es para él un motivo de actuación vinculante. En otras palabras, el delito se caracteriza como un acto comunicativo de deficiente reconocimiento de la norma (p. 60).

¹⁹⁸⁶ La primordial diferencia en estos últimos casos, es que el juicio de desvalor de la norma jurídica se hace en abstracto, mientras que el del juicio de imputación en concreto.

¹⁹⁸⁷ El juicio de imputación es un diálogo contingente que opera sólo en el caso de que el diálogo inicial entre el sujeto y la norma de conducta fracase o no prospere.

¹⁹⁸⁸ El autor toma consciencia de lo que su hecho vale en la sociedad a partir del momento en que a él se le atribuyen las consecuencias de su conducta y el castigo por lo realizado. Esto es la dimensión del tomar consciencia kantiano. A pesar de que KANT señalaba que recién con la pena “todo el mundo sabe el valor de sus actos”, a mi criterio, este tomar consciencia del valor de los propios actos se inicia oficialmente ya con la imputación. Precisamente expresado: mientras que con la imputación se hace referencia a la dimensión cualitativa del tomar consciencia (cuál es el valor de los actos), con la pena se alude a la dimensión cuantitativa de la cualitativa del tomar consciencia (cuánto valor tienen los actos).

¹⁹⁸⁹ De esta idea, aunque aludiendo más a la dimensión procesal de la cuestión (el proceso como un mecanismo preventivo autónomo), SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2010 (2ª ed.), p. 77 (§ 3.3). Lo mismo señala este autor cuando pone de relieve en relación con la norma secundaria, que la determinación de responsabilidad penal – declaración de culpabilidad y condena del sujeto-, constituye un fin en sí mismo, al que le corresponden diversas funciones comunicativas (refiriéndose a los mismos mensajes aquí señalados en el texto principal); p. 496 (§ 2.6).

¹⁹⁹⁰ Es común encontrar autores que se refieran al sentido estigmatizante de la pena. Por ejemplo, SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, 2005, p. 61, nota al pie 41, siguiendo a NINO, se revela a favor de un momento de estigmatización en la pena: “las sanciones del derecho penal sí estigmatizan la conducta ilícita con una señal que simboliza no sólo que *lo que ‘sucedió es malo’* (‘debió-no-ser’), sino, ante todo, que *lo que tú ‘hiciste’ está mal* (‘debiste-no-hacerlo’).”

II.IV.2.d. Dimensión de sentido del juicio de imputación: el reconocimiento

1. El fundamento del juicio de imputación es la manifestación de la libertad individual¹⁹⁹¹. Una especie de respuesta al sentido comunicativo del delito. La *función formal* del juicio de imputación es la atribución de responsabilidad penal por un delito que, como se ha visto anteriormente, se concibe como la afectación a la relación de reconocimiento entre personas y sólo, como mínimo, en cuanto a la capacidad de afectación a las expectativas de disponibilidad de los bienes jurídicos. Por su parte, la *función material* del juicio de imputación es la de restablecer dicha relación a través de un nuevo reconocimiento, aunque no sólo de la parte afectada, sino también entre el autor y la sociedad¹⁹⁹². Dentro de la función formal lo relevante no es declarar hechos ni sujetos culpables (no pretende ser sólo un juicio declarativo) sino, por el contrario, la de constituir responsabilidad por lo realizado y, con ello, una nueva intersubjetividad¹⁹⁹³, la que hace referencia a la identificación del origen del conflicto. Cuando al sujeto culpable se le imputa en conjunto todo el hecho y se le asigna una cuota de cómo ha de “pagar” por lo que ha realizado se está expresando con ello, además de quién ha de responder por el delito, quién no ha de hacerlo. Esta especie de dinámica jurídica, que se inicia entre la norma de conducta y el sujeto en el momento del hecho, así como entre el autor y la víctima, y finaliza entre la norma de sanción y el sujeto, así como entre el Estado y la víctima, forma parte de lo que, por algunos autores, se denomina “el diálogo de la responsabilidad penal” (*der strafrechtliche Verantwortungsdialog*)¹⁹⁹⁴, para explicar -más que nada- la legitimidad del Estado en la imposición de un castigo al delincuente. La base normativa del diálogo viene dada por una red de premisas normativas de las que habla HONNETH comentando los diferentes grados de

¹⁹⁹¹ Cfr. HRUSCHKA, “Imputation”, *BYULR*, 1986, pp. 672, 704 y ss. (el lenguaje de la imputación implica libertad, en vez de determinismo, lo que se confirma ya en la imputación de primer nivel).

¹⁹⁹² En comentario a la teoría retributiva de la pena kantiana, LESCH, *La función de la pena*, 1999, pp. 10-11, señala que “(...) por lo que afecta a la función de la pena, el verdadero substrato del delito no se configura por se mediante el menoscabo (material) de las esferas externas de libertad (o de derechos o de bienes) del otro, sino que el delito se configura en primer lugar mediante la lesión (inmaterial) del orden moral racional –que se produce con la lesión de las citadas esferas-, (...)”. Esto puede entenderse que ya está presente en el mismo juicio de imputación como juicio de reconocimiento que viene a restablecer el orden inmaterial lesionado y, con ello, el orden externo de libertad.

¹⁹⁹³ Para SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación y teoría del delito*, 2008, pp. 47-48, imputar exige “crear”, es decir, constituir lo que se imputa: el “hecho” y el “hecho culpable”. De allí que, el juicio de imputación no sea meramente declarativo, sino constitutivo de nuestras relaciones sociales (p. 51).

¹⁹⁹⁴ Cfr. NEUMANN, *Zurechnung und Vorverschulden*, 1985, pp. 269 y ss., 276, 284 y ss. Igualmente, para el delito doloso, HASSEMER, “Kennzeichen des Vorsatzes”, en *GS für Armin Kaufmann*, 1989, p. 299 [= “Los elementos característicos del dolo”, *ADPCP*, 1990, p. 920, nota al pie 52].

reconocimiento que necesitamos y construimos intersubjetivamente las personas¹⁹⁹⁵ y que tiene relación directa con la función material del juicio de imputación. Esta función consiste en el reconocimiento de la condición de persona autorresponsable del sujeto imputado, un reconocimiento como un igual en el proceso comunicativo de lo social y ello equivale al reconocimiento de su ser limitadamente libre, racional y responsable en la misma medida¹⁹⁹⁶. Si como se dice en filosofía política “el hombre es humillado en la medida en que, dentro de su comunidad, no se le concede la imputabilidad moral de una persona jurídica de pleno valor”¹⁹⁹⁷, entonces el juicio de imputación ha de prevenir toda posible humillación al imputado, neutralizando cualquier clase de abuso del *ius puniendi* estatal, desde el juicio de reconocimiento, es decir, ha de evitar la *reificación* intersubjetiva¹⁹⁹⁸. Así, pues, se convierte el juicio de imputación en el principal medio institucionalizado de defensa del reconocimiento del *ser* responsable de las personas¹⁹⁹⁹.

¹⁹⁹⁵ Cfr. HONNETH, *Reconocimiento y menosprecio*, 2010, pp. 21-22. Para este autor, las esferas de reconocimiento que se van ampliando “producen la red de premisas normativas en que una sociedad moderna y liberal debe basarse a fin de poder producir ciudadanos libres y comprometidos”.

¹⁹⁹⁶ No es sólo con la pena que se honra al delincuente como ser racional -al decir de HEGEL-, sino ya con la imputación, cuando se le reconoce como un igual en el proceso comunicativo. Sobre la teoría hegeliana de la pena, HEGEL, *Principios de la filosofía del Derecho*, 1988, § 100, p. 162. Recordando palabras de este filósofo sobre el sentido de la pena puede leerse el mismo sentido en la imputación: “(...) en la acción misma del delincuente está la racionalidad formal, el *querer del individuo*. Al considerar que la pena contiene su propio derecho, se *honra* al delincuente como un ser racional. No se le concederá este honor si el concepto y la medida de la pena no se toman del hecho mismo, si se lo considera como un animal dañino que hay que hacer inofensivo, o si se toma como finalidad de la pena la intimidación o la corrección”.

¹⁹⁹⁷ Cfr. HONNETH, *Reconocimiento y menosprecio*, 2010, p. 26.

¹⁹⁹⁸ Cfr. HONNETH, *Reificación*, 2007, pp. 129 y ss., 132, 136, quien atribuye “el fenómeno social de la reificación (...) al hecho del olvido del reconocimiento”, cuyo núcleo reside en determinadas “prácticas o mecanismos que posibilitan y perpetúan sistemáticamente tal olvido”. En especial, sobre la reificación como olvido del reconocimiento pp. 83 y ss. Pero también este autor permite que se entienda la reificación como “negación” o “resistencia” al reconocimiento en aquellos casos en que el reconocimiento se pierda porque la persona está influida por esquemas mentales y prejuicios que le impiden acceder cognitivamente al otro. En estos casos no se da el olvido, sino la negación o resistencia (p. 97). A mi parecer, brevemente: el Estado olvida el reconocimiento del imputado cuando lo instrumentaliza con fines preventivos y, le niega, cuando asume la imputación desde un estereotipo de autor.

¹⁹⁹⁹ “La actitud positiva que un individuo puede adoptar hacia sí mismo cuando experimenta este tipo de reconocimiento jurídico es la del *autorrespeto elemental*. El individuo es capaz de verse a sí mismo como persona que comparte con todos los otros miembros de su comunidad las características de un actor moralmente imputable”. Cfr. HONNETH, *Reconocimiento y menosprecio*, 2010, p. 27. Evidentemente, este autor no se está refiriendo concretamente a la dimensión institucional-judicial del reconocimiento jurídico que se desprende del juicio de imputación estatal sobre el autor del delito, sino, por el contrario, él se está refiriendo *simplemente* al reconocimiento jurídico que se ha de realizar sobre aquel sector de la sociedad privado de derechos civiles y excluido de la comunidad (dentro del cual, a mi entender, se encontraría el delincuente desde el mismo momento en que en éste comienza su [auto]marginación social antes del delito o a partir de la misma comisión del delito). Incluso en la criminalidad de cuello blanco se produce una automarginación social del autor, porque *lo social* no es la élite que delinque a su par, sino aquel sector de la sociedad que no delinque.

1.a. En su oportunidad se hizo mención a la premisa antropológica de la “autorreferencia práctica” del ser humano desde la cual se concebía la existencia de las incumbencias²⁰⁰⁰. Es desde esta autorreferencia práctica que las personas se autoconciben y se autorrespetan a sí mismas como una forma de reconocerse recíprocamente entre todos los participantes de la vida social; autorreferencia que se manifiesta o exterioriza en la observancia de las incumbencias más básicas de la vida social. Ante el suceso de un delito la relación de reconocimiento intersubjetivo sufre una afectación que, en el ámbito del Derecho penal, se pretende subsanar restableciéndola a través del juicio de imputación. En efecto, desde el juicio de imputación el Estado devuelve al afectado el reconocimiento negado (por el menosprecio revelado en el delito) y al autor del hecho delictivo el reconocimiento de su capacidad de responder por lo producido²⁰⁰¹.

1.b. Tanto la doctrina del reconocimiento honnethiana (hegeliana) como la doctrina de la imputación de origen kantiano, que han sido reseñadas en otros lugares con anterioridad, contemplan la posibilidad de contar con un concepto de persona libre autorresponsable a la cual se le puede imputar la realización de un hecho delictivo. Así, por ejemplo, cuando la doctrina de la imputación señala que el juicio de imputación es el medio por el cual se reconoce en un sujeto la calidad de artífice de un hecho, está indicando la naturaleza intersubjetiva del proceso comunicacional entre personas que comporta el mencionado juicio²⁰⁰². Porque para reconocer en otro la calidad de artífice (autor, agente) de un hecho hemos de asumir que él mismo ha obrado en respuesta a su decisión libre y autorresponsable²⁰⁰³.

2. La forma en cómo se manifiesta el juicio de reconocimiento en el sujeto imputado tiene que ver con que cada uno ha de ser juzgado de un modo racional y equitativo. Al sujeto imputado se le imputa el hecho en el sentido de que se le devuelve aquel aspecto de su subjetividad que ha quedado para siempre impregnado en el hecho delictivo y que revela

²⁰⁰⁰ Véase *Capítulo Tercero*, epígrafe *II.III.4.a. Concepto y función*.

²⁰⁰¹ Como se ha visto en el *Capítulo Introductorio* (epígrafe I.3. PERSONA Y RESPONSABILIDAD) y en el *Capítulo Tercero* (epígrafe *II.III.4.a. Concepto y función*), HONNETH, *La lucha por el reconocimiento*, 1997, pp. 13, 26, *passim*, asume los postulados de la filosofía política hegeliana y de la psicología meadiana, para construir su teoría del reconocimiento intersubjetivo. Él mismo indica cómo HEGEL, en sus primeros escritos filosóficos, ya se revelaba preocupado por explicar desde un punto de vista ético-moral “la lucha de los sujetos por el recíproco reconocimiento de su identidad” como fundamento de la garantía de su libertad en sociedad (una idea tomada de la lucha por la autoconservación hobbesiana y de la teoría del reconocimiento fichteniana). A mi entender, la propuesta de HONNETH resulta útil para fundamentar el modo en cómo el Estado atribuye responsabilidad penal a las personas por sus delitos. A través del juicio de imputación se restablece la relación de reconocimiento negada por el autor del delito, justamente, desde la instauración de un reconocimiento de su autorresponsabilidad y desde la restauración de la intersubjetividad quebrantada.

²⁰⁰² El juicio de imputación hace posible la comunicación misma, en la medida que lleva consigo la “atribución de sentido”, del concreto sentido de que aquello en lo que el agente se ve envuelto constituye expresión de reglas de conducta. Así, SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación y teoría del delito*, 2008, p. 33.

²⁰⁰³ Las teorías de la imputación parten de una persona como término de referencia del juicio de atribución de responsabilidad, porque imputar significa hacer responsable, y ello sólo es posible respecto de una persona. Así, SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación y teoría del delito*, 2008, p. 4.

una dimensión de la realidad intersubjetiva que él ha desconocido como valiosa o, lo que es lo mismo, se le imputa aquel trozo de realidad valorada socialmente, que él ha lesionado y que, por tal razón, ha de regresar a él para que aprenda a respetarla y a convivir con sus semejantes según ella²⁰⁰⁴. Dicho esto, entonces, no resulta tan descabellado entender que cuando nos referimos al juicio de imputación como poner una carga a la cuenta de alguien, ello se traduce, necesariamente, en una carga que ha surgido en la misma subjetividad del infractor que ahora retorna a él²⁰⁰⁵. A él se le dice en cada momento de la atribución e imputación: “este riesgo es tuyo, este resultado también lo es” y, al final, “esta subjetividad es tuya”²⁰⁰⁶. Es él quien ha de llevar sobre sus espaldas el peso de los efectos lesivos de lo sucedido porque ha sido él quien ha desencadenado un conflicto en la sociedad cuando en el momento de cometer el delito, se ha desprendido de una parte de su subjetividad que niega la vigencia de la intersubjetividad. Todo ello guarda estrecha relación con la idea de retribución, como el mal que se le devuelve al sujeto por el mal causado. Quizá -y lo que he de sostener ahora sólo quedará en una mera mención por falta de espacio y tiempo para dedicarme a ofrecer un fundamento más sólido-, el juicio de imputación es el lugar adecuado para comenzar a referirse al sentido de la retribución, porque es desde el juicio de imputación en donde ya de forma proporcional se busca atribuir al sujeto aquello que a él le pertenece: *su* voluntad, *su* conocimiento, *su* culpabilidad²⁰⁰⁷. Y en este proceso no se puede

²⁰⁰⁴ La idea de la imputación como “devolución”, como un volver al origen, la encuentro en HEGEL, *Principios de la filosofía del Derecho*, 1988, § 115, p. 179, cuando, en referencia al propósito y la responsabilidad, señala: “el hecho provoca un cambio en esta existencia previa y la voluntad es responsable de él en la medida en que la existencia alterada lleva en sí el abstracto predicado de lo *mío*. (...) Todo momento particular que se encuentra como *condición, fundamento* o *causa* de tales circunstancias, y contribuye así con lo *suyo*, puede ser considerado como el *responsable* de la situación, (...)”. Téngase en cuenta que en HEGEL todo lo que el sujeto pone de sí en el mundo exterior le pertenece, todo eso sigue siendo *suyo*. En sus palabras: “aunque deje salir estas determinaciones y diferencias, es decir, las ponga en el llamado mundo exterior, siguen siendo sin embargo mías: son lo que yo he hecho, construido, llevan la huella de mi espíritu” [§ 4 (agregado), p. 68, también § 110, p. 175 y § 112, pp. 175-176].

²⁰⁰⁵ DE COVARRUBIAS Y HOROZCO, *Tesoro de la lengua castellana*, 1993 (3ª ed.), pp. 165 y 733, definía la voz atribuir como “dar o aplicar alguna cosa a quien le compete (...)”, e imputar como “achacar, ponerlo a cuenta de alguno (...)”. FORCELLINI, *Totius latinatatis lexicon*, 1865, v. 3, p. 416, ofrece en latín la siguiente definición de *Imputo* “(...) significat inferre in rationes, adscribere, expensum ferre, in computationem adducere; *metere a conto, in conto, computare* (...)”. Actualmente el DRAE ofrece un concepto más aproximado al mundo jurídico: “atribuir a alguien la responsabilidad de un hecho reprobable”.

²⁰⁰⁶ La subjetividad tal cual la entiende VON HILDEBRAND, *¿Qué es filosofía?* 2000, pp. 149-150, 151 (véase *Capítulo Introductorio*), como lo atinente al sujeto.

²⁰⁰⁷ En comentario a la teoría retributiva de la pena kantiana, LESCH, *La función de la pena*, 1999, p. 10, señala “la pena, (...), no es otra cosa que el restablecimiento de aquel orden [quebrantado por el delito]. El injusto (...) marca en definitiva la perturbación que ha de ser eliminada mediante la pena”. Evidentemente, tanto para las teorías absolutas de la pena de KANT y HEGEL, el castigo tenía una función exclusivamente de restablecimiento del valor justicia o de la vigencia del Derecho, lo que a mi entender, ya se encuentra presente

“poner en boca del sujeto lo que éste no ha dicho” o, adaptándolo al lenguaje jurídico-penal, no se puede poner a cuenta del sujeto lo que éste no ha hecho desde su libre decisión. Así, también el juicio de imputación se presta para que el Estado dé el ejemplo, al comenzar con el pie derecho la ejecución del mandato constitucional de la resocialización. Al atribuir al sujeto exclusivamente aquello que ha quedado demostrado que le pertenece, el Estado le está indicando qué aspecto es el que ha de mejorar si quiere vivir civilizadamente en sociedad. Si el Estado empleara el juicio de imputación simplemente para instrumentalizar al sujeto con fines preventivo-generales, atribuyendo una responsabilidad sobre la base de criterios rigurosamente normativo-generales, no estaría haciendo otra cosa que incumplir aquél mandato, revelándose el diálogo de la responsabilidad penal como un verdadero monólogo²⁰⁰⁸. ¿Cómo podría pensarse en realizar la resocialización de un sujeto al cual se le ha juzgado sobre la base de baremos ficticios? Sospecho que ello sería irrealizable empíricamente, aunque aparentara ser viable normativamente²⁰⁰⁹. Son justamente estas consideraciones particulares en la imputación (retribución y resocialización) las que permiten neutralizar la tendencia a la instrumentalización (reificación honnethiana) del sujeto imputado. Se entiende, en efecto, el juicio de imputación como la manifestación más clara del Estado por el respeto a la dignidad humana²⁰¹⁰.

en el juicio de imputación. De este modo, la retribución estaría allí cada vez que se atribuyera e imputara algo al sujeto.

²⁰⁰⁸ Al diálogo de la responsabilidad de NEUMANN, anteriormente mencionada, le subyace la lógica discursiva que el mismo autor menciona como necesaria en la argumentación jurídica. Sobre las condiciones de racionalidad de todo discurso al estilo habermasiano, véase más adelante el epígrafe destinado a la interpretación y argumentación del juicio de imputación.

²⁰⁰⁹ Encerraría así el juicio de imputación la consideración sobre la retribución (sólo en cuanto a la proporcionalidad de la imputación y no en cuanto a la medida del castigo) y sobre la resocialización, quedando para la aplicación de la pena la mensuración de la medida proporcional de la pena teniendo en cuenta consideraciones preventivo-especiales y generales.

²⁰¹⁰ En esto una vez más me adhiero al pensamiento de HONNETH, *Reconocimiento y menosprecio*, 2010, pp. 11-12, *passim*, quien llega a sostener que en el ámbito filosófico-político se están abriendo espacios a la teoría del reconocimiento como resultado de un aumento de la sensibilidad moral de las sociedades, que se traduce en un tomar consciencia “del valor político de la experiencia del menosprecio socio-cultural”, a partir del cual se ha entendido que “el *reconocimiento de la dignidad de personas* o *grupos constituye el elemento esencial de nuestro concepto de justicia*” (cursiva añadida).

II.IV.3. RESULTA: UN MODELO DE IMPUTACIÓN MODERADO

1. ¿Cuán subjetiva ha de ser la imputación subjetiva? Teniendo en cuenta lo hasta aquí señalado, la imputación subjetiva ha de ser subjetiva en los términos de reflejar la individualidad de una persona libre y competente. No obstante, varios modelos de imputación son posibles de responder a esta pregunta. Algunos de ellos se encuentran más normativizados que otros y, por ende, algunos de ellos incluyen más datos objetivos que subjetivos. Existen al menos tres modelos de imputación, que los denomino en el orden en que los expongo: modelo débil, modelo fuerte y modelo moderado.

(a) Modelo de imputación débil (extremo 1): se limita a considerar qué conoció realmente el autor en el momento de los hechos porque tiene en cuenta sólo la dimensión psíquica del sujeto individual. El baremo de constatación del elemento subjetivo es, en consecuencia, estrictamente empírico. Este modelo cuadra perfectamente con un concepto estrictamente psicologicista de dolo, como puro fenómeno empírico. El concepto de verda, que se esconde detrás es un concepto de verdad como correspondencia definida desde un realismo metafísico (realismo ontológico platónico-aristotélico), lo que da lugar a una subjetividad ontológica fuerte. La perspectiva del juez no valdría ni siquiera colocándose hipotéticamente en lugar del autor, porque la única perspectiva válida sería la del autor individual. El problema más insalvable de este modelo es el de la prueba directa o fáctica del elemento mental, de modo que, como correctivo termina asumiendo presunciones legales o judiciales de dolo y consideraciones *ex re* (paradójicamente en el mismo sentido que las teorías más normativizadas).

(b) Modelo de imputación fuerte (extremo 2): encuadra al autor en un sujeto construido, hipotético o ideal, esto es, en un observador objetivo u hombre racional. La imputación se realiza sobre la base de interpretaciones en relación con pautas normativas del *deber ser*. Este modelo es prácticamente inmutable en cuanto a los criterios de imputación porque éstos están determinados sobre la base de ideales o cánones abstractos. Evidentemente, cuanto más fuertes o rígidos son los criterios de imputación menos subjetiva es la imputación. Detrás de este modelo se esconde un concepto de verdad como coherencia, desde un realismo ontológico-semántico o desde un idealismo, dando lugar a una subjetividad epistemológica ideal. Este modelo se compatibiliza a la perfección con un

concepto estrictamente normativista de dolo, en donde la prueba del dolo y la imputación resultan ser la misma tarea. Puede decirse, que se llega a la despersonalización de la imputación subjetiva y, con ello, según mi criterio, a la deshumanización de la medida de la pena²⁰¹¹, bajo exclusivas pretensiones preventivas. En efecto, a mi juicio, puede pasar que entre el hombre real y el hombre ideal exista un margen abismal, que ha de “pagar” el autor cada vez que éste se revele como un sujeto con una elevada dosis de déficit de idealidad en relación con el baremo objetivo. A efectos preventivos desde luego, bajo un argumento de exclusiva eficiencia, puede surtir efectos más positivos que se impute un deber ser, puesto que la sociedad observaría que la vara que se emplea para responsabilizar es elevada. Pero, desde un punto de vista del merecimiento subjetivo, puede resultar poco proporcionado²⁰¹².

(c) Modelo de imputación moderado (intermedio): aborda al autor desde un sujeto real, esto es un sujeto individual contextualizado en lo social. Su baremo es la persona limitadamente razonable del autor en su mejor versión. La teoría de la verdad que le subyace alude a un concepto de verdad-pragmática desde un realismo ontológico moderado, dando lugar a una subjetividad ontológica débil u ontológica-epistemológica (epistemológica real). La imputación se realiza sobre la base de interpretaciones en relación con pautas del *ser* y del *deber ser* del autor dando lugar a un modelo de imputación atemperado. Sus criterios de imputación son flexibles, posibles de adaptarse a las peculiaridades del sujeto individual. El concepto de dolo que mejor se acomoda a él es un concepto relativamente normativista, que reconoce un sustrato empírico como marco infranqueable²⁰¹³. En este modelo se distinguen dos momentos: el de la prueba y el de la imputación del conocimiento (como lo expongo más adelante en este mismo capítulo). En consecuencia, con este modelo la imputación

²⁰¹¹ A la despersonalización de la imputación subjetiva y con ello a la deshumanización de la pena se llega tanto por el camino del concepto de la responsabilidad objetiva (explicaciones causales de la conducta humana), como por el camino del concepto de responsabilidad intersubjetiva (explicaciones excesivamente normativizadas de la conducta humana).

²⁰¹² Desde otra concepción, defiende una retribución normativa, PÉREZ DEL VALLE, “Los fundamentos de una teoría iusnaturalista de la imputación”, *II JHDN*, 2001, pp. 408-409. Para este autor la retribución no es algo diferente del mantenimiento de las vigencias de las normas (prevención general positiva) porque retribución es restauración del orden jurídico quebrantado. A mi entender, el merecimiento (retribución) subjetivo es la base sobre la que ha de construirse el merecimiento normativo (como prevención general).

²⁰¹³ Señala SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2010 (2ª ed.), p. 146, que “el juicio de atribución de responsabilidad no puede pasar a ser una cuestión empírica, que haya que decidir con argumentaciones empíricas y de la que esté ausente toda consideración valorativa (...)”. A mi entender, tampoco es aconsejable proceder a la inversa: que haya que decidir sólo sobre cuestiones estrictamente normativas sin base real.

subjetiva es auténticamente subjetiva, permitiendo que la pena resulte más adecuada a la individualidad del autor²⁰¹⁴.

2. Vistos muy generalmente estos tres modelos de imputación, cabe realizar algunas consideraciones. Mientras que el modelo de imputación débil es exclusivamente subjetivista (subjetividad empírica), el modelo de imputación fuerte es exclusivamente objetivista (subjetividad objetivada o intersubjetividad) y, el modelo de imputación moderado es subjetivista atenuado (subjetividad relativamente objetivada). Evidentemente, cuantas más consideraciones individuales se hagan en el ámbito de la imputación más subjetiva ésta será. Por el contrario, cuanto más consideraciones sociales y generales se incorporen a la imputación, menos subjetiva ésta será. La diferencia entre el segundo y tercer modelo radica en que el segundo está pensando en la subjetividad en cuanto al sujeto social construido (por eso, intersubjetividad²⁰¹⁵), mientras que el tercer modelo está pensando en el sujeto individual concreto mediado por lo social. Por otro lado, cuanto más subjetiva sea la imputación será más proclive a tener en cuenta criterios empíricos, los derivados del ser, y cuanto más intersubjetiva, tenderá a tener en cuenta criterios exclusivamente normativos o del deber ser. En cualquier caso, la consideración de criterios valorativos no es una cuestión exclusiva de los planteamientos más normativizados que asumen de premisa lo social o lo general, porque también el modelo moderado contempla un proceso de normativización, pero desde una premisa individual. Para concluir este párrafo, al menos dos argumentos apoyan un modelo de imputación moderado: en primer lugar, la asunción de la existencia de una realidad ontológica del mundo que no podemos modificar arbitrariamente (leyes causales, finitud de nuestra existencia e imperfección de la naturaleza humana) nos conduce a flexibilizar nuestros criterios de imputación de algo que no controlamos, como la subjetividad ajena. Y, en segundo lugar, la siempre presente incertidumbre del libre albedrío se responde mejor desde el modelo de la racionalidad limitada: con este modelo se entiende

²⁰¹⁴ Ciertamente, en el merecimiento está la prevención. Así también MOLINA FERNÁNDEZ, *Responsabilidad jurídica y libertad*, 2002, p. 80, sostiene que la libertad arrastra consigo el criterio de merecimiento que permite justificar la distribución de cargas que entraña la pena.

²⁰¹⁵ En este aspecto, la intersubjetividad puede ser entendida como una subjetividad débil y, desde esta óptica, uno se podría preguntar ¿hasta qué punto un juicio de imputación subjetiva altamente normativizado sigue siendo subjetiva, en los términos de relacionado con el sujeto imputado? Esto es, ¿hasta qué punto en los sistemas normativistas la imputación subjetiva no es más que una etiqueta, y no sólo en cuanto a lo subjetivo, sino también en cuanto a lo imputable, teniendo en cuenta que no se imputa una libertad real, sino una normativa?

posible alcanzar un juicio de imputación más real y ajustado a la imperfecta naturaleza humana.

3. El modelo de imputación subjetiva que aquí se asume parte de un enfoque empírico-normativo del concepto de conocimiento típico²⁰¹⁶. Para imputar, primero hemos de saber qué hay que imputar y, para ello, hay que definir ese algo, porque la imputación es un juicio que se hace sobre algo en relación con alguien y hay que definir el contenido de ese algo y de ese alguien. Desde este punto de vista es perfectamente sostenible el adagio latino del antiguo Derecho canónico²⁰¹⁷, raíz común a los sistemas de imputación de responsabilidad penal de los sistemas angloamericano y continental: *actus non facit reum nisi mens sit rea* (el acto no hace culpable a la persona a menos que su mente también sea culpable)²⁰¹⁸. La lógica de la imputación de responsabilidad a un sujeto descansa en un binomio muy simple: a todo *acto* debe acompañar un *estado mental para que exista responsabilidad*²⁰¹⁹, éste es su basamento subjetivo ineludible. En consecuencia, lo que se imputa a nivel de injusto es el conocimiento típico y esto supone la atribución de la infracción a la norma primaria de

²⁰¹⁶ Comparto la idea que entiende necesaria la conexión entre el pensamiento puramente normativista con el lógico-objetivo. Esta opinión en relación con el concepto de dolo, en HIRSCH, citado en SCHÜNEMANN, “De un concepto filológico a un concepto tipológico de dolo”, en *Temas actuales*, 2002, pp. 100 y ss., 110. Al decir de SCHÜNEMANN “cada valoración tiene sentido lógico sólo si está en conexión con un objeto que debe ser valorado. Al principio, esos objetos reales sólo pueden ser descritos de una manera muy imprecisa, como cuando el dolo que forma la parte subjetiva del injusto se describe como el saber y querer la realización del tipo. El vago concepto de voluntad se debe precisar siempre de nuevo mediante una continua explicación. Esta actividad de precisar los conceptos se realiza según los fines del Derecho penal y no por medio de criterios psicológicos o del lenguaje vulgar. Por ello, esta concretización puede ser designada como una progresiva ‘desnormativización’ que conduce a conceptos descriptivos cada vez más precisos”. Cfr. SCHÜNEMANN, “El propio sistema de la teoría del delito”, *InDret Penal*, 2008, p. 12.

²⁰¹⁷ Cfr. MARTÍNEZ-TORRÓN, “Consideraciones sobre la influencia del Derecho canónico en la tradición jurídica de la *common Law*”, en *Estudios en homenaje al Profesor López Alarcón*, 1987, pp. 295 y ss. [también en especial, sobre el sistema angloamericano, *Derecho angloamericano y Derecho canónico*, 1991].

²⁰¹⁸ = “*an act does not make [a person] guilty unless the mind is also guilty*”. Se lo cita por primera vez en las Leyes del Rey Enrique I (*Leges Henrici Primi*, 5, § 28) de Inglaterra en el 1118. Textualmente las Leyes rezaban: “no hay hecho sin mente culpable” (*reum non facit nisi mens rea*). Cfr. POLLOCK/MAITLAND, *The history of english law*, 1952, § 2, p. 476. Con detalles, HALL (J.), *General principles of criminal Law*, 2005 (2ª ed.), pp. 79 y ss.; SAYRE, “Mens Rea”, *HLR*, 1932, pp. 983-984. Según el juez inglés Sir Edward Coke (1552-1634) esta máxima fue tomada de los sermones de san Agustín que decía: “la lengua no es culpable sin mente culpable” (*ream linguam non facit nisi mens rea*). Cfr. HALL (J.), *General principles of criminal Law*, 2005 (2ª ed.), pp. 81-82; SAYRE, “Mens Rea”, *HLR*, 1932, p. 988; STEPHEN, *A history of the criminal law*, 1883, p. 94 (con nota al pie 1). Esta frase se originó con relación al delito de perjurio. Así, POLLOCK/MAITLAND, *The history of english law*, 1952, § 2, nota al pie 5, p. 476; HITCHLER, “The elements of crime”, *DLR*, 1922, pp. 117-118. Una observación comparativa entre este principio angloamericano y el principio de culpabilidad continental en SAFFERLING, *Vorsatz und Schuld*, 2008, pp. 481-482 (destacando las visiones benthamiana y kantiana, respectivamente).

²⁰¹⁹ En tal sentido, BAYLES, *Principles of law*, 1987, pp. 291-294.

conducta en la dimensión de la lesividad social de la conducta²⁰²⁰. La imputación de un hecho a una persona supone, entre otras cosas, que el comportamiento que ella realiza es la manifestación u objetivación de un estado mental referido al hecho.

4. Llegados a este punto es necesario retomar algunas cuestiones sobre la distinción que he ofrecido entre el concepto de conocimiento típico y el concepto de dolo²⁰²¹. El objeto del conocimiento típico es la dañosidad social de la conducta y, como tal, es el presupuesto de la infracción del deber a la vez que el presupuesto de la imputación. Por el contrario, el objeto del dolo es el conocimiento típico a imputar, por ello, el dolo es un criterio o título de imputación²⁰²². No es conveniente emplear –aunque generalicemos– el mismo nombre para el elemento de la norma de conducta que se presenta en el *ex ante* y para el criterio de la regla de imputación que se invoca en el *ex post*²⁰²³, porque mientras que el conocimiento es un concepto de la psicología o filosofía²⁰²⁴ que normativizamos o, mejor dicho, que sometemos a las reglas del lenguaje jurídico, el dolo es un auténtico concepto jurídico. El conocimiento típico encierra un juicio individual de *deber ser* acerca de lo social, por eso no deja de ser un juicio subjetivo, a diferencia del dolo, que encierra un juicio social de *deber ser* acerca de lo social. Cuando se imputa conocimiento típico, se ha de denominar a ello de forma diferente, porque esta imputación encierra una relación de comunicación de sentido diferente a la que encierra lo imputado. Desde el juicio de imputación se le retorna al delincuente la dimensión de la subjetividad de la cual él se ha desprendido al realizar el hecho. ¿Qué posee el autor en el momento de los hechos? ¿Dolo? No²⁰²⁵. El autor en el

²⁰²⁰ La dimensión estrictamente normativa (la prohibición penal) se imputa personalmente en la culpabilidad.

²⁰²¹ Una distinción de esta naturaleza también en PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, 2011, pp. 636 y ss., para quien hay que diferenciar entre concepto-objeto y metaconcepto de dolo. Mientras que el concepto-objeto determina el contenido de lo que se imputará, el metaconcepto establece las reglas de correspondencia para facilitar la aplicación de aquél.

²⁰²² Para PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, 2011, pp. 648, 650, el dolo y la imprudencia son cada uno de estos conceptos un reproche objetivo a la acción que se aparta de una regla jurídico-penal, en donde reprochabilidad objetiva significa “capacidad comunicativa objetivamente suficiente contra la regla”.

²⁰²³ Por el contrario, PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, 2011, p. 638, entiende que es posible desde la perspectiva conceptual y a nivel de caso genérico, denominar dolo tanto al término técnico-jurídico en el cual ha de subsumirse el suceso empírico pertinente, como a este último, que es el que se subsume (un dolo-suceso y un dolo-concepto).

²⁰²⁴ Así, también HIRSCH, “Das Schuldprinzip”, *ZStW*, 1994, pp. 746 y ss., enseña que el concepto de culpabilidad no es un concepto creado por el Derecho penal. Evidentemente, éste surge en otras ramas del conocimiento (teología, psicología, filosofía).

²⁰²⁵ Para HERZBERG, “Das Wollen beim Vorsatzdelikt”, en *JZ*, 1988, p. 636, existe una opinión unánime de que el dolo se encuentra en la cabeza del autor. A mi entender, lo que se encuentra en la cabeza del autor es su conocimiento, como objeto del dolo.

momento de los hechos posee un conocimiento típico, porque él no puede contar en el *ex ante* con aquello que se le imputa en el *ex post*. El dolo es lo que se le imputa sobre la base de su conocimiento típico y teniendo en cuenta determinados criterios de imputación²⁰²⁶. En el dolo va incluido junto al conocimiento típico del autor, que se le devuelve, un contenido procesado de valor y disvalor: por un lado, el sentido de valor del reconocimiento del *ser* autorresponsable del autor y, por otro lado, el sentido de disvalor social del hecho cometido, pero, entendido ahora como el juicio social de rechazo de dicho comportamiento como negador de los valores sociales²⁰²⁷. En pocas palabras, *el dolo es el conocimiento típico desvalorado e imputado al autor del hecho*.

4.a. Entender el dolo como criterio de imputación y el conocimiento típico como presupuesto de la imputación no debe llevar a confundir este concepto con el dolo del modelo de JAKOBS y los modelos que se le asemejan. Para este autor el dolo se define como un juicio de valor asumido desde los fines del Derecho penal. La culpabilidad²⁰²⁸, como juicio, ha de concebirse desde los fines del Derecho penal. De este modo el juicio de culpabilidad será un juicio acerca de la ausencia de fidelidad al Ordenamiento Jurídico, que se manifiesta a través de la defraudación de las expectativas normativas vigentes en la estructura social, una especie de falta de consideración de la norma por parte del autor²⁰²⁹. De allí, es decir, desde que la culpabilidad se concibe como ausencia de fidelidad a lo jurídico, ésta se define como déficit, claro está, déficit de fidelidad, cuyos principales indicadores son el dolo y la conciencia de la antijuridicidad²⁰³⁰. Para JAKOBS en el contexto global del hecho punible o, más apropiadamente, del injusto culpable, el dolo es un hecho psíquico que es susceptible de ser mostrado y que, como indicador del déficit de fidelidad tampoco es el único, sino que también otros hechos psíquicos como la falta de atención, la indiferencia o el desinterés por las consecuencias lesivas de un comportamiento, pueden contemplarse como indicios de tal déficit²⁰³¹. Con ello, la culpabilidad como juicio acerca del déficit de lealtad al Derecho sería la única categoría normativa, desde la cual se obtendría una sumatoria de todos los indicadores psíquicos del déficit y un resultado del grado de dicho déficit. La diferencia que mantengo con este planteamiento es que, en mi trabajo, el conocimiento típico no se concibe exclusivamente como un mero indicador psíquico, que concurre para determinar la conducta dolosa o los índices de déficits de fidelidad al Derecho, sino, por el

²⁰²⁶ En lo relativo al concepto de dolo podría considerar válida algunas conclusiones de PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, 2011, p. 817: el dolo no forma parte del mundo fáctico, sino del normativo; el dolo subsume determinados hechos psíquicos (conocimiento, creencias, etc.), las personas no tienen dolo, sino conocimientos; el dolo caracteriza a situaciones, no a personas.

²⁰²⁷ Para PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, 2011, p. 639, la connotación conceptual del dolo no se establece a partir de datos empíricos, sino de tomas de posturas valorativas.

²⁰²⁸ En verdad, todo lo referente al lado subjetivo del hecho, como la imputabilidad, el conocimiento y la exigibilidad.

²⁰²⁹ Cfr. JAKOBS, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, 2003, pp. 22-23 y ss.

²⁰³⁰ Cfr. JAKOBS, *ibidem*, p. 23.

²⁰³¹ Cfr. JAKOBS, *ibidem*.

contrario, el conocimiento típico se concibe como un auténtico presupuesto subjetivo de la infracción del deber, que habrá de constatarse desde un baremo subjetivo-individual y no desde criterios ideales-objetivos.

5. Desde la dimensión temporal el modelo de imputación moderado tiene en cuenta la norma de conducta no sólo en la dimensión *ex post*, como baremo de la regla de imputación, sino también la norma de conducta en su momento *ex ante*, como directiva de conducta. Sólo del contraste entre la norma de conducta como directiva^[deber] del *ex ante* con la norma de conducta infringida del *ex post*, el juez puede determinar cuán desfasada está la conducta del sujeto como para imputarle responsabilidad penal (o descargarle de ella, si tal desfase es imputable al déficit del sistema jurídico o social). Hay que tener en cuenta el diálogo *ex ante* entre la norma de conducta como directiva y el sujeto, en el juicio de imputación. En el momento de la norma de conducta (*ex ante*) del sujeto se espera que actúe como un ciudadano que sigue razonablemente las normas de conducta (incumbencias)²⁰³², según sus capacidades y conocimientos, de modo que en el momento de la regla de imputación (*ex post*) al sujeto se le imputará que “haya actuado” de un modo diferente a como hubiere actuado un ciudadano que sigue razonablemente las normas de conducta, pero siempre desde su mejor versión y no desde una versión de un tercero ideal²⁰³³. La norma de conducta se construye sobre lo que socialmente nos conviene (deber ser) dentro de lo que tenemos: el hombre de la época (ser). Por el contrario, el juicio de imputación se construye sobre lo que un sujeto ha sido (ser) en relación con lo que debía haber sido (deber ser). Obviamente, la norma de conducta tiene en cuenta para su cumplimiento las capacidades del destinatario²⁰³⁴ desde su autorresponsabilidad, pero ello no impide que la infracción de la norma de conducta vaya acompañada de la imposición de una pena. Tiene que existir un

²⁰³² Véase en el *Capítulo Tercero* la relación entre incumbencias y Derecho.

²⁰³³ Siguiendo en líneas generales el modelo de la imputación hruschkiano al sujeto se le imputa su peor versión (objeto de la imputación) contrastada desde su mejor versión (fundamento de la imputación), que es la que genera la expectativa de conducta que ha sido defraudada por el hecho delictivo. Sobre la distinción entre objeto y fundamento de la imputación, véase *Capítulo Quinto*, epígrafe II.V.2. CLASES DE IMPUTACIÓN: ORDINARIA Y EXTRAORDINARIA. Un argumento inverso sería que al sujeto se le imputara que “no haya actuado” del modo en como hubiere actuado él en su mejor versión, es decir, se le imputaría su mejor versión. A mi entender, este segundo modo de proceder no es del todo correcto desde un punto de vista metodológico, porque entonces la mejor versión opera como baremo y como objeto de la imputación, lo que hace perder la consideración una vez más por el autor concreto del hecho.

²⁰³⁴ Sobre las capacidades de cumplimiento de lo prescrito, MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, 2001, pp. 524 y ss. (dentro de los presupuestos del lenguaje directivo, pp. 513 y ss.). Desde otra concepción del delito arriba a la misma consideración, MAÑALICH, “Norma e imputación”, *REJ*, 2010, p. 181, para quien la imputación jurídico-penal, a pesar de tener lugar *ex post*, necesariamente exige la asunción de una perspectiva *ex ante* referida a las capacidades del destinatario de la norma.

equilibrio entre lo que se nos permite ejercer según nuestra libertad y lo que se nos imputa. Porque, si se nos dejara demasiado libres (pregonando sólo un *neminem laedere*) y luego se nos castigara según un modelo ideal de persona, nuestro sistema de libertad de organización y responsabilidad por las consecuencias sufriría un serio desajuste, porque mayores espacios de libertad sin ninguna clase de delimitación deóntica (como podrían ser la incumbencias), justamente, orienta el ejercicio hacia la práctica de un individualismo cada vez más egoísta. En esto último se gesta la posibilidad del delito.

5.a. Desde otra visión, pero asumiendo que desde las ciencias sociales se pueden aportar criterios para ajustar la imputación a la realidad personal, asumiendo una premisa de libertad de acción, LÜDERSSEN apela al psicoanálisis –en verdad se refiere a la culpabilidad– para analizar toda la problemática de la imputación subjetiva. Considera, en este sentido, la posibilidad de la imputación subjetiva no ya como fundamento de la responsabilidad penal, sino como un límite infranqueable al mismo²⁰³⁵. De hecho, para este autor, el psicoanálisis opera con un concepto de libertad que le permite cohonestarse con el principio jurídico-penal de la imputación subjetiva; un concepto de libertad que supone concebir al hombre como alguien interesado en tomar conciencia del significado de la autorresponsabilidad, y por ello la libertad puede aprenderse (a usarse), aun cuando las condiciones socioestructurales de partida son muy desiguales. Todo ello puede aprenderse a través del psicoanálisis, y bastaría al mismo tiempo que la política reformista asegure que se evite la criminalización de las clases inferiores y los grupos marginados como consecuencia de un concepto de libertad demasiado abstracto. Con todo ello, LÜDERSSEN propone que la teoría del comportamiento criminal se oriente psicoanalíticamente, prescindiendo de la pena, pero no de la imputación subjetiva²⁰³⁶.

6. Para finalizar debe indicarse que, un modelo de imputación moderado se sustenta filosóficamente en la prohibición de reificación o principio de la no instrumentalización de la persona. Con la prohibición de reificación (o cosificación) se pretende evitar asumir la subjetividad del sujeto como un medio-objeto desde el cual extraer consecuencias socialmente útiles y reconocerle su subjetividad en cuanto tal²⁰³⁷. Tomar a la persona del autor como un campo de muestra de lo que *vale* la vigencia de los valores intersubjetivos, es

²⁰³⁵ Similar apreciación sobre LÜDERSSEN en MIR PUIG, “Presentación”, en *Dp y Ciencias sociales*, 1989, p. 5.

²⁰³⁶ Cfr. LÜDERSSEN, “La imputación individualizadora de lesiones de bienes jurídicos”, en *Dp y Ciencias sociales*, 1989, pp. 174, 177, 178, 179, 180.

²⁰³⁷ Corolario que extraigo de la filosofía del reconocimiento y de la reificación como olvido del reconocimiento de HONNETH, *Reificación*, 2007, pp. 83 y ss., 94 y ss. Para este filósofo la cosificación del otro proviene de la amnesia por el reconocimiento de su ser-persona, de un conocimiento en cuanto objeto (o incluso cosa) pero no en su reconocimiento en cuanto sujeto. Así, expresamente, señala: “la reificación en el sentido de un ‘olvido del reconocimiento’ significa entonces, en la ejecución del conocer, perder la atención para el hecho de que este conocimiento se debe a un reconocimiento previo” (p. 96). En la dogmática penal, en la línea aquí asumida, DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos del delito*, 2007 (2ª ed.), p. 268.

negar la esencialidad del sujeto, es desconocerlo en cuanto tal, es no reconocerlo, es, entonces, no volverlo a conocer²⁰³⁸. Cuando la concepción kantiana de la pena defendía la no instrumentalización de la persona del delincuente a través de la imposición del castigo ya contenía implícitamente la negación de la instrumentalización de la persona del delincuente a través de la imputación misma. Así, el concepto de respeto se eleva como un principio rector no sólo entre los miembros de la sociedad, sino también respecto de toda clase de intervención del Estado en la libertad de las personas. Hay que tratar a los otros como un fin en sí mismos, sólo así se los reconoce en cuanto tales²⁰³⁹. En consecuencia, una excesiva normativización del juicio o de los criterios de imputación, justamente, se despoja de la dimensión deontológica de la imputación en cuanto tal y la asume exclusivamente desde una dimensión consecuencialista, preventivo-general de la pena.

6.a. Sugerente la definición de respeto ofrecida en DE COVARRUBIAS Y HOROZCO, que lo entiende como “miramiento y reverencia que se tiene a alguna persona, (...), porque miramos y remiramos el no ofenderla, (...), que es mirar con los ojos baxos y humi[l]des hazia la tierra (...)”²⁰⁴⁰. Más allá de que una definición de esta naturaleza pueda ser tildada de excesivamente idealista (y hasta poética), a mi entender, la verdad que le subyace es tan evidente que, en ningún caso podría desconocerse que desde el miramiento por no ofender al sujeto imputado, esto es, excediendo los límites de la imputación y la pena, el Estado está evitando instrumentalizarlo de cara a los intereses del funcionamiento del sistema jurídico o del sistema social, fomentando desde el ejemplo el respeto intersubjetivo que se predica en primera instancia²⁰⁴¹.

II.IV.3.a. Fundamento del modelo de imputación moderado: exigibilidad como criterio regulativo

1. Antes de comenzar con el desarrollo de este criterio he de realizar una breve aclaración del modo en cómo lo utilizo en este trabajo. Tal como la conocemos actualmente, la idea de

²⁰³⁸ Evidentemente, la teoría del reconocimiento ya mencionada en otras partes del trabajo, guarda estrecha relación con el mismo contenido semántico de la expresión reconocimiento. Sin ir más lejos, el DRAE define el reconocimiento de las siguientes formas. En su acepción primera como un “examinar con cuidado algo o a alguien para enterarse de su identidad, naturaleza y circunstancias” y, en su acepción décima, como un “distinguir de las demás personas a una, por sus rasgos propios, (...)”. Además, con el prefijo *re* se quiere hacer referencia a la repetición de algo, en el caso, al conocimiento. Sería, entonces, como un “volver a conocer”.

²⁰³⁹ Recordemos que en toda relación de reconocimiento recíproco “el individuo aprende a considerarse, desde el punto de vista de los otros participantes en la interacción, titular de los mismos derechos que éstos”. Cfr. HONNETH, *Reconocimiento y menosprecio*, 2010, p. 26.

²⁰⁴⁰ Cfr. DE COVARRUBIAS Y HOROZCO, *Tesoro de la lengua castellana*, 1993 (3ª ed.), p. 907.

²⁰⁴¹ El dogma del respeto en el trato por los otros se conoce también desde el principio de humildad.

la exigibilidad mantiene estrecha relación con la teoría imperativista de la norma, en su sentido más clásico, esto es, como una orden derivada del imperio (dominio) del Estado sobre el súbdito. A partir del momento en que, para algún sector de la doctrina, la norma de conducta ha relajado su función imperativa y ha pasado a entenderse como una pauta determinativa u orientativa²⁰⁴² de la conducta librada al cumplimiento espontáneo de un sujeto concebido desde la idea de autorresponsabilidad²⁰⁴³, entonces se ha pasado de un cumplimiento imperativo de los deberes a un cumplimiento autorresponsable de los mismos. De allí que también la tradicional función motivadora de la norma, tendría, quizá, que pasar a contemplarse más como una pretensión, que como una función de primer orden. Dicho con otras palabras, una exigibilidad entendida desde la coacción legítima²⁰⁴⁴ desemboca necesariamente en un criterio de “a mayor imputabilidad, mayor exigibilidad”, pero, una exigibilidad entendida desde la autorresponsabilidad (ejercicio razonable de la libertad) desemboca necesariamente en un criterio inverso “a mayor imputabilidad, menor exigibilidad”: la inexigibilidad en este modelo ya no viene dado por la ausencia de capacidad de responsabilidad en el sujeto, sino por la presencia de la misma. Esta última desplaza la fuerza negativa del Estado que compele al cumplimiento del deber a favor del ejercicio de la autorresponsabilidad por parte del sujeto²⁰⁴⁵. El peso del mayor castigo del

²⁰⁴² Véase HERNÁNDEZ MARÍN, *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, 2002 (2ª ed.), pp. 233-234, 236. Para este autor la norma penal puede consistir tanto en un enunciado asertivo como prescriptivo, según la teoría de la norma que se asuma. Como enunciado asertivo la norma informa acerca de lo que sucederá, si se realiza una acción determinada. En todo caso, no admite la equivalencia lógica entre aserciones y prescripciones. En la dogmática penal se aprecia una postura de las normas como instrucciones de conducta (y no como directivas) en BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, “Bases para una revisión de la teoría de la norma penal”, *RGDP*, 2004, pp. 1 y ss.

²⁰⁴³ Véase SANDRO, “La norma penal”, en *LH a Eberhard Struensee*, 2011, pp. 599-600, que explica la idea de la norma penal desde el cumplimiento responsable del autor, bajo una figura muy esclarecedora: “la norma penal opera de forma análoga a la ley de la naturaleza que, al ser tenida por verdadera, puede influir en el comportamiento a través de la información. Por ejemplo, la ley de la gravedad no le ordena a la gente que evite arrojarse al vacío desde gran altura, pero es conveniente saber lo que habrá de ocurrir en el caso de un lanzamiento temerario para elegir la opción que al sujeto le parezca mejor. De esta forma, el Estado trata al súbdito como un individuo responsable de sus actos y que puede disponer sobre el futuro (...)”. Si bien comprendo el argumento de este autor, la conveniencia de la que aquí se habla es la misma que la conveniencia aristotélica, el de hacer las cosas porque resulta lo más lógico y conveniente según los fines y no por una razón moral o valorativa (como sería el comulgar con la dimensión axiológica del Derecho).

²⁰⁴⁴ Garantizada o respaldada por la fuerza punitiva.

²⁰⁴⁵ Así también en el ámbito del estado de necesidad agresivo se puede esperar desde la óptica de la solidaridad, que el sujeto soporte el peligro ajeno en parte o en todo. Una incumbencia de tolerancia no puede serle exigida a quien autorresponsablemente puede solidariamente soportar un daño ajeno, sino sólo esperar que aquella se observe. Si el sujeto “intolerante” repele la agresión necesaria, obrará antijurídicamente. La elusión de su incumbencia se tratará de una interrupción típicamente no justificada de un curso salvador. En

imputable frente al inimputable ya no reside en la exigibilidad (lo que se puede compeler), sino en las expectativas de cumplimiento conforme al deber de un sujeto autorresponsable (lo que se puede esperar). Porque el cumplimiento del deber del sujeto ya no descansa en la fuerza imperativa de la norma, sino en la autorresponsabilidad del sujeto²⁰⁴⁶. Lo que ha de quedar sometido, eso sí, a la fuerza imperativa de la norma será la imposición del castigo por la infracción del deber²⁰⁴⁷. La consecuencia de este planteamiento sería el siguiente: quien conoce más, sabe lo que tiene que hacer o no hacer, de modo que, en estos casos, el sujeto no necesita que el Estado le exija nada, pero sí puede contar con que éste espere que obre conforme a su autorresponsabilidad. El sujeto defrauda expectativas cuando infringe el deber de obrar conforme al deber y no, en cambio, porque desobedece exigencias²⁰⁴⁸. Como se ha visto en el capítulo dedicado a las incumbencias, la idea de autorresponsabilidad entronca con los deberes naturales que todo ciudadano posee en cuanto ser humano miembro de una sociedad: lo imperioso ya no viene dado por el Estado, sino por la consciencia de las incumbencias básicas que nos son comunes. Sería de una autocontradicción lógica, bastante notoria, que el Estado bajo la idea de la

sentido contrario, relaciona el deber de tolerancia con la exigibilidad, ROXIN, *StrafR, AT*, 2006 (4ª ed.), § 22, nms. 41 y ss., pp. 980 y ss. [1997, pp. 914 y ss.].

²⁰⁴⁶ Cfr. JONAS, *El principio de responsabilidad*, 2004 (2ª ed.), pp. 278-279. Seguramente, como afirma este autor, “un sistema de libertad hace posibles virtudes que sólo en la libertad pueden prosperar (...). Un elemento importante en el balance global es que atreverse a obrar autónomamente, a seguir el juicio propio, es ya una virtud en sí y conviene al hombre más que el refugiarse en los preceptos”.

²⁰⁴⁷ Desde lo que se denomina teoría descriptiva-monista (alética) de la norma penal se entiende que la norma penal, como enunciado descriptivo que informa al ciudadano una consecuencia lesiva por un hecho determinado, opera bajo razones de necesidad (así, por ejemplo, “es necesario no matar a otro hombre, para evitar la sanción”). Cfr. sobre esta explicación SANDRO, “La norma penal”, en *LH a Eberhard Struensee*, 2011, p. 599. Ya antes, HOYER, *Strafrechtsdogmatik*, 1997, pp. 48 y ss.

²⁰⁴⁸ En esto es preciso realizar una aclaración. En el *Capítulo Introductorio*, epígrafe *I.5.b. Teoría de las normas como normas de conducta y normas de sanción*, asumí una teoría de las normas de conducta más bien clásica, como norma directiva, pero matizando su cumplimiento desde la autorresponsabilidad (y de allí que la motivación de la norma sea sólo entendida como pretensión y no como función). Lo de la autorresponsabilidad ha quedado, a su vez, bien explicitado a lo largo de todo el *Capítulo Tercero*. Ahora bien, cuando empleo el concepto de norma de conducta como directiva o pauta orientadora estoy haciendo referencia a un enunciado descriptivo-prescriptivo de forma integrada, que se conecta directamente con la autorresponsabilidad del destinatario. Tanto la afirmación de un supuesto de hecho que da lugar a una sanción penal (enunciado descriptivo) como el deber de abstenerse de realizar el tipo penal (enunciado prescriptivo) conforman el contenido de la norma. Así, el enunciado descriptivo (óntico) “el que matare a otro recibirá una pena” sostiene implícitamente el enunciado prescriptivo (deóntico) “abstente de matar si no quieres ser penado”. Evidentemente, con ello, la norma penal no sólo orienta al sujeto de lo que a éste le conviene hacer si no quiere recibir un castigo, sino que, a la vez, determina (desde la amenaza de la pena, no desde el imperativo) a que actúe conforme al deber. Por eso, el autor al cumplir la norma, infringe una directiva de conducta a la vez que defrauda expectativas sociales de comportamiento adecuado. De una visión matizadamente distinta, SANDRO, “La norma penal”, en *LH a Eberhard Struensee*, 2011, pp. 599-603, 596 y ss., para quien la norma penal es un enunciado descriptivo exclusivamente.

autorresponsabilidad exigiera aquello que cada uno sabe que tiene que hacer, porque si aquélla es presupuesta en cada uno de nosotros no hay nadie que deba decirnos qué hacer, pero si esperar que obremos conforme a lo que sabemos que debemos hacer. En todo caso, el Derecho aspira a que cada uno de sus ciudadanos respete las normas y obre conforme al deber que surge en el caso concreto. Dicho esto, las verdaderas exigencias del Estado quedan reservadas para aquellas situaciones que resultan más complejas de cumplimiento, como lo son los casos de error²⁰⁴⁹, que analizo en el epígrafe siguiente.

1.a. El verdadero sentido de la idea de autorresponsabilidad es el que se maneja en la teoría del comportamiento responsable de la víctima. En estos casos se entiende que una víctima que obra de forma imputable “ha” de hacerse cargo parcial o totalmente de las lesiones padecidas, lo que puede llegar a desplazar la responsabilidad del autor. Nadie dice que en estos casos se le exija a la víctima que obre según sus incumbencias de autoprotección. Por el contrario, se espera que ella lo haga, de modo que el no hacerlo, comporta una “auto-sanción para ella” (la auto-sanción consiste en hacerse cargo de la autolesión y que nadie más lo haga, o en el no recibimiento de protección jurídica). Así, nada se exige a la víctima autorresponsable, sino que se espera de ella que se proteja. Lo mismo sucede con el autor de un delito.

2. No obstante, el deber no deja de ser deber porque se conciba la exigibilidad desde la autorresponsabilidad. Por el contrario, el deber es deber porque su infracción se encuentra sometida a una consecuencia jurídica como respuesta. Mientras que el cumplimiento del deber se encuentra sometido a la única voluntad del destinatario, sólo su no cumplimiento se ve constreñido con una pena. Y es en la primera dimensión que opera la exigibilidad, en la dimensión del cumplimiento espontáneo del deber. Dicho con otras palabras, el deber no es deber porque pueda ser exigida su observancia, sino porque puede castigarse su infracción. La voluntad de cumplimiento no está sometida a otra cosa que a la libre decisión del sujeto (sólo de modo indirecto y contingente lo está a la amenaza de un mal), mientras que la infracción sí que está sometida directamente a una sanción jurídica. En la concepción *imperativista* de la norma el deber tenía una naturaleza coactiva más intensa que en la concepción *determinativista* y mucho más aun que en la concepción *orientativa* de la

²⁰⁴⁹ La idea de la exigibilidad ha estado siempre contemplada del modo inverso: a mayor capacidad individual, mayor exigibilidad del Estado. Por citar algunos ejemplos, respecto de la imputación objetiva, PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido*, 1995, p. 123, señala que el Ordenamiento Jurídico exige más al sujeto que conoce más. También ROXIN, *StrafR, AT*, 2006 (4ª ed.), § 24, nms. 92-93, 122 y ss., pp. 1096, 1106 y ss. [1997, pp. 1028-1029, 1040 y ss.], en el ámbito de lo que él denomina la “imprudencia insignificante” (*Geringfügige Fahrlässigkeit*), considera que, por razones de inexigibilidad, se puede eximir de pena a la actuación insignificadamente imprudente.

norma²⁰⁵⁰. Estas dos últimas concepciones más liberales de la norma de conducta, se apoyan, o deberían apoyarse consecuentemente, en la idea de autorresponsabilidad. La crítica a las concepciones extremadamente liberales del Derecho es que dejan la libertad sin ataduras (la concepción propuesta en este trabajo ata la libertad a las incumbencias²⁰⁵¹). La voluntad de seguimiento de las normas no es algo que pueda exigirse al sujeto, sino que puede esperarse de él en directa proporción a su autorresponsabilidad; de allí que su incumplimiento pueda ser castigado, pero sobre la base de la defraudación de las expectativas²⁰⁵² y no, en cambio, de la lesión de la exigencia, ni como un acto de desobediencia. En cierto modo, la idea clásica de exigibilidad es incompatible con la de autorresponsabilidad, porque ésta no sólo significa capacidad de respuesta ante el delito, sino también capacidad para orientarse según las normas que evitan el delito y capacidad de realizar hechos por los que se ha de responder a futuro. Esta clase de capacidad es una capacidad entendida en términos dinámicos y con perspectivas, una capacidad de proyección individual en la sociedad y no como algo que surge *ex post* delito sólo para asumir el castigo por el hecho realizado. Es más, una capacidad entendida sólo de modo receptivo, es una idea muy restringida, muy pobre. Porque, que alguien pueda responder es porque pudo actuar libremente, conformando el ejercicio de su libertad a su capacidad de respuesta a futuro²⁰⁵³, antes que porque haya desobedecido una exigencia normativa.

3. En consecuencia, la exigibilidad por el cumplimiento o incumplimiento del deber tiene como presupuesto la autorresponsabilidad del sujeto, no el imperativo de la norma (con ello se libera al Estado de esa versión de “Estado malo” y lo pasamos a concebir como un “Estado sereno-nocturno”²⁰⁵⁴). Quien ejerce su poder “sin la observancia del deber” actúa

²⁰⁵⁰ Algunas reseñas sobre estas versiones en el *Capítulo Primero*, epígrafes *I.4.a. Teoría del delito desde la teoría de las normas*, *I.4.c. Teoría del delito desde una tesis mixta* y *I.5.b. Teoría de las normas como normas de conducta y normas de sanción*.

²⁰⁵¹ No lo explica en los mismos términos empleados en este trabajo, pero entiendo que se refiere a una idea similar MIRÓ LLINARES, *Conocimiento e imputación*, 2009, p. 258: “el ciudadano contaría con libertad de acción siempre que cumpla su deber, el de actuar (también omitir) de una determinada forma, y siempre que no se ponga en situación de no cumplir su deber o de afectar a terceros inimputablemente”.

²⁰⁵² Lo que no niega la infracción a la directiva de conducta.

²⁰⁵³ En sentido inverso, diría JONAS, *El principio de responsabilidad*, 2004 (2ª ed.), p. 165, “sólo quien tiene responsabilidad puede actuar irresponsablemente”, es decir, sólo el sujeto autorresponsable puede garantizar la observancia al deber, pero también la respuesta por su infracción.

²⁰⁵⁴ Sobre esta expresión JONAS, *El principio de responsabilidad*, 2004 (2ª ed.), pp. 278, 277-278. El Estado sereno-nocturno es el Estado de una concepción liberal, que deja “el mayor espacio posible para el libre juego de las fuerzas”, lo que, a mi entender, ha de atarse a las incumbencias, para no caer en un modelo engañoso de libertad.

irresponsablemente²⁰⁵⁵. Para favorecer el ejercicio de la libertad está el Estado que no exige, pero que espera que todos los sujetos capaces obremos de un modo autorresponsable observando las incumbencias más básicas del juego social²⁰⁵⁶. Que el Estado pueda castigar cuando se defraudan las expectativas de comportamiento correcto reside en el compromiso social que cada ciudadano asume políticamente como miembro del Estado (ya sea entendido como un contrato social, un discurso razonable, o cualquier otra concepción filosófico-política). Por lo demás, el criterio de exigibilidad que aquí se menciona no se refiere exclusivamente al principio normativo de la culpabilidad. Por el contrario, en este trabajo el mencionado criterio opera como un principio regulativo de obligada aplicación en toda la estructura del hecho punible²⁰⁵⁷. En sede del injusto esta obligada aplicación viene dada por la naturaleza determinativa de las normas de conducta. Sólo será factible que se determine u oriente libremente en el sentido de la norma quien conoce sus mandatos y prohibiciones, siendo, en consecuencia, “menos libre” en su actuación quien desconozca de modo a él no imputable, el sentido de los deberes e incumbencias. A mayor libertad autorresponsable va enlazada proporcionalmente una menor exigibilidad del comportamiento, que se plasma de modo genérico en un deber de evitar la realización del tipo penal. En otras palabras, el criterio de exigibilidad revela aquello que el Estado considera necesario que sus ciudadanos autorresponsables realicen en un sentido socialmente correcto. Es asimismo a través del criterio de exigibilidad que se puede proyectar el diferente desvalor que merecen las clases de conocimiento²⁰⁵⁸. Lo que el Estado esté dispuesto a tolerar de sus ciudadanos, y lo que esté dispuesto a exigir es algo que tiene estrecha relación con los fines del Derecho penal. Ello significa que el criterio de exigibilidad por sí solo no nos dice nada, esto es porque su naturaleza es meramente regulativa y no material. En todo caso se precisan de los fines del Derecho penal para completar la dimensión valorativa (normativa) de las clases de conocimiento. Según cuáles sean los objetivos que persiga el Derecho penal, el criterio de exigibilidad se acompañará a ellos.

²⁰⁵⁵ De esta idea JONAS, *El principio de responsabilidad*, 2004 (2ª ed.), p. 165.

²⁰⁵⁶ Cfr. JONAS, *El principio de responsabilidad*, 2004 (2ª ed.), p. 278. Los regímenes de libertad presentan un ineludible problema, cual es, que “cualquier ampliación de la libertad es una gran apuesta sobre si su bien uso prevalecerá sobre el malo”. Pero, en todo caso, siempre le quedará el recurso al Estado de sancionar la infracción de las leyes.

²⁰⁵⁷ En este sentido, SILVA SÁNCHEZ, “Observaciones sobre el conocimiento eventual de la antijuridicidad”, *ADPCP*, 1987, p. 663. Para este autor el baremo de lo exigible puede variar en la antijuridicidad y en la culpabilidad.

²⁰⁵⁸ Véanse las consideraciones generales sobre este punto en el *Capítulo Quinto*, E.1. EXCURSO.

4. Corolario del principio de autorresponsabilidad bien entendido sería el siguiente: como regla general no debería existir un derecho del Estado a exigir que cada uno se comporte como es debido, ni un deber del ciudadano a dejarse ser exigido, sino más bien debería existir un derecho del Estado a esperar que cada uno se comporte como es debido y un deber del ciudadano a mantener intactas tales expectativas. Esto es así porque la autorresponsabilidad no debería sólo operar –como actualmente sucede– como el presupuesto de un derecho del Estado al castigo del infractor, sino ya antes, como un derecho del Estado a esperar que el ciudadano autorresponsable se comporte debidamente²⁰⁵⁹. Por eso, el infractor lesiona antes un derecho a las expectativas, que un derecho a la exigencia. Evidentemente, en los delitos imprudentes el derecho del Estado a esperar menos se compensa con una necesidad (más que derecho) a exigir más, ante la inminencia clara de que las expectativas de comportamiento debido se frustrarán²⁰⁶⁰; las expectativas de un obrar conforme al deber se debilitan proporcionalmente al desconocimiento del autor. Frente al autor imprudente (el que no sabe, pero debe saber) el Estado tiene pronósticos cuasi seguros de un final lesivo, por eso refuerza su exigencia a través de las incumbencias de conocer.

5. La conclusión de este epígrafe puede resumirse en las siguientes palabras. La construcción de un sistema moderado de imputación subjetivo-penal responde al fundamento de la exigibilidad. Los criterios de imputación dependen de las expectativas sociales de conducta, pero entendidas en referencia al sujeto concreto y no a un hombre ideal. Es la sociedad la que espera que tal o cual conducta se realice o se deje de realizar teniendo en cuenta al autor individual y no, en cambio, que el sujeto debe satisfacer unas expectativas de conductas socialmente estandarizadas²⁰⁶¹. Sólo se puede imputar aquello que se puede esperar de un sujeto particular y no al revés: sólo se puede esperar aquello que se puede imputar en general. De quien sabe más se espera más, por eso se exige menos y se

²⁰⁵⁹ Por lo demás, desde el punto de vista del sujeto, el ejercicio de la autorresponsabilidad previene los excesos de la heterocoacción. Compárese lo dicho con una oportuna idea de SCHOPENHAUER, *El arte de ser feliz*, 2000, p. 58, regla n° 21: “nada permite sustraernos mejor a la coacción externa que la coacción que nos aplicamos a nosotros mismos. (...) Además, siempre mantenemos el poder sobre nuestra autoacción, y en un caso extremo (...), podemos aflojarla; en cambio la coacción externa es desconsiderada, intolerante y despiadada; por eso está bien prevenir ésta por medio de aquélla”.

²⁰⁶⁰ En un sentido bastante parecido, BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Dp*, 1994 (4ª ed.), p. 362, para quien “el delito culposo implica *normativamente* una exigencia mucho mayor en relación a los actos de los ciudadanos (no sólo no *debe* matar, sino además *debe* tener cuidado para no matar)”.

²⁰⁶¹ Lo que comúnmente se denominan expectativas sociales de conducta.

castiga más, y, de quien sabe menos se espera menos, por eso se exige más y se castiga menos. De un principio de autorresponsabilidad bien entendido se concibe al sujeto como el que ha de observar las incumbencias básicas para así orientarse según las normas jurídicas, de tal manera, que el Derecho sólo puede exigir mayor esfuerzo a quien no se percata, de que se percate, pero a quien sí advierte qué realidad le circunda, no le puede exigir nada más (sino que deja en sus manos que cumpla o no según su voluntad). El deber de evitación es algo que no se puede exigir según las capacidades del sujeto, sólo se puede exigir que se coloque en situación de conocimiento ante la norma. Luego se medirá según la capacidad de evitación el grado de castigo. Sin duda, un sistema de imputación que se construya a caballo de consideraciones sobre la realidad psicológica del sujeto imputado y los estándares de conducta esperados según sus capacidades y conocimientos²⁰⁶², será un modelo mucho más plausible que aquel otro que sencillamente contemple estos últimos e ignore los mínimos ontológicos²⁰⁶³. La plausibilidad del modelo viene dada por el respeto que se mantiene por la subjetividad del autor y, con ello, por el valor que se le otorga materialmente a la dignidad humana.

II.IV.3.a.i. Exigibilidad según la evitabilidad en el conocimiento y en el error

1. El modelo de la evitabilidad individual que se encuadra en el principio de autorresponsabilidad, opera como un criterio normativo de concreción del cumplimiento del deber de conducta²⁰⁶⁴. Esta evitabilidad consiste en lo siguiente²⁰⁶⁵: en sede de la tipicidad subjetiva, la observancia del deber de conducta queda circunscrito a los conocimientos y

²⁰⁶² Para definir estos estándares se ofrecen una serie de criterios basados en deberes e incumbencias.

²⁰⁶³ Comparten un modelo de imputación que requiere de una base psicológica, entre otros autores mencionados en otras partes del trabajo, PUPPE, “§ 15”, en *NK*, 2013 (4ª ed.), nms. 1-5, pp. 648 y ss.; HERZBERG, “Das Wollen beim Vorsatzdelikt”, *JZ*, 1988, pp. 636 y ss.; FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983, pp. 3, *passim*.

²⁰⁶⁴ Una vez más, en este punto, me distancio de la propuesta de JAKOBS, *Dp, Pg*, 1997 (2ª ed.), pp. 173-174, para quien el concepto de evitabilidad sólo cobra sentido en el ámbito de la acción, pero no en el tipo subjetivo. Para esta autor, en la evitabilidad no importa si el sujeto puede conocer que está prohibida la ejecución de la acción en sí o por sus consecuencias, porque la evitabilidad es independiente de la cognoscibilidad de la regulación jurídica. La cognoscibilidad no aporta nada al poder del autor de realizar o no realizar algo, sino que sólo da un buen motivo al autor leal al Derecho para utilizar su poder a fin de evitar lo prohibido, esto es, para controlar sus impulsos, no para dirigir su acción. De allí que la causación del resultado individualmente evitable es el supraconcepto que engloba el actuar doloso e imprudente. A mi criterio, sólo puede evitarse la conducta disvaliosa socialmente que el autor conoce o en la medida de lo que conoce.

²⁰⁶⁵ Este modelo ha sido criticado por su esencia naturalística, junto al modelo de la peligrosidad y del psicologismo. Más extensamente sobre el tema, PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido*, 1995, pp. 255 y ss.

capacidades psíquicas del sujeto concreto, que tiene que hacer todo lo posible para evitar realizar el tipo penal o el abstenerse todo lo posible de realizar el tipo penal²⁰⁶⁶. Baremo de medición de la evitabilidad individual será la hipotética regla de conducta que se espera que sea observada por el autor en la situación típica.

2. Ante las situaciones de conocimiento de una realidad evidente, el sujeto no precisa hacer mayores esfuerzos para el cumplimiento de la norma o mayores empeños por abstenerse de realizar el tipo penal²⁰⁶⁷. A diferencia del sujeto imprudente, el sujeto doloso posee mayor capacidad para evitar la realización del tipo penal y, por ende, mayor capacidad para no impedir la realización de los fines del Derecho penal²⁰⁶⁸. Esto, por un lado, libera al Estado de una mayor exigencia, debido a la mayor plenitud de la autorresponsabilidad del sujeto que conoce y, por el otro, genera en la sociedad una mayor expectativa de que el autor se puede comportar correctamente según lo que la norma le indica. En el delito doloso el autor defrauda, mucho más intensamente que en el delito imprudente, el *voto de confianza* que el Estado ha depositado en el desempeño correcto de su autorresponsabilidad, a la vez que defrauda las expectativas de sus pares sociales de que se comportará conforme al deber. Las expectativas de la sociedad no sólo se encuentran respaldadas por la existencia de un deber, sino antes por la existencia de un sujeto autorresponsable que puede hacerles frente. ¿De qué serviría un sistema de deberes que generaran expectativas de cumplimiento que no contara con sujetos autorresponsables capaces de corresponderlas? Por el contrario, en los

²⁰⁶⁶ Desde el criterio de la evitabilidad individual en el delito imprudente, PÉREZ DEL VALLE, *La imprudencia*, 2012, pp. 145 y ss., 181, 191 y ss.; EXNER, *Das Wesen der Fahrlässigkeit*, 1910, p. 208. Un planteamiento similar, en el ámbito del conocimiento de la prohibición (y del tipo), SILVA SÁNCHEZ, “Observaciones sobre el conocimiento eventual de la antijuridicidad”, *ADPCP*, 1987, p. 652, nota al pie 22. Para este autor hay que tener en cuenta lo que el Estado considera como exigible de los ciudadanos ante la lesión de los bienes jurídicos en cada una de las situaciones: conocimiento seguro, conocimiento probable y confianza irracional (p. 654). También WARDA, “Vorsatz und Schuld”, en *FS für Lange*, 1976, p. 145-146 (prefiere la expresión exigibilidad –*Zumutbarkeit*– para los casos de necesidad); el mismo autor en “Schuld und Strafe beim Handeln mit bedingtem Unrechtsbewusstsein”, en *FS für Welzel*, 1974, pp. 526, 529 y ss. (para el diferente tratamiento del dolo eventual y la culpa consciente en sede del error de prohibición emplea la expresión reprochabilidad –*Vorwerfbarkeit*–); en igual sentido, KAUFMANN, (Armin), “El dolo eventual en la estructura del delito”, *ADPCP*, 1960, pp. 203-206 [= “Der *dolus eventualis* im Deliktsaufbau”, *ZStW*, 1958, pp. 84-86].

²⁰⁶⁷ Dejando de lado los motivos que llevan al sujeto a delinquir que, seguramente, sí son un suficiente contrapeso en contra del cumplimiento del deber. Los motivos se valorarán en la imputación personal (culpabilidad).

²⁰⁶⁸ En el modelo de PAWLIK, esto podría ser entendido como una infracción intensa al deber de colaborar en el mantenimiento de los espacios de libertad. Para FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983, pp. 97 y ss.: “quien se ha percatado de aquel riesgo propio de su conducta que la convierte en prohibida y típica normalmente puede cumplir el mandato de la norma de no originar semejantes riesgos de forma sustancialmente más sencilla que la persona que precisamente no ha aprehendido aún esa peligrosidad amenazante”.

casos de error la realidad típica ya no se revela ante el sujeto de modo evidente²⁰⁶⁹, sino, por decirlo de una manera sencilla, la realidad se halla algo “escondida”²⁰⁷⁰. Para que el mensaje de la norma pueda llegar al sujeto imprudente es preciso que éste realice un mayor esfuerzo, en todo caso un mayor esfuerzo intelectual de advertencia, de previsión o de “descubrimiento” de la realidad que lo circunda. Por eso se dice que el sujeto imprudente cuenta con una capacidad disminuida de evitación de la realización del tipo penal –y con menor capacidad para no impedir la realización de los fines del Derecho penal-, pero, no una capacidad física y psíquica connaturalmente disminuida, sino una capacidad física y psíquica autorresponsablemente adquirida²⁰⁷¹, que se remonta a la infracción de una incumbencia de conocer²⁰⁷². Esto, por un lado, condiciona al Estado a una mayor exigencia, compeliendo al sujeto a un ejercicio autorresponsable de su libertad y, por el otro, genera en la sociedad una disminución de las expectativas de que el autor se comporte correctamente (ya porque se considere que el autor no alcanzará a darse cuenta, o porque se considere que el Estado no tiene éxito en su exigencia). Por eso, en el delito imprudente el autor simplemente “no está a la altura de las expectativas” de la sociedad²⁰⁷³, ni a la altura del *voto de confianza* que el Estado ha puesto en su autorresponsabilidad que, por eso mismo, necesita ser compelida.

3. En cuanto a los grados de conocimiento, los supuestos de conocimiento cierto van acompañados de mayor capacidad subjetiva de evitación, menor exigencia del Estado y mayores expectativas sociales de un obrar correcto. La menor exigencia del Estado está opacada por el principio de autorresponsabilidad que indica, que ante casos evidentes de lesión, el sujeto se abstenga de obrar. Por el contrario, en los casos de conocimiento incierto

²⁰⁶⁹ Gráficamente FEIJOO SÁNCHEZ, “La teoría de la ignorancia deliberada”, *InDret Penal*, 2015, p. 5, dice que “el autor imprudente nunca tiene el hecho típico ‘ante los ojos’, ni siquiera con dudas”.

²⁰⁷⁰ ZIELINSKI también construye el objeto del dolo desde el contenido de la norma y, por ello, considera acertado decir que el dolo indica una mayor culpabilidad que la imprudencia. En el caso de un delito doloso, el autor *puede reconocer más fácilmente la contrariedad a la norma de su proyecto de acción*, como consecuencia de la existencia de una norma de conducta que lo describe legalmente, mientras que el autor imprudente, no cuenta con una norma de conducta que describa su proyecto de acción, sino que está obligado a derivarla por sí mismo. Cfr. ZIELINSKI, *Dolo e imprudencia*, 2003, p. 30. También RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, 1999, p. 43.

²⁰⁷¹ “(...) caemos en errores que no proceden de falta de capacidad, sino de no haber prestado (...) la atención debida”. Sobre ello BALMES, *El criterio*, 1996 (11ª ed.), p. 12.

²⁰⁷² En el modelo de PAWLIK, la infracción a una incumbencia de conocer podría ser entendida como una infracción menos intensa que la infracción al deber de colaborar en el mantenimiento de los espacios de libertad.

²⁰⁷³ De allí que hablar también de defraudación de expectativas en el delito imprudente resulte inapropiado.

(duda) la capacidad subjetiva de evitación disminuye levemente, la exigencia del Estado aumenta levemente y las expectativas sociales disminuyen levemente²⁰⁷⁴. Cuando algún autor señala que en el hecho doloso se da *ex ante* una posibilidad objetivamente privilegiada de que su autor prevea el apartamiento de la regla jurídica²⁰⁷⁵, está haciendo referencia a la capacidad subjetiva de evitación que va ligada a la imputatividad, esto es, en el nivel del injusto doloso, al conocimiento típico en cualquiera de sus grados²⁰⁷⁶. Todavía, en relación con la duda pueden ofrecerse dos alternativas de exigencia según el modelo político de Estado: (1) una primera alternativa sería que el Estado tolere que ante situaciones de conocimiento dudoso los ciudadanos actúen manifestando al máximo su libertad, y, que en todo caso, respondan por las consecuencias lesivas: ¡ante la duda, actúa, pero atente a las consecuencias! Privilegiar el ejercicio de la libertad ante la duda llevaría a una respuesta punitiva sin condescendencias, es decir, máxima libertad-máxima responsabilidad. Esto supone un Estado que relaja al máximo su exigencia, delegando todo el peso del actuar y sus consecuencias en la autorresponsabilidad del sujeto²⁰⁷⁷. (2) Por el contrario, una segunda alternativa sería que el Estado no tolere un ejercicio de la libertad sin límites, sobre todo por razones preventivas, esperando que sea el sujeto autorresponsable que se autolimita. En este caso el Estado exigiría que, ante la duda, por lo menos, los ciudadanos se informen, o por lo mucho, que los ciudadanos se abstengan de manifestar su libertad²⁰⁷⁸:

²⁰⁷⁴ A diferencia de los casos de conocimiento cierto, los supuestos de dudas resolubles se ven sujetos a una incumbencia de conocer, en términos de cerciorarse, verificar o informarse, acerca de la situación para resolver o despejar la duda. En el ámbito del conocimiento de la antijuridicidad, KAUFMANN, (Armin), “El dolo eventual en la estructura del delito”, *ADPCP*, 1960, pp. 203 y ss. [= “Der *dolus eventualis* im Deliktsaufbau”, *ZStW*, 1958, pp. 84 y ss.]. Para este autor a los casos de conocimiento eventual de la antijuridicidad es aplicable la misma teoría de la aprobación o de la indiferencia del dolo eventual, de modo que cuando el autor considera probable que su actuar resulte antijurídico se aplicará el principio de que la duda acerca del deber tiene que ser resuelta en favor del deber. Comparte esta solución, aunque descartando el elemento de reprochabilidad de la actitud interna, orientándose hacia criterios de exigibilidad, SILVA SÁNCHEZ, “Observaciones sobre el conocimiento eventual de la antijuridicidad”, *ADPCP*, 1987, p. 655.

²⁰⁷⁵ Cfr. PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, 2011, p. 648. En la imprudencia sucede a la inversa: *ex ante* existe tan sólo una posibilidad objetivamente atenuada de que su autor prevea el apartamiento de la regla.

²⁰⁷⁶ Cfr. PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, 2011, p. 650. Tanto quien actúa conociendo racionalmente, como quien lo hace no conociendo irracionalmente se encuentran, objetivamente, en mejores condiciones (esto es, con mejores posibilidades) de poder prever el apartamiento de la regla.

²⁰⁷⁷ No obstante, ésta no es una conclusión ineludible. También podría sostenerse el argumento inverso: si el Estado tolera (fomento por omisión), que se asuman riesgos ante la duda, entonces lo congruente sería prever consecuencias jurídicas atenuadas para hechos de menor disvalor cognitivo, porque el Estado se estaría contradiciendo si luego castigara severamente el ejercicio de una libertad que él toleró al inicio.

²⁰⁷⁸ “Se piensa generalmente que las dudas en torno a la infracción del deber deben resolverse a favor del cumplimiento de éste y, así las cosas, es lógico que el no hacerlo dé lugar a responsabilidad, incluso en la misma medida que si no hubiera duda alguna sobre la antijuridicidad del hecho”. Cfr. SILVA SÁNCHEZ,

¡ante la duda, infórmate, o, por último, abstente! Para el caso de que los ciudadanos manifestaran su libertad, el Estado le reservaría un castigo atenuado, fundado en la menor capacidad cognitiva de observancia de la norma. Habíamos visto que cuanto más se exigía (en este caso se exige más que en el conocimiento cierto) se castigaba menos (en este caso se castiga menos que el conocimiento cierto). Al priorizar el deber de abstención estamos limitando el ejercicio de la libertad desde la perspectiva *ex ante*, pero, sin dejar de reconocer que su eventual ejercicio en contra del deber²⁰⁷⁹, se debió a un supuesto de conocimiento incierto, que nos permite fundamentar un menor desvalor del hecho.

4. Por su parte, los casos de error de tipo vencible van acompañados de menor capacidad subjetiva de evitación, mayor exigencia del Estado, y menores expectativas sociales de que se obre correctamente. El fundamento del porqué el Estado exige más al sujeto que obra bajo una creencia errónea, se debe a que éste más que no comprender la situación típica en la que se ve envuelto, no llega a atinar²⁰⁸⁰. Al igual que en el delito doloso, en el delito imprudente el presupuesto del cumplimiento del deber es la autorresponsabilidad del sujeto. La diferencia estriba, en cambio, en que la autorresponsabilidad del sujeto imprudente está vinculada a las incumbencias de conocer, mientras que en el autor doloso lo está directamente al deber de evitar la realización del tipo penal. Justamente, porque la autorresponsabilidad del autor imprudente no llega a conectarse en el caso concreto con el deber de evitar la realización del tipo penal, la exigencia del Estado se intensifica. Pero, en esto, la exigencia del Estado no se entiende en términos imperativos, sino en términos de necesidad, como un complemento al déficit subjetivo de capacidad de evitación del delito del autor. El Estado exige más porque el sujeto no sólo se revela incompetente de cara a la

“Observaciones sobre el conocimiento eventual de la antijuridicidad”, *ADPCP*, 1987, p. 649 (citando a WARD, 1974).

²⁰⁷⁹ En todo caso, lo que se emprende con algún grado de conocimiento se hace *a riesgo y ventura* de los resultados. El DRAE define la expresión “a riesgo y ventura” como una locución adverbial (Dicho de acometer una empresa o de celebrar un contrato: Sometiéndose a influjo de suerte o evento, sin poder reclamar por la acción de estos).

²⁰⁸⁰ Muy ejemplificativa al respecto una ilustración de BALMES, *El criterio*, 1996 (11ª ed.), pp. 167, 169-170, cuando explica que la verdad muchas veces no está en la dificultad de comprender, sino en la de atinar. Así, “el talento consiste muchas veces en ver una relación que está patente y en la cual nadie atina. Ella en sí no es difícil, y la prueba está en que tan pronto como alguno la descubre y la señala con el dedo diciendo: ‘Mirad’, todos la ven sin esfuerzo, y hasta se admiran de no haberlo advertido”. Para trasladar a nuestro campo, se podría decir que el sujeto imprudente *obra con poco talento* (capacidad) en el supuesto típico concreto, respecto de una realidad no demasiado difícil de descubrir y que es descubierta ni bien pronto alguien (Estado) le exige observar una incumbencia básica de conocer o ni bien pronto, pasado el hecho, alguien (Estado) le hace ver con una pena que, lo que estaba frente a sus ojos, era algo fácil de descubrir.

observancia del deber sino que se revela incompetente, ya antes, de cara a la observancia de sus incumbencias más básicas. Ante una realidad no evidente para el sujeto imprudente hay una mayor exigencia en cuanto al esfuerzo que él debe invertir para aprehender cognitivamente la realidad típica en la que se ve inmerso. Se intensifica el deber de conocer a medida que los hechos son menos evidentes, o a medida que los factores o indicadores del riesgo se encuentran dispersos, son poco concisos, ambiguos o directamente no se aprecian superficialmente, y esto repercute en una aminoración de la pena, porque el sujeto tiene que realizar un mayor esfuerzo intelectual de percepción, captación o de interpretación. En estas situaciones al autor del hecho se le desgrava o descarga de responsabilidad a través de una pena menor, al habersele exigido interconexión y asociación de todos los factores de riesgo en casos típicos no palmariamente evidentes. Esto no significa premiar a los distraídos, sino en no agravar la pena a los que cuentan con menor capacidad de evitación de un resultado lesivo, el cual sólo puede ser evitado ejercitando un esfuerzo intelectual mayor. La vencibilidad del error se explica desde la capacidad de evitación individual y no desde la capacidad de evitación objetiva. Son las circunstancias personales del autor las que van a condicionar la evitabilidad, porque sólo sobre la base de aquellas se erigen las incumbencias. La evitabilidad no depende de lo que el hombre medio hubiese hecho en el lugar del autor, sino de lo que el autor hubiese podido hacer según lo que sus circunstancias personales y deber en el contexto de riesgo le indicaban hacer. Hay que valorar la posición y los conocimientos del autor, en relación con la situación típica, porque sólo así podrá determinarse en qué medida los indicios del riesgo eran o no evidentes para el autor, y sólo a partir de la facticidad de la actividad que realizaba se podrá determinar qué incumbencias a él le correspondía observar. Antes de cerrar este párrafo, cabe una breve aclaración todavía. El sujeto que yerra no es siempre el sujeto imprudente, que obra de forma alocada y temeraria. Por el contrario, también el que yerra es el que observa prudencia en su actuar, sólo que en el caso no ha observado *la* norma de cuidado que le hubiera permitido advertir el peligro²⁰⁸¹.

²⁰⁸¹ Resta tener en cuenta el error de tipo invencible. En estos casos hay una nula capacidad subjetiva de evitación, de modo que el Estado no tiene exigencia alguna, y, por ende, no concurren expectativas sociales de que se obre correctamente, sino, por el contrario, una cierta compasión por el sujeto si éste, además, sale lesionado (*poena naturalis*). Por ejemplo, el camarero que sirve sin saber una comida manipulada por un tercero para que el comensal se coja una indigestión y luego éste ataca imprevisiblemente al camarero lesionándolo, se dice que la lesión que sufre el camarero genera una mayor compasión social que respecto de quien en la comisión dolosa de un delito de hurto se lesiona al perder el equilibrio y cae por la escalera de la casa de la víctima.

5. En cuanto a las incumbencias comunes del conocimiento incierto y la creencia errónea, puede establecerse un paralelismo superficial que se manifestará entre las dudas resolubles y los errores vencibles, y entre las dudas irresolubles y los errores invencibles²⁰⁸². Así, tanto en las dudas resolubles como en los errores vencibles concurre una posibilidad real de despejar la duda o salirse del error, a diferencia de las dudas irresolubles y los errores invencibles en donde esta posibilidad es inexistente. Más allá de esta coincidencia superficial lo que queda entre estas figuras en materia de exigibilidad ya es pura diferencia. De modo distinto de los casos de error, en todos los supuestos de duda, sean o no resolubles, concurre algún grado de conocimiento sobre el extremo de disvalor social de la conducta por parte del sujeto, de modo que las incumbencias que pesan sobre él son diferentes. Mientras que en la duda resoluble el sujeto o bien se informa o bien se abstiene, en el error vencible el sujeto sólo puede informarse, y este deber de información es de intensidad débil, teniendo en cuenta justamente su estado de desconocimiento del extremo típico. Asimismo, en la duda irresoluble el deber de abstenerse sigue en pie, a diferencia del error invencible en donde prácticamente no hay deber que sujete al agente. En los casos de conocimiento incierto no es posible exigir sólo un deber de información, sino también un deber de abstención de obrar en situaciones dudosamente disvaliosas, porque a pesar de la duda, el sujeto conoce acerca de la probabilidad de lo típico, y esto ya es razón suficiente para la abstención²⁰⁸³. Muchos resultados son posibles al observar el deber de información en los casos de duda resoluble: (a) el sujeto se informa, pero sigue con la misma duda (duda resoluble, en donde opera el deber de abstenerse de obrar); (b) el sujeto se informa de modo razonable, pero no obtiene claridad sobre el asunto (duda irresoluble, en donde opera el deber de abstenerse de obrar); (b) el sujeto se informa y se da cuenta de la lesividad de su conducta (dolo directo, si actúa a pesar de ello); (c) el sujeto se informa y obtiene de modo no culpable una información errada, que le hace creer que obra de modo permitido (error de tipo inevitable); (d) el sujeto se informa por una fuente no fiable, o de modo muy ligero, y obtiene por ello, de modo culpable, una información errada que le hace creer que obra de modo permitido (error de tipo evitable, en donde opera un deber de información de

²⁰⁸² Sostiene un paralelismo entre la duda resoluble (de la prohibición) con el error vencible (de la tipicidad), y la duda irresoluble (de la prohibición) con el error invencible (de la tipicidad), SILVA SÁNCHEZ, "Observaciones sobre el conocimiento eventual de la antijuridicidad", *ADPCP*, 1987, pp. 655-656. Si mal no he entendido, no en vano las expresiones *valoración* paralela en la esfera del profano y *conocimiento* paralelo en la esfera del profano han caracterizado a los diferentes planos de la tipicidad y antijuridicidad, respectivamente.

²⁰⁸³ Una aclaración: como para las dudas irresolubles sólo resulta aplicable un deber de abstención, llegado el caso, se habrán de castigar más atenuadamente que la dudas resolubles, priorizando el ejercicio de la libertad.

intensidad debilitada). Diferentes resultados se producen, en cambio, cuando se observa el deber de información en los casos de error de tipo vencible: (a) el sujeto se informa de modo razonable, pero no obtiene claridad sobre el asunto (error de tipo vencible si es de esperar un esfuerzo más del autor, en donde seguiría en pie un deber de información, o error de tipo invencible, si el sujeto ha dado todo de sí); (b) el sujeto se informa, y adquiere un nuevo conocimiento, pero en grado de incerteza (si es una duda resoluble, rige un deber intensificado de informarse, o de abstenerse de obrar; si es una duda irresoluble, rige un deber de abstenerse); (c) el sujeto se informa y se da cuenta de la lesividad de su conducta (dolo directo, si actúa a pesar de ello); (d) el sujeto se informa razonablemente y obtiene de modo no culpable una información errada, que le hace creer que obra de modo permitido (error de tipo inevitable²⁰⁸⁴); (e) el sujeto se informa por una fuente no fiable, o de modo muy ligero, y obtiene por ello, de modo culpable, una información errada que le hace creer que obra de modo permitido (error de tipo evitable, en donde opera todavía un deber de información, porque él no ha dado todo de sí, por ejemplo, al recurrir a una fuente no fiable²⁰⁸⁵).

6. En conclusión, el principio de autorresponsabilidad determina que en los delitos dolosos la exigibilidad del deber es menor, mientras que la expectativa social del cumplimiento del deber es proporcionalmente mayor a la mayor capacidad de evitación subjetiva del delito. Por el contrario, en los delitos imprudentes, la exigibilidad del deber es mayor, mientras que la expectativa social del cumplimiento es proporcionalmente menor a la menor capacidad de evitación subjetiva del delito.

II.IV.3.b. Casos problemáticos de la imputación dolosa y de la imputación imprudente

1. Hasta aquí, a lo largo de todo el texto se pudo ir apreciando un cuantioso grupo de casos que se prestan a resoluciones difíciles y polémicas. Como no podré referirme a todos ellos en el ámbito de este trabajo, he escogido, los que a mi criterio resultan más problemáticos

²⁰⁸⁴ La diferencia con el supuesto (a) es que, en éste el error de tipo inevitable viene dado porque el sujeto ha puesto todo de sí y, por eso, ya no puede salir del error. En cambio, en el supuesto (d) el error de tipo inevitable viene dado por una fuente externa fiable.

²⁰⁸⁵ La diferencia con el supuesto (a) es que, en éste el error de tipo vencible se deriva de una fuente fiable, pero que puede ser vencido por un mayor esfuerzo del sujeto, porque éste aún cuenta con posibilidades de seguir informándose según sus capacidades. En cambio, en el supuesto (e) el error de tipo evitable viene dado porque el sujeto recurrió a una fuente no fiable y ello hace esperar que el sujeto se esmere por conseguir una fuente fiable.

en sede de la imputación. En concreto, y en el orden en que los menciono, estos casos problemáticos se refieren a los conocimientos coconscientes, conocimientos especiales, asunción de riesgos extravagantes, asunción de consecuencias colaterales y asunción de riesgos controlables.

II.IV.3.b.i. Conocimientos coconscientes o marginales: ¿imputación dolosa?

1. Hemos visto que entre las clases de conocimiento podíamos distinguir entre conocimiento consciente y coconsciente, como el que reside de modo marginal o “al costado” de la consciencia²⁰⁸⁶. En la doctrina del dolo esto se traduce en la siguiente clasificación: cuando el conocimiento se encuentra en el centro de la consciencia es un “conocimiento consciente” (en sentido estricto) o actual y cuando se encuentra en la periferia de la consciencia es un “conocimiento coconsciente”, periférico, marginal o sobreactual. También hemos visto que los casos de conocimiento coconsciente se caracterizaban porque el sujeto tenía un deber o una incumbencia de integrar lo coconsciente al centro de la consciencia.

2. El principal inconveniente de dar vía libre de forma automática a la coconsciencia como dolo es su confusión con la imprudencia, al decir de algún sector de la doctrina²⁰⁸⁷. De hecho, sus partidarios consideran que, si se prescinde de la consciencia actual de las circunstancias típicas se destruye la frontera entre el dolo y la culpa²⁰⁸⁸. A mi entender, los estados mentales del conocimiento (consciente y coconsciente) y de la creencia errónea son la base subjetiva necesaria para el cumplimiento del deber u observancia de la incumbencia, pero que han precisarse según el contexto o la realidad que el sujeto vive. Sólo considerando los factores objetivos de riesgo, las capacidades individuales y los conocimientos actuales y potenciales del autor se podrá determinar si al sujeto le asiste un

²⁰⁸⁶ Véase, *Capítulo Segundo*, epígrafe *II.II.4.a.i. Conocimiento consciente y coconsciente*.

²⁰⁸⁷ Así, KÖHLER, “Vorsatzbegriff”, *GA*, 1981, p. 290. Más crítico todavía FRISCH, “Vorsatz und Mitbewußtsein”, en *GS für Armin Kaufmann*, 1989, pp. 318 y ss.

²⁰⁸⁸ Cfr. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 1969 (11ª ed.), § 13, p. 65 [1970, p. 96]. Por su parte ROXIN, *StrafR, AT*, 2006 (4ª ed.), § 12, nm. 128, p. 500 [1997, p. 474], prefiere concretar el pensamiento de PLATZGUMMER y aclara que el reconocimiento de la coconsciencia irreflexiva (*unreflektierten Mitbewusstseins*) o acompañante entraña el peligro de ampliar el campo del dolo a costa de la imprudencia. Por eso, será necesario que todo el conocimiento que el sujeto haya adquirido con anterioridad se encuentre lo suficientemente interiorizado como para sostener la posibilidad de imputarle el dolo (el conocimiento coconsciente no opera de forma automática). También, con reparos acerca de la aplicación automática de la coconsciencia, KÖHLER, “Vorsatzbegriff”, *GA*, 1981, pp. 288, 290 y s.

deber o una incumbencia o ambas obligaciones a la vez. En efecto, no será la ubicación “al margen” del conocimiento lo que ha de dar lugar sin excepción al delito imprudente. No son siempre los conocimientos coconscientes casos de imprudencia. Por el contrario, lo que permitirá que tal o cual error se impute a título de dolo o de imprudencia será el deber o incumbencia que le asiste al sujeto en el caso concreto. En el ejemplo del cazador puede decirse, que en el entorno del riesgo permitido que rodea al sujeto, la obligación que a él le acompaña es la de una incumbencia de actualizar el conocimiento (volver lo coconsciente a la consciencia o, lo que es lo mismo, convertir el conocimiento coconsciente en conocimiento consciente). Es la infracción a esta incumbencia la que dará lugar a la imprudencia consciente y no la ubicación geográfica del conocimiento dentro de la coconsciencia (en esto ROXIN es más psicologista de lo que parece cuando descarta in limine la coconsciencia para el dolo²⁰⁸⁹). Ahora bien, ¿porqué se trata de una incumbencia y no de un deber de actualizar el conocimiento? A mi criterio, la respuesta hay que buscarla en la clase o naturaleza de riesgo que se asume. Si se trata de un riesgo permitido (como el de la caza o la conducción automotor) entonces, en principio –y sólo en principio-, concurrirá una *incumbencia de actualizar el conocimiento* (conocimiento coconsciente abstracto del riesgo potencialmente lesivo que suponen esas actividades), dando lugar a una *imprudencia consciente*, pero si se trata de un riesgo permitido condicionado²⁰⁹⁰ (como el ejercicio de la medicina) entonces, en principio –y sólo en principio-, concurrirá un *deber o una incumbencia cualificada de actualizar el conocimiento* (en estos casos el sujeto posee un conocimiento coconsciente concreto en su *mental*) o *de adquirir el conocimiento* (en estos casos el sujeto posee un conocimiento coconsciente abstracto de lo que debe conocer para ejercer la medicina; el conocimiento es potencial, *extramental*), dando lugar al *dolo*. Por el contrario, una *simple incumbencia de adquirir conocimiento* en una situación de riesgo permitido (conocimiento coconsciente abstracto o conocimiento potencial), genera una *imprudencia inconsciente no punible*. En los casos de riesgo prohibidos el error sobre algún extremo típico secundario o colateral ha de ser examinado desde el deber cualificado de conocer en situaciones de riesgo prohibido todas las posibles consecuencias (incluyendo algunos desvíos).

3. Para apreciar en dónde reside la distinción que acabo de mencionar me valdré de dos ejemplos propuestos por la doctrina, a los que les añado algunas variantes:

²⁰⁸⁹ Como lo reseñé en el *Capítulo Segundo*.

²⁰⁹⁰ En los términos empleados en este mismo capítulo, *supra*.

(a) un cazador decide disparar hacia unos matorrales que se mueven, sabiendo que sus compañeros se dirigieron momentos antes hacia esa zona. El cazador dispara y como consecuencia un compañero resulta muerto²⁰⁹¹.

(a.1) variante uno: al cazador le advirtieron horas antes, que un guardabosque se encuentra en la zona de tiro²⁰⁹² y, al disparar hacia el matorral que se mueve, mata al guardabosque.

(b) un terrorista oculta una bomba dentro de una papelera que se halla junto a una parada de autobús, programada para explotar hacia las diez de la noche, hora en la que no acostumbra a pasar nadie por el lugar, según lo ha estado observando el terrorista días antes. La bomba explota a la hora prevista matando a un transeúnte²⁰⁹³.

(b.1) variante uno: el terrorista coloca la bomba a explotar a las diez de la noche y al explotar no mata a nadie.

(b.2) variante dos: el terrorista coloca la bomba en una papelera alejada (en un polígono industrial), por donde no transita nadie después de las ocho de la noche. Al explotar la bomba transitaba una persona que resulta fatalmente herida.

(b.3) variante tres: sobre la variante anterior, la bomba explota sin presencia de persona alguna y, por ende, sin matar a nadie.

4. Respecto de las dos principales variantes del caso, algún autor sostiene que podría suceder que tanto el cazador como el terrorista alegaran cada uno por su lado ante un Tribunal, que pese de haberse representado todas las circunstancias del hecho, incluida la potencial capacidad lesiva del riesgo, no obstante, ninguno de ellos integró el riesgo en un juicio de atribución de capacidad lesiva en el momento de actuar²⁰⁹⁴. Ciertamente, un Tribunal (real, de la práctica) tendría razones plausibles para creer la versión del cazador y condenarlo sólo por un tipo imprudente, pero, respecto del terrorista resultaría increíble un

²⁰⁹¹ Ejemplo tomado de RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, 1999, p. 171.

²⁰⁹² Sobre el ejemplo del cazador, con esta variante ROXIN, *StrafR, AT*, 2006 (4ª ed.), § 12, nm. 122, p. 497 [1997, p. 472], que lo resuelve como un homicidio imprudente.

²⁰⁹³ Ejemplo tomado de RAGUÉS I VALLÈS, *ibidem*, p. 172.

²⁰⁹⁴ Cfr. RAGUÉS I VALLÈS, *ibidem*, pp. 171-173.

hecho así y se le castigaría por un delito doloso²⁰⁹⁵. No obstante, aun quedarían algunas cuestiones por resolver, teniendo en cuenta que la “estructura mental” de ambos casos (cazador y terrorista) es idéntica: un sujeto conoce el potencial lesivo del instrumento que está empleando y sabe de la posible presencia de hipotéticas víctimas en el ámbito en el que se desencadena el riesgo, pero llega a la conclusión de que, en su caso, no va a producirse víctima alguna²⁰⁹⁶. A mi entender, la principal razón que lleva a intuir el dolo en un caso y la imprudencia en el otro es la que descansa en la misma naturaleza del riesgo y en el marco fáctico-valorativo en el cual el riesgo se desarrolla, porque según las circunstancias que rodean a la situación típica se desprenden diferentes incumbencias para el sujeto. Mientras que en el caso del terrorista, la sola naturaleza prohibida del riesgo que éste genera con su conducta hace notorio la relevancia de un deber de abstención, en el supuesto del cazador, el riesgo tan sólo hace surgir una incumbencia de cercioramiento. Al sujeto aún no se le prohíbe actuar. Como se ha manifestado en otras oportunidades, en todos los riesgos *ab initio* permitidos existe un permiso de actuación sobre la base de determinadas condiciones. Una de ellas es obrar adecuando la conducta constantemente dentro de los límites del riesgo permitido y otra es la de no abusar de dicho riesgo²⁰⁹⁷. Dicho de otro modo y, más que como conclusión, como una premisa a tener en cuenta en el momento de resolver los casos: en el ejemplo del cazador se castiga como imprudencia porque se trata de un riesgo *ab initio* socialmente permitido (la cacería), a diferencia del caso del terrorista, que se castiga como dolo porque se trata de la creación de un riesgo socialmente ofensivo²⁰⁹⁸. Esta distinción de la naturaleza del riesgo que el sujeto asume es un primer paso para determinar qué clase de deber o incumbencia concurre en el supuesto concreto. Si, acaso, una incumbencia de

²⁰⁹⁵ Cfr. RAGUÉS I VALLÈS, *ibidem*, p. 172.

²⁰⁹⁶ Cfr. RAGUÉS I VALLÈS, *ibidem*.

²⁰⁹⁷ Considérese lo que más adelante menciono sobre el riesgo permitido condicionado.

²⁰⁹⁸ Algunos de los primeros defensores de una teoría intelectualista del dolo, para delimitar el dolo de la imprudencia, sostenían que en los casos de “conducción temeraria” podía darse que el sujeto haya eliminado mentalmente la eventual producción de un resultado lesivo, pero no, en cambio, en un caso como el de la “correa de cuero”; todo ello sin fundamentar el porqué se da tal eliminación en el primer supuesto (castigando sólo por imprudencia) y no en el segundo (que da lugar al dolo). Sobre tal propuesta, véase más adelante SCHMIDHÄUSER, “Die Grenze zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Straftat”, *JuS*, 1980, pp. 244 y ss. A mi entender, tales soluciones se originan en una razón intuitiva que hace pensar que quien conduce excesivamente puede no representarse el riesgo de lesión al tratarse de un riesgo inicialmente permitido, pero quien se encuentra realizando una conducta ilícita, sí puede representarse las consecuencias lesivas. Sobre la conducción con desprecio y la tentativa de homicidio en nuestra doctrina, RAGUÉS I VALLÈS, “Conducción de vehículos con consciente desprecio por la vida de los demás”, *ADPCP*, 1997, pp. 787 y ss.; sobre la llamada conducción suicida, SILVA SÁNCHEZ, “Consideraciones dogmáticas y de política legislativa sobre el fenómeno de la ‘conducción suicida’”, *LL*, 1988, pp. 970 y ss.; y la conducción en estado de embriaguez, SILVA SÁNCHEZ, “Consideraciones sobre el delito del art. 340 bis a) 1º CP”, *RJC*, 1993, pp. 25 y ss.

integrar los conocimientos coconscientes en la consciencia o un deber de abstenerse de realizar el tipo penal (con el consecuente deber de cerciorarse de todos los extremos lesivos que pueden generarse de la situación típica).

5. Desde los diferentes matices de las variantes en cada uno de los casos intentaré responder si concurre dolo o imprudencia. Respecto del supuesto del *cazador*. A simple vista parece que no se trata de soluciones iguales el caso (a) y el (a.1.) porque las circunstancias del riesgo varían significativamente, porque mientras que el primero advierte por sí mismo que unos minutos antes del disparo algunos de sus compañeros se habían dirigido hacia el matorral contra el cual él termina disparando, el segundo no ha presenciado dicha circunstancia, sino que ha sido advertida de ella. El cazador (a) conoce modo coconsciente acerca de la eventual presencia de algunos de sus compañeros en la zona de tiro, junto al conocimiento del peligro de muerte o de lesiones que se generaría al disparar hacia dicha zona. No se admitiría, en consecuencia, sostener de un modo tan liviano, que el sujeto simplemente ha infringido una incumbencia de volver consciente lo coconsciente. Por el contrario, dada la adquisición de una información previa del lugar en donde se podrían encontrar sus compañeros (factor de riesgo típico), él tenía algo más que una incumbencia de actualizar su conocimiento coconsciente, tenía una incumbencia de cerciorarse más cercana al dolo eventual que a la imprudencia consciente. Por ello, aunque el cazador (a) en el instante de disparar se representara que está cazando un jabalí, porque se encuentra justamente en el lugar apropiado en donde se cazan jabalíes, no obstante, contaba con un conocimiento de la situación potencialmente lesiva que le hacía responsable de actualizar todos los detalles del riesgo *ya* prohibido, de modo que, en conclusión, lo debido era abstenerse de disparar hasta tanto no estar seguro que detrás de los matorrales no se encontraba ningún cazador. Sin embargo, cabe en relación con este punto también preguntarse si acaso es posible que concurren al mismo tiempo un conocimiento coconsciente de la ubicación de los compañeros y una falsa representación actual de la presencia de un jabalí. En principio, sería posible que de forma sincrónica concurren dos fenómenos mentales excluyentes: compañeros versus animal siempre y cuando uno de ellos sea coconsciente y el otro sea consciente²⁰⁹⁹. ¿Pero cuál de ellos ha de pesar más que el

²⁰⁹⁹ También sería posible una representación sincrónica de dos factores extremos, si existieran grados de incerteza en relación con ellos, esto es, si el sujeto dudara al respecto. Por regla general, dos fenómenos mentales excluyentes sincrónicamente no podrían concurrir en la medida que el error es el reverso del conocimiento, a excepción de los casos mencionados.

otro? El fenómeno sobreactual se trata de un supuesto de conocimiento al cual le acompaña una incumbencia de integrar lo coconsciente al centro de la consciencia, mientras que el fenómeno actual se trata de un supuesto de error al cual le acompaña una incumbencia de conocer. Lo más fácil y accesible al sujeto en el momento de los hechos es integrar el conocimiento coconsciente a la consciencia, a la vez que en el caso concreto es lo que se espera teniendo en cuenta el riesgo que se asume. De este modo, si es fácilmente posible hacer consciente lo coconsciente y esto a su vez comporta un riesgo prohibido (a diferencia de la representación errónea, que comporta un riesgo permitido), entonces, el cazador debió haber hecho consciente aquello que conocía al margen, debió haber “arrojado luz” a esa zona marginal de su consciencia latente. Con ello, lo que ha de prevalecer será el cumplimiento de aquella incumbencia que haga referencia a aquél fenómeno mental que sea suficiente indicio de la concurrencia de una situación típica. En conclusión, aunque el sujeto creía de modo *erróneo* que disparaba a un animal, en verdad, su creencia fallida no contaba con suficiente base racional como para desplazar la virtualidad del conocimiento coconsciente que tenía de la ubicación de sus compañeros, en la medida en que el *síndrome de riesgo (Risikosyndrom)* prohibido que concurría le forzaba a actualizar los detalles de la situación y, en su caso, a cerciorarse de los efectos de su comportamiento²¹⁰⁰. En este sentido, su estado mental se aproxima más al dolo eventual, que a la imprudencia consciente, por cuanto el riesgo permitido de cazar es a la vez potencialmente prohibido de matar y existe, respecto de este último, una coconsciencia fácilmente consciente. Una vez más, en este supuesto el deber no consistiría tanto en informarse, sino en integrar el conocimiento coconsciente en la consciencia (pensando expresamente en ello) y, a partir de allí, actuar en consecuencia, por ejemplo, absteniéndose de disparar hasta constatar fielmente que sus compañeros no se encuentran detrás del matorral.

6. Teniendo en cuenta lo dicho, al igual que el caso (a), el cazador del caso (a.1) tiene un conocimiento coconsciente de la existencia de un guardabosque por la zona de tiro, también en el momento de disparar (porque ha sido advertido) momentos antes por un tercero. Pero, a diferencia del caso (a), el conocimiento coconsciente del cazador (a.1) no es fácilmente

²¹⁰⁰ En los términos que STRUENSEE, “El tipo subjetivo del delito imprudente”, *ADPCP*, 1987, pp. 435 y ss. [= “Der subjektive Tatbestand des fahrlässigen Delikts”, *JZ*, 1987, pp. 53 y ss., 57, 62], le otorga al síndrome de riesgo: “constelación de circunstancias objetivas que resultan negativamente valoradas porque el ordenamiento jurídico conecta a ellas la prognosis de una posible lesión del bien jurídico (causación del resultado típico) prohibiendo, por tanto, la producción final de tal constelación”. En esta línea, también SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, 2005, p 273 (que emplea la fórmula del síndrome de riesgo no sólo para la imprudencia, sino también para los delitos de puesta en peligro).

consciente, al menos según tres circunstancias que hacen al contexto del riesgo y al deber. Una circunstancia temporal, otra espacial y otra de percepción visual. El argumento temporal cobra sentido en este caso, porque la situación típica no se da en un lapso corto de tiempo, esto es, en un momento relativamente unificado de sentido, sino, por el contrario, se contextualiza en un lapso más amplio y diverso: han pasado algunas horas desde que el cazador recibió la información²¹⁰¹, de modo que mantenerla en todo momento presente significaría un esfuerzo mental inexigible, por sobre todas las cosas porque la información no es nada precisa ni tampoco inmutable. Por decirlo plásticamente, el guardabosque también va moviéndose por la zona, va haciendo lo suyo, y eso es algo que no puede saber el cazador, que, por otra parte, ha de concentrarse en su actividad²¹⁰². Esto hace que la información de la existencia del guardabosque en la zona de tiro sea algo demasiado relativo como para que el cazador cuente con ella en todo momento y en los mismos términos en que fue adquirida (de hecho, llegado el caso, podría tratarse de una información obsoleta, al encontrarse el guardabosque ya en otra zona). Por su parte, el argumento espacial también cobra sentido, porque la zona de tiro seguramente sería tan delimitada como extensa, de forma tal que el disparo se produciría en un campo demasiado amplio como para contemplar que en cualquiera de esos puntos pudiera encontrarse el guardabosque. Además, si añadimos el factor tiempo en un espacio tan extenso, la representación del riesgo acompañada de la información de la existencia del guardabosque, se torna altamente compleja, por demasiado incierta. Finalmente, el argumento de la percepción visual (como experiencia sensible) también resulta de interés, teniendo en cuenta que el cazador no ha presenciado al guardabosque en ningún momento, sino, por el contrario, ha sido advertido de tal presencia por parte de un tercero. Esto no cuestiona la veracidad de la información recibida, sino, en todo caso, llama la atención sobre el modo en cómo el sujeto ha tomado contacto mental con la existencia de alguien que él aún no ha visto. Él sabe acerca de la existencia del guardabosque no por experiencia visual directa, sino por una información recibida por terceros, que él no ha contrastado y que tampoco tiene el deber de contrastar. Estos tres factores mencionados, el temporal, el espacial y la percepción visual, por sí solos, cada uno de ellos por separado, desintegrados entre sí, si se presentaran en la situación típica concreta, no reunirían el peso suficiente para desplazar la

²¹⁰¹ Destaca la importancia de la temporalización de la consciencia (actual y disponible), GOLDSCHMIDT, (Werner), "La culpabilidad y lo inconsciente", *ADPCP*, 1954, pp. 258-259.

²¹⁰² Si exigiéramos en dicho contexto, que el cazador actualice constantemente la información de la existencia del guardabosque, terminaríamos pidiéndole que se dedique más a localizar a éste, que a cazar un animal.

incumbencia de integrar el conocimiento adquirido. Por poner a prueba lo dicho: (a) concurriendo sólo la circunstancia temporal y no las otras dos, la incumbencia de integrar el conocimiento coconsciente subsistiría (han pasado algunas horas, pero el cazador realiza su actividad en un radio de tiro demasiado estrecho y habiendo visto al guardabosque horas antes); (b) concurriendo sólo la circunstancia espacial y no las otras dos, también subsistiría la misma incumbencia (la zona es demasiado extensa, pero el cazador acaba de ver al guardabosque rondando por la zona extensa de tiro), e, igualmente, (c) concurriendo sólo la circunstancia de no-percepción visual y no las otras dos, también se presentaría la incumbencia de integrar lo coconsciente (el cazador es advertido de la presencia del guardabosque, pero en una zona estrecha y hace tan sólo poco tiempo). Cada una de estas variantes da como resultado un conocimiento, o bien consciente, o bien coconsciente, por lo que el deber es directamente el de actuar conforme al deber, adecuando la conducta a favor de la inocuidad del bien jurídico, o bien la incumbencia en cuestión es la de integrar los conocimientos y actuar en consecuencia. Por el contrario, las tres circunstancias concurriendo todas juntas determinarían o ayudarían a determinar, que la representación del riesgo que se asume en la situación concreta, condicione la clase de incumbencia que pesa sobre el cazador. Dadas las tres circunstancias al mismo tiempo ¿podría sostenerse que el sujeto contaba con un conocimiento coconsciente fácilmente consciente de la existencia del guardabosque o, por el contrario, ha de sostenerse que el sujeto podría perfectamente haberse representado de modo erróneo que en el momento de disparar lo hacía contra un animal y no contra el guardabosque?²¹⁰³. Para concluir, a diferencia del cazador (a) y teniendo en cuenta las tres circunstancias anteriormente señaladas es posible admitir que respecto del cazador (a.1), la creencia errónea de disparar a un animal tiene base racional, al no concurrir un síndrome de riesgo prohibido en la misma medida que en el caso del cazador (a). Mientras que el riesgo (a.1) se trata de un riesgo permitido sin indicios evidentes de un riesgo potencialmente prohibido, el riesgo (a) se trata de un riesgo permitido con indicios evidentes de un riesgo potencialmente prohibido. Por ende, la incumbencia del cazador (a.1) aun cuando se trata también de actualizar el conocimiento coconsciente, dadas las circunstancias del hecho, su observancia disminuye de un modo quasi-inevitable. Evidentemente, esta inevitabilidad no hace referencia a la desaparición de

²¹⁰³ De otra idea, FRISCH, "Vorsatz und Mitbewußtsein", en *GS für Armin Kaufmann*, 1989, pp. 322-323, para quien existen casos de imprudencia en los que no hace falta reflexionar porque lo que el autor hace lo sabe de un modo actualizable (saber acompañante), es decir, es algo así como coconsciente de la peligrosidad de su conducta, pero, en los cuales el autor durante su acción estuvo simplemente un momento distraído, no siendo consciente de ello.

la incumbencia señalada, el sujeto todavía puede conocer, sino sólo a la posible infracción en el momento del hecho, dando lugar a un tipo imprudente.

7. En cuanto al caso del terrorista, en principio, nadie dudaría en sostener que concurre al menos un dolo eventual. Pero, bien pronto se analizan las diferentes variantes, las respuestas comienzan a cambiar. En efecto, el terrorista del caso (b) no podría alegar justificadamente que desconocía la posibilidad de que por el lugar de la bomba fuera eventualmente a pasar alguna persona, así como tampoco podría alegar que la explosión de la bomba no reunía suficiente virtualidad lesiva para la vida humana, o la integridad física. Algunas de las razones por las cuales no se permitiría un argumento negador de la responsabilidad sería no sólo teniendo en cuenta la misma esencia de los actos de terrorismo, sino también teniendo en cuenta algunas circunstancias del caso, como las siguientes: (1) que la bomba haya sido colocada en un lugar destinado a la presencia o tránsito de personas, como lo es una parada o estación de autobuses; (2) que no sólo el resultado *ex post* haya revelado la efectiva capacidad lesiva de la bomba, sino también que, en el plan del autor, la bomba haya estado programada para detonarse en un momento en que, sólo presuntamente, no acostumbra a pasar ninguna persona²¹⁰⁴. Por estas dos básicas razones el caso (b) es relativamente sencillo de adaptar a la figura del dolo eventual. Veamos, ahora, las otras variantes del caso. Como en el supuesto (b.1), a diferencia del supuesto (b), lo único que no se ha acreditado es la causación de una muerte, pero la puesta en escena del riesgo es la misma, ¿podría entenderse que la explosión de la bomba ha de castigarse, además de como un delito de peligro, como una tentativa de homicidio? Teniendo en cuenta la respuesta del caso (b) la respuesta del caso (b.1) ha de ofrecerse en sentido afirmativo. Por el contrario, en el caso (b.2), aun cuando se sucede una muerte, el contexto del riesgo contiene un margen tan amplio de imprevisibilidad, que el fallecimiento del más que ocasional transeúnte sólo podría imputarse como un homicidio imprudente. Esto es así, porque del hecho se revela objetivamente que en el plan del autor no se contemplaba una representación sobre la posible presencia o tránsito de una persona a esa hora y por ese lugar. La evitabilidad de un desconocimiento de esta naturaleza se fundamentaría en la misma naturaleza del riesgo que se genera y en el contexto del caso: aun tratándose de un polígono industrial, es un lugar destinado a la concurrencia de

²¹⁰⁴ Ciertamente, puede existir un error acerca de la aptitud lesiva del aparato explosivo por parte del terrorista, pero el ejemplo consiste en que el terrorista conoce la clase de bomba que coloca, de modo que *a posteriori* no podría excusarse sobre tal aspecto.

personas, en donde el “acaso” cobra relevancia causal según la jerarquía del bien jurídico en juego. Por el contrario, si el sujeto se hubiese representado la “imprevisible” presencia de un transeúnte, evidentemente, sería posible imputarle la muerte a título de dolo, por cuanto el sujeto hubiese incorporado a su proyecto de acción la virtualidad del factor azar. Una imprevisibilidad contemplada en el plan del autor como algo previsible de suceder convertiría el hecho en doloso²¹⁰⁵. Finalmente, en cuanto al supuesto (b.3) sólo se castigaría como un delito de peligro y no como una tentativa de homicidio.

8. A modo de conclusión, el conocimiento coconsciente puede imputarse a título de dolo siempre que aquél quede referido a los conocimientos interiorizados por el sujeto a lo largo de su socialización²¹⁰⁶ y culturización, entre los que se encuentran los relativos a las conductas socialmente desvaloradas sobre las que existe un considerable consenso y que concurren en el momento de los hechos delictivos, sin necesidad de que el sujeto realice algún esfuerzo mental extraordinario respecto de cada uno de los elementos del tipo penal. Justamente, porque se trata de conocimientos fácilmente accesibles, a mano y a disposición ante el llamado mental del sujeto²¹⁰⁷, se entiende que se imputan a título de dolo desde la infracción a un deber de integrar los conocimientos. Para determinar cuándo concurre una incumbencia o un deber (= incumbencia cualificada), además de evaluar la naturaleza del riesgo que se asume, habrá que también determinar las circunstancias objetivas que rodean al hecho²¹⁰⁸. La situación típica en la que se desenvuelve el sujeto reúne una serie de datos

²¹⁰⁵ Por ejemplo, si el terrorista al colocar la bomba incluye en su plan delictivo un riesgo de lesión “en blanco”, consintiendo *ex ante* todo tipo de evento imprevisible, si cualquier evento imprevisible sucede, entonces, dolo. Así también, si dentro de lo imprevisible el terrorista se representara la muerte de un grupo de niños judíos y concibiera ello como parte de su plan (porque además de odiar *al occidental odia al judío*), se estará ante un caso de dolo. Por el contrario, si dentro de lo imprevisible el terrorista se representa la presencia de su madre en la escena del delito y rechaza el resultado lesivo, entonces, imprudencia. Lo imprevisible es algo sujeto a lo fortuito, por eso se dice que no puede ser previsto, pero ello no significa que pensando en posibles eventos imprevisibles el autor no se imagine alguno de ellos. Sobre el factor azar como parte del proyecto de acción, véase el epígrafe destinado a los riesgos extravagantes.

²¹⁰⁶ Cfr. FELIP I SABORIT, *Error iuris*, 2000, p. 154; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Dp*, 1994 (4ª ed.), p. 283.

²¹⁰⁷ Para lo dicho, oportuna resulta la distinción de la consciencia que hace GOLDSCHMIDT, (Werner), “La culpabilidad y lo inconsciente”, *ADPCP*, 1954, pp. 257-258. Para este autor hay que distinguir entre lo consciente actual y lo consciente disponible. Evidentemente, con consciente disponible GOLDSCHMIDT está haciendo referencia a lo coconsciente. Pero, en vez de definirlo como coconsciente (definición relativa a la ubicación) lo define como disponible (definición relativa a una característica funcional). Lo disponible sería, entonces, aquello que se encuentra en la consciencia, como “en reposo”, y que se puede o se debe (según sea) activar para cuando la situación lo demande. Sobre esta distinción ya me pronuncié en el *Capítulo Segundo*, epígrafe *II.II.4.a.i. Conocimiento consciente y coconsciente*.

²¹⁰⁸ Hay que tener en cuenta el contexto de la situación concreta para determinar la coconsciencia, ROXIN, *StrafR, AT*, 2006 (4ª ed.), § 12, nm. 128, p. 500 [1997, pp. 474-475].

que han de interpretarse de forma integrada: tanto quiénes somos (cualidad del autor), qué nos ocupa en el momento del hecho, qué rol o actividad desempeñamos, etc., son todos ellos conocimientos acompañantes, siempre disponibles para nosotros mismos, sin necesidad de realizar un ejercicio expreso de reflexión e introspección²¹⁰⁹. Por ello, basta para el dolo que el sujeto sea coconsciente de la relación de sentido típico de su comportamiento, del significado de desvalor social del hecho²¹¹⁰. Dicho con otras palabras, para los conocimientos coconscientes sobre conductas evidentemente lesivas no se requiere que el sujeto dedique su consciencia en absoluto, sino que es suficiente con que los mantenga en su consciencia al margen, porque a él le compete integrarlos al centro de su consciencia, cuando la situación se lo demande²¹¹¹. Llámese a este fácil movimiento mental, una incumbencia de integrar, de centrar o de hacer consciente, de actualizar el conocimiento, así como de orientar el pensamiento hacia lo que se encuentra disponible en la consciencia²¹¹². De hecho, nuestros conocimientos interiorizados se activan tan pronto la situación externa los evoca, es decir, bien pronto nosotros necesitamos de esos conocimientos. Si ante situaciones normales de la vida cotidiana nuestro conocimiento se presenta espontáneamente ante la llamada externa de la realidad, por qué habríamos de considerar que en situaciones con indicios de lesividad social el sujeto tiene que realizar alguna maniobra intelectual extraordinaria para ser consciente de lo que hace. Pero, sólo pueden presentarse espontáneamente a nuestra consciencia aquellos conocimientos firmemente arraigados y no, en cambio, aquellos de carácter fugaz, como podría pasar con una información aprehendida sólo para una situación particular, que con el tiempo se olvida o tergiversa por nuestros propios esquemas mentales. Esta clasificación del conocimiento no presenta problemas en relación con la regulación legal de los tipos penales, porque respecto de aquellos delitos que exigen “conocimiento” o “a sabiendas” es perfectamente compatible tanto el conocimiento consciente como el marginal.

²¹⁰⁹ Cfr. VENTURA PÜSCHEL, “Sobre el conocimiento de algunos elementos del tipo en los delitos especiales”, *PJ*, 1993, p. 169.

²¹¹⁰ Aun en contra de la teoría de la coconsciencia, FRISCH, “Vorsatz und Mitbewußtsein”, en *GS für Armin Kaufmann*, 1989, pp. 318, 346 y ss., considera que lo decisivo para el dolo es que el autor haya aprehendido la relación de sentido (típico), pues desde ese momento se espera que el sujeto no se decida en contra del bien jurídico.

²¹¹¹ En la línea de lo aquí sostenido, BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Dp*, 1994 (4ª ed.), p. 283, señala que a la “actualidad no hay que entenderla en el sentido de lo ‘atendido’ o del ‘pensar en ello’, sino sólo de lo que está presente, ya sea porque es atendido (consciente) o porque se da por supuesto (‘inconsciente’ dominado)”.

²¹¹² Sobre lo último, véase VENTURA PÜSCHEL, “Sobre el conocimiento de algunos elementos del tipo en los delitos especiales”, *PJ*, 1993, p. 169.

8.a. Una cuestión aparentemente problemática se presenta entre el conocimiento coconsciente o sobreactual y el denominado *dolus antecedens*. Por ejemplo, en el famoso caso de la “correa de cuero”²¹¹³, JAKOBS señala que para evitar un *dolus antecedens* hay que probar que en el momento de la realización típica los sujetos volvieron a representarse el riesgo de muerte de la víctima²¹¹⁴. A mi entender, en el momento de apretar el cuello a la víctima con el cinturón de cuero, los autores eran, como mínimo, coconscientes de la realización probable de un resultado de muerte. Porque, ¿en qué otra cosa puede estar uno pensando en esa situación, sino en la virtualidad lesiva del riesgo? En verdad, el conocimiento coconsciente se distingue de lo que la doctrina denomina *dolus antecedens*, porque éste hace referencia a representaciones típicas que se dan en la fase preparatoria del delito²¹¹⁵, y el conocimiento coconsciente se encuentra al margen de la consciencia en el momento de los hechos. La actualidad del dolo hay que entenderla en el contexto típico, pero no de modo literalmente lineal. Por eso, sería también un homicidio doloso el ejemplo del disparo por error que propone ROXIN como homicidio imprudente: un sujeto saca un revólver cargado durante una riña con dolo de matar a su enemigo al final de la pelea, pero se escapa un disparo por error antes de tiempo y la víctima muere. ROXIN sostiene que se trata de un caso de *dolus antecedens* que se realiza en la fase previa a la fase ejecutiva y por eso habría de responderse por homicidio imprudente²¹¹⁶. A mi entender, al sujeto que saca un arma durante la pelea con dolo de matar al final de la pelea, podría imputársele dolo, teniendo en cuenta que la sola manipulación del arma durante una contienda física ya genera de por sí el riesgo suficiente de muerte de lo cual el sujeto es perfecto conocedor, por lo menos en el grado de un conocimiento acerca de la eventualidad de un disparo por error (desvío inesencial). Un auténtico caso de *dolus antecedens* serían aquellos en los que el desvío no es imputable al autor, sino a un hecho fortuito, o a un hecho imprudente. Respecto de un hecho fortuito, piénsese en el ejemplo propuesto por CHISHOLM citado en SEARLE²¹¹⁷: *Bill* tiene la intención de matar a su tío, y sucede que, él mata a su tío, pero sin darse las condiciones de satisfacción de su intención. Por ejemplo, *Bill* está conduciendo mientras piensa cómo va a matar a su tío, y tal pensamiento lo pone nervioso de modo que realiza una mala maniobra y accidentalmente atropella y mata a un peatón, que resulta ser su tío. En este caso, es correcto decir que *Bill* mató a su tío (en términos causales), a la vez que es correcto decir que su intención de matar a su tío fue parte de la causa de que lo llegara a matar, pero lo que no es correcto decir es que *Bill* llevó a cabo su intención de matar a su tío, esto es, que su intención se satisfizo, porque no mató a su tío intencionalmente. En Derecho penal diríamos que *Bill* no tenía dolo típico de matar, sino un *dolus antecedens*, que no es suficiente para afirmar el dolo porque se presenta en la fase preparatoria impune del delito. Respecto de un hecho imprudente, piénsese en un ejemplo propuesto por EBERT²¹¹⁸: *T* ha renunciado ya a la decisión de disparar a su esposa *O* con una escopeta,

²¹¹³ Un comentario al caso en RAGUÉS I VALLÈS, “Caso del cinturón”, en *Casos que hicieron doctrina*, 2011, pp. 193 y ss. [antes en *El dolo y su prueba*, 1999, pp. 83 y ss.].

²¹¹⁴ Cfr. JAKOBS, *Dp, Pg*, 1997 (2ª ed.), p. 328. Para este autor, el dolo debe darse en el momento de emprender la acción ejecutiva típica (pp. 309-310).

²¹¹⁵ Cfr. ROXIN, *StrafR, AT*, 2006 (4ª ed.), § 12, nms. 89 y ss., pp. 478-479 [1997, pp. 453 y ss.].

²¹¹⁶ Cfr. ROXIN, *ibidem*.

²¹¹⁷ Cfr. SEARLE, *Intencionalidad*, 1992, p. 94.

²¹¹⁸ Cfr. EBERT, *Dp, Pg*, 2005, p. 67. Un ejemplo similar en la estructura de la *alic* en JOSHI JUBERT, *La doctrina de la ‘actio libera in causa’*, 1992, p. 399: “A provoca su inimputabilidad para adquirir el valor

pero en el momento de limpiar el arma provoca negligentemente un disparo que alcanza mortalmente a su esposa; lo que lo hace responsable de un homicidio imprudente. Por eso, a diferencia del *dolus antecedens*, el conocimiento coconsciente no infringe el principio de correspondencia temporal, o de congruencia entre tipo objetivo y tipo subjetivo.

II.IV.3.b.ii. Conocimientos especiales: ¿imputación dolosa?

1. ¿Cuál es la ubicación sistemática de los conocimientos especiales (*Sonderwissen*)?²¹¹⁹ Repasando algunas cuestiones ya reseñadas en párrafos anteriores, hemos visto que algunos autores ubican estos conocimientos en el injusto para fundamentarlo²¹²⁰ y otros para desplazarlo. Para los que consideran los conocimientos especiales como suficientes en el injusto todavía es posible distinguir entre aquellos que los incluyen en la atribución objetiva y entre aquellos pocos que los incluyen –o proponen incluirlos– en la imputación subjetiva en directa vinculación con el deber concreto de conducta del autor^{2121/2122}. Esta segunda alternativa es la que he de defender en este trabajo. *Grosso modo*, los conocimientos especiales, por su especificidad, se comportan como conocimientos superiores al conocimiento que tendría cualquier otra persona hipotética diferente al autor. A diferencia de los casos de conocimientos deficitarios, que quedan por debajo del promedio, y de los

suficiente y matar a su enemigo. En estado de inimputabilidad, cuando se encontraba limpiando la pistola, ésta se le dispara y mata a su enemigo”. En el ejemplo de esta autora, se da un desvío del curso de riesgo inesperado ya en el momento de la inimputabilidad. Curiosamente, se trataría de la concurrencia de un *dolo antecedens* en el estado defectuoso provocado. ALCÁCER GUIRAO, *Actio libera in causa*, 2005, pp. 146-147, resuelve el caso como una tentativa de homicidio en concurso ideal con un homicidio imprudente (porque el dolo de provocación del estado de inimputabilidad contempló un riesgo de muerte distinto del que se sucedió).

²¹¹⁹ MIR PUIG, *Dp, Pg*, 2011 (9ª ed.), p. 300, explica que cabe diferenciar dos ámbitos de la problemática en torno a los conocimientos o capacidades del sujeto activo: puede estarse frente a conocimientos y capacidades superiores al promedio, caso en el cual habrán de incidir sobre la antijuridicidad de la conducta; o puede estarse frente a conocimientos y capacidades inferiores al promedio, caso en el cual deben ser tenidos en cuenta en el juicio de culpabilidad. Por ello, señala que una capacidad inferior del sujeto no imaginable en una persona mentalmente normal (reflejos demasiado lentos, capacidad intelectual inferior, etc.) no puede excluir o disminuir la antijuridicidad, sino sólo puede producir la exclusión o atenuación de la imputación personal de la objetiva norma de cuidado (p. 297).

²¹²⁰ Sobre los conocimientos especiales en el juicio de previsibilidad objetiva (a favor de ellos como configuradores del juicio), RUEDA MARTÍN, *La teoría de la imputación objetiva*, 2001, pp. 154 y ss. (con amplia bibliografía).

²¹²¹ Coincido con JAKOBS en que los conocimientos especiales no deben ser considerados en la imputación objetiva, pero difiero en que no deban ser absolutamente considerados. A mi criterio, el campo de actuación de los conocimientos especiales es la imputación subjetiva, porque de concurrir la fundamentan (tienen una función positiva), mientras que para JAKOBS los conocimientos especiales –que se salen del rol– no fundamentan la imputación objetiva (tienen una función negativa).

²¹²² Véase SERRANO-GONZÁLEZ DE MURILLO, “Sobre la consideración de los ‘conocimientos especiales’ del sujeto”, en *LH a Eberhard Struensee*, 2011, pp. 645-646 y ss.

conocimientos ordinarios, que están al alcance de todos, los conocimientos especiales pueden ser de dos tipos²¹²³: (a) o bien, son aquellos que se plantean en situaciones en que no concurre un deber de conocer para el sujeto activo, pero que éste, por el motivo que fuera, los posee, así como tampoco un deber de actuar conforme a ellos si los tuviera²¹²⁴; (b) o bien, son aquellos que en la situación sólo son percibidos por el autor, pero no por cualquier otra persona. Cualquiera de estas dos modalidades de conocimientos especiales tiene por objeto la nocividad social de un hecho que se le presenta al sujeto ante sus ojos, o de una conducta que él eventualmente realizaría.

2. Hemos visto anteriormente que en los modelos sobre la atribución objetiva algún sector de la doctrina entendía que los conocimientos especiales no debían surtir efectos en la responsabilidad penal del sujeto, por cuanto lo que conforma la norma de cuidado a observar, en una sociedad de contactos anónimos, no es el caos de la subjetividad del autor, sino lo que demanda la regulación del rol o actividad que éste desempeña. El límite del porqué el sujeto no ha de conocer en una determinada situación o del porqué no ha de emplear sus conocimientos especiales, proviene de la misma situación que no es socialmente generalizable, es decir, sólo el autor conoce el riesgo, o del mismo rol en el que el autor se desenvuelve, que no le reclama el empleo de conocimientos propios de otro rol o actividad. Ejemplo de lo primero sería el conocimiento especial que tiene un sujeto en relación con la hemofilia de un tercero. Ejemplo de lo segundo sería el conocimiento especial que tiene el peón de una obra en relación con el defecto que poseen unos materiales

²¹²³ Cfr. PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido*, 1995, p. 260. Para este autor hay que especificar a qué se refiere la expresión “sujetos con capacidades o conocimientos especiales”, porque ésta puede quedar referida: por un lado, “a conocimientos acerca de la situación concreta” o “capacidades o aptitudes técnicas (normalmente, de control de cursos causales)”; y por el otro, “a los conocimientos o capacidades exigidos por la posición jurídica que el sujeto ocupa (sólo que poseídos en un grado superior al que resulta habitual)” o a “conocimientos o capacidades de distinta naturaleza”.

²¹²⁴ JAKOBS, *La imputación objetiva en Dp*, 1996, p. 138, define los conocimientos especiales como los que “el autor no tiene obligación de *hacer uso* porque no forman parte de su rol” o, lo que es lo mismo “constituyen algo que no hay obligación de *adquirir* o de *mantener*; se trata de pura subjetividad” (cursiva añadida) [también en “¿Imputación subjetiva sin imputación objetiva?”, en *LH a Eberhard Struensee*, 2011, pp. 273 y ss.]. Por su parte, ofrece un concepto desde “las dos caras de la moneda”, SERRANO-GONZÁLEZ DE MURILLO, “Sobre la consideración de los ‘conocimientos especiales’ del sujeto”, en *LH a Eberhard Struensee*, 2011, p. 634: el concepto de conocimientos especiales “constituye un concepto de referencia, esto es, se define en su especialidad con respecto a aquello que conocería el observador sensato, el ciudadano medio que participara en la actividad en cuestión y que, dada la insuficiencia de su información, no se abstendría de realizar la acción en vista del riesgo insignificante apreciado. Dispone, pues, de conocimientos especiales aquel que ha tenido acceso a hechos que sobrepasarían los conocidos por el observador objetivo, y de los que se desprendería excepcionalmente lo intolerable del peligro que se generaría al actuar”.

que están a cargo del control del maestro mayor de obra y que serán empleados para la construcción de un edificio. Este sector de la doctrina determina lo que se entenderá como conocimiento especial empleando un baremo normativo restrictivo, que se construye desde las reglas de la cotidianidad de la vida social al alcance de todos, o bien desde las reglas que gobiernan la actividad del sujeto. Respecto del ejemplo de la hemofilia este sector sostendría, que desde el baremo normativo del hombre que se ajusta a su competencia, el tercero no tendría un deber de conocer, ni de emplear el conocimiento si llegara a contar con él, acerca de la constitución anómala del hemofílico. Ello comportaría, llegado el caso, que el sujeto activo no tendría ningún deber que le indicara que ha de evitar el resultado lesivo que previsiblemente se derivaría de un pequeño rasguño en los brazos del enfermo, porque tal riesgo a los ojos del hombre medio se revelaría como un riesgo insignificante para causar la muerte. Esto es así porque el hombre medio desconocería la hemofilia de la víctima. Asimismo, respecto del peón se sostendría que desde el baremo normativo de la actividad que desempeña *un* peón, *el* peón no tendría un deber de conocer, ni de emplear el conocimiento si lo llegara a tener, acerca del defecto del material a emplear en la construcción. Ello significaría, llegado el caso, que el peón no tendría ningún deber que le indicara que ha de evitar el resultado lesivo que previsiblemente se derivaría de un no hacer nada por no emplear los materiales defectuosos. Por ende, no respondería por el resultado de muerte, si el puente en cuya construcción él participó, se viniese abajo por los defectos del material. Por el contrario, para otros autores, los conocimientos especiales que se dan tanto en los casos de riesgos no conocidos por todos, como en los de riesgos que se derivan de un rol que no le pertenece al sujeto, ambos supuestos han de fundamentar la responsabilidad penal del individuo. El fundamento de esta responsabilidad se encuentra en que los conocimientos especiales del autor ya condicionan en la tipicidad objetiva la forma que ha de tener para el sujeto la prescripción deóntica de la norma de conducta²¹²⁵. Una tercera variante, sólo considera que los conocimientos especiales de riesgos generales de la vida pueden dar lugar a la imputación, pero no así, aquellos que queden desprendidos del rol.

²¹²⁵ Por ejemplo WOLTER, “Estudio sobre la dogmática”, en *El sistema integral del Dp*, 2004, p. 49, con nota al pie 44, sostiene que en caso de conocimientos especiales del autor sobre riesgos especiales elimina el carácter socialmente adecuado de la conducta y la convierte en típica (pone por caso el conocimiento especial del autor acerca de la enfermedad cardíaca de la víctima, de la que puede derivarse un riesgo para la vida).

3. Valoremos las dos modalidades de conocimientos especiales (fuera del rol y dentro del rol) desde ejemplos ofrecidos por la doctrina²¹²⁶. En primer lugar me referiré a los conocimientos especiales en razón de circunstancias generales de la vida. Son los casos en que el conocimiento del autor acerca del riesgo es superior al del hombre medio, siendo para el primero un riesgo significativo de lesión, mientras que para el segundo un simple riesgo²¹²⁷. Por ejemplo, el caso del “sobrino heredero, biólogo sumamente experto, [que] le sirve a su tío el moho venenoso que acaba de descubrir por casualidad en el plato de conserva”²¹²⁸, JAKOBS lo resuelve en sede de la imputación objetiva en contra de los conocimientos especiales, cuando señala que el sobrino no responde penalmente por lo que pudiera pasarle al tío luego de comer el moho, simplemente porque “nadie tiene por qué

²¹²⁶ Existen otros supuestos de conocimientos especiales, que sólo los mencionaré, pero no los analizaré teóricamente, por razones de objeto. Son los casos de los denominados conocimientos especiales en relación con riesgos permitidos (conductas neutras) vinculados al comportamiento autorresponsable de terceros no sometidos a la garantía del autor (un comentario de la jurisprudencia española en este ámbito en MIRÓ LLINARES, “Imputación ¿objetiva?”, en *¿Casos difíciles o irresolubles?*, 2010, pp. 257 y ss.). JAKOBS, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, 2003, pp. 39-40, ofrece el siguiente ejemplo: un deudor, que ha recibido un crédito, paga puntualmente su deuda, a pesar de que sabe que el acreedor financiará con la suma recibida un negocio de tráfico de armas constitutivo de infracción criminal. Para JAKOBS, evidentemente, el deudor es “causa” del negocio ilícito, pero de modo igualmente evidente no es asunto suyo lo que el acreedor quiera hacer con el dinero, porque a su entender, sería imposible organizar una sociedad que tuviera como resultado un continuo espiarse e inmiscuirse mutuamente, un enorme sistema de niñeras que asfixiaría toda libertad. Otro ejemplo en JAKOBS, “¿Imputación subjetiva sin imputación objetiva?”, en *LH a Eberhard Struensee*, 2011, p. 279, pero respecto de un riesgo previsible de producción del resultado en una víctima autorresponsable: un sujeto le pide prestado un taladro eléctrico a su vecino. En el momento de dárselo, el propietario le indica al vecino (debido a sus conocimientos superiores), que el cable de alargue que el vecino estaba empleando tiene sólo dos fases y no cable a tierra, y le ofrece prestarle un cable adecuado. El vecino se rehúsa diciendo que él siempre trabaja de ese modo. Se produce un accidente al emplear el cable. Para JAKOBS el dueño del taladro no tiene que responder por el conocimiento inferior del vecino que se lesiona a sí mismo, porque él no tiene el deber de garantizar la práctica de los deberes de autoprotección del sujeto pasivo (la sociedad no se trata de una administración de nodrizas). A mi entender, aun cuando comparta la resolución del caso tal cual JAKOBS (la ausencia de deber de garantizar el cumplimiento de las medidas de autoprotección de la víctima), no comparto que ello deba ser siempre así, porque, de hecho, en el caso se excluye el deber de garantía porque el vecino fue advertido del riesgo (ya no tiene conocimientos inferiores), de forma que a él le competía autoprotgerse y no confiarse en que nada malo le sucedería en ese contexto. Pero, si el propietario del taladro no hubiese avisado de tal circunstancia al vecino y éste evidentemente hubiese desconocido el riesgo que asumía en contra de sí mismo, entonces, el propietario respondería por el resultado en autoría mediata de un tipo doloso. Y respondería por imprudencia, si a sus conocimientos superiores del riesgo le acompaña un juicio erróneo de las capacidades de advertencia o de cuidado de la víctima (por ejemplo, porque cree que el vecino es una persona avezada que se dará cuenta). Por poner otro caso: un surfista acaba de salir del mar porque ha advertido la presencia de unos cuantos tiburones en la zona. Al cabo de unos minutos ve como otro surfista se adentra con su tabla y omite advertirle del riesgo inminente de sufrir un ataque del escualo, total, él no forma parte de la sociedad de nodrizas que JAKOBS tanto cuestiona.

²¹²⁷ Véase SERRANO-GONZÁLEZ DE MURILLO, “Sobre la consideración de los ‘conocimientos especiales’ del sujeto”, en *LH a Eberhard Struensee*, 2011, p. 633.

²¹²⁸ Ejemplo de JAKOBS, *Dp, Pg*, 1997 (2ª ed.), p. 251.

controlar el moho de la conserva antes de su consumo”²¹²⁹. Es decir, JAKOBS no ve ningún deber a cargo del sujeto en el momento de la situación “típicamente” objetiva. A mi criterio, evidentemente, el conocimiento acerca del moho venenoso en el plato no transforma el riesgo general del riesgo socialmente permitido de servir platos a los tíos (acompañado de la libertad de no controlar si poseen mohos venenosos) en un riesgo general prohibido, pero sí, en todo caso, en un “riesgo especial prohibido” desde el mismo momento en que la circunstancia de conocer la presencia del moho evoca una incumbencia concreta de actuar del sujeto, que se materializa o bien en una abstención de servir el plato al tío, o en una acción de retirar el moho o en un aviso del contenido tóxico de la comida. Será la infracción a dicha incumbencia -surgida del conocimiento especial- lo que convertirá automáticamente el riesgo inicialmente permitido en riesgo devenidamente prohibido. Curiosamente, el surgimiento del deber de abstención de la conducta que conduciría a la producción del resultado coincide con el surgimiento del riesgo prohibido para el autor. La fuente del deber son los conocimientos especiales del autor acerca de la auténtica naturaleza del riesgo²¹³⁰, que intersubjetivamente aparenta inocuidad, pero subjetivamente se trata de un riesgo prohibido. Un “conocimiento sin deber de conocer”²¹³¹, que ha sido adquirido por casualidad u otro motivo, también genera responsabilidad penal si no es empleado cuando es oportuno para evitar la realización de un tipo penal. Es verdad que, cuando no concurre

²¹²⁹ Cfr. JAKOBS, *ibidem*.

²¹³⁰ Se “avergüenza” de que un conocimiento especial pueda fundamentar una posición de garante, JAKOBS, “¿Imputación subjetiva sin imputación objetiva?”, en *LH a Eberhard Struensee*, 2011, p. 280. Expresamente en contra de considerar los conocimientos especiales del autor como la fuente del deber en las relaciones horizontales, SILVA SÁNCHEZ, “Deberes de vigilancia y *compliance* empresarial”, en *Compliance y teoría del Derecho penal*, 2013, p. 93-94: “El principio de separación de esferas (o de estricta competencia) lleva consigo la idea de neutralidad, es decir, la inexistencia de una posibilidad de extensión del deber en función del conocimiento”. Y añade en el ámbito de los consejos de administración que, “no es el conocimiento el que genera el deber, sino que el deber preexiste (y hay que determinar su contenido) y el conocimiento del acto defectuoso ajeno permite la imputación de su infracción. Ahora bien, debe quedar claro, por un lado, que no se trata de un deber de garante de vigilancia: es decir, que no hay un deber de organizar el modo de adquirir el conocimiento sobre lo que hacen los demás consejeros. Y, por otro lado, que el acto delictivo de uno de los consejeros puede aparecer -en la representación de los demás- con muy distintos grados de intensidad: si se trata de un delito doloso, únicamente un conocimiento seguro o probable podrá fundamentar la imputación de responsabilidad omisiva por infracción del deber de evitar el hecho delictivo ajeno. (...), los miembros de un consejo de administración tienen deberes de garante recíprocos. Sin embargo, estos deberes no son de vigilancia. Ello significa que los consejeros no tienen el deber de organizar mecanismos recíprocos de vigilancia sobre las conductas que realizan unos y otros. Pero sí significa que si un consejero adquiere el conocimiento, aunque sea en términos de probabilidad, de la comisión de un delito por parte de otro, puede ser hecho responsable por omisión de dicho delito si, teniendo la capacidad de hacerlo, no lo evita” (pp. 96-97). En conclusión, el deber preexiste al conocer y se activa cuando el conocimiento se adquiere (pp. 84, 85, 86).

²¹³¹ Para JAKOBS, *La imputación objetiva en Dp*, 1996, p. 138, justamente, “un conocimiento sin deber sería un elemento jurídico del delito, al estar definido de la manera totalmente psicológica”.

un deber de conocer, no surge responsabilidad penal, pero sólo en la medida en que el sujeto no haya adquirido el conocimiento. Caso contrario, si el conocimiento ha llegado al autor y éste lo ha incorporado a su esfera de competencia (mental, en este supuesto), la incumbencia de emplearlos a favor de mantener la indemnidad de los bienes jurídicos, surge automáticamente. El conocimiento especial si bien genera una incumbencia de emplearlos a favor del bien jurídico²¹³², sólo lo hace en proporción a las capacidades del sujeto. Del poseedor se espera, de modo razonable, que realice un sacrificio trivial para evitar el resultado, una especie de obligación de medio, como dirían los civilistas, y no, en cambio, que realice un sacrificio de garante, como una obligación de resultado. En esto la regla sería “el poder genera deber, pero sólo en la medida del poder”, lo que a todas luces reclama un fundamento²¹³³. Habrá de ofrecerse un fundamento al deber y no a la naturaleza del riesgo que se fundamenta por sí sola. Cualquier conducta diferente a la tendente a evitar la lesión del bien jurídico, que ponga en peligro o realice el resultado lesivo, será entendida como una conducta típica, de forma que, no será riesgo prohibido el servir un plato (en sede de la atribución objetiva se trata de un riesgo formalmente permitido), sino que será un riesgo prohibido el no evitar servir un plato una vez conocida la existencia del moho venenoso, porque, entonces, la infracción al deber de no evitar la situación de peligro para el bien jurídico es lo que convierte –para el autor- el riesgo formalmente permitido de servir el moho (atribución objetiva) en un riesgo concretamente prohibido de servir el moho venenoso (imputación subjetiva).

²¹³² A favor de este argumento, algunos autores señalan que el conocimiento especial debe ser empleado para evitar la lesión, porque en cierto modo, quien dispone de dicho conocimiento, funge como garante del buen desarrollo del suceso. Así, STRUENSEE, “El tipo subjetivo del delito imprudente”, *ADPCP*, 1987, [= “Der subjektive Tatbestand des fahrlässigen Delikts”, *JZ*, 1987, p. 59]. Con detalles y referencias GRECO, “Das subjektive an der objektiven Zurechnung”, *ZStW*, 2005, pp. 519 y ss., nota al pie 6, *passim*.

²¹³³ En sentido próximo KINDHÄUSER, “El tipo subjetivo en la construcción del delito”, *InDret Penal*, 2008, pp. 21-23, *passim*. Crítico JAKOBS, “¿Imputación subjetiva sin imputación objetiva?”, en *LH a Eberhard Struensee*, 2011, p. 282, nota al pie 28, para quien es erróneo que de los conocimientos especiales se derive un deber ser a partir de un poder, y además cuestionando el argumento de KINDHÄUSER señala que éste no fundamenta por qué debe el autor de los conocimientos especiales evitar el curso dañoso como si fuese garante. A mi entender, KINDHÄUSER fundamenta el deber de actuar del sujeto con conocimientos especiales en la capacidad de seguimiento de la norma (p. 23). Conclusiones similares a este último autor en SERRANO-GONZÁLEZ DE MURILLO, “Sobre la consideración de los ‘conocimientos especiales’ del sujeto”, en *LH a Eberhard Struensee*, 2011, p. 651: “(...) la presencia de determinado conocimiento en el sujeto (dato del ser) al decidir emprender la conducta permite deducir la eventual infracción de la norma prescriptiva de su abstención de actuar (dato del deber ser), centrándose la valoración en dirimir cuándo el grado de conocimiento se estima suficiente para afirmar tal infracción”.

4. Otros casos encuadrables en el primer supuesto de conocimientos especiales es el que se refiere a los conocimientos acerca de la constitución anómala de la víctima. Ya hemos visto algunos ejemplos anteriormente, como el de la hemofilia o el de la cardiopatía aguda que padecen algunas personas, como riesgos intrínsecos al sujeto pasivo²¹³⁴. Veamos ahora otro ejemplo propuesto por WELZEL: el sobrino que insiste a su tío a que viaje en medios de transporte con la esperanza que fallezca en un accidente. Un día por casualidad se entera de que el tren en donde viajará el tío sufrirá un atentado y aprovecha esa ocasión, omitiendo dar aviso al tío²¹³⁵. Para WELZEL la conducta del sobrino no sería socialmente adecuada y se trataría de un caso de autoría accesoria (*Nebentäterschaft*)²¹³⁶, ya por acción, induciendo ese día a que el tío viaje, o por omisión, evitando comunicarle tan importante noticia. Al margen de los postulados finalistas, a mi entender, la solución propuesta por WELZEL es la correcta, toda vez que el sujeto activo aprovecha la ocasión de un riesgo aparentemente permitido de cara a terceros para realizar un resultado lesivo²¹³⁷. Podría decirse que el sujeto que conoce aquella dimensión de un riesgo prohibido que el hombre medio desconoce defrauda más intensamente las expectativas sociales, que cuando éste también conoce del riesgo, porque el autor con conocimientos especiales finge obrar de modo permitido, a diferencia del autor que se comporta sobre la base de conocimientos ordinarios, que realiza el delito de modo transparente. El conocimiento especial del riesgo torna al mismo en un riesgo prohibido en el caso concreto, teniendo en cuenta que si el hombre medio desconoce tal extremo lesivo es justamente por no contar con los conocimientos especiales del autor²¹³⁸. En el hipotético caso de que el hombre medio supiera de dicho extremo, el riesgo formalmente permitido de inducir a viajar en tren se convertiría de forma inmediata en un riesgo concretamente prohibido. Así pues, los conocimientos especiales son los conocimientos subjetivos que no coinciden en el caso particular con el conocimiento

²¹³⁴ También menciona como supuesto el de la grave afección cardíaca de la víctima que recibe una noticia adversa por quien conoce su estado, SERRANO-GONZÁLEZ DE MURILLO, “Sobre la consideración de los ‘conocimientos especiales’ del sujeto”, en *LH a Eberhard Struensee*, 2011, p. 634.

²¹³⁵ Cfr. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 1969 (11ª ed.), § 10, p. 56 [1970, p. 84]. Un caso similar en KAUFMANN (Armin), “Objektive Zurechnung beim Vorsatzdelikt?”, en *FS für Jescheck*, 1985, p. 268 [= “¿Atribución objetiva en el delito doloso?”, *ADPCP*, 1985, p. 823]: el padrastro que se ha enterado casualmente que el vigilante de la estación próxima de tren se encuentra embriagado, y, por ello, coloca a su hijastro en el tren.

²¹³⁶ Cfr. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 1969 (11ª ed.), § 15, p. 111 [1970, pp. 84, 160].

²¹³⁷ JAKOBS, *La imputación objetiva en Dp*, 1996, p. 138, negaría en estos casos la autoría.

²¹³⁸ También entiende que al observador objetivo se le escapan los factores de riesgo esenciales en los casos de conocimientos especiales porque al fin y al cabo él no es más que un modelo ideal, SERRANO-GONZÁLEZ DE MURILLO, “Sobre la consideración de los ‘conocimientos especiales’ del sujeto”, en *LH a Eberhard Struensee*, 2011, p. 638.

objetivo-inocuo-concreto, pero sí con el conocimiento objetivo-lesivo-abstracto²¹³⁹. A decir verdad, y para expresarme más correctamente, no es que el conocimiento especial torne en prohibido el riesgo. Esta es sólo una forma muy general de hablar. En realidad, el riesgo en sí, es un riesgo empíricamente lesivo para la vida humana, con independencia de si es conocido o no por alguien. Embarcarse en un tren que ha de explotar por la presencia de una bomba en su interior es un riesgo mortal que no depende del conocimiento del autor ni del hombre medio²¹⁴⁰. Pero, lo que sí depende del conocimiento del autor, y del conocimiento especial más concretamente, es la posibilidad de poner en marcha el *riesgo de hacer asumir dicho riesgo* a un tercero, sobre el cual el autor tiene oportunidad de influir y, a partir de ese momento, una real capacidad de controlar el curso lesivo²¹⁴¹.

5. En cuanto al segundo supuesto de los conocimientos especiales, los que hacen referencia al rol o a la actividad que desempeña el sujeto en sociedad, me valdré de uno de los ejemplos que más ha despertado un acalorado debate académico durante mucho tiempo. Es el tan conocido como polémico caso del estudiante de biología que trabaja de camarero: “un estudiante de biología gana algún dinero trabajando por las tardes como camarero. Cuando se le encarga servir una ensalada exótica descubre en ella una fruta de la que sabe por sus

²¹³⁹ Este argumento permite dos observaciones. Una en relación con lo que denominé tentativa idónea aparente y otra en relación con los conocimientos superiores. La tentativa idónea aparente se define como un error especial basado en el conocimiento-lesivo-abstracto y que no es congruente con el conocimiento-inocuo-concreto. Por su parte, los conocimientos superiores son aquellos que posee el autor concreto, pero no el hombre medio ni siquiera de modo abstracto (ni en el contexto de inocuidad ni en el de lesividad). Los conocimientos superiores serán exigidos en la imputación subjetiva en la medida en que el autor pueda desde ellos evitar la realización de los elementos del tipo penal correspondiente, porque, en esos conocimientos superiores reside una posición de garante genérica de evolución o progreso social. Así, el sujeto que posee conocimientos superiores y no los emplea a favor de la evitación de un hecho delictivo infringe, por un lado, una incumbencia de sacrificio trivial en pos del bien jurídico y, por el otro, una incumbencia de sacrificio trivial en pos de la evolución social.

²¹⁴⁰ Igual apreciación en SERRANO-GONZÁLEZ DE MURILLO, “Sobre la consideración de los ‘conocimientos especiales’ del sujeto”, en *LH a Eberhard Struensee*, 2011, p. 643.

²¹⁴¹ Evidentemente, la real capacidad de control del curso lesivo es una capacidad relativa. En estos casos la tentativa comenzaría a partir del momento en que el tercero se predispone a embarcarse en el tren y no, en cambio, a partir del momento en que el autor convence a aquél a que viaje en tren, porque todavía podría pasar que el tercero desista de su viaje, no concurriendo a la estación o simplemente no abordando el tren. Respecto de todas las posibles derivaciones causales previas al comienzo de la tentativa (desvíos pretípicos) el autor no mantiene un control sobre el riesgo. Dicho control sólo comienza a surtir efectos desde el mismo momento en que el tercero ingresa a la zona de riesgo prohibido. Y por control se entiende en este contexto, no en los términos empíricos de manejo o dominio naturalístico del curso causal, sino en los términos de correspondencia entre lo planeado (y previsto) y lo que va sucediendo (y resulta).

estudios que es venenosa. De todos modos, sirve la ensalada”²¹⁴². Para ofrecer una plausible solución al mismo, algunos autores señalan que eso depende de cómo concibamos la imputación en relación con los deberes inherentes al rol y más precisamente, de cómo describamos el estándar de cuidado que ha de regir el ejercicio del rol. Al respecto, existen, por lo menos dos propuestas extremas de solución. Una primera, considera que un camarero cumplidor del rol, que obrase con cuidado, hubiese servido el plato tal como se lo entregaron en la cocina, porque sus conocimientos adicionales como estudiante de biología no son los requeridos para el rol que él desempeña como camarero. Con ello, el criterio de cuidado debido para el ejercicio del rol es perfectamente satisfecho por el camarero que sirve el plato y no puede darse imputación del resultado a su conducta. No servir el plato, servir el plato a otro comensal o incluso romper el plato en la cabeza del cliente²¹⁴³, sí hubiese podido significar una conducta extralimitada del rol. Para esta postura las personas somos exclusivamente responsables de obrar conforme a nuestro rol social y hacer sólo aquello que nos demanda el mismo. Las expectativas relativas a los comportamientos socialmente ordinarios se determinan sobre la base de las conocimientos y capacidades ordinarias de una persona legítima, de forma que en el caso del camarero, nadie de la sociedad “cuenta [espera] con que un camarero tenga profundos conocimientos de biología”²¹⁴⁴. En otras palabras, el camarero no se ha alejado de la pauta de conducta propia de su rol cuando ha servido la ensalada tal cual estaba ya preparada, porque después de todo, no tiene el deber de supervisar los ingredientes de las comidas, así como tampoco tiene el deber de

²¹⁴² Cfr. JAKOBS, *La imputación objetiva en Dp*, 1996, p. 137 [también en “¿Imputación subjetiva sin imputación objetiva?”, en *LH a Eberhard Struensee*, 2011, p. 280]. Otro ejemplo similar propuesto por este autor: un ingeniero automotriz, especialista en frenos, conduce un auto alquilado y reconoce que en breve espacio de tiempo (no mientras él conduce) se producirá un desperfecto en los frenos. El ingeniero devuelve el coche sin advertir al locador acerca de la avería y del peligro que se puede derivar de ella. Justo como él se lo representó, el siguiente cliente sufre un accidente. Para JAKOBS, “¿Imputación subjetiva sin imputación objetiva?”, en *LH a Eberhard Struensee*, 2011, p. 281, el especialista no debe responder por el resultado lesivo, porque en el ámbito de los conocimientos especiales no hay a cargo del sujeto deberes de cuidado que observar. Él no tiene un deber de garante en relación con la administración del riesgo, de forma que no tiene un deber de evitar el riesgo.

²¹⁴³ Cfr. HÖRNLE, “Social expectations in the criminal law”, *NCLR*, 2008, p. 10.

²¹⁴⁴ Cfr. JAKOBS, *La imputación objetiva en Dp*, 1996, p. 137. Desde luego puede compartirse con JAKOBS que ninguna persona espera que los camareros tengan conocimientos profundos de biología, pero sí, por el contrario, toda la sociedad espera que si un camarero cuenta con tales conocimientos obre conforme a ellos sólo dentro del ámbito de lo permitido. En tal sentido, nadie estaría autorizado a emplear sus conocimientos especiales en contra de los bienes jurídicos y a favor del rol.

saber qué grado de *comestibilidad* o, en su caso, de toxicidad, poseen los alimentos²¹⁴⁵; así tampoco el camarero estaría exigiendo “a la víctima que tolere un riesgo en [su propio] interés” (es decir, en interés del camarero)²¹⁴⁶. En consecuencia, el camarero no ha de responder por la intoxicación o daños a la salud del cliente²¹⁴⁷, aunque pueda responder por su comportamiento evidentemente insolidario por una omisión del deber de socorro²¹⁴⁸. Por el contrario, la segunda propuesta se manifiesta disconforme con este argumento por considerarlo demasiado formalista y rígidamente ajustado a la teoría de los roles o, al menos, a una interpretación demasiado restrictiva de los mismos²¹⁴⁹. Para esta segunda versión el estándar de cuidado que ha de aplicarse en el caso no es el de un camarero “a secas”, sino el de un estudiante de biología que trabaja de camarero²¹⁵⁰ y, dado el resultado de muerte, ha de responder por un homicidio doloso²¹⁵¹. Evidentemente, el camarero no tiene un deber de “advertir” frutos tóxicos en la ensalada. No se le inculpa por dejar de cumplir acciones supererogatorias. Por el contrario, mientras que el camarero no advierta tales frutos, rige para él también el principio *ultra posse nemo obligatur*, y servida la ensalada el camarero no habría de responder penalmente por el resultado fatal²¹⁵².

²¹⁴⁵ Cfr. JAKOBS, *La imputación objetiva en Dp*, 1996, p. 137, quien señala que el camarero no ha quebrantado el rol en el que se mueve y, por ende, su comportamiento ha permanecido dentro de los límites del riesgo permitido.

²¹⁴⁶ Cfr. JAKOBS, *ibidem*, p. 138.

²¹⁴⁷ Cfr. JAKOBS, *ibidem*, p. 137. También JAKOBS, “Representación del autor e imputación objetiva”, *ADPCP*, 1991, p. 495 [= “Tättervorstellung und objektive Zurechnung”, en *GS für Armin Kaufmann*, 1989, pp. 273, 286; también en *La imputación objetiva en Dp*, 1996, pp. 62 y ss., 137]. Próximo PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 343, en relación con los conocimientos especiales.

²¹⁴⁸ Cfr. JAKOBS, *La imputación objetiva en Dp*, 1996, p. 137.

²¹⁴⁹ Cfr. la acertadísima crítica de ROXIN, *StrafR, AT*, 2006 (4ª ed.), § 11, nm. 57, p. 378. Para este autor la respuesta de JAKOBS no quiebra el sistema teórico, a cambio de un precio muy alto: una vida humana (“Dabei wird der vermeintliche Systembruch vermieden, aber um den Preis eines nicht überzeugenden Ergebnisses; denn eine offensichtlich vorsätzliche Tötung muss, wenn keine Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe vorliegen, auch als solche bestraft werden). También en la misma línea crítica al modelo jakobsiano, HÖRNLE, “Social expectations in the criminal law”, *NCLR*, 2008, p. 10; SACHER, “Systemtheorie und Strafrecht”, *ZStW*, 2006, p. 617; GIL GIL, “Lo subjetivo en la fundamentación y en la exclusión de lo injusto”, *RDPC*, 2005, pp. 98-99, nota al pie 13; GRECO, “Das subjektive an der objektiven Zurechnung”, *ZStW*, 2005, pp. 519 y ss., 538 y ss.

²¹⁵⁰ Cfr. HÖRNLE, “Social expectations in the criminal law”, *NCLR*, 2008, p. 10.

²¹⁵¹ Cfr. SACHER, *Sonderwissen*, 2006, pp. 103, 287 [también en “Systemtheorie und Strafrecht”, *ZStW*, 2006, p. 617].

²¹⁵² Cfr. KINDHÄUSER, “El tipo subjetivo en la construcción del delito”, *InDret Penal*, 2008, p. 23. Por lo que llevo a comprender del planteamiento de este autor, no es el rol de estudiante de biología lo que hace surgir el deber de controlar los platos que sirve cuando trabaja de camarero (“él no actúa de modo contrario a deber por el mero hecho de que él hubiese podido identificar el tipo de champiñón dado sus conocimientos especiales de biología”), sino que es el rol de camarero -que advierte por sus conocimientos especiales la presencia de una fruta venenosa- lo que hace surgir el deber de obrar inocuamente. En estos supuestos, la responsabilidad penal

6. A mi criterio la diferencia entre estas posturas no es una cuestión meramente de baremos, de si se valora el rol del camarero o se valora el rol del estudiante de biología en su función de camarero, sino más bien de una cuestión material, del fundamento de dónde surge el deber de actuar empleando los conocimientos especiales²¹⁵³. El deber ha de surgir del mejor conocimiento existente en el sujeto que, si nos detenemos a pensar, se deriva de alguno de los roles que el mismo desempeña en sociedad²¹⁵⁴. Para la primera concepción ha de aplicarse el baremo de “camarero cuidadoso que sabe lo que ha de saber un camarero” y para la segunda concepción, por el contrario, ha de aplicarse el baremo de “estudiante de biología que sabe lo que ha de saber un estudiante de biología y que trabaja de camarero”. Lleva razón a mi criterio la segunda solución, la que aplica el baremo del estudiante de biología que trabaja de camarero. Una primera razón de que es éste el baremo correcto de aplicar es que los roles sociales no siempre son permitidamente disociables uno de otro, como sucede en esta oportunidad²¹⁵⁵, siempre que el sujeto haya contado libremente con la

no se basa en la elusión de una posibilidad de activar los conocimientos especiales, sino en la elusión de una incumbencia de emplear los conocimientos especiales (a favor del bien jurídico) cuando han sido fáctica y espontáneamente activados.

²¹⁵³ JAKOBS, “¿Imputación subjetiva sin imputación objetiva?”, en *LH a Eberhard Struensee*, 2011, p. 280, se pregunta si “hay que garantizar la consideración de conocimientos que no hay deber de *activar*”. Para él, la respuesta afirmativa supone una toma de postura psicologista y, como bien se sabe, esta no es su postura.

²¹⁵⁴ Incluso, podría irse más lejos, pero en estas páginas no puedo ocuparme de un tema tan peliagudo, de forma que sólo mencionaré algunos ejemplos. Un sujeto autodidacta, que no se desempeña socialmente como médico ni nada similar, tiene conocimiento de una técnica curativa que puede salvar la vida de una persona en una situación determinada, pero llegado el caso, omite emplear sus conocimientos con dicha finalidad. La persona muere. Para ajustar más el nudo: un jardinero ha recibido una información de su empleador en la víspera de la muerte de éste. El empleador es un reconocido virólogo, que comunicó a su jardinero que un virus que él acaba de descubrir y que nadie más lo sabe, despuntará ni bien llegue el invierno y la gente consuma naranjas (debido a una extraña combinación entre el frío y la química de este cítrico). La forma de evitar el contagio del virus es consumiendo la naranja luego de embeberla en agua hirviendo unos segundos. Llegado el invierno, el jardinero nada dice, ni a otros científicos, ni a la policía, ni al periodismo, porque, simplemente, él entiende que a él no le incumbe prevenir, ni salvar a nadie, sino limitarse a regar plantas y podar árboles – vamos, a cumplir a rajatablas su rol-. Él sobrevive, muchos otros no. A mi criterio, en ambos supuestos, el conocimiento especial del sujeto hace surgir el deber de emplearlos, en la medida en que se pueda y cómo se pueda, es decir, no necesariamente actuando para evitar el resultado (en el caso del autodidacta, no necesariamente curando), sino procurando evitar que de su inaplicación se derive el resultado lesivo. Para ello, sería posible que el sujeto transfiera sus conocimientos a otro sujeto más experto o en mejores condiciones de ejercer una acción salvadora e, incluso, al garante, o simplemente podría informar el *know-how* a las potenciales víctimas (en el caso del jardinero, avisar a la policía para que se dé aviso a la comunidad). Sea cual sea el supuesto, el sujeto tendría una incumbencia de emplear sus conocimientos especiales en favor de la integridad del bien jurídico ajeno, lo que anteriormente se denominó realizar un sacrificio trivial.

²¹⁵⁵ En principio, si invertimos el caso, la solución nos parecería algo ridícula, pero responde a la misma lógica: el camarero que trabaja en las vacaciones de ayudante de un científico en un laboratorio. ¿Podría imputársele el resultado de lesiones –en la lengua- que sufriese el profesor por haber el estudiante servídole la comida demasiado caliente? (el científico envió al ayudante a que le calentase la comida en la cocina del

opción de participar o no en situaciones que él sabe, incluso por sus conocimientos especiales, que derivarán en un resultado lesivo para un bien jurídico ajeno²¹⁵⁶. A fin de cuentas a todos nos compete emplear los mejores conocimientos que tenemos, cuando podemos, en pos de la conservación –al menos del *statu quo*- de nuestros espacios de libertad²¹⁵⁷. Caso contrario, el sujeto “sabedor de más” se encontraría autorizado (por el mismo Derecho) a valerse de situaciones socialmente aparentemente permitidas como manipular determinados resultados a su favor ya sea produciéndolas bajo el amparo del riesgo permitido o aprovechándose de ellas cuando éstas se le presenten²¹⁵⁸. O

laboratorio). Ciertamente, algo así sería relativamente imputable más a la víctima que al ayudante, desde las mínimas incumbencias de autoprotección (es evidente cuando una comida está caliente). Pero, el caso se complica si, en vez de camarero, se tratase de un cocinero y el ayudante no haya cocinado del todo la comida, lo que deriva en una intoxicación del científico.

²¹⁵⁶ Cfr. HÖRNLE, “Social expectations in the criminal law”, *NCLR*, 2008, p. 10.

²¹⁵⁷ Cfr. GRECO, “Das subjektive an der objektiven Zurechnung”, *ZStW*, 2005, pp. 542, 550: “Wer mehr weiß, kann auch mehr und deswegen soll er auch mehr”, de forma que, “Alle sollen tun, was sie können, um Rechtsgutsbeeinträchtigungen zu vermeiden”. Similar KINDHÄUSER, “El tipo subjetivo en la construcción del delito”, *InDret Penal*, 2008, p. 15. Crítico, por considerar que a tal idea le subyace una estructura de justificación utilitarista, PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 343, nota al pie 528. También JAKOBS sostendría que como el Derecho penal no está encomendado a proteger bienes jurídicos sino a asegurar la identidad normativa de la sociedad a través del mantenimiento de los roles, entonces, los conocimientos que se adquieran o que se posean con carácter especial, más allá del rol, no son debidos de emplear a favor del bien jurídico. Resumidamente, lo criticable del planteamiento de este autor es que sacrifica un bien jurídico en pos de un rol, lo que revela su toma de postura personal sobre los medios, fines y jerarquías sociales. Para él los roles son fines y los bienes jurídicos medios, aquéllos por encima de éstos. Para conservar intacto un rol (por lo demás, estático) no hay deber que surja a cargo del sujeto que conoce de más en pos de la salvación o mantenimiento del *statu quo* de un bien jurídico. Porque sostener que ya se satisface la indemnidad del bien jurídico protegiéndola a través de deberes básicos de solidaridad (omisión del deber de socorro) no deja de ser un eufemismo. Por otro lado, aun se le podría preguntar a JAKOBS ¿porqué el conocimiento especial de un riesgo cualificado de matar es sólo un conocimiento ordinario de un deber de no salvar la vida ajena, teniendo en cuenta que los conocimientos especiales del autor rebasan la insolidaridad del que simplemente observa como otro se ahoga? Mientras que en este último supuesto el sujeto activo no tiene vínculo alguno desde su rol general con el sujeto pasivo, en el caso del camarero el rol se halla especialmente vinculado con el riesgo que no se evita que se derive en el resultado final. ¿Acaso este último supuesto no revela un apartamiento de la norma jurídica más grave que el primer supuesto? ¿Acaso la ausencia de fidelidad al Derecho –el dolo como un mero índice- del camarero no es más intensa que el sujeto contemplativo?

²¹⁵⁸ Igual respuesta se tendría que ofrecer incluso en la variante invertida del caso del camarero, que el mismo JAKOBS, *La imputación objetiva en Dp*, 1996, p. 137, propone desde la omisión: “el estudiante descubre la fruta venenosa justo después de haberla servido”. Para este autor, en el ejemplo no “concorre una posición de garantía, pues el comportamiento previo (el único punto de conexión posible) no creó un riesgo especial” del que tuviese que responder el camarero. Su responsabilidad se limitará a la omisión del deber de socorro. A mi entender, el punto de conexión desde el cual surge el deber de actuar para evitar que el riesgo que ha ingresado a la esfera del tercero se materialice en un resultado lesivo, es el conocimiento que se adquiere inmediatamente después de servir el plato con la fruta venenosa. Aun cuando el comportamiento del camarero no haya generado al inicio ningún riesgo especial que neutralizar (no hay posición de garantía inicial), el conocimiento que se adquiere posteriormente cambia automáticamente su posición neutra a una posición comprometida con el bien jurídico tutelado por la norma jurídico-penal. Y no sólo porque su comportamiento es causal, sino

respondiendo con una frase del propio JAKOBS, es verdad que, en estos supuestos, “el autor no exige a la víctima que tolere un riesgo en interés del propio autor”²¹⁵⁹, porque lo que, en verdad, el autor exige a la víctima es que ésta tolere un riesgo en el propio *desinterés* del autor, lo que resulta más grave aún.

7. No hay que descartar que las situaciones de conocimientos especiales que la doctrina suele citar, en la generalidad de los casos, se caracterizan por provenir de la fortuidad o casualidad, o bien de la misma condición subjetiva del autor (conocimientos técnicos, superiores). Ello no impide a que no se presenten situaciones en las que los conocimientos especiales derivan de una transmisión de la información por terceros o de una búsqueda espontánea del mismo. Aunque de modo aparente, esta expansión de las posibles fuentes de los conocimientos especiales no altere las formas en cómo son resueltos los casos propuestos por las diferentes escuelas dogmáticas, no obstante, cuando se ponen a prueba algunos de esos casos bajo ciertas variantes, las respuestas ya no son las mismas. Por ejemplo, en el supuesto del estudiante de biología que trabaja de camarero, la versión original del mismo señala que el conocimiento de la fruta venenosa se adquiere de un modo fortuito (en verdad, el conocimiento se activa, porque el sujeto ya lo posee). Si a esta versión original le cambiamos la fuente de la activación del conocimiento, la respuesta que debería ofrecer JAKOBS tendría que ser la misma que la de la versión original, porque para este autor no es la fuente de la activación del conocimiento especial lo que resuelve el asunto, sino el rol del autor. De este modo, ¿seguiría respondiendo el camarero por omisión del deber de socorro cuando la activación de su conocimiento se debió a una información brindada por el mismo cocinero, que le manifestó que en la ensalada que éste iba a servir se encontraba una fruta venenosa? ¿No sería este supuesto un caso de complicidad en un homicidio doloso?

8. Cuando en el sujeto activo concurren conocimientos más cualificados que los que poseería la persona promedio en su lugar, no se presentan problemas en sede del tipo objetivo, sino que ello habrá de valorarse en sede del tipo subjetivo²¹⁶⁰. El sujeto conoce el

porque el conocimiento adquirido tiene por objeto un riesgo típico que ha surgido de su ámbito de organización y que, por tanto, él sólo puede neutralizar.

²¹⁵⁹ Cfr. JAKOBS, *La imputación objetiva en Dp*, 1996, p. 138.

²¹⁶⁰ Evidentemente, los conocimientos especiales son de la misma naturaleza que los conocimientos ordinarios, de base mental-proposicional. También para SERRANO-GONZÁLEZ DE MURILLO, “Sobre la consideración de los ‘conocimientos especiales’ del sujeto”, en *LH a Eberhard Struensee*, 2011, p. 634, se trata de un concepto

desvalor social de su conducta que, a los ojos del hombre medio, no se trata de una conducta peligrosa²¹⁶¹. Cuando el sujeto “sabe de más”, dicha dimensión cognitiva no podrá someterse al rasero de la persona promedio, sino al rasero de la mejor versión del autor. En algunos casos, el deber de procurar evitar la realización del delito puede conformarse con la mera abstención (no servir el plato con el moho venenoso), o requerir la realización de una acción (avisar al comensal acerca de los riesgos del moho para la salud). Ambos supuestos se entenderán como un *sacrificio trivial*²¹⁶², de observancia de una pauta de cuidado a favor de la incolumidad del bien jurídico y, con ello, hay que realizar una aclaración. El sacrificio trivial se satisface con la realización (o abstención) de una conducta idónea para evitar el resultado, no precisándose (en términos de no esperándose) que el sujeto activo emplee sus mejores medios y capacidades para evitar el resultado. Por eso, a la mera abstención de no servir la ensalada tóxica, no han de acompañar –de modo obligatorio– otras medidas de precaución para evitar que terceras personas o la propia víctima terminen por realizar aquello que el sujeto activo acaba de neutralizar. Por evocar el ejemplo del camarero, bastará con que éste no sirva la ensalada, quite el fruto, deseche la ensalada, avise al comensal, u otras medidas triviales idóneas para impedir el resultado lesivo y no, en cambio, que, además, refuerce tales medidas con otras secundarias para impedir que ese riesgo que él acaba de neutralizar vuelva a activarse²¹⁶³. Este aporte mínimo se espera del

fenomenológico, pero que depende de un dato no-empírico (lo que hubiera conocido el observador objetivo). Crítico JAKOBS, “¿Imputación subjetiva sin imputación objetiva?”, en *LH a Eberhard Struensee*, 2011, p. 282, nota al pie 28 (en referencia a SACHER, señala que en estos casos la mencionada autora “degenera la estructura normativa de la sociedad en un derivado de acontecimientos psíquicos”).

²¹⁶¹ Se trataría de la contracara de la tentativa idónea aparente. Los conocimientos especiales hacen alusión a una conducta no peligrosa *ex ante* intersubjetivamente en concreto, sí peligrosas subjetivamente *ex ante* en concreto y sí peligrosas *ex ante* intersubjetivamente en abstracto, luego son peligrosas intersubjetivamente *ex post* en concreto. Por el contrario, la tentativa idónea aparente hace referencia a una conducta peligrosa *ex ante* intersubjetiva y subjetivamente en abstracto, pero no empíricamente en concreto, luego no son peligrosas intersubjetiva, subjetiva y empíricamente *ex post* en concreto. Así, en los conocimientos especiales el riesgo *ex post* en concreto (que conoce el autor y el hombre medio) coincide con el riesgo intersubjetivamente *ex ante* en abstracto y con el riesgo subjetivamente *ex ante* en concreto (lo que indica que el hombre medio *podía conocer* lo que conoció el autor), mientras que en la tentativa idónea aparente la ausencia de riesgo *ex post* en concreto (que conoce el autor y el hombre medio) coincide con la ausencia de riesgo empíricamente *ex ante* en concreto, pero no con la presencia de riesgo intersubjetiva y subjetivamente *ex ante* en abstracto (lo que indica que el hombre medio *conocía* lo que conoció el autor). En resumidas palabras: en el *ex post* se comprueba que el riesgo en los conocimientos especiales era real, a diferencia de la tentativa idónea aparente en la que *ex post* se comprueba que el riesgo en los conocimientos objetivos era irreal.

²¹⁶² Sacrificio trivial como fundamento de la responsabilidad en la infracción a un conocimiento especial, como se ha indicado en el *Capítulo Tercero*, epígrafe II.III.4.c.i.a. *Incumbencia de no lesionar a otros* (*neminem laedere*) y *de salvar a otros* (*alterum salvare*).

²¹⁶³ Es verdad, como sostiene JAKOBS, “¿Imputación subjetiva sin imputación objetiva?”, en *LH a Eberhard Struensee*, 2011, p. 282, que en estos casos el sujeto activo no realiza un curso lesivo organizado por él, pero, sí

sujeto que posee los conocimientos especiales, toda vez que él se encuentra en una situación privilegiada de evitación del delito, una especie de “posición de garante por ocasión”, por ser ellos mismos la fuente del riesgo²¹⁶⁴ (aunque no sean la única, ni la principal). La situación privilegiada se explica muy fácilmente: el sujeto activo es el único, o de los pocos, que verdaderamente conoce la realidad en su esencia y no en su apariencia. Es la dimensión epistémica-subjetiva la que guarda correspondencia con la realidad, y no la dimensión epistémica-inter subjetiva que percibe una apariencia de realidad. Si entre los fines del Derecho penal se encontraba el de proteger los espacios de libertad entre el autor y la víctima, ciertamente, sin comprometer demasiado la libertad de acción de autor y víctima, en este equilibrio inestable de ponderación continua, lo único que podría determinar en el caso concreto qué ha de ser lo que oriente la observancia del deber, son los conocimientos efectivos del autor, pues es a él a quien se dirige la norma y es a él al que le incumbe actuar conforme al deber²¹⁶⁵.

8.a. En las soluciones más objetivas del dolo subyace siempre una especie de distancia deliberada con los planteamientos finalistas. Así como la doctrina finalista trasladó el dolo al injusto, la tendencia de objetivizar ha ido más lejos, trasladando cuestiones subjetivas, como los conocimientos especiales (y elementos subjetivos específicos) a la imputación objetiva. Al dolo no lo han trasladado pero lo han pintado de objetivo. Ya KAUFMANN había advertido tal tendencia de traslado del elemento intelectual

se podría sostener, a mi juicio, que se trata de un curso lesivo en el que él participa. Me es imposible en este trabajo, por falta de un estudio más profundo sobre las modalidades de participación punible que podrían presentarse en los supuestos de conocimientos especiales, ofrecer una argumentación más sólida a título de que respondería el sujeto activo. Sin demasiado rigorismo teórico me aventuro a ofrecer una intuición. Si se asumiera un concepto de accesoriedad restringida o mínima (que comparto), la que sólo exige la tipicidad objetiva del autor, entonces, podría hablarse de una complicidad mediata del sujeto activo en relación con el resultado. El cómplice mediato sería aquél que participara en la autolesión no dolosa, pero autorresponsable de la víctima. Estos supuestos deberían merecer, quizá, una pena atenuada.

²¹⁶⁴ Para JAKOBS, “¿Imputación subjetiva sin imputación objetiva?”, en *LH a Eberhard Struensee*, 2011, p. 281, nota al pie 27, el riesgo que el sujeto ha de administrar es el que según su rol esté en posición de garante de administrar y no, en cambio, el riesgo que se deriva del contexto en el que se presenta el autor.

²¹⁶⁵ JAKOBS, “¿Imputación subjetiva sin imputación objetiva?”, en *LH a Eberhard Struensee*, 2011, p. 283, parece ironizar cuando señala: “ciertamente que es un escándalo que un autor no evite una gran desgracia muy fácilmente evitable, pero este escándalo no depende de cómo se ha comportado el autor previamente, sino que deriva de la expectativa moral fuerte y jurídica débil de que el autor, dado que es el único que se da cuenta de la situación, en un caso de necesidad extrema, pero sólo entonces, cuidará de la seguridad del que se halla en peligro. Este cuidar de la seguridad, sin la existencia de un vínculo *especial*, no forma parte de las tareas de una persona en derecho que administra su propio ámbito (...)”. Sin entrar a analizar muy en detalle el planteamiento de este autor, desde aquí se puede responder al profesor de Bonn que las expectativas sociales que se generan respecto de un sujeto con conocimientos especiales que puede evitar fácilmente la producción del resultado son las que dan vida a los deberes jurídicos. No se trata “peyorativamente” de expectativas morales, sino de expectativas surgidas de las normas sociales más básicas de orientación, como las incumbencias.

al tipo objetivo (con los conocimientos especiales), quedando el dolo prácticamente vacío²¹⁶⁶. No es necesario acudir a los conocimientos especiales del autor para determinar el comportamiento socialmente peligroso, esto es, en sede del tipo objetivo²¹⁶⁷. Sólo serán necesarios evaluarlos en su momento oportuno que es en el juicio de imputación subjetiva, con la integración de los conocimientos del autor en el estándar de la conducta socialmente peligrosa²¹⁶⁸.

8.b. La consecuencia de un planteamiento exclusivamente roificado es el fomento de una libertad egoísta. Una propuesta que niegue el deber de intervención de la persona en situaciones evidentemente lesivas para los intereses ajenos propone como eslogan el fomento de “espacios de libertad intolerables” (*unerträgliche Freiräume*²¹⁶⁹), por cuanto extiende el ámbito del riesgo permitido a costa de una solidaridad que no cuesta nada. Y esto, paradójicamente, deriva en lo siguiente: en vez de extender la libertad se la restringe porque se la deja sin protección cada vez que se defiende como regla general una simple libertad negativa²¹⁷⁰.

9. Hechas estas aproximaciones a los conocimientos especiales es momento de identificar qué tipo de estructura objetiva de imputación les subyace. A mi entender, los casos de conocimientos especiales de riesgos típicos tienen por objeto lo que algún autor denomina riesgo permitido condicionado²¹⁷¹ y, que será comentado más adelante cuando me refiera a los riesgos que surgen de la habituación y a los riesgos que se presentan *ab initio* permitidos, pero que devienen en prohibidos. Según la estructura del riesgo permitido condicionado el sujeto habría de responder bajo la figura de la comisión por omisión, que cuadraría más con un sacrificio de garante, que con un sacrificio trivial. Pero, respecto de los conocimientos especiales, hemos dicho que no se exigía un sacrificio de garante, al menos no de un garante principal, sino un sacrificio trivial más próximo a los garantes

²¹⁶⁶ Cfr. KAUFMANN (Armin), “¿Atribución objetiva en el delito doloso?”, *ADPCP*, 1985, pp. 820 y ss.

²¹⁶⁷ En sentido contrario la doctrina mayoritaria mencionada *supra*. Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia*, 2001, pp. 359, 358 y ss.

²¹⁶⁸ Cfr., sólo a modo ejemplificativo SCHÜNEMANN, “Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva”, en *Temas actuales*, 2002, p. 82; ROXIN, “Die Lehre von der objektiven Zurechnung”, *ChLR*, 1994, pp. 233 y ss.; FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983, pp. 133 y ss.

²¹⁶⁹ Tomo la expresión de PRITTWITZ, “Strafrecht als *propria ratio*”, en *FS für Roxin*, 2011, p. 31. La traducción correcta de *Freiräume* es de “espacios libres”, pero el autor emplea también la expresión *Freiheitsräume* en el mismo texto, lo que se traduciría como “espacios de libertad”. Teniendo en cuenta que en la doctrina es más usual emplear la expresión “espacios de libertad” he preferido unificar la terminología a favor de esta última.

²¹⁷⁰ En filosofía política una idea de esta naturaleza fue defendida por SIMMEL (en su obra sobre el dinero), para quien la cosificación del otro en la sociedad es “el precio que hay que pagar por el aumento de las libertades negativas debido a la multiplicación de las relaciones de intercambio económico”. Cita extraída de HONNETH, *Reificación*, 2007, p. 132.

²¹⁷¹ Cfr. el concepto en SILVA SÁNCHEZ, “Teoría del delito y Derecho penal económico-empresarial”, en *Teoría del delito y práctica penal económica*, 2013, p. 44.

imperfectos (como las omisiones puras de garante), cuya fuente del riesgo son los conocimientos especiales del autor, que él mismo debe neutralizar, porque el deber de obrar conforme a la norma de conducta se enlaza con una incumbencia-categoría (el ejercicio razonable de la libertad)²¹⁷². Así, el empleo de los conocimientos especiales a favor de los fines del Derecho penal puede ser explicado esquemáticamente del siguiente modo: la norma de conducta que rige a nivel del tipo objetivo no es suficiente para activar el deber para el autor, porque no lo es para el hombre medio. Asimismo, el conocimiento especial tampoco resulta suficiente por sí solo para activar el deber del autor, justamente porque aquél es posterior a éste. El deber no preexistía al conocimiento especial, sino que surge a partir de él (no *era* un deber abstracto, sino que *es* un deber concreto). ¿Qué activa entonces el empleo de los conocimientos especiales a favor de los bienes jurídicos? A mi criterio, lo único que puede activar dicho empleo, es la incumbencia-categoría de un ejercicio razonable de la libertad, porque ésta no sólo preexiste a todo riesgo y a todo conocimiento, si no que siempre está latente y vigente, sin límites temporales ni de roles²¹⁷³. En consecuencia, es el sujeto activo al que le incumbe evitar que de la materialización de una conducta suya se deriven resultados lesivos para terceros. Explicado de otro modo y en relación con el caso del camarero: en el supuesto de los conocimientos especiales del camarero ocurre que, de la infracción al deber general de solidaridad (omisión de socorro), de la que habla JAKOBS, se deriva la realización del tipo delictivo del homicidio²¹⁷⁴. Una

²¹⁷² No se aleja del planteamiento aquí sostenido el del sistema teleológico de GRECO, “Das subjektive an der objektiven Zurechnung”, *ZStW*, 2005, pp. 534 y ss. Para este autor, como se ha comentado más arriba, sólo concibiendo la tipicidad penal desde un punto de vista teleológico (preferencias político-criminales) puede sostenerse “que el orden no altera el producto” cuando el producto es salvaguardar los bienes jurídicos a la vez que otorgar libertad de acción a los ciudadanos, esto es, una ponderación racional entre lo permitido (por útil o inocuo) y lo prohibido (por lesivo). En consecuencia, son penalmente relevantes las acciones no emprendidas a favor de los bienes jurídicos que van acompañadas de un conocimiento especial sobre un riesgo típico desconocido por el hombre medio. En estas situaciones el juicio de valor (de sentido) de la tipicidad penal demanda la prohibición de la conducta. Sin embargo, GRECO sólo fundamenta la relevancia penal de los conocimientos especiales desde el resultado final que se aspira desde la tipicidad (proteger bienes jurídicos a la vez que otorgar libertad de acción), pero descuida la causa que fundamenta el aspirar a dicho resultado, que en este trabajo se entiende lo son las incumbencias. Sólo desde éstas, como presupuestos deónticos de la autorresponsabilidad, se puede dar base suficiente para activar el deber en pos de salvar los bienes jurídicos también en supuestos de conocimientos especiales. “En pos de” equivale a “en función de” los fines del Derecho penal.

²¹⁷³ Véase lo de la incumbencia como disparador deóntico (o detonador, que activa el deber) en el *Capítulo Tercero*, epígrafe *II.III.4.c.ii. Incumbencias-medio (hipotéticas): seguimiento razonable de las normas*.

²¹⁷⁴ JAKOBS, “¿Imputación subjetiva sin imputación objetiva?”, en *LH a Eberhard Struensee*, 2011, p. 285, introduce una matización al caso, lo que él denomina los “conocimientos especiales introducidos”, esto es, la desviación de los conocimientos especiales a la realización de otro riesgo que el sujeto, por razón de un acto de organización, tiene el deber de administrar. Para JAKOBS “si el autor quebranta, a su vez, una separación de

especie de concurso medial entre la omisión del deber de socorro y el homicidio, porque es aquélla la que conforma el riesgo típico del homicidio (también en su tentativa). Esto sucede cuando la infracción al deber de socorrer (típico) favorece *concluyentemente* o genera la infracción del deber de evitar el resultado lesivo²¹⁷⁵. Este favorecimiento o generación hay que medirlo en términos de imputación objetiva, no de causalidad simplemente, teniendo en cuenta el principio de esferas por aproximación según las circunstancias. Recuérdese que las esferas por aproximación o yuxtaposición se dan cuando el sujeto activo y el pasivo se encuentran en la misma cadena de riesgo. En estos casos el conocimiento especial o privilegiado contiene por objeto el riesgo típico, junto a la posibilidad de su evitación; la situación objetiva de peligro típico no es una cuestión meramente psicológica. Otorga sostén al conocimiento especial de un riesgo típico la incumbencia de ejercer razonablemente la libertad, absteniéndose de obrar u obrando para neutralizar o cambiar el curso lesivo, y no, en cambio, la evocación del sentimiento jurídico,

roles en sí existente, o sea, si introduce sus conocimientos pertenecientes a un rol en otro, entonces el conocimiento especial se transforma en un simple conocimiento de una realización típica inminente”. Por ejemplo, si el estudiante de biología que trabaja de camarero aparta la ensalada tóxica para servírsela a su tío rico del que es heredero, entonces, en el caso de la muerte se tratará de un homicidio doloso. Aunque JAKOBS no lo aclara, considero que para que la solución de este caso sea consecuente con sus puntos de partida, el camarero tendría que trasladar la ensalada a la casa del tío y, en su rol de “ciudadano-sobrino de un tío-rico, futuro heredero”, emprender el riesgo. Porque si lo hiciera en su rol de camarero, cuando el tío rico se presenta en el restaurante, cabría hacerse la siguiente pregunta: ¿porqué los conocimientos especiales en un caso no generan ningún deber de neutralizar el riesgo y en el otro sí? Los conocimientos siguen siendo especiales con independencia de que el camarero (que es a la vez sobrino) modifique el curso de riesgo lesivo y lo aplique en otra persona. En ambas situaciones el sujeto activo se encontraría administrando adecuadamente su rol de camarero. No ha surgido de un acto de organización de él la creación del riesgo, puesto que, según JAKOBS, los conocimientos especiales extraroles no inciden en la imputación objetiva; el mero desvío del curso causal (con una intención típica) no debería en el sistema de este autor desequilibrar las pautas de cuidado del rol. Así como un camarero no tiene el deber de abstenerse de servir la ensalada tóxica (que él sólo conoce) a un comensal X, así tampoco el camarero tiene el deber de abstenerse de servir la ensalada tóxica a un tío rico (que él sólo conoce), porque dicho deber –nos ha dicho JAKOBS- no puede generarse en el conocimiento especial que tiene el camarero, excepto que se pueda alegar con razón que el camarero se encuentra en posición de garante en relación con la vida del tío. Si JAKOBS considera que en el segundo supuesto sí hay un deber de abstención (para evitar un homicidio doloso) tendría que explicar por qué los sobrinos con conocimientos especiales (de un rol 1) delinquen cuando trabajan de camareros (en el rol 2) y no los estudiantes de biología. Asimismo, entonces JAKOBS debería negar el homicidio doloso cuando un maletero del tren que es estudiante avanzado de ingeniería electrónica acaba de advertir que un pasajero lleva consigo un artefacto indudablemente explosivo, que ha escuchado que lo hará explotar durante el viaje. Si ésta, efectivamente, llegase a estallar en plena travesía, el maletero sólo respondería por omisión del deber de socorro, toda vez que en el rol de maletero no está cerciorarse lo que los pasajeros llevan en sus equipajes, ni saber acerca de bombas. Y deberá afirmar, en cambio el mismo JAKOBS, un homicidio doloso, si el maletero conociendo esta circunstancia persuade al pasajero para que suba a otro tren, en donde, justamente, viaja el jefe de la estación que el maletero tanto detesta.

²¹⁷⁵ Concluyentemente, por encontrarse el sujeto activo en la cadena de riesgo del sujeto pasivo.

que en esos casos, la ausencia de un comportamiento adecuado a la norma llevaría a castigar al sujeto. No se trata de ofrecer criterios poco científicos, sino de buscar razones normativas para la imputación subjetiva de los conocimientos especiales. Así como en la omisión del deber de socorro el Estado delega el ejercicio de una solidaridad elemental, en los conocimientos especiales de un riesgo típico el Estado espera que el sujeto actúe según sus incumbencias para activar un deber sólo a él dirigido, cuyo cumplimiento evitaría la lesión de un bien jurídico²¹⁷⁶.

II.IV.3.b.iii. Asunción de riesgos extravagantes: ¿imputación dolosa?

1. Objetivamente lo que es posible y lo que no lo es no depende exclusivamente de lo que el sujeto se represente, así como tampoco depende de lo que el sujeto desee. La posibilidad o no posibilidad de un suceso depende, antes bien, de ciertas leyes de la naturaleza (causales o del azar²¹⁷⁷) y de la experiencia social, de modo que, entre el antecedente y el consecuente suele existir una relación normológica²¹⁷⁸, sea ésta causal o no. Quizá en la atribución objetiva sea conveniente exigir sólo que la relación entre la conducta y el resultado sea legal, en cuanto a que se derive de leyes, y no siempre de modo necesario que sea causal²¹⁷⁹, como sucede, por ejemplo, en la omisión, que se explicaría mejor desde las leyes de sucesión²¹⁸⁰, o en otras clases de fenómenos a los cuales se les aplica las leyes de

²¹⁷⁶ Próximo, pero sólo desde la norma de conducta, SERRANO-GONZÁLEZ DE MURILLO, “Sobre la consideración de los ‘conocimientos especiales’ del sujeto”, en *LH a Eberhard Struensee*, 2011, p. 637. Este autor da relevancia a los conocimientos especiales para la imputación dolosa partiendo del modo de operar de las normas penales: “Si las normas basan su eficacia en orientar la conducta de sus destinatarios, en el sentido de evitar comportamientos que entrañen lesiones de entes valorados como bienes jurídicos, difícilmente puede decirse sobre la tipicidad, sobre si se ha infringido la prohibición de obrar, antes o al margen de conocer el contenido de conciencia del sujeto que actúa concretamente”.

²¹⁷⁷ También el azar se encuentra sometidos a leyes. Cfr. BUNGE, “Azar, probabilidad y ley”, *Diánoia*, 1969, pp. 160, *passim* [también en *La causalidad*, 1997, pp. 31 y s.]. Ello puede explicarse también del siguiente modo: los acontecimientos azarosos no serían tales, sino una mera consecuencia de nuestra ignorancia sobre las leyes causales (desconocimiento normológico) o de los acontecimientos de la realidad (desconocimiento ontológico). Sobre ello MOLINA FERNÁNDEZ, *Responsabilidad jurídica y libertad*, 2002, pp. 102-103 (en referencia al pensamiento de LAPLACE).

²¹⁷⁸ El concepto de posibilidad puede reducirse al de legalidad: algo es posible si y sólo es legal. Cfr. BUNGE, “Azar, probabilidad y ley”, *Diánoia*, 1969, pp. 149 y ss.

²¹⁷⁹ Que todo proceso sea legal, no necesariamente causal, significa que el suceso o la cadena de sucesos satisfaga un conjunto de leyes, sean éstas causales o no (por ejemplo, leyes de sucesión, pautas de interacción, leyes de determinación estocástica, es decir, aleatoria, etc.). Cfr. BUNGE, “Azar, probabilidad y ley”, *Diánoia*, 1969, pp. 159, *passim*.

²¹⁸⁰ La lógica de los delitos de omisión parece explicarse mejor desde las *leyes de sucesión*, que en filosofía de la ciencia se definen como las que indican la posible trayectoria entre un estado y otro a lo largo del tiempo. Y,

correlación²¹⁸¹. Ciertamente, esto no descarta que existan leyes desconocidas para las personas y que, por ende, existan sucesos posibles que no estén por el momento al alcance del conocimiento humano. A esto último solemos llamar azar o milagro, como la contracara de lo que conocemos²¹⁸². Se definen como riesgos extravagantes aquellos que van acompañados de una posibilidad real, pero remota, de realizarse en un resultado de lesión; una especie de “riesgo de lotería” cuya *remotidad* depende, en muchas ocasiones, de la fortuidad²¹⁸³. Hemos visto que los riesgos extravagantes quedan fuera de lo que serían los riesgos normales para realizar el tipo penal y que, por ello, revelaban una condición de irracionalidad subjetiva del autor. Sólo en los casos en que exista *una* posibilidad de que por el azar se *efectivice* el resultado, estaríamos autorizados a sostener que se trata de un riesgo extravagante, esto es, cuando la ley de la causalidad opera con la ayuda de la ley del azar²¹⁸⁴. Por el contrario, cuando no existe esta posibilidad azarosa, entonces, el riesgo que se asume puede ser llamado de resultado imposible²¹⁸⁵. Así, el disparo con un arma de corte alcance y desde tierra a un avión que vuela a diez mil metros de altura, con la intención de alcanzar al piloto, no cuenta con una posibilidad de que el azar siquiera contribuya a la

como en la dogmática penal, operamos con criterios valorativos seguramente las leyes de sucesión se acomoden mejor a éstos que las leyes de la causalidad.

²¹⁸¹ Cfr. ELSTER, *La explicación del comportamiento social*, 2010, p. 37. En algunos supuestos es posible decir que un suceso de cierta clase es invariable o habitualmente seguido por un suceso de otra clase. Esto no nos permite sostener que los sucesos de la primera clase sean la causa de los sucesos de la segunda clase, porque también hay otra posibilidad: que ambos podrían ser efectos comunes de un tercer suceso.

²¹⁸² En la época de la fiebre amarilla la cura de la misma podría haberse entendido como un milagro, cuando en verdad el enfermo pudo haber consumido la fruta que contenía la medicina natural del virus, pero para ese entonces dicha circunstancia era desconocida. Sobre el azar como la ignorancia de las causas reales, véase BUNGE, *La causalidad*, 1997, pp. 318, 316 y ss. En verdad, la falta de explicación de un suceso puede deberse o al propio desconocimiento del que quiere explicarlo, o a ciertas limitaciones epistemológicas sobre lo cognoscible. Sobre ello MOLINA FERNÁNDEZ, *Responsabilidad jurídica y libertad*, 2002, pp. 92 y ss. Ya antes LAPLACE citado en MOLINA FERNÁNDEZ, *El concepto de peligro*, 2008 (inédito), p. 46, nota al pie 79.

²¹⁸³ Acerca del control del azar a través de la prohibición de la puesta en peligro (abstracto), véase KRATZSCH, *Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht*, 1985, pp. 110 y ss., 119 y ss., 229, 274 y ss., 283. Para este autor el principio de protección de los bienes jurídicos se concretiza a través del dominio del azar.

²¹⁸⁴ Con referencia a la intervención del azar en el *iter criminis*, SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, 2005, pp. 100-101 [también JAKOBS, *Dp, Pg*, 1997 (2ª ed.), p. 203], pero considerando que lo único a desvalorar es la decisión de la voluntad, que alcanza su máxima dosis de desvalor en la tentativa acabada; lo que suceda luego (el resultado o no) al Derecho penal no le interesa. A mi entender, habría que distinguir (des)valorativamente entre las decisiones de voluntad que incluyen el azar, de las que no lo incluyen, porque aunque el resultado sea algo exclusivamente producto de la casualidad, ello no significa que el autor no pueda contar con él en un proyecto idóneo de realización.

²¹⁸⁵ Así, si jugamos a la lotería colocamos la causa que depende del azar para sacarnos el premio. Pero, si no jugamos a la lotería, o la jugamos mal, no colocamos ninguna causa para que opere el azar a nuestro favor.

producción del resultado, de modo tal, que no se trata de un riesgo con resultado remoto, sino de un riesgo de resultado imposible y, más apropiadamente, de una falsa intención²¹⁸⁶.

2. Un ejemplo de riesgo extravagante se presenta en el conocido caso del tirador inexperto (o *Thyrén*), en donde *ex ante* el riesgo de producción del resultado es remotísima, pero en el *ex durante* el factor azar lo *efectiviza*²¹⁸⁷. Para recordar: el sujeto A, que es completamente inexperto en el manejo de armas de fuego, dispara con intención de matar a B a una distancia en la que le sería muy difícil acertar, incluso a un tirador experto. A pesar de la incompetencia de A el disparo alcanza fatalmente a B²¹⁸⁸. Lo verdaderamente esencial en este ejemplo es que el sujeto se había representado con suficiente certeza que las probabilidades objetivas de dar en el blanco eran remotas (o prácticamente improbables). Además la consideración del baremo objetivo del tirador experto hace más evidente la influencia del factor azar en la producción del resultado final²¹⁸⁹. Hay dos alternativas para abordar el caso: (1) Desde la perspectiva *ex ante*, la asunción de un riesgo de matar a otra persona con remotas probabilidades de dar en el blanco nos lleva a decir que *no* existe peligro para el bien jurídico vida humana o, al menos, que no existe un peligro probable. Pero, si *ex post* se produce el resultado a causa del disparo, entonces, terminamos sosteniendo que estábamos equivocados en nuestro juicio *ex ante* y que sí existía peligro para la víctima. Si compartimos esta primera conclusión (juicio *ex post*), entonces, deberíamos llevar a castigar también el supuesto de tentativa, es decir, en el caso que el disparo no dé en el blanco, de lo contrario estaríamos afirmando implícitamente que se trató

²¹⁸⁶ Como se expresó en el capítulo respectivo, una *condición* de concurrencia de la intención es la *posibilidad* de alcanzar el objetivo. Sobre el concepto de imposibilidad física o natural, como aquello que está fuera de las leyes de la naturaleza, BALMES, *El criterio*, 1996 (11ª ed.), p. 27.

²¹⁸⁷ Los riesgos con resultados no improbables dan lugar al dolo eventual. Así, JAKOBS, *Dp*, Pg, 1997 (2ª ed.), p. 327.

²¹⁸⁸ El caso fue formulado por el jurista sueco THYRÉN, *Abhandlungen aus dem Strafrechte*, 1894, p. 126: "... A mit einem geladenen Gewehr auf X zielt und abdrückt, genügt für die Verantwortlichkeit eine sehr geringe Möglichkeit (man setze den Fall, A sei ein sehr schlechter Schütze, das Gewehr schlecht eingeschossen und noch dazu die Entfernung sehr weit)". En la misma línea a favor de la intención, en la doctrina española GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados*, 1966, pp. 39, 150. También SILVA SÁNCHEZ, "Sobre la relevancia jurídico-penal de la no-inmediatez en la producción del resultado", en *Ep en memoria del Profesor Agustín Fernández-Albor*, 1989, pp. 684-685, nota al pie 26, quien considera que, no obstante, en este supuesto la conducta es objetivamente menos peligrosa y que, por ello, ha de atenuarse la pena. Para este autor, la menor antijuridicidad en el caso *Thyrén* se infiere de la menor probabilidad *ex ante* de producción del resultado (= menor potencialidad lesiva del hecho). Un comentario reciente del caso *Thyrén* en CUELLO CONTRERAS, "Dolo e imprudencia", en *RDPC*, 2009, pp. 39 y ss.

²¹⁸⁹ GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados*, 1966, p. 150, refiere "(...) que incluso un campeón de tiro acertaría muy pocas veces".

de una acción dolosa de matar que se materializó en el resultado de muerte *sin haber puesto en peligro* la vida de la víctima²¹⁹⁰, lo que resulta evidentemente contradictorio y absurdo y, por ello, insostenible²¹⁹¹. (2) Desde la perspectiva *ex ante* aun con un peligro remotamente probable ya podemos decir que existe peligro de muerte para el tercero, aunque *ex post* el resultado no se produzca. Si compartimos esta segunda conclusión, entonces, deberíamos dar por incluido en nuestro juicio de peligrosidad *ex ante* las leyes del azar en los conocimientos del hombre medio, esto es, que toda probabilidad remota resulta también peligrosa para el bien jurídico, en la medida que *ex post* se compruebe que se encontraba sometida a un curso *efectivo* de fortuidad (en términos searleanos, la intención del sujeto contaría *ex ante* con una condición de satisfacción “azarosa”). En esta segunda alternativa la asunción consciente de un riesgo extravagante, potencialmente menos lesivo que uno normal²¹⁹², es darle una chance al azar y ello puede quedar asimilado a la figura del dolo alternativo²¹⁹³, en donde uno de los extremos es la producción del resultado y el otro extremo es la no producción del resultado. Por ejemplo, si el sujeto A lanza una piedra desde su terraza hacia la calle, representándose la probabilidad remota que caiga sobre algún transeúnte que pasa por el lugar y a la vez representándose que nadie salga herido, habrá obrado con dolo alternativo²¹⁹⁴.

3. Considerando el desvalor de la conducta en el juicio de imputación, podría sostenerse que desde la perspectiva de la sociedad, ésta no se encontraría mayormente dispuesta a dar demasiada importancia a un sujeto que con la intención de matar a su enemigo asume a consciencia un riesgo extravagante y no un riesgo normal y corriente. Un riesgo de esta naturaleza revela una dosis de irracionalidad en el autor, que debilita su relevancia penal. En estos casos, ya no hablamos de riesgos leves o graves “a secas”, sino de riesgos idóneos,

²¹⁹⁰ O afirmar que se trató de un resultado doloso de muerte que no es auténtica materialización de una acción inocua de matar.

²¹⁹¹ Parece estar en contra del castigo como tentativa dolosa de casos de riesgos mínimos no permitidos, RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, 1999, p. 170.

²¹⁹² También considera que en este caso concurre ya *ex ante* un riesgo penalmente relevante, al que cabe imputar objetivamente el resultado, SILVA SÁNCHEZ, “Sobre la relevancia jurídico-penal de la no-inmediatez en la producción del resultado”, en *Ep en memoria del Profesor Agustín Fernández-Albor*, 1989, pp. 684-685, nota al pie 26.

²¹⁹³ La doctrina, por regla general, ha destinado el dolo alternativo para explicar supuestos de lesiones a diferentes personas, o a diferentes bienes jurídicos, y no, en cambio, desde la dualidad de lesión y de no lesión (una especie de dolo *por si acaso*), como lo empleo en el texto principal.

²¹⁹⁴ Sobre el dolo alternativo, cfr. JOERDEN, “Der auf die Verwirklichung von zwei Tatbeständen gerichtete Vorsatz”, *ZStW*, 1983, pp. 565 y ss. Así, también FISCHER (Martin), *Wille und Wirksamkeit*, 1993.

aunque extravagantes como algo fuera de lo normal. La confusión de considerar que la sociedad da importancia a aquello que el sujeto tuvo la intención de producir nos lleva en muchas ocasiones a imputar intenciones “afrodisíacas”²¹⁹⁵, como lo hace gran parte de la doctrina en el caso del tirador inexperto²¹⁹⁶. La sociedad, entonces, comprendería o toleraría la asunción de esta clase de riesgos como una manifestación de un plan ingenuo del autor, aunque luego como producto de una política-criminal preventiva, el legislador termine castigándolos según el desvalor de la intención. En esta dualidad de lo que se piensa socialmente de estos hechos y de cómo se los termina desvalorando surge una posible manera de conciliar los extremos: distinguiendo el diferente desvalor penológico que se debería dar entre los riesgos extravagantes y los riesgos normales^{2197/2198}. E, incluso, y ahora a la inversa, si la misma sociedad se viera inclinada a castigar la asunción de riesgos extravagantes sería, en todo caso, porque se siente algo afectada también en aquellos supuestos de planes irracionales²¹⁹⁹ del autor, porque aunque el modo en que el sujeto decide atentar contra un bien jurídico no se manifieste como altamente peligroso, termina en muchas ocasiones siendo efectivo²²⁰⁰. También desde la perspectiva de la víctima es viable entender que ésta podría asumir más fácilmente el hecho del autor como la manifestación de una irracionalidad “perdonable” al sujeto, porque si éste, verdaderamente,

²¹⁹⁵ A favor de eliminar todo efecto supuestamente afrodisíaco de la culpabilidad sobre la potencia causal, MOORE, *Causalidad*, 2011, p. 199 [también en “Causation revisited”, *RLJ*, 2011, p. 468: “I deny in the book that intention can be an ‘aphrodisiac to causation’ that is, I deny that intending a harm heightens the degree of causal contribution made by an action done in execution of such intention”, citando la versión original inglesa de su obra *Causation*, 2010].

²¹⁹⁶ Explica MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, 2001, p. 711, que en los casos en donde “el sujeto realiza una acción que, sólo con escasa probabilidad producirá el resultado, con voluntad de causarlo, se está atribuyendo a alguien un resultado no por lo que hace, sino por la intención con que lo hace”.

²¹⁹⁷ El contenido del mensaje de esta clase de política criminal es mucho más liberal que el de sostener una similar desvaloración entre riesgos extravagantes y riesgos normales. En cierto modo, una distinta desvaloración de las clases de riesgos repercute a favor de la libertad de acción de las personas. Véase sobre la propuesta de individualizar la pena también en relación con el aspecto objetivo del injusto, SILVA SÁNCHEZ, “La teoría de la determinación de la pena”, *InDret Penal*, 2007, pp. 10 y ss.

²¹⁹⁸ Un efecto de ubicuidad de esta clase de conductas extravagantes podría poner en jaque el argumento sostenido en el texto principal. No obstante, lo que se sostiene no es el no castigo de estas conductas extravagantes, sino el merecimiento y necesidad de un castigo menor.

²¹⁹⁹ Por planes irracionales entiendo aquellos en donde el sujeto no escoge los medios más adecuados para alcanzar sus objetivos. Sobre esta acepción de racionalidad, véase lo reseñado por MOSTERÍN en otras partes del trabajo.

²²⁰⁰ A diferencia del fundamento del castigo de la tentativa supersticiosa, que por su absoluta irracional produce más compasión que preocupación. Esta idea ya en MAURACH, *Tratado de Dp*, 1962, § 41, punto III, p. 195, quien enseñaba que en la tentativa con medios absolutamente irreales (en especial, la tentativa supersticiosa), no se daba “ni un peligro abstracto ni un peligro concreto; la voluntad de rebeldía del autor no produce preocupación sino compasión”.

hubiese querido matarla, hubiese escogido un medio realmente idóneo como para hacerlo²²⁰¹. Y, en cuanto al autor, no debería descartarse que, junto a su representación de la baja probabilidad de alcanzar el resultado, pueda concurrir el sesgo cognitivo de la “ilusión de control”, el cual llevaría a que el sujeto creyera que puede influir o controlar determinadas situaciones o procesos causales que, en verdad, no controla mucho más que el azar y otros factores ajenos a su voluntad. En otras palabras, el sesgo se presenta en relación con esa dosis de idoneidad del riesgo, cual es su dependencia resultativa de la ley del azar. Para no dar lugar a confusión: el sujeto conoce que realiza un riesgo desaprobado (leve) por contener una dosis mínima de idoneidad pero, por estrafalario para la realización del resultado, resulta a la vez inidóneo. Por eso, una cosa es intentar creyendo que se lesiona o que se puede lesionar (tentativa inidónea) y otra cosa bien distinta es intentar con algo de idoneidad a sabiendas²²⁰².

4. Dicho esto, lo que se debería desvalorar en todos los hechos, es el grado de participación cognitiva del sujeto y no, en cambio, de modo exclusivo la concurrencia del azar en el desenlace, ni una intención irrealizable o poco realizable. Seguramente, el grado de participación del sujeto en los hechos cuando éste asume un riesgo extravagante es menor, que si asumiera un riesgo normal, teniendo en cuenta que el riesgo extravagante encierra una menor capacidad de lesión²²⁰³. Aunque en ambos supuestos nos encontramos ante riesgos idóneos para realizar el resultado, los riesgos extravagantes se suelen realizar de modo *personalmente* azaroso²²⁰⁴. De allí que, desvalorar con el mismo rigor la asunción de

²²⁰¹ Llega a una conclusión similar SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, 2005, p. 153. Ante un caso hipotético, en donde A quiere matar al guardabosque pero asumiendo a sabiendas un riesgo mínimo frente a B y C que son cazadores (que quieren cazar un ciervo), y que, con diferentes grados de peligro, estos dos se representan dar en el guardabosque con más probabilidad que A; si se le preguntara al guardabosque delante de quien preferiría estar, seguramente él respondería delante de A, porque las chances de que le alcance son tan mínimas en relación con los otros dos, que no daría importancia al carácter malvado de la acción de A. También MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, 2001, p. 723, hipotetiza que “si preguntásemos a la posible víctima ella elegiría sin duda el hecho menos peligroso con intención antes que el más peligroso”; RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, 1999, p. 34, advierte para fundamentar el mayor castigo del tipo doloso respecto del imprudente, que la víctima estaría más predispuesta a perdonar a quien le ha causado un daño de forma imprudente, que a quien se lo ha causado de forma intencionada.

²²⁰² Sin matizaciones JAKOBS, *Dp, Pg*, 1997 (2ª ed.), p. 872, considera que “dentro del comportamiento de tentativa penalmente relevante no hay distinción entre el intentar idóneo y el inidóneo”.

²²⁰³ Igualmente SILVA SÁNCHEZ, “Sobre la relevancia jurídico-penal de la no-inmediatez en la producción del resultado”, en *Ep en memoria del Profesor Agustín Fernández-Albor*, 1989, pp. 684-685, nota al pie 26.

²²⁰⁴ Con esto el autor es responsable de haber permitido la introducción del azar a un curso de riesgo conscientemente por él asumido. El sujeto ha asumido un riesgo con dosis de idoneidad a riesgo y ventura, esto es, a hacerse cargo de lo que pase definitivamente (siempre dentro de lo previsible). En DE COVARRUBIAS

un riesgo extravagante y uno normal, prescindiendo de la distinta repercusión que puede tener en la sociedad y en la víctima, sería un despropósito político-criminal²²⁰⁵. Desde el punto de vista simbólico, los riesgos extravagantes –al igual que los normales– cuestionan formalmente la vigencia de la norma jurídico-penal, al infringirse el deber de abstenerse de poner en marcha un curso causal, aunque con posibilidades remotas de lesión, con posibilidades efectivas de afectar a las expectativas de uso y disfrute de los bienes jurídicos. Esto significa que el injusto se satisface en la medida en que a toda infracción del deber le acompañe como mínimo una lesividad inmaterial²²⁰⁶. Cuando un riesgo es posible de realizarse en el resultado con ayuda del azar, el “estado de peligro” que se genera para el bien jurídico desde la perspectiva *ex ante* se identifica con una lesividad inmaterial, esto es, una afectación a las expectativas sociales de disponibilidad del bien jurídico en peligro; se realice o no *ex post* el resultado de peligro concreto, o de lesión²²⁰⁷. Sucede algo similar con

Y HOROZCO, *Tesoro de la lengua castellana*, 1993 (3ª ed.), p. 859, se define el peligro en estos términos: “ponerse a peligro, ponerse a riesgo o en aventura (...)”, y en p. 168 equipara aventura a acaso, esto es, al azar. Por ello, así como el resultado encierra una condición de azar, así antes el peligro lo hace, de modo que la asunción consciente de este tipo de riesgo ya establece como parte del conocimiento los efectos del azar en el curso de los hechos que el sujeto emprende.

²²⁰⁵ Propone una atenuación de la pena para los casos de riesgos potencialmente menos lesivos, como el de *Thyrén*, SILVA SÁNCHEZ, “Sobre la relevancia jurídico-penal de la no-inmediatez en la producción del resultado”, en *Ep en memoria del Profesor Agustín Fernández-Albor*, 1989, pp. 684-685, nota al pie 26. En esta línea va el argumento también de SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, 2005, p. 62, cuando señala: “si el éxito de toda conducta humana está expuesta de antemano a la *inseguridad* del desenlace, entonces, para la graduación del juicio de disvalor sobre la conducta tiene que ser decisivo el grado de posibilidad de afectación del objeto de bien jurídico que el autor asuma en su plan de acción. En este sentido, la acción de quien apoya la punta del arma en la sien de la víctima y dispara, merece un mayor grado de disvalor, *ceteris paribus*, que la de aquel que tira desde lejos. Esto, aunque el defecto de funcionamiento del revólver del primero, y la suerte del segundo, conduzcan finalmente a un resultado exitoso sólo para el que disparó a distancia”.

²²⁰⁶ Otra cosa será el grado de pena que deba atribuirse a infracciones de deber con lesividad inmaterial y a infracciones de deber con lesividad material.

²²⁰⁷ Si se entiende el resultado en términos de lesividad inmaterial, éste será junto al disvalor de acción el fundamento del castigo. Es decir, no cualquier disvalor de acción será objeto de reproche, sino sólo aquél que conlleve como mínimo una dosis de lesividad inmaterial (así, la tentativa irreal como puro disvalor de acción no significa ninguna lesividad inmaterial y, por ende, ninguna pena). Pero, además, no hay que descuidar que la razón de un mayor castigo a un resultado material puede venir dado por la oportunidad que el autor otorgó al azar: si el sujeto no hubiese decidido actuar, el resultado no se hubiese presentado entre las posibilidades de suceder. Veamos con un ejemplo propuesto por SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, 2005, pp. 126-127, justamente para criticar la mayor pena del resultado: hay “dos sicarios apostados para matar a la víctima de un tiro, sin ningún acuerdo entre ellos, ni conocimiento de cada uno de la acción del otro; los dos disparan al mismo tiempo y sucede que la víctima, al girar su cabeza hacia atrás por casualidad, si bien evita sin quererlo el impacto de aquel que había apuntado perfectamente al blanco, muere igualmente a consecuencia del disparo del otro, que, precisamente por haber apuntado de modo deficiente, acierta por azar en la cabeza”. SANCINETTI señala que la mayor parte de la doctrina castigaría más severamente a quien ha acertado, y atenuaría la pena del que no ha acertado; resolución que a él le resulta incorrecta, porque “el autor no puede

la lesividad inmaterial de la tentativa idónea aparente, pero difieren porque mientras que en los riesgos extravagantes lo penalmente relevante reside en la trascendencia que le damos al azar en el curso causal, en la tentativa idónea aparente lo penalmente relevante reside en el error de tipo al revés del autor del hecho. Además, mientras que en los riesgos extravagantes existe una posibilidad (aunque remota) de que el resultado se realice (por azar), en la tentativa idónea aparente el resultado carece de esta posibilidad remota (resultado imposible)²²⁰⁸.

5. ¿En qué reside, entonces, la responsabilidad del sujeto por haber emprendido un riesgo de lesión posible poco probable, o no improbable, o casi improbable?²²⁰⁹ Para que algo suceda

asegurar la causalidad de un modo absolutamente necesario. Él sólo puede representarse el curso causal más o menos posible de su acción”, en donde, “la producción *efectiva* del resultado, como cualquier otro efecto de una causa, es siempre *casual*, un producto del *azar*, del *acaso*, de la *arbitrariedad*”. A mi entender, es justamente en esa oportunidad que se le ha dado al azar en donde reside el castigo por la producción del resultado, porque para que algo suceda hay que darle una *chance*. Con ello, a los dos sujetos se les castigaría con la misma pena en cuanto a la lesividad inmaterial del delito (ambos obran con el mismo disvalor de acción en la medida que ambos hayan tenido y se hayan representado la misma probabilidad de acertar), pero sólo al que ha acertado se le añadiría un plus de pena debido a la lesividad material. ¿SANCINETTI me preguntaría por qué? Mi respuesta sería totalmente desprovista del sentimiento atávico de venganza social (que él mismo critica, pp. 116 y ss.), y sólo se sostendría en el siguiente argumento: el sujeto que ha acertado ha dado la misma oportunidad al azar que el que no ha acertado, pero tanto uno como otro contaban con dar en el blanco, a la vez que contaban con no dar (aun en casos de seguridad siempre se cuenta con la posibilidad de fracasar). El mayor castigo por el resultado reside en el mismo “azar del acierto” previsto por el autor, y el menor castigo por el no-resultado reside en el mismo “azar por el desacierto” también previsto por el autor: el azar con azar se paga (una especie de autoretribución, el daño efectivamente realizado rebota en contra del autor). En cierto modo, una idea similar se puede leer en HEGEL, *Principios de la filosofía del Derecho*, 1988, § 119 (agregado), p. 184, cuando señala “(...) no se puede hablar en este caso de buena o mala suerte, porque al actuar el hombre se entrega a la exterioridad. Un viejo refrán dice con justicia[,] que la piedra que ha salido de la mano pertenece ya al diablo. Al actuar me expongo a la mala suerte: ésta tiene, por lo tanto, un derecho sobre mí y es la existencia de mi propio querer”. Evidentemente, con ello, HEGEL no quiere justificar la imputación de toda clase de consecuencia azarosa que se derive de la acción de una persona, pues de hecho, expresamente, señala que las consecuencias extrañas (imprevisibles) que se derivan de una acción no pueden imputarse al propósito del sujeto, pues a él no le pertenecen (cfr. § 118, p. 181).

²²⁰⁸ También aquí se puede graduar la pena que se correspondería con la infracción a un deber con lesividad inmaterial de un riesgo extravagante, y la que se correspondería con la infracción a un deber con lesividad inmaterial de una tentativa idónea aparente. A mi entender, la primera merecería una pena mayor que la segunda, dada la posibilidad real de la producción del resultado. Si se sometiera a escrutinio social, considero que ésta se encontraría más amenazada por un sujeto que sabe que juega a la lotería con el bien jurídico (hay posibilidad de un resultado real, aunque remoto), que un sujeto que cree (falsamente) que lesionará un bien jurídico.

²²⁰⁹ ¿Podemos plantearnos el principio de precaución en la imputación subjetiva? Sobre este principio en el Derecho penal, ALONSO ÁLAMO, “¿Riesgos no permitidos?”, en *Ep en homenaje al Prof. Suárez Montes*, 2013, pp. 19 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, “Teoría del delito y Derecho penal económico-empresarial”, en *Teoría del delito y práctica penal económica*, 2013, p. 44, con nota al pie 31; SÁNCHEZ LÁZARO, “Deconstruyendo el riesgo permitido”, *RP*, 2010, pp. 136 y ss.; MENDOZA BUERGO, “El Derecho penal ante la globalización”, en *Dp*,

este algo debe ser posible. Si este algo sucede, entonces, este algo fue posible (la premisa: *todo cuanto ocurre ha sido posible*²²¹⁰). Pero todo lo que es posible no necesariamente ocurre, porque muchas posibilidades nunca se actualizan (en términos aristotélicos²²¹¹). Para que una posibilidad se actualice “hay que darle una oportunidad, por así decirlo”²²¹². Como en el caso del tirador inexperto, para que la bala alcance el pecho del enemigo, el tirador tiene que disparar, como requisito mínimo²²¹³. Es aquí en donde reside la raíz de la responsabilidad por un suceso escaso de probabilidad de acaecimiento: en la intervención del sujeto en las leyes del azar²²¹⁴ o, dicho de otro modo, en la *oportunidad que el sujeto le brinda a una remota, pero concreta posibilidad de lesión, de hacerse real*²²¹⁵, lo que la doctrina resume en el desvalor de acción²²¹⁶.

2005, pp. 319 y ss.; SCHROEDER, “Principio de precaución, Derecho penal y riesgo”, en *Principio de precaución*, 2004, pp. 424 y ss.; SOLA RECHE, “Principio de precaución y tipicidad penal”, en *Principio de precaución*, 2004. Más recientemente, desde una perspectiva político-criminal de determinación del riesgo permitido en diversos delitos, GALÁN MUÑOZ, “La problemática utilización del principio de precaución como referente de la política criminal del moderno derecho penal”, *RGDP*, 2015, pp. 1 y ss., 47-48; también GÓMEZ TOMILLO, “El principio de precaución en el Derecho penal”, en *Principio de precaución*, 2014, pp. 81 y ss., 99 y ss., en relación con los delitos de peligro y los de riesgo normativo; y, ALONSO ÁLAMO, “¿Gestión del riesgo o gestión del miedo?”, en *Principio de precaución*, 2014, pp. 123 y ss., en relación con los delitos culposos (pp. 138 y ss.). Por otro lado, téngase en cuenta, que el principio de responsabilidad de JONAS, *El principio de responsabilidad*, 2004 (2ª ed.), pp. 76, 71 y ss., revela la importancia de la previsión de nuestras acciones y sus consecuencias más remotas, en donde nuestra dificultad de certeza nos lleva a dar prioridad a los pronósticos malos sobre los buenos (hay que dar más peso a los pronósticos catastrofistas que a los optimistas).

²²¹⁰ Sobre la posibilidad, y sus grados, BUNGE, “Azar, probabilidad y ley”, *Diánoia*, 1969, pp. 149, 148 y ss. Aclara este autor que la premisa inversa no es cierta: “no es verdad que todo lo que es posible terminará por ocurrir. En efecto, muchas posibilidades no se actualizan jamás” (p. 149).

²²¹¹ Cuando un acontecimiento sucede deja de ser posible y se hace actual. El pensamiento aristotélico sostendría que la actualidad es potencialidad consumada.

²²¹² Cfr. BUNGE, “Azar, probabilidad y ley”, *Diánoia*, 1969, p. 148.

²²¹³ Para que una posibilidad se realice deben darse unas condiciones mínimas. Cfr. BUNGE, “Azar, probabilidad y ley”, *Diánoia*, 1969, pp. 148-149, y esta condición mínima es poner en curso el proceso: “(...) la causalidad bien entendida es precisamente uno de los fundamentos de la posibilidad: hace posible la posibilidad”. Cfr. BUNGE, *La causalidad*, 1997, p. 152.

²²¹⁴ Véase la tesis de FEIJOO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, 2002, p. 25: “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”. En la filosofía hegeliana, también se considera que “actuar quiere decir *entregarse a esta ley*”, la de la contingencia. Cfr. HEGEL, *Principios de la filosofía del Derecho*, 1988, § 118 (obs.), p. 182.

²²¹⁵ Un planteamiento de esta naturaleza se aproxima a las teorías de la posibilidad de BRUCK, *Zur Lehre von der Fahrlässigkeit*, 1885, p. 17; ya antes VON WICK, “Beiträge zur richtigen Auffassung des Wesens des Vorsatzes”, *ACR*, 1857, p. 599 (que empleaba el término posibilidad como sinónimo de “no improbabilidad”). Actualmente, a favor de las teorías de la posibilidad, JAKOBS, *Dp, Pg*, 1997 (2ª ed.), pp. 316 y ss., 327; SCHMIDHÄUSER, “Die Grenze zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Straftat”, *JuS*, 1980, pp. 241-242 y ss. (quien exige una concreta posibilidad de realización del tipo penal). En contra de aplicar el dolo en riesgos simplemente posibles, requiriendo que el resultado haya sido previsto como probable, HAGEN, “Der Vorsatz”, *ZStW*, 1899, pp. 177 y ss. En todo caso, lo que advierte de algunos partidarios de la teoría de la probabilidad es

6. Desde la tesis que aquí se sostiene, el hecho ha de atribuirse subjetivamente al sujeto sólo desde un punto de vista epistémico, es decir sólo teniendo en cuenta el contenido de su conocimiento, en donde queda incluido tanto la representación del grado de probabilidad objetiva de la realización del resultado según el riesgo que asume, como el conocimiento de asumir dicho riesgo teniendo en cuenta el significado social de su hecho, pero no teniendo en cuenta la intención en los términos tradicionales de “producir el resultado”²²¹⁷. El conocimiento del sujeto sobre el significado social de su acción debe tenerse en cuenta integrando a éste el grado de riesgo que el sujeto se representa. En tal sentido, a los grados de riesgo (prohibido) se les asigna diferentes significados sociales, puesto que no es la misma cosa desde las convicciones compartidas que el sujeto se represente el riesgo de producción del resultado como muy probable a que se lo represente como meramente probable e incluso como improbable. Echando mano al ejemplo dado, el significado social de un riesgo de remota probabilidad objetiva de acertar el disparo en el enemigo denota lo mismo que un riesgo de elevada probabilidad objetiva, pero posee una connotación diferente. Ambos denotan que el resultado puede producirse en mayor o menor medida, pero sobre la base de esa medida, connotan un diferente grado de desvalor en el significado social. En palabras resumidas: un curso extravagante puede castigarse por su formal contrariedad objetiva a la norma (afectación a las expectativas de uso y disfrute de los

que ésta opera con un correctivo: cuando concurre intención en el sujeto basta la mera posibilidad, como en el caso del tirador inexperto. Así, por ejemplo LACMANN, “Über die Abgrenzung des Vorsatzbegriffes”, *GA*, 1911, p. 121. Advierte también esto último RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, 1999, p. 69. Del mismo modo, compensando el indicador objetivo “baja probabilidad” (-) con el indicador subjetivo “intención” (+), puede darse lugar al dolo. Cfr. PHILIPPS, “An der Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit”, en *FS für Roxin*, 2001, p. 375. Similarmenete SCHÜNEMANN, “De un concepto filológico a un concepto tipológico de dolo”, en *Temas actuales*, 2002, p. 107, que afirma que frente a una probabilidad mínima puede afirmarse el dolo, sólo si concurre una intención dirigida a lesionar el bien jurídico.

²²¹⁶ Cfr. SANCINETTI, *Teoría del delito y desvalor de acción*, 2005, pp. 1-8, 105, *passim*. Este autor se pregunta: “¿qué es aquello que constituye la infracción a la norma? ¿Qué el autor haya disparado? ¿Qué la víctima haya muerto efectivamente? ¿Ambas cosas a la vez?”. Al respecto, señala que existen, al menos, tres formas de responder estas preguntas: (a) según el modelo resultatista del desvalor de acción; (b) según el modelo del finalismo, en el cual coexisten el desvalor de acción con el desvalor de resultado; y, (c) según la visión puramente accionista del ilícito, denominada el “dogma de la voluntad”, a la cual él se adhiere. Para este autor, el desvalor de acción es el “portador total del fundamento del ilícito”, en donde “el resultado del hecho no debe cumplir ninguna función en el concepto de ilícito”. Desde la postura asumida en esta tesis, el planteamiento de SANCINETTI me resulta compartible en la medida en que pueda entenderse como parte del desvalor de acción el concepto de lesividad inmaterial. En realidad, un concepto de lesividad inmaterial conduce a un modelo como el finalista, que conecta el desvalor de acción con el desvalor de resultado, pero, en donde el resultado es comprendido en términos de lesión inmaterial, esto es, las expectativas de disponibilidad de los bienes jurídicos (cuyo aspecto formal es la afectación a la relación de reconocimiento entre personas). Sólo en esta medida, el resultado forma parte del injusto.

²²¹⁷ También MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuricidad penal*, 2001, p. 711.

bienes jurídicos), pero no posee el mismo significado social que un riesgo normal, dada su escasa o nula potencialidad de afectación material al bien jurídico protegido. Si al riesgo extravagante le añadimos la intención, ésta sólo cobra un sentido meramente expresivo de la actitud interna del sujeto que no añade nada al juicio de desvalor del hecho en términos reales²²¹⁸.

7. De cara a la imputación, la asunción de un riesgo extravagante llevará a sostener que “cuando la consciente ínfima probabilidad de producir el resultado no ha hecho desistir al sujeto de su plan, se interpreta que éste, o bien, verdaderamente no ha querido matar (si

²²¹⁸ Según lo argumentado en el *Capítulo Segundo*, epígrafe *II.II.5.b.ii. La falacia de la intención como la forma más grave de dolo*, la intención del sujeto no añade ningún desvalor extra de expresión al hecho realizado. El contenido de la intención individual no tiene relevancia penal más allá de la cuota incluida en el marco penal del tipo legal correspondiente. A favor de la consideración de la intención “como especial conducción final del proceso”, que puede o bien suponer “un incremento del riesgo objetivo”, o bien “intensificar el contenido de sentido lesivo del hecho”, lo que, no obstante, no afecta a la esencia cognitiva del dolo, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2010 (2ª ed.), p. 650. A mi criterio, esto supondría dejar de considerar la intención como una forma agravada de dolo, y habría que valorarla ya como parte del tipo objetivo, como un elemento subjetivo objetivizado en el significado de desvalor social de la conducta realizada por el sujeto. De este modo, si bien he entendido el planteamiento de este autor, la intención sería un elemento “intensificador” del sentido social, añadiendo mayor expresividad jurídico-penal al hecho en aquellas conductas realizadas con una intención típica. Ya antes MIR PUIG, “Sobre lo objetivo y subjetivo en el injusto”, *ADPCP*, 1988, pp. 666-667, había manifestado que el dolo directo de primer grado añadía a la gravedad objetiva del hecho una especie de significado simbólico de desprecio o negación al bien jurídico [también en *El Dp en el Estado social y democrático de Derecho*, 1994, pp. 185 y ss., había manifestado que es la actitud del sujeto lo que confiere a su conducta un “significado de mayor o menor oposición al bien jurídico que se afecta”; y en “Límites del normativismo en Derecho penal”, *RECPC*, 2005, pp. 19 y ss.]. Con argumentos parecidos MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, 2001, pp. 722-723: la intención sólo se justifica cuando su presencia “condicione la lesividad del hecho”, porque “socialmente valoramos los hechos de nuestros semejantes atendiendo no sólo a sus aspectos objetivos-externos,..., sino también a la propia actitud de los demás hacia nosotros”. “El dolo directo viene a quitar equivocidad a la acción respecto de la actitud del sujeto para el bien jurídico”; y, FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983, pp. 498 y ss. (los hechos cometidos con intención revelan una mayor peligrosidad del sujeto, y generan mayor conmoción social, porque la decisión en contra del bien jurídico queda en evidencia, y de allí que, preventivamente requieran mayores penas). En contra de estas posturas SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, 2005, p. 92: “(...), lo que distinguiría al dolo directo del eventual, será únicamente el carácter de ‘deseado’ de la meta de la acción. Pero la acción no se torna –ni siquiera *ex ante*– en más disvaliosa, en más amenazante para el bien jurídico, sólo por el hecho de que la voluntad del autor persiga *esa meta*. Con frecuencia el autor de un hecho ‘directamente’ doloso no se asigna tantas *chances* de alcanzar el resultado, como otro que sólo ‘eventualmente’ actúa con dolo, pero admitiendo una más alta probabilidad de producción del resultado”. Si bien comprendo alguna de estas ideas, para el profesor SILVA SÁNCHEZ el mayor desvalor de la intención no vendría dado por la mayor peligrosidad *ex ante* de la conducta, sino por la mayor expresividad que comporta socialmente una conducta realizada de forma intencional. Pero, al mismo tiempo el argumento de SANCINETTI guarda bastante razón, porque, en el fondo, la mayor expresividad de la conducta intencional encierra el sesgo social del resultado de lesión o de peligro. Imprimir intención a un hecho siempre es posible, pero advertir dicha intención sólo es posible por la materialización de la misma, casi siempre, en un estado de peligro evidente o en un resultado. ¿Cómo sabemos que el tirador de *Thyrén* tenía la intención de matar, si no es a través del resultado? se preguntaría este último.

hubiera querido matar hubiera empleado un medio más idóneo), o bien ha dejado en manos del azar lo que no puede dominar en el caso concreto (la magnitud del riesgo), o bien no ha actuado con astucia y agudeza como para dañar a terceros (y esto parece que no hace tan grave el hecho, debido a su irracionalidad)". Estas decisiones no son más que manifestaciones de un plan ingenuo del autor o de un autor que no se toma muy en serio lo que hace, que conducen a un menor desvalor social de su dolo y a una reducción de la pena por conducta dolosa²²¹⁹. Para comprender mejor el menor desvalor social de estos supuestos, invirtamos el ejemplo del caso *Thyrén*. ¿Cómo se desvaloraría socialmente el hecho, si, por el contrario, el sujeto con los mismos índices cognitivos de la baja probabilidad no tenía la intención de matar al tercero, sino cualquier otra intención (práctica de tiro, apuesta, etc.) y, finalmente da en el blanco matando al otro? Seguramente, la doctrina mayoritaria distinguiría el caso *Thyrén* original del aquí propuesto, castigando al primero por dolo directo de primer grado y al segundo por imprudencia, esto es, basándose en la intención criminal y en la intención no criminal, respectivamente²²²⁰. Para la propuesta que aquí se hace, por el contrario, en ambos supuestos se imputaría dolo cuyo objeto sería un conocimiento típico de la remota probabilidad de producción del resultado, porque esto es posibilidad, se produzca o no el resultado²²²¹. Cuál haya sido la intención del sujeto,

²²¹⁹ También SCHRÖDER, "Aufbau und Grenzen des Vorsatzbegriffs", en *FS für Sauer*, 1949, p. 247, recomendaba una atenuación de la pena para los supuestos de dolo menor, esto es, casos en donde concurría simplemente la consciencia de la posibilidad de producción del resultado. Otros autores consideran, que la asunción de un riesgo de escasa magnitud aunque sea buscado por el autor ha de ser castigado como imprudencia. Así, PRITTWITZ, "Die Ansteckungsgefahr bei AIDS", *JA*, 1988, pp. 497 y ss., 499.

²²²⁰ Según las circunstancias del caso, además la doctrina distinguiría entre una confianza racional y una confianza irracional. En la variante propuesta aquí sobre el caso *Thyrén*, la confianza del sujeto pudo haber sido perfectamente racional, no sólo porque la probabilidad de acertar en el tercero era remota, (a razón de la considerable distancia a la que se encuentra del tercero, así como su falta de "expertitud" en el uso de armas de fuego), sino también porque el contexto en el cual el sujeto emprende su acción no hace del todo claro que se trate de un riesgo prohibido. Estos dos criterios son una base sólida como para sustentar la creencia en que el resultado no se sucederá. En principio, las consecuencias de la confianza racional conllevan la aplicación del tipo imprudente, mientras que la confianza irracional conlleva la del tipo doloso (en su modalidad eventual). Sobre la discusión del tratamiento de la confianza irracional en el ámbito del delito doloso, véase RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, 1999, *passim*, especialmente, pp. 105 y ss.

²²²¹ También sugiere castigar la tentativa del caso *Thyrén*, SILVA SÁNCHEZ, "Sobre la relevancia jurídico-penal de la no-inmediatez en la producción del resultado", en *Ep en memoria del Profesor Agustín Fernández-Albor*, 1989, pp. 684-685, nota al pie 26. Señala este autor: "expresado en forma de tesis: hay casos en los que la presencia de dolo determina que, pese a la escasa probabilidad ex ante de producción del resultado, concluyamos que se trata de riesgos penalmente relevantes (y, por tanto, no meras tentativas irreales impunes). Ahora bien, dichos casos, tanto si se quedan en meras frustraciones como si llegan a consumarse, merecen, dado su inferior contenido de injusto respecto a los casos 'standard', una atenuación, eventualmente desbordante del marco típico". Por lo que entiendo del planteamiento de SILVA SÁNCHEZ, la tentativa del caso

buena o mala, no repercute en el juicio de imputación²²²², porque la única intención que importa es la que da una razón para la acción²²²³, pero sin desvalorarla. Este matiz entre la intención que guía la acción y la intención que pretende un resultado es clave en la resolución de los casos. Mientras que en el caso *Thyrén* original la intención que guía la acción implica la intención que pretende un resultado idéntico al que se produce, en la variante del caso *Thyrén* la intención que guía la acción implica una intención que pretende un resultado diferente al que se produce. No obstante, la dimensión cognitiva que abraza la intención que guía la acción es la misma en ambos supuestos, y es esta dimensión la que da base a la significación social del hecho²²²⁴.

Thyrén merecería una doble atenuación: una por la menor potencialidad lesiva del riesgo y otra por el grado de ejecución, que no ha alcanzado al resultado.

²²²² En otras palabras, tanto en el caso *Thyrén* original como en su variante, el sujeto posee la misma clase de conocimiento (certeza) sobre la baja probabilidad de dar en el blanco con independencia de que quiera o no dar en el blanco porque en ambos supuestos quiere actuar como lo hizo.

²²²³ Según el planteamiento anteriormente reseñado del profesor SILVA SÁNCHEZ, la presencia de la intención en el caso *Thyrén* revelaría un mayor desvalor social de la conducta, debido al mayor contenido de expresividad lesiva, y que reclamaría un castigo por dolo, a diferencia de la variante del caso *Thyrén*, en la que no concurre intención, que seguramente se castigaría por imprudencia.

²²²⁴ Igual solución que *Thyrén* sostengo para: (1) el caso de la ruleta rusa citado por RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, 1999, pp. 70-71: dos sujetos juegan a la ruleta rusa, apuntando a la sien de uno de ellos con un revólver que cuenta con una bala en un tambor de seis. La probabilidad de que se dispare es de uno contra cinco, esto es, aproximadamente un diecisiete por ciento, con lo cual es más probable un desenlace feliz, que uno fatal; (2) el caso del SIDA, en donde con un único contacto sexual la probabilidad de contagio es muy baja, reseñado por FRISCH, “Gegenwartsprobleme des Vorsatzbegriffs”, en *GS für K. Meyer*, 1990, p. 53. Como puede advertirse, el caso *Thyrén* se distingue de los casos de la ruleta y del contagio, antes que por la naturaleza del riesgo (prohibido o permitido), por la intención que guía la acción. Mientras que en *Thyrén* el sujeto busca el resultado, en los otros dos casos no. Por eso la doctrina mayoritaria tiende a resolver *Thyrén* como dolo, y los otros dos supuestos como imprudencia. Así, por ejemplo SCHRÖDER, “Aufbau und Grenzen des Vorsatzbegriffs”, en *FS für Sauer*, 1949, pp. 240-241 y ss., considera que concurre imprudencia cuando la producción del resultado se presente como una posibilidad tan mínima que no sea necesario tenerla en cuenta. Pero, a mi entender, SCHRÖDER ve posibilidades mínimas como imprudencias cuando el riesgo que se asume no se trata de un riesgo prohibido (como en el caso del cigarrillo mencionado), y ve dolo cuando la posibilidad mínima revela un riesgo prohibido. Una propuesta de solución similar a la aquí sostenida (resolver *Thyrén* del mismo modo que el caso del contagio de SIDA) en SILVA SÁNCHEZ, “Sobre la relevancia jurídico-penal de la no-inmediatez en la producción del resultado”, en *Ep en memoria del Profesor Agustín Fernández-Albor*, 1989, pp. 684-685, nota al pie 26. Señala este autor que una situación similar a la del tirador inexperto cabe hallarla en el caso del acto sexual realizado por un enfermo de SIDA. Aquí también, la probabilidad de transmisión del virus en un solo acto es mínima (y además transmitir el virus no significa automáticamente transmitir la enfermedad), pese a lo cual el riesgo debe estimarse plenamente relevante.

II.IV.3.b.iv. Asunción de riesgos con consecuencias colaterales: ¿imputación dolosa?

1. Como hemos visto en el *Capítulo Segundo* existen dos modalidades de dolo especialmente referidas a las consecuencias colaterales de un riesgo asumido a sabiendas: el dolo directo de segundo grado (consecuencias inevitables o altamente probables) y el dolo eventual (consecuencias probables). Antes de empezar el desarrollo del epígrafe quiero dejar en claro que la condición de colateralidad de la consecuencia no es entendida como un efecto no buscado por el autor, sino que se presenta como una posibilidad de sucederse en el curso del riesgo por él asumido, cualquiera que haya sido éste.

2. La atribución de las consecuencias colaterales al conocimiento del autor puede ser explicada desde dos modelos: uno consecuencialista y otro no consecuencialista. Desde el modelo consecuencialista suelen operar –paradójicamente– casi todas las versiones normativas del dolo, ajustando la atribución de las consecuencias colaterales a la utilidad del castigo más grave que se justifica en los supuestos de dolo. Las razones que le dan base suelen ser de corte preventivo-general. Así, por ejemplo, algunos autores intentan explicar el porqué de la atribución dolosa de las consecuencias colaterales desde el fin de la norma de conducta²²²⁵. Si ésta consiste “en evitar el comportamiento que defrauda expectativas”, entonces, “que en el ámbito de las consecuencias principales, el autor se ha[ya] desmarcado volitiva e intelectualmente de la evitación de las consecuencias, y en el ámbito de las consecuencias secundarias sólo se ha[ya] desmarcado intelectualmente, mientras que el aspecto volitivo se queda sin objeto”²²²⁶, ello no ha de tener ninguna repercusión valorativa

²²²⁵ Así, JAKOBS, *Dp, Pg*, 1997 (2ª ed.), pp. 315-316. Otros, como ROXIN, *StrafR, AT*, 2006 (4ª ed.), § 12, nm. 6, p. 438 [1997, p. 416], explican el porqué de la atribución dolosa desde la realización del plan del autor.

²²²⁶ Cfr. JAKOBS, *Dp, Pg*, 1997 (2ª ed.), pp. 315-316. Este autor distingue entre consecuencias principales y secundarias. Las primeras son el objeto de la intención, la razón para la acción del sujeto (son el contenido tanto del conocimiento como de la voluntad del autor). Por el contrario, las consecuencias secundarias no son el objeto de la intención, sino el objeto de la previsión que, por eso mismo, no constituyen su razón para actuar en un sentido u otro. A pesar de que JAKOBS realiza esta distinción conceptual, a la misma le resta todo tipo de transcendencia valorativa lo que, a mi entender, resulta de confundir el plano conceptual (ligado más a la imputación) con el plano valorativo (ligado más a la imposición de una pena). Si imputamos dolo también en los casos de consecuencias necesarias no es porque éstas tengan o no que valer menos o igual que las consecuencias principales. Si imputamos dolo será porque consideramos que dado un conocimiento de la consecuencia colateral es suficiente para determinar que concurre dolo. Otra cosa será, si luego, entendemos que el conocimiento de la consecuencia colateral haya de ser valorada en algún sentido distinto que la consecuencia principal. En otras palabras, no imputo dolo a la consecuencia colateral porque no haya que hacer distinciones penológicas respecto de la consecuencia principal sino que, imputo dolo a la consecuencia colateral porque se da el requisito del conocimiento. En el ámbito de la filosofía, MANRIQUE PÉREZ, “Responsabilidad, dolo eventual y doble efecto”, *Doxa*, 2007, p. 428, también señala que los críticos a la teoría

en la dimensión del castigo. Bastaría con sostener que, concurriendo como mínimo conocimiento, ya es suficiente para atribuir las consecuencias colaterales a título de dolo, pues dicho apartamiento consciente de la norma ya basta como proyecto alternativo de conducta que cuestiona la vigencia del Derecho, reclamando la mayor pena del dolo. Por tomar el ejemplo ofrecido en su momento, en el caso *Thomas* la supuesta representación del sujeto de las consecuencias necesarias (la muerte de los tripulantes) es algo atribuible en virtud del evidente desenlace que se deduce del riesgo de explosión de una bomba en dichas circunstancias. Son efectos, prácticamente, seguros de darse en el sentido en el que efectivamente se terminan realizando. Podríamos sostener que se atribuyen tales resultados al dolo del sujeto en razón del necesario conocimiento que ha de concurrir en supuestos tan obvios de cómo se sucederán. Existe una lógica inmanente e inmanipulable de las cosas que el sujeto no puede ignorar, de forma que la atribución del hecho a título de dolo no se basa en el valor moral de las consecuencias²²²⁷, sino en el conocimiento ineludible *por el autor* de que ellas se producirán²²²⁸. La razón de la prevención se impone a un proyecto que intenta escaparse burdamente del gobierno de las reglas de la lógica.

3. Por el contrario, un planteamiento no consecuencialista o, al menos, no estrictamente consecuencialista, pretende rescatar la dimensión deontológica que le es connatural al modo de atribuir las consecuencias colaterales. Respecto de este modelo todavía existen dos versiones, una de ellas más conocida en la dogmática penal del dolo que la otra. Me refiero a la teoría del doble efecto y a la teoría del efecto *Knobe*, respectivamente²²²⁹. Dos diferencias sustanciales, sin embargo, existen entre estas concepciones. Mientras que la

del doble efecto ven que la distinción conceptual entre consecuencias intentadas y meramente previstas no es suficiente por sí sola “para avalar una diferencia moral”.

²²²⁷ El mismo JAKOBS, *Dp, Pg*, 1997 (2ª ed.), p. 316, lo sostiene: “Dentro del dolo no existe ninguna graduación, en el sentido de que al ocasionar una consecuencia principal corresponda una culpabilidad más grave *ceteris paribus* que al ocasionar una consecuencia secundaria, pues el autor puede tener un motivo jurídicamente menos negativo para realizar una consecuencia principal que para llevar a cabo una acción a pesar de su consecuencia secundaria”. Con esta última expresión JAKOBS deja en claro que la imputación del dolo se basa en el conocimiento y no en el valor del motivo de la acción (aunque luego utiliza ésta para distinguirla de la imprudencia, pero ya sobre la base completa del injusto culpable).

²²²⁸ No se trata del conocimiento ineludible *del autor* (baremo subjetivo) porque esto es algo que puede ser que no se dé en el caso concreto. Las teorías normativas del dolo operan con un concepto de conocimiento ineludible *por el autor* (baremo objetivo), que es aquél que no puede eludirse y que se da por hecho que concurre.

²²²⁹ No para la teoría del dolo, pero sí para la problemática de la eutanasia, trabaja el efecto *Knobe*, JOERDEN, “Die neue Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Sterbehilfe und der Knobe-Effekt”, en *FS für Roxin*, 2011, p. 599.

teoría del doble efecto asume una distinción desde el valor o disvalor de la intención del sujeto y la previsión del mismo en relación con medios o consecuencias a producirse, la teoría del efecto *Knobe* asume una distinción desde el valor o disvalor del efecto causado. En efecto, la teoría del doble efecto opera desde un análisis moral prospectivo y es, más bien, un modelo normativo (prescriptivo), mientras que la teoría del efecto *Knobe* lo hace desde un análisis moral retrospectivo, siendo, por ello, un modelo explicativo (descriptivo)²²³⁰. La una indica cómo debe atribuirse la intención del agente, la otra indica cómo se atribuye el efecto producido por el sujeto. Y, en segundo lugar, justamente por el punto de vista prospectivo que asume, la teoría del doble efecto parece hacer referencia a la posición del sujeto que actúa, mientras que la teoría del efecto *Knobe* hace referencia a la perspectiva del sujeto que imputa²²³¹. Lo que, en filosofía, se denomina la perspectiva de la primera persona y de la tercera persona, respectivamente.

3.a. En cuanto a la teoría moral del doble efecto, ésta enseña que no está permitido causar un mal como fin de nuestras acciones, no está permitido que nuestras malas intenciones gobiernen nuestro comportamiento²²³². En materia de efectos colaterales, también desde esta doctrina se sostiene que está prohibido “causar un daño como medio para conseguir fines loables (*daño instrumental*)”²²³³, pero admite que estaría permitido causar un daño colateral buscando un buen efecto²²³⁴. Pero, a la vez, esta teoría distingue valorativamente entre el daño instrumental (buscado) y el daño incidental (meramente

²²³⁰ Un cómo deberíamos atribuir consecuencias/intenciones versus un cómo atribuimos consecuencias/intenciones.

²²³¹ La génesis de estas teorías también es diferente. Mientras que la teoría del doble efecto proviene de la filosofía moral, la teoría del efecto *Knobe* proviene de la filosofía experimental y de la psicología social.

²²³² Cfr. MANRIQUE PÉREZ, “Medios y consecuencias necesarias”, *Crítica*, 2012, p. 4. Sobre la teoría del doble efecto en materia de dolo, entre nosotros MANRIQUE PÉREZ, *Acción, dolo eventual y doble efecto*, 2012, *passim* [antes resumidamente en “Responsabilidad, dolo eventual y doble efecto”, *Doxa*, 2007, pp. 415 y ss.]. En la doctrina angloamericana MASEK, “Intentions, motives and the doctrine of double effect”, *PQ*, 2010, pp. 567 y ss.; MOORE, *Causalidad*, 2011, pp. 92 y ss., 98 y ss. (con bibliografía); QUINN, “Actions, intentions and consequences”, *P&PA*, 1989, pp. 334 y ss.; DUFF, “Intention, responsibility and double effect”, *TPQ*, 1982, pp. 1 y ss. Téngase en cuenta que, aunque esta teoría se encuentra sólidamente desarrollada en la filosofía analítica anglosajona, sus orígenes se remontan a la filosofía católica de TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, 1954, p. 536, “nada impide que de un solo acto haya dos efectos, de los cuales uno solo es intencionado y el otro no. Pero los actos morales reciben su especie de lo que está en la intención y no, por el contrario, de lo que es ajeno a ella.”

²²³³ Cfr. MANRIQUE PÉREZ, “Medios y consecuencias necesarias”, *Crítica*, 2012, p. 4.

²²³⁴ Cfr. MANRIQUE PÉREZ, *ibidem*, pp. 10-11 y ss. Indica esta autora que, entre los autores de la teoría del doble efecto, no es lo mismo el causar un daño incidental (consecuencia necesaria) en la búsqueda de un resultado positivo, que el causar un daño instrumental (medio necesario) para producir un beneficio.

previsto)²²³⁵ o, lo que es lo mismo, entre el medio necesario, que sería el intencional y la consecuencia necesaria, que sería la simplemente prevista por el sujeto²²³⁶.

3.b. Por su parte, según la teoría del efecto *Knobe*, la atribución de efectos secundarios (*side effects*) depende del valor moral que posee el efecto *ab initio* y esto genera una asimetría entre el castigo y el premio. Cuando el efecto es positivo se dice que la gente no tiende a atribuirlo al agente causante, al menos, no siempre se le suele atribuir. Por el contrario, cuando el efecto posee un valor negativo, lo común es casi siempre atribuírselo a su causante²²³⁷. Esta forma de atribuir socialmente de un modo intuitivo sucede porque los efectos negativos producen un impacto mucho más fuerte y desagradable en quienes lo perciben, generando la sospecha de su intencionalidad. El creador de esta teoría, KNOBE, ilustra su explicación con el siguiente experimento: el vicepresidente de una compañía le comunica al gerente que se está pensando en comenzar un nuevo proyecto para la empresa, que proporcionará más ganancias, pero también que *perjudicará* al medio ambiente. El gerente le responde que a él no le interesa en absoluto dañar al medio ambiente, sino que tan sólo quiere generar la mayor cantidad posible de ganancias. Al poco tiempo, implementan el nuevo programa y, además de las ganancias, efectivamente el medio ambiente resulta perjudicado²²³⁸. Ante el interrogatorio a varios participantes del

²²³⁵ Cfr. MANRIQUE PÉREZ, *ibidem*, pp. 4-5. Esta autora indica que los cultores de la dogmática penal no suelen distinguir valorativamente entre las consecuencias queridas y las previsibles del dolo indirecto o de consecuencias necesarias.

²²³⁶ Cfr. MANRIQUE PÉREZ, *ibidem*. La misma autora destaca la diferente valoración que ofrece la teoría del doble efecto y la teoría penal del dolo eventual: “El argumento del doble efecto es estructuralmente similar a la imputación de dolo eventual, pero tiene consecuencias normativas diferentes. Mientras que en el caso del dolo eventual, la previsión de la consecuencia disvaliosa lleva a sostener la responsabilidad del agente, en el doble efecto es el hecho de que ellas han sido *solamente* previstas la razón para descartar o disminuir el reproche”. Cfr. esto último en MANRIQUE PÉREZ, “Responsabilidad, dolo eventual y doble efecto”, *Doxa*, 2007, p. 416.

²²³⁷ Cfr. el ejemplo en KNOBE, “Intentional action and side effects”, *Analysis*, 2003, p. 194. Sobre el efecto *Knobe*, también denominado “efecto del efecto colateral” (*the side-effect effect*), véase COVA/NAAR, “Side-Effect”, *PP*, 2012, pp. 837 y ss.; una versión crítica (constructiva) en NICHOLS/ULATOWSKI, “Intuitions and individual differences”, *Mind & Language*, 2007, pp. 346 y ss. Un comentario del efecto *Knobe* desde la asimetría de la intencionalidad en la violación de la norma y la conformidad con la norma en HOLTON, “Norms and the Knobe effect”, *Analysis*, 2010, pp. 1 y ss. Sobre la atribución de un resultado malo y su relación con una voluntad mala, en la dogmática del dolo, SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, 2005, p. 71. Este autor critica la consideración del resultado en el ilícito, a través de lo que él denomina el “mito del resultado”: “Mi idea es que la creencia según la cual habría que considerar la efectiva producción del resultado como constitutiva de la infracción, es legataria” del pensamiento primitivo, anímico-causalista y “se supone que allí donde se produce la muerte, hay en verdad una voluntad peor –es decir, más mala– que donde la víctima del ataque sale ilesa”.

²²³⁸ Cfr. el ejemplo en KNOBE, “Intentional action and side effects”, *Analysis*, 2003, p. 191. La explicación a esta asimetría de atribución de intenciones varía en MACHERY, “The folk concept of intentional action”, *Mind &*

experimento, la mayoría de ellas respondió que el gerente había afectado colateralmente al medio ambiente de modo intencional. Luego, se invirtió el experimento y se les dijo a los participantes que el vicepresidente había comunicado al gerente de la compañía que el nuevo proyecto, además de producir ganancias, *ayudaría* al medio ambiente, es decir, que produciría efectos positivos y que, tal como se anticipó, una vez implementado el programa, efectivamente el medio ambiente resultó beneficiado. Ante la pregunta a los participantes, muy pocos de ellos afirmaron que creían que el gerente haya ayudado colateralmente al medio ambiente de modo intencional²²³⁹. El experimento revela que las personas somos propensas a atribuir intuitivamente las buenas intenciones sólo de modo excepcional a los otros, pero, cuando se trata de malas intenciones, somos propensas a atribuir las por regla general. El principal inconveniente con el que tropieza este experimento es que no tiene en cuenta la ponderación de los valores morales de todos los propósitos y efectos del caso. Así, en el ejemplo, el propósito principal era producir más ganancias para la empresa y esto puede ser visto como un fin egoísta, de manera que los participantes atribuyeron el resultado negativo (daño al medio ambiente) a la intención del gerente, porque en el balance de los efectos, sólo la empresa salía ganando. Pero, si el propósito principal hubiese sido aumentar el número de empleados en la empresa y beneficiar a muchas familias carenciadas, a cambio de producir algunos daños al medio ambiente, seguramente, la mayoría de participantes no atribuiría tal efecto negativo al gerente, porque del resultado de la ponderación salen todos ganando. El segundo inconveniente que presenta también este experimento es que según cuál sea la emoción que acompaña a la acción, será la atribución de la intencionalidad al agente. Así, si el gerente hubiese respondido en la primera variante del caso que a él le resultaba muy penoso que el medio ambiente se dañara, pero que la empresa necesitaba ganar dinero para pagar a su empleados, entonces los participantes del test hubiesen justificado el proceder del gerente; pero, como aquél había respondido que no le interesaba en absoluto el medio ambiente, muy fácilmente se le atribuyó la mala intención del efecto colateral.

4. Dejando de lado lo relativo a la intención y a los valores morales, desde cualquiera de estos dos modelos es posible imputar dolo al autor por las consecuencias colaterales

Language, 2008, pp. 165 y ss., para quien desde la *trade-off hypothesis* (hipótesis del equilibrio) dicha asimetría resulta de interpretar los efectos colaterales negativos como un precio a pagar a cambio de recibir un beneficio.

²²³⁹ Cfr. el ejemplo en KNOBE, “Intentional action and side effects”, *Analysis*, 2003, pp. 191-192.

previstas como seguras de producirse. Habíamos visto en el *Capítulo Segundo* que, según lo que en este trabajo se propone, el único aspecto que ha de tenerse en cuenta en el momento de atribuir el dolo al autor, será el conocimiento en relación con el grado de probabilidad de la producción del resultado, se trate de un resultado principal o colateral.

II.IV.3.b.v. Asunción de riesgos controlables: ¿imputación imprudente?

1. Como se ha visto en capítulos anteriores, la información sobre las relaciones y correlaciones entre acontecimientos del mundo y nosotros, así como el conocimiento sobre las leyes causales, leyes de la experiencia, datos estadísticos, etc., nos proporciona no sólo una manera de explicar hechos pasados, sino también de controlar nuestro entorno presente y de predecir en alguna medida situaciones futuras. Ciertamente, este conocimiento, sobre todo cuando se refiere a hechos presentes y futuros, puede venir condicionado por el sesgo de la ilusión de control²²⁴⁰. Estos casos se caracterizan de dos formas posibles: (1) el sujeto cree controlar el curso de un riesgo permitido asumido, en el sentido de mantenerlo dentro de sus límites y, (2) el sujeto cree controlar el curso de un riesgo permitido asumido luego de haber advertido la potencialidad lesiva prohibida, esto es, luego de haber advertido que su mal uso del riesgo permitido lo convierte en prohibido.

2. En el supuesto segundo nos encontramos ante un sujeto que asume un riesgo permitido, pero en el curso del mismo se representa que sus consecuencias serán lesivas para algún bien jurídico y por alguna razón (razonable o irrazonable) cree que no se realizarán. El sujeto basa su confianza –entendida en términos de creencia, esto es, un acto mental cognitivo, no emocional- en diferentes razones. Estas pueden ser razones “razonables”, como la capacidad técnica en el manejo del riesgo concreto o, irrazonables, como la fe en que no sucederá nada malo. En psicología se suele decir que, los juicios de probabilidades que no requieren cálculos matemáticos o numéricos se encuentran gobernados por “heurísticos” de juicio²²⁴¹, una especie de atajos mentales que nos ayudan a decidir en todas las situaciones cotidianas. Justamente por su naturaleza “expeditiva” y “resolutiva”, estos juicios suelen estar contaminados de sesgos cognitivos, como la ilusión de control

²²⁴⁰ También PÉREZ ECHEVERRÍA, *Psicología del razonamiento*, 1988, pp. 75, 99 y ss., 102. Se refiere al “pensamiento mágico” ELSTER, *La explicación del comportamiento social*, 2010, pp. 151, *passim*, como la tendencia a creer que uno puede ejercer una influencia causal en resultados que, en realidad, están fuera de nuestro control.

²²⁴¹ Sobre esto PÉREZ ECHEVERRÍA, *Psicología del razonamiento*, 1988, p. 136.

mencionada. Aunque en muchas ocasiones estos heurísticos nos conducen a decisiones acertadas, porque suelen resultar razonables (= explicados desde alguna razón)²²⁴², no obstante, también en muchas ocasiones, en virtud de los sesgos cognitivos, el sujeto fracasa en su decisión.

3. LANGER define la “ilusión de control” como “la expectativa inapropiada de que la probabilidad de un éxito personal sea más alta que lo que justifica la probabilidad objetiva”²²⁴³. Esta ilusión se puede agudizar en aquellos supuestos en que el sujeto respalda el control en la creencia de que su capacidad, habilidad, pericia, destreza o experiencia anteriores (habitualidad), incluso confiando en el actuar de terceros, son elementos suficientes para controlar el curso del suceso o, simplemente, confiando en motivos místicos o afectivos, como el contar con un día de suerte o fórmulas similares. En todo caso, el sujeto cree que puede controlar el suceso inicialmente permitido en el sentido, no tanto de orientarlo en alguna dirección, sino, de evitar que el mismo se desvíe hacia lo prohibido. En terminología dogmática: evitar que el riesgo se desborde, neutralizándolo y manteniéndolo en sus límites permitidos. En especial, el elemento de la experiencia previa suele, a su vez, encontrarse intoxicado con el sesgo del “estímulo de familiaridad”²²⁴⁴ junto al sesgo del “efecto de recencia”²²⁴⁵, que puede ser positivo (experiencias exitosas) o negativo (experiencias frustrantes). El conductor que está acostumbrado o habituado a que sus maniobras temerarias “le salgan bien” tenderá a incrementar e intensificar su ilusión de control debido a un sesgo de familiaridad y recencia positiva. Por ejemplo, quien se ha mal acostumbrado a asustar a los ciclistas, amagando arrimar el coche contra ellos en plena conducción, ejecuta cada vez de modo más automatizado una conducta peligrosa no tolerada socialmente, con independencia de que en el transcurrir de los años el saldo haya

²²⁴² Similarmente para PÉREZ ECHEVERRÍA, *Psicología del razonamiento*, 1988, p. 136, dado que los heurísticos suponen automatizaciones que normalmente nos llevan a tomar decisiones con éxito, seguramente será mucho más racional seguir este tipo de inferencias. Por su parte MOSTERÍN, *Racionalidad*, 1987 (2ª ed.), p. 97, nos enseña que nuestra vida sería demasiado complicada si tuviéramos que reflexionar y decidir acerca de cada uno de nuestros actos conscientes. Para ello la cultura nos simplifica y facilita la vida, porque nos proporciona pautas y moldes ya establecidos de acción, listos para ser usados en cualquier momento.

²²⁴³ Cfr. LANGER, “The illusion of control”, *JPSP*, 1975, p. 311: “An illusion of control was defined as an expectancy of a personal success probability inappropriately higher than the objective probability would warrant”.

²²⁴⁴ Sobre experimentos en psicología, LANGER, “The illusion of control”, *JPSP*, 1975, pp. 317 y ss.

²²⁴⁵ Respecto de la heurística de la disponibilidad como un error del razonamiento estadístico, ELSTER, *La explicación del comportamiento social*, 2010, p. 150, destaca que en ocasiones el juicio de la probabilidad de un suceso está más condicionado por la facilidad con que puede evocárselo, en donde los sucesos recientes están más al alcance que los anteriores, que por el conocimiento de la verdadera probabilidad.

sido positivo para él (nunca se le ha accidentado un ciclista). Respecto de esto último es necesario realizar algunas aclaraciones. Cuando la doctrina se refiere al instituto de la habituación al riesgo (*Risikogewöhnung*) se está refiriendo a los “acostumbramientos sociales” que son asumidos por los individuos y no, en cambio, a las habituaciones individuales o personales²²⁴⁶ de un sujeto en particular, así como tampoco a los hechos de acostumbramiento rayanos a lo prohibido o directamente prohibidos, pero de entidad intermedia (no graves por su menor peligrosidad o por su práctica escasa)²²⁴⁷. En efecto, al Derecho penal le tiene sin cuidado que en una determinada sociedad los conductores estén habituados a cederse el paso entre sí o a saludarse con las luces o bocinas en plena conducción, o que los médicos se higienicen como ritual siete veces las manos antes de una intervención quirúrgica. Estas conductas habitualizadas en un sector, en principio, no colocan en peligro a los bienes jurídicos, ni defraudan expectativas sociales de comportamiento, es más, las pueden llegar a fomentar en favor del cumplimiento de las normas (quien se preocupa amablemente por cederme el paso en la carretera podría llegar a inspirarme mayor confianza, aunque sea de modo irracional, que aquél otro que me mezquina el adelanto; respecto del primero seguramente me encontraré más dispuesta a esperar de él una conducción responsable). Por el contrario, al Derecho penal le interesan todas aquellas prácticas erróneas que masivamente se realizan en determinados ámbitos propensos al acostumbramiento y automatización, como el tráfico rodado, el ejercicio de la medicina y toda clase de prácticas y enseñanzas de actividades riesgosas (pilotar un automóvil, un avión, aprender a nadar, el uso de energía nuclear, etc.). Si una sociedad tolera, porque se ha acostumbrado al desempeño de determinados riesgos, estos pasan a estar permitido (¿riesgos especiales?²²⁴⁸) y pasan a legitimarse por el transcurso del

²²⁴⁶ Las conductas peligrosas individualmente habitualizadas también han de ser sometidas al examen de la previsibilidad objetiva, siempre que existan indicios de su desaprobación social. Así, por poner el ejemplo desde el cual HERZBERG cuestiona por incompleta la teoría de JAKOBS de la habituación al riesgo: si un padre envía a su hijo al tejado para que arregle una antena averiada y el hijo regresa sin que nada malo le haya pasado, aquél no habrá cometido una tentativa de homicidio, aunque se haya representado el riesgo de muerte del hijo, siendo que, en principio y sólo en principio, objetivamente el riesgo (elevado) de enviar al hijo al tejado puede ser entendido como un riesgo permitido condicionado, a excepción que el riesgo se revele como evidentemente grosero (tejado de una casa de tres pisos, de inclinación pronunciada, y en plena noche de frío con hielo). Para HERZBERG, “Die Abgrenzung vom Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit”, *JuS*, 1986, p. 258, se trata de una clase de peligro cubierto (*abgeschirmte*) que no da lugar al dolo, porque se resuelve ya en el plano objetivo.

²²⁴⁷ Sobre la habituación al riesgo en los delitos de resultado, JAKOBS, “El lado subjetivo del hecho”, en *Estudios de Dp*, 1997, pp. 197, 199 y ss.

²²⁴⁸ Cfr. sobre los riesgos especiales permitidos, JAKOBS, *Dp, Pg*, 1997 (2ª ed.), p. 250. Sobre los riesgos permitidos condicionados, véase SILVA SÁNCHEZ, “Teoría del delito y Derecho penal económico-empresarial”,

tiempo²²⁴⁹, dada la preferencia por ampliar los espacios de libertad. La habitualidad, entonces, tendrá más que ver con la estadística de los riesgos sin resultados²²⁵⁰ que con la utilidad social del riesgo a secas, porque riesgos que generaran resultados lesivos todo el tiempo nunca llegarían a convertirse en útiles. Así, también la habitualidad social hacia determinados riesgos estadísticamente sin resultados habla de la mayor tolerancia al riesgo (y menor aversión), que la sociedad desarrolla a lo largo del tiempo²²⁵¹. Sin embargo, no hay que olvidar que en todo proceso de institucionalización social de una práctica peligrosa suele intervenir una especie de *autoengaño* colectivo (aunque sea racional y justificado en ampliar los espacios de libertad): a partir del conocimiento del reiterado ejercicio de un riesgo sin consecuencias, se llega a creer que no hay riesgo o que éste es de escasa

en *Teoría del delito y práctica penal económica*, 2013, p. 44, quien los ha definido como aquellos mecanismos “de permisión de riesgos especiales, en cuya virtud la exclusión de responsabilidad se pretende condicionar a una posterior actuación prudente del sujeto que obra en riesgo permitido. Expresado de otro modo: aquella institución en la que la permisión inicial de la conducta es compatible con la responsabilidad en comisión por omisión del sujeto por los resultados lesivos sobrevenidos (injerencia en virtud de actuar precedente no antijurídico)”. A mi entender, los riesgos habitualizados son mejor definidos como riesgos permitidos condicionados (como los llama SILVA SÁNCHEZ), que como riesgos no permitidos leves (como los llama JAKOBS); y ello sin que signifique paralizar el empleo de riesgos habitualizados por el deber de aseguramiento que le corresponde a quien hace uso del riesgo: será el interesado quien tenga que esforzarse por permanecer dentro del margen de la habituación, que siempre es contemplada como el ejercicio de un riesgo sin resultado (el sujeto ha de mantener el riesgo dentro de los límites en que ha sido generada la habitualidad, cual es la ausencia de consecuencias lesivas). Dicho de otro modo, al sujeto le está permitido ir generando situaciones de peligro abstracto a su alrededor, es decir, ejerciendo el riesgo habitualizado, bajo la condición de que él otorgue suficiente garantía que de él puede esperarse el ejercicio razonable de medidas de neutralización de todas las posibles ocasiones de resultado (en esto la habituación al riesgo se nutre del principio de confianza). Un resultado lesivo en este escenario sería entendido como pura fortuidad.

²²⁴⁹ Cfr. JAKOBS, *Dp, Pg*, 1997 (2ª ed.), p. 244. Para los casos de riesgos permitidos por legitimación histórica, JAKOBS, concluye que “determinadas formas de actividad permitida han sido consagradas por el uso históricamente, a veces forzando el marco (tráfico rodado) y por ello se aceptan como socialmente adecuadas. La forma de riesgo permitido mencionada en último lugar sólo es posible porque el Derecho penal no tiene que proteger un arsenal de bienes en reposo, ni únicamente maximizar los bienes, sino que tiene que estabilizar expectativas en relación con determinados modos de comportamiento. Cuando una conducta ciertamente daña bienes, pero sin embargo no defrauda expectativas, porque su aceptación se ha convertido en costumbre, esto sólo constituirá una contradicción si la seguridad de los bienes se considera ‘policialmente’”. Como se puede advertir, en el pensamiento de este autor, el empleo de un riesgo permitido por legitimación histórica (como podría ser el riesgo habitualizado) no defrauda expectativas aun cuando lesione bienes jurídicos, pero, a ello habría que añadir que las expectativas se mantienen sólo respecto de aquellas conductas enmarcadas dentro de los márgenes del riesgo legitimado históricamente y no, en cambio, cuando quien lo emplea se aprovecha y se desvía de él. En estos casos sí se defraudan las expectativas, porque el individuo se ha apartado de la regla social habitualizada. Un comentario a la concepción de JAKOBS en MARAVER GÓMEZ, “Riesgo permitido por legitimación histórica”, en *LH a Jakobs*, 2003, pp. 209 y ss., 235, para quien al fin de cuentas, todos los riesgos permitidos lo son por ponderación y por legitimación histórica.

²²⁵⁰ También JAKOBS, “El lado subjetivo del hecho”, en *Estudios de Dp*, 1997, p. 198.

²²⁵¹ De hecho, el mismo JAKOBS, “El delito imprudente”, en *Estudios de Dp*, 1997, p. 182, nos habla en los casos individuales de ejercicio de riesgos habitualizados de “pérdida del miedo”.

importancia²²⁵², lo que puede conducir –y de hecho así es en muchos ámbitos– a incrementar cada vez más los márgenes del peligro en cuestión. En cualquier caso, es a la sociedad –a través de sus instituciones o del Estado– a la que le correspondería permanecer en alerta consciente de forma permanente, velando por el no desbordamiento insoportable del riesgo habitualizado y no, en cambio, al sujeto que hace uso correcto de él²²⁵³. Por eso, en sede de la imputación subjetiva la habituación social al riesgo ha de medirse en términos individuales²²⁵⁴, no sólo para determinar en qué medida el sujeto pudo haber hecho mal uso o abuso del riesgo habitualizado, sino también para descargarle de responsabilidad en el caso de su empleo adecuado. Es decir, se dejará de lado el baremo del hombre medio de la atribución objetiva y se someterá el examen de la habituación al riesgo al conocimiento del autor²²⁵⁵. Dado un resultado lesivo como producto del ejercicio de un riesgo habitualizado, al sujeto no se le podría imputar negativamente su producción, porque el mismo proviene de

²²⁵² Curiosamente JAKOBS, “El lado subjetivo del hecho”, en *Estudios de Dp*, 1997, p. 199, también *nos engaña* cuando afirma que en las “infracciones de tráfico que tienen lugar de modo masivo (como no respetar la distancia de seguridad ...) el peligro es claramente relevante sólo por su aparición masiva, es decir, sólo de modo estadístico, pero no en la situación individual”.

²²⁵³ Por eso, cuando JAKOBS, “La imputación objetiva”, en *Estudios de Dp*, 1997, p. 212, señala respecto de los riesgos permitidos por recepción histórica, que son riesgos permitidos simplemente porque “siempre se ha hecho así” y la sociedad “no censura aquello a lo que está acostumbrada”, sólo quiere decir que éstos legitiman su existencia exclusivamente dentro de los límites originales de la permisión, porque aunque tales riesgos permitidos no se encuentren fundamentados de un modo racional, sino, en todo caso, sencillamente de modo tradicional, no por tal razón han de admitirse desvíos o incrementos irracionales del riesgo; porque, entonces, eso sí, los mismos ya no pertenecerían como tales a la “identidad de la sociedad”.

²²⁵⁴ En sentido contrario JAKOBS, “El lado subjetivo del hecho”, en *Estudios de Dp*, 1997, p. 202, para quien la “necesidad de garantizar expectativas de comportamientos estándar, excluye individualizar, por principio, el límite de la frontera del riesgo para *cada caso en concreto*. (...), porque hay puestas en peligro que presentan una ligera variación con respecto al riesgo permitido que están permitidas y, por tanto, toleradas de manera masiva, lo que en la práctica entraña que deben ser desplazadas de la consciencia”. A mi criterio, una práctica peligrosa habitualizada no autoriza a obrar de forma conscientemente “inconsciente”, esto es, a despojar de todo interés el desempeño del riesgo. Justamente, para no desviarse del riesgo habitualizado el sujeto ha de obrar con atención (sin que ello signifique alterar la esencia de las automatizaciones). Sobre el esfuerzo en la atención, BALMES, *El criterio*, 1996 (11ª ed.), p. 11: “La atención es la aplicación de la mente a un objeto. El primer medio para pensar bien es atender bien”; el conocimiento que se adquiere de no prestar atención “es siempre ligero, superficial, a menudo inexacto o totalmente errado”.

²²⁵⁵ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, 1999, pp. 140-142, en comentario al planteamiento de JAKOBS, señala que este autor opera en sede de la habituación al riesgo con una presunción *iure et de iure*. Dándose un riesgo no permitido pero leve y de acostumbramiento social no se imputa el dolo (con independencia que en el caso concreto el autor se haya representado el riesgo). La crítica que le realiza RAGUÉS I VALLÈS es simplemente de matización: propone reducir la rigidez de la presunción por una *iuris tantum*, por cuanto no hay que desconocer el carácter doloso de determinadas conductas prohibidas confesadamente realizadas a sabiendas.

una práctica soportada socialmente, por su utilidad y necesidad²²⁵⁶. Figuradamente, respecto de estas situaciones podría decirse que, aunque sea a regañadientes la sociedad ha obrado con una especie de dolo eventual en relación con su deber de autoprotección, al ir consintiendo o tolerando posibles resultados lesivos de esta clase de riesgos. Por tal motivo, al sujeto no se le podría imputar el déficit de desbordamiento del riesgo permitido original, a no ser que éste se haya desviado de un modo demasiado grosero (o no se encontraba preparado para asumirlo dentro de los límites aceptados²²⁵⁷). Si está permitido adelantarse a otros vehículos en días de lluvia (conducta temeraria), sería un abuso del riesgo habitualizado el adelantarse un día de diluvio, con visibilidad nula o en estado de somnolencia²²⁵⁸. Esto último sería un desvío del riesgo habitualizado no excusable y, por ello, imputable al sujeto²²⁵⁹.

²²⁵⁶ En principio, la habituación social al riesgo en determinados ámbitos (por ejemplo del tráfico rodado) elimina el dolo. Cfr. SCHÜNEMANN, “De un concepto filológico a un concepto tipológico de dolo”, en *Temas actuales*, 2002, pp. 100 y ss., p. 108. Véase, también FELJOO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, 2002, pp. 134 y ss.; JAKOBS, “El lado subjetivo del hecho”, en *Estudios de Dp*, 1997, p. 199.

²²⁵⁷ También en los supuestos de riesgos permitidos especiales (y en general en cualquier riesgo permitido) es posible aplicar la figura de la culpa por asunción, porque es un requisito ineludible para la asunción del riesgo permitido que el sujeto cuente con las capacidades físicas y psíquicas de empleo (que sea capaz de hacer uso del riesgo y mantenerlo dentro de los límites de la permisión). Quien carece de estas capacidades o habilidades, por ejemplo, en el tráfico automotor quien no sabe conducir, o quien se encuentre ebrio en el momento de emprender la conducción, no puede asumir el riesgo en abstracto permitido sin asumir un riesgo en concreto prohibido. Sobre la llamada culpa por asunción (*Übernahmeverschulden*), ROXIN, *StrafR. AT*, 2006 (4ª ed.), § 24, nm. 36, p. 1076 [1997, pp. 1009-1010], enseña que el sujeto que pretende asumir una actividad que pone en peligro a bienes jurídicos y advierte que no es capaz de hacerle frente a los peligros que se avecinan debido a la ausencia de capacidades físicas, de práctica o habilidad, debe omitir realizar la conducta; si no lo hace, existe en el inicio de su actividad una imprudencia (así, “nicht kann, muss es lassen”).

²²⁵⁸ JAKOBS, *Dp, Pg*, 1997 (2ª ed.), pp. 249-250, señala que no existe “una fracción de autorización del riesgo determinada expresable en términos de valor numérico, sino una medida oscilante en función del ámbito y de las circunstancias concomitantes”. Así, “ningún conductor experimentado, levemente bebido, puede escudarse en que aun así conduce su vehículo mejor que un principiante; el tipo de acción ‘conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas’ no está permitido”, pero, “podría ser conveniente, en supuestos de ejecución de una acción de un tipo prohibido, que no sobrepasa el riesgo mínimo, conceder la prevalencia a la libertad general de acción”, como en el caso de quien “conduce un coche con neumáticos desgastados en una carretera solitaria, con visibilidad y sólo a 10 km/h”. Este sujeto, para JAKOBS, “no realiza ningún riesgo no permitido”. A ello habría que añadir, a mi entender, la siguiente consideración, como consecuencia lógica del planteamiento de este autor: si esta clase de riesgo prohibido en abstracto, realizado en las condiciones en que se indican “se permite” en el supuesto concreto por ser un riesgo mínimo, a favor del mayor ejercicio de la libertad del sujeto, entonces, se está legitimando su futura habitualidad y, dado el caso, cada vez que concurriera una situación similar, se estaría ejerciendo el riesgo (ahora permitido), a excepción de un ejercicio desviado groseramente, que se trataría de un riesgo no permitido: por ejemplo, conducir levemente bebido, a 10 km/h, pero con nula visibilidad.

²²⁵⁹ También JAKOBS, *Dp, Pg*, 1997 (2ª ed.), p. 335, reserva el dolo (de peligro o de lesión) para aquellos casos en que el sujeto se excede conscientemente de los riesgos de habituación social (riesgos no permitidos impuestos).

3.a. Por poner un ejemplo muy cotidiano, si la sociedad nos está llevando a acostumbrarnos ir ciegamente caminando por la ciudad a raíz, por ejemplo, del uso masivo de dispositivos móviles y tabletas, así también tendría que ir pensando, o bien, en consentir (tolerar) choques o tropiezos graves entre peatones, conductores, etc., o bien en prohibir la práctica cada vez más masificada de no prestar atención al andar. En la medida que socialmente no se autorregulen prácticas sociales propensas a dejarse llevar por la ley de la pendiente resbaladiza hay que atenerse a las consecuencias, dada su evidente previsibilidad²²⁶⁰. Al ser el riesgo un dato dinámico, la sociedad ha de movilizarse en la ponderación continua del ejercicio de la libertad permitida. Acertadamente WELZEL señalaba que determinadas conductas automatizadas exoneraban al hombre de prestar continua atención a cada paso que realice “al conducir”, a cambio de brindarle mayor libertad para dedicar su atención en el desarrollo del tráfico²²⁶¹. Pero, no es menos cierto, que el progreso y crecimiento de la actividad automotor revela con datos estadísticos considerables, la serie de errores y prácticas desviadas a las que se va habituando la sociedad en su desempeño²²⁶². Un juicio de equilibrio y ponderación es necesario de vez en cuando -como el balance de las cuentas anuales de las empresas- para concretar en qué medida determinadas prácticas se han excedido groseramente del riesgo permitido; aunque ello no le toca realizar al individuo, sino a las instituciones del Estado²²⁶³.

4. También hay que distinguir los efectos de las creencias razonables y de las creencias irrazonables²²⁶⁴. Una primera forma de definir las primeras es bajo el criterio de la justificación, la verificación, la contrastación o la garantía sobre criterios plausibles. De los anteriormente mencionados pueden considerarse criterios plausibles: el esfuerzo, la capacidad o habilidad, la pericia, destreza, o experiencia anteriores, así como la evidencia a

²²⁶⁰ Una autocorrección automática, consistente en volver a la norma de conducta original a raíz de la producción de un resultado lesivo de vez en cuando, es sólo una forma de autocorrección que no garantiza la pervivencia de la norma. También parece ir en este sentido JAKOBS, “El lado subjetivo del hecho”, en *Estudios de Dp*, 1997, p. 204, cuando sostiene que “todo el mundo conoce las consecuencias de las acciones incorrectas que tienen lugar de manera masiva en el tráfico rodado, siendo éste el modo por el que se conoce la necesidad de exigir una disciplina general, de manera que cuando esta necesidad se ve drásticamente resaltada por medio de la producción del resultado se espera más que una mera llamada al orden”.

²²⁶¹ Cfr. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 1969 (11ª ed.), § 20, p. 151 [1970, pp. 213-214]. También JAKOBS, “El lado subjetivo del hecho”, en *Estudios de Dp*, 1997, p. 197.

²²⁶² Los desenlaces lesivos del desempeño de riesgos pueden ser previsibles al menos por dos métodos. *Ex ante*, empleando un juicio de previsibilidad de posibles escenarios a futuro (del más inocuo al más lesivo). A este método se le podría denominar del “riesgo previsible teóricamente”. Y, *ex post*, empleando datos estadísticos de riesgos que se han realizado en resultados esperados (previsibles); o en, riesgos que se han realizado en resultados no esperados (imprevisibles), o riesgos que no se han realizado en ningún resultado. A este método se le podría denominar del “riesgo estadístico”.

²²⁶³ Cuando el Estado refuerza las carreteras con sensores de velocidad o cámaras de seguridad ocultos o visibles, o colocando “tapones” o “lomas de burro” o semáforos, se encuentra realizando el juicio de equilibrio.

²²⁶⁴ No estoy de acuerdo en entender que la confianza es relevante sólo en aquellos casos que conlleva a una eliminación mental del riesgo, como parece sostenerlo HAFT, “Die Lehre vom bedingten Vorsatz”, *ZStW*, 1976, pp. 379 y s., teniendo en cuenta que el riesgo no se elimina por la confianza, sino en todo caso se justifica cuando ésta es racional.

favor; y no así, la suerte, una corazonada, una determinada fe religiosa u otro estado anímico²²⁶⁵ (por ejemplo, el sujeto creía que iba a evitar el accidente porque es una persona de mucha suerte). Si creer significa, entre otras cosas, dar crédito, creer razonablemente significaría dar crédito bajo garantía o justificación²²⁶⁶. Un creencia basada en la nada o basada en el azar o la fortuna es una creencia irracional y como tal no es un crédito fiable desde el cual se pueda avalar la no realización del riesgo en el resultado. Asimismo, una confianza basada en los buenos motivos frente a un conocimiento de un riesgo considerable de lesión tampoco puede desplazar fácilmente el dolo. Cualquier indicio de riesgo típico que el sujeto advierta en el curso del comportamiento le obligaría a abstenerse de continuar o de rectificarse, porque es “cosa suya” lo que se pueda derivar de él²²⁶⁷.

5. Otra modalidad que se presenta entre los riesgos controlables son aquellos que se inician permitidos junto a un propósito lícito y devienen prohibidos junto a un no propósito ilícito. Un buen ejemplo para explicar esta modalidad es el de la “conducción rasante” (*rasanter Autofahrer*)²²⁶⁸ propuesto por SCHMIDHÄUSER desde la teoría de la posibilidad²²⁶⁹: un conductor, que llega tarde a una fiesta, conduce a exceso de velocidad por una estrecha y sinuosa carretera y va invadiendo el carril contrario de vez en cuando sin contar con demasiada visibilidad. Finalmente, el conductor termina impactando contra otro automóvil, cuyo conductor fallece. Según SCHMIDHÄUSER el conductor no obra con dolo teniendo en cuenta que su propósito era llegar a tiempo a la fiesta y no, en cambio, ocasionar un accidente en el camino, de forma que, de haberse representado el hecho tal como sucedió,

²²⁶⁵ Para MOSTERÍN, *Racionalidad*, 1987 (2ª ed.), p. 124, la creencia no puede estar justificada o razonada sobre la base de un presentimiento, ni de un prejuicio, o algún acierto ocasional. Normalmente, las personas consideramos, que en estos supuestos no se justifica la creencia, porque no constituye una razón suficiente para creer.

²²⁶⁶ Así también, véase MOSTERÍN, *Racionalidad*, 1987 (2ª ed.), pp. 134, 135. Este filósofo enseña que si queremos maximizar el nivel de veracidad de nuestras creencias no podemos ir aceptando ideas al tuntún, sino que se debe exigir un mínimo de justificación. Sólo es racional creer en aquello que estamos justificados en creer.

²²⁶⁷ En sentido contrario, la tesis de SCHMIDHÄUSER, “Die Grenze zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Straftat”, *JuS*, 1980, p. 249, quien defiende que la confianza sólo desplaza el dolo cuando repercute de tal manera en la representación del autor, que no puede decirse que éste se representó la concreta capacidad de lesión. Lo incompleto de esta postura, es que SCHMIDHÄUSER no ofrece ningún criterio para determinar cuándo la confianza puede desplazar el dolo, de modo tal que para determinar si concurre o no confianza habrá que estarse al propósito del autor. Similar crítica en BUSTOS RAMÍREZ, “Política criminal y dolo eventual”, *RJC*, 1984, p. 317, que considera que la solución de SCHMIDHÄUSER establece una culpabilidad por el carácter.

²²⁶⁸ La traduce como “conducción vertiginosa”, RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, 1999, p. 92.

²²⁶⁹ Cfr. SCHMIDHÄUSER, “Die Grenze zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Straftat”, *JuS*, 1980, pp. 244 y ss. Crítico con esta postura KÖHLER, *Die bewußte Fahrlässigkeit*, 1982, pp. 304 y ss.

seguramente, el conductor no hubiese ido tan de prisa²²⁷⁰. A mi entender, SCHMIDHÄUSER traiciona a su propia teoría cognitiva, cuando permite que el propósito (lícito) de llegar a la fiesta desplace el conocimiento de la probable lesión²²⁷¹. A este desplazamiento SCHMIDHÄUSER lo denomina algo así como desplazamiento, eliminación, o neutralización mental²²⁷² de la concreta posibilidad de realizar el tipo penal, que permite respecto del conductor sólo un castigo por homicidio imprudente. La debilidad del argumento de esta doctrina se demuestra cuando es posible afirmar que la representación de la concreta posibilidad de la producción del resultado, necesaria para el dolo, puede perfectamente coexistir con un propósito diferente, esto es, con un propósito lícito por parte del sujeto, que es lo suficientemente fuerte como para hacer que el mismo se comporte en un sentido opuesto al cómo debería comportarse una vez se representó el riesgo prohibido²²⁷³. Sobre todo cuando tal propósito inocente puede ponerse en duda en los casos en que el riesgo permitido *ab initio* devenga en típico²²⁷⁴. ¿Acaso el conductor del ejemplo no excede la

²²⁷⁰ Cfr. SCHMIDHÄUSER, *ibidem*, pp. 244 y ss., 250. Para este autor no es la representación de la posibilidad abstracta lo que afirma el dolo, sino una representación concreta, que queda desplazada aunque sea de modo irracional por el diferente objetivo que perseguía el sujeto. A los supuestos de representaciones abstractas del riesgo, SCHMIDHÄUSER los denomina “imprudencias aparentemente conscientes”. Crítico con los conceptos cognitivos de dolo que castigan el conocimiento del síndrome de riesgo (leve) como imprudencias, PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, 2011, p. 53.

²²⁷¹ Algunas teorías cognitivistas o de la representación (más o menos objetivas, de la posibilidad, de la probabilidad) no hacen más que operar con un concepto de voluntad negativa: el “no querer el resultado”, pero entendido en términos indirectos, es decir, “queriendo algo permitido en su lugar”. También de una crítica similar PUPPE, “Perspectivas conceptuales del dolo eventual”, en *El Derecho penal como ciencia*, 2014, p. 293 (en comentario a la teoría de la representación de SCHMIDHÄUSER, considera esta autora que la representación – el dolo- para aquel autor depende más que del conocimiento, de la actitud interna en relación con dicho conocimiento) [antes en “Der Vorstellungsinhalt des *dolus eventualis*”, *ZStW*, 1991, pp. 1 y ss.].

²²⁷² Cfr. SCHMIDHÄUSER, “Die Grenze zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Straftat”, *JuS*, 1980, pp. 244, 249 [antes en “Zum Begriff der bewußten Fahrlässigkeit”, *GA*, 1957, p. 310]. Para PUPPE, “Perspectivas conceptuales del dolo eventual”, en *El Derecho penal como ciencia*, 2014, p. 292, la postura de FRISCH, “Gegenwartsprobleme des Vorsatzbegriffs”, en *GS für K. Meyer*, 1990, p. 545, sobre la confianza en la no producción del resultado, se aproxima a la teoría de SCHMIDHÄUSER (un repaso jurisprudencial en SCHMIDHÄUSER, *Vorsatzbegriff und Begriffsjurisprudenz*, 1968).

²²⁷³ Esta forma de proceder puede explicarse a través de una característica humana bastante común, especialmente estudiada en filosofía y psicología, denominada *akrasia* o debilidad de la voluntad (una de las manifestaciones de la racionalidad limitada de las personas). En la línea de SEARLE, *Razones para actuar*, 2000, pp. 252, 254-255, la *akrasia* no es más que un síntoma de nuestra elección libre ante una situación de conflicto entre diversos estados intencionales donde ganan, al decir de este filósofo, los malos. Su forma típica es la siguiente: “es mejor hacer A pero estoy, voluntaria e intencionalmente, haciendo B”. También, sobre la debilidad de la voluntad, ELSTER, *La explicación del comportamiento social*, 2010, pp. 139 y ss.

²²⁷⁴ Tomando como ejemplo el concepto de dolo de FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983, pp. 160 y ss., 210, 302-303, para quien concurre dolo en el sujeto que “asume para sí mismo” (*für-sich-ausgeht*) la posibilidad concreta de realización de un riesgo típicamente relevante; podría sostenerse que el sujeto asume para sí todo aquello que puede derivarse de su comportamiento peligroso para un bien jurídico, aunque desee lo contrario.

velocidad en condiciones de poca visibilidad y de una carretera estrecha y sinuosa, invadiendo el carril contrario? ¿Puede sostenerse que ese riesgo sigue siendo permitido? Quizá para SCHMIDHÄUSER el riesgo se haya vuelto prohibido, pero, ¿por qué imprudente? ¿Por qué este autor entiende que el conductor ha eliminado mentalmente la concreta posibilidad de producción del resultado? ¿De dónde deduce tal conclusión? ¿Sólo del propósito de llegar temprano a la fiesta? Si la respuesta a esta última pregunta es afirmativa, entonces, tendremos que estar dispuestos a afirmar dos cosas: (1) que no se descuentan socialmente los comportamientos que priorizan razones egoístas permitidas (llegar a la fiesta) que tienen capacidad de anular un comportamiento conforme al deber (conducir prudentemente) cuando aquéllas son la única razón de la acción imprudente (conducir invadiendo el carril ajeno y con poca visibilidad); (2) que cuando concurren propósitos sanos, nobles e inocentes²²⁷⁵, cualquier representación de un posible riesgo prohibido “queda justificado” bajo una conducta imprudente: llegar temprano al trabajo, jugar una apuesta, llegar primero a las plateas no enumeradas del campo de fútbol, etc., tienen suficiente entidad como para neutralizar los efectos del conocimiento sobre el riesgo de lesión, quedando incluso éste automáticamente eliminado de la representación del autor²²⁷⁶, así como tienen suficiente entidad como para desplazar la incumbencia de observar el deber de cuidado groseramente infringido.

6. Por otro lado, respecto de este ejemplo propuesto por SCHMIDHÄUSER, puede también traerse a colación el concepto de riesgo permitido condicionado mencionado ya en alguna nota al pie al comentar los supuestos de habituación al riesgo. Estos riesgos especiales

Una conclusión de esta naturaleza sólo puede sostenerse en un modelo de garante por uno mismo, en donde la confianza o los buenos motivos no pueden desplazar el conocimiento sobre determinados riesgos, sin caer en una contradicción. En efecto, lo único que puede desplazar las consecuencias indeseadas es la abstención del comportamiento. En cualquier caso para FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983, p. 218, no actúa dolosamente quien tan sólo se representa una peligrosidad en abstracto y confía en la no producción del resultado, porque en estos casos la confianza le lleva a no representarse correctamente la magnitud del riesgo que asume.

²²⁷⁵ Lo que para PUPPE, “Perspectivas conceptuales del dolo eventual”, en *El Derecho penal como ciencia*, 2014, p. 293, serían sustitutivos actitudinales del conocimiento.

²²⁷⁶ Por lo demás, bastaría con preguntar al sujeto qué es lo que él quiso como para saber si imputarle o no el dolo. De este modo, si el sujeto alega que él simplemente quería limpiar el arma de fuego reglamentaria y no matar, para qué preguntarnos por el conocimiento; si el sujeto alega que él simplemente quería divertirse con una mujer y no abusar sexualmente de ella, para qué preguntarnos por el conocimiento; si el sujeto alega que él simplemente quiso hacer una obra de arte callejero (*street art*) y no una pintada en un mural histórico, para qué preguntarnos por el conocimiento; y así sucesivamente. Por eso, comparto con PUPPE, “Perspectivas conceptuales del dolo eventual”, en *El Derecho penal como ciencia*, 2014, p. 293, en incluir esta teoría de la representación entre las teorías volitivas (y no en las cognitivas).

poseen una estructura de garante (a mi entender por asunción), que reclama un uso prudente del riesgo por parte del sujeto, de forma que la consciencia del uso imprudente convierte la asunción del riesgo en dolosa. Es al sujeto a quien compete mantener los índices de inocuidad del riesgo y ello sólo es posible desde su debida atención y empeño, lo que evidentemente se desconsidera cuando se excede los límites de lo permitido, incluso aunque se quede en los límites mínimos de lo prohibido. La cotidianidad de un mal uso consciente de un riesgo especial no lo mantiene en imprudente, si desde ello se desafía constantemente la integridad de los bienes jurídicos ajenos. Como dice atinadamente algún autor desde un ejemplo similar al que venimos comentando: “el conductor que conduce temerariamente actúa con ligereza en lo que a sí mismo respecta, pero actúa con irresponsabilidad si con ello pone también en peligro a los pasajeros: al dejarlos subir al vehículo ha asumido, por un determinado espacio de tiempo y con respecto a *un* asunto concreto, una responsabilidad que de ordinario no tiene para con esas personas ni para con su bienestar. La irreflexión, que en otras ocasiones es inocente y que a veces es graciosa, se convierte aquí en culpa en sí, aun cuando todo marche bien”²²⁷⁷. Si bien comprendo el ejemplo y su breve comentario, desde la óptica jurídico-penal, el sujeto es garante por la asunción de un riesgo concreto que aqueja al bienestar de otros, de forma que la irreflexión (temeridad) en el desempeño del riesgo se convierte en *culpa*, entendida evidentemente en este trabajo como dolo, al concurrir conocimiento del riesgo.

7. Por eso mismo, si el sujeto habiéndose percatado de la transformación de un riesgo permitido en prohibido, por más mínimo que éste sea, no se abstiene de su conducta en ese sentido tendríamos que sostener que obra dolosamente (se trataría de un riesgo prohibido mínimo, pero idóneo y realizado con conocimiento). Así, por ejemplo, respondería por tentativa dolosa el sujeto del siguiente ejemplo: el conductor que, al reducir la distancia de seguridad con el vehículo que le precede, se representa que está realizando una conducta con capacidad lesiva para el bien jurídico vida del otro conductor²²⁷⁸. Para poder llegar a considerar que el sujeto obra de forma imprudente, tendríamos que añadir un juicio de cálculo erróneo en la conducta del sujeto y no una simple confianza en la no producción del resultado. Para un juicio de cálculo erróneo haría falta, además, alguna clase de creencia

²²⁷⁷ Cfr. JONAS, *El principio de responsabilidad*, 2004 (2ª ed.), p. 165.

²²⁷⁸ He tomado el ejemplo de RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, 1999, p. 170, que parece no estar de acuerdo con esta solución (sin embargo, para otro ejemplo similar sí parece compartir la solución de la tentativa dolosa de homicidio, en pp. 173-174).

basada en motivos razonables, como la experiencia y destreza en la conducción automotriz dentro de un contexto de riesgo en que los indicadores objetivos del caso admitan un margen amplio de error en la percepción de la situación y su interpretación. Plena luz del día, carretera amplia y desolada, conductor competente, automóvil en estado, podrían ser indicadores que todos integrados en un solo juicio de peligro dieran como resultado un amplio margen de equivocación, pero no así una carretera estrecha y algo concurrida, una noche profunda y un conductor ya cansado.

8. En definitiva, en muchas ocasiones el riesgo asumido por el sujeto o creado por él tiene carácter de no permitido, pero a la vez posee escasa entidad, esto es, se trata de un riesgo mínimo o menor. Ciertamente, si el sujeto conoce acerca de esta menor entidad nos encontramos ante un supuesto de dolo menor o de “dolo pequeño”²²⁷⁹, porque a pesar de que el sujeto ha captado la capacidad lesiva o peligrosa de su conducta, también sabe que ésta es de menor envergadura²²⁸⁰. En todo caso, el riesgo ha de resultar inequívoco y hay que valorarlo a la luz de las circunstancias fácticas en que el riesgo se desarrolla. Como he manifestado en el párrafo anterior, habrían contextos de peligro que dejarían mayor margen de error en el sujeto, es decir, que permitirían con mayor facilidad que el sujeto se represente erróneamente la concurrencia de un riesgo adecuado o bien la no concurrencia de algún factor de tipicidad. Y, viceversa, habría contextos inequívocos de riesgos prohibidos. Por ejemplo, ¿nos encontramos ante una conducta dolosa en el caso del sujeto que se duerme con el cigarro encendido en la mano, después de haberse representado tal circunstancias como un riesgo elevado de ocasionar un incendio que puede acabar con la vida de otras personas?²²⁸¹ La respuesta necesariamente variará según cuáles sean las

²²⁷⁹ Cfr. SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, 2005.

²²⁸⁰ Aunque reconoce que esta definición puede ser teóricamente coherente, cuestiona si desde un punto de vista práctico se está dispuesto a castigar por tentativa de homicidio al conductor que reduce la distancia de seguridad entre coches representándose que su conducta es apta para matar en esas circunstancias, RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, 1999, p. 170. En respuesta a este autor, considero que sí. Que la conducta que el sujeto realiza reúne las condiciones mínimas de peligrosidad *ex ante* en relación no ya con las expectativas de uso y disfrute de los bienes jurídicos (que con ello ya basta para fundamentar la tentativa), sino que a la vez realmente coloca en peligro al bien jurídico vida, aunque lo sea en un grado mínimo de riesgo. En todo caso, será en el ámbito de la determinación de la pena en donde debería considerarse el desvalor normativo de esta menor peligrosidad. Me ocupo de argumentar sobre esta cuestión más detalladamente en lo que sigue del trabajo.

²²⁸¹ A favor de la tentativa dolosa en el caso del fumador que advierte que el dormirse con el cigarrillo encendido genera un peligro relevante para producir un incendio y *ex post* no sucede nada, PUPPE, “§ 15”, en *NK*, 2013 (4ª ed.), nms. 1-5, 57, 82; HERZBERG, “Die Abgrenzung vom Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit”, *JuS*, 1986, pp. 249 y ss. Sobre los riesgos mínimos no permitidos, RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, 1999,

circunstancias acompañantes. Efectivamente, no será lo mismo que esta clase de riesgo se desarrolle, por ejemplo, en un granero lleno de paja, o en un depósito de combustible, en el cual el sujeto se encuentra acompañado por otras personas, a que el riesgo se suceda a pie de playa, mientras el sujeto se encuentra rodeado de mar y arena. No tenemos que hacer trampas en la generalización de los riesgos, porque éstos dependen más que de la representación del riesgo, de las circunstancias en que el riesgo se desenvuelve. Son estas circunstancias en todo el contexto vivido por el sujeto lo que nos enmarcará la dimensión del conocimiento, siempre, claro está, que se trate de circunstancias evidentes o debidas de conocer. Por eso mismo, en el primer caso la representación del sujeto, que valora el riesgo elevado, sí que puede dar lugar a un castigo por tentativa de homicidio, si ha puesto en peligro la vida de alguien, pero en el segundo la sobrevaloración del riesgo no convierte la conducta en dolosa²²⁸².

II.IV.3.c. Breves consideraciones valorativas sobre los casos problemáticos

1. Un balance crítico de los casos analizados anteriormente arrojan algunas de las siguientes consideraciones:

pp. 170 y ss. Este autor señala que un concepto intelectualista de dolo lleva a castigar los riesgos mínimos como dolosos en el caso de sujetos escrupulosos o pesimistas, y privilegia al optimista e irracional. A mi entender, no es el concepto intelectualista de dolo lo que lleva a castigar al escrupuloso y a beneficiar al temerario, puesto que estas consecuencias no se derivan del concepto intelectualista, sino de algunos autores que sostienen el concepto intelectualista desde una determinada versión político-criminal (la que amplía espacios de libertad, la que los restringe con fines preventivos, u otras). La versión dogmática del concepto intelectualista lleva a castigar por dolo allí donde exista conocimiento, en el grado que sea y se trate de sujetos escrupulosos o no. Un discurso racional no contempla dentro de su dinámica argumentativa consideraciones alusivas a tipos de personas, sino a los estados mentales relacionados con las formas de conducta. Así, el concepto dogmático-intelectualista no llega a referirse a los sujetos escrupulosos, irracionales, optimistas, despistados, incompetentes, perezosos, despreocupados, etc., sino, a los grados de conocimiento cierto, incierto o error; porque aquellas etiquetas personales perturban el análisis objetivo del comportamiento. Para SCHRÖDER, “Aufbau und Grenzen des Vorsatzbegriffs”, en *FS für Sauer*, 1949, pp. 241 y ss., a mi entender un partidario de la teoría de la posibilidad, los riesgos mínimos permitidos son tratados como una cantidad insignificante (*quantité négligeable*) reservando los casos de dolo para las representaciones conscientes de riesgos mínimos prohibidos. Por eso, niega el dolo en el caso del cigarrillo. En esta línea, también PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, 2011, p. 136. A favor de la tentativa de homicidio en estos casos (aunque sin hacer matizaciones).

²²⁸² Tanto en la versión de la teoría cognitiva como en la volitiva clásica, ni el autor doloso ni el autor imprudente renuncian al hecho, es decir, no se abstienen de obrar ante la representación del peligro. El doloso porque acepta o consiente el resultado y, el imprudente porque confía en que no se producirá el resultado. Mientras que la aceptación sirve para imputarle dolo al autor, la confianza sirve para desimputarle dolo e imputarle imprudencia.

(a) En primer lugar, en relación con el planteamiento teórico. Una teoría ha de contar con toda la coherencia argumentativa posible, antes que buscar sus razones valorativas. Esta segunda cuestión no es propia de la teoría conceptual en sí, sino del modelo de Estado o de Derecho en el cual se la pretenda aplicar, o de las motivaciones político-criminales vigentes en un momento determinado. Dicho esto, los supuestos de riesgos penalmente relevantes leves o extravagantes, así como los riesgos penalmente relevantes controlables ha llevado a un sector de la doctrina a reconocer por un lado la concurrencia de conocimiento, pero, por el otro, a negar el dolo, valiéndose de una razón político-criminal no expresamente declarada. Una teoría coherente a nivel conceptual ha de permanecer limpia de valoraciones coyunturales. Hay que despojarse de los efectos de nuestras intuiciones valorativas firmemente arraigadas en nuestros esquemas mentales. Nuestro razonamiento espontáneo cuenta con variopintas sensaciones, sentimientos y emociones que no pueden filtrarse en nuestro razonamiento reflexivo, que es el que debemos emplear en la argumentación jurídica. La imputación jurídica tiene que limitarse a la razón en primer lugar.

(b) Afirmado lo primero, en un segundo nivel, se han de analizar las razones valorativas que puedan distinguirse en las diferentes aplicaciones de la teoría. Quizá desde una tesis conceptual coherente se pueda poner en evidencia, con intenciones de crítica constructiva, lo que han de valer verdaderamente los hechos y, con ello, se ayude a mejorar la forma de determinar los marcos penales de los tipos y la forma de graduar la pena judicial.

(c) Por lo demás, una cosa es lo que se propone desde la teoría y otra cosa bien distinta es su aplicación en la práctica judicial. No pocos son los casos teóricos que son corregidos valorativamente en la práctica. Criterios como el de oportunidad y utilidad en la persecución o castigo penal nos pueden ayudar a determinar la relevancia práctica de los casos atrapados en el discurso teórico. El cómo se hayan de enfocar los casos a resolverse, cuál sea la interpretación que de ellos se haga, no ha de decidirse desde el concepto, sino desde la imputación. Por volver al ejemplo del conductor temerario, una interpretación benigna a *favor rei* siempre que cupiera, daría como resultado –dado el caso de lesión del bien jurídico– un homicidio imprudente y no un homicidio doloso. Por el contrario, en los supuestos de los llamados conductores suicidas el margen de duda en la interpretación es inexistente, de forma que se le imputaría un homicidio doloso. El impacto social de determinados hechos es lo que condiciona muchas veces la interpretación de los indicadores de riesgo concurrentes. Si nuestro conductor temerario se aproxima demasiado al automóvil

que conduce delante en una carretera, digamos, no muy concurrida, a plena luz del día y siendo un buen conductor, posiblemente la interpretación más benigna lleve a atribuirle una imprudencia, pero si los indicadores varían, como una carretera densamente transitada, de día pero con lluvia copiosa, la asunción de un riesgo de tal magnitud no podría negar el dolo (conocimiento concreto del riesgo).

II.IV.4. INTERPRETACIÓN Y ARGUMENTACIÓN EN EL JUICIO DE IMPUTACIÓN

II.IV.4.a. Condiciones de seguimiento del juicio de imputación como discurso racional

1. Hemos manifestado más arriba que, en su dimensión de sentido, el juicio de imputación opera como una especie de discurso racional que busca el reconocimiento. Para que ello pueda darse es necesario que se reúnan unos mínimos imponderables, unas condiciones de seguimiento ineludibles en el nivel de la interpretación y en el nivel de la argumentación. El punto de partida de este discurso racional será asumir que la subjetividad de otra persona no es de modo alguno directamente accesible por parte de otro, porque la subjetividad es comprendida en términos de la primera persona. La forma de acceder a la manifestación de la subjetividad de otra persona o, al menos, a una interpretación de esta subjetividad es a través de sus manifestaciones o comportamientos. Esta segunda especie de accesibilidad a la subjetividad es el *modus* en cómo opera cotidianamente la doctrina penal al uso, es decir, a través de la interpretación contextual del comportamiento sobre la base de criterios objetivos. Se accede al autor desde el criterio normativo del hombre medio. Sin embargo, un planteamiento que aspire a interpretar la subjetividad desde la misma perspectiva del autor ha de contextualizarse no sólo en las circunstancias espacio-temporales y axiológicas, sino también en el propio sujeto a imputar, accediendo a él desde un criterio normativo-individual, cual es el autor concreto en su mejor versión. Si la interpretación de una acción es la respuesta a la pregunta por el sentido de esa acción²²⁸³, entonces, para interpretar el sentido hay que contextualizar la acción en la misma subjetividad del autor, porque el sentido social realizado desde la individualidad puede no coincidir con el sentido social de la mayoría.

²²⁸³ Cfr. MOSTERÍN, *Racionalidad*, 1987 (2ª ed.), p. 186.

2. Un discurso racional presupone como punto de partida el trato respetuoso entre los participantes, cuya finalidad es la comunicación racional²²⁸⁴. Para explicar en qué consisten estos niveles tomo de modelo las cinco reglas de la racionalidad discursiva desarrollada por AARNIO sobre la base de los planteamientos de HABERMAS y ALEXI. Estas reglas son²²⁸⁵:

(1) *Primera regla de la consistencia*: un requisito ineludible de todo discurso racional es que no exista contrariedad interna y que se respeten algunos de los principios de la lógica: del tercero excluido y de la transitividad (como regla de inferencia)²²⁸⁶. Todo juicio de imputación ha de procurar de guardar coherencia entre la norma de conducta vigente en el momento de los hechos y la regla de conducta que el juez aplica *ex post* al sujeto desde su mejor versión. Es ya desde esta regla en que empiezan a considerarse los conocimientos individuales del autor en el contexto típico en el que actuó.

(2) *Segunda regla de la eficiencia o de los significados similares*: es también otra de las condiciones necesarias del discurso racional que los participantes lo aborden desde un mismo esquema conceptual, para evitar malos entendidos y desencuentros²²⁸⁷. Junto a la regla de la consistencia, la regla de la eficiencia tiene un sentido semánticamente delimitador del contenido intersubjetivo presente en la conducta del autor. El lenguaje de los hechos, su significado social de desvalor, el modo de aprehender y comprender la peligrosidad de la conducta, todos estos aspectos han de ser comprendidos desde un mismo prisma por parte de todos los participantes del juego social. Un juicio de imputación que desconociera, por ejemplo, la diferente culturización del sujeto activo como motor del error, estaría desconociendo la regla de eficiencia, al imponer un discurso al autor desde un esquema conceptual ajeno al suyo.

(3) *Tercera regla de la sinceridad*: en todo discurso racional debe obrarse con honestidad (sería deshonesto invocar razones inexistentes, mentir, o pretender hacer valer por la fuerza algún argumento de simple autoridad)²²⁸⁸. Junto al trato conceptual igualitario la regla de la sinceridad evoca muy directamente la dimensión del principio de prohibición de la reificación anteriormente mencionado, desde el cual se pretende evitar asumir la

²²⁸⁴ Sobre la racionalidad comunicativa, véase HABERMAS, *Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns*, 1984 [= Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos, 1989].

²²⁸⁵ Cfr. AARNIO, *Lo racional como razonable*, 1991, pp. 253 y ss.

²²⁸⁶ Cfr. AARNIO, *ibidem*, p. 254

²²⁸⁷ Cfr. AARNIO, *ibidem*, p. 254. Las diferencias lingüísticas de opinión, señala este autor, deben ser eliminadas para evitar desacuerdos (principio de significados similares).

²²⁸⁸ Cfr. AARNIO, *ibidem*, p. 255.

subjetividad del sujeto como un medio-objeto, desde el cual derivar consecuencias socialmente útiles. Las versiones más normativizadas de la imputación, resguardadas en un palmario rechazo a la subjetividad del autor, asumen la imputación como una cosa de todos y lesionan la regla de la sinceridad cada vez que imputan algo que no pertenece al agente como manifestación de su libertad. Estrechamente relacionada la regla de la sinceridad con la regla de la eficiencia hay que aclarar que todo discurso racional es valorativamente neutral por lo que respecta a la sustancia del discurso, de forma que también han de incluirse en el mismo a todo tipo de contingente o personas que aboguen por valores diferentes a los del núcleo del consenso social de la mayoría. Todos ellos son también participantes en el diálogo²²⁸⁹.

(4) *Cuarta regla de la generalización*: todo interviniente en el discurso deberá dialogar sobre la base de argumentos susceptibles de generalizarse a casos similares²²⁹⁰. La generalización del discurso es necesaria para legitimar la intersubjetividad del desvalor social de la conducta²²⁹¹, pero no empece a la subjetividad del autor como el que da sustento al juicio de imputación. Se había visto como en el nivel de la atribución objetiva la aplicación de la norma de conducta tenía como función la de estandarizar la regla que “la norma vale para todos”. Es desde esta generalización que se legitima *a posteriori* la imputación subjetiva al autor. La regla de la generalización se desconoce, y con ello la de la racionalidad, cuando se invocan razones sólo conectadas con una situación en particular o un tipo de situación (razones *ad hoc*)²²⁹². Piénsese, por ejemplo, en las razones inculpatorias que se alegan frecuentemente en la jurisprudencia para dar fundamento a los casos de ignorancia deliberada como un tipo doloso, que sólo existen para ese grupo de casos²²⁹³, y que no son universalizables a todas las modalidades de dolo, que se definen desde el conocimiento.

(5) *Quinta regla del apoyo*: finalmente, todo discurso racional nos demanda el ofrecimiento de una justificación de lo que se afirma o se niega, de modo que no caben respuestas arbitrarias como “porque sí” (o “porque no”), sin razón o razones que las

²²⁸⁹ Cfr. AARNIO, *ibidem*, p. 255, con nota al pie 47.

²²⁹⁰ Cfr. AARNIO, *ibidem*, p. 256.

²²⁹¹ Cfr. AARNIO, *ibidem*, p. 256. También, este autor, denomina a esta regla “la regla de la universalidad de las valoraciones (y de los puntos de vista normativos)”.

²²⁹² Cfr. AARNIO, *ibidem*, p. 256.

²²⁹³ Sobre este punto me remito al *Capítulo Quinto*, epígrafe *II.V.5.b.i.a. Ceguera provocada*.

respalden²²⁹⁴. En todo juicio de imputación, los fundamentos de la imputación han de buscarse en las consideraciones normativas de la subjetividad del autor, a través de lo que he denominado la mejor versión. Desde sus conocimientos y capacidades individuales, ordinarios o especiales, el juez ha de imputar el hecho a título de dolo o de error.

3. También las reglas de la racionalidad discursiva se componen de las denominadas reglas de la carga de la prueba. Según AARNIO éstas se dividen en reglas procedimentales y reglas materiales²²⁹⁵. Las reglas procedimentales contemplan que la persona que alega una justificación está obligada a presentar pruebas (evidencias) que la respalden. Por su parte, las reglas materiales hacen referencia al contenido de la justificación²²⁹⁶, de modo que todo lo que se describe y se valora ha de encontrarse respaldada por razones válidas²²⁹⁷. Por regla general, desde lo procedimental, la carga de la prueba recae en quien cuestiona la situación prevaleciente, el *statu quo* existente y pretende un cambio de situación²²⁹⁸. Desde el juicio de imputación, el operador jurídico pretende rectificar la situación prevaleciente impuesta por el delito, retornando a la situación prevaleciente dispuesta por la norma. En este punto, de modo similar, la dialéctica hegeliana nos enseñaba cómo la pena como negación del delito, entendido a su vez como negación de la norma, viene a restablecer la vigencia de la norma que contiene la voluntad general. Así también operan las reglas procedimentales de la carga de la prueba, que han de practicarse por parte del sujeto imputante que cuestiona el *statu quo* dado en la vida social desde el hecho delictivo. Y esto reclama una justificación, que se lleva a cabo a través de las reglas materiales de la carga de la prueba. Éstas se encuentran sometidas a una serie de principios, como el de igualdad de tratamiento en casos iguales²²⁹⁹, que son violados si se llegasen a emplear como justificación del discurso,

²²⁹⁴ Cfr. AARNIO, *ibidem*, p. 257. La explicación racional se revela ante la explicación meramente causal. La forma de explicación racional no consiste en ofrecer condiciones causalmente suficientes, sino en indicar la razón por la cual el agente ha actuado. Cfr. SEARLE, *Libertad y neurobiología*, 2005, p. 50. Las personas tenemos la experiencia en primera persona de actuar sobre la base de razones (p. 55) y enunciamos esas razones en forma de explicaciones (p. 56); las explicaciones racionales no revisten la forma “A causó B”, sino “Un yo racional S ejecutó el acto A y, al ejecutarlo, S actuó por la razón R”. En toda explicación racional hay un sujeto, un yo (p. 56).

²²⁹⁵ Cfr. AARNIO, *ibidem*, pp. 260 y ss.

²²⁹⁶ Cfr. AARNIO, *ibidem*, p. 260.

²²⁹⁷ Desde la teoría de la argumentación, PECZENIK defiende la idea de que “tanto la *descripción* como la *evaluación* deben ser apoyadas por razones” (cursiva añadida). Cita tomada de AARNIO, *ibidem*, p. 253.

²²⁹⁸ Cfr. AARNIO, *ibidem*, p. 260.

²²⁹⁹ Cfr. AARNIO, *ibidem*, p. 261. El objetivo del principio es garantizar tan sólo la igualdad substancial, de modo que si el aplicador se aparta de él, ha de explicitar sus argumentos de la decisión (por ejemplo, de por qué A y B han de ser tratados de modo desigual en una situación similar). Desde esta regla se aclara, entonces, que

elementos o razones que no tienen conexión alguna con lo que ha de ser justificado²³⁰⁰. Por ejemplo, respecto de la aplicación de la teoría de la ignorancia deliberada, la jurisprudencia suele considerar suficiente algún que otro criterio de experiencia para dar por acreditada el nexo entre el dolo y el hecho típico.

II.IV.4.b. Reglas normativas de la interpretación

1. Las reglas normativas de la interpretación orientan al intérprete (juez) cómo ha de proceder de cara a desentrañar el sentido y la subjetividad de los hechos que se le presentan a su examen. Sin embargo, estas reglas no sólo están referidas al lenguaje y las formas de la interpretación, sino también a todos aquellos principios que gobiernan una hermenéutica racional²³⁰¹. Los filósofos analíticos suelen mencionar entre los principios de la interpretación al denominado principio de caridad (*principle of charity*)²³⁰², que en Derecho procesal penal tiene como forma de manifestación el principio *in dubio pro reo* (o *rule of lenity*)²³⁰³ y el principio constitucional de presunción de inocencia²³⁰⁴, con independencia de

no es una obligación material tratar de la misma manera a quienes se encuentren en situaciones similares. La obligación es sólo de presentar una prueba.

²³⁰⁰ Cfr. AARNIO, *ibidem*, p. 261.

²³⁰¹ Las reglas de interpretación jurídica (o principios) indican los factores que deben ser considerados en la interpretación jurídica y aunque no hay obligación de seguirlas, son necesarias en el sentido de que deben ser seguidas si se quiere ofrecer una justificación óptima, esto es, si se quiere ser racional en el discurso jurídico. Cfr. AARNIO, *ibidem*, p. 143.

²³⁰² Cfr. DAVIDSON, *Subjective*, 2001, pp. 205 y ss. Este filósofo incluye dentro del principio de caridad, los principios de coherencia (hallar algo de consistencia lógica en el pensamiento del hablante) y de correspondencia (considerar que el hablante está respondiendo a los mismos rasgos del mundo a los que el intérprete respondería en circunstancias similares). Más detalles en DAVIDSON, *Inquiries into truth and interpretation*, 2001, pp. 134 y ss. [hace referencia a esta perspectiva holística en la interpretación, también en *Problems of Rationality*, 2004, pp. 35 y ss.]. Para BEUCHOT, *La hermenéutica en la Edad Media*, 2002, pp. 26 y 30, el principio de caridad no es cosa nueva. Ya SAN AGUSTÍN enseñaba que el juicio hermenéutico debía estar basado en el amor y la caridad. Una perspectiva filosófico-teológica de este principio en BALMES, *El criterio*, 1996 (11ª ed.), pp. 59 y ss., 64 y ss. (reglas 2º y 3º).

²³⁰³ La STS de 30/06/2008 (Soriano Soriano) utiliza la regla *in dubis benigniora praeferenda sunt* como un equivalente al *in dubio pro reo* en materia de valoración e interpretación de la prueba, que significa que en casos dudosos siempre ha de preferirse lo más benigno. En el ámbito angloamericano, por ejemplo, sobre la aplicación del principio de caridad, como un deber de otorgarle el beneficio de la duda al autor reincidente, BENNETT, “More to apologise for”, en *Previous Convictions*, 2010, pp. 77-78.

²³⁰⁴ La relación entre el principio *in dubio pro reo* y la presunción de inocencia son previsiones normativas diferentes, que se encuentran estrechamente enlazadas. Respecto de sus diferencias, la STC 31/01/2000 señaló: “Hemos mantenido que, a pesar de las relaciones entre el principio de presunción de inocencia y el principio *in dubio pro reo*, puestas de relieve de forma reiterada por este Tribunal desde las Sentencias 31/1981, de 28 de julio y 13/1982, de 1 de abril, y aunque uno y otro sean manifestación de un genérico favor rei, existe una diferencia sustancial entre ambos: el principio *in dubio pro reo* sólo entra en juego cuando existe una duda

su aplicación autónoma. También suelen citar como una máxima de la interpretación al principio de buena fe (o *pro homine*). En todo caso, en el ámbito de la dogmática penal el proceso interpretativo estuvo casi siempre más bien orientado a los enunciados jurídicos²³⁰⁵, los tipos penales y las reglas del debido cuidado, y no tanto a la interpretación de los mismos hechos desde los elementos probatorios y la subjetividad del autor. En este epígrafe pretendo hacer especial hincapié en la interpretación de los hechos y de la subjetividad manifestada del autor y no en la interpretación de la ley o la norma jurídico-penal.

2. El principio de caridad hermenéutica se caracteriza por asumir como premisa de la interpretación una racionalidad subjetiva susceptible de irracionalidad e incongruencia (que aquí se definió como la connatural racionalidad limitada de las personas²³⁰⁶), lo que exige una toma de postura benevolente o caritativa hacia el hecho o agente interpretado²³⁰⁷. El principio de caridad se presenta antes de todo proceso interpretativo, como un presupuesto argumental del mismo, y opera como un límite epistémico a las razones del intérprete. PUTNAM enseña que “toda interpretación depende de la caridad, pues siempre tenemos que descontar por lo menos *algunas* diferencias de creencia cuando interpretamos”²³⁰⁸, en donde “la decisión de interpretar a alguien de un modo y no de otro se halla íntimamente vinculada con los juicios normativos”²³⁰⁹. En este sentido, el principio de caridad contiene un “reconocimiento implícito” de la connatural limitación del razonamiento humano cuyo

racional sobre la real concurrencia de los elementos del tipo penal, aunque se haya practicado una prueba válida con cumplimiento de las correspondientes garantías procesales. Desde la perspectiva constitucional, mientras que el principio de presunción de inocencia está protegido en la vía de amparo, el principio *in dubio pro reo*, como perteneciente al convencimiento --que hemos denominado subjetivo-- del órgano judicial, además de no estar dotado de la misma protección, no puede en ningún momento ser objeto de valoración por nuestra parte cuando el órgano judicial no ha tenido duda alguna sobre el carácter incriminatorio de las pruebas practicadas (STC 25/1988, de 23 de febrero, FJ 2, 44/1989, de 20 de febrero, FJ 2, y 63/1993, de 1 de marzo, FJ 4), como ocurre en este caso”.

²³⁰⁵ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, “Sobre la ‘interpretación’ teleológica en Derecho penal”, en *Estudios de filosofía del Dp*, 2006, p. 368, para quien la interpretación en Derecho es una “operación, o conjunto de operaciones, mediante las que se trata de asignar sentido a los enunciados jurídicos, esto es, de determinar su contenido de significado y, con ello, su alcance normativo”.

²³⁰⁶ Véase *Capítulo Primero*, epígrafe *II.1.2.d. Modelo de la racionalidad humana limitada*.

²³⁰⁷ Mi asunción en este punto del principio de caridad es meramente explicativa de los límites a la interpretación para conservar las dosis suficientes de racionalidad del discurso. De forma que, no asumo ningún planteamiento filosófico en particular acerca del principio de caridad.

²³⁰⁸ Cfr. PUTNAM, *Representación y realidad*, 1990, pp. 38, 39. De hecho, lo que se ha de alcanzar es una caridad razonable, a través de nuestra facultad de entendimiento.

²³⁰⁹ Cfr. PUTNAM, *ibidem*, p. 39.

principal corolario es la posibilidad de estar equivocados²³¹⁰. Debemos cuestionarnos y representarnos que podríamos estar equivocados al interpretar hechos ajenos (si, de hecho, respecto de los propios nos equivocamos de seguido)²³¹¹. Para ello, hemos de asumir un punto de vista externo al nuestro propio y colocarnos en el punto de vista del sujeto²³¹². Respecto de los conocimientos ajenos no podemos asumir una posición de primera persona, pero hemos de intentar hacerlo porque, aunque en relación con los hechos y subjetividades ajenas la única postura posible es la de la tercera persona -una posición de espectador objetivo que ve al otro desde fuera-, esta posición en el juicio de imputación ha de ser lo más comprometida e imparcial posible²³¹³. Comprometida porque en el proceso de interpretación la tercera persona ha de implicarse, participar, en la primera persona. El saber que “el sujeto A sabía lo que hacía en el momento de los hechos” no es una expresión de certeza absoluta, sino una expresión de implicación²³¹⁴, el reconocimiento del que se hablaba con anterioridad²³¹⁵. E imparcial, porque se debe interpretar al otro desde un

²³¹⁰ En los primeros capítulos indiqué cuando me refería al concepto de persona y a su natural limitación, también acerca de la influencia de la sociedad en nuestro comportamiento, lo que nos “debilita en nuestra individualidad”. Así pues, en la medida en que la sociedad nos debilita como individuos, porque nos demanda contemplar al otro, ella misma ha de observarnos de modo personalizado cuando nos equivocamos, porque en nuestro actuar junto a la subjetividad individual se encuentra la subjetividad social. Esta idea se encuentra en la premisa antropológica de ROUSSEAU, *Emilio*, 1998, pp. 111.

²³¹¹ La posibilidad de todo hermeneuta de estar equivocado se encuentra en GADAMER, citado en DOMINGO MORATALLA, *El arte de poder no tener razón*, 1991, pp. 310-311.

²³¹² Téngase en cuenta que ya de por sí el punto de vista que asume el intérprete se define como “un enunciado que afirma algo acerca de un objeto y aporta una justificación en apoyo de esa afirmación”, de modo que, “en la interpretación jurídica intervienen, junto a las premisas o argumentos analíticos y empíricos (descripciones de estados de cosas), valoraciones que el intérprete incorpora al razonamiento”. Cfr. CABRA APALATEGUI, *Argumentación jurídica*, 2000, p. 27.

²³¹³ SEARLE asume una ontología de lo mental de primera persona. Y es contundente cuando afirma: “a lo que estamos intentando llegar cuando estudiamos a otras personas es, precisamente, al punto de vista de la primera persona. Cuando lo estudiamos a *él* o a *ella*, lo que estamos estudiando es el *yo* que es *él* o *ella*. Esto no es un asunto epistémico”. Cfr. SEARLE, *El redescubrimiento de la mente*, 1996, pp. 34 y s., 81 y s., 107. También MOSTERÍN, *Racionalidad*, 1987 (2ª ed.), pp. 114, 148, señala claramente que si alguien dice de sí mismo que cree que φ no puede equivocarse respecto a su creencia, porque uno puede equivocarse al atribuir creencias a otro, pero no a sí mismo por cuanto, cada uno es su autoridad respecto de sus propias creencias.

²³¹⁴ Tomo esta idea de la filosofía del lenguaje de tradición wittgensteniana anteriormente ya citada, CAVELL, “Knowing and acknowledging”, en *Must we mean what we say?*, 1969, pp. 263 y ss.,

²³¹⁵ En esto obsérvese la conclusión de MAÑALICH, “¿Reglas del entendimiento”, *EP*, 2010, pp. 147-148, en comentario al modelo davidsoniano del principio de caridad, cómo introduce la idea del reconocimiento intersubjetivo en el principio de caridad: “La adopción del principio de caridad, como estrategia de acomodación racional en la atribución de significado a las palabras (y acciones) de otros, entraña un compromiso (débilmente) normativo. La suposición de coherencia y correspondencia en las emisiones del otro, que es como se materializa la adopción del principio de caridad, significa partir de la base de que *el interlocutor es alguien suficientemente parecido a uno mismo*. Esto quiere decir que en la interacción lingüística sí se despliega una cierta normatividad. Pero si Davidson tiene razón, no se trata de una

enfoque lo más neutro posible en cuanto a las intuiciones, tendencias, sospechas y emociones del intérprete²³¹⁶.

2.a. Explicado de otro modo: podemos imputar un acto mental a un sujeto desde lo que hemos observado en su comportamiento, lo que nos lleva a sostener que el sujeto tiene una cierta disposición o tendencia a comportarse como lo hizo²³¹⁷. Pero, evidentemente, *podemos equivocarnos* en la imputación de dicho conocimiento o creencia, porque ineludiblemente, una disposición no es algo observable en la conducta de un individuo, aunque sí es inferible, de modo que, aunque la conducta nos oriente en un posible sentido, no nos garantiza que el sujeto posea tal disposición²³¹⁸. Por eso, puesto que toda inferencia de una disposición es una hipótesis falible y refutable, el juicio de imputación ha de realizarse desde el principio de caridad en la interpretación²³¹⁹. Consecuencia directa de la operación interpretativa en este sentido será la priorización de la alternativa del hecho que amplíe la libertad individual, no que la restrinja, algo que se pregona desde la máxima del *in dubio pro libertate* o del aforismo *odiosa sunt restringenda, favorabilia sunt amplianda*²³²⁰, que, aunque son más bien empleados en el proceso interpretativo de la ley penal, pueden también perfectamente emplearse en el proceso interpretativo del hecho y del sujeto a imputar.

3. El método de interpretación que ha de emplear el juez imputante para determinar la mejor versión del sujeto imputado es, entonces, un método subjetivo-teleológico. Desde las circunstancias, capacidades y conocimientos individuales, el juez ha de delimitar y seleccionar los aspectos de la subjetividad a imputar, porque *bene iudicat qui bene distinguit*. Esto significa tener en cuenta, junto a la conducta observada del autor, el

normatividad contractual por la cual queden obligados sujetos que esgrimen pretensiones entre sí. Se trata, más bien, de aquella *normatividad que es propia del reconocimiento de mí mismo en los demás*" (cursiva añadida).

²³¹⁶ Sobre esto último, véase a continuación los sesgos cognitivos en el juez.

²³¹⁷ Por el contrario, PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, 2011, p. 817, niega que los estados mentales como hechos disposicionales sean atribuidos al sujeto. En todo caso, los estados mentales son comprobables o constatables empíricamente en el proceso y lo que se atribuye es el dolo. Si bien comparto con este autor que lo que se imputa es el dolo, éste se define como el conocimiento típico imputado, de forma que al sujeto se le devuelve a través de este juicio aquel aspecto de su subjetividad revelada en el hecho.

²³¹⁸ En este sentido, también MOSTERÍN, *Racionalidad*, 1987 (2ª ed.), p. 112.

²³¹⁹ Ligado a este punto se presentan las siguientes cuestiones: ¿puede decirse que los fundamentos jurídicos de la dogmática del delito y de la imputación son socialmente compartidos? ¿Necesitan los criterios de imputación una cierta aceptabilidad social como para operar legítimamente? ¿Hasta dónde llega la libertad de los juristas como para abordar la imputación subjetiva desde determinados criterios normativos? Evidentemente, los criterios jurídicos de imputación se encuentran legitimados en la medida en que se conciben desde los criterios sociales de atribución, pero, si como lo sostengo en este texto más adelante, hay que corregir aquellos criterios sociales irracionales, entonces, ¿en qué se legitima esta modificación? A ello intentaré responder en lo que sigue.

²³²⁰ = Lo desfavorable debe ser restringido, lo favorable debe ser ampliado.

contexto de riesgo en el que ésta se presenta y su valoración social²³²¹. Dicha conducta no puede ser aprehendida ni de forma aislada ni de forma impersonal. Todo comportamiento ha de ser interpretado desde la subjetividad del autor, porque es desde ésta que presumimos el contenido intersubjetivo de la conducta peligrosa (y no en cambio ésta desde la perspectiva intersubjetiva²³²²) y contextualizada en la situación de riesgo. Una vez determinado este primer aspecto, el juez ha de orientar la imputación a la función del principio de culpabilidad dentro de los fines del Derecho penal. Así como suele argumentarse respecto de la interpretación de los enunciados jurídicos, que aquélla “debe partir del tenor literal” de éstos²³²³, así también puede decirse que en la interpretación de los hechos del sujeto imputado, aquélla debe partir del *tenor subjetivo* de éste. Para ello, el proceso interpretativo ha de contener una base explicativa del suceso, porque es desde la explicación que se procura hacer comprensible un estado de cosas o un hecho sucedido en el mundo²³²⁴; explicar en sí ya es dar la razón de por qué o cómo sucedió lo que se somete a examen, mencionando como causa el suceso anterior²³²⁵ o el comportamiento que le dio origen. Existen al menos dos formas de explicación: la causal y la intencional. La explicación causal asume la relación entre causa y efecto y se dirige a responder la cuestión por qué algo sucedió. La explicación intencional²³²⁶, por el contrario, pretende responder a la pregunta de por qué alguien actuó como lo hizo desde la intención, motivos, creencias o conocimiento del sujeto con respecto a la realidad de los hechos²³²⁷. En el juicio de

²³²¹ Sobre el conocimiento situacional como criterio de imputación véase más adelante.

²³²² De otra idea, JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, 1996, p. 51: “la subjetividad de un ser humano, ya *per definitionem*, nunca le es accesible a otro de modo directo, sino siempre a través de manifestaciones, es decir, (p. 52) de objetivaciones que deben ser interpretadas en el contexto de las demás manifestaciones concurrentes. Tomado de forma aislada, todo comportamiento puede ser interpretado de distintas maneras. Siendo esto así, un comportamiento actual de otro sólo puede ser interpretado en atención a su posible sentido subjetivo cuando se conoce exactamente la vida del sujeto que lo realiza; e, incluso cuando se fundamente de modo sólido esta interpretación, lo subjetivo en sí mismo sigue siendo inaccesible”.

²³²³ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, “Sobre la ‘interpretación’ teleológica en Derecho penal”, en *Estudios de filosofía del Dp*, 2006, p. 368.

²³²⁴ Cfr. AARNIO, *Lo racional como razonable*, 1991, p. 57.

²³²⁵ Cfr. ELSTER, *La explicación del comportamiento social*, 2010, p. 25.

²³²⁶ Dentro de la explicación intencional podemos encontrar explicaciones basadas en los modelos de racionalidad reseñados en el *Capítulo Primero*: le elección racional perfecta y la elección racional limitada. Véase epígrafe *II.1.2.d. Modelo de la racionalidad humana limitada*.

²³²⁷ Cfr. AARNIO, *ibidem*. Para ELSTER, *La explicación del comportamiento social*, 2010, p. 23, de forma general, todas las explicaciones son causales, en donde explicar un suceso o fenómeno (un *explanandum*) es referenciar un fenómeno anterior (el *explanans*) que lo ha causado. Para este autor, ya dentro de la explicación causal se encuentra la explicación intencional del comportamiento humano, cuando las intenciones operan como las causas. Pero, evidentemente, no, cuando son otras causas las que explican el fenómeno (por ejemplo, la naturaleza). En este punto, permítaseme una aclaración. En filosofía de la acción es común distinguir entre

imputación subjetiva ambas explicaciones son necesarias, teniendo en cuenta que desde este juicio ya se contempla el juicio de atribución objetiva realizado previamente²³²⁸. Una cosa será la explicación de los hechos, basada en una fórmula general, y otra cosa será la explicación de la subjetividad plasmada en el hecho, basada desde una fórmula individual²³²⁹.

4. Si interpretar es encontrar la esencia del hecho a través del lenguaje y su significado social y a través de la subjetividad de autor, argumentar es ofrecer las razones que llevan desde dicha interpretación a una determinada imputación. Toda interpretación racional (por justificada) está vinculada con la argumentación, que es la base del convencimiento y la aceptabilidad²³³⁰. Desde el punto de vista de la argumentación jurídica, la imputación no sólo debe responder a la regla de la eficiencia, sino también a la regla de la justificación. Un juez tiene la facultad y obligación de tomar decisiones, que han de satisfacer, en la medida de lo posible, la expectativa social de certeza jurídica de las resoluciones judiciales²³³¹. Esta responsabilidad del juez puede ser asumida, o bien a través de un argumento de autoridad (como se aprecia en muchas sentencias en donde se elude toda clase de justificación)²³³², o bien a través de un argumento racional, esto es, basado en razones que justifican la decisión²³³³. Un argumento de esta naturaleza reúne la condición para su aceptabilidad²³³⁴, también racional, de los intervinientes en el proceso y, en general, de la sociedad, por cuanto sobre la base de su justificación se puede arribar a la certeza jurídica esperada²³³⁵. Sin embargo, al margen de esta certeza jurídica, la aceptabilidad racional no supone

las relaciones causales deterministas y las relaciones causales volicionistas (que asumen la explicación desde las razones del sujeto) entre la acción y el resultado. Un resumen de las tres teorías más importantes, la naturalista, la subjetiva y la social, en GONZÁLEZ LAGIER, “La estructura de la acción humana”, *JD*, 2002, pp. 43 y ss. [también en “Diez tesis sobre la acción humana”, *Isonomía*, 1999, pp. 152 y ss.].

²³²⁸ Por eso, quizá, PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, 2011, pp. 818, 58, propone reemplazar el binomio tipo objetivo y tipo subjetivo por el par tipo de explicación y tipo de imputación.

²³²⁹ En algunos párrafos anteriores se había distinguido el valor material de la regla de generalización en el juicio de imputación (*cuarta regla*). Esta regla es posible también aplicarla en las reglas procedimentales en relación con los hechos empíricos, porque “uno debe ser capaz de expresar la descripción de los datos de una forma general” (AARNIO, *Lo racional como razonable*, 1991, p. 257), esto es, de una forma intersubjetivamente comprensible para todos.

²³³⁰ Véase AARNIO, *ibidem*, p. 241.

²³³¹ Cfr. AARNIO, *ibidem*, p. 28. Sobre la dimensión formal y material y la naturaleza de la certeza jurídica en AARNIO, consúltese CABRA APALATEGUI, *Argumentación jurídica*, 2000, pp. 57 y ss., 61 y ss.

²³³² Cfr. AARNIO, *ibidem*.

²³³³ Cfr. AARNIO, *ibidem*, p. 29.

²³³⁴ Cfr. AARNIO, *ibidem*.

²³³⁵ Cfr. AARNIO, *ibidem*, pp. 29, 118 y s., 120.

necesariamente la aceptabilidad axiológica²³³⁶, aunque es deseable que así sea. A menudo un sector de la comunidad jurídica no comulga con el sistema de valores asumido por algún juez.

II.IV.4.b.i. Teoría de la verdad en el modelo de imputación moderado

1. Existe una dificultad empíricamente insuperable para conocer las verdaderas representaciones del sujeto imputado, de modo que el juicio de imputación tendrá que valerse de alguna teoría de la verdad que permita asumir *como* verdadero aquello que se imputa. Evidentemente, esta teoría habrá de ser distinta de la que empleábamos en la definición del conocimiento. Según su función, el juicio de imputación precisa de un criterio de verdad, práctico y funcional a los fines del Derecho penal²³³⁷, esto es, una teoría de la verdad pragmática (“de lo que funciona”, al decir de HOSPERS²³³⁸), pero cuyo límite viene dado por la teoría de la verdad como correspondencia (en relación con el plano empírico) y por la teoría de la verdad como coherencia (en relación con el plano normativo). En esta línea, *lo que funciona o lo que resulta práctico* sólo podría ser aquello que sea congruente con las reglas de la lógica, de las leyes causales y de las valoraciones sociales imperantes en la sociedad en un momento dado. De este modo, la teoría de la verdad pragmática se construye desde unos límites infranqueables que impiden que el concepto de verdad se convierta en algo deshonestamente manipulable por el poder, autoridad, intereses o la conveniencia de un determinado grupo o sector de la sociedad.

2. Una teoría de la verdad pragmática precisa de una plataforma conceptual o de significados, este es su principal presupuesto epistemológico²³³⁹. Los pragmatistas cuando hablan de la verdad, a diferencia de los antipragmatistas, se están refiriendo a algo relativo a las ideas, a las creencias, cual es su funcionalidad (aquéllos, por el contrario, se refieren a la verdad cuando hablan acerca de algo relativo a los objetos)²³⁴⁰. Es respecto de las ideas que se predica la verdad o la falsedad, y no respecto del hecho, porque éste es o no es, existe o

²³³⁶ Véase AARNIO, *ibidem*, pp. 247 y ss.

²³³⁷ Esto ha de interpretarse como algo que se imbrica directamente desde el juicio de imputación en su dimensión de sentido: el reconocimiento.

²³³⁸ Cfr. HOSPERS, *Introducción*, 1984 (2ª ed.), p. 154.

²³³⁹ Esta es la versión original de la teoría de la verdad pragmática jamesiana, de corte esencialmente consecuencialista, en donde la verdad pragmática es la útil o funcional a nuestros objetivos. Cfr. JAMES, *The meaning of truth*, 1909, pp. 6, 8, 87, 106.

²³⁴⁰ Cfr. JAMES, *ibidem*, p. 6.

no existe²³⁴¹. El único límite –prácticamente obvio- que ha de reunir el hecho que da fundamento a la verdad de la idea o de la creencia es que, si se trata de un hecho pasado, éste ha de haberse verificado, porque “verdad” es adecuación con la realidad²³⁴². Como he desarrollado en el *Capítulo Primero*, al referirme a las teorías de la verdad en el conocimiento²³⁴³, la versión putnamiana del realismo interno nos advertía que categóricamente no puede sostenerse que todo tipo de interpretación del mundo es posible o que “todo vale”, porque no todo esquema conceptual es tan bueno ni único como cualquier otro²³⁴⁴. El internalismo no niega que haya *inputs* experienciales en el conocimiento sino lo que niega es que existan *inputs* que no estén configurados en alguna medida por nuestros conceptos (de allí la expresión relativismo conceptual), o que admitan una sola descripción, independiente de todo esquema conceptual²³⁴⁵. Desde la perspectiva internalista se entiende por ‘verdad’ una especie de *aceptabilidad racional relativa a un tiempo y a una persona*, como una especie de coherencia ideal de las creencias entre sí y con las experiencias representadas en un determinado sistema de creencias²³⁴⁶. Dicho con otras palabras, lo que hace que un concepto sea racionalmente aceptable es la relación de coherencia que existe entre las creencias teóricas entre sí y las experiencias representadas, o entre las creencias experienciales y las creencias teóricas²³⁴⁷. Nuestras concepciones de aceptabilidad no están libres de valores, y definen un tipo de objetividad, llamada *objetividad para nosotros*, a diferencia de la objetividad del punto de vista del Ojo Divino del realismo metafísico²³⁴⁸. Ahora bien, la verdad no puede ser tan sólo aceptabilidad racional, porque la verdad es una propiedad perenne a un enunciado, mientras que la aceptabilidad es relativa a un tiempo y a una persona, además de gradual²³⁴⁹. En todo caso, la verdad es una *idealización* de la aceptabilidad racional: hablamos como si hubiera tales cosas como condiciones epistemológicas ideales y llamamos *verdadero* a un enunciado que estaría justificado bajo

²³⁴¹ De esta explicación, en comentario a la teoría jamesiana, MOORE (Edward), *American pragmatism*, 1985, p. 161: “(...) la verdad o la falsedad no introduce modificaciones en el hecho, sino solamente en la idea. Verdad o falsedad deben ser una función de la idea, no del hecho”.

²³⁴² Cfr. JAMES, “‘Truth’ versus ‘truthfulness’”, *JPPSM*, 1908, pp. 179 y ss. [también en *The meaning of truth*, 1909], “truth meaning agreement with reality, the mode of the agreeing is a practical problem which the subjective term of the relation alone can solve” (p. 180).

²³⁴³ Véase epígrafe *II.1.2.b.iv. Teorías de la verdad*.

²³⁴⁴ Cfr. PUTNAM, *Razón, verdad e historia*, 1988, p. 63. Téngase en cuenta que PUTNAM basa su teoría pragmática del significado en la teoría jamesiana.

²³⁴⁵ Cfr. PUTNAM, *ibidem*, p. 64.

²³⁴⁶ Cfr. PUTNAM, *ibidem*, pp. 59, 64.

²³⁴⁷ Cfr. PUTNAM, *ibidem*, p. 64.

²³⁴⁸ Cfr. PUTNAM, *ibidem*.

²³⁴⁹ Cfr. PUTNAM, *ibidem*.

tales condiciones²³⁵⁰. Las dos ideas claves de la teoría de la verdad-idealización son: (1) la verdad es independiente de la justificación aquí y ahora, pero no independiente de toda justificación; afirmar que un enunciado es verdadero es afirmar que podría ser justificado; (2) la verdad puede ser estable o convergente. Respecto del primer punto, hay que establecer qué clase de justificación es necesaria para la imputación, porque no puede ser cualquier justificación²³⁵¹.

3. La verdad que interesa en el juicio de imputación es la verdad surgida de la aceptabilidad racional, pero basada en lo perenne del enunciado, es decir, no una verdad “construida” o “ficticia”, que no se cohoneste sinceramente con el enunciado. Así, el enunciado “hoy llueve” tiene como verdad que “hoy realmente llueve”, y esto seguramente gozará de un grado de aceptabilidad racional, al menos, en todos aquellos que puedan comprobarlo. A la inversa, al enunciado “hoy llueve” no tiene como verdad que “hoy haga sol”, aunque esto goce de un grado de aceptabilidad en todos aquellos que tienen una visión distorsionada de las condiciones climáticas. En este último supuesto al faltar la condición de verdad, la aceptabilidad ya no puede ser racional, porque sólo es racional aquello que puede justificarse. ¿Cuáles son, entonces, las condiciones que deben darse para poder hablar de “aceptabilidad racional” en el juicio de imputación? En primer lugar, deben concurrir unas determinadas condiciones epistémicas óptimas, o una situación epistémica ideal (*ideal epistemic situation*), como la que ejemplifica PUTNAM: “Si digo ‘hay una silla en mi estudio’, una situación epistémica ideal sería la de estar en mi estudio con las luces encendidas o con la luz del día pasando a través de la ventana, con ningún problema con mi vista, con una mente que no esté confundida, sin haber tomado drogas o estado sujeto a hipnosis, etc., y mirar y ver si hay una silla ahí”²³⁵². Sin embargo, a estas condiciones

²³⁵⁰ Cfr. PUTNAM, *ibidem*, p. 65.

²³⁵¹ En este punto asumo algunas ideas de AARNIO, *Lo racional como razonable*, 1991, pp. 286-287, como útiles para describir los niveles del juicio de imputación. En primer lugar, el objetivo de toda *explicación* es aproximarse a la verdad [AARNIO se refiere genéricamente a las ciencias empíricas, y no en particular al método explicativo] y el de la *interpretación* es maximizar la aceptabilidad racional [AARNIO se refiere genéricamente a la dogmática jurídica, y no en particular al método interpretativo]. Ambos procesos de explicación e interpretación se presentan en el juicio de imputación. Para este autor, la aceptabilidad racional no significa la asunción de algún tipo de “teoría electoral de la verdad”, en donde la gente tenga la oportunidad de votar acerca de una posición normativa, que si alcanza la mayoría se convierte en verdad. Por el contrario, la aceptabilidad racional está más relacionada con la legitimidad y no tanto con la verdad.

²³⁵² Cfr. PUTNAM, *Realism with a human face*, 1990, p. viii (“If I say: ‘There is a chair in my study’, and ideal epistemic situation would be to be in my study with the lights on or with daylight streaming through the window, with nothing wrong with my eyesight, with an unconfused mind, without having taken drugs or been subjected to hypnosis, and so forth, and to look and see if there is a chair there”).

epistémicas óptimas hay que añadirle la condición que hace posible un juicio de imputación, como relación comunicacional. Esta segunda condición vendría dada por la condición de diálogo óptima entre los intervinientes sociales. Como es sabido, la doctrina de la acción comunicativa de HABERMAS enseña que existen condiciones de diálogo racionales (u óptimas) siempre que el interés prevaleciente sea el de llegar a un consenso en relación con la verdad de las proposiciones y no exista ninguna clase de poder coaccionador que influya en el discurso de alguno de los intervinientes, más allá de la fuerza del argumento racional²³⁵³.

4. Ahora bien, así como la verdad no puede ser “construida” sobre la base de un mero consenso, porque ha de tener una cierta adecuación con la realidad, sí puede predicarse ello de la realidad. Esto último es así porque si se asume que los hechos y los objetos del mundo dependen de nuestros esquemas conceptuales, entonces será real aquello que socialmente sea tenido como tal. No obstante, ello sin caer en un idealismo extremo, es decir, sin permitir que la *realidad construida* se construya de espaldas a la realidad ontológica-básica, sino, por el contrario, que se construya dentro de su marco²³⁵⁴. Con esto, la verdad operará con una realidad impregnada de conceptos, en donde será la realidad la limitada por lo ontológico y no la verdad (que quedará limitada por la realidad). Al depender la realidad de las estructuras conceptuales sociales, la realidad se construye (y desconstruye) intersubjetivamente. Son, entonces, los conceptos de realidad e intersubjetividad los que se conectan de un modo muy directo en el juicio de imputación. Desde este punto de vista, el juicio de imputación se revela como un juicio lógico de coherencia entre dos enunciados hipotéticos que formula el juez o sujeto imputante²³⁵⁵. Un primer enunciado que contiene el

²³⁵³ Cfr. la teoría del consenso de la verdad en HABERMAS, *Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns*, 1984 [= Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos, 1989, pp. 113 y ss.]. También desde el planteamiento jamesiano se hizo hincapié en esta especie de “situación dialógica ideal” de la que habla HABERMAS, en donde cada persona o grupo de personas cuenta con el derecho de proponer las propias concepciones morales y políticas, fomentando con ello una especie de sensibilidad y respeto por los demás. Sobre el pensamiento jamesiano en particular, PUTNAM, “James’s theory of truth”, en *The Cambridge Companion to William James*, 1997, pp. 167-171.

²³⁵⁴ Sobre esto véase el *Capítulo Primero*, epígrafe II.1.2.b.iv. *Teorías de la verdad*.

²³⁵⁵ Con un planteamiento similar GONZÁLEZ LAGIER, “Buenas razones, malas intenciones”, *Doxa*, 2003, pp. 645 y ss., 648, considera que los criterios de atribución “débil” o “teórica” residen en la correspondencia entre la atribución propiamente dicha y la realidad, en donde la atribución se presenta como un tipo de descripción que, como tal, puede ser verdadera o falsa. Todo esto supone la posibilidad de describir con cierto grado de objetividad los estados mentales del sujeto (conocimiento, intenciones, creencias, emociones), a la vez que supone la negación de que las acciones humanas responden exclusivamente a determinados estados neuronales o compulsiones físicas, es decir, rechazando la idea de que la conducta humana se explica sólo en términos

conocimiento o suposición errónea típicos del autor, en el grado o modalidad que sea (conocimiento cierto o incierto, o error vencible). Y un segundo enunciado que contiene el dolo o error como títulos de imputación²³⁵⁶.

5. Para formular el primer enunciado, el juez debe constatar la concurrencia del elemento mental-proposicional del conocimiento típico. La base de dicha constatación proviene de la interpretación que aquél realice de la prueba indiciaria que se produzca en el proceso penal. Para la operación interpretativa el juez deberá tener en cuenta no sólo los factores fácticos (riesgo y contexto de riesgo) junto a la valoración social de los mismos, sino también los factores subjetivos propios del autor (conocimientos y capacidades en general desde la mejor versión²³⁵⁷). El enlace entre el hecho y el autor ha de sustentarse no sólo desde las reglas de la interpretación antes mencionadas, sino también desde la lógica de las cosas, las leyes causales y las reglas de experiencia²³⁵⁸. Una vez que se ha comprobado la concurrencia del conocimiento, éste sólo opera como una especie de “verdad provisional” o “hipótesis inculpatoria” que todavía ha de someterse a la valoración desde la regla de conducta. Se ha manifestado en otras partes del trabajo que el conocimiento típico opera como el presupuesto subjetivo de la infracción al deber contenido en la norma de conducta vigente en el momento de los hechos, de modo que, conocido el hecho típico (su base

causales (quien sostenga lo contrario, debería reconocer que está hablando de meros movimientos corporales y no de acciones). Por el contrario, aclara este autor, para el grupo de autores que sostiene que atribuir una intención consiste en asignar a la acción un significado objetivo que depende de reglas de atribución (reglas cuya función no es averiguar la realidad, sino satisfacer determinados fines) la prueba de la intención no es una demostración de lo que el sujeto quiso, sino una estricta imputación.

²³⁵⁶ Sobre estas dos diferencias ya me he manifestado en otras partes del trabajo: el conocimiento típico y el dolo.

²³⁵⁷ De otra idea parece ser SILVA SÁNCHEZ, “Observaciones sobre el conocimiento eventual de la antijuridicidad”, *ADPCP*, 1987, pp. 657-658. Los fundamentos de la responsabilidad criminal deben probarse positivamente y no basta con que no se pueda excluir la posibilidad de que el sujeto conociera la antijuridicidad de su conducta para afirmarla sin más. Esto lo argumenta SILVA SÁNCHEZ criticando la decisión tomada en una sentencia del TS en donde se afirmó el conocimiento de la antijuridicidad procediendo a un juicio sobre la personalidad del sujeto y presumiendo a partir de ahí, que éste “había de conocer”, al menos de modo eventual, la antijuridicidad de su conducta. Señala este autor que el TS operó a través de una presunción de conocimiento (al menos eventual) de la antijuridicidad de la conducta del procesado y no a través de un juicio de inferencia sobre la base de hechos externos, como corresponde. A mi criterio, evidentemente la inferencia de la culpabilidad del autor debe abordarse desde los hechos externos, pero ellos han de ser contextualizados desde la mejor versión del autor, y no desde un hombre ficticio.

²³⁵⁸ La atribución de un estado mental requiere siempre, como punto de partida, una descripción de la dimensión externa del comportamiento, a cuya dimensión luego le añadimos un significado a través de la interpretación. Esto supone concebir el comportamiento humano como la exteriorización de nuestros estados mentales. Y será desde la experiencia que podremos correlacionar “tipos de conducta externa” con “tipos de estados mentales”. De esta idea GONZÁLEZ LAGIER, “Buenas razones, malas intenciones”, *Doxa*, 2003, p. 674.

empírica y valorativa de desvalor social), se da por conocido el deber de evitar la realización del tipo penal. A partir de este momento, el juez ya puede proceder a imputar el dolo en caso de conocimiento típico y error en caso de suposición errónea. El conocimiento del juez sobre un hecho ajeno es un conocimiento hipotético y práctico, no definido como una relación de correspondencia, sino como una relación de congruencia entre la hipótesis de comprobación del conocimiento ajeno y la hipótesis de imputación del dolo. Al conocimiento del sujeto imputado podríamos llamarlo “conocimiento de la acción típica que él realiza” y al conocimiento del sujeto imputante “conocimiento de la interpretación de lo realizado por otro”. El conocimiento que el juez imputa al sujeto no deja de ser un conocimiento reconstruido *ex post* sobre un hecho histórico, en donde la garantía de subjetividad viene dada teniendo en cuenta sólo al sujeto imputado, reconstruyendo el conocimiento del sujeto desde el propio sujeto. Evidentemente, el mecanismo que se emplea es un ejercicio mental ficticio²³⁵⁹, que consiste en colocarse en la posición del autor o en la perspectiva del autor en el momento de los hechos, sin los conocimientos objetivos de cualquier hombre medio²³⁶⁰ y sólo con los conocimientos del autor (en su mejor versión). En todo caso, incluso, podría sostenerse, que en términos estrictos, nunca podría imputarse al sujeto algo que es de él de modo exclusivo (él es la única autoridad sobre su subjetividad), pero sí podría imputarse al sujeto una interpretación subjetiva-teleológica de su comportamiento²³⁶¹. Ésta sería la subjetividad que al autor se le devuelve.

6. En resumen, un sistema de imputación moderado como el aquí expuesto permite *acercarnos* a la verdad de los hechos con criterios más realistas y más garantistas. De allí que, una atribución estrictamente normativa que responda exclusivamente a fines

²³⁵⁹ A este ejercicio mental BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1994, pp. 113, nota al pie 238, 115, 116, *passim*, lo denomina subrogación personal *ex ante facto*, que se realiza *ex post facto*.

²³⁶⁰ Excepto los conocimientos mínimos que he manifestado formaban parte de la base del juicio de imputación.

²³⁶¹ Para SILVA SÁNCHEZ, “Observaciones sobre el conocimiento eventual de la antijuridicidad”, *ADPCP*, 1987, p. 659, la inferencia no puede derivar de factores de la personalidad o de la actitud interna del sujeto, sino de factores del hecho por él realizado, otros hechos anteriores o posteriores y circunstancias concomitantes. Esto resulta obligatorio en un Derecho penal del hecho. A mi juicio, la opinión de este autor es la correcta, pero sólo como punto de partida. Un Derecho penal del hecho es también un Derecho penal de la culpabilidad, es decir, aquello que pertenece al autor y sólo al autor, sin que ello signifique (por favor) concebirlo como un Derecho penal de autor. En todo caso, un “Derecho penal del hecho culpable” sería aquel que combinara la dimensión externa de los hechos en el contexto del autor, y no en el contexto de un hombre ficticio o ideal. Crítico KRAUB, “Der psychologische Gehalt subjektiver Elemente im Strafrecht”, en *FS für Bruns*, 1978, p. 21, por considerar que toda psicologización introduce elementos ya superados de un Derecho penal de autor.

perseguidos por el Derecho penal o a una serie de criterios exclusivamente normativos y no, en cambio, a unos estándares ontológicos mínimos, a realidades dadas desde el autor²³⁶², termine por resultar algo desproporcionada en la medida en que despoja a la persona del “sentido de pertenencia al hecho”.

II.IV.4.b.ii. Sesgos cognitivos en el juez

1. El juicio de imputación en su dimensión interpretativa merece una consideración más. La interpretación como proceso dinámico de aprehensión y comprensión cognitiva de un hecho histórico se desarrolla sobre la base de elementos de un comportamiento y subjetividad ajenos al juez. Como el sujeto imputante ha de simular un posicionamiento en el pasado y respecto de otra persona, ha de desprenderse de sus propios estados mentales como para poder interpretar lo más objetivamente posible los estados mentales ajenos²³⁶³.

2. De forma inevitable, las percepciones y comprensiones de los jueces vienen acompañadas en mayor o menor medida por una serie de sesgos cognitivos (y volitivos), propios de la racionalidad limitada de las personas²³⁶⁴. Es desde esta racionalidad limitada que los jueces deben abordar el juicio de imputación²³⁶⁵, tanto concibiéndola en los otros, como en sí mismos, porque no puede descartarse que los jueces se equivoquen en sus apreciaciones, aun cuando operen con el mejor conocimiento posible de la situación. Así,

²³⁶² Cfr. PÉREZ DEL VALLE, “Los fundamentos de una teoría iusnaturalista de la imputación”, *II JHDN*, 2001, p. 423; si la teoría de la imputación ha de ser una teoría sistemática, la configuración y el análisis de las categorías del sistema ha de responder a la naturaleza de las cosas. Las categorías propias de una teoría de la imputación no pueden ser puras invenciones más o menos útiles ... un sistema de Derecho penal que responde a la naturaleza de las cosas no tiene por qué ser un sistema puramente naturalístico.

²³⁶³ La conocida expresión “la única verdad es la realidad” (que suele atribuírsela a ARISTÓTELES) encierra una defensa categórica frente a las variopintas versiones que se pueden tener respecto de la interpretación de un hecho. La objetividad que pertenece a la realidad no siempre está presente, al menos de modo completo, en los juicios humanos. Sin duda, un juicio de imputación es un proceso subjetivo repleto de percepciones personales sobre el hecho; y estas son enemigas de la objetividad en la medida en que lleguen a desvirtuarla por completo. Sobre los perjuicios (sesgos cognitivos) que afectan la objetividad de la interpretación en el juicio penal, ALONSO GALLO, “Las decisiones en condiciones de incertidumbre”, *InDret Penal*, 2011, pp. 3 y ss. [también en “Errores y sesgos cognitivos”, en *LA al prof. González-Cuéllar García*, 2006, pp. 31 y ss.]; MUÑOZ ARANGUREN, “La influencia de los sesgos cognitivos”, *InDret Penal*, 2011, pp. 3 y ss.

²³⁶⁴ Ya lo sostuvo RODRÍGUEZ MOURULLO, “La presunción legal de voluntariedad”, *ADPCP*, 1965, p. 47, que “un Estado de Derecho debe tener en cuenta la limitación de la capacidad humana de conocimiento”, refiriéndose a las limitaciones cognitivas del juez.

²³⁶⁵ También MOLINA FERNÁNDEZ, *Responsabilidad jurídica y libertad*, 2002, p. 47, señala que la complejidad de las relaciones sociales y nuestra capacidad limitada de predecir los efectos de nuestras acciones hacen que el objetivo ideal sea sólo un horizonte al cual aspirar. Sólo caben aproximaciones más o menos certeras.

puede suceder que la acción que se somete a examen no haya sido realizada de modo plenamente intencional sino, por el contrario, como producto de un acto reflejo, pero a los ojos del sujeto imputante resultar según su entendimiento que ha sido realizada de modo voluntario, como también puede suceder que cuando el juez interpreta la acción pasada de otro sujeto lo hace teniendo en cuenta el escenario actual, con el resultado lesivo ante sus ojos, y esto condiciona de modo natural su modo de teorizar sobre el momento *ex ante*²³⁶⁶; otro tanto puede suceder cuando el sujeto imputante no está del todo familiarizado con determinada cultura o tradición desde la cual el sujeto realiza una acción, como ha ocurrido con los supuestos de mutilaciones genitales en España por parte de inmigrantes provenientes de países africanos. A modo meramente ejemplificativo, no taxativo, a continuación menciono dos de los sesgos cognitivos que, a mi entender, pueden llegar a presentarse en el proceso de interpretación de los jueces²³⁶⁷:

(a) sesgo retrospectivo (*hindsight bias*): este tipo de sesgo se da cuando juzgamos los hechos desde una perspectiva *ex post* con los resultados o efectos ya producidos y consideramos que los mismos eran previsibles en el momento de su realización²³⁶⁸. Evidentemente, el juicio de retrospección del juez no equivale al juicio de previsión del autor, toda vez que las circunstancias presentes en el momento *ex ante* son completamente diferentes a las circunstancias del momento *ex post*. En primer lugar, no sólo la persona que

²³⁶⁶ Por ejemplo, recientemente SILVA SÁNCHEZ, “Teoría del delito y Derecho penal económico-empresarial”, en *Teoría del delito y práctica penal económica*, 2013, p. 44, nota 32, no ha dejado de advertir que pese a que se pretende efectuar el juicio de peligro desde una perspectiva puramente *ex ante*, lo cierto es que se ve inevitablemente condicionado por lo que finalmente haya sucedido *ex post*. Este fenómeno del denominado *hindsight bias* del juzgador se halla suficientemente analizado en la sociología y en la filosofía moral, pero también en Derecho penal. Cfr. por ejemplo, PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko*, 1993, p. 107; KUHLEN, “Zur Problematik der nachträglichen *ex ante*-Beurteilung im Strafrecht”, en *Recht und Moral*, 1991, pp. 341 y ss.; LUHMANN, *Soziologie des Risikos*, 1991, p. 21.

²³⁶⁷ Además, sobre el sesgo de la representatividad y la disponibilidad en el proceso penal, consúltese ALONSO GALLO, “Las decisiones en condiciones de incertidumbre”, *InDret Penal*, 2011, pp. 13 y ss. Considero que los jueces también padecen una especie de “sesgo jurisprudencial o *iuris*”, cada vez que juzgan los hechos desde el cúmulo de jurisprudencia de otros casos similares, pero de sujetos diferentes. Palmario este sesgo en los supuestos de ignorancia deliberada.

²³⁶⁸ Cfr. FISCHHOFF, “Hindsight≠ Foresight”, *JEP*, 1975, pp. 288 y ss. En efecto, la retrospección y la previsión difieren formalmente en la información disponible con la que cuenta el observador, en donde el juez que realiza la retrospección posee un conocimiento más completo, porque conoce el resultado de los acontecimientos que se le someten a su examen. Sobre este sesgo en el proceso penal ALONSO GALLO, “Las decisiones en condiciones de incertidumbre”, *InDret Penal*, 2011, pp. 3 y ss., 15; en el proceso civil SALVADOR CODERCH, “Los más y los mejores. Indemnizaciones sancionatorias (*Punitive Damages*)”, *InDret*, 2003, pp. 5, 2. Tanto un autor como el otro rotulan a este tipo de sesgo desde la conocida frase “*a toro pasado todo parece mucho más fácil*”.

realiza estos juicios, sino también todo el escenario y contexto en que se emprende una conducta en un momento determinado y en el que se interpreta y juzga dicha conducta en otro momento. Según las reglas de experiencia, un considerable grupo de supuestos cuentan con juicios de previsibilidad más o menos estandarizados, socialmente conocidos, pero ello no impide que en el desarrollo del riesgo no intervengan otros factores ajenos al juicio de previsibilidad (como el azar, o la intervención de terceros). En todo caso, dado que el juez cuenta con un conocimiento más acabado del hecho que el conocimiento con el que contaba el autor antes de emprenderlo, el sesgo de retrospectión podría tener un efecto útil en la imputación si se lo empleara para corregir el sesgo presente en el autor en el momento de actuar²³⁶⁹. Piénsese, por ejemplo, en el sesgo de ilusión de control, que se había comentado respecto de los “riesgos controlables”. Si, el sujeto, en el momento de actuar por un exceso de confianza en el manejo de un riesgo objetivamente poco dominable, confía en la no producción del resultado, su juicio de previsibilidad (subjetiva) habría de ser corregido desde el sesgo de retrospectión que “delata” la capacidad de lesión que presentaba el riesgo emprendido. Por tanto, si aquello que, desde un punto de vista *ex ante*, resultaba como algo inofensivo para los bienes jurídicos se revela como potencialmente lesivo desde el momento *ex post*, entonces se imputa al autor. Sin embargo, el juicio retrospectivo sólo puede operar como correctivo del juicio de previsión si es constatable que el resultado no se debió a la intervención del azar, sino a un cálculo fallido y evitable del autor. En este punto, sólo los resultados provenientes de un juicio erróneo del autor habrán de serle imputados. De la mano de esta cuestión se presentan aquellos supuestos denominados como riesgos extravagantes que, como habíamos visto, eran los que introducían el factor azar en el juicio de previsibilidad del autor. Para estos casos, el sesgo retrospectivo no vendría a corregir ningún sesgo del autor, sino, por el contrario, vendría a constatar que el riesgo asumido por el autor contaba con la capacidad lesiva suficiente como para producir el resultado. No obstante, este prejuicio cognitivo podría tener un efecto dilapidante respecto de casos de imprudencias leves. Por ejemplo, existen comportamientos que, desde su perspectiva *ex ante*, no se consideran socialmente comportamientos imprudentes, teniendo en cuenta la baja probabilidad de que se realice un resultado lesivo, pero que, desde su perspectiva *ex post*, se los juzga como imperdonables, por cuanto dicha probabilidad aumenta en el

²³⁶⁹ Asumen que desde este sesgo el conocimiento se actualiza después de la retroalimentación (*feedback*), en donde la reconstrucción de los hechos se basa en un conocimiento actualizado, HOFFRAGE/HERTWIG/GIGERENZER, “Hindsight Bias”, *JEP*, 2000, pp. 566, 579. El conocimiento actualizado posee, para estos autores, una función adaptativa en nuestra memoria semántica (*semantic memory*), y es lo que nos permite mejorar nuestras inferencias a través del tiempo.

momento de realizar el juicio histórico de retrospección²³⁷⁰. Por eso, en principio, los conocimientos más concretos y perfectos que el juez reúna durante el proceso no formarán parte del juicio hipotético de previsibilidad subjetiva realizado por el autor²³⁷¹.

(b) sesgo confirmatorio (*confirmation bias, myside bias*): este tipo de sesgo se caracteriza por la tendencia natural de las personas a buscar la información o a interpretar un hecho desde su sistema de creencias, al mismo tiempo que tiende a ignorar todo tipo de información o evidencia que contradiga tales creencias. Con ello, por ejemplo, el sesgo confirmatorio en los jueces llevaría a que estos consideraran como relevantes sólo aquellos aspectos probatorios que confirmen su esquema inicial de hipótesis. Evidentemente, este sesgo atenta contra la objetividad del juicio²³⁷². En la dogmática penal parece referirse a este sesgo HERZBERG, cuando en respuesta crítica a la teoría del consentimiento del dolo eventual, señala que a la jurisprudencia le gusta operar con la hipótesis de *Frank*, pero sólo en la medida en que dicha hipótesis le ayude a confirmar los resultados buscados²³⁷³. Esta crítica apunta a la selección sesgada de los tribunales a la hora de imputar el dolo, selección

²³⁷⁰ Sobre el sesgo retrospectivo en comportamientos imprudentes, JOLLS/SUNSTEIN/THALER, “A Behavioral Approach to Law and Economics”, *SLR*, 1998, p. 1524. Respecto de la imprudencia médica, SILVA SÁNCHEZ, *Medicinas alternativas e imprudencia médica*, 1999, pp. 14-15, pone sobre la mesa que en la práctica forense se tiende a derivar la imprudencia del médico del mero hecho de la producción del resultado. Atribuye esta tendencia más a razones psicológicas que técnicas. También sobre la difícil tarea de juzgar la imprudencia médica debido al inevitable *hindsight bias*, JÄGER/SCHWEITER, “Der Hindsight Bias (Rückschaffehler)”, *SchÄZ*, 2005, pp. 1942-1943, quienes alertan de la dificultad para determinar el deber de cuidado *ex ante* del médico en un modelo procesal que aborda el enjuiciamiento desde frases como “*Es hätte offensichtlich sein sollen, dass...*”. Sobre la imprudencia en general, KUHLEN, “Zur Problematik der nachträglichen *ex ante*-Beurteilung im Strafrecht”, en *Recht und Moral*, 1991, pp. 356 y ss., 360, advirtió de los *peligros* del juicio *ex post* en el delito imprudente, en el cual es desde el resultado lesivo que se termina construyendo el deber de cuidado que debió concurrir en el *ex ante*. A mi entender, en sentido estricto, estos *peligros* no son un problema particular del delito imprudente sino, en todo caso, del juicio *ex post* de la conducta peligrosa (dolosa e imprudente).

²³⁷¹ Un planteamiento como el de BURKHARDT, “Conducta típica”, en *El sistema integral del Dp*, 2004, pp. 190-192, 164, nota al pie 47, *passim*, distingue entre el juicio objetivo y el subjetivo en relación con la perspectiva a asumir. Resumidamente este autor propone lo siguiente: (1) la cuestión relativa al tipo objetivo (creación desaprobada de un riesgo, o injusto de conducta) “hay que juzgarla recurriendo a todos los conocimientos disponibles *ex post* (desde la perspectiva *ex post*); por el contrario, (2) en el tipo subjetivo (dolo e imprudencia) se valoran las circunstancias conocidas por el autor, desde su punto de vista *ex ante*. También, en este punto RUDOLPH, *Das Korrespondenzprinzip im Strafrecht*, 2006, pp. 13-17, sostiene que los conocimientos (más amplios) que posea el juzgador en el *ex post* no deben ser considerados como parte del juicio *ex ante*.

²³⁷² Véase ASK/GRANHAG, “Motivational sources of confirmation bias in criminal investigations”, *JIPOP*, 2005, pp. 45 y ss.

²³⁷³ Cfr. HERZBERG, “Die Abgrenzung vom Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit”, *JuS*, 1986, p. 251. Sobre la primera fórmula de *Frank*, véase FRANK, “Vorstellung und Wille in der modernen Doluslehre”, *ZStW*, 1890, pp. 210 y ss.

que podría venir dada por criterios poco objetivos, como la personalidad del autor²³⁷⁴, o la necesidad social del castigo.

3. Por otro lado, la dosis de racionalidad que se han de exigir al sujeto imputante varían en relación con los que se presumen del sujeto imputado²³⁷⁵. En este sentido, el autor de un delito puede actuar de un modo irracional, y habrá que determinar *ex post* en qué medida él sabía lo que hacía y en qué medida debía neutralizar sus esquemas mentales sesgados. Por el contrario, el juez debe ser lo más racional posible en el momento de interpretar, debe actuar con la “*diligencia debida por quien ocupa su cargo*”²³⁷⁶, sobre todo porque en el momento de imputar ha de hacerlo desde una perspectiva que no le pertenece, la del autor. Así, pues, mientras que el conocimiento del autor del delito se satisface con una representación aproximada de la realidad (por ejemplo, basta que sepa profanamente qué es un documento, aunque no lo sepa jurídicamente), el conocimiento del juez respecto de un comportamiento ajeno ha de ser lo más preciso posible. De hecho, debe tratarse de un conocimiento cierto (más allá de toda duda razonable), y libre de todo prejuizamiento y emoción²³⁷⁷.

II.IV.4.c. Reglas de prueba y reglas de imputación

1. La tarea de la determinación de los elementos subjetivos del delito, en especial del dolo, en el proceso penal es ardua y polémica y su teoría no goza de un consenso que vaya más

²³⁷⁴ Como lo indica HERZBERG, “Das Wollen beim Vorsatzdelikt”, *JZ*, 1988, p. 637, la imputación del dolo o no dolo termina siendo una cuestión de si uno es o no, por regla general, una “persona decente”. También, ya antes LACMANN, “Über die Abgrenzung des Vorsatzbegriffes”, *GA*, 1911, p. 118. Cuando el sujeto del juicio de imputación es un “pobre diablo”, éste habrá actuado con dolo (eventual); así, LIEPMANN, citado y compartido en BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Dp*, 1994 (4ª ed.), pp. 287, 288 (en estos casos, afirma este autor, “será fácil entonces reconducir los indicios o pruebas de modo que confirmen tal premisa”). Crítico también con la fórmula de Frank empleada por JIMÉNEZ DE ASÚA en varios casos, SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, 2005, pp. 180-181, quien llega a sostener que aquél autor “no ahorra el menor desenfado para concluir en que los marginados actúan con dolo eventual, los trabajadores honestos, sin dolo”.

²³⁷⁵ Sobre la técnica de “desesgamiento” (*debiasing*) de los jueces, véase ALONSO GALLO, “Las decisiones en condiciones de incertidumbre”, *InDret Penal*, 2011, pp. 24 y ss.

²³⁷⁶ Cfr. PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido*, 1995, p. 162, nota al pie 21, con referencias.

²³⁷⁷ Cfr. HABERMAS, *Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns*, 1984 [= Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos, 1989] llama “racional” a una persona que puede justificar sus acciones apelando a las normas vigentes, así como también, en caso de conflicto normativo, actúa con lucidez, no dejándose llevar por sus pasiones e intereses, sino esforzándose por juzgar la situación con imparcialidad.

allá de la necesaria prueba de indicios²³⁷⁸. Tradicional y actualmente existen dos posturas extremas, y alguna que otra intermedia, que se disputan esta cuestión²³⁷⁹: en primer lugar, la llamada concepción psicologicista del dolo, que defiende que su determinación depende de la constatación o comprobación fáctica/empírica de la concurrencia en el sujeto del fenómeno psicológico del conocimiento (y voluntad) y, en segundo lugar, la concepción no-psicologicista o normativista del dolo, que defiende que su determinación no depende de la constatación de la realidad empírica del conocimiento, sino de la valoración de la realidad empírica de la conducta que revela -según determinados criterios institucionalizados- la presencia de un conocimiento. Para la primera concepción se constata lo que es [*fue*] dolo y para la segunda se imputa lo que se entiende como dolo. Frente a estas dos visiones antagónicas, la concepción intermedia pretende conciliar los dos momentos de la imputación dolosa: lo que *fue* y cómo se lo valora. En este último sentido, la normatividad del dolo tendría como objeto un elemento interno o mental, como el conocimiento típico²³⁸⁰.

2. No sé si por una cuestión meramente cronológica o por alguna otra razón, pero la verdad es que la concepción normativista ha dirigido a la versión psicologicista más críticas, que a la inversa. Entre ellas destacan dos fundamentales: (a) al Derecho penal no le interesa la

²³⁷⁸ A la prueba de los elementos subjetivos le ha denominado el “talón de Aquiles” (*Achillesferse*) del Derecho de prueba, ECKERT, *Die Verwendung und Feststellung subjektiver Verbrechensmerkmale*, 1981, pp. 40, 60 y ss.

²³⁷⁹ Una exposición detallada de las diferentes concepciones defendidas en este punto (psicológico-individual, psicológico-colectiva, normativa e interaccionista) en DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos del delito*, 2007 (2ª ed.), pp. 9 y ss., 51 y ss., 129 y ss., 163 y ss.

²³⁸⁰ Para GONZÁLEZ LAGIER los intentos de eliminar lo mental o alguna de sus propiedades (y las concepciones de la prueba de la intención que se basan en ellos) chocan con intuiciones básicas. Así y con más argumentos GONZÁLEZ LAGIER, “Buenas razones, malas intenciones”, *Doxa*, 2003, pp. 656 y ss. Más contundente desde la filosofía de la mente SEARLE, *El redescubrimiento de la mente*, 1996, p. 35. Para este autor la “base de nuestra certeza [sobre la existencia de los fenómenos mentales de los demás] no reside [sólo] en la conducta, sino más bien en cierta concepción causal de cómo funciona el mundo (...). La ‘conducta’ sólo tiene sentido como expresión o manifestación de una realidad mental subyacente (...)”, que todos conocemos en primera persona. Por su parte DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos del delito*, 2007 (2ª ed.), p. 267, defiende que en el proceso penal se compruebe que en el caso ha concurrido la realidad psíquica individual que se somete a juicio. Asumiendo la clasificación de hechos brutos y hechos institucionales searleana, PÉREZ MANZANO, “Dificultad de la prueba de lo psicológico y naturaleza normativa del dolo”, en *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, 2008, pp. 1453 y ss., considera el dolo como un hecho institucional (no natural). Para otros autores la dimensión subjetiva se explica desde lo que se denomina una representación epistémicamente racional (esto es, porque se fundamenta en regularidades empíricas obvias) y ontológicamente acertada. Cuando se da esta dupla epistémico-ontológica al autor le corresponde un castigo el castigo de un delito doloso. Así, PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, 2011, p. 134.

realidad psicológica²³⁸¹, de modo que determinar el dolo no es una cuestión empírica sino un juicio de valor y, (b) la imposibilidad de llevar a la práctica una averiguación psicológica del conocimiento²³⁸² impide que la concepción psicologicista tenga asidero en el proceso penal. Desde la asunción de una perspectiva conciliadora intentaré desvelar el aspecto desacertado de cada una de estas dos críticas, tomadas de un modo ortodoxo. En primer lugar, al Derecho penal sí que le interesa la realidad psicológica de la persona, ciertamente no con la misma intensidad que a un psicólogo, pero sí con la suficiente dosis de realidad que le caracteriza para hacer frente a los fines que se propone y actuar conforme al principio de culpabilidad²³⁸³. El Derecho penal como recurso jurídico que regula conductas humanas voluntarias y conscientes está orientado a proteger los espacios de libertad de las personas a través de normas de conducta y de valores y principios legitimantes. Un Derecho penal que se dirija a sujetos despsicologizados, esto es, a espectadores objetivos e imparciales, no sería un Derecho penal real, sino que sería un proyecto de Derecho penal o un Derecho penal irreal. De hecho, uno de los más representativos defensores de la normativización del dolo ha llegado a reconocer que el Derecho penal tiene su propia psicología esotérica (*esoterische Psychologie*) cuando escoge, a partir de sus principios, qué aspectos de la realidad psíquica de las personas han de servir al Derecho penal y sólo desde estos principios los valora, no pudiendo, en consecuencia, tomar como hecho psíquico aquello que la psicología [del momento] no lo reconoce como tal²³⁸⁴. No obstante, este mismo autor parece “borrar con el codo lo escrito con la mano”, al considerar que en el juicio de imputación subjetiva los hechos psíquicos individuales no puedan valorarse también de modo individual, so pena de sacrificar la vigencia del patrón objetivo que genera orden y

²³⁸¹ Cfr. MIRÓ LLINARES, *Conocimiento e imputación*, 2009, p. 201.

²³⁸² Cfr. MIRÓ LLINARES, *ibidem*.

²³⁸³ Como lo señaló muy acertadamente ya alguna doctrina pasada: de la exigencia material de la culpabilidad [entendida en sentido amplio en este texto] se deriva la exigencia procesal de la prueba de la misma. Cfr. STREE, *In dubio pro reo*, 1962, p. 16; RODRÍGUEZ MOURULLO, “La presunción legal de voluntariedad”, *ADPCP*, 1965, p. 34.

²³⁸⁴ Cfr. JAKOBS, *Dp, Pg*, 1997 (2ª ed.), pp. 375-376 y s. Sobre la psicología esotérica del Derecho ya BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, t. II: *Schuld und Vorsatz*, 1965 (2ª ed. reimp.), pp. 3 y ss., 5, 15; KRAUB, “Der psychologische Gehalt subjektiver Elemente im Strafrecht”, en *FS für Bruns*, 1978, pp. 11 y ss.; BOCKELMANN, “Bemerkungen über das Verhältnis des Strafrechts zur Moral und zur Psychologie”, en *GS für Radbruch*, 1968, pp. 253 y ss. Más recientemente STUCKENBERG, *Vorstudien zu Vorsatz*, 2007, pp. 112 y ss.; RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, 1999, pp. 288 y ss. Sin referirse a la psicología esotérica del Derecho penal, no obstante, acepta desde un enfoque psicológico-individual, “una cuidadosa acotación de la realidad psicológica a tenor de las exigencias normativas, (...)” del Derecho penal y “atenerse a ella tal cual es una vez acotada”, Díez RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos del delito*, 2007 (2ª ed.), p. 268. Crítico con la denominada psicología esotérica, como una especie de ámbito manipulado por el legislador penal según sus finalidades, PRITZWITZ, “*Dolus eventualis* und Affekt”, *GA*, 1994, p. 459.

estabilización de expectativas de comportamiento²³⁸⁵. En cualquier caso, aunque es correcto asumir un patrón estandarizado de orientación en la vida social, que genere orden y tranquilidad, ello no tiene por qué significar, en el caso concreto de la imputación, que no se considere en qué medida el sujeto pudo (cuando debía) orientarse según ese patrón. El patrón es objetivo²³⁸⁶, pero la capacidad de cumplimiento es subjetiva, porque aunque se impute sobre la base de lo que debe ser, esto último ha de concretarse desde los conocimientos y capacidades del sujeto particular, y no sobre la base de un sujeto hipotético-ideal²³⁸⁷. De la mano de esta primera observación se manifiesta la segunda: el conocimiento sí que se ha de constatar empíricamente a través de un juicio de interpretación de la prueba de indicios, para luego valorar el hecho e imputar el dolo (o el error). Ciertamente, ello no sólo respeta el mínimo infranqueable de la imputación subjetiva, cual es la naturaleza psicológica que se desvalora, sino que también produce relevantes efectos en materia procesal. De esto me ocupo seguidamente.

3. En la determinación de la concurrencia del conocimiento y su posterior imputación respecto de un hecho hay que distinguir dos fases o momentos. Una primera fase, a la que llamaremos descriptiva (o empírica), que consiste en demostrar, a través de juicios de inferencias o indicios, que el hecho que juzgamos ha sido objeto del conocimiento típico del sujeto. Con ello se estará afirmando que el hecho enjuiciado es una concretización, exteriorización o manifestación del objeto del conocimiento típico del sujeto²³⁸⁸. En este

²³⁸⁵ Conforme a los planteamientos de JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, 1996, p. 53, la función del Derecho penal es la de la prevención general positiva, de modo que la prioridad está en desarrollar un sistema de patrones de conducta que mantengan el orden sobre la base de estándares, roles y estructuras objetivas. Ello supone abstraerse del caos de la masa de peculiaridades subjetivas, porque los intervinientes de la dinámica social no se toman como individuos con intenciones y preferencias, sino como aquello que deben ser desde el punto de vista del Derecho: personas.

²³⁸⁶ Necesariamente, la constatación de los elementos subjetivos nos conduce a la normativización de la imputación, pero ello sin desconocer el sustrato psicológico del individuo a imputar. Véase la consideración de BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1994, p. 113, nota al pie 239: “hasta la fecha, el juez penal accede a lo subjetivo a través de expedientes probatorios procesales de carácter objetivo”; nota al pie 241: “los medios que tenemos a nuestro alcance para aprehender lo subjetivo son esencialmente objetivos (...) lo cual redundará también en una normativización”.

²³⁸⁷ Similar a lo aquí propuesto, el enfoque psicológico-individual que no se despoja de la normativización, DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos del delito*, 2007 (2ª ed.), pp. 266 y ss.; LAURENZO COPELLO, *Dolo y conocimiento*, 1999, p. 215.

²³⁸⁸ En sentido contrario RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, 1999, p. 175, cuestiona la idea según la cual el dolo depende en exclusiva de determinados fenómenos psicológicos que concurren “en la cabeza” del sujeto activo en el momento de llevar a cabo el comportamiento objetivamente típico. Esta idea, señala este autor, ignora los mecanismos sociales en función de los cuales se admiten o se rechazan la existencia de determinados conocimientos o desconocimientos.

primer momento, para imputar luego un tipo doloso, el juez deberá determinar si el acusado, en el momento de los hechos, se encontraba o no en una *situación objetivamente privilegiada respecto a la posibilidad de prever* la infracción de su deber, esto es, de prever la realización del tipo penal²³⁸⁹. Y, luego, una segunda fase, a la que llamaremos adscriptiva (o valorativa), que es propiamente la imputación del dolo al sujeto y que tiene por objeto el conocimiento típico. Se encuentran así las dos fases del juicio de imputación: las reglas de prueba y las reglas de imputación propiamente dichas²³⁹⁰. Lo único que puede ser objeto de prueba son los sucesos empíricos fácticos o psicológicos, como el conocimiento típico, pero no un criterio de imputación como el dolo²³⁹¹. Que los estados mentales no pueden ser directamente observables (sino sólo indirectamente a través del comportamiento) ello no impide su constatación²³⁹² por medios indirectos. Tanto la prueba directa (testimonios, pericias) como la prueba indirecta (indicios) son medios probatorios de los elementos subjetivos del delito. El juez o tribunal no sólo ha de interpretar el comportamiento llevado a cabo por el sujeto según las reglas de experiencia, sino que también podrá tener en cuenta la valoración que merece una testifical o una pericia sobre alguno de dichos extremos subjetivos²³⁹³. Así, en el momento de la determinación del grado de conocimiento típico el juez, en el momento procesal oportuno, llevará a cabo una investigación empírica sobre la dimensión psicológico-proposicional del conocimiento del sujeto, sin que ello signifique probar en términos materiales un acto mental como si fuera un examen de ADN²³⁹⁴, sino, por el contrario, procediendo a través de todas las alternativas probatorias que le conduzcan a su constatación: tanto la directa (como, por ejemplo, un testimonio, un examen

²³⁸⁹ Tomo esta idea de PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, 2011, p. 648, pero matizando aquello que el autor denomina “apartamiento de una regla jurídico penal”.

²³⁹⁰ Sobre los diferentes modelos de prueba e imputación (FREUND, FRISCH, HASSEMER, etc.), véase KORIATH, “Über den Vorsatz und wie man ihn beweisen könnte”, en *Grundfragen des Strafrechts*, 2010, pp. 129 y ss., 131 y ss.

²³⁹¹ Así también sostiene PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, 2011, p. 394, que lo único que puede ser objeto de una verificación empírica es un suceso del mundo, no un concepto. El concepto, en todo caso, designa lo que se ha de probar empíricamente, pero no es lo que se prueba.

²³⁹² Así, entre muchos, BACIGALUPO ZAPATER en la STS 20/07/2006 reitera un pensamiento ya por él sostenido en sus artículos científicos, de que “el dolo no puede ser percibido por los sentidos”; por su parte GONZÁLEZ LAGIER, “La prueba de la intención y el principio de racionalidad mínima”, *JD*, 2004, p. 41, asume que “las intenciones no son hechos externamente observables”.

²³⁹³ De otra idea la STS 20/07/1990 (Bacigalupo Zapater), que considera que la prueba del dolo se sustrae a las pruebas testificales y a las periciales, y se centra en la valoración del comportamiento del sujeto mediante un procedimiento inductivo, que se apoya en las reglas de la experiencia general.

²³⁹⁴ En contra de la determinación del dolo desde una averiguación empírica, RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, 1999, pp. 357 y ss.

caligráfico, un documento, la reconstrucción de los hechos, etc.), como la indirecta (prueba indiciaria)²³⁹⁵.

4. Por regla general, como punto de partida, el juez echa mano de lo que clásicamente se conoce como esquema lógico de la *praesumptio hominis* o prueba de indicios²³⁹⁶. Desde este esquema ya es posible investigar el estado mental-proposicional del sujeto, en donde “el juez mediante su prudente apreciación, argumenta[rá] la existencia del *factum probandum* sobre la base de otros hechos ya probados, a través de reglas de experiencia universalmente válidas”²³⁹⁷, o lo que es lo mismo en el lenguaje actual, a través de las reglas sociales de la denominada atribución del conocimiento. En este punto, permítaseme una breve consideración. A mi juicio, los criterios sociales operan más bien como elementos de la inducción o inferencia del conocimiento, antes que como criterios de atribución, de modo que será el nivel de la prueba indiciaria el lugar de aplicación de estos criterios. Por el contrario, en el juicio de imputación habrán de considerarse en primer lugar los aspectos subjetivos del autor: sus conocimientos, sus capacidades y otras circunstancias que ayuden a determinar el conocimiento típico²³⁹⁸. Si del hecho *X* puede inferirse que el autor desconocía la presencia de un moho venenoso en la ensalada del comensal, porque a los ojos de cualquier espectador objetivo de la sociedad ningún camarero ceñido a su rol sabría

²³⁹⁵ La jurisprudencia del Tribunal Supremo español sostiene desde hace tiempo que el elemento interno “sólo puede ser aprehendido, fuera de los casos de confesión de la persona concernida, por medio de prueba indirecta o de indicios (...). Esto es, la necesidad de prueba abarca también a los elementos subjetivos, lo que generalmente obliga a un proceso deductivo desde hechos objetivos debidamente acreditados. La intención del sujeto activo del delito es un hecho de conciencia, un hecho subjetivo precisado de prueba, cuya existencia, salvo en los supuestos en que se disponga de una confesión del autor que por sus circunstancias sea creíble, no puede acreditarse normalmente a través de prueba directa, siendo necesario acudir a un juicio de inferencia para afirmar su presencia sobre la base de un razonamiento inductivo construido sobre datos fácticos debidamente acreditados. Esa inferencia debe aparecer de modo expreso en la sentencia y debe ser razonable, de tal manera que la conclusión obtenida acerca de la intención del sujeto surja naturalmente de los datos disponibles. Esa razonabilidad es precisamente el objeto del control casacional cuando la cuestión se plantea como aquí lo hace la recurrente (...)”. Así, recientemente en esta línea, la STS 02/06/2015 (Berdugo Gómez de la Torre). En la doctrina, defienden la prueba del dolo desde la prueba de indicios, GONZÁLEZ LAGIER, “La prueba de la intención y el principio de racionalidad mínima”, *JD*, 2004, p. 41; LAURENZO COPELLO, *Dolo y conocimiento*, 1999, pp. 124 y ss.; RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, 1999, pp. 237 y ss.

²³⁹⁶ Sobre esto RODRÍGUEZ MOURULLO, “La presunción legal de voluntariedad”, *ADPCP*, 1965, pp. 36 y ss., 56.

²³⁹⁷ Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, “La presunción legal de voluntariedad”, *ADPCP*, 1965, p. 36. Para HENKEL, “Die ‘*praesumptio doli*’”, en *FS für Schmidt*, 1961, p. 581, las presunciones de dolo atentan contra la libre valoración de la prueba.

²³⁹⁸ También hay que tener en cuenta, como lo señalé en párrafos anteriores, que desde los criterios jurídicos de atribución se habrán de corregir o neutralizar toda clase de tendencia o prejuicio social de contenido irracional.

acerca de la presencia de dicho fruto, entonces, según algunos autores, se le imputaría al sujeto un error de tipo invencible que desplazaría su responsabilidad penal²³⁹⁹. Pero, si al juicio de inferencia (social) todavía le ha de acompañar el juicio de imputación teniendo en cuenta la *subjetividad* del autor, entonces, ello llevaría a imputarle al camarero-estudiante de biología que conoce acerca del moho venenoso la muerte dolosa del comensal. Así, también si del hecho X puede inferirse que el autor sabía acerca de la droga que trasladaba en su maleta de viaje, porque a los ojos de cualquier espectador objetivo de la sociedad ninguna persona acepta trasladar en su maleta un paquete cuyo contenido no ha verificado a cambio de una suma considerable de dinero, entonces, en la línea anterior, se le imputaría al sujeto una ignorancia deliberada que fundamentaría su responsabilidad penal por dolo²⁴⁰⁰. Sin embargo, y reiterando lo manifestado, si al juicio de inferencia (social) todavía le ha de acompañar el juicio de imputación teniendo en cuenta la *subjetividad* del autor, entonces, ello llevaría a no-imputarle al transportista que desconoce la droga en la maleta un delito de narcotráfico. Dicho esto, las comúnmente denominadas reglas sociales de atribución del conocimiento son, en verdad, reglas de inferencia del conocimiento que, por sí solas, no permiten una imputación del conocimiento, que sólo puede determinarse desde la subjetividad del autor²⁴⁰¹.

5. Para que el juicio de imputación tenga sentido tiene que tener contenido. Imputar no equivale a atribuir sin probar²⁴⁰², sino, por el contrario, probar para luego atribuir. Para ello será necesario proceder a una técnica explicativa de los hechos, porque no puede imputarse dolo simplemente alegando criterios y fórmulas normativas. En efecto, si el juicio de

²³⁹⁹ Aunque psicológicamente el sujeto haya conocido acerca del moho venenoso en la ensalada. En este sentido, una crítica a la teoría de los roles que elimina toda consideración a la subjetividad del autor concreto, podría ser que los roles no se definen desde su existencia o inexistencia, sino desde su función o no función, de modo que, aunque el rol de camarero sea el que se encuentra en funcionamiento cuando se sirve la ensalada, ello no significa que el rol de estudiante de biología no “pueda” funcionar coetáneamente. En el tema de los conocimientos especiales algún sector de la doctrina (que llega a resultados similares a la imputación del conocimiento del camarero) diría que el criterio social de inferencia aplicable al caso sería el de conocimiento (y no de desconocimiento), porque se entendería que a los ojos del hombre medio el estudiante de biología que trabaja de camarero sabía acerca del fruto.

²⁴⁰⁰ Aunque psicológicamente el sujeto haya desconocido acerca de la droga en la maleta.

²⁴⁰¹ Las reglas de experiencia han de asumirse desde el contexto del caso particular y el sujeto. Sobre este tema en materia de la prueba del dolo, HENKEL, “Die *praesumptio doli*”, en *FS für Schmidt*, 1961, p. 590.

²⁴⁰² En relación con el tema de la imputación, explica SILVA SÁNCHEZ que “(...) el punto de partida del cambio de enfoque es la convicción de que la misión del juez no es la de explicar y predecir -propia de los científicos- sino la de comunicar relaciones de sentido”. Cfr. SILVA SÁNCHEZ, “Teoría del delito y Derecho penal económico-empresarial”, en *Teoría del delito y práctica penal económica*, 2013, p. 43.

imputación encierra una comunicación de sentido, ¿cómo podríamos comunicar relaciones de sentido sin una explicación racional como soporte? De allí que las reglas de prueba no sean la misma cosa que las reglas de imputación. Ciertamente, el contenido del juicio de imputación se relaciona con los estándares de plausibilidad o de certeza que al juez se le requiera, tanto para probar, como para imputar el hecho a una persona a título de dolo²⁴⁰³. Un modelo de imputación moderado, como el que he defendido en párrafos anteriores, aparentemente se asemeja a una presunción *iuris tantum (doli)*, que es aquello que se hace pasar por verdad provisoria hasta que no se pruebe lo contrario²⁴⁰⁴. No obstante, la presunción no es suficiente ni es segura para imputar. En los términos que aquí interesan, la presunción de dolo (*praesumptio doli*) opera del siguiente modo: siempre que se considere probado un hecho H₁ debería afirmarse como acreditado la existencia del hecho H₂, en donde H₁ sería el tipo objetivo de un determinado delito y H₂ sería el tipo subjetivo de ese mismo delito. En otras palabras, siempre que se logre probar la concurrencia del tipo objetivo mencionado, también se tendrá por probado el correspondiente dolo²⁴⁰⁵. Pero, las presunciones de dolo pueden resultar injustas en más de una ocasión cuando la prueba de un tipo objetivo determinado no signifique necesariamente que también haya de darse por acreditado el correspondiente tipo subjetivo. Esto puede pasar tanto en los casos de error de tipo vencible (e invencible), como en las diferentes manifestaciones del conocimiento (cierto, incierto). Es decir, una presunción de dolo no nos dice nada acerca del grado de conocimiento que ha de darse por probado. Es por eso, que la presunción de dolo puede resultar útil en alguno que otro caso²⁴⁰⁶, pero, por incompleto, no lo será en la mayoría.

²⁴⁰³ Sobre los “*Gewissheitsstandards*”, KUHLEN, *Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung*, 1989, pp. 69 y ss.

²⁴⁰⁴ El *onus probandi* se suspende cuando algún extremo de la presunción se da por acreditado y no, en cambio, el otro. Como ejemplo, la STS 23/09/1982 (Rodríguez López) afirma lo siguiente: “la presunción de dolo del artículo 1 del Código Penal cubre las exigencias de culpabilidad, en el delito enjuiciado, como en la mayoría del resto de los delitos del Código, si no constan en el ‘factum’ hechos concluyentes que desvirtúen la presunción”. Esto es lo que, bajo el reinado de la imputación, suele pasar en algunas formas de razonamiento de los tribunales españoles cuando aplican la teoría de la ignorancia deliberada. Verbigracia la STS 15/02/2011 (Martínez Arrieta): “La inferencia del tribunal de instancia sobre el conocimiento de la falsedad del pagaré, en los términos que resaltan de la sentencia es razonable y así lo explica la sentencia sobre la base de la pluralidad de personas que intervienen, todas a cambio de una comisión sobre el descuento, sobre la profesionalidad con la que se actúa, la inexistencia de un contrato subyacente en el endoso y el desconocimiento de las personas que actuaron en ese endoso, que hacía razonable la inferencia del tribunal sobre el conocimiento de la falsedad y la participación en el intento de estafa por el que ha sido condenado”.

²⁴⁰⁵ Véase esta explicación en HRUSCHKA, “Über Schwierigkeiten mit dem Beweis des Vorsatzes”, en *FS für Kleinknecht*, 1985, p. 197 [= “Sobre la difícil prueba del dolo”, en *Imputación y Dp*, 2005, p. 151].

²⁴⁰⁶ Una presunción de dolo resultaría útil si pudiéramos sostener como regla sin excepción que las personas normalmente saben lo que hacen, pero ello es imposible. También podría resultar útil si se admitiera (como lo

6. Hasta donde alcanzo a entender, el modelo fuertemente normativizado de la imputación se comporta como una versión refinada de la presunción: cuando se acredita el hecho objetivo se presume^[imputa, dicen ellos] el lado subjetivo. A pesar que los autores de este modelo se esfuerzan por tomar distancia de las presunciones de dolo, la estructura lógica que presentan como plataforma de imputación es la misma que la que acabo de mencionar para esta última²⁴⁰⁷. Valga para ello algún par de ejemplos evidentes: “probado el hecho X, el sujeto *necesariamente* conoce Y”²⁴⁰⁸; o bien, de forma algo más compleja, “‘probadas las circunstancias, C1, C2 y C3, el sujeto X necesariamente conoce Y, y por eso se le imputa Z’”²⁴⁰⁹. Si el sujeto X conoce Y es porque se entiende como síntesis de las C1, C2 y C3, pero, entonces, no se le puede imputar Z. Ha de imputársele necesariamente Y. La forma de proceder de este modelo altamente normativizado es reemplazar la presunción anticipada de dolo por una imputación posterior del mismo. Ambas formas de atribución emplean reglas de experiencia para conectar el supuesto objetivo con el supuesto subjetivo, sin considerar el conocimiento individual del autor.

7. Que estamos ante dos modelos muy parecidos, sino iguales, lo dicen los aplausos y las críticas que ambos modelos han recibido cada uno en su momento. De sus parecidos aplausos habla tanto la doctrina más actual, que defiende un modelo de imputación altamente normativizado, dando por verdadero que el dolo no se constata, sino que se imputa, siendo, en consecuencia, el dolo un juicio de valor y no un hecho²⁴¹⁰, como la pasada doctrina jurisprudencial que sostenía que la existencia del dolo “se halla amparada

sostenía Feuerbach) una presunción de dolo que admitiera prueba en contrario. Véase, sobre esta última alternativa FEUERBACH, *Tratado de Dp*, 1989, p. 396 (art. 43 del Código penal para el Reino de Baviera: “en un hecho probadamente ilícito contra una persona se presumirá legalmente que el mismo se ha realizado con dolo antijurídico, en tanto que, de las circunstancias particulares, no resulte la certeza o probabilidad de lo contrario”).

²⁴⁰⁷ Confróntese lo dicho por las presunciones de dolo y lo afirmado por la teoría de la imputación. Respecto de lo primero RODRÍGUEZ MOURULLO, “La presunción legal de voluntariedad”, *ADPCP*, 1965, p. 36: “la presunción responde al esquema lógico en virtud del cual de un hecho conocido y objetivamente constatado se deduce la existencia de un segundo hecho ignorado, sobre la base de una regla de experiencia”. Respecto de lo segundo MIRÓ LLINARES, *Conocimiento e imputación*, 2009, p. 223: “las reglas de imputación del conocimiento responden a una estructura según la cual, ‘dada una base objetiva, se entiende que un sujeto es conocedor de determinadas circunstancias’, a lo cual se puede añadir el requisito del sentido inequívocamente consciente de lo realizado” (este autor conecta la premisa y la inferencia desde las precomprensiones sociales de cómo se atribuyen conocimientos las personas).

²⁴⁰⁸ Cfr. RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, 1999, p. 377.

²⁴⁰⁹ Cfr. MIRÓ LLINARES, *Conocimiento e imputación*, 2009, p. 223.

²⁴¹⁰ Así, desde sus respectivos modelos HRUSCHKA, JAKOBS, KINDHÄUSER, RAGUÉS I VALLÈS, SÁNCHEZ-OSTIZ, MIRÓ LLINARES, PÉREZ BARBERÁ, entre otros (ver *infra* y *supra*).

por la presunción “*iuris tantum*” regulada en el art. 1 del CPes.²⁴¹¹. Y, en cuanto a las críticas, así como hoy en día se cuestiona, por algún sector de la doctrina (y de la jurisprudencia²⁴¹²), la desmedida tendencia de algunos tribunales en aplicar sin empacho la figura de la ignorancia deliberada, como para eludir la prueba del elemento intelectual del dolo, así, también bajo la vigencia de la presunción de dolo en el CPes., la doctrina señalaba el riesgo de favorecimiento en la práctica procesal de “una actitud de renuncia o indiferencia respecto a la comprobación de la concreta e individual culpabilidad del reo”²⁴¹³. De hecho, no ha cambiado sustancialmente nuestra doctrina jurisprudencial en relación con la forma de argumentar la inferencia e imputación del elemento cognitivo del dolo. Para apreciar esta conclusión, propongo un contraste directo entre dos sentencias que se corresponden, respectivamente, con el modelo de la presunción y con el modelo de la imputación:

7.a. STS 15/10/1982 (Rodríguez López) estableció que comete el delito de emisión de cheque en descubierto doloso todo aquel que diere en pago un cheque, a sabiendas de la ausencia de provisión de fondos en el momento de presentar el talón al cobro. Como se puede apreciar, el elemento intelectual del dolo “se centra en el conocimiento que tiene el librador de que no habrá provisión de fondos en el momento de presentar el talón al cobro”. A esta conclusión llegó la Sala *ex post facto* por el conjunto de circunstancias –reseñadas en el *factum*- que se produjeron desde la emisión hasta la presentación del cheque empleando la presunción de dolo del artículo 1º del Código, presunción que sólo hubiese podido desvirtuarse si el librador hubiese acreditado que el tomador admitió el cheque con una finalidad distinta al pago por conocer la falta de provisión de fondos [es decir, si el tomador hubiese consentido de alguna manera la ausencia de fondos para el cobro: una especie de competencia de la víctima]²⁴¹⁴. No se me escapa, que en la terminología actual, se diría más

²⁴¹¹ Cfr. STS 21/11/1962 (Calvillo Martínez).

²⁴¹² Por todos, la STS 02/02/2009 (Marchena Gómez) cuestiona la falta de mesura en la aplicación de esta teoría.

²⁴¹³ Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, “La presunción legal de voluntariedad”, *ADPCP*, 1965, pp. 33, 34.

²⁴¹⁴ Otro ejemplo que opera con una presunción, en este caso jurisprudencial, la STS 09/12/1982 (Huerta y Álvarez de Lara): “que uno de los elementos generales de la figura tipificada en el artículo 535 del Código Penal es el relativo a la acción, o sea, a la apropiación, al cual, como tiene declarado esta Sala, requiere por parte del reo una voluntad de hacer suya la cosa o dinero, exteriorizada por actos concluyentes, es decir, por acto a los que, en cada caso concreto, no puede atribuirse otra significación que los de arrogarse los poderes de dueño; y se arroga los poderes de dueño el que, como el procesado, Delegado Provincial de una sociedad mercantil, viene efectuando diversos cobros a clientes de esa sociedad, no reintegrándolos a la empresa y

o menos lo mismo, quizá añadiendo que el hombre prudente y razonable del tráfico económico sabiendo de que no cuenta con fondos líquidos en el banco debería representarse que, en el momento del cobro, el tomador no podría hacer efectivo el mismo.

7.b. STS 29/01/2008 (Colmenero Menéndez de Luarca): “es indiscutible que una persona con una formación y conocimientos mínimos conoce sobradamente que la acción consistente en propinar intencionadamente un golpe en la cabeza de otra persona con un instrumento contundente, como una barra metálica, ejecutado con tal fuerza que causa una fractura con hundimiento craneal, es totalmente idónea para causar la muerte, (...). En cualquier caso, es una forma de proceder que con evidencia crea un peligro concreto de producción del resultado mortal”. Si esta sentencia se hubiese dictado bajo la vigencia de la presunción de dolo el argumento no hubiese variado materialmente, sino sólo, quizá, lingüísticamente, teniendo en cuenta que las expresiones han ido modificándose.

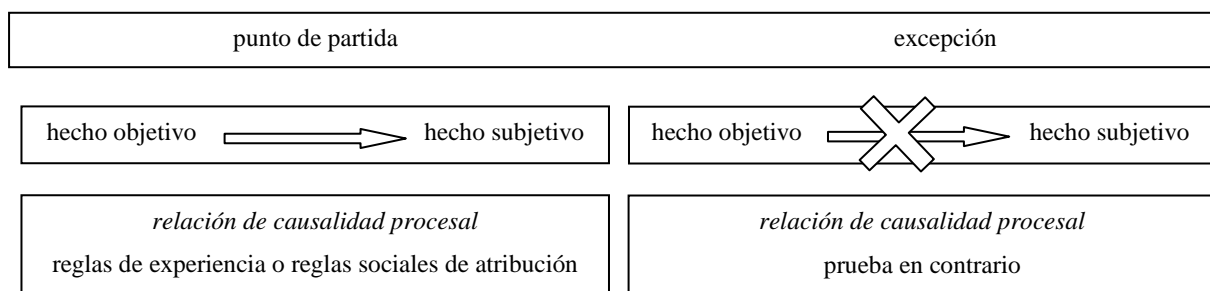
8. Así, también bajo la vigencia de la presunción de dolo, la jurisprudencia tenía dicho que la forma de voluntariedad [y de dolo] no requería “demostración alguna por parte de los Tribunales, a quienes es la propia Ley, que anticipándose a su criterio, se le da formalizada mediante aquella presunción”²⁴¹⁵. Esto significa, que en el proceso penal no hay que probar el elemento subjetivo, sino simplemente el extremo objetivo que conforme a las reglas de experiencia admita deducir su correlato subjetivo, que viene ya establecido en la presunción legal. Lo mismo sucede con las teorías de la imputación, que sostienen que el dolo no se constata, ni se prueba, sino que se imputa sobre la base de las reglas sociales de atribución del conocimiento. Si lo que se quiere criticar a la presunción es que ésta viene tasada en la ley, no difiere de la imputación del dolo, que también contempla criterios rígidos de atribución, en donde lo que menos interesa es lo que el sujeto verdaderamente conoció o dejó de conocer. Así, la primera incluye la regla de experiencia en la ley, y la segunda en el conocimiento del juez²⁴¹⁶. Ambos sistemas eluden la prueba del hecho, uno porque castiga sobre la base de un dolo presunto y otra sobre la base de un dolo imputado.

apoderándose de ellos y trasladándose al extranjero, haciendo suya la cantidad de 3.116.753 pesetas, en perjuicio de su principal, (...)”.

²⁴¹⁵ Y “que es el imputado quien debe, en su caso, destruirlos, ajustando los elementos de prueba bastantes para justificar su inexistencia”. Cfr. STS 27/06/1956 (Parera Abello).

²⁴¹⁶ Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, “La presunción legal de voluntariedad”, *ADPCP*, 1965, p. 36: “cuando la regla de experiencia es recogida y codificada por el legislador, surge entonces una presunción legal”.

9. Por lo manifestado, a mi criterio, se ha pasado de una presunción legal que tomaba las reglas de experiencia como criterio conector entre el hecho objetivo y el hecho subjetivo, a una presunción jurisprudencial, que opera del mismo modo con las presunciones sociales del conocimiento. Es más, parece que, la presunción de dolo no era más que una especie de *imputatio antecedens* que operaba prospectivamente, y el actual modelo de imputación es una *imputatio subsequens* que opera retrospectivamente. Si bien, siempre a través de la prueba en contrario, el imputado podría salvarse de la “trampa” de la presunción o de la imputación, lo que en todo caso hay que probar no es la ausencia de conocimiento o de una suposición errónea, sino la ausencia de ligamen entre el hecho objetivo y el hecho subjetivo, algo así como la “ausencia de la realización del conocimiento en el riesgo” (en términos análogos a la teoría de la atribución objetiva). Ciertamente, una forma de hacerlo es probando la ausencia de conocimiento, pero también es posible haciendo referencia a que la presencia de conocimiento no ha sido lo que ha generado el riesgo o el resultado.



II.IV.4.c.i. El modelo moderado de la imputación

1. En principio, una imputación moderada puede sostenerse desde las conclusiones *ex re* sobre el elemento subjetivo²⁴¹⁷, pero sólo respecto de peligros autoevidentes para todos los miembros de la sociedad²⁴¹⁸ y siempre en el contexto subjetivo del autor del hecho. Porque,

²⁴¹⁷ Valga la definición de JAKOBS, “Representación del autor e imputación objetiva”, *ADPCP*, 1991, p. 506 [= “Tättervorstellung und objektive Zurechnung”, en *GS für Armin Kaufmann*, 1989]: “*Dolus ex re* significa que la parte perceptible por otras personas, es decir, la parte externa del comportamiento da a entender, casi sin más, que el autor actúa con dolo típico. Los principios del razonamiento lógico-formal que conducen al estadio subjetivo se deducen de la experiencia cotidiana: habitualmente hay dolo cuando uno se comporta de este modo. Pero sin duda también forma parte de la experiencia cotidiana la existencia de situaciones especiales en las que la conclusión que se extrae del comportamiento habitualmente significativo es errónea, o en las que una conclusión extraída de un comportamiento habitualmente no significativo es correcta; y ello no sólo es así en raros casos individuales”.

²⁴¹⁸ Aquí también JAKOBS, “Representación del autor e imputación objetiva”, *ADPCP*, 1991, p. 506 [= “Tättervorstellung und objektive Zurechnung”, en *GS für Armin Kaufmann*, 1989], para quien en “una sociedad

para ser consecuente con lo que vengo sosteniendo, la atribución de la dimensión objetiva del hecho (riesgo y resultado) no condiciona tajantemente la imputación subjetiva. Sin embargo, la derivación ya en el plano de la imputación subjetiva de ciertos indicios basados en lo objetivo es un dato a considerar²⁴¹⁹. Este mecanismo supone que la vertiente interna del hecho se infiere o se deduce de las circunstancias externas del hecho entendidas en su dimensión de significado social²⁴²⁰, pero como una primera aproximación. En la vida cotidiana las personas empleamos estas conclusiones *ex re* de forma continua cuando interpretamos el modo de actuar o de comportarse de los que nos rodean, de forma que lo mismo sucede en el ámbito de un proceso, en donde el tribunal o juez deduce de las circunstancias externas del hecho, que el acusado era consciente (o no) de lo que hacía al realizar el delito, y en virtud de ello, se le atribuye que ha actuado o no dolosamente²⁴²¹, contando como límite objetivo inferior los conocimientos mínimos (inevitables) y como límite subjetivo superior la mejor versión del autor. Las conclusiones obtenidas a partir de las pruebas de indicios han de derivarse de un modo racional, sobre la base de criterios normativos sociales e individuales²⁴²², es decir, no sólo teniendo en cuenta el límite inferior (si se trata de un supuesto que encuadra en los conocimientos mínimos), sino también el superior (si se trata de un supuesto que encuadra en los conocimientos especiales del autor). Las conclusiones *ex re* forman parte de la dimensión de las reglas de prueba, no de la

de libertades” no pueden fijarse o estandarizarse todas las formas de comportamiento contrarias a la norma del modo, si no sólo algunas en relación con los roles.

²⁴¹⁹ Cfr. JOSHI JUBERT, “Normas de conducta y juicios de imputación”, en *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, 2008, p. 1092, nota al pie 39: la prueba de los conocimientos del agente deberá obtenerse por la prueba de indicios, “lo que no impide seguir considerando al conocimiento como algo de naturaleza psicológica. Es decir, en materia de dolo y de error importa averiguar si el candidato a la imputación conoció, o si por el contrario incurrió, atendidas las circunstancias del hecho y las personales en un error invencible o vencible. No se trata, en cambio, de averiguar lo que hubiera conocido o hubiera podido evitar el hombre medio ideal”.

²⁴²⁰ Esta forma de dar por probado el dolo se conoce como “*dolus ex re*”. Para detalles de esta teoría, véase HRUSCHKA, “Über Schwierigkeiten mit dem Beweis des Vorsatzes”, en *FS für Kleinknecht*, 1985, pp. 195 y ss. [= “Sobre la difícil prueba del dolo”, en *Imputación y Dp*, 2005, pp. 149 y ss.]. También VOLK, “*Dolus ex re*”, en *FS für Arthur Kaufmann*, 1993, pp. 613, 619; PUPPE, “Der Vorstellungsinhalt des *dolus eventualis*”, *ZStW*, 1991, p. 26.

²⁴²¹ Véase HRUSCHKA, “Über Schwierigkeiten mit dem Beweis des Vorsatzes”, en *FS für Kleinknecht*, 1985, p. 197 [= “Sobre la difícil prueba del dolo”, en *Imputación y Dp*, 2005, p. 151].

²⁴²² La jurisprudencia española viene sosteniendo respecto de la prueba de indicios, que “(...) La prueba indiciaria no es prueba más insegura que la directa, ni es subsidiaria de ésta. Es la única prueba disponible - prueba necesaria- para acreditar hechos internos de la mayor importancia, como la prueba del dolo en su doble acepción de prueba del conocimiento y prueba de la voluntad. Es finalmente una prueba al menos tan garantista como la prueba directa, y probablemente más por el plus de motivación que exige... que actúa en realidad como un plus de garantía que permite un mejor control del razonamiento del Tribunal a quo (...)”. Así, la STS 12/05/2015 (Giménez García), con mención de otras sentencias en esta línea.

imputación. Esto supone reconocer que la imputación basada en la interpretación de los hechos externos que indican la subjetividad del sujeto, iría de la mano de la antiquísima frase “*dolus vere probari non potest, cum in animo consistat*” (= el dolo no puede probarse realmente porque se trata de un fenómeno espiritual)²⁴²³. Con ello, el conocimiento se constata y el dolo, como fenómeno normativo, se imputa²⁴²⁴. Pero, para ello, el juicio de imputación ha de contener una descripción de lo subjetivamente constatado²⁴²⁵. Por lo expuesto, me aparto en este punto de la concepción de HRUSCHKA, por considerar que todo juicio de imputación es adscriptivo y no descriptivo. En este autor, el juicio adscriptivo sólo es posible a partir de la globalidad de las circunstancias externas, de modo tal que en dicha imputación se acogen todos los hechos perceptibles por los sentidos como la expresión de lo espiritual que no puede constatarse objetivamente de modo directo²⁴²⁶. Desde tal argumento se está reconociendo que lo espiritual es un hecho interno que no tiene un lugar en el mundo externo sino a través de hechos objetivos perceptibles por los sentidos²⁴²⁷. Pero, del hecho que el juez sólo pueda acceder a la subjetividad del sujeto de modo indirecto (no directo) no se sigue que nos olvidemos de la subjetividad y basemos el juicio de imputación exclusivamente en criterios objetivo-sociales de atribución²⁴²⁸. En el juicio de imputación subjetiva no se trata de encajar la interpretación del comportamiento del sujeto en algún

²⁴²³ Véase HRUSCHKA, “Über Schwierigkeiten mit dem Beweis des Vorsatzes”, en *FS für Kleinknecht*, 1985, pp. 198-199, 201 [= “Sobre la difícil prueba del dolo”, en *Imputación y Dp*, 2005, pp. 152 y ss., 155]. Para este autor el dolo no se constata, ni se prueba, sino que se imputa (“ein Tatvorsatz nicht festgestellt und bewiesen, sondern zugerechnet”). En este sentido también MIRÓ LLINARES, *Conocimiento e imputación*, 2009, pp. 222, 200; SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación y teoría del delito*, 2008, p. 521; RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, 1999, pp. 275, 357, 377. Muy próximo KINDHÄUSER, “Der Vorsatz als Zurechnungskriterium”, *ZStW*, 1984, pp. 6 y ss.

²⁴²⁴ En igual sentido PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, 2011, p. 644, entiende que lo que se atribuye a una persona es la posesión de determinados datos psíquicos en el momento de la acción, pero ninguno de esos datos son el dolo.

²⁴²⁵ Así, también SCHÜNEMANN, “De un concepto filológico a un concepto tipológico de dolo”, en *Temas actuales*, 2002, p. 110, defiende que el dolo [mejor el conocimiento] como fenómeno de la consciencia debe ser valorado para poder imputarlo, lo que significa que el juicio de valoración no puede realizarse sin una realidad a valorar. Críticamente MIRÓ LLINARES, *Conocimiento e imputación*, 2009, p. 201, nota al pie 651, le refuta que esta idea presupone equivocadamente que el proceso del dolo se trata de una valoración de hechos, cuando en verdad se trata de un proceso de imputación de significado.

²⁴²⁶ Véase HRUSCHKA, “Über Schwierigkeiten mit dem Beweis des Vorsatzes”, en *FS für Kleinknecht*, 1985, p. 201 [= “Sobre la difícil prueba del dolo”, en *Imputación y Dp*, 2005, p. 155].

²⁴²⁷ Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, *Responsabilidad jurídica y libertad*, 2002, p. 113; sólo se es responsable de los propios actos cuando éstos proceden de sucesos internos del autor que le definen como persona: de sus razones para actuar, expresadas en deseos, creencias, motivos, etc.

²⁴²⁸ Para JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, 1996, pp. 51-52, “la subjetividad de un ser humano, ya *per definitionem*, nunca le es accesible a otro de modo directo, sino siempre a través de manifestaciones, es decir, de objetivaciones que deben ser interpretadas en el contexto de las demás manifestaciones concurrentes”.

criterio normativo de imputación, sino de encontrar qué criterio normativo explica mejor la realidad subjetiva para poder imputar.

2. Por ello, una cosa son los hechos psicológicos, que se dan por acreditados o constatados a través de la prueba indiciaria o juicios de inferencia, lo que ha de ser lo suficientemente explicado e interpretado, y otra cosa es el juicio de valor que se realice sobre tales elementos. Para algunos autores el juicio de inferencia ya es la imputación²⁴²⁹, lo que a mi criterio daría como resultado una especie de *dolo engullido*, no lo suficientemente digerido como demanda un juicio de imputación respetuoso de la subjetividad del autor. Si, como sostienen esos mismos autores, la exigencia de racionalidad de la prueba del dolo queda satisfecha cuando se produce una coincidencia entre el resultado de la valoración judicial y las precomprensiones sociales de imputación de conocimiento²⁴³⁰, queda la extraña, pero real sensación, de que el dolo es una cuestión privativa entre el juez y la sociedad, en donde el imputado no tiene nada que hacer. Una especie de “convidado de piedra” al juicio, que probablemente lo ha de condenar, sobre todo en aquellas clases de delitos que suelen juzgarse por las apariencias²⁴³¹ (la prueba de apariencia²⁴³²) o por la estadística, como la comisión masiva en determinado sector de la sociedad (narcotráfico, receptación). Respecto de esto último, la jurisprudencia viene aplicando -algunas veces de forma abusiva- la figura de la ignorancia deliberada para dar por acreditado el dolo, sólo apelando a unas pocas

²⁴²⁹ Así, MIRÓ LLINARES, *Conocimiento e imputación*, 2009, p. 223. Críticamente PUPPE, “Beweisen oder Bewerten”, *ZIS*, 2014, p. 66. Véase también FISCHER (Thomas), “Bewerten, Beweisen, Verurteilen Antwort auf Puppes Polemik über die „Methoden der Rechtsfindung des BGH“”, *ZIS*, 2014, pp. 97 y ss.

²⁴³⁰ Así, MIRÓ LLINARES, *Conocimiento e imputación*, 2009, p. 223.

²⁴³¹ Porque, como afirmaba WITTGENSTEIN, *Über Gewißheit*, 1979, § 2, “del hecho de que a mí –o a todos- me parezca así no se sigue que sea así”.

²⁴³² En el proceso civil alemán se denomina “prueba de apariencias” (*Anscheinsbeweis*) al sistema por el cual las reglas de la carga de la prueba se encuentran desplazadas por la existencia de hechos objetivos que interpretados desde las leyes de la experiencia general se puede derivar la culpabilidad del autor (algo muy similar a las consideraciones *ex re*). En el proceso penal, su aplicación encubierta, lleva a la inversión de la carga probatoria (*Beweislastumkehr*). Cfr. sobre ello HENKEL, “Die ‘*praesumptio doli*’”, en *FS für Schmidt*, 1961, p. 589. Sobre esta prueba en la imprudencia, VOLK, “Anscheinsbeweis und Fahrlässigkeit im Strafprozess”, *GA*, 1973, pp. 161 y ss. En materia de la relación de causalidad: observaciones acerca de la prueba de apariencias y la inversión de la carga de la prueba en relación con la responsabilidad penal por los daños derivados de fármacos en MAYER (Michael), *Strafrechtliche Produktverantwortung*, 2008, pp. 153 y ss.; sobre la responsabilidad por el producto en general KUHLEN, *Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung*, 1989, pp. 37 y ss., 44 y ss. También, sobre la causalidad y la apariencia de prueba en el proceso penal, entiende que ésta no invierte la carga de la prueba, sino que opera como medio probatorio indiciario, CANCIO MELIÁ, “Rapsöl-Fall”, *NStW*, 1994, pp. 37 y ss.

reglas de inferencia (llevar en una mochila un encargo, cuyo contenido se desconoce a cambio de una suma de dinero).

3. La consecuencia procesal directa de la naturaleza que se le asigne al conocimiento típico del autor es que, si se lo entiende como un mero juicio de valor, como una *questio iuris*, (algo normativo a derivar de la prueba de inferencia), entonces, sólo podrá recurrirse la sentencia condenatoria en casación por infracción de ley (art. 849.1 LECrim). En cambio, si se lo considera un hecho empírico, una *questio facti*, la sentencia podrá recurrirse sólo por infracción constitucional, en concreto por vulneración de la presunción de inocencia (art. 852 LECrim en relación con el art. 24.2 CE)²⁴³³. La tendencia actual en la jurisprudencia española es darle un doble sentido al elemento subjetivo del dolo, tanto como una cuestión fáctica que hay que probar, como una cuestión normativa que hay que valorar y razonar²⁴³⁴. En cualquier caso, el juicio de imputación ha de ir acompañado de una fundamentación para legitimar la decisión (la *Entscheidungsbegründung*) en un sentido contrario a la libertad del sujeto. Esta decisión ha de ser tomada muy en serio respetándose sus dos niveles naturales de configuración: las afirmaciones de los hechos (*Tatsachenbehauptungen*) y los juicios de valor (*Werturteile*)²⁴³⁵. Mientras que las afirmaciones de los hechos se sustentan en

²⁴³³ Una tradicional línea jurisprudencial española entiende que los elementos subjetivos del delito al no poder ser constatados desde la prueba directa, sino exclusivamente desde la prueba inductiva, entonces sólo permiten un enjuiciamiento sobre lo valorativo y no sobre lo fáctico. Por eso, el lugar apropiado de las sentencias para referirse a ellos no es el relativo a los hechos probados sino el de los fundamentos jurídicos. Así, en las SSTS 22/12/2011 (Varela Castro), 20/10/2011 (Ramos Gancedo). Por el contrario, la vertiente opuesta al concebir el elemento subjetivo como un hecho considera que el lugar natural es el de los hechos probados. Así, en la STS 25/01/2012 (Jorge Barreiro); STEDH 22/11/2011 (asunto Lacadena Calero c. España). Una postura integradora entiende que el elemento subjetivo “puede” (no necesariamente “debe”) contemplarse dentro del relato fáctico para otorgar mayor “expresividad al relato”, pero, luego, ha de ser lo suficientemente razonado en los fundamentos jurídicos de cómo el tribunal acreditó dicho elemento. Así, en la STS 03/02/2005 (Monterde Ferrer). Un análisis teórico-jurisprudencial reciente sobre esta cuestión en SÁNCHEZ MELGAR, “La intención, ¿es un hecho?”, *LL*, 2014, pp. 1-6; ALCÁCER GUIRAO, “Garantías de la segunda instancia”, *InDret Penal*, 2012, pp. 10 y ss.

²⁴³⁴ Así, expresamente la STS 06/06/2012 (Giménez García) señala “esta Sala con reiteración tiene declarado que los hechos probados constituyen el juicio de certeza al que haya llegado el Tribunal tras la valoración crítica de la prueba de cargo y de descargo practicada. Tal juicio de certeza, (...) está integrado por hechos físicos acaecidos y también por hechos jurídicos, es decir inmateriales pero que no por eso no dejan de ser hechos y entre ellos *hay que citar la existencia del dolo en su doble concepción de prueba del conocimiento y prueba de la voluntad*, en tal sentido expresiones como ánimo de matar, intención de vender, etc. etc., son hechos subjetivos que integran los elementos subjetivos del tipo penal concernido y cuyo lugar en el espacio de la sentencia son los hechos probados, bien que luego en la motivación deba constar la argumentación del porqué el Tribunal ha llegado a la aprehensión de tal prueba del conocimiento y voluntad” (cursiva añadida).

²⁴³⁵ Cfr. PUPPE, “Beweisen oder Bewerten”, *ZIS*, 2014, p. 66, quien enseña que estos dos niveles difieren en su sentido, justificación y tratamiento procesal.

sentencias “verdaderas” o “falsas”, los juicios de valor no²⁴³⁶. Por el contrario, estos últimos dependen del criterio o apreciación de quien los formula²⁴³⁷ (en el proceso penal los jueces), lo que permite un margen de discrecionalidad más extenso que las declaraciones fácticas, y ciertamente, con ello la arbitrariedad como algo tan *humanamente humano*. Cuando un hecho no se percibe directamente por los sentidos o no se los vive en primera persona sólo puede ser probado por prueba directa o indirecta de acuerdo a determinadas leyes de la naturaleza y de la experiencia social, que establecen grados de probabilidad de que un determinado hecho es verdadero²⁴³⁸.

3.a. El lenguaje de lo moral es aquello relativo a las relaciones humanas, al tejido de interferencias intersubjetivas, que encierran no sólo enunciados descriptivos (del ser), sino también prescriptivos y adscriptivos (del deber ser)²⁴³⁹. Aunque, de los juicios adscriptivos, a diferencia de los descriptivos, no puede predicarse que sean “verdaderos” o “falsos”²⁴⁴⁰, no obstante, al sustentarse en juicios descriptivos, necesariamente encierran alguna condición de verdad o de falsedad sobre la cual se erigen el juicio de adscripción y de valoración²⁴⁴¹. Lo que se imputa y lo que se valora es el objeto de la descripción. “Juan ha matado a Pedro” y “Juan ha matado a Pedro a sabiendas” son dos conclusiones que representan los dos niveles objetivo y subjetivo del juicio descriptivo, respectivamente, que es la base de la enunciación del juicio atributivo objetivo “Juan ha cometido un homicidio”, y del juicio imputativo subjetivo “Juan ha cometido un homicidio doloso”. Todavía en sede de la tipicidad (objetiva-subjetiva) el juicio de valoración encierra un desvalor social de la conducta²⁴⁴². El elemento adscriptivo de la imputación tiene necesariamente que hacer referencia a la

²⁴³⁶ Cfr. PUPPE, *ibidem*.

²⁴³⁷ Cfr. PUPPE, *ibidem*.

²⁴³⁸ Cfr. PUPPE, *ibidem*. Señala que el acceso a los hechos internos puede realizarse desde la consciencia (propia) al margen de la evidencia empírica a diferencia del acceso a los hechos externos que puede realizarse desde la evidencia empírica, GONZÁLEZ LAGIER, “La prueba de la intención y el principio de racionalidad mínima”, *JD*, 2004, p. 41. A mi entender, el acceso a los hechos internos de los otros puede realizarse tanto desde la consciencia colectiva (lo que anteriormente se sostuvo en la línea de SEARLE, CAVELL, HONNETH), como desde la evidencia empírica sometida a un juicio de inferencia. Para acceder desde la consciencia colectiva hay que colocarse en el lugar del otro y observar desde allí la dinámica del mundo (con los conocimientos del autor y de la sociedad) y para acceder desde la evidencia empírica hay que proceder a interpretar el hecho desde las reglas sociales de interpretación de los hechos.

²⁴³⁹ Cfr. HRUSCHKA, “Imputation”, *BYULR*, 1986, p. 670.

²⁴⁴⁰ Sobre las distinciones entre los juicios descriptivos (*beschreibende*) y juicios adscriptivos (*zuschreibende*), HRUSCHKA, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 1988 (2ª ed.), pp. 424-426.

²⁴⁴¹ Véase HRUSCHKA, “Über Schwierigkeiten mit dem Beweis des Vorsatzes”, en *FS für Kleinknecht*, 1985, pp. 191 y ss., 201-202 [= “Sobre la difícil prueba del dolo”, en *Imputación y Dp*, 2005, pp. 145 y ss., 155], quien entiende, que el juicio adscriptivo del dolo se encuentra relacionado con los hechos externos que le sirven de base. Para este autor [en “Imputation”, *BYULR*, 1986, p. 683], el juicio de imputación de primer nivel (*imputatio facti*) incluye una unidad de elementos descriptivos y adscriptivos.

²⁴⁴² El nivel valorativo del juicio de imputación (o atribución) se explica en el modelo hruschkiano a través del nivel de la “*applicatio legis ad factum*”, esto es, la aplicación de la ley al hecho, luego de la atribución del hecho al sujeto (en la *imputatio facti*). Cfr. HRUSCHKA, “Imputation”, *BYULR*, 1986, pp. 672 y ss., 675, 679,

condición de verdad de algún juicio descriptivo, respecto del cual se predicará la libertad del sujeto, esto es, el sujeto como *causa libera* del hecho que se le imputa²⁴⁴³. El juicio de imputación encierra con ello la explicación de la conexión entre un fenómeno empírico detallado en los enunciados descriptivos con el sentido que se le asigna²⁴⁴⁴. Es esto último lo que será objeto del juicio de valoración²⁴⁴⁵.

4. Ahora bien, ¿cómo se explican los denominados criterios sociales de inferencia del conocimiento (que la doctrina denomina reglas de atribución)? En el ámbito de la comunicación social existen una serie de reglas desde técnicas a profanas, que sirven para deducir (y atribuir) conocimientos a una persona en una situación determinada²⁴⁴⁶ y que no siempre se basan en datos fácticos, sino que hay veces en que el conocimiento puede ser ya imputado cuando la persona en una situación concreta reúne ciertas condiciones de normalidad, es decir, de imputabilidad (como por ejemplo, una persona adulta, de socialización estándar y en su sano juicio)²⁴⁴⁷. El modo en cómo se van generando y aceptando esas reglas sociales de atribución responde a una compleja dinámica social de cada colectividad, que no es posible ni siquiera reseñar de modo breve en este trabajo²⁴⁴⁸. Ciertamente, los mencionados criterios sociales han de servir de base a los criterios

685. En la misma línea, KINDHÄUSER, “Kausalanalyse”, *GA*, 1982, pp. 494, nota al pie 83, 498, señala que la valoración jurídica de la conducta comporta un juicio de imputación de cualidades (de desvalor o no) a la conducta por decisión normativa. No se distingue de esta línea PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido*, 1995, p. 52, para quien en el juicio de valoración del hecho se compara entre el hecho ocurrido (conducta real) y la pauta ideal (conducta ideal), ya la correspondiente toma de postura sobre el mismo por parte del juez.

²⁴⁴³ Para HRUSCHKA, “Imputation”, *BYULR*, 1986, p. 686, el elemento adscriptivo del primer nivel de imputación (*imputati facti*) determina que una persona debe ser la causa libre de un hecho; es decir, que a través del juicio de imputación se asume que toda persona a la cual un hecho le es imputado ha cometido tal hecho a través de un acto libre.

²⁴⁴⁴ Cfr. PAREDES CASTAÑÓN, *ibidem*, pp. 51 y s., para quien los “juicios de imputación se limitan a afirmar determinadas conexiones, no verificables empíricamente, entre fenómenos, en virtud de una serie de leyes de inferencia (...); en cualquier caso, y al igual que sucede con las proposiciones descriptivas que les sirven de base, se trata también aquí de proposiciones explicativas, en el estricto sentido de que pretenden proporcionar una explicación (no meramente causal, sino de sentido) de fenómenos”.

²⁴⁴⁵ Considera a los juicios de imputación, juicios explicativos y, a los juicios de valor, juicios valorativos, PAREDES CASTAÑÓN, *ibidem*, p. 51, nota al pie 37.

²⁴⁴⁶ Cfr. SACK, “Definition von Kriminalität als politisches Handeln”, *KJ*, 1972, p. 24: “(...) die Zuschreibung von intentionalen Eigenschaften und Vorgängen ein generelles Merkmal der interaktiven und kommunikativen Prozesse zwischen Menschen darstellt”.

²⁴⁴⁷ Sobre esta idea en particular RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, 1999, pp. 379 y ss.

²⁴⁴⁸ En todo caso, en dicho proceso intervienen ineludiblemente las incumbencias como deberes naturales, mencionadas en otra parte del trabajo (*Capítulo Tercero*). Esta idea no se encuentra para nada alejada del objetivo preventivo-integrador del Derecho penal, que persigue la integración de las normas jurídicas en la conciencia social. Véase sobre esto último, DÍAZ PITA, *Actio libera in causa*, 2002, p. 151, en materia de la *alic*.

jurídicos²⁴⁴⁹, pero no de forma ciega y automática, sino de modo metódico y prudente para evitar “juridificar” criterios de inferencia irracionales, que respondan a sentimientos vindicativos, sectoriales o contingentes²⁴⁵⁰. Los criterios jurídicos habrán de racionalizar – corregir- los criterios sociales, evitando la intuición apriorística y los prejuicios. Por eso, cuando algún autor señala que “las personas, en tanto que miembros de una misma sociedad en constante proceso de comunicación, comparten una serie de valoraciones de acuerdo con las cuales entienden que, dadas determinadas realidades objetivas, otro sujeto cuenta de forma inequívoca con ciertos conocimientos”²⁴⁵¹, está sugiriendo una sociedad homogénea e integrada en donde sus miembros se conducen según los mismos parámetros cognitivos y valorativos, algo así como que todos saben lo mismo y viven los mismos valores. Pero tal conclusión se encuentra muy lejos de la sociedad real, que es más compleja que la sugerida. En todo caso, la anterior idea puede servir de límite inferior respecto de determinadas realidades objetivas autoevidentes (lo que se explica a través del criterio de los conocimientos mínimos), pero no como regla general para imputar subjetividad. Dicho de otro modo, aunque los criterios jurídicos de imputación han de encontrar su fundamento en los criterios sociales de inferencia o determinación del conocimiento, ello no significa sobreestimar el valor de aquéllos. A los jueces y a la ciencia jurídica les correspondería analizar hasta qué punto y bajo qué grados de racionalidad se han de dar cabida a las reglas profanas de deducción y atribución. Así, una sociedad enferma de miedo al ciudadano extranjero puede encontrarse fácilmente predispuesta a atribuir intenciones y conocimientos

²⁴⁴⁹ En esta línea, DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos del delito*, 2007 (2ª ed.), pp. 269 y ss.; DÍAZ PITA, *Actio libera in causa*, 2002, pp. 149 y ss.; HASSEMER, *Persona*, 1999, pp. 162 y s. (este autor hace notar que los criterios de imputación jurídica no pueden alejarse tanto de los procesos sociales habituales de imputación); RAGUÉS I VALLÈS, *ibidem*, pp. 357, *passim*.

²⁴⁵⁰ HASSEMER, *Persona*, 1999, pp. 162 y s., por el contrario, considera que las irracionalidades sociales no deben ser desechadas del todo, sino que deben ser observadas, trabajadas desde un método científico e incorporadas al discurso normativo. Por lo demás, ¿de dónde adquieren los tribunales los criterios sociales de atribución? A mi entender un tema como éste sólo puede ser adquirido ya por la experiencia social compartida, como desde estudios estadísticos del sector y experimentos ofrecidos por las disciplinas sociológicas o de la psicología social. Así, por ejemplo, si los tribunales sostienen, que quien dispara un arma de fuego en la cara de la víctima sabe lo que hace porque ese tipo de comportamiento forma parte de los conocimientos mínimos de toda persona normal integrada en la sociedad, no es algo que lo hayan tomado de sentencias anteriores como fuente original, sino que es algo que forma parte de los conocimientos generales que pueden darse por compartidos en la sociedad, sin temor de caer en la arbitrariedad. Pero, ello es así porque dicho conocimiento se encuentra fundamentado en la misma empiria de los hechos, que nos revela el efecto de determinadas acciones, y es fruto de la experiencia compartida que la sociedad va consensuando implícita o explícitamente a través del tiempo.

²⁴⁵¹ Cfr. RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, 1999, p. 358. En la misma línea MIRÓ LLINARES, *Conocimiento e imputación*, 2009, pp. 222-224 y ss., 271 (aplicando las reglas de imputación propuestas por RAGUÉS I VALLÈS en sede de la participación).

a emigrantes de otros países de una forma mucho menos justificada que a los propios conciudadanos, sobre todo en determinados tipos de delitos (hurtos, robos, lesiones, daños)²⁴⁵²; así, también una sociedad acostumbrada a determinados estereotipos ético-morales puede encontrarse predispuesta a atribuir malas intenciones (por eso dolo) a quien lleva una vida un tanto indecorosa y, por el contrario, buenas intenciones (por eso descuido) a quien se trata de un buen vecino que concurre quincenalmente los jueves a un círculo espiritual²⁴⁵³. Los criterios de imputación jurídicos han de evitar hacer eco de todas estas clases de sesgos y prejuicios sociales, que puedan contaminar el juicio subjetivo de la imputación penal. Por lo dicho, a mi entender, sostener que los criterios de imputación jurídicos son los mismos criterios de imputación social, puede conducir inevitablemente, en algunas situaciones, a defender de modo encubierto una generalización *contra reo*²⁴⁵⁴.

²⁴⁵² Sobre los sesgos raciales (*racial bias*) en la sociedad norteamericana que disparan hechos delictivos en contra de personas de raza negra y, en especial sobre este sesgo en todo el sistema penal (jueces, policías, agencias, etc.), véanse CLEMONS, “Blind injustice”, *ACLR*, 2014, pp. 689 y ss.; JOHNSON, “Unconscious racism and the criminal law”, *CLR*, 1988, pp. 1016 y ss. Sin ir más lejos, recientes noticias periodísticas datan de una serie de homicidios que agentes policiales de algunos condados de los Estados Unidos vienen cometiendo en contra de ciudadanos afroamericanos (como el repercutido caso de *Michel Brown*).

²⁴⁵³ Los criterios jurídicos de atribución han de corregir todo tipo de sesgos e irracionalidades sociales sobre la base de estándares objetivos (el rol, la posición privilegiada del autor en el hecho, la relación del autor con el hecho de otro, el deber, etc.), pero también subjetivos (los conocimientos especiales o superiores). Así, por ejemplo, opera alguna jurisprudencia reciente respecto de la esposa coadministradora de una sociedad: la SAP Donostia 25/03/2015 (Maeso Ventureira) afirmó que “no cabe acoger [la] mera alegación de que firmaba lo que le decía su marido. Y aunque lo hiciéramos, ello no le libraría de responsabilidad, puesto que se habría colocado en situación de ignorancia deliberada, tras haberse situado voluntariamente en un lugar imprescindible para la perpetración de los ilícitos del modo en que se cometieron: como administradora de la sociedad. Además, de los cinco contratos en que intervino, dos de ellos fueron escrituras públicas, otorgadas ante fedatario público que leyó previamente a la firma por los intervinientes los términos del acuerdo que suscribían. Pudo ser un instrumento de su marido, pero se prestó voluntariamente a ello, tras colocarse en un lugar preeminente, desde el que pudo haber impedido que se consumasen los delitos cometidos, pero no lo hizo, sino que colaboró a ello. Al intervenir del modo que hemos expuesto, es responsable, en concepto de cooperadora necesaria de un delito continuado de estafa (...)”. Por su parte, la SAP Santiago de Compostela 17/02/2015 (Cid Carballo), en donde se condena como autora de un delito de blanqueo de capitales a la esposa del individuo que hace tiempo no tenía trabajo (y se encontraba convaleciente de un ictus), y que adquirió dos casas poniéndolas a nombre de aquella (al esposo se lo condena por delito de hurto/robo y blanqueo de capitales).

²⁴⁵⁴ En otro sentido RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, 1999, p. 357, da vía libre a toda clase de regla social de atribución defendiendo que “la forma más adecuada para juzgar la procedencia de los (...) juicios de atribución viene dada necesariamente por la coincidencia de éstos con los criterios sociales de imputación de conocimientos. Sólo cuando se dé tal coincidencia podrá garantizarse que el hecho haya constituido la realización consciente de un comportamiento que contradice una norma penal ante la colectividad y, sólo en tal caso, podrá conseguirse que la pena asignada al delito doloso, como réplica a éste, despliegue adecuadamente sus efectos en el seno de la sociedad”.

5. Para poder imputar *el* dolo al sujeto, esto es *su* conocimiento típico, la jurisprudencia y la doctrina han venido proponiendo una serie de criterios objetivos de determinación de los grados de conocimiento, que no siempre se han de aplicar de forma conjunta, criterios que se concretan según el tipo delictivo²⁴⁵⁵, el rol del autor, la situación objetiva, entre otros factores. Como escapa al objeto de esta investigación ofrecer criterios de imputación del dolo me limitaré a reseñar y comentar brevemente algunos de ellos, enunciados ya de modo impecable en la literatura sobre la materia²⁴⁵⁶; pero, sin dejar de recordar, que los siguientes criterios no son -a mi modo de ver las cosas- criterios jurídicos de imputación, sino tan sólo criterios sociales de inferencia de los estados subjetivos, que han de complementarse con el criterio jurídico de imputación subjetiva por excelencia, que es la *subjetividad* del autor²⁴⁵⁷.

5.a. *Criterio de los conocimientos mínimos*²⁴⁵⁸: en primer lugar hay que determinar cuáles son los presupuestos objetivos ineludibles que deben darse en la persona imputada como para alegar que ella sabía lo que hacía, según el criterio de los conocimientos mínimos. Estos presupuestos son: debe tratarse de una persona normal (imputable) y socialmente integrada²⁴⁵⁹. Para predicar tal normalidad no puede sostenerse que requisito de ésta son los conocimientos mínimos que luego imputamos, porque entonces entramos en un círculo argumentativo irresoluble²⁴⁶⁰. Es decir, o es la normalidad el presupuesto necesario para hablar de determinados conocimientos mínimos o son los conocimientos mínimos los presupuestos necesarios para hablar de normalidad. Seguramente, para hablar de normalidad tendremos que recurrir a contemplar la existencia de determinados conocimientos, pero éstos no serán los que requeriremos para el dolo a través de los

²⁴⁵⁵ Por ejemplo, la jurisprudencia ha ido generando una especie de base de datos de “indicios-tipo” para inferir el dolo y la imprudencia en distintos tipos penales (como la idoneidad del arma empleada y la zona a la cual se dirige el disparo para inferir el dolo en el delito de homicidio, o el nivel de experiencia y pericia en la conducción de ciclomotores para inferir la índole del deber de cuidado infringido en la imprudencia). Dan cuenta de estos indicios-tipo, GONZÁLEZ LAGIER, “La prueba de la intención y el principio de racionalidad mínima”, *JD*, 2004, p. 41; LAURENZO COPELLO, *Dolo y conocimiento*, 1999, pp. 132 y ss.

²⁴⁵⁶ Sobre las denominadas por él “*reglas sociales de imputación o atribución de conocimientos*”, RAGUÉS I VALLÈS, *ibidem*, pp. 358 y ss. El orden de los criterios que sigo en el texto principal se corresponde al enunciado por este autor.

²⁴⁵⁷ Ello no empece a que el criterio de inferencia no coincida luego con el criterio subjetivo de imputación. Sucederá esto último casi siempre en relación con los conocimientos mínimos.

²⁴⁵⁸ Sobre el mismo RAGUÉS I VALLÈS, *ibidem*, pp. 379 y ss.

²⁴⁵⁹ Vale también la siguiente fórmula: persona adulta en pleno uso de sus facultades mentales y con una socialización normal. Sobre ella RAGUÉS I VALLÈS, *ibidem*, p. 359.

²⁴⁶⁰ Por el contrario RAGUÉS I VALLÈS, *ibidem*, p. 379, señala que “cuando socialmente se atribuye a otro sujeto la condición de *persona normal* se le imputan ya con ello determinados conocimientos cuya posesión se juzga presupuesto básico e irrenunciable para afirmar tal normalidad”.

conocimientos mínimos, sino que serán conocimientos generales sobre la dimensión fáctica y de valor sobre determinadas realidades comunes a todos. Sólo respecto de una persona normal (poseedora de esas condiciones subjetivas básicas que hacen a su imputabilidad) puede predicarse la concurrencia de los conocimientos mínimos dado el caso concreto. Esto es así, porque los conocimientos mínimos tienen que ver con realidades objetivas desvaloradas socialmente de conocimiento generalizado aplicadas al caso concreto (lo que supone el conocimiento de la situación objetiva o el deber de conocerla), mientras que los conocimientos generales tienen que ver más bien con la lógica y el funcionamiento de las cosas de la vida en general. Así, corresponde a los conocimientos mínimos el saber que el tocamiento sexual a una menor de cuatro años es un hecho desvalorado socialmente y, a los conocimientos generales, corresponde el saber distinguir entre una menor y una mujer adulta y el saber en qué consisten los hechos de tocamiento sexual. Una persona normal será entonces aquella que posea los conocimientos generales, en donde, sólo respecto de ella pueda predicarse la concurrencia de los conocimientos mínimos. Las consecuencias prácticas de distinguir entre los conocimientos mínimos (necesarios para el dolo) y los conocimientos generales (necesarios para la imputabilidad en general) son las siguientes: (a) sólo respecto de una persona normal o imputable se pueden predicar como regla general los conocimientos mínimos²⁴⁶¹; (b) cuando no puedan predicarse los conocimientos mínimos, ello no derivará necesariamente en una declaración de inimputabilidad de la persona o en la negación de su normalidad²⁴⁶², porque puede tratarse de una persona normal e imputable de socialización divergente²⁴⁶³ o de no-socialización²⁴⁶⁴, o bien de un caso de error de tipo vencible²⁴⁶⁵ o de un error de tipo invencible²⁴⁶⁶. En cuanto a la integración social de la

²⁴⁶¹ También en una persona semiinimputable o inimputable (plena) pueden concurrir en el caso concreto los conocimientos mínimos, pero ello no puede predicarse como regla general.

²⁴⁶² Por el contrario RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, 1999, pp. 379, 383, señala que la ausencia de los conocimientos mínimos “sólo se admite socialmente si es posible explicarla a través de la existencia simultánea de determinadas características personales del sujeto que tienen como base, precisamente, la negación de la *normalidad* de éste”; “las alegaciones por parte de un acusado (...) dirigidas a afirmar la ausencia de tales conocimientos sólo podrán ser viables si se acompañan de la alegación de que dicho acusado era, en el momento de realizar el hecho, plenamente inimputable”.

²⁴⁶³ Consideraciones similares bajo el acápite de “socialización exótica” en RAGUÉS I VALLÈS, *ibidem*, pp. 387 y ss.

²⁴⁶⁴ Un supuesto de no-socialización se daría en una persona que haya sido enclaustrada o confinada a vivir hasta su adultez en condiciones de nulo contacto con la sociedad.

²⁴⁶⁵ Para los casos de error de tipo vencible los conocimientos mínimos operan para determinar la vencibilidad del error. Por ejemplo, en una zona montañosa y en una noche sin luna, un excursionista bromea al pie de una loma empujando bruscamente a un compañero, cayendo éste al vacío.

²⁴⁶⁶ Por ejemplo, el camarero que es engañado a entregar una copa de vino envenenada a uno de los clientes del lugar.

persona imputable este presupuesto ha de ser entendido también de un modo muy general, dejando de lado exclusivamente los casos evidentes de socialización divergente o de no-socialización.

5.a.i. El criterio de los conocimientos mínimos sólo sirve para determinado grupo de casos autoevidentes o cuasi universales, como los siguientes: disparar a una persona a la cara desde una distancia ínfima, entraña un riesgo de muerte, o el empujar violentamente a otro desde un balcón de una tercera planta, produce el mismo desenlace, o el forzar a una persona a realizar un acto contra su voluntad comporta un riesgo de coacciones, o retener por semanas a un menor dentro de una habitación un riesgo de privación de la libertad, etc.²⁴⁶⁷, pero no sirven para otras realidades. Así, por ejemplo, es posible que un padre desconozca que la purpurina es mortal para la salud de un menor si éste la consume, y le permita a su hijo jugar con ello²⁴⁶⁸, o que un médico (al igual que toda la comunidad de médicos) ignore los efectos lesivos de determinado medicamento para la salud de determinado grupo de pacientes. Por eso, los denominados conocimientos mínimos sólo pueden regir para determinada clase de realidad objetiva, mientras que para otras precisarán de ir acompañados de otro criterio que les complemente²⁴⁶⁹. Por lo demás, dentro de la interpretación “oficial” de esas realidades objetivas pueden existir diferentes interpretaciones individuales en cuanto a los límites de la realidad (así, en un juego agresivo entre amigos ¿cuál es el límite del golpe permitido? o en una situación confusa de consentimiento matrimonial ¿cuál es el límite del esposo respecto del acto sexual permitido?).

5.b. *Criterio de las transmisiones previas (o simultáneas) de conocimientos*²⁴⁷⁰: este criterio sostiene que “*si se acredita que con anterioridad a la realización de un*

²⁴⁶⁷ Con más ejemplos GIMBERNAT ORDEIG, “Algunos aspectos de la reciente doctrina jurisprudencial sobre los delitos contra la vida”, *ADPCP*, 1990, p. 427. También RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, 1999, pp. 379 y ss.

²⁴⁶⁸ Definición del DRAE: “Polvo finísimo de bronce o de metal blanco, que se aplica a las pinturas antes de que se sequen, para darles aspecto dorado o plateado”. En algunos países se emplea este polvo para uso artístico y escolar, pero, recientemente se han dado un par de casos de inhalación involuntaria por parte de menores, que le ha conducido directamente a la muerte.

²⁴⁶⁹ Así también RAGUÉS I VALLÈS, *ibidem*, pp. 383-384, quien señala que “es imaginable un sujeto imputable que no sepa que el consumo de anilina puede causar daños a la salud”, de modo que para poder imputarle al sujeto el conocimiento del carácter tóxico de la misma ha de acreditarse, por ejemplo, que éste trabajaba en un sector especializado en la materia (como la industria del aceite).

²⁴⁷⁰ Sobre las transmisiones previas, véase RAGUÉS I VALLÈS, *ibidem*, pp. 403 y ss.

*comportamiento típico, a su autor le han sido transmitidos determinados conocimientos, éste sigue contando con ellos en el momento posterior en que efectivamente lleva a cabo dicho comportamiento*²⁴⁷¹. De este modo, puede sostenerse, que en el caso que un sujeto informe a otro que el arma de fuego que se halla en la repisa se encuentra cargada de municiones, y este último la coge en algún momento y la dispara contra un tercero, el segundo sujeto sabía debido a lo informado que el arma se encontraba cargada en el momento de disparar²⁴⁷². Pero estas afirmaciones tan rápidas y generalizantes han de matizarse de cara a la imputación, porque aunque permiten una inferencia de un posible conocimiento del riesgo de lesión, no obstante, hay que constatar que el autor concreto verdaderamente ha aprehendido el mensaje que se le ha transmitido. Los criterios han de aplicarse con prudencia porque lo que se ha de acreditar para atribuir conocimiento no es solamente la transmisión previa de la información, sino, más que nada, la adquisición relativamente correcta de la misma²⁴⁷³. Esto es así porque la transmisión de información no acredita *per se* que el sujeto informado la haya adquirido o comprendido. En efecto, es perfectamente posible que la información no haya sido adquirida (no se ha escuchado), o haya sido adquirida de forma deficitaria (se escuchó mal²⁴⁷⁴) o, siendo adquirida correctamente, se le dé otra interpretación (se la procesó de un modo diferente). Para el ejemplo del arma es plausible, si el contexto lo permite, que el segundo sujeto alegara que él escuchó que el arma se encontraba descargada (y no lo contrario), o que haya tomado la advertencia sólo en un sentido bromista, o simplemente, que no haya escuchado porque se encontraba con taponos en los oídos en el momento en que el otro sujeto le daba las indicaciones. En verdad, muchas alternativas son imaginables y, seguramente, por ello,

²⁴⁷¹ Cfr. RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, 1999, p. 403.

²⁴⁷² Cfr. RAGUÉS I VALLÈS, *ibidem*.

²⁴⁷³ En sentido contrario RAGUÉS I VALLÈS, *ibidem*, p. 404, para quien “acreditada tal *transmisión*, ésta sirve para atribuir (...) a dicho sujeto la posesión de los conocimientos previamente transferidos en el instante posterior de realización del hecho típico”. También MIRÓ LLINARES, *Conocimiento e imputación*, 2009, pp. 225 y ss., 271 y ss., 278, emplea este criterio de imputación (transmisión del conocimiento) para fundamentar la responsabilidad penal del partícipe.

²⁴⁷⁴ En el verano de 2015 sucedió un hecho muy conmovedor publicado en la prensa (*El Mundo* digital, 11/08/2015): el caso de una adolescente holandesa que practicaba *puenting* (o *jumping*) y que, según dicen las primeras versiones periodísticas, el instructor le dio la orden de no saltar (*No jump!*), pero ella habría entendido que ya podía saltar (*Now, jump!*). Al saltar desde unos 30 metros de altura se terminó estrellando contra el suelo debido a que no llevaba los cordones de seguridad atados al cuerpo. Alternativa al caso para poder explicar la transmisión y adquisición de conocimientos: supongamos que la información se transmite entre dos instructores, en donde uno de ellos es el que hace saltar a los practicantes. Dado un caso de relevancia penal, si el instructor *A* dice haber transmitido la información *X* al instructor *B*, habrá que acreditar que *B* adquirió la información *X*, y no la información *Y* o *Z*.

posibles, de forma tal que el criterio de atribución ha de reforzarse acreditando la adquisición del conocimiento y no sólo la transmisión²⁴⁷⁵. En cualquier caso, constatar que el sujeto informado ha adquirido el conocimiento no está exento de problemas, los cuales se pueden resolver de modo más fácil cuando existe un deber general o especial de conocer.

5.b.i. Como alternativas a un deber general de conocer pueden presentarse los supuestos de transmisión de conocimientos respecto de los cuales al sujeto informado sólo le compete conocer según las circunstancias concretas y no según su posición de garantía o rol. Así, por ejemplo, quien ha sido informado previamente de que el tapado fino de piel que se encuentra sobre el diván tiene un valor económico importante y, con el pasar de las horas, el sujeto informado se olvida y sin ningún tipo de cuidado tropieza echándole lejía de ropa, sólo cuenta con un deber general de adquirir y retener el conocimiento. Esto supone admitir un margen más amplio de errores en la adquisición del conocimiento y de fallos en la retención del mismo, que cuando existe un deber especial de conocer. Por el contrario, quien se encuentra desempeñando una determinada actividad permitida de riesgo, cuyos *outputs* lesivos ha de neutralizar, tiene un deber especial de adquirir y retener el conocimiento de modo más intenso²⁴⁷⁶. Por ejemplo, por volver a un caso citado por la doctrina: “cuando se comunica antes de la cacería a un cazador que un montero está en determinado puesto, pero aquél lo olvida en el calor de la cacería y mata de modo inconsciente *in actu* de un disparo a la persona apostada en el punto determinado”²⁴⁷⁷, se trata de un caso de homicidio doloso y no imprudente, toda vez que el cazador ha adquirido el conocimiento de la situación momentos antes y debido a la naturaleza de la actividad que realiza, tiene un deber especial de retener dicha información en el momento de disparar²⁴⁷⁸. Asimismo, también quien desempeña un determinado rol o profesión que requiere la

²⁴⁷⁵ Por lo demás no son descartables los casos en que el sujeto informante mienta que ha transmitido el conocimiento, o que lo haya hecho de forma defectuosa o que se haya olvidado de hacerlo y dude de si lo hizo, entre otras alternativas también imaginables en este aspecto.

²⁴⁷⁶ También de modo similar y siguiendo la línea de FREUND, manifiesta RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, 1999, p. 406, que “respecto a determinado género de conocimientos no parece haber lugar (desde el punto de vista de las valoraciones sociales) para la posibilidad de olvido”. En nota al pie 1111 este autor aclara que entiende el concepto de olvido “en un sentido amplio, que incluye tanto la pérdida definitiva como la no actualización momentánea de determinados conocimientos”.

²⁴⁷⁷ Cfr. ROXIN, *StrafR, AT*, 2006 (4ª ed.), § 12, nm. 122, p. 497 [1997, p. 472], para quien se trata de un homicidio imprudente (y no doloso).

²⁴⁷⁸ El caso fue resuelto anteriormente como de conocimiento coconsciente, suficiente para el dolo. Además, al caso se le podría añadir el condicionante temporal al que hace referencia RAGUÉS I VALLÈS, *ibidem*, p. 408 (“cuando entre el tiempo transcurrido entre *transmisión* y realización típica haya sido breve no resulta creíble que el sujeto pueda haber olvidado los conocimientos que le fueron previamente transferidos”).

adquisición y actualización de determinados conocimientos, cuenta con un deber especial de conocer que limita al extremo la alegación posterior de no haber conocido por no haber adquirido la información transmitida. Así, el médico al que le han sido transmitidas determinadas informaciones actualizadas con las que él debe contar antes de iniciar el curso de riesgo, sobre determinados utensilios de cirugía, que luego son incorrectamente empleados por el mismo por no haber consultado el informe a él dirigido en donde se le ponía en conocimiento de tales detalles. En un momento posterior la alegación que él desconocía los detalles típicos del riesgo que asumió no podría ser procedente para exculparlo del desconocimiento, debido a la infracción consciente de su deber especial de conocer²⁴⁷⁹.

5.b.i.a. Fuera de los casos específicos como el rol o la profesión ¿cuáles son los indicios a tener en cuenta para afirmar que el sujeto ha infringido un deber de conocer? La respuesta depende de cada caso concreto o de grupo de casos. No obstante, existen algunas circunstancias del hecho que habrían de descartarse *in limine* como indicios del dolo, por resultar verdaderas presunciones *contra reo* o, mejor dicho, no habrían siquiera de reunir la condición de indicios. Por ejemplo, alguna resolución judicial ha considerado como indicio válido para dar por probado el conocimiento del autor, el comportamiento delictivo de un tercero relacionado con aquél. Así, se ha sostenido en un caso de narcotráfico que la imputada se había colocado en situación de ignorancia deliberada respecto del contenido de droga del paquete que recibía por correo postal a su nombre. Para ello, se consideró, en primer lugar, que la imputada infringió un deber de conocer el contenido de dicho paquete; en segundo lugar, que la misma era parte del hecho delictivo, toda vez que para recibir el paquete ella debió de haber brindado su domicilio y datos personales; y, en tercer lugar, que nadie se arriesga a enviar una mercancía de tanto valor a un destinatario que ignora el contenido del paquete²⁴⁸⁰. Como se podrá advertir del caso, imputar un conocimiento típico a una persona por el comportamiento disvalioso de un tercero, resulta a todas luces una verdadera presunción *contra reo*, al transferir la intención delictiva de uno al otro por el mero hecho de la existencia de una conexión personal, todavía neutra²⁴⁸¹. Con independencia de que según otros argumentos de la sentencia, la imputada haya realmente debido saber lo que contenía el paquete, no puede afirmarse como indicio de la ignorancia

²⁴⁷⁹ Véase también la jurisprudencia del soldado citada en RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, 1999, p. 409, nota al pie 1114.

²⁴⁸⁰ Cfr. SAP Madrid 16/01/2002 (Mozo Muelas). En comentario a la sentencia, RAGUÉS I VALLÈS, *La ignorancia deliberada*, 2007, pp. 51-53, advierte que la figura de la ignorancia deliberada es usualmente empleada “para superar los problemas que se le plantean” a los tribunales “para acreditar el hecho de que” el acusado o la acusada “realmente se representara” los elementos del tipo penal (en el caso, el objeto de la representación debió haber sido el contenido del paquete).

²⁴⁸¹ Esto se encuentra prohibido por el principio de la responsabilidad personal por el hecho propio.

deliberada, el hecho de que una persona al brindar los datos personales y su domicilio a otra persona, necesariamente, sabe lo que le han de enviar o debiera saberlo²⁴⁸².

5.c. *Criterio de la exteriorización del propio conocimiento*²⁴⁸³: el supuesto prototípico de exteriorización del conocimiento es la afirmación verbal, por escrito, y hasta gestual del sujeto, que conocía lo que hacía en el momento de los hechos, lo que procesalmente se conoce como la confesión del acusado si es realizado luego de realizado el hecho y ante terceros²⁴⁸⁴. Dicha exteriorización para ser dada por válida²⁴⁸⁵ ha de ser bastante inequívoca, es decir, que deje poco margen de duda acerca de la interpretación de la afirmación, y bastante creíble, esto es, que deje poco margen de duda acerca de la no veracidad de la afirmación. Las formas que puede asumir la exteriorización del conocimiento son dos: (a) exteriorización explícita: cuando el sujeto hace evidente de forma oral o escrita que él sabía lo que hacía²⁴⁸⁶; (b) exteriorización por actos concluyentes, esto es, a través de determinadas formas de actuar o de comportarse²⁴⁸⁷.

5.d. *Criterio de las características personales del sujeto*²⁴⁸⁸: se entiende que el conjunto de características personales del autor pueden llegar a servir de base objetiva para la imputación de determinada clase de conocimientos²⁴⁸⁹. Por ejemplo, reunidas las condiciones 1 (médico-cirujano) y 2 (con experiencia), puede determinarse que el sujeto conocía que emplear material quirúrgico no esterilizado en la intervención de un paciente podría con total seguridad producir graves daños a la salud (infecciones y lesiones por derivación); así también se podría imputar un conocimiento de lo indebido de la resolución a un funcionario público que resuelve al margen del reglamento determinadas cuestiones

²⁴⁸² Esto es así, no sólo porque nadie está en posición de garante respecto a las conductas de terceros autorresponsables (prohibición de regreso, o riesgo permitido en la participación), sino también porque tales indicios son un arma de doble filo, en la medida en que es perfectamente posible que el remitente envíe mercancía prohibida a un destinatario que desconoce por completo el contenido del paquete, utilizando aquél la amistad que mantiene con éste como para enviarle una mercancía prohibida que él luego obtendrá a su nombre (autoría mediata de un delito de narcotráfico).

²⁴⁸³ Sobre el mismo RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, 1999, pp. 411 y ss.

²⁴⁸⁴ Sobre los tres momentos temporales en que pueden presentarse las exteriorizaciones del conocimiento, de lo que no me puedo ocupar aquí, RAGUÉS I VALLÈS, *ibidem*, pp. 412 y ss.

²⁴⁸⁵ Lo que excluiría los supuestos de exteriorizaciones patológicas comentadas en RAGUÉS I VALLÈS, *ibidem*, pp. 420 y ss.

²⁴⁸⁶ Cfr. sobre ésta y sus ejemplos RAGUÉS I VALLÈS, *ibidem*, pp. 416 y s.

²⁴⁸⁷ Cfr. sobre ésta y sus ejemplos RAGUÉS I VALLÈS, *ibidem*, pp. 417 y s.

²⁴⁸⁸ Sobre el mismo RAGUÉS I VALLÈS, *ibidem*, pp. 425 y ss.

²⁴⁸⁹ Cfr. RAGUÉS I VALLÈS, *ibidem*, p. 425.

disciplinarias sometidas a su competencia, produciendo graves prejuicios en la promoción de la carrera de algún empleado a su cargo. La doctrina suele mencionar como condiciones objetivas las siguientes: profesión, estudios, lugar de procedencia o residencia, relaciones personales con otros individuos, su nivel cultural, etc.²⁴⁹⁰, a lo que puede añadirse, edad, sexo, familia en la cual ha sido educado, pasatiempos, creencia religiosa, cargo o función dentro de una institución, pluralidad de funciones (por ejemplo, músico de orquesta y profesor de música particular), distinciones u honores a su trayectoria profesional, miembro de asociaciones y agrupaciones profesionales, políticas o sociales (colegios, comunidades de vecinos, círculos espirituales, etc.). Todas estas características personales orientan la imputación de los conocimientos del autor, desde la perspectiva del sentido social²⁴⁹¹. No obstante, que todos estos indicadores personales puedan orientar al juzgador en la imputación subjetiva, lo que ha de comprobarse es que derivado del rol, la educación, o la función profesional, el sujeto contaba con los conocimientos ordinarios, técnicos, especiales o superiores necesarios para el tipo subjetivo en el contexto de riesgo en el que realizó la conducta. Es decir, no es suficiente con probar que el sujeto es un médico de trayectoria, sino que el sujeto en su función de médico de trayectoria no observó la norma de cuidado debido en el caso concreto que lo llevó a desconocer que el instrumental quirúrgico no había sido correctamente esterilizado, o que el paciente que tiene frente a sí es alérgico a tal o cual sustancia química. Todo esto teniendo en cuenta que no son las características personales las que se imputan, sino el conocimiento concreto que se pueda derivar a razón de ellas en el caso concreto²⁴⁹². Porque, entre otras cosas, no hay que olvidar que siempre contamos con la posibilidad del error vencible e invencible.

5.d.i. A diferencia de lo que entiende la doctrina respecto de las características personales del autor como *un* criterio de imputación, aquí entiendo que éste es *el* criterio de imputación por excelencia, desde el que se realiza el juicio de imputación, que asume por eso mismo como baremo de medición a la persona del autor en su mejor versión.

5.e. *Otros criterios*: (a) razones político-criminales de merecimiento, como la consideración de la corresponsabilidad social o grupal en la configuración del conocimiento

²⁴⁹⁰ Cfr. RAGUÉS I VALLÈS, *ibidem*, p. 426. Se refería a la edad y a la capacidad de discernimiento (desde un dolo concebido como parte de la culpabilidad), BAUER, *Abhandlungen aus dem Strafrechte*, 1840, p. 282.

²⁴⁹¹ Cfr. RAGUÉS I VALLÈS, *ibidem*, con ejemplos (pp. 426 y ss.).

²⁴⁹² Exige también la contextualización RAGUÉS I VALLÈS, *ibidem*, pp. 430 y ss.

típico del autor²⁴⁹³. Determinadas pautas estandarizadas de conducta (habituación al riesgo) aunque se encuentren legitimadas socialmente por la práctica masiva o sectorial a través del tiempo, no necesariamente reúnen el requisito de adecuación social. Por el contrario, por encontrarse fuertemente arraigadas en determinados ámbitos no muy visibles de la vida comunitaria, suelen pasar “conscientemente desapercibidos”. Sucede respecto de determinadas prácticas grupales, como el tráfico de influencias, cambio de favores, acoso psicológico, dádivas, sobornos y chantajes, que en el contexto en el que se realizan se revelan como permitidas. Dado el caso, quien se integra a dicha organización podría ir asumiendo con el tiempo que las mencionadas prácticas forman parte de las reglas del juego grupal, que de cumplirse generan aceptación y promoción y de infringirse o rebelarse generan reproche y exclusión. Seguramente, la plena consciencia de lo típico de la conducta conlleva a un dolo, pero, también puede suceder, que inmerso en el grupo, el sujeto activo, por no tener la oportunidad concreta de contrastar tales prácticas, termine “creyendo” que obra sin realizar ningún comportamiento socialmente disvalioso. Sólo en estos supuestos, llegado el caso, *podría* considerarse excepcionalmente que la infracción a una incumbencia de conocer acerca de los extremos lesivos de las prácticas, haya sido provocada por la misma dinámica grupal. Es decir, se desplazaría el dolo del autor sólo en la medida en que su capacidad de cumplir con su deber de informarse se encontrara anulada por la dinámica del grupo. Algo similar, pero a escala social, sucedió con el maltrato de género en otras épocas, en el que el mismo gozaba de una especie de amparo social. Evidentemente, el conocimiento típico del maltratador sólo podía ser explicado como generado en una educación y socialización androcéntrica, lo que actualmente tiende a revertirse a favor de la igualdad de respeto. (b) Otro criterio es el plan del autor, que es empleado por la doctrina en casi todos los niveles de la teoría del delito. En lo que aquí interesa, el plan del autor es un criterio normativo-objetivo no sólo para determinar el dolo del autor²⁴⁹⁴, sino también como

²⁴⁹³ Respecto de considerar la corresponsabilidad social en el ámbito de la individualización de la pena, SILVA SÁNCHEZ, “El delito: ¿responsabilidad individual o responsabilidad social?”, *Iter Criminis*, 2002, pp. 97 y ss. También en SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2010 (2ª ed.), p. 48 (§1.1); con palabras muy sugerentes: “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” (p. 49, §1.2). En la misma línea STRATENWERTH, *El futuro del principio jurídico penal de culpabilidad*, 1980, p. 120, señala claramente que “en lugar de un Derecho penal retributivo que atribuye la lesión de un derecho sólo al autor ayudándose para ello con el reproche de culpabilidad y que lo abandona con posterioridad a su propio destino, debe implantarse una forma de la reacción jurídico-penal que extraiga las consecuencias de la corresponsabilidad de la sociedad y que ejerza por lo tanto frente al autor una solidaridad humana”.

²⁴⁹⁴ Por ejemplo, para ROXIN, *StrafR, AT*, 2006 (4ª ed.), § 12, nms. 6, 22, 155-156, pp. 438, 445-446, 512-513, *passim* [1997, pp. 416-417, 425, 489, *passim*], el criterio objetivo de la “realización del plan” constituye lo

contracara, la racionalidad del medio empleado en la tentativa punible²⁴⁹⁵ y los grados de ejecución del delito²⁴⁹⁶. (c) Finalmente, un tercer criterio es el denominado conocimiento situacional²⁴⁹⁷, que ha sido definido desde tres caracteres: “*en primer lugar*, que el sujeto activo sepa que una conducta, bajo determinadas circunstancias, resulta apta para producir un resultado (*correcto conocimiento de la aptitud lesiva en abstracto*); *en segundo lugar*, que el sujeto sea consciente de que en la situación concreta (...) concurren las circunstancias objetivas que la hacen apta para producir dicho resultado (*correcto conocimiento situacional*); *finalmente*, que el sujeto integre los dos anteriores conocimientos en un *juicio de concreta aptitud lesiva (...)*”²⁴⁹⁸.

6. Además de la mención de estos criterios de imputación, también es posible formular el juicio de imputación desde las denominadas leyes comparativas, que he mencionado en el *Capítulo Segundo*. Emplearé, al respecto, el consejo de PUPPE acerca de la aplicación de estas leyes para reducir la vaguedad de los conceptos graduales²⁴⁹⁹. Como se ha dicho, esta autora enseña que en el ámbito de estructuras conceptuales complejas, como los conceptos graduables, determinadas leyes comparativas pueden aportar concreción al concepto²⁵⁰⁰. Las leyes de comparación como pautas externas de referencia nos pueden ayudar a concretar la vaguedad del concepto de dolo en relación con el conocimiento típico a imputar.

6.a. *Conoce el sujeto cuando cualquier persona limitadamente razonable hubiese conocido en su lugar*: este criterio se coherente a la perfección con la teoría de los

esencial para identificar el dolo del autor, y distinguirlo de la imprudencia. De allí que emplea este criterio “como parámetro valorativo para la imputación al dolo”, criterio que “se corresponde con el elemento de la realización del peligro como parámetro de imputación para el tipo objetivo”. Así, para ROXIN “el parámetro de imputación del tipo objetivo es (...) la realización del peligro, [y] el del subjetivo [es] la realización del plan”. Evidentemente, este autor está refiriéndose al tipo subjetivo doloso, porque la realización del plan no se aplica al tipo imprudente. En similar sentido SAFFERLING, *Vorsatz und Schuld*, 2008, pp. 187 y ss.

²⁴⁹⁵ Para la tentativa inidónea, véase MIR PUIG, “Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el nuevo Código penal”, *RECPC*, 2001, *passim*.

²⁴⁹⁶ Vuelve a referirse a la *Planverwirklichung* ROXIN, “Gedanken zum ‘*Dolus Generalis*’”, en *FS für Würtenerberger*, 1977, pp. 109 y ss. para determinar la tentativa acabada. Lo que decide entre una cosa y otra no es la realización del riesgo, sino la realización del plan. También, valora el plan del autor en los grados de tentativa, según la puesta en peligro inmediata del bien jurídico y la inmediatez temporal, MIR PUIG, *Dp, Pg*, 2011 (9ª ed.), pp. 355 y ss. Crítico con esta línea, JAKOBS *Dp, Pg*, 1997 (2ª ed.), p. 364, nota al pie 158.

²⁴⁹⁷ Sobre el mismo RAGUÉS I VALLÈS, *ibidem*, pp. 443 y ss.

²⁴⁹⁸ Cfr. RAGUÉS I VALLÈS, *ibidem*, p. 444.

²⁴⁹⁹ Cfr. PUPPE, “Sobre el uso de definiciones”, en *El Derecho penal como ciencia*, 2014, pp. 25 y ss.

²⁵⁰⁰ Cfr. PUPPE, *ibidem*.

“conocimientos mínimos”²⁵⁰¹. La ventaja de esta fórmula reside en que permite imputar como conocidos aquellos riesgos socialmente desaprobados, universalmente conocidos. Esto significa dejar un cuasi nulo margen al desconocimiento de determinados riesgos (por ejemplo, el riesgo de matar a un ser humano en condiciones obvias de lesión), a la vez que revela la necesidad de establecer qué riesgos han de considerarse como universalmente conocidos²⁵⁰². Otra fórmula similar sería: *conoce más el sujeto cuando se tratare de un riesgo* mala in se, que son los peligros desvalorados socialmente al alcance del conocimiento de todos²⁵⁰³. Sin embargo, el obstáculo de esta fórmula reside en que intersubjetiviza la responsabilidad del sujeto concreto, dejando poco margen a la aplicación del error y del conocimiento deficitario. Todas las fórmulas intersubjetivas en sede de la tipicidad subjetiva son, a mi entender, poco respetuosas con el principio de culpabilidad, del mismo modo que lo es la pauta procesal de interpretación del *in dubio pro reo*, cuando se la aplica como regla general, porque ello pone en evidencia que se asume *prima facie* el dolo del autor. Cuando, anteriormente, me referí al principio de caridad defendí la idea de que desde este principio hay que asumir toda clase de interpretación de los hechos ajenos, pero dejando en claro que el *in dubio pro reo* es sólo una de sus posibles formas de manifestación en los supuestos ambiguos de muy difícil determinación²⁵⁰⁴.

6.b. *Conoce el sujeto cuando él debería haber conocido en el caso concreto*: este criterio vincula el conocimiento al deber de conocer, ya sea un deber cualificado de conocer (por el rol) o un deber de conocer derivado de un conocimiento deficitario o de un error

²⁵⁰¹ Sobre los conocimientos mínimos, véase RAGUÉS I VALLÈS, *ibidem*, pp. 379 y ss.

²⁵⁰² Esta es una fórmula similar a la formulada por HERZBERG. Este autor, que se propone eliminar toda clase de elemento anímico del concepto de dolo (eventual), logra reducir la amplitud del criterio de la probabilidad objetiva completándolo con la representación de la probabilidad objetiva (con significancia típica) de un peligro descubierto. Cfr. HERZBERG, “Die Abgrenzung vom Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit”, *JuS*, 1986, pp. 249 y ss.

²⁵⁰³ = concepto material de delito. Serían las infracciones más graves o especialmente graves, aquellas que reclaman para sí una pena. Algunos de los presupuestos que hacen referencia a la incuestionable gravedad de la acción necesitada de pena son: un desvalor de acción y resultado especialmente elevados, teniendo en cuenta la jerarquía del bien jurídico, y a través de un menoscabo grave al bien y una decisión cualificada (dolosa) contra dicho bien. En este sentido la propuesta de FRISCH, comentado con detalles en KUHLEN, “¿Es posible limitar el Derecho penal?”, en *El sistema integral del Dp*, 2004, pp. 130 y ss., 133 y ss.

²⁵⁰⁴ En sentido inverso, cuida el valor del principio *in dubio pro reo* en el ámbito de la acción, SILVA SÁNCHEZ, “La función negativa del concepto de acción”, *ADPCP*, 1986, p. 923, nota al pie 74. En la explicación sobre el carácter material de la acción, este autor señala que la adopción de una perspectiva amplia en este tema “no implica en absoluto infringir –en el plano procesal– el ‘*in dubio pro reo*’. Pues en todo caso será preciso que se pruebe el mínimo de accesibilidad a la motivación normativa que es condición indispensable de la afirmación de que un proceso tiene ‘carácter de acción’”.

vencible en una situación típica. Una variante de este criterio sería que *a mayor jerarquía del interés que el deber protege, mayor conocimiento* o, lo que es lo mismo, *conoce el sujeto cuanto mayor jerarquía posea el bien jurídico puesto en peligro*²⁵⁰⁵. En estos casos, todavía, se puede matizar teniendo en cuenta la clasificación de los bienes jurídicos en personales, sociales y supraindividuales.

6.c. *Conoce el sujeto cuando mayor evidencia empírica revele el hecho en el momento de su realización*: este es un criterio esencialmente empírico, fácilmente aplicable en los delitos de resultado, como el homicidio, lesiones o daños. En estas situaciones no se trata de lo que se evidencia de cara a terceros, sino de cara al sujeto activo. Por ejemplo, el sujeto que dispara sobre la sien de un tercero percibe lo lesivo de su comportamiento de una forma mucho más evidente que el administrador que, indebidamente, remite fondos de la empresa a una entidad en el extranjero; o el autor que coloca una bomba en una finca abandonada para cobrar un seguro, también percibe de forma directa la inminente y segura afectación del bien jurídico propiedad.

6.d. *Conoce el sujeto cuando mayor implicancia o interés tiene el mismo en la actividad que realiza*: este criterio puede explicar los supuestos de ignorancia deliberada en el ámbito del Derecho penal económico, teniendo en cuenta la actividad específica que realiza el agente, junto a su posición de garantía. En estos supuestos, como las posiciones de garante, el comportamiento adecuado sectorialmente se encuentra específicamente regulado, de forma tal que es fácilmente deducible lo que el sujeto sabía o debía saber.

²⁵⁰⁵ Por ejemplo FRISCH engloba como bienes especialmente importantes a los que hacen a las condiciones centrales de desarrollo y existencia del ser humano. Comentado con detalles en KUHLEN, “¿Es posible limitar el Derecho penal?”, en *El sistema integral del Dp*, 2004, p. 133 (con nota al pie 21).

CAPÍTULO QUINTO

CLASES DE IMPUTACIÓN DEL CONOCIMIENTO

II.V.1. CONSIDERACIONES GENERALES

1. Por regla general, se imputa subjetivamente en los supuestos en que concurren en el momento de la realización del tipo todos los requisitos subjetivos necesarios para imputar. Excepcionalmente, se puede imputar subjetivamente en los casos en los que *no* concurren en dicho momento todos los requisitos subjetivos necesarios para imputar, pero concurren en un momento anterior. A la primera técnica se la denomina imputación subjetiva ordinaria y a la segunda imputación subjetiva extraordinaria²⁵⁰⁶, que en algunos planteamientos han sido identificadas en sede de la tipicidad con el conocimiento (dolo) y el error (imprudencia), respectivamente. Las formas de imputación subjetiva son modelos teóricos o legislativos de explicación de la atribución de la responsabilidad penal. En la base de todo juicio de imputación subyace una estructura causalista en el sentido aristotélico²⁵⁰⁷, desde la cual se busca el origen libre del hecho²⁵⁰⁸, lo que no empece a su posterior valoración. Se pretende enlazar el resultado (o puesta en peligro) típico con el aspecto subjetivo correspondiente que lo generó²⁵⁰⁹.

2. Antes de comenzar he de aclarar lo siguiente: este trabajo no consiste en una exposición histórico-dogmática de estas formas de imputación a través de todos los niveles e institutos de la teoría del delito, si no, por el contrario, consiste en la defensa de algún modelo de

²⁵⁰⁶ Cfr. HRUSCHKA, *Strukturen der Zurechnung*, 1976, pp. 44 y ss. También SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación y teoría del delito*, 2008, pp. 532 y ss., *passim*.

²⁵⁰⁷ Véase MOSTERÍN, "Introducción", en *Intención* (ANSCOMBE), 1991, pp. 11-12.

²⁵⁰⁸ Como se verá, el origen libre del hecho puede encontrarse en el momento de la realización de los elementos del tipo penal o en un momento anterior. Ya para ARISTÓTELES, una acción es libre (y realizada con volición) cuando el origen de la acción reside en el propio agente y éste conoce las circunstancias relevantes de la acción. En sentido contrario, el actuar es no-libre (y realizado sin-volición) cuando faltan uno u otro elemento. Cita extraída de HRUSCHKA, "Actio libera in causa y autoría mediata", en *Imputación y Dp*, 2005, p. 158, nota al pie 3.

²⁵⁰⁹ Véase, en las ciencias sociales, ELSTER, *La explicación del comportamiento social*, 2010, pp. 29, 37, para quien, en la regresión explicativa de un acontecimiento, debemos llegar a un suceso positivo (por ejemplo una decisión consciente de...); pero, a la vez citar una causa no es suficiente, también es preciso señalar el mecanismo causal.

imputación de los existentes y su aplicación en el ámbito de la tipicidad subjetiva²⁵¹⁰. Por eso, para evitar confusiones en lo que resta del texto, cuando me esté refiriendo a la imputación ordinaria o a la imputación extraordinaria lo estaré haciendo en referencia exclusiva a la *imputación subjetiva del tipo*²⁵¹¹, y no a las restantes categorías de la teoría del delito que también pueden dar lugar a una imputación ordinaria y extraordinaria (acción, causas de justificación y culpabilidad)²⁵¹². Asimismo, cuando emplee el término imputabilidad o inimputabilidad lo estaré haciendo con el mismo alcance general que le he dado en otras partes del trabajo, como la presencia o ausencia de alguno de los requisitos subjetivos de la imputación que, evidentemente aquí, se refiere al conocimiento.

3. Por lo demás, el capítulo estará orientado a dar cabida teórica y jurídica a la imputación extraordinaria, dejando de lado aquellas concepciones que cuestionan la constitucionalidad de la figura de la *actio sive omissio liberae in causa*²⁵¹³ o la consideran poco útil y superflua²⁵¹⁴. Soy consciente de que, quizá, lo más adecuado metodológicamente hubiese

²⁵¹⁰ Un estudio monográfico histórico-dogmático de la imputación extraordinaria en sede de la acción y la culpabilidad, entre nosotros, ALCÁCER GUIRAO, *Actio libera in causa*, 2005, pp. 23, 87 y ss.; JOSHI JUBERT, *La doctrina de la "actio libera in causa"*, 1992, pp. 13 y ss., 83 y ss., *passim* (a la vez que reconoce la posibilidad de esta figura en todos los niveles de la teoría del delito); en los delitos de omisión, SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2003 (2ª ed.), pp. 325 y ss.; en sede de la culpabilidad, DÍAZ PITA, *Actio libera in causa*, 2002, pp. 17 y ss., 113 y ss., 180; sobre la tentativa de la *actio libera in causa*, DEMETRIO CRESPO, *La tentativa en la autoría mediata y en la actio libera in causa*, 2003. En Alemania, sobre la acción ejecutiva en los delitos de resultado desde el modelo de la tipicidad, LEUPOLD, *Die Tathandlung der reinen Erfolgsdelikte*, 2005; en sede de la culpabilidad, HETTINGER, *Die actio libera in causa*, 1988, pp. 21 y ss.; en general, SCHMIDHÄUSER, *Die Actio libera in causa*, 1992; en relación con el delito de conducción en estado de embriaguez del § 316 del StGB alemán, STÄCKER, *Mittelbare Täterschaft und actio libera in causa*, 1991. Desde la estructura del comportamiento culpable previo (*Vorverschulden*) en materia de dolo, ZIEGERT, *Vorsatz, Schuld und Vorverschulden*, 1987; en la culpabilidad (hechos pasionales), BEHRENDT, *Affekt und Vorverschulden*, 1983; en general, NEUMANN, *Zurechnung und Vorverschulden*, 1985. Omito referirme a la manualística y a los artículos científicos sobre la materia debido a su magnitud.

²⁵¹¹ Además, esto supone diferenciar que la imputación del hecho en sí y la imputación de su dimensión jurídica son dos cuestiones bien distintas. Es importante distinguir los dos objetos del conocimiento, lo atinente al *facti* y lo atinente al *iuris*. Como subraya MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, 2001, p. 114, "la imputación de la muerte de otro es distinta de la imputación del desvalor jurídico de la muerte", aunque ambas sean imputaciones imprescindibles para el reproche subjetivo al autor.

²⁵¹² En el modelo de HRUSCHKA tanto la imputación ordinaria como la extraordinaria pueden referirse al primer nivel (cuando se imputa el hecho, *imputatio facti*), o al segundo nivel (cuando se imputa el hecho antijurídico o la culpabilidad, *imputatio iuris*). Cfr. HRUSCHKA, "Actio libera in causa y autoría mediata", en *Imputación y Dp*, 2005, pp. 157 y ss.

²⁵¹³ = acción u omisión libres en la causa.

²⁵¹⁴ Entre los "enemigos" de la *actio libera in causa*, HORN, (Eckhart), "Der Anfang vom Ende der *actio libera in causa*", *StV*, 1997, pp. 264 y ss. (el título del artículo es más que gráfico: el principio del fin de la *actio libera in causa*); HETTINGER, *Die actio libera in causa*, 1988, pp. 449, 459 (entendiendo que la *alic* no cuadra en el Derecho alemán vigente).

sido ofrecer los contraargumentos a los autores que critican la legalidad o utilidad de esta figura, pero ello me hubiese desviado muy considerablemente del objeto de este capítulo. En todo caso, valgan algunas apreciaciones al respecto. (a) El estado defectuoso provocado o no evitado por el autor desde el cual se comete un hecho delictivo se ha de poder imputar subjetivamente al mismo, sin que ello signifique retornar al concepto de la responsabilidad por la conducción de la vida (*Lebensführungsschuld*)²⁵¹⁵ o a una culpabilidad previa (*Vorverschulden*) desconectada del hecho²⁵¹⁶. (b) No se infringe el principio de coincidencia o simultaneidad temporal entre el tipo objetivo y el tipo subjetivo, si entendemos este principio desde un enfoque normativo o valorativo²⁵¹⁷. De modo bastante claro, en los supuestos de *alic*, la acción precedente es libre y la acción consecuente, en donde se realiza el hecho delictivo es no-libre. Esta última se imputa al autor de modo extraordinario bajo el fundamento de la acción libre del momento previo²⁵¹⁸. (c) No se infringe el principio de culpabilidad, puesto que el presupuesto subjetivo del dolo o la imprudencia viene dado en la conducta libre configuradora del estado defectuoso²⁵¹⁹, asumiendo como consecuencia necesaria que el sujeto no pueda beneficiarse de su propia actuación fraudulenta²⁵²⁰, de modo que, así como “no hay pena sin culpabilidad”, “tampoco

²⁵¹⁵ La misma apreciación en ROXIN, *StrafR, AT*, 2006 (4ª ed.), § 6, nm. 20, p. 188 [1997, p. 187]. Por el contrario, desde el argumento de la culpabilidad por la conducción de la vida, negaba atenuación a los casos de cegueras jurídicas, MEZGER, “Rechtsirrtum und Rechtsblindheit”, en *FS für Kohlrausch*, 1978 (reimp.), pp. 183 y ss.

²⁵¹⁶ En comentario a la concepción de KAUFMANN sobre las causas de justificación, MUÑOZ CONDE, “De lo vivo y de lo muerto en la obra de Armin Kaufmann”, *ADPCP*, 1991, p. 336, rechaza sólo aparentemente la tesis de STRATENWERTH “de que en determinados casos de error, la culpabilidad puede ser fundamentada en el comportamiento anterior (*Vorverschulden*). Ciertamente parece inevitable tener en cuenta el comportamiento anterior del sujeto para valorar el acto que realiza, pero ello sólo es posible en la medida en que se materialice en el acto mismo y esté en estrecha conexión con él. Pero no se puede ir más allá de esto so pena de convertir la culpabilidad en una especie de ‘culpabilidad por la conducción de vida’ más próxima a los postulados nazis del Derecho Penal de autor que a los de un Derecho Penal liberal de acto”.

²⁵¹⁷ Otros autores salvan este principio desde una solución estructural, ampliando o extendiendo el concepto de acción típica o el de culpabilidad (una especie de figura similar al *dolus generalis*). El principal representante del modelo de la extensión, considera que la culpabilidad no es algo que se dé en un momento determinado, sino que como juicio de valor, puede estar presente en un lapso de tiempo unificado. Cfr. STRENG, “Der neue Streit um die ‘actio libera in causa’”, *JZ*, 1994, pp. 709 y ss.

²⁵¹⁸ Más al respecto *infra*.

²⁵¹⁹ El sujeto es responsable de haber generado una situación que carece de los presupuestos subjetivos necesarios para la imputación ordinaria, y ello no puede recibir el mismo tratamiento que el supuesto en donde el sujeto carece de dichos presupuestos de modo espontáneo. Igualmente DÍAZ PITA, *Actio libera in causa*, 2002, p. 153.

²⁵²⁰ También DÍAZ PITA, *Actio libera in causa*, 2002, p. 153, enseña “en los supuestos de provocación por parte del sujeto de las circunstancias constitutivas de las excepciones contenidas en la ley, (...) la creación relevante de esas circunstancias no pueden beneficiar al sujeto”.

hay eximente sin inculpabilidad espontánea²⁵²¹”. (d) No se infringe el principio de legalidad en el Derecho español²⁵²², teniendo en cuenta que, en la regulación de las causas que eximen de la responsabilidad criminal, el art. 20 del CPes. ampara la imputación derivada de la provocación de una causa de inimputabilidad. Si bien el art. 20 regula lo atinente a la culpabilidad y no al dolo, entiendo que por *argumentum a maiore ad minus* (interpretación basada en la mayor razón *–a fortiori–*), si está prohibido provocar el estado de inculpabilidad con mayor razón lo está provocar el estado de desconocimiento²⁵²³.

3.a. “Están exentos de responsabilidad criminal: 1. El que al tiempo de cometer la infracción penal²⁵²⁴, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión. *El trastorno mental transitorio no eximirá de pena cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión.* 2. El que al tiempo de cometer la infracción penal se halle en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, *siempre que no haya sido buscado con el propósito de cometerla o no se hubiese previsto o debido prever su comisión*, o se halle bajo la influencia de un síndrome de abstinencia, a causa de su dependencia de tales sustancias, que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.

4. Permítaseme una última consideración. En el proceso de la imputación hay que distinguir tres planos de análisis diferentes, pero interconectados:

4.a. Un primer plano *lógico*: debido a la existencia de libertad de actuar, al sujeto se le puede imputar todo riesgo o resultado lesivo que se haya generado desde su esfera contra bienes jurídicos de terceros. Es *lógico* que quien ejerce su libertad de modo irrazonable

²⁵²¹ O, lo que es lo mismo, “hay pena con inculpabilidad provocada”.

²⁵²² En el § 20 *StGB* este problema es de difícil resolución, en la medida en que el legislador alemán no realiza ninguna mención al acto de provocación como conducta imputable al sujeto que obra en estado de inimputabilidad. No obstante, respecto de la regulación del error de prohibición del § 17, y del estado de necesidad exculpante del § 35, algunos autores sostienen que el legislador parece referirse a una estructura de imputación similar a la *alic*. Sobre el tema en la doctrina alemana, ALCÁCER GUIRAO, *Actio libera in causa*, 2005, pp. 89-90, con notas al pie.

²⁵²³ Véase más adelante.

²⁵²⁴ A mi criterio, la expresión “el que al tiempo de cometer la infracción penal” puede ser entendida, siguiendo una interpretación sistemática del precepto que contempla la provocación del estado de inimputabilidad, como abarcativa de la *actio praecedens* que sirve de fundamento al objeto de la imputación. Si el legislador hubiese querido dejar en claro que “al tiempo de cometer” se refiere exclusivamente en el momento inmediatamente más cercano a la realización del resultado (*actio subsequens*), entonces, hubiese empleado la fórmula en gerundio “el que cometiendo la infracción penal”. El mismo razonamiento puede aplicarse en la expresión “bei Begehung der Tat” (en la comisión del hecho) del § 20 *StGB*.

deba responder por el delito causado. Desde este primer plano, la imputación se clasifica en ordinaria y extraordinaria²⁵²⁵. En especial, en la imputación extraordinaria debe negarse la pretensión del autor de la exclusión de su responsabilidad, porque lo *lógico* de si se prepara para actuar típicamente en condiciones de inimputabilidad es que se le niegue al autor el desconocimiento como excusa.

4.b. Un segundo plano *axiológico*: en este nivel se barajan los *porqué* del mayor o menor desvalor que comportan las diferentes manifestaciones subjetivas en relación con los presupuestos deónticos que rodean al hecho. El conocimiento certero o incierto, el error o la provocación de desconocimiento son algunas de las manifestaciones desde las cuales se puede cometer un hecho delictivo. En este segundo plano las clases de imputación se clasifican en graves y leves. Así, la imputación ordinaria tendrá una versión grave (el conocimiento cierto) y una versión leve (el conocimiento incierto) y también la imputación extraordinaria tendrá una versión grave (la provocación del desconocimiento) y una versión leve (el error vencible).

4.c. Y un tercer plano *teleológico*: desde este nivel se determinan los *para qué* se han de desvalorar diferentemente las modalidades subjetivas, teniendo en cuenta las finalidades del Derecho penal. Dos grandes líneas argumentativas suelen presentarse, a la par que una línea conciliadora: o el puro merecimiento o la pura necesidad, o ambas concepciones de forma integrada. Desde este tercer plano de análisis, las diferentes clases de imputación se ordenan gradualmente estableciendo una cierta equivalencia con su correspondiente submodalidad. Así, la imputación extraordinaria grave equivale a la imputación ordinaria grave, mientras que la imputación extraordinaria leve equivale a la imputación ordinaria leve. En el lenguaje de las modalidades subjetivas: el desconocimiento provocado equivale al conocimiento cierto y el error vencible equivale al conocimiento incierto. Por ejemplo, en relación con la imputación extraordinaria grave, la penalización equivalente con la imputación ordinaria grave podría sostenerse a través del siguiente argumento: “dado por acreditado que el autor ha provocado su estado de inimputabilidad (en el ámbito del tipo subjetivo), entonces, ha de ser castigado de la misma manera que si

²⁵²⁵ Cfr. HRUSCHKA, “Imputation”, *BYULR*, 1986, pp. 692-693, nota al pie 66, sólo predica un orden *lógico* entre las dos clases de imputación. Señala este autor que, para evitar malos entendidos, cuando es posible realizar una imputación extraordinaria es porque ha sido descartada la posibilidad de realizar una imputación ordinaria, de modo tal que la única diferencia entre estas clases de imputación es de orden lógico. Como consecuencia, la imputación extraordinaria no supone una imputación de orden inferior.

hubiese realizado el hecho delictivo con pleno conocimiento, teniendo en cuenta que conocer o dejar de conocer adrede pueden entenderse como ´equivalentes subjetivos²⁵²⁶, porque ambos se derivan de una decisión libre del autor, uno en un momento previo y otro en el momento del hecho²⁵²⁷. La equivalencia valorativa entre las submodalidades grave y leve de las clases de imputación ordinaria y extraordinaria no significa identidad, sino sólo equivalencia. Dicha equivalencia se manifiesta ordinalmente en materia penológica del siguiente modo. En el marco penal del delito doloso se ubican: en el grado superior el conocimiento cierto, seguidamente en la franja intermedia la ceguera provocada y en el grado inferior el conocimiento incierto. En toda la extensión del marco penal imprudente se posiciona el error vencible.

II.V.2. CLASES DE IMPUTACIÓN: ORDINARIA Y EXTRAORDINARIA

1. Como modelo teórico explicativo de las formas de atribuir subjetivamente el conocimiento o suposición errónea al autor del delito, en este trabajo, me decanto por algunos de los argumentos de la doctrina de la imputación hruschkiana, aunque ofreceré algunas apreciaciones personales de matiz. Las expresiones de “imputación ordinaria” e “imputación extraordinaria”²⁵²⁸ se las debemos a la obra de HRUSCHKA que, apoyado en el planteamiento de PUFENDORF, intentó encerrar en palabras jurídico-penales las ideas de éste. Hace mucho tiempo atrás, el ingenioso jurista alemán de mediados del siglo XVII,

²⁵²⁶ Tomando como figura la equivalencia geométrica, la equivalencia subjetiva refleja que el conocer y el no conocer adrede poseen el mismo efecto, pero son de distinta forma. Véase la definición del DRAE, “dicho de una figura o de un sólido: que tiene igual área o volumen respectivamente y distinta forma que otro”.

²⁵²⁷ Evidentemente, la medida equivalente no es la única respuesta que puede ofrecerse. También caben otras alternativas: la de la atenuación de la pena bajo el argumento del beneficio de la duda a favor del autor, o la de la agravación. Cualquiera sea la opción a escoger éstas también reclaman una fundamentación. La penalización atenuada se defendería desde la siguiente idea: “quien obra en estado de ausencia de libertad, aunque éste haya sido libremente provocado, no ha tenido la opción de renunciar al delito en el momento del hecho, de modo que hay que entender *a favor rei* la hipótesis de que si el sujeto hubiese podido decidir libremente en el momento del hecho, quizá hubiera optado por no cometerlo”. Por su parte, la penalización agravada se respondería desde la doble ventaja que para el autor comporta la realización de un hecho delictivo en un estado de *aparente* inimputabilidad: “quien pretenda sacar provecho de una situación defectuosa por él mismo creada ha de hacerse cargo no sólo del desvalor delictivo del hecho sino del desvalor de su *pretendida pretensión* de que se le disculpe por ello”.

²⁵²⁸ Por pura pureza terminológica, cabrían como fórmulas sinónimas, respectivamente: imputación por regla general, imputación por excepción.

SAMUEL PUFENDORF fue capaz de diferenciar y poner en relación las dos formas posibles de imputación²⁵²⁹. Una primera, a la que se refirió con la expresión “*id quod in se*”, hacía referencia a la capacidad que el sujeto tenía en el momento presente en el que acontece o no acontece algo, y que él mismo podía evitar o dejar que suceda. Y, una segunda, a la que denominó “*id quod in sua causa penes aliquem fuit*”, en la cual el sujeto carecía de capacidad en el momento de actuar, pero cuya capacidad podría haber tenido si no se hubiera él mismo despojado de ésta, contrariando aquello que le incumbía. Esto segundo evoca la siguiente idea: también “se me imputa todo lo que aquí y ahora no puedo efectivamente evitar o dejar que suceda, pero que podría haber evitado o haber dejado suceder, dando por supuesto que, de acuerdo con lo que me incumbía, hubiera conservado mis posibilidades o hubiera abierto posibilidades todavía inexistentes”²⁵³⁰. Para el primero de estos supuestos, HRUSCHKA empleó la expresión “imputación ordinaria” (cuando en el momento decisivo el sujeto está en condiciones de evitar la producción del suceso o de realizar la acción debida) y, para el segundo, la expresión “imputación extraordinaria” (cuando en el momento decisivo la persona en cuestión no está en condiciones de evitar la producción del suceso o de realizar la acción debida, pero se le puede reprochar que él mismo se ha colocado en tal situación de imposibilidad o de incapacidad)²⁵³¹. HRUSCHKA denomina genéricamente a las acciones y omisiones imputadas de modo ordinario como

²⁵²⁹ La doctrina de la imputación (desde el modelo de la excepción) se encuentra en varios pensadores antiguos y clásicos (ARISTÓTELES, SANTO TOMÁS DE AQUINO, PUFENDORF, WOLFF, DARIÉS), pero se hace más evidente desde la obra de KANT en adelante. Todos estos autores, de una u otra manera, acompañaron a la responsabilidad por los hechos propios, la responsabilidad por los defectos propios que dan lugar a hechos. Sobre la historia de esta figura en la dogmática penal, HETTINGER, *Die actio libera in causa*, 1988, pp. 57 y ss., 240 y ss., *passim*; HRUSCHKA, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 1988 (2ª ed.), pp. 343 y ss. (con las equivalencias terminológicas y jurídico-penales) [también en “Der Einfluß des Aristoteles”, en *FS für Link*, 2003, pp. 687 y ss.]. En España, JOSHI JUBERT, *La doctrina de la ‘actio libera in causa’*, 1992, pp. 25 y ss., *passim*; algunas consideraciones en DÍAZ PALOS, *Teoría general de la imputabilidad*, 1965, pp. 185 y ss. BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Dp*, 1994 (4ª ed.), p. 501, reseña que los comentaristas del CPes. del siglo pasado (Pacheco, otros) no emplearon la expresión conocida de la *actio libera in causa* (así como tampoco los canonistas de la Escuela de Salamanca), pero sí conocían la teoría de la *culpa praecedens* y la imputación extraordinaria. En comentario a algunos clásicos, SCHAFFSTEIN, *La ciencia europea*, 1957, pp. 176-177, señala que COVARRUBIAS, en contra de los antiguos canonistas, limitó la irregularidad (ilicitud) del homicidio al caso cometido en estado provocado de embriaguez, que responden a la *actio libera in causa* dolosa. Para este autor, el sujeto embriagado no era castigado a causa del delito cometido por él en estado de embriaguez, sino por haber causado responsablemente el estado de embriaguez (“*propter ipsius ebrietatis causam, in qua culpam habuit*”).

²⁵³⁰ Cita extraída de HRUSCHKA, “La imputación ordinaria y extraordinaria en Pufendorf”, en *Imputación y Dp*, 2005, p. 57, en alusión a la teoría de PUFENDORF.

²⁵³¹ Sobre la equivalencia entre las expresiones de PUFENDORF y HRUSCHKA, véase HRUSCHKA, “La imputación ordinaria y extraordinaria en Pufendorf”, en *Imputación y Dp*, 2005, pp. 57, 58-59.

actiones liberae in se (acciones libres en sí mismas), por oposición a las imputadas de modo extraordinario que serían las *actiones liberae in sua causa* (acciones libres en su causa u origen)²⁵³². La imputación extraordinaria es posible cuando la inviabilidad de la imputación ordinaria responde a un defecto de imputación atribuible a la competencia del propio agente²⁵³³. Las formas clásicas más compartidas de la imputación extraordinaria desde siempre han sido la imprudencia y la provocación del estado de inimputabilidad²⁵³⁴. Quedan fuera de la imputación los supuestos de *actiones neque in se neque in (sua) causa liberae* (acciones ni en sí, ni en su causa, libres)²⁵³⁵.

2. Antes de comenzar con las consideraciones atinentes al fundamento y objeto de la imputación ordinaria y de la extraordinaria, he de realizar la defensa de mi propuesta incorporando una matización muy importante a la terminología empleada por el modelo de la excepción hruschkiano. Espero que esto no comporte una diferencia fundamental de sentido. En el modelo del profesor HRUSCHKA la imputación extraordinaria se realiza sobre el momento defectuoso al cual él denomina (siguiendo la historia de la institución) *actio*

²⁵³² Obviamente, quedan también aquí incluidos los supuestos en donde “concorre” una omisión (*omissio libera in se* y *omissio libera in sua causa*). Al decir de ROXIN, *StrafR, AT*, 2006 (4ª ed.), § 20, nm. 57, p. 914 [1997, p. 850], parece que la nomenclatura de *actio libera in causa* se remonta a KLEINSCHROD (1794), aunque fueron los autores de la postguerra los que dieron forma dogmática a la figura. Referencias más completas de esta expresión en HRUSCHKA, “La imputación ordinaria y extraordinaria en Pufendorf”, en *Imputación y Dp*, 2005, pp. 59-60, nota al pie 10, *passim*; ALONSO ÁLAMO, “La acción ‘libera in causa’”, *ADPCP*, 1989, pp. 67-68, nota al pie 29.

²⁵³³ Definiciones similares en SÁNCHEZ-OSTIZ, “¿Incumbencias en Dp?”, *InDret Penal*, 2015, p. 7: “La imputación extraordinaria opera en aquellos supuestos en los que se da 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”. También el mismo autor en “Teoría del delito, imputación extraordinaria e incumbencias”, en *LH a Mir Puig*, 2010, p. 540, señala que esta imputación permite imputar “a pesar del” defecto, porque se hace responsable al agente de dicho defecto. Y en *Imputación y teoría del delito*, 2008, pp. 532 y ss., *passim*, señala que “se entiende por imputación extraordinaria el juicio de imputación, (...), que se emite *aun cuando* faltan los requisitos necesarios para imputar” (p. 533).

²⁵³⁴ Así, HRUSCHKA, “La imputación ordinaria y extraordinaria en Pufendorf”, en *Imputación y Dp*, pp. 56 y ss.; SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación y teoría del delito*, 2008, pp. 532 y ss. Menciona someramente los casos de ignorancia vencible (imprudencia) como posibles de una imputación extraordinaria, MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, 2001, p. 105 (nota al pie 43).

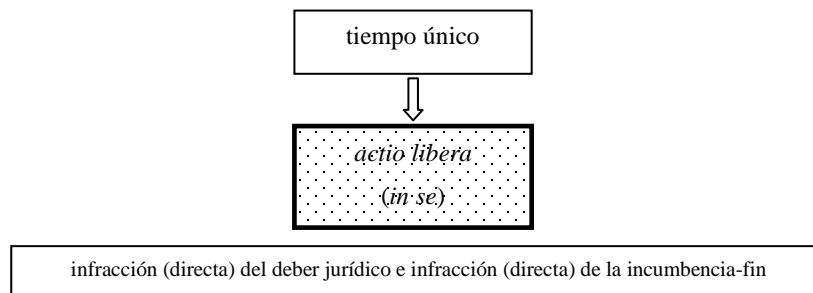
²⁵³⁵ Las tres causas principales por las cuales la libertad como fundamento de la imputación del hecho queda afectada y esto excluye toda posible imputación son: la imposibilidad (física) de obrar, la necesidad (*vis absoluta*) física de obrar y la ignorancia sobre las circunstancias fácticas esenciales del hecho. Sobre la *impossibilia nulla est obligatio; necessariorum nulla est obligatio* y *ad ignorata nemo obligatur*, HRUSCHKA, “Reglas de comportamiento y reglas de imputación”, en *Imputación y Dp*, 2005, p. 33 [también en “*Actio libera in causa* y autoría mediata”, en *Imputación y Dp*, 2005, pp. 157 y ss.].

*libera in causa*²⁵³⁶. Ciertamente, el fundamento de la imputación extraordinaria es la acción libre en la causa, pero, el objeto de la imputación, como el mismo autor lo manifiesta, es el estado de inimputabilidad en el que se realiza el hecho delictivo. Por ello, a mi entender, la imputación extraordinaria auténticamente se realiza sobre la *actio non libera in se*, siendo la *actio libera in causa* la *actio praecedens* de provocación o no evitación de la *actio subsequens* fallida. Mientras que en el momento previo el sujeto obra libremente y éste es el fundamento de la imputación, en el momento del hecho el sujeto carece de su libertad, por él mismo anulada, y este es el objeto de la imputación²⁵³⁷. Hecha esta breve aclaración, que se irá mencionando en lo que resta del trabajo cuando resulte oportuno, seguidamente me ocuparé de cómo operan estas clases de imputación en sede del tipo subjetivo. Para ello consideraré tres cuestiones importantes: lo relativo a su fundamento, a su objeto y a las reglas de operación. Tanto el fundamento como el objeto de la imputación se explican desde diferentes momentos o tiempos. Gráficamente serían los siguientes:

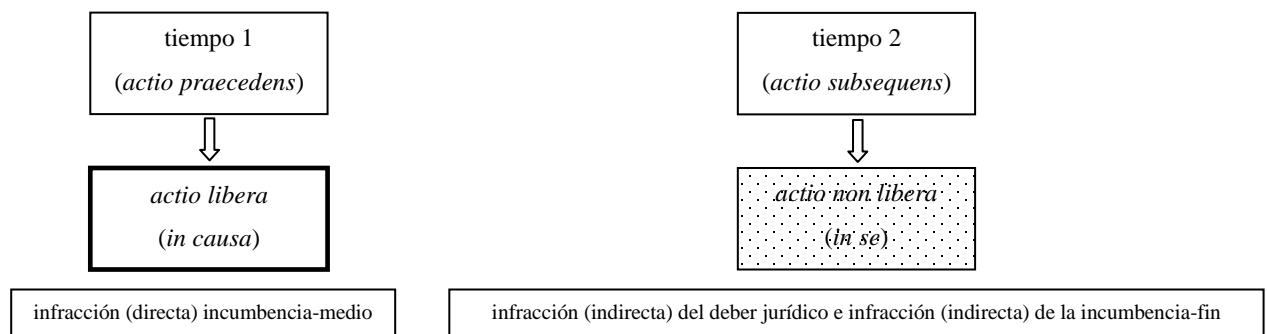
²⁵³⁶ Así, HRUSCHKA, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 1988 (2ª ed.), pp. 343 y ss. En el modelo de este autor, la *actio libera in causa* es la *actio subsequens* y la *actio libera in se* es la *actio praecedens*. Sobre el objeto y fundamento de la imputación desde una teoría analítica de las normas (premisa mayor, premisa menor y conclusión) véase KINDHÄUSER, *Intentionale Handlung*, 1980, pp. 146 y ss. [también en *Gefährdung als Straftat*, 1989, pp. 54 y ss. Recientemente en “El tipo subjetivo en la construcción del delito”, *InDret Penal*, 2008, pp. 9 y ss.].



²⁵³⁷ En el modelo de HRUSCHKA se produce una inversión de los niveles del delito: la culpabilidad se daría en la *actio praecedens* (y ésta sería la *actio libera in se*) y el hecho antijurídico se daría en el momento defectuoso (y este sería la *actio libera in sua causa*). También se refieren a la esta inversión de las categorías en el modelo de este autor, ALCÁ CER GUIRAO, *Actio libera in causa*, 2005, p. 160; DÍAZ PITA, *Actio libera in causa*, 2002, pp. 70, 180.

imputación ordinaria



imputación extraordinaria



-  fundamento de la imputación
-  objeto de la imputación

II.V.2.a. Fundamento común a las clases de imputación

1. Tanto en la imputación ordinaria como en la extraordinaria el presupuesto deóntico desde el cual se infringe el deber jurídico contenido en la norma primaria viene dado por la incumbencia-categorica del ejercicio razonable de la libertad, ya sea en sus modalidades de heteroprotección o de autoprotección²⁵³⁸. En el delito doloso y en el delito imprudente, el autor infringe una incumbencia-categorica de emplear razonablemente su espacio de libertad y ello se deriva en la infracción directa a un deber jurídico (dolo)²⁵³⁹ o indirecta (imprudencia). El modo indirecto viene dado a través de la elusión de una incumbencia-

²⁵³⁸ Véase el *Capítulo Tercero* epígrafes *II.III.4.c.i. Incumbencias-fin (categoricas): ejercicio razonable de la libertad* y siguientes.

²⁵³⁹ Explicando el modelo hruschkiano, JOSHI JUBERT, *La doctrina de la 'actio libera in causa'*, 1992, p. 142, señala "la distinción entre infracción de un deber y lesión de una obligación es importante porque mientras que la primera dará lugar a una *imputación ordinaria* del resultado producido, (...), la segunda fundamentará, según esta posición [HRUSCHKA], una *imputación extraordinaria*, también del resultado al autor".

medio, como la de conocer o la de mantenerse capaz de imputación²⁵⁴⁰. Cada una de estas variantes serán objeto de exposición en este capítulo. Siempre una infracción directa al deber jurídico posibilita la imputación por vía ordinaria, debido a que el presupuesto subjetivo de la infracción del deber concurre en el momento del hecho en la dosis suficiente como para captar el desvalor social de la conducta (así el conocimiento típico en su modalidad de certeza e incerteza). Por su parte, cuando en el momento del hecho concurre una dosis insuficiente de subjetividad del autor como para captar el significado de dañosidad social de su comportamiento, ello impide que el autor infrinja directamente el deber. Para que pueda sostenerse que dicha infracción, no obstante, hay que darla por realizada de forma indirecta, se ha de constatar que el sujeto ha provocado o no evitado dicha infracción. El mecanismo deóntico que genera esta posibilidad de imputación extraordinaria es la incumbencia-medio de conocer o de mantenerse capaz de imputación. Entre el estado de provocación y el estado defectuoso ha de existir –y eso lo exigen todos los modelos de la imputación- una relación objetivo-subjetiva de sentido, de forma que toda clase de desvío o interrupción esencial impedirá la atribución del resultado y la imputación del dolo (ignorancia provocada) o el error al autor²⁵⁴¹.

2. Así pues, la libertad manifestada del sujeto fundamenta las dos clases de imputación, ya sea como una libertad lesiva en el momento del hecho o como una libertad con potencialidad lesiva en el momento provocador. Esto demuestra que la imputación ordinaria y la extraordinaria se comportan como una relación de regla-excepción. Además del fundamento común, la imputación extraordinaria cuenta con un fundamento peculiar, que en el *Capítulo Tercero* reseñé suficientemente²⁵⁴². Para recordar, en la imputación extraordinaria al fundamento común del mal uso o la irrazonable gestión de la libertad individual hay que añadirle (a modo de concreción) que el sujeto abusa no ya directamente de su libertad, cometiendo el delito, sino que además intenta encubrirla bajo el velo de una

²⁵⁴⁰ Desde la línea iniciada por HRUSCHKA, en España SÁNCHEZ-OSTIZ, “Las incumbencias como normas de conducta”, *CAF*, 2009, p. 159. Para este autor hay que buscar un firme fundamento sobre el que basar lo excepcional de la imputación extraordinaria y evitar la crítica tan conocida de que se obra al margen del principio de legalidad. Al respecto propone como fundamento a las incumbencias (*Obliegenheiten*), como sucedáneas de la imputación ordinaria. Señala, además, que otros autores más antiguos veían como fundamento de una imputación extraordinaria en una infracción contra la prudencia (PUFENDORF) o en obrar con negligencia (SANTO TOMÁS, ARISTÓTELES).

²⁵⁴¹ Además de la *aberratio ictus* objetiva, de los casos sometidos a estudio en este trabajo interesan los supuestos de *aberratio ictus* subjetiva, de los que me ocupo más adelante.

²⁵⁴² Véase el epígrafe *II.III.4.b. Inobservancia de las incumbencias y fundamentos de los efectos de su inobservancia*.

libertad defectuosa, para obtener la ventaja de la irresponsabilidad^{2543/2544}. Desde otra óptica explicativa, una relación de regla-excepción podría equiparse al binomio gradual *plus-minus*, gradualidad que explicaría, entre otras cosas, por qué alguna de las clases de la imputación extraordinaria merecería una pena equivalente a la imputación ordinaria y por qué alguna otra clase, en cambio, una pena atenuada²⁵⁴⁵. Que las clases de imputación extraordinaria puedan recibir diferentes penas es un corolario de la premisa que he manifestado en otro capítulo del trabajo: todo juicio de imputación comporta a la vez un juicio de desvaloración del hecho y del elemento subjetivo²⁵⁴⁶.

3. En resumen: la imputación extraordinaria operaría como la cláusula de cierre del sistema jurídico, para el restablecimiento de la vigencia del Ordenamiento Jurídico frente a comportamientos lesivos provenientes aparentemente de un sujeto inimputable²⁵⁴⁷.

II.V.2.b. Objeto de la imputación

1. El objeto de la imputación ordinaria viene dado por la acción libre en el momento en que se emprende la realización del hecho, que suele coincidir con la producción del resultado de lesión o de peligro. Se trata por ello de un momento único, en donde el fundamento de la imputación concurre coetáneamente con el objeto. En el lenguaje de la imputación, se corresponde con la *actio libera in se*. Por el contrario, el objeto de la imputación

²⁵⁴³ Cfr. DÍAZ PITA, *Actio libera in causa*, 2002, p. 185, quien señala que el sujeto que provoca su estado de inimputabilidad manipula a su favor las medidas legales que están previstas para disculpar de responsabilidad penal.

²⁵⁴⁴ En este punto, varios autores que explican la función de las incumbencias (HRUSCHKA, SILVA SÁNCHEZ, SÁNCHEZ-OSTIZ, en otras partes ya citados) coinciden en negar a aquéllas la virtualidad de fundamentar por sí solas la imposición de un castigo, pero les atribuyen la capacidad para “bloquear la posibilidad, por parte del sujeto, de invocar, en estos casos, la exculpación (*Verschulden gegen sich selbst*)”. He tomado parte de la explicación de JOSHI JUBERT, *La doctrina de la ‘actio libera in causa’*, 1992, p. 142. Véase HRUSCHKA, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 1988 (2ª ed.), pp. 415-416 y ss.; también KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989, pp. 65 y ss.; JOERDEN, *Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs*, 1988, p. 46; NEUMANN, “Normtheorie und strafrechtliche Zurechnung”, *GA*, 1985, pp. 389 y ss.

²⁵⁴⁵ Aplicando una idea ya manifestada por DÍAZ PITA, *Actio libera in causa*, 2002, pp. 184-185, puesto que el principio de culpabilidad supone la expresión del principio de igualdad en el ámbito punitivo, entonces ha de distinguirse, desde una perspectiva valorativa, el sujeto que provoca su desconocimiento del sujeto que honestamente desconoce. Esta autora no se refiere al desconocimiento, sino a las enfermedades mentales.

²⁵⁴⁶ Véase el *Capítulo Cuarto* epígrafe *II.IV.2.c. Dimensión valorativa del juicio de imputación*.

²⁵⁴⁷ Muy clara en este punto, DÍAZ PITA, *Actio libera in causa*, 2002, pp. 185-186: “la figura de la alic vendría, así, a representar un mecanismo de defensa del propio ordenamiento jurídico, dirigido a evitar la utilización torcida de los mecanismos en el mismo previstos, para eximir de sanción en determinados casos”.

extraordinaria viene dado por la acción no libre en el momento en que se realiza el hecho o se produce el resultado; acción no libre debido a un defecto de imputación reclamable al sujeto. El objeto de la imputación extraordinaria sólo puede analizarse desde una unidad de sentido temporal, compuesta de dos momentos²⁵⁴⁸. En el *momento previo* se ejecuta la acción provocadora o no evitadora del *momento posterior* defectuoso, de manera que ambos forman parte de la organización competente del autor²⁵⁴⁹. Cuando el sujeto provoca su desconocimiento típico, o el sujeto no evita salir de su estado de error típico, entonces, se le imputa el defecto de su organización con relevancia penal²⁵⁵⁰. Como el objeto de la imputación extraordinaria resulta ser la *actio non libera in se* esto sólo es posible si ello va explicado desde un fundamento libre, cual es la *actio libera in sua causa*. A diferencia de la imputación ordinaria, en la extraordinaria, el objeto y el fundamento de la imputación se ubican en tiempos diferentes. Terminológicamente, y trasladando las fórmulas latinas clásicas al ámbito de la tipicidad subjetiva, se podría denominar de forma general a todos los conocimientos imputados de modo ordinario como *cognitio libera in se* y a los imputados de modo extraordinario, como *cognitio non libera in se pero sí in sua causa*²⁵⁵¹.

2. En el ámbito de la tipicidad subjetiva para imputar un hecho a una persona se requiere que concurra el presupuesto subjetivo de la imputación, que tanto para el dolo como para la imprudencia será el conocimiento del deber o incumbencia en diferentes momentos. El conocimiento es el único presupuesto subjetivo común a la infracción del deber de evitar la realización del tipo penal y, por ende, el único presupuesto subjetivo de la imputación²⁵⁵². La imputación del conocimiento no requiere otro elemento que el conocimiento de la

²⁵⁴⁸ En los casos de imprudencia se refiere también a una unidad de acción, que conlleva una valoración unitaria, DÍAZ PITA, *Actio libera in causa*, 2002, p. 175. Un criterio usual para determinar la unidad de sentido típico suele ser el plan del autor, que defiende ALCÁCER GUIRAO, *Actio libera in causa*, 2005, pp. 113 y ss.

²⁵⁴⁹ El problema de la congruencia temporal resulta inexistente en la medida en que la estructura dogmático-penal de la acción precedente y consecuente se conciba valorativamente aunadas. De hecho, este es el sentido de la *Vorverschulden* (como culpa previa que se imputa en razón de la provocación de la ausencia de la categoría posterior).

²⁵⁵⁰ ALCÁCER GUIRAO, *Actio libera in causa*, 2005, pp. 122, 123, lo explica de otro modo, igualmente válido: “desde que el sujeto se coloca en ese estado defectuoso, la diferencia *cualitativa* que imprime la pérdida de control sobre el peligro [que se genera] otorga ya una gravedad relevante penalmente a la situación”; “sólo el abandono de un foco de riesgo adecuado para lesionar los intereses protegidos puede ser tenido en cuenta para la punición”.

²⁵⁵¹ Quedan fuera de la imputación los supuestos de *cognitio neque in se neque in (sua) causa liberae* (conocimientos ni en sí, ni en su causa, libres).

²⁵⁵² Lo mismo sucede en la acción con la voluntariedad y en la culpabilidad con la motivación o conocimiento de la antijuridicidad.

situación generadora del deber (objeto deóntico del conocimiento), ya sea de un deber jurídico o una incumbencia. La diferencia entre el dolo y el error reside en que el conocimiento del dolo se enlaza, la mayoría de veces, de modo directo con el deber de evitar el delito²⁵⁵³, a diferencia del conocimiento del error que se enlaza de modo indirecto con el deber de evitar el delito, a través de la elusión de una incumbencia de conocer (deber de cuidado)²⁵⁵⁴. Esto sucede porque el conocimiento del dolo aprehende correctamente el objeto normativo (los elementos del tipo penal) y por eso su objeto deóntico es el deber de evitar la realización del hecho, mientras que el error de la imprudencia aprehende incorrectamente el objeto normativo (los elementos del tipo penal) y por eso su objeto deóntico es la incumbencia de conocer. Desde estas ideas, la imputación del conocimiento en el dolo se realiza en el momento de la infracción del deber de evitar la realización de los elementos del tipo penal, pero, la imputación del conocimiento en el error se realiza en el momento de la infracción de la incumbencia subjetiva de adquirir “más” conocimiento²⁵⁵⁵. En los supuestos de error, el conocimiento del riesgo es un conocimiento incompleto e imperfecto, que el autor debe completar o corregir para salir del error. Lo manifestado en segundo lugar puede provocar una cierta confusión terminológica y hasta sistemática si no se ofrece una aclaración del porqué se dice que la imputación del conocimiento típico se da tanto en el dolo como en el error. Evidentemente, en el error lo que se le imputa al autor es el error, pero no cualquier error, sino el que se sustenta en el conocimiento de la elusión de una incumbencia de conocer. Por ello, al imputar el error se le está imputando al autor su manifestación de libertad, sólo en la medida en que la causa del mismo sea un conocimiento de la incumbencia. Para el modelo explicativo que aquí se sigue, el de la excepción, lo que vale para la imputación es el error dado en el estado defectuoso desde el cual se realiza el hecho delictivo, pero sin que ello signifique ignorar el presupuesto subjetivo *in causa* que le da origen: el conocimiento. En seguida me ocuparé de esta cuestión con más detalle.

3. En sede del tipo subjetivo desarrollaré las dos especies de imputación ordinaria que pueden presentarse: la del conocimiento cierto (o certero) que da lugar a una imputación de

²⁵⁵³ La excepción viene dada por el conocimiento de la ignorancia provocada que se enlaza de modo indirecto con el deber de evitar el delito, a través de la inobservancia de una incumbencia de mantenerse capaz de imputación.

²⁵⁵⁴ En la imprudencia, la lesión del bien jurídico se produce como consecuencia de la lesión a un deber objetivo de cuidado. Así, DÍAZ PITA, *Actio libera in causa*, 2002, p. 176.

²⁵⁵⁵ Nunca mejor dicho: “de la unión entre el conocimiento de algo y su desconocimiento de otra cosa puede surgir la imputación extraordinaria de un hecho que después será valorado como imprudente”. Cfr. MIRÓ LLINARES, *Conocimiento e imputación*, 2009, p. 255.

nivel grave y la del conocimiento incierto que da lugar a una imputación de nivel leve. Así también dos especies de imputación extraordinaria pueden presentarse: la del desconocimiento provocado que da pie a una imputación de índole grave y la del desconocimiento evitable que genera una imputación leve. Como me he de ocupar de ellas en los epígrafes siguientes, a lo que sigue me remito.

II.V.2.c. Reglas de operación: consecutivas y adversativo-consecutivas

1. Las dos clases de imputación, la ordinaria y la extraordinaria, operan con reglas de enlace diversas. Siguiendo el modelo de un autor especializado en la materia, la imputación ordinaria se rige por reglas consecutivas y la imputación extraordinaria por reglas adversativas²⁵⁵⁶. A grandes rasgos, las reglas de carácter consecutivo permiten vincular el hecho al sujeto por una vía directa, buscando el hecho antecedente del hecho consecuente. Al hecho antecedente se le denomina *actio libera in se* porque se presenta directamente relacionada con el hecho consecuente. La causa que da origen al hecho es libre en el momento en que se realiza el hecho consecuente. Pero, con las reglas de carácter adversativo sucede otra cosa diferente. Diferente no porque nos permita imputar de manera excepcional, sino porque nos permite imputar “a pesar de[l]” defecto de imputación²⁵⁵⁷. Este “a pesar de” hace concreta referencia a la ausencia de alguno de los elementos o requisitos necesarios para realizar una imputación ordinaria, que en sede del tipo subjetivo he manifestado se trata del conocimiento y, por eso mismo, *a pesar de que ese requisito no concurre* en el momento del hecho, igualmente puede llevarse a cabo la imputación²⁵⁵⁸. No

²⁵⁵⁶ Cfr. SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación y teoría del delito*, 2008, pp. 35 y ss., 532, 534. Este autor definió las reglas de carácter consecutivo como las que permiten enlazar dos términos como consecuencia lógica: uno de los términos es consecuencia del otro, y las de carácter adversativo como las que permiten imputar a pesar de no darse los elementos que fundamentan la imputación de manera directa, es decir de modo consecutivo. También sobre ellas, recientemente, el mismo autor en *La libertad del Dp*, 2014, pp. 33 y ss., 146 y ss., y en “¿Incumbencias en Dp?”, *InDret Penal*, 2015, p. 7. Asume las reglas adversativas en la imputación extraordinaria siguiendo a este autor, MIRÓ LLINARES, *Conocimiento e imputación*, 2009, p. 258.

²⁵⁵⁷ Cfr. SÁNCHEZ-OSTIZ, “Las incumbencias como normas de conducta”, *CAF*, 2009, p. 158 [también en “¿Incumbencias en Dp?”, *InDret Penal*, 2015, p. 7]. Para este autor, las reglas adversativas operan por vía de excepción (se imputa *a pesar de*), haciendo responsable al sujeto de su propio defecto de imputación. Estas reglas se aplican tanto para casos de ausencia de conocimiento como de voluntad, y tanto referidos al hecho como a su carácter de prohibido o no, haciendo especial referencia a la imprudencia (error vencible) y a la propiamente dicha *actio libera in (sua) causa*.

²⁵⁵⁸ Algunos autores suelen sostener que se *restablece* la imputación (así, SÁNCHEZ-OSTIZ, “¿Incumbencias en Dp?”, *InDret Penal*, 2015, p. 7), pero, a mi criterio la imputación extraordinaria opera de modo autónomo y no suplementario, aunque sí excepcional. Para que la imputación pueda “restablecerse” tuvo que previamente haber estado establecida y haber sido interrumpida o desplazada, lo que nada de eso ocurre en la imputación

obstante, esto no significa, al menos no debería significar, que las reglas de carácter adversativo no permitan vincular un antecedente con (*su*) un consecuente. Todo lo contrario. La imputación extraordinaria, como toda imputación, también precisa encontrar el antecedente del consecuente y no cualquier antecedente, sino el antecedente libre, que guarde estrecha relación con el momento defectuoso en que se perpetra el hecho delictivo. De allí que, a mi criterio, las reglas de la imputación extraordinaria sean más bien reglas adversativas-consecutivas (y no simplemente adversativas), pues intentan encontrar el antecedente del consecuente, a pesar de no concurrir el requisito ordinario faltante. Como, evidentemente, la búsqueda del antecedente se dificulta ante la ausencia del requisito ordinario en el momento del hecho, las reglas de la imputación extraordinaria tienen que recurrir a una estructura de enlace más compleja, que le permita hallar la *causa libera* del hecho. Esta estructura compleja es la que permite superar el déficit de imputación atribuible al propio sujeto y viene dada por la infracción consciente de una incumbencia. De este modo, el antecedente se conecta de forma indirecta o mediata²⁵⁵⁹ con el consecuente a través de la entidad deóntica de la incumbencia²⁵⁶⁰. Dicho esto, las reglas adversativas permitirían establecer la necesaria conexión entre el sujeto y el hecho al mismo tiempo que permitirían imputar a pesar del defecto de imputación²⁵⁶¹.

extraordinaria, que se establece por primera y única vez (al igual que la ordinaria) de modo excepcional. Por esta razón, para estos autores, la ignorancia o el error se comportan como sustitutos o subrogados del dolo (así, HRUSCHKA, “Über Tun und Unterlassen und über Fahrlässigkeit”, en *FS für Paul Bockelmann*, 1979, pp. 421 y ss., 431 y ss. En la misma línea, SÁNCHEZ-OSTIZ, “¿Incumbencias en Dp?”, *InDret Penal*, 2015, p. 7).

²⁵⁵⁹ Seguramente, esta lógica de la imputación llevó a algún sector de la doctrina a explicar la *actio libera in causa* como una imputación ordinaria desde la figura de la autoría mediata (es el propio autor el que se utiliza a sí mismo como instrumento, provocando su inimputabilidad para cometer el delito). Representativos en este punto, JAKOBS, “La denominada *actio libera in causa*”, *RPJ*, 1998, pp. 241 y ss. [ya antes en *Dp, Pg*, 1997 (2ª ed.), pp. 611 y ss.]; ROXIN, “Observaciones sobre la ‘actio libera in causa’”, *ADPCP*, 1988, pp. 28 y ss.; BEHRENDT, *Affekt und Vorverschulden*, 1983, p. 71; PUPPE, “Grundzüge der *actio libera in causa*”, *JuS*, 1980, p. 349. Entre nosotros, ALCÁZER GUIRAO, *Actio libera in causa*, 2005, pp. 108 y ss., 171, *passim*. Con más bibliografía y una análisis crítico constructivo de este modelo, JOSHI JUBERT, *La doctrina de la “actio libera in causa”*, 1992, pp. 176, 178 y ss. Aunque reconoce cierta similitud entre la *alic* y la autoría mediata, entiende que considerar aquélla como una subespecie de ésta es imposible, DÍAZ PITA, *Actio libera in causa*, 2002, pp. 127 y ss., 130.

²⁵⁶⁰ Cfr. HRUSCHKA, “Die *actio libera in causa*-speziell bei § 20 StGB”, *JZ*, 1996, p. 66.

²⁵⁶¹ También podrían denominarse a las reglas de la imputación ordinaria, reglas consecutivas directas, y a las de la imputación extraordinaria, reglas consecutivas indirectas, porque el modo de llegar al requisito necesario para la imputación se realiza de modo directo o indirecto. Sobre el concepto de culpa mediata, véase FEUERBACH, *Tratado de Dp*, 1989, § 56, pp. 83-84: “cuando la persona que con su propia acción haya provocado el crimen no haya sido consciente de la (...) peligrosidad del mismo, pero haya hecho u omitido algo mediante lo cual –sea que lo haya previsto como posible o que con aplicación de la diligencia debida haya debido preverlo- se haya colocado o se haya mantenido en un estado en que pudo cometer el crimen sin dolo antijurídico ni culpa inmediata (culpa mediata)”.

2. A mi modo de ver, el binomio reglas consecutivas y reglas adversativas no es de por sí un binomio antagónico. No se trata de una dupla tal como (a) y (-a) o (a) y (no a). En todo caso, los pares opuestos serían, consecutivo y no-consecutivo y adversativo y no-adversativo. Esta matización permite sostener que las reglas adversativas llegan a ser también de carácter consecutivo, por cuanto la imputación extraordinaria no podría realizarse “a pesar de”, sin que se halle el antecedente libre al consecuente. Además, esta matización permite dar cabida, aunque en nuestro sistema jurídico sólo de modo conceptual, a las reglas adversativas de carácter no-consecutivo, como serían los supuestos de responsabilidad absoluta, que vinculan una causa *no libera* –o no del todo *libera*- a un hecho²⁵⁶². En el esquema que aquí se defiende, la expresión “consecutivo” no se encuentra desprovista de valor²⁵⁶³. No es el sentido literal de consecuente de un antecedente lo que aquí interesa, sino el sentido de consecuente de un antecedente libre que es el fundamento del objeto de la desvaloración. La idea de libertad prohibida ha de estar presente en el antecedente, como para que tanto las reglas de carácter consecutivo, como las de carácter adversativo-consecutivo puedan imputar (ordinaria o extraordinariamente) un hecho a un sujeto. De allí que la expresión “a pesar de” permite la imputación aun cuando no concurre *in se* el elemento subjetivo ordinario, pero sí concurre *in causa*. Por ejemplo, como se verá más adelante, en los casos de dolo eventual o de error de tipo vencible lo que concurre en el momento de la infracción de la incumbencia subjetiva de cerciorarse o de conocer es un conocimiento *in causa* que opera como presupuesto del dolo o error típico *in se*.

3. Recapitulando, una cosa es que se le niegue al sujeto el efecto de exclusión de la responsabilidad por el hecho, otra cosa es si ello permite castigarlo y una tercera de para qué castigar. A mi modo de ver, la imputación extraordinaria no ha de contentarse con el único hecho de negarle al autor el efecto de exención de la responsabilidad, sino que ha de reclamar algo más (de hecho, en la negación va implícito el castigo).

²⁵⁶² Esto es la antigua responsabilidad por la pura causación, que, a mi entender, difiere de la actual *strict liability* angloamericana, pues ésta exige, como mínimo de “imputación”, una conducta voluntaria humana y la previsibilidad del hecho (aunque sean criterios genérico-objetivos, no individuales).

²⁵⁶³ También advierte que la imputación extraordinaria no resulta un procedimiento neutro o mecánico, sino que se trata de un mecanismo cargado de desvaloración, de “intolerabilidad del defecto” provocado por el sujeto, SÁNCHEZ-OSTIZ, “¿Incumbencias en Dp?”, *InDret Penal*, 2015, p. 7.

II.V.3. IMPUTACIÓN ORDINARIA (*libera in se*)

1. Para que un hecho delictivo pueda imputarse ordinariamente a título de conocimiento el sujeto tuvo que haberse *representado con algo de certeza el significado de nocividad social de la conducta que realizaba*. Esto equivale a decir que el sujeto ha obrado con libertad cuando emprendía su acción porque actuaba según su designio (voluntad) y con conocimiento de las circunstancias del hecho. Los diferentes grados de conocimiento no han sido tenidos en cuenta de forma expresa a lo largo de la trayectoria de la teoría de la imputación. Por citar algunos de los autores más reconocidos en esta línea, ni en el pensamiento de PUFENDORF, ni el más actual de HRUSCHKA, existe pronunciación alguna sobre la clase o grado de conocimiento que se exige en la imputación ordinaria, así como tampoco qué casos han de incluirse en la imputación extraordinaria. A lo sumo, de modo general, esta línea de pensamiento sostiene que, para imputar ordinariamente un hecho a una persona, ésta tuvo que haber obrado según su voluntad y con conocimiento de los hechos y que, en los casos de imprudencia, error o ignorancia, puede recurrirse, si concurre el elemento reemplazante, a la imputación extraordinaria²⁵⁶⁴. Con esto se advierte que, en el ámbito de la imputación ordinaria y extraordinaria, la doctrina ha venido trabajando exclusivamente sobre la base del binomio conocimiento-error versus deber-incumbencia, sin entrar a detallar las otras posibles variantes subjetivas existentes y las formas de conectarlas con las estructuras deónticas.

II.V.3.a. Clases de imputación ordinaria

1. Como clases de imputación ordinaria se encuentran: el conocimiento cierto y otros estados mentales equivalentes que dan lugar a una imputación ordinaria grave, y el conocimiento incierto o defectuoso que da lugar a una imputación ordinaria leve. A continuación me ocupo de estas modalidades por separado.

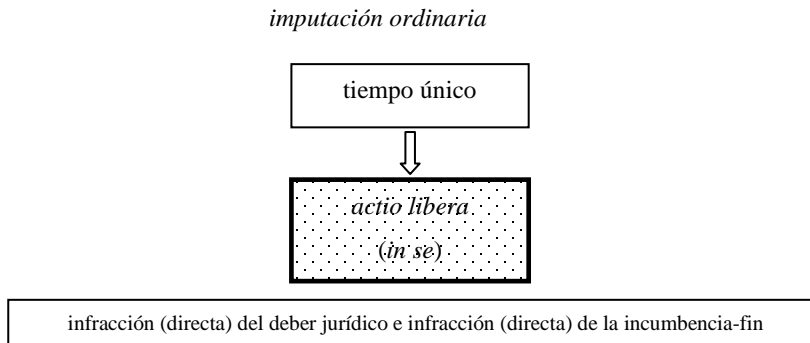
²⁵⁶⁴ Cfr. HRUSCHKA, “La imputación ordinaria y extraordinaria en Pufendorf”, en *Imputación y Dp*, 2005, pp. 56-64; SÁNCHEZ-OSTIZ, “Teoría del delito, imputación extraordinaria e incumbencias”, en *LH a Mir Puig*, 2010, pp. 541 y ss., pp. 543-544.

II.V.3.a.i. Imputación ordinaria grave

1. Dentro de los supuestos de imputación ordinaria grave se encuentran los siguientes estados mentales: conocimiento cierto, ceguera instantánea cierta y error de tipo al revés (que en este trabajo se denomina tentativa idónea aparente).

II.V.3.a.i.a. Conocimiento cierto

1. Evidentemente, el estado mental prototípico de la imputación ordinaria es el conocimiento cierto. Sobre el conocimiento cierto poco puede decirse, teniendo en cuenta que cuando me refiero a la imputación –y todo el *Capítulo Cuarto* está dedicado a ello- me estoy refiriendo a la imputación del conocimiento cierto, la imputación dolosa por excelencia. En esta clase de imputación el autor obra en el momento del hecho con el presupuesto subjetivo necesario para la infracción al deber jurídico, cual es el conocimiento, permitiendo de este modo que el juicio de imputación se realice de un modo normal, sin necesidad de apelar a incumbencias, ni otros estados subjetivos. Gráficamente:



II.V.3.a.i.b. Ceguera instantánea cierta

1. En la dogmática del dolo hace tiempo se viene tratando bajo expresiones como “ceguera ante los hechos” o “ceguera fáctica” (*Tatsachenblindheit*), “imprudencia dirigida” (*gerichtete Fahrlässigkeit*) e “ignorancia deliberada” (*wilful blindness*), una serie de casos que analizados de forma detallada se advierte que no son la misma cosa. Igual tratamiento reciben muchos de estos distintos supuestos en la doctrina y en la jurisprudencia que, –si me permite el giro coloquial-, “meten dentro de la misma bolsa” estructuras que merecen un

tratamiento diferenciado. Tal proceder no impide que se haga un esfuerzo por clasificar y sistematizar esta serie de variantes, por más que en el ámbito de la determinación judicial de la pena puedan llegar a recibir un similar tratamiento penológico. Es decir, ello no elimina la necesidad teórica de su sistematización o de su clasificación, sobre todo, porque seguramente a través de esto se podrá advertir el punto de diferencia desde el cual se puede fundamentar un diferente desvalor y, a partir de allí, se podría ofrecer una diferente penalización. En este sentido, por ejemplo, no comporta la misma situación comenzar a conocer los elementos del tipo penal y renunciar a seguir conociendo, que no conocer adrede, porque en el primer supuesto el conocimiento ya adquirido de alguno de los elementos típicos genera automáticamente una situación de deber (*Pflichtsituation*) en relación con el continuar conociendo, mientras que en el segundo supuesto el sujeto no ingresa a su esfera mental todavía ningún elemento del tipo porque, justamente, es lo que pretende evitar. Curiosamente, en los supuestos de desconocimiento provocado, en realidad, el sujeto conoce de forma continuada y latente la ausencia del conocimiento típico, lo que genera también de forma permanente un deber de comenzar a conocer lo típico. A los primeros supuestos los denomino “ceguera fáctica instantánea” porque el autor cierra los ojos *ante* la evidencia típica que ya ha ingresado a su ámbito de organización, de forma que permiten una imputación ordinaria. Por el contrario, a los segundos supuestos los denomino “cegueras provocadas”, porque el autor cierra los ojos *antes* de que se presente la evidencia típica, de forma que sólo admiten una imputación extraordinaria. En lo que sigue me ocuparé sólo de las cegueras instantáneas y dejaré las cegueras provocadas para la imputación extraordinaria grave, más adelante explicada.

2. Concorre una ceguera fáctica instantánea cuando el sujeto, en sentido figurado, “cierra los ojos” ante señales evidentes de un hecho potencialmente lesivo, que le generan el suficiente grado de conocimiento como para imputárselo por vía ordinaria²⁵⁶⁵. En la medida en que el conocimiento adquirido pueda quedar referido a algún elemento relevante del tipo objetivo, y el sujeto se represente con algún grado de *certeza* que algún elemento típico concurre, ello ya es suficiente como para que toda posterior renuncia a seguir conociendo

²⁵⁶⁵ Si ya puede hablarse de dolo en los casos en que el sujeto actúa con *cierto grado* de conocimiento respecto de la concurrencia de los elementos típicos, entonces, con mayor razón, en estos supuestos de cegueras instantáneas, el dolo se imputa cuando concurre un conocimiento *cierto* sobre determinados elementos típicos, pero que el sujeto renuncia a seguir conociéndolos.

no elimine lo anteriormente conocido²⁵⁶⁶; así como que, a partir de dicho momento, esta renuncia a seguir conociendo pase a significar una infracción consciente de un deber jurídico de conocer lo que se está haciendo o dejando de hacer típicamente. Por el contrario, si el sujeto sólo adquiriera un conocimiento en grado de incerteza, llegando a conocer “a medias” la realidad típica, entonces, a pesar de poder proceder a la imputación ordinaria, ésta se tratará de una de tipo leve, como se verá más adelante.

3. Una renuncia a seguir conociendo los otros aspectos de la realidad típica no anula ni desplaza el conocimiento ya adquirido, ni tampoco lo convierte en error, así como tampoco elimina el conocimiento típico ya adquirido, la confianza racional en la no producción del resultado. La autogestión mental, entendida como predisposición a evitar mantenerse al tanto de los hechos, no disipa el conocimiento que el sujeto adquirió hasta ese entonces. El cuidador que advierte que el niño que coge en la puerta del colegio no es el niño de quien se ocupa, sino uno similar, pero, por ausencia de criterio, se lo lleva consigo para así gastar el tiempo y poder volver andando en busca del otro, ya conoce lo suficiente del hecho de privación indebida de libertad para que se le impute el conocimiento, aunque él omita seguir

²⁵⁶⁶ Los supuestos de cegueras fácticas que se atribuyen a título ordinario han de suponer necesariamente indicios claros de que concurren algunos de los elementos de un tipo objetivo. Quien no lee una carta de un amigo que le llega a la casa, porque no tiene ganas en ese momento, ni tampoco en dos días después, no se comporta como un ciego ante los hechos en términos jurídicos, sino a lo sumo como un “amigo desconsiderado”, y esto es porque, en principio, tales comportamientos no constituyen un riesgo jurídicamente desaprobado. Ahora bien, cosa distinta será si el sujeto advierte que la carta que recibe proviene de la Junta Electoral en plena época de elecciones, porque, entonces, el sujeto puede representarse con certeza (que puede variar de muy probable a improbable) de que se trate de una citación a constituir una mesa electoral. De este modo, en el momento del descargo de sus razones del incumplimiento con su carga cívica, el sujeto, aunque podría alegar que él no supo que estaba compelido a constituir mesa electoral, no sería eximido de su responsabilidad, teniendo en cuenta que la ausencia del conocimiento de la situación de deber ha sido gestionada por él mismo. En la jurisprudencia, la STS 12/06/2007 (Giménez García) señala en relación con un caso relativo a la delincuencia económica (estafa informática) un razonamiento similar al aquí defendido: “se argumenta que los recurrentes no conocían el resto de la red de implicados, y podemos añadir que no le era necesario ese conocimiento. Se está ante un caso (...) en el que los recurrentes ocupan un nivel inferior y sólo tienen un conocimiento necesario para prestar su colaboración, *la ignorancia del resto del operativo no borra ni disminuye su culpabilidad porque fueron conscientes de la antijuridicidad de su conducta*, prestando su conformidad con un evidente ánimo de enriquecimiento, ya supieran, no quisieran saber –ignorancia deliberada-, o les fuera indiferente el origen del dinero que en cantidad tan relevante recibieron (...), la ‘explicación’ que dieron de que no pensaban que efectuaban algo ilícito es de un angelismo que se desmorona por sí sólo. En la sociedad actual el acervo de conocimientos de cualquier persona de nivel cultural medio conoce y sabe de la ilicitud de una colaboración que se le pueda pedir del tipo de la que se observa en esta causa, (...) máxime cuando no se trataba de una colaboración gratuita sino que llevaba aneja un claro enriquecimiento personal. No hay por tanto ninguna posibilidad de derivar a ningún supuesto de error la acción de los recurrentes” (cursiva añadida).

indagando a qué familia corresponde el niño o dónde ha quedado el niño que sí está a su cargo. Los supuestos de ceguera instantánea son más bien supuestos de negación consciente del conocimiento adquirido²⁵⁶⁷, que explican muy bien las variantes de la omisión del deber de socorro, y puede tener una rica aplicación en la figura del cómplice. Por ejemplo, en una playa desierta un campeón de natación advierte que otro bañista de apariencia no muy atlética ha ingresado en una zona tormentosa del mar y que, en su travesía, va alejándose muy rápidamente de la orilla. El campeón de natación, no obstante haber advertido el peligro inminente de una potencial petición de auxilio, decide marcharse del lugar porque renuncia a saber cómo terminará la cosa, o porque considera que nada malo pasará²⁵⁶⁸. En esta variante -y dejando por ahora de lado la competencia de la víctima- el campeón de natación ha adquirido un conocimiento de una realidad típica que se ha ido configurando ante sus ojos en pocos minutos, pero que él ha dejado incompleta al marcharse del lugar. El sujeto no deja de conocer la realidad típica por el solo hecho de alejarse de la playa, porque él ya obtuvo el conocimiento suficiente de la concurrencia de los elementos del tipo penal de la omisión al deber de socorro (art. 195 CPes.), aunque sea en su modalidad de tentativa²⁵⁶⁹. Está claro que esta imputación descansa en un juicio *ex ante* del comportamiento omisivo del nadador profesional, por cuanto desde la óptica *ex post* puede resultar que la víctima haya sido auxiliada por otra persona, que se haya salvado por sí misma e, incluso, que se haya tratado de una broma de mal gusto.

4. Algunos supuestos de ceguera instantánea aplicados a las estructuras de omisión del deber de socorro pueden explicarse desde lo que en psicología social se conoce como el *efecto espectador apático* (o *síndrome Genovese*), experimento realizado por los psicólogos DARLEY/LATANÉ²⁵⁷⁰, en ocasión del asesinato de *Kitty Genovese*²⁵⁷¹. Según se relata, 38

²⁵⁶⁷ Para SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, 2005, p. 253, cuando el autor deja de representarse el resultado siendo consciente de la alta peligrosidad de su conducta, entonces, “sabe lo que hace” (conocimiento como dolo de peligro), y no es ciego ante los hechos (error), como el abandonar, el incendiar, el atentar, etc.

²⁵⁶⁸ En el *Capítulo Cuarto* en el tema sobre los conocimientos especiales en relación con el comportamiento autorresponsable de la víctima, me he referido críticamente a un ejemplo del profesor JAKOBS, el del sujeto que advierte cómo su vecino mal emplea un cable en el momento de encender una máquina. A diferencia de este último caso, el de la playa no se trata de conocimientos especiales.

²⁵⁶⁹ Evidentemente, no se le ha de exigir al nadador profesional que se quede cuidando al bañista temerario que se ha lanzado en una zona peligrosa de la marea, pero sí se le ha de exigir que, de evidenciarse un serio peligro, asuma alguna medida previsoras de salvamento o auxilio.

²⁵⁷⁰ Cfr. DARLEY/LATANÉ, “Bystander intervention in emergencies”, *JP&SP*, 1968, pp. 377 y ss.

²⁵⁷¹ “El 27 de marzo de 1964, en Queens, Nueva York, treinta y ocho ciudadanos respetables y respetuosos de la ley observaron durante más de media hora cómo un asesino merodeaba y apuñalaba a una mujer en tres

vecinos escucharon, vieron y no hicieron nada mientras un hombre asesinaba a puñaladas a Kitty. Todos sabían que se estaba cometiendo un ataque físico y, seguramente, por los gritos brutales, se representaron la muerte de la víctima. Todos escucharon las quejas de la víctima y algunos vieron cómo el hombre se ensañaba con ella. Así y todo, todos escogieron no hacer nada, ni siquiera llamar a la policía. Lo único que hicieron fue “presenciar”²⁵⁷² apática e indiferentemente la sangrienta escena. Los experimentos sociales que se derivaron de este conmovedor hecho arrojaron contundentes resultados y conclusiones: (1) la mayoría de las personas no se molesta en auxiliar cuando les cuesta reaccionar ante situaciones de emergencia en las cuales ellas no se sienten parte²⁵⁷³ o no se sienten identificadas con la víctima, porque ésta es percibida como *fuera de la comunidad simbólica del espectador*²⁵⁷⁴ o, simplemente, porque hay una lejanía o distancia geográfica con la misma²⁵⁷⁵; (2) se incrementa la probabilidad de que las personas ayuden cuando se representan que son los únicos que saben acerca de la emergencia o cuando consideran que son los únicos idóneos para ayudar; (3) como contrapartida, disminuye la probabilidad de que las personas ayuden cuando perciben que hay más personas que pueden ayudar o cuando consideran que otros están más capacitados para hacerlo, una especie de “demasiados pastores poco vigilan”²⁵⁷⁶. Se aportaron dos razones para explicar el efecto del espectador apático. (1) La difusión o dispersión de la responsabilidad (*diffusion of responsibility*): ante un mayor grupo de

ataques separados ocurridos en Kew Gardens. En dos ocasiones, sus conversaciones y el súbito resplandor de las luces de sus dormitorios interrumpieron al hombre y lo hicieron marcharse atemorizado. El atacante regresó dos veces, detectó a la mujer y volvió a apuñalarla. Ni una sola persona telefoneó a la policía durante los ataques; un testigo llamó luego que la mujer muriera”. Cfr. el caso y comentarios en ELSTER, *La explicación del comportamiento social*, 2010, pp. 28-29, con nota al pie 6. La inacción de los vecinos pudo deberse más al “poder de la situación” que a la insensibilidad de las personas (pp. 206-207).

²⁵⁷² “Presenciar” en un sentido simbólico. Los testimonios revelan que se escucharon y vieron partes de la situación, pero no todo el hecho.

²⁵⁷³ La conclusión en la dogmática de la omisión podría ser muy sugerente: el sentimiento de solidaridad se incrementa gradualmente cuando el sujeto ha “causado” (injerencia) de forma fortuita, imprudente o dolosa el estado de socorro.

²⁵⁷⁴ Cfr. THIEL, “Criminal ignorance”, *forthcoming*, 2014, p. 6 (raza, etnia, etc.). Estos comportamientos son auténticos supuestos de una especie de ignorancia moral de la humanidad de la víctima (*moral ignorance of a victim’s humanity*). En la filosofía hildebrandiana se denomina ceguera valorativa sobre valores ontológicos (dignidad).

²⁵⁷⁵ Para ELSTER, *La explicación del comportamiento social*, 2010, p. 97, la fuerza de la preocupación por los otros tiende a variar inversamente no sólo con la distancia genealógica, sino también con la lejanía geográfica.

²⁵⁷⁶ Frase en alusión al caso *Kitty Genovese*, ELSTER, *La explicación del comportamiento social*, 2010, p. 29. En la dogmática de la omisión, SEELMANN, “La dispersión de la responsabilidad”, en *Límites al Dp*, 2012, p. 216, defiende la siguiente idea: “si varios garantes omiten porque cada uno confía en que el otro emprenderá la acción que debe impedir el resultado, este hecho también podría disminuir la responsabilidad de cada uno de los involucrados”; colocando el ejemplo de los padres y los cuidadores, cuando al niño le ocurre algo (pp. 216-217).

espectadores las personas tienden a pensar que serán los otros los que intervendrán y esa “delegación mental del socorro” les hace sentirse menos responsables. Esta proyección del deber de ayudar o colaborar puede verse incrementada si la persona considera que el resto de espectadores son más idóneos para el salvamento²⁵⁷⁷. Y, (2) la ignorancia pluralista (*pluralistic ignorance*): cuando las personas perciben que el resto no hace nada, creen que no hace falta ayudar, porque quizá la situación no es tan grave, se da un efecto de contagio o de conformidad con el modo en cómo los otros se comportan²⁵⁷⁸. Esta percepción cambia cuando las personas están solas²⁵⁷⁹. Como se ha visto, el caso de *Kitty Genovese*, más allá de su dramatismo, es muy útil para explicar los supuestos de cegueras instantáneas, como aquellos en donde el sujeto comienza a conocer y renuncia a seguir conociendo²⁵⁸⁰.

5. Una fórmula plástica para explicar la ceguera instantánea proviene de la figura del autoengaño, trabajada desde hace tiempo en la filosofía y psicología. Se ha manifestado que las cegueras instantáneas se presentan en aquellos supuestos en que el sujeto se protege de conocer en detalle lo que él sabe sólo de modo general, pero, ello ya es suficiente para imputarle ordinariamente el conocimiento. De modo muy similar se define la estructura del autoengaño: ante la existencia de creencias de nivel superior y de nivel inferior, el sujeto opta deliberadamente por elegir no adquirir creencias de nivel inferior que darían sustancia a las creencias de nivel superior porque “no quiere conocer los detalles” del asunto²⁵⁸¹. Quien se autoengaña esconde intencionadamente una de sus creencias para sí y profesa la otra como si fuera la única versión oficial²⁵⁸². En todos los supuestos de autoengaño el sujeto se miente siempre que la evidencia disponible para él, se oriente en una dirección opuesta a la creencia que él sostiene. Él es, de algún modo, consciente de la evidencia, pero

²⁵⁷⁷ Cae la posibilidad de que cualquier espectador intervenga cuando hay otros involucrados, a la vez que disminuye la posibilidad que alguno actúe al incrementarse el número de espectadores. Cfr. ELSTER, *La explicación del comportamiento social*, 2010, p. 207 (se refiere a la “dilución de la responsabilidad”).

²⁵⁷⁸ El supuesto error de valoración del hecho (creer que no pasa nada porque nadie hace nada) que se contextualiza en una situación de evidencia típica (gritos de la víctima ante el ataque brutal del victimario) no es error, es ceguera instantánea.

²⁵⁷⁹ Sobre la ignorancia pluralista en el efecto espectador, THIEL, “Criminal ignorance”, *forthcoming*, 2014, pp. 5 y ss.

²⁵⁸⁰ Cuáles hayan sido los motivos por los cuales el sujeto ha renunciado a seguir conociendo no elimina la llamada del deber: el sujeto la escucha y debe actuar en consecuencia (deber de adaptación de su comportamiento).

²⁵⁸¹ Cfr. ELSTER, *Uvas amargas*, 1988, p. 215.

²⁵⁸² Cfr. ELSTER, *ibidem*, p. 214. También SEARLE, *El redescubrimiento de la mente*, 1996, p. 156, entiende que una forma especial y cotidiana de autoengaño es cuando el agente tiene un motivo o una razón para no admitir ante sí mismo que está en cierto estado mental.

se las arregla como para ocultarse a sí mismo dicho conocimiento y creer aquello que quiere creer²⁵⁸³. Por ejemplo, el transportista que sabe con certeza que traslada droga en su furgoneta, conoce las circunstancias relevantes del tipo básico del art. 368 del CPes. (o de los subtipos agravados), y no es necesario que él sepa, además, otros datos inesenciales como qué clase de droga o su peso exacto²⁵⁸⁴, pues este cerrar “ingenuo” de ojos para no enterarse de más, o el tener motivos para así hacerlo, no es necesario a los efectos de la imputación ordinaria, en donde basta con que el sujeto sepa con algo de certeza acerca del significado de nocividad social de la conducta que realiza²⁵⁸⁵.

6. La breve reseña de algunos de los resultados de las ciencias cognitivas nos plantean el desafío a los juristas de formular criterios correctivos de determinados “malos hábitos”, irracionalidades sociales compartidas, que perjudican de un modo más que evitable nuestros intereses como comunidad. Así, a la conclusión “demasiados pastores poco vigilan” ha de

²⁵⁸³ Cfr. ELSTER, *ibidem*, p. 216. Ilustrando el autoengaño con la *supresión de la verdad* acerca de la “solución final” de Hitler (pp. 218-219), entre otros ejemplos. Para GLOVER, la ignorancia que resulta de una *self-deception* se da en aquellos casos en que es fácilmente superable (mínimo esfuerzo), y el motivo del no querer superarla radica en el temor por determinadas consecuencias desagradables para el agente. Cfr. GLOVER, *Responsibility*, 1970, pp. 176 y ss. (colocando el ejemplo de *Adolf Eichmann*); también KIPP, “On Self-Deception”, *PQ*, 1980, pp. 305 y ss. En este mismo sentido, considera que la ignorancia derivada del autoengaño no libera de responsabilidad, GARZÓN VALDÉS, “Algunas reflexiones sobre la ignorancia”, *Isonomía*, 1999, p. 133. Sobre el autoengaño en Derecho penal, PÉREZ BARBERÁ, “Sorpresas y vacíos”, en *Homenaje a Julio Maier*, 2005, pp. 104 y ss. [en relación con la ignorancia deliberada o no excusante, véase también, *El dolo eventual*, 2011, pp. 143-144, *passim*].

²⁵⁸⁴ Así, por ejemplo, la SAP Madrid 14/01/2015 (Fraile Coloma). En el supuesto enjuiciado, la acusada alegó que sabía que transportada cocaína en su mochila (vuelo: Santiago de Chile-Madrid), pero creía que llevaba tan sólo 500 gramos (llevaba de hecho aproximadamente 1.264 gramos siendo el límite 750 gramos, según lo entiende el Tribunal Supremo a los fines del elemento típico de la ‘notoria importancia’) y, que por ello habría cobrado la suma de 3.000 euros. El tribunal le achaca a título de dolo eventual (aplicando la doctrina de la ignorancia deliberada) el conocimiento de la total cantidad de la droga que transportaba, “puesto que, sabiendo que llevaba dicha sustancia y pudiendo comprobar de cuánta cantidad se trataba, no lo hizo y pretendió obtener un provecho de su tráfico, con lo cual asumió todas las consecuencias del ilícito en el que voluntariamente participaba”. Con fórmulas similares, condena por un delito de narcotráfico la SAP Barcelona 15/01/2015 (Sánchez-Albornoz Bernabé), aplicando la teoría de la ignorancia deliberada (para lo cual es indiferente que la acusada “supiera el tipo de droga o bien la cantidad que trasportaba”).

²⁵⁸⁵ Considérese un ejemplo (que lo tomo, con las matizaciones necesarias, de un caso que me ha compartido el profesor argentino Milton Peralta): el propietario de una hacienda emplea a los hijos de sus peones como mojoneros para marcar la ruta que ha de seguir la avioneta fumigadora de la plantación. Los menores aspiran en varias ocasiones el producto herbicida (glifosato), con conocidos efectos cancerígenos para la salud humana. Al transcurso de un tiempo, varios de ellos se enferman gravemente de cáncer y algunos mueren. Ante la acusación, el propietario reconoce que empleaba dicho herbicida conociendo sus efectos lesivos para la salud, pero no representándose que se fuera a dar en el caso concreto. Este es un caso palmario de conocimiento del riesgo (con total seguridad a nivel de coconsciencia), sin necesidad de caer en giros anímicos como indiferencia, egoísmo o desprecio, porque estos, que pueden ser los motivos del actuar del sujeto, no son necesarios para afirmar el conocimiento e imputar el dolo.

formularse un criterio normativo contrarrestante: la obligación de informarse y actuar se intensifica cuanto más personas concurren en una situación de emergencia. En el *Capítulo Cuarto* también se ofreció como ejemplo el criterio corrector del sesgo judicial retrospectivo en relación con el sesgo individual de la ilusión de control. Basados en la experiencia social, la función de algunos de los criterios normativos podría ser la de corregir las pautas sociales desviadas por su irracionalidad²⁵⁸⁶. Cuando existen suficientes indicios típicos ya aprehendidos cognitivamente por el sujeto, expresiones como “yo no sabía a ciencia cierta que estaban matando a alguien, porque sólo escuché gritos de auxilio”, “yo sólo pensé que era una riña menor”, “yo creí que como nadie hacía nada, no estaba pasando algo tan grave”, “yo supuse que otros auxiliarían, o llamarían a la policía”, etc., no excusan el grado de conocimiento adquirido, en la medida que por sí solo resulte suficiente para la imputación. Expresiones como éstas revelan una negación consciente de la realidad típica que, como se ha visto, bajo el paraguas del autoengaño desaparece para el espectador²⁵⁸⁷. Si la *autocomplicidad* en la negación de aquello que puede perjudicar intereses ajenos es legitimada como una excusa para la responsabilidad, entonces el deber –cuyo cumplimiento queda supeditado al comportamiento autorresponsable del sujeto– estaría fomentando omisivamente su propia defraudación. La norma al posibilitar su incumplimiento por parte del sujeto negador de la realidad convierte en permitida una libertad despojada de autorresponsabilidad. Si el Estado no exige, sino que espera que las normas sean observadas espontáneamente y dentro de esta expectativa incluye una libertad para negar la realidad típica con la consecuente inobservancia del deber, entonces las normas sólo estarían dirigidas a quienes tuvieran, por decirlo de un modo bien coloquial, o una visión muy estoica o muy masoquista de la vida.

6.a. También puede pasar que cuando el sujeto ha decidido abstenerse de seguir conociendo, o de profundizar en el conocimiento ya adquirido, esto tenga alguna repercusión en la *completud del tipo objetivo*. Esto significa que pueden darse casos en que el sujeto posea un conocimiento cierto sobre algún extremo del tipo, pero le falte el conocimiento sobre algún otro. En esta variante de un conocimiento “incompleto” del supuesto de hecho típico no sólo no se elimina el conocimiento adquirido hasta ese estadio, sino que también se imputa en la medida de lo que el sujeto ha llegado a

²⁵⁸⁶ Bajo esta razón he defendido en el *Capítulo Cuarto* que los criterios sociales de imputación o los criterios de imputación social no debían ser tomados al pie de la letra, sino que, debían servir de fundamento sólo en la medida de su racionalidad.

²⁵⁸⁷ La contracara de la ceguera fáctica explicada desde el efecto espectador es la ceguera instantánea del cómplice silencioso. En estos casos ya no se trata de observar impasible cómo la víctima sufre o padece, sino cómo una persona hace sufrir o padecer a otra.

conocer respecto de los elementos esenciales²⁵⁸⁸. Por ejemplo, el cazador furtivo que se hace con numerosas piezas de especies amenazadas y protegidas por la normativa en cuestión, conociendo con certeza este extremo, pero renunciando a seguir sabiendo sobre el resto de detalles de su actividad (por ejemplo, dado que la caza la está realizando en un terreno de propiedad privada, él sospecha de que quizá necesite una autorización del titular, pero él prefiere no saberlo con exactitud). En este supuesto la clase de conocimiento adquirida por el sujeto ya es suficiente como para imputarle la comisión del delito del art. 335 del CPes., con independencia de si él conocía (o no) que necesitaba de la autorización del titular del terreno, o en qué grado lo conocía porque lo sospechaba.

7. En conclusión, algunos de los supuestos que un sector de la doctrina denomina de “cegueras ante los hechos” han de castigarse a título de conocimiento con independencia de los motivos que el sujeto haya tenido para renunciar a seguir conociendo aquello que ya conoce, o con independencia de la actitud que éste asuma respecto del valor social de los bienes jurídicos penalmente protegidos. Esto significa que las señales evidentes de conocimiento no pueden desvanecerse con un “simple cerrar de ojos” por parte de quien las percibe, actitud que ha de entenderse como una reacción ingenua del sujeto que se autoengaña, o bien como un caso de ceguera por necesidad²⁵⁸⁹, o de tozudez en la negación de la realidad²⁵⁹⁰. Sea cual sea su nomenclatura, todos ellos permiten una perfecta imputación ordinaria del conocimiento.

II.V.3.a.i.c. Error de tipo al revés (tentativa idónea aparente)

1. A diferencia del error directo de tipo que precisa de la imputación extraordinaria, la llamada tentativa idónea aparente no impide la imputación ordinaria²⁵⁹¹ porque en el momento de los hechos (*in se*) concurre el presupuesto deóntico del deber de evitar realizar el tipo penal, que se sustenta en el presupuesto subjetivo del conocimiento de la

²⁵⁸⁸ El renunciar a seguir conociendo (incluso otros elementos del tipo objetivo) o a cerciorarse de los hechos, no elimina el conocimiento adquirido hasta entonces (sea cual sea la clase de conocimiento adquirido).

²⁵⁸⁹ Necedad entendida tanto en su acepción de “ignorante y que no sabe lo que *podía* o *debía saber*”, como de “terco y porfiado en lo que hace o dice” (DRAE).

²⁵⁹⁰ Sobre la negación de la realidad, véanse las valoraciones desde un punto de vista de la psicología de FESTINGER, *Teoría de la disonancia cognoscitiva*, 1975, pp. 248 y ss.

²⁵⁹¹ En el mismo sentido, aunque con un argumento diferente, SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación y teoría del delito*, 2008, pp. 558 y ss. Para este autor, en los casos de tentativa idónea e inidónea no se interrumpe la imputación ordinaria porque concurre un fragmento de hecho suficiente para la imputación, en donde el sujeto conoce un mínimo de riesgo suficiente que asume. En la tentativa inidónea la peligrosidad que se exige es la del contexto intersubjetivo (p. 560). También rechaza la imputación extraordinaria en la tentativa y afirma la ordinaria (que se sustenta en la infracción directa de un deber jurídico), RUDOLPH, *Das Korrespondenzprinzip im Strafrecht*, 2006, pp. 92-93.

peligrosidad intersubjetiva de la conducta (aunque el sujeto y la sociedad se encuentren en un error sobre la peligrosidad real). La diferencia entre las clases de error es que en el error directo de tipo, el sujeto se representa la ausencia de los elementos típicos y, en el error inverso de tipo, el sujeto se representa la concurrencia de tales elementos²⁵⁹². Pero, mientras que la primera creencia errónea no tiene por objeto ni la correcta realidad empírica ni el deber de abstenerse de evitar la realización de los elementos del tipo penal, la segunda creencia errónea²⁵⁹³, por el contrario, sí que tiene por objeto el deber de abstenerse de evitar la realización de los elementos del tipo penal, debido al conocimiento de la realidad intersubjetivamente disvaliosa. En el error directo de tipo concurre un error sobre el significado de dañosidad social, basado en un error empírico sobre la realidad fáctica peligrosa, a diferencia de la tentativa idónea aparente en donde concurre un simple error empírico sobre los hechos peligrosos y, como consecuencia, un conocimiento sobre el significado de nocividad social.

2. Aunque, en virtud de los principios de simultaneidad y referencia, un hecho sólo pueda imputarse si existe convergencia entre el plano subjetivo y el plano objetivo, no se debe descartar que en algunos casos de divergencia dicha imputación pueda ser igualmente sostenida. Ciertamente, se excluye la imputación en casos de divergencia en sede del error de tipo, pero dicha exclusión no debe ser extendida a los casos de tentativa idónea aparente²⁵⁹⁴. A diferencia de la necesidad de apelar a la infracción de una incumbencia de conocer para imputar extraordinariamente el error de tipo vencible, los supuestos de tentativa idónea aparente no precisan de la misma infracción, por cuanto el sujeto se encuentra con el mismo deber de evitar la realización del tipo penal en el momento de los hechos, por lo que la imputación ordinaria es perfectamente viable. La anterior conclusión puede llevar a preguntarse si, acaso, el error de tipo al revés se castiga por la mera infracción formal al deber de evitar la realización del tipo penal²⁵⁹⁵, lo que en principio

²⁵⁹² En los casos de error de tipo el sujeto se representa falsamente una realidad y su significado social que no se corresponde con la realidad, pero, en los casos de error de tipo al revés es más apropiado referirse a suposición errónea, porque el sujeto da por existente algo que no comparece en la realidad. Similarmente sobre la suposición, SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación y teoría del delito*, 2008, p. 556.

²⁵⁹³ Al error de tipo al revés lo denomina también error por exceso SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación y teoría del delito*, 2008, p. 555.

²⁵⁹⁴ La divergencia en los casos de error de tipo excluye la imputación porque para poder hablar de hecho imputable es preciso que el autor conozca lo que hace. Cfr. SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación y teoría del delito*, 2008, p. 559, nota al pie 161.

²⁵⁹⁵ También llamado deber de abstenerse de dar inicio a la ejecución de acciones peligrosas o deber de no dar inicio a cursos lesivos propios. Cfr. SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación y teoría del delito*, 2008, pp. 563-564.

podría responderse afirmativamente, pero sólo en la medida que, a ello, le acompañe el fundamento de la lesión inmaterial de las expectativas de uso y disfrute de los bienes jurídicos (tal y como se argumentó al analizar la figura de la tentativa²⁵⁹⁶).

II.V.3.a.ii. Imputación ordinaria leve

1. Dentro de los supuestos de imputación ordinaria leve se encuentran los siguientes estados mentales: el conocimiento incierto y la ceguera instantánea incierta.

II.V.3.a.ii.a. Conocimiento incierto

1. Los supuestos de conocimiento incierto también pertenecen a la clase de imputación ordinaria, toda vez que el sujeto obra en el momento del hecho con el presupuesto subjetivo necesario para la infracción del deber, cual es el conocimiento. El deber jurídico que caracteriza a estas situaciones ya no es el deber general de evitar la realización de los elementos del tipo penal (como sucede con el conocimiento cierto), sino el de abstenerse de obrar en casos de duda, cuando uno de los extremos representados por el autor tiene como objeto alguno de los elementos del tipo penal. Acompaña al deber de abstenerse de obrar una incumbencia subjetiva de conocer (en su variante de cercioramiento o verificación del punto dudoso), pero ésta sólo entendida como un refuerzo a la libertad de acción del sujeto. Quien se encuentre en un “dilema de tipicidad”, de desvalor social de la conducta, si quiere seguir obrando libremente y sin cargas por lo que realiza, ha de cerciorarse de que el comportamiento que emprende no responde a aquellos que lesionan intereses ajenos. Caso contrario, habrá de incorporar a su cuenta el riesgo -asumido a sabiendas- de responder por las consecuencias que se deriven del hecho. Lo que fundamenta la imputación ordinaria del conocimiento incierto es el elemento subjetivo necesario para la infracción del deber, y no la incumbencia de conocer, que sólo opera a su favor²⁵⁹⁷. Por el contrario, en los casos de

²⁵⁹⁶ Me remito al *Capítulo Introductorio* en donde expuse el principio de lesividad y al *Capítulo Primero* en donde analicé la tentativa idónea aparente.

²⁵⁹⁷ Por lo dicho, disiento con alguna doctrina, que la imputación del dolo eventual deba construirse desde la infracción a una incumbencia como para fundamentar una imputación extraordinaria. Así, SÁNCHEZ-OSTIZ, “Teoría del delito, imputación extraordinaria e incumbencias”, en LH a *Mir Puig*, 2010, pp. 559-560, pero sin entrar en demasiados detalles. Sobre el dolo en situaciones de incertidumbre, véase el mismo autor, *La libertad del Dp*, 2014, pp. 93 y ss.; y sobre la ignorancia como dolo excepcional, en pp. 157 y ss. Crítico con esto último, MIRÓ LLINARES, “Dolo y Derecho penal empresarial”, *CPC*, 2014, pp. 213 y ss.

error, la incumbencia de conocer se encuentra prevista para evitar lesiones de terceros, como veremos más adelante²⁵⁹⁸.

2. El sujeto que es consciente de que no sabe lo suficiente como para obrar sin lesionar un bien jurídico, pero continúa haciéndolo –bajo el motivo que sea- lesiona el deber de evitar la realización del tipo penal desde el obrar en casos de duda. Y esta estructura no se asimila a los supuestos de desconocimiento provocado, que veremos más adelante, por cuanto el sujeto conoce en todo momento, aunque de modo incompleto, que se conduce hacia una probable afectación de la esfera de otro²⁵⁹⁹. El desconocimiento provocado por un conocimiento incierto que se mantiene en todo momento se trata de un caso de conocimiento atribuible de modo ordinario. Cuando en un primer momento, al tiempo de la supuesta provocación, el sujeto mantiene sospechas fundadas de las consecuencias que producirá en un momento posterior (el estado defectuoso), es decir, que no tiene un conocimiento cierto sobre las mismas, y luego en ese estado comete un hecho delictivo, no puede decirse que el sujeto obró con desconocimiento, aunque éste haya sido provocado (en verdad no-evitado). Una duda que no se despeja no deja de ser una duda. Quien sabe, en grado de duda, que se dirige hacia un estado de desconocimiento y no hace nada para evitarlo, en verdad nunca ha dejado de conocer. La abstención del sujeto de no confirmar la sospecha no convierte a ésta en ignorancia deliberada²⁶⁰⁰, aunque haya existido deliberación y exista un estado de conocimiento incompleto.

²⁵⁹⁸ Hay una diferencia entre la resolución de la duda y la vencibilidad del error. Mientras que la resolución de la duda está en manos del sujeto, por cuanto es consciente de que no tiene la plena certeza sobre lo que conoce o se representa, en el error el sujeto no sabe de que se representa falsamente la realidad y, con ello, la vencibilidad del mismo ya no está plenamente (sino de modo parcial) a su alcance. En estos casos, al autor se le reclama que si hubiera puesto atención podría haber evitado el error.

²⁵⁹⁹ Una idea similar en ROXIN, *StrafR, AT*, 2006 (4ª ed.), § 20, nm. 69, p. 921 [1997, p. 855], respecto de la *actio libera in causa* en la culpabilidad. Sostiene este autor que no concurre una estructura de *alic* cuando el sujeto se coloca únicamente en un estado de imputabilidad notablemente disminuida y comete el delito en dicho estado dado que, en tal caso, el sujeto ha seguido siendo siempre imputable y nunca ha dejado escapar de sus manos el control del hecho. Próximos NEUMANN, *Zurechnung und Vorverschulden*, 1985, p. 38 y PUPPE, “Grundzüge der *actio libera in causa*”, *JuS*, 1980, p. 349.

²⁶⁰⁰ De esta idea, en cambio, RAGUÉS I VALLÈS, *La ignorancia deliberada*, 2007, p. 106, refiriéndose a un caso de prevaricación (“se trata de un claro supuesto de ignorancia deliberada: el magistrado podía y debía leer la sentencia, y, sin embargo, prefirió no confirmar aquello que ya sospechaba”).

II.V.3.a.ii.b. Ceguera instantánea incierta

1. La ceguera instantánea también puede presentarse en supuestos de conocimiento incierto. La diferencia con la ceguera instantánea del conocimiento cierto es simplemente el grado de conocimiento (cierto o incierto) desde la cual el sujeto decide renunciar a seguir conociendo ya los extremos típicos ingresados a su esfera mental. Veamos con un ejemplo de la doctrina²⁶⁰¹, desde la cual se sostiene que no debe valorarse de igual modo el caso de quien acepta ser administrador de una sociedad con actividad lícita real después de una oferta de trabajo seria, que quien acepta figurar como testaferro de una sociedad mercantil sabiendo desde un principio que no tiene actividad conocida. Para estos casos, se considera que en el segundo supuesto el sujeto cuenta con el conocimiento de ciertos datos que, sin bastar por sí mismos para hablar de conocimiento en relación con el hecho típico realizado, deberían haber llevado al sujeto a indagar las razones exactas para las que se requería su nombramiento (siempre y cuando él hubiese estado motivado a evitar daños a intereses ajenos). Siguiendo lo manifestado sobre la ignorancia deliberada, permítaseme una observación a este argumento. En primer lugar, se dan aquí los requisitos de una ceguera instantánea (incierta) al tratarse de casos de sospecha o de conocimientos incompletos que generan un deber de indagar, conocer, verificar, etc., y esto ya es más que suficiente para la imputación del dolo. A diferencia de lo aquí propuesto, para la doctrina del caso, la sospecha inicial que se tiene de que se va a realizar o a intervenir en un hecho ilícito, aunque no se cuente con el conocimiento preciso y detallado de las circunstancias del hecho, no basta por sí misma para afirmar el dolo, pero la circunstancia de que el sujeto no desista de la conducta planeada es un indicio importante de su indiferencia hacia el bien finalmente lesionado²⁶⁰². A mi modo de entender, en estos casos en donde el sujeto conoce de forma indiciaria la nocividad social de su conducta, se infringe un deber de abstención si continua con el hecho, a la vez que se infringe un deber de cerciorarse acerca de la verdadera naturaleza de lo que se hace. De allí que, ante indicios de tipicidad, al sujeto le compete, o bien en abstenerse de obrar, o bien en averiguar en qué situación se encuentra involucrado. Estos supuestos, en la medida en que no alcancen un grado de certeza para atribuir conocimiento cierto, podrán dar lugar a casos de dolo eventual (conocimiento incierto), como modalidad leve de la imputación ordinaria.

²⁶⁰¹ Cfr. RAGUÉS I VALLÈS, *ibidem*, p. 184.

²⁶⁰² Cfr. RAGUÉS I VALLÈS, *ibidem*, pp. 184-185.

2. Así las cosas, hay que distinguir dos estados subjetivos que pueden prestarse a confusión. Una cosa es no querer saber más de lo que se sabe con incerteza (ceguera instantánea) y otra, muy distinta, es no confirmar una sospecha fundada que se tiene sobre algo. Dicho de otro modo, cuando el sujeto, por la razón que sea, se abstiene de comprobar aquello que sospecha, sigue sospechando hasta que tal sospecha se despeje. Esta especie de autoengaño que caracteriza a estas situaciones, corre a cuenta de quien lo vive, en la medida en que al sujeto le incumbe salirse del estado de duda, informándose o cerciorándose de aquello que le compete. La consecuencia de no procurarse la información indicada da cabida a la atribución del hecho a título de imputación ordinaria leve.

II.V.4. IMPUTACIÓN EXTRAORDINARIA (*non libera in se* pero sí *in [sua] causa*)

1. Hablamos de imputación extraordinaria en el nivel del tipo cuando en el momento del hecho no concurre el presupuesto subjetivo ordinario de la imputación (el conocimiento), que posibilitaría una infracción directa del deber jurídico, sino que concurre un error o un desconocimiento, que sólo posibilita una infracción indirecta²⁶⁰³. Recurrir a este recurso excepcional nos permite superar ciertos defectos de la imputación de los que es responsable el propio agente²⁶⁰⁴. Como hemos visto anteriormente, para que una acción sea *libera in se* (*libera in actu*) ésta debe ser realizada con conocimiento en el momento de la comisión del hecho delictivo. En lo que respecta al objeto de este trabajo, no son acciones *liberae in se*, pero sí *in sua causa*, aquellas en las cuales no concurre conocimiento cierto (o incierto), sino una suposición errónea o ignorancia vencibles. En en la *causa libera*, es donde hay que buscar el fundamento de la configuración de un posterior estado cognitivo defectuoso (*Defektzustand*), desde el cual el sujeto perpetra el delito. Esta configuración de un estado

²⁶⁰³ Que no se infringe el principio de coincidencia entre la dimensión objetiva y la dimensión subjetiva viene dado por el hecho de que, si bien el objeto de la imputación hace referencia a un estado subjetivo que no abarca el requisito objetivo del tipo penal en el momento del hecho, sí tiene por objeto el requisito deóntico desde el cual se deja sin abarcar dicha dimensión. En la medida en que el principio de coincidencia sea concebido desde una unidad de sentido normativo y no como una desunidad temporal, se podrá predicar su observancia también en los casos de imputación extraordinaria.

²⁶⁰⁴ Cfr. SÁNCHEZ-OSTIZ, “Teoría del delito, imputación extraordinaria e incumbencias”, en *LH a Mir Puig*, 2010, p. 536. También DÍAZ PITA, *Actio libera in causa*, 2002, p. 173, considera que tanto en los casos de imprudencia como de *alic*, el sujeto tiene la posibilidad de reconocer algo y la responsabilidad de procurarse dicha posibilidad.

defectuoso puede responder a una simple infracción de incumbencias subjetivas de informarse o cerciorarse, o bien a la infracción de la incumbencia de mantenerse capaz de imputación, también concebida como una incumbencia de no-provocar un estado subjetivo defectuoso. En todos estos supuestos nos encontramos ante estados subjetivos *liber in sua causa*, es decir, libres en su origen porque son generados con algún grado de conocimiento.

2. La doctrina de la *actio libera in causa* no goza de consenso unánime como mecanismo de imputación. De las propuestas que se esfuerzan por explicarla y ofrecer un fundamento, el modelo del tipo (*Tatbestandsmodell*) y el de la excepción (*Ausnahmemodell*) son los más compartidos y discutidos²⁶⁰⁵, junto a los cuales se presentan los modelos de la ampliación (*Ausdehnungslösung* o *Ausdehnungstheorie*²⁶⁰⁶), de la responsabilidad dialogal²⁶⁰⁷, del defecto de organización²⁶⁰⁸, entre otras matizaciones²⁶⁰⁹. Actualmente no está claro cuál es el modelo mayoritariamente compartido. Por lo demás, cada autor va introduciendo variantes casuísticas y argumentativas, de forma que aunar bajo un solo paraguas a todos ellos resulta algo muy difícil, sino imposible. Lo que sí podría afirmar -y valiéndome de lo dicho ya por otros autores²⁶¹⁰- es que, tradicionalmente, el modelo de la tipicidad gozó de

²⁶⁰⁵ Cfr. NEUMANN, *Zurechnung und Vorverschulden*, 1985, pp. 24 y ss.

²⁶⁰⁶ Lo denomina así, ALCÁ CER GUIRAO, *Actio libera in causa*, 2005, pp. 53 y ss. (citando a STRENG). Otra traducción viable (más literal) sería “solución de la extensión” o “teoría de la extensión”. Lo denomina así, DEMETRIO CRESPO, “La *actio libera in causa*”, en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, 2001, p. 996; también JOSHI JUBERT, *La doctrina de la ‘actio libera in causa’*, 1992, p. 173. Esta teoría, que asume la estructura de imputación del modelo del tipo, tiene como su máximo representante a STRENG, “Schuld ohne Freiheit?”, *ZStW*, 1989, pp. 310 y ss. Críticamente JOSHI JUBERT, *ibidem*, p. 186, que asimila esta concepción al modelo de la excepción.

²⁶⁰⁷ Por todos, NEUMANN, *Zurechnung und Vorverschulden*, 1985.

²⁶⁰⁸ Basándose en la concepción jakobsiana del delito, de esta idea, GONZÁ LEZ RIVERO, “Imputación jurídico-penal en estado defectuoso”, en *LH a Enrique Bacigalupo*, 2004, pp. 263 y ss. [antes en *Strafrechtliche Zurechnung*, 2001, pp. 140 y ss., *passim*].

²⁶⁰⁹ En nuestra doctrina, acertada resulta la concepción de la provocación relevante defendida por JOSHI JUBERT, *La doctrina de la ‘actio libera in causa’*, 1992, pp. 281 y ss., 377 y ss. Para esta autora el momento decisivo para la imputación engloba tanto la provocación anterior (en estado de imputabilidad) como la lesión posterior (en estado de inimputabilidad). Parece compartirla, MIR PUIG, *Dp, Pg*, 2011 (9ª ed.), p. 215, nota a pie 4. Por su parte, no lo incluye como un criterio autónomo, pero señala que para determinar cuándo la acción de provocación ha de tener relevancia penal, han de tenerse en cuenta todas las circunstancias que rodean al hecho, además del plan del autor, ALCÁ CER GUIRAO, *Actio libera in causa*, 2005, p. 122. Evidentemente, estos criterios son propios de la atribución objetiva e imputación subjetiva, para determinar si una conducta reúne o no los requisitos de tipicidad penal y para determinar el dolo del autor, pero, no es menos cierto que, ya sobre la base del plan de autor, será posible determinar lo atinente a lo que el sujeto se representó realizar en el estado defectuoso, lo que puede ayudar a resolver más claramente los supuestos de desvíos causales.

²⁶¹⁰ Cfr. ROXIN, *StrafR, AT*, 2006 (4ª ed.), § 20, nm. 57, p. 915 [1997, p. 851]; ALCÁ CER GUIRAO, *Actio libera in causa*, 2005, p. 93; JOSHI JUBERT, *La doctrina de la ‘actio libera in causa’*, 1992, p. 168, nota al pie 395.

mayor aceptación que el modelo de la excepción (que, también en este punto, fue *excepcionalmente* compartido). Como señalé al inicio de este trabajo y también al inicio de este capítulo, mi intención al tratar la imputación extraordinaria se reduce a considerar su aplicación en el ámbito de la tipicidad subjetiva. Por ello, no me he de detener en ningún análisis histórico ni legal de esta figura, ni en sus diferentes aplicaciones en la estructura del delito, así como tampoco de todos sus modelos justificantes y los problemas que presentan: cuándo comienza la tentativa, si se equipara o no a la autoría mediata, si es posible su aplicación en los delitos de propia mano, etc. No obstante, ofreceré algunas breves consideraciones al respecto con el único fin de enmarcar teóricamente el objeto de este epígrafe.

II.V.4.a. Modelos explicativos de la imputación extraordinaria

1. Antes de comenzar con los modelos permítaseme una importante aclaración en relación con las estructuras lógicas que subyacen a los mismos. Tanto en el modelo del tipo como en el modelo de la excepción se tienen en cuenta dos momentos temporalmente unidos. El momento uno o tiempo uno (*actio praecedens*) y el momento dos o tiempo dos (*actio subsequens* o estado defectuoso) o, lo que es lo mismo, la *actio libera in causa* y la *actio non libera in se*. La diferencia estriba en que, el modelo de la tipicidad toma como objeto de imputación al momento uno, en donde el sujeto obra con el presupuesto subjetivo del nivel que se trate (voluntariedad, conocimiento, culpabilidad) que es considerado, entonces, como conducta típica, mientras que el modelo de la excepción imputa el momento dos, en donde el sujeto obra sin el presupuesto subjetivo del nivel que se trate (involuntariedad, desconocimiento, culpabilidad), pero fundamentándose en la presencia del elemento subjetivo faltante en el momento uno. En razón del objeto de la imputación, el modelo del tipo ha sido desde siempre considerado como un modelo de imputación ordinaria, y el modelo de la excepción, por el contrario, como un modelo de imputación extraordinaria. Pero, a mi criterio, ambos modelos son modelos de imputación extraordinaria que difieren en su objeto, pero no en su fundamento. Mientras que el modelo del tipo imputa la causa *in sua libera*, el modelo de la excepción imputa la causa *in non se libera*, de modo que el primero no precisa buscar un fundamento a la imputación en un momento previo, pero el segundo sí. El fundamento de esta segundo modelo se remonta a la *causa libera*, en donde se produce la infracción a una incumbencia de mantenerse capaz de responsabilidad. Pero, si se observa detenidamente, también en el modelo del tipo se elude la misma incumbencia,

sólo que bajo otro nombre y en el mismo momento del objeto de la imputación: así, la *actio libera in causa* es el objeto y el fundamento de la imputación del modelo del tipo²⁶¹¹ y sólo el fundamento de la imputación en el modelo de la excepción.

1.a. Quizá esta coincidencia entre los dos modelos responda a que comparten una misma raíz fundamental, que puede resumirse en el adagio latino “*causa causae est causa causanti*” (la causa de la causa es causa de lo causado), pero entendido sólo como un mínimo presupuesto. No en vano entre los defensores de uno y otro modelo, históricamente, se puede apreciar el contenido de esta máxima²⁶¹². Así, en España, la explicación de DÍAZ PALOS parece identificarse con esta máxima desde el modelo del tipo, a diferencia de ANTÓN ONECA que aplica esta máxima al modelo de la excepción²⁶¹³.

2. Sentado lo anterior, se plantea la cuestión de por qué se sostiene que el modelo del tipo consiste en un supuesto de imputación ordinaria y no extraordinaria. ¿Sólo porque sus defensores no entienden que se trate de una “excepción real al principio de culpabilidad, sino a lo sumo [de] una excepción aparente”^{2614/2615} o sólo porque se prescinde de la división temporal entre el fundamento de la imputación y el objeto de la imputación? Evidentemente, si el fundamento es el mismo (elusión de incumbencias), entonces, la estructura de imputación es la misma, aunque el objeto de imputación se ubique en tiempos diferentes²⁶¹⁶. Veamos la razón de esta afirmación. A mi entender, lo que hace que nos encontremos ante una imputación extraordinaria en ambos modelos no es la ubicación temporal del objeto de imputación (si en el momento uno o en el momento dos), sino que ambos precisan para afirmar la infracción a la norma de conducta primaria, que el sujeto haya eludido o incumplido una incumbencia (o deber de segundo rango), denominados según los modelos: incumbencia de conocer o deber de cuidado. Lo extraordinario viene dado porque la infracción del deber contenido en la norma de conducta primaria no se

²⁶¹¹ Cfr. JOSHI JUBERT, *La doctrina de la ‘actio libera in causa’*, 1992, p. 169.

²⁶¹² Ya lo advirtió, JOSHI JUBERT, *ibidem*, pp. 168-169, nota al pie 398., citando a los autores aquí citados.

²⁶¹³ Cfr. DÍAZ PALOS, *Teoría general de la imputabilidad*, 1965, p. 185 (“la imputabilidad,... se prolonga,..., desde un momento a otro posterior... Hubo libertad *originaria*, pero no libertad *actual*). Y, ANTÓN ONECA, *Dp*, Pg, 1986 (2ª ed.), p. 334.

²⁶¹⁴ Cfr. JOSHI JUBERT, *La doctrina de la ‘actio libera in causa’*, 1992, p. 167.

²⁶¹⁵ Cfr. ROXIN, “Observaciones sobre la ‘actio libera in causa’”, *ADPCP*, 1988, pp. 21 y ss.

²⁶¹⁶ De allí que el principio de culpabilidad no resulte afectado en ninguno de los dos modelos, aunque algunos defensores del modelo del tipo sostengan que la *alic* confirma el principio de culpabilidad y algunos de los defensores del modelo de la excepción sostengan que la *alic* es una excepción al principio de culpabilidad. A mi juicio, el modelo de la excepción se denomina así por la forma extraordinaria de imputar, apelando a una estructura deóntica diferente a la de los casos de conocimiento, y no porque sea una excepción al principio de culpabilidad.

realiza de modo directo, como en los casos de conocimiento (dolo), sino de modo indirecto o mediato, con independencia de que al sujeto se le haga responsable por cometer un delito en dicho estado o por la ausencia del requisito de la imputabilidad en dicho estado. Esto segundo es sólo una cuestión de enfoque que no debería derivar en grandes disquisiciones, porque a fin de cuentas, en el tan discutido modelo de la excepción al sujeto también se le hace responsable por lo realizado en el estado defectuoso. El autor imprudente o el inimputable provocado no se encuentran cara a cara con la norma de conducta, por el contrario, la desconocen al no contar con el conocimiento o estado de imputabilidad necesario que le brinda el cumplimiento de una incumbencia de conocer o de mantenerse capaz de imputación. Por eso se les imputa extraordinariamente la infracción a la norma de conducta primaria²⁶¹⁷.

3. Por lo demás, también la expresión modelo del tipo resulta ambigua cuando se la quiere hacer valer en otros niveles del delito, que no son la culpabilidad. Así, en los casos de provocación de una causa de ausencia de acción ¿concorre verdaderamente una conducta típica en la acción precedente o se apela a una ficción de conducta típica adelantando la barrera de lo relevante penalmente? Como he manifestado al inicio del capítulo, no cuento con espacio para dedicarme a este tema en especial, de modo que sólo realizaré una última consideración terminológica. A mi criterio, las formas de imputación de las diversas situaciones de evitabilidad y provocación de una situación de inimputabilidad (entendida en sentido amplio de todos los niveles del delito) son formas de imputación extraordinaria. Cómo se las quiera explicar en lo atinente al objeto de la imputación, al comienzo de la tentativa, al efecto del desistimiento, etc. no altera su esencia estructural deóntica. Por ello, las terminologías que más se adecuan a evitar confusiones son aquellas que no contienen referencia alguna a los niveles del delito. Así, por ejemplo, para cuando se quiera asumir que el objeto de la imputación ha de residir en la *actio praecedens*, entonces, una posible nomenclatura podría ser la de “imputación extraordinaria *libera in sua causa*” y, cuando se pretenda asumir que el objeto ha de buscarse en el momento defectuoso, entonces, una posible fórmula sería “imputación extraordinaria *non libera in se*” (caben también otras:

²⁶¹⁷ Ya en los defensores del modelo de la excepción se advierten los fundamentos normológicos (derivados de la norma jurídica o de deberes de segundo rango). Por ejemplo, HRUSCHKA, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 1988 (2ª ed.), pp. 274 y ss., 343, *passim*; JOERDEN, *Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs*, 1988, pp. 33 y ss. También, con sus matizaciones, KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989, pp. 24 y ss.

“imputación extraordinaria *actio praecedens*” e “imputación extraordinaria *actio subsequens*”).

4. A continuación reseñaré muy brevemente los dos modelos tradicionales: el del tipo y el de la excepción, que no los he ubicado al inicio del capítulo por considerar que en primer lugar era necesario referirme al fundamento y objeto de la imputación junto a otras ideas generales. Espero que este breve excursus no entorpezca el hilo argumentativo que pretendo seguir.

4.a. *Modelo del tipo (o del injusto típico)*: la imputación se realiza sobre la conducta provocadora (dolosa o imprudentemente) del defecto de imputabilidad, y no sobre la conducta realizada en estado de inimputabilidad. Ya en sí misma la *actio praecedens* se erige como una realización antijurídica y culpable en el momento de la comisión del delito²⁶¹⁸, para lo cual sus defensores emplean una explicación anticipatoria de los requisitos del tipo objetivo y subjetivo²⁶¹⁹. Las reglas de imputación del modelo del tipo son las reglas generales de la imputación²⁶²⁰. Las principales objeciones que se dirigen en contra de este modelo se relacionan con la insuficiente entidad que reuniría la acción precedente como para erigirse en la conducta típica²⁶²¹. El modo de desplazar esta dificultad conduce a este modelo a adelantar el comienzo de la tentativa –empleando la figura de la autoría mediata como enlace entre el momento de la acción provocadora y el de la acción ejecutora-²⁶²², de modo que sólo será necesario y suficiente para la tipicidad que el sujeto ponga en marcha el comienzo de la realización de los elementos del tipo penal en un estado imputable²⁶²³. Gráficamente:

²⁶¹⁸ A favor de este modelo (aunque destacando sus dificultades constructivas), ROXIN, *StrafR, AT*, 2006 (4ª ed.), § 20, nm. 59, p. 916 [1997, p. 851], también en “Observaciones sobre la ‘*actio libera in causa*’”, *ADPCP*, 1988, pp. 21 y ss.; PUPPE, “Grundzüge der *actio libera in causa*”, *JuS*, 1980, p. 348. Entre nosotros, ALCÁ CER GUIRAO, *Actio libera in causa*, 2005, pp. 144, 175, *passim*.

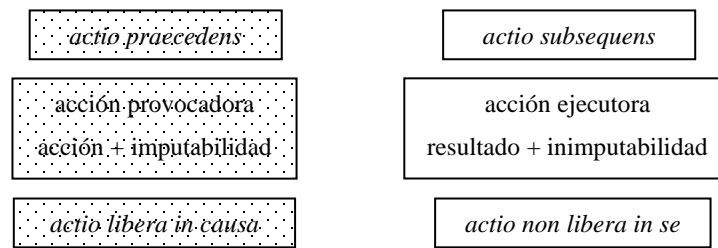
²⁶¹⁹ Crítico HRUSCHKA, “Probleme der *actio libera in causa* heute”, *JZ*, 1989, p. 312.

²⁶²⁰ Cfr. ROXIN, *StrafR, AT*, 2006 (4ª ed.), § 20, nm. 59, p. 916 [1997, p. 851].

²⁶²¹ El mismo ROXIN, *StrafR, AT*, 2006 (4ª ed.), § 20, nm. 61, p. 917 [1997, p. 852] reconoce que uno de los argumentos centrales contra este modelo consiste en que la interposición de una causa dolosa (*vorsätzliche Ursachensetzung*) de un resultado no es todavía una acción típica en los términos que exige la ley. De esta crítica, HRUSCHKA, “Der Begriff der *actio libera in causa*”, *JuS*, 1968, pp. 556 y ss.

²⁶²² Con más detalles, ROXIN, *StrafR, AT*, 2006 (4ª ed.), § 20, nm. 61, pp. 917-918 [1997, pp. 852-853].

²⁶²³ Cfr. ROXIN, *StrafR, AT*, 2006 (4ª ed.), § 20, nm. 61, p. 917 [1997, p. 852].



▣ objeto de la imputación

4.a.i. El modelo del tipo exige un dolo (como mínimo eventual) en la *actio praecedens* que tenga por objeto tanto la causación de un estado defectuoso como la producción del hecho lesivo en dicho estado de inimputabilidad²⁶²⁴. Para el comienzo de la tentativa, casi mayoritariamente, se exige que el sujeto comience la ejecución de su condición de inimputabilidad, por ejemplo, iniciando la ingesta alcohólica “para”²⁶²⁵. Esto significa que no se trata de cualquier ingesta, sino una peculiarmente orientada a la producción de un hecho lesivo²⁶²⁶.

4.b. *Modelo de la excepción*: su principal defensor es HRUSCHKA²⁶²⁷, quien aboga por el castigo de las *actiones liberae in sua causa* fundamentándose en una excepción a la

²⁶²⁴ Cfr. ROXIN, *StrafR, AT*, 2006 (4ª ed.), § 20, nm. 67, p. 920 [1997, pp. 854-855]; PUPPE, “Grundzüge der *actio libera in causa*”, *JuS*, 1980, pp. 348 y s.

²⁶²⁵ Cfr. ROXIN, *StrafR, AT*, 2006 (4ª ed.), § 20, nm. 67, p. 920 [1997, pp. 854-855]. Aclara este autor que quien en el momento de los actos preparatorios del delito que proyecta cometer en estado de inimputabilidad coge, por aburrimiento, la botella de alcohol y se embriaga y, por ello, se convierte en inimputable antes de tiempo, no inicia la ejecución en términos de tentativa. Se entiende que el autor todavía no ha querido dejar escapar el riesgo de sus manos, en el momento de los actos preparatorios el sujeto todavía quiere mantener el dominio de su hecho.

²⁶²⁶ Cfr. ALCÁCER GUIRAO, *Actio libera in causa*, 2005, pp. 122 y ss.

²⁶²⁷ Cfr. HRUSCHKA, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 1988 (2ª ed.), pp. 39 y ss., 43, 327, *passim* [también en “Probleme der *actio libera in causa* heute”, *JZ*, 1989, pp. 310 y ss.; “Der Begriff der *actio libera in causa*”, *JuS*, 1968, pp. 554 y ss.; entre otros muchos otros escritos suyos más]. En el mismo sentido, JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch, AT*, 1996 (5ª ed.), § 40, punto VI.1, pp. 445-446, con nota al pie 66 [2002, pp. 478-479]; VOGEL, *Norm und Pflicht*, 1993, pp. 57 y ss.; TOEPEL, *Kausalität und Pflichtwidrigkeitszusammenhang*, 1992, pp. 21 y ss.; KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989, pp. 61 y ss., 120 y ss., 130; JOERDEN, *Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs*, 1988, pp. 16 y ss., 35 y ss., 45. Cercano, pero desde otra perspectiva, NEUMANN, *Zurechnung und Vorverschulden*, 1985, pp. 24 y ss. (véanse, las consideraciones de las diferencias y similitudes entre estos autores en JOSHI JUBERT, *La doctrina de la ‘actio libera in causa’*, 1992, pp. 253-254, 273). En Iberoamérica, entre otros autores que menciono en el texto, véase MAÑALICH, “Norma e imputación”, *REJ*, 2010, p. 181; DÍAZ PITA, *Actio libera in causa*, 2002, pp. 65 y ss., 187-188 (se distingue de HRUSCHKA porque entiende que la *alic* responde a una excepción real al principio de culpabilidad, pero no basada en la costumbre, sino en la violación de principios elementales

regla contenida en la ley penal de que el sujeto ha de ser imputable en el momento (o durante) la comisión del hecho delictivo (§ 20 *StGB*). Dicha excepción emanada del Derecho consuetudinario (*Gewohnheitsrecht*) y, actualmente, ya también de fundamentos dogmáticos y filosóficos²⁶²⁸, permite castigar por el hecho delictivo cometido en estado de inimputabilidad²⁶²⁹. El objeto de la imputación, por tanto, resulta ser el momento defectuoso que, evidentemente, encuentra su fundamento en la acción de provocación²⁶³⁰, a lo que denominan el fundamento del defecto (*Defektsbegründung*)²⁶³¹. Los mismos defensores de este modelo distinguen entre el fundamento de la imputación (la *actio praecedens*) y el objeto de la imputación (el estado defectuoso)²⁶³². Por ejemplo, como en este trabajo se defiende, al autor del delito se le imputaría subjetivamente el desconocimiento o error y no el conocimiento concurrente en el momento previo. Este sólo le serviría de fundamento al objeto de la imputación. Las críticas que ha recibido este

jurídicos, como el de igualdad, lo que constituye un abuso del Derecho. Por eso, considera que la *alic* no necesita de las reglas de la imputación ordinaria, pero tampoco de reglas supralegales); ALONSO ÁLAMO, “La acción ‘*libera in causa*’”, *ADPCP*, 1989, p. 66. De los códigos penales, la ley suiza sugiere la asunción del modelo de la excepción (art. 12 *StGB*), así como el art. 20.1 y 2 del CPes. en materia de culpabilidad (ya con el régimen anterior del CPes., consideraba que el art. 8.1 y su fórmula “haya sido buscado de propósito”, permitía la interpretación a favor del modelo de la excepción, SILVA SÁNCHEZ, “La estructura de la ‘*actio libera in causa*’”, en *LL*, 1988, p. 914; en contra, ALCÁCER GUIRAO, *Actio libera in causa*, 2005, p. 176, que entiende que el CPes. asume el modelo de la tipicidad). Consideraciones sobre la regulación legal comparada en JOSHI JUBERT, *La doctrina de la ‘actio libera in causa’*, 1992, pp. 257 y ss.; ALONSO ÁLAMO, “La acción ‘*libera in causa*’”, *ADPCP*, 1989, pp. 60 y s.; más sobre la legislación española, ALCÁCER GUIRAO, *Actio libera in causa*, 2005, pp. 94 y ss. Una visión histórica de la legislación alemana en HETTINGER, *Die actio libera in causa*, 1988, pp. 57 y ss. En la doctrina angloamericana sobre el modelo de HRUSCHKA, véase DIMOCK, “*Actio libera in causa*”, *CLP*, 2013, pp. 549 y ss. (con referencias bibliográficas).

²⁶²⁸ Advierte también que el sustento del modelo de la excepción no es sólo cosa de la costumbre, sino de toda la construcción normológico-dogmática del mismo HRUSCHKA, entre nosotros, ALCÁCER GUIRAO, *Actio libera in causa*, 2005, p. 42.

²⁶²⁹ Inimputabilidad en sentido amplio, como ausencia de alguno de los diferentes requisitos subjetivos de los diferentes niveles de la teoría del delito: en la acción la voluntariedad, en la tipicidad subjetiva el dolo, en la imputabilidad la culpabilidad.

²⁶³⁰ El modelo de la excepción no afecta al principio de culpabilidad, toda vez que el fundamento de la imputación de la acción posterior (estado de inimputabilidad) emana de la acción precedente culpable (*actio libera in causa*). Cfr. HRUSCHKA, “Der Begriff der *actio libera in causa*”, *JuS*, 1968, pp. 559-560. En todo caso, el modelo de la excepción implica una excepción al principio de coincidencia temporal entre el injusto y la culpabilidad, lo que no deja de ser una cuestión puramente formal que no afecta al principio de culpabilidad. No obstante, esto último puede sustentarse legítimamente desde la consideración de una reducción teleológica del principio de coincidencia con la consecuente reducción teleológica de determinadas eximentes en caso de provocación autorresponsable (pp. 559-560). Aunque este autor luego consideró que la propuesta de la reducción teleológica puede significar a la vez una reducción formal del principio de legalidad, ha preferido decantarse por reclamar del legislador una regulación expresa de la excepción (véase nota al pie *infra*).

²⁶³¹ Cfr. JOSHI JUBERT, *La doctrina de la ‘actio libera in causa’*, 1992, p. 134.

²⁶³² Cfr. HRUSCHKA, “Die *actio libera in causa* bei Vorsatztaten und bei Fahrlässigkeitstaten”, *JZ*, 1997, pp. 23-24.

modelo son más bien de contenido y no de forma²⁶³³. Según la doctrina, su desventaja viene dada porque quebranta al menos cuatro principios: el de legalidad, que no puede ser derogado por el Derecho consuetudinario (*lex scripta*)²⁶³⁴, el de culpabilidad, que no puede ser sustentado sobre la ausencia de una relación entre el dolo y el hecho (el dolo del momento previo queda desconectado del momento posterior)²⁶³⁵, el de coincidencia o de simultaneidad, que no puede ser evitado desestructurando temporalmente los presupuestos de la culpabilidad en relación con el hecho²⁶³⁶, y el de lesividad²⁶³⁷.

4.b.i. Mayoritariamente, los autores que se han ocupado del modelo de la excepción se han esforzado por brindarle un basamento normológico a la estructura de la imputación, que viene dado por una especie de relación lógico-analítica entre la infracción de una incumbencia (*Obliegenheit*) y el deber jurídico de la norma primaria²⁶³⁸. Es la infracción a

²⁶³³ De hecho, por lo que hace a la forma, a este modelo se le reconoce por su lógica y moderación. Por ejemplo, ROXIN, *StrafR, AT*, 2006 (4ª ed.), § 20, nm. 58, p. 915 [1997, p. 851], sostiene “das Ausnahmemodell ist trotz seiner bestechenden Einfachheit nicht haltbar”.

²⁶³⁴ De esta crítica, ROXIN, *StrafR, AT*, 2006 (4ª ed.), § 20, nm. 58, p. 915 [1997, p. 851]. ALCÁCER GUIRAO, *Actio libera in causa*, 2005, pp. 24 y ss., nota al pie 27, matiza que el principio de legalidad queda supeditado al de coincidencia. HRUSCHKA no desconoce que el modelo de la excepción atente o pueda atentar contra el principio de legalidad, por lo que, ya en sus primeros escritos propuso que el legislador alemán introdujera una excepción escrita al § 20 *StGB*. Véase HRUSCHKA, “Die *actio libera in causa*-speziell bei § 20 *StGB*”, *JZ*, 1996, pp. 64 y ss., 67. A mi modo de ver, los principios, como el de legalidad o el de culpabilidad, no se sustentan en un elemento ontológico, sino normativo, coyuntural de un determinado Ordenamiento Jurídico, de forma tal que el modelo en sí no atenta contra el principio, sino contra una de las formas de concebir el principio. Por eso entiendo, que todas las críticas al modelo de la excepción que se basen exclusivamente en los principios mencionados en el texto principal son críticas viables mientras dure el consenso acerca del contenido del principio o la regulación que le da sustento.

²⁶³⁵ De esta crítica, ROXIN, *ibidem*; PUPPE, “Grundzüge der *actio libera in causa*”, *JuS*, 1980, p. 347. Niega que el modelo de la excepción atente contra el principio de culpabilidad, HRUSCHKA, “Die *actio libera in causa*-speziell bei § 20 *StGB*”, *JZ*, 1996, p. 68.

²⁶³⁶ Para HRUSCHKA, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 1988 (2ª ed.), p. 342, el modelo de la excepción presupone el principio de coincidencia (de forma que no lo infringe). BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Dp*, 1994 (4ª ed.), pp. 502-503, considera que el modelo de la excepción predica que la *alic* constituye una excepción al principio de coincidencia o simultaneidad consagrada por el derecho consuetudinario (HRUSCHKA, “Der Begriff der *actio libera in causa*”, *JuS*, 1968, pp. 554 y ss.), y parece que de ese modo resuelve muy rápido su fundamento, por eso propone que la *alic*, como excepción real al principio de culpabilidad, no sea fundamentada en el Derecho consuetudinario, sino en el abuso del derecho. Críticos, HETTINGER, *Die actio libera in causa*, 1988, pp. 404-405; ROXIN, “Observaciones sobre la ‘*actio libera in causa*’”, *ADPCP*, 1988, pp. 23 y ss.; PUPPE, “Grundzüge der *actio libera in causa*”, *JuS*, 1980, p. 347. Concibe al principio de coincidencia como una plasmación del principio de culpabilidad, ALCÁCER GUIRAO, *Actio libera in causa*, 2005, pp. 24-25, 28.

²⁶³⁷ Lo menciona, pero sin entrar en detalles, ALCÁCER GUIRAO, *Actio libera in causa*, 2005, p. 24.

²⁶³⁸ No se me escapa que HRUSCHKA explica de dos formas (a mi entender complementarias, no excluyentes) la relación entre las incumbencias y los deberes. Realiza una explicación desde la perspectiva lógico-analítica en HRUSCHKA, “Über Tun und Unterlassen und über Fahrlässigkeit”, en *FS für Paul Bockelmann*, 1979, pp.

dicha incumbencia la que se comprende como el presupuesto reemplazante (*Surrogat*²⁶³⁹) del requisito ordinario faltante de la imputación²⁶⁴⁰. En otras palabras, la infracción a una incumbencia es el subrogado del deber^{2641/2642}. Repasando algunas ideas ya expuestas en otra oportunidad, en el modelo hruschkiano, el sistema del Derecho penal viene deónticamente conformado por las incumbencias (imperativos hipotéticos) y los deberes jurídicos (imperativos categóricos)²⁶⁴³. Para que la norma de conducta pueda cumplimentar eficazmente el objetivo de evitar sucesos disvaliosos derivados de las personas, ha de

426 y ss., pero más adelante niega esta explicación en “Probleme der *actio libera in causa* heute”, *JZ*, 1989, p. 315. Por otro lado, realiza una explicación desde una perspectiva sintética (como opuesto a analítica) en *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 1988 (2ª ed.), pp. 397 y ss. Hasta donde alcanzo a entender el planteamiento de este autor, en sus primeros escritos el concepto de analítico que emplea no es el mismo que el que emplea en sus escritos posteriores. Entre los primeros, “analítico” hace referencia a las implicaciones o deducciones lógicas –*logisch einschließen*–, en donde una *Implikationsbeziehung ist oft eine Folgerungsbeziehung*. Cfr. en *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 1988 (2ª ed.), p. 414. Y entre los segundos, “analítico”, que se define como opuesto a sintético (distinción proveniente de KANT), quiere significar que en el predicado se constata aquello que contiene el sujeto de la oración (“Analytisch sind solche Urteile, bei denen im Prädikat des Satzes lediglich konstatiert wird, was im Subjektsbegriff bereits enthalten ist”). Sobre esto último en *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 1988 (2ª ed.), p. 397.

²⁶³⁹ El vocablo *Surrogat* es empleado por HRUSCHKA para indicar la función que cumplen las *Obliegenheiten* en la imputación extraordinaria. En español ha sido traducida como *sucedáneo*, en SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación y teoría del delito*, 2008, p. 537; y, por *subrogado* en ALCÁ CER GUIRAO, *Actio libera in causa*, 2005, p. 43.

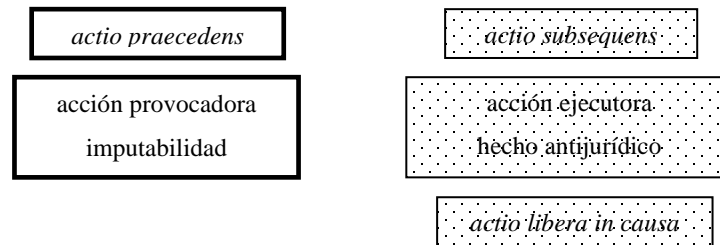
²⁶⁴⁰ Muchos autores están de acuerdo en que hay que buscar un “anclaje normativo” como fundamento de la imputación extraordinaria. Sobre esto, SÁNCHEZ-OSTIZ, “Teoría del delito, imputación extraordinaria e incumbencias”, en *LH a Mir Puig*, 2010, p. 548. También RUDOLPH, *Das Korrespondenzprinzip im Strafrecht*, 2006, pp. 78 y ss., 93, admite que en supuestos excepcionales se sanciona el hecho aun sin haberse infringido directamente un deber jurídico-penal, sobre la base de la elusión a las *Obliegenheiten*.

²⁶⁴¹ Refiriéndose al modelo de HRUSCHKA, señala ALCÁ CER GUIRAO, *Actio libera in causa*, 2005, p. 161, que “la ausencia de requisitos necesarios para afirmar el hecho punible en [la] *actio posterius* es compensada por la vulneración de una *obligación* de mantener esos requisitos que permitirían el respeto al *deber*, obligación que opera como un *subrogado* del deber, y cuya vulneración permite operar *como si* esos requisitos se dieran en el momento de la *actio posterius*”.

²⁶⁴² En este modelo estas incumbencias pueden identificarse con los siguientes comportamientos: “1. la prohibición de provocar la imposibilidad de cumplir el mandato; 2. el mandato de conservar, ante el peligro de perder la posibilidad de cumplirlo –el mandato–, esta posibilidad; 3. El mandato de mantener la posibilidad de realización del mandato, a menos que esta posibilidad de realización no subsista”. Cfr. JOSHI JUBERT, *La doctrina de la ‘actio libera in causa’*, 1992, p. 141.

²⁶⁴³ Véase aquí la explicación de JOSHI JUBERT, *La doctrina de la ‘actio libera in causa’*, 1992, p. 139, sobre el concepto de *Obliegenheit* (que ella traduce por obligación) en HRUSCHKA. La obligación sería “aquella implicación de las normas de conducta a las cuales aquellas se refieren, siendo indiferente que la norma de conducta sea una prohibición o un mandato”, y en nota al pie 332 aclara, “por implicación entiende [HRUSCHKA] deducciones lógicas”.

auxiliarse de otras normas de rango inferior (secundario) que le ayuden a concretar el ámbito de la prohibición y del mandato²⁶⁴⁴. Gráficamente:



- fundamento de la imputación
- objeto de la imputación

II.V.4.b. Clases de imputación extraordinaria

1. Al igual que en la imputación ordinaria, según las estructuras podemos distinguir también en la imputación extraordinaria dos variantes. La imputación extraordinaria grave y la imputación extraordinaria leve.

2. Denomino *imputación extraordinaria grave* a los supuestos en que el sujeto, o bien se predispone a configurar un estado defectuoso desde el cual cometer el delito, o bien por la infracción de deberes especiales de conocer. El estado subjetivo defectuoso que el sujeto configura con conocimiento cierto debe tratarse de un error o ignorancia *invencibles*²⁶⁴⁵. Los casos más comunes, que incluso la doctrina ha venido subrayando como supuestos de auténtico dolo, son los de la llamada “ignorancia provocada”, en donde el sujeto se preordena hacia el estado de desconocimiento²⁶⁴⁶. Los estados subjetivos defectuosos han

²⁶⁴⁴ Como se ha comentado en el *Capítulo Tercero*, una de las diferencias con el modelo de este autor es la siguiente. Para HRUSCHKA las incumbencias se derivan lógicamente del deber jurídico, mientras que en este trabajo he asumido la postura inversa: son los deberes jurídicos los que se derivan de las incumbencias.

²⁶⁴⁵ Si en el momento del hecho el sujeto conoce con certeza o incerteza, entonces, no es necesario apelar al momento de provocación. Ya no estaríamos presenciando un estado defectuoso que dificulta la imputación, sino un estado normal de imputación ordinaria. Por el contrario, si en el momento del hecho el sujeto cuenta con un error de tipo *vencible*, entonces, sí resultaría necesario apelar al momento previo (no de provocación sino de evitabilidad) como para proceder a la imputación extraordinaria leve (error de tipo *vencible*).

²⁶⁴⁶ Para los casos de ausencia de acción y de inimputabilidad pueden distinguirse los orígenes en: preordenado al delito, voluntario, culposo y fortuito. Mientras que el primero da lugar a una imputación dolosa y el último a una no-imputación, los orígenes voluntario y culposo resultan difíciles de resolver. Para más detalles sobre este tema, MIR PUIG, *Dp, Pg*, 2011 (9ª ed.), pp. 592 y ss., *passim*.

de ser logrados desde un conocimiento cierto de la situación, como fruto de una preordenación del sujeto a la comisión de un hecho delictivo en los momentos de ignorancia, pero no porque él busque deliberadamente el delito sino porque sabe con práctica certeza que, en dicho estado, existe la probabilidad de su comisión.

3. Por su parte, empleo la expresión *imputación extraordinaria leve* para aquellos casos en que el sujeto no se predispone a obrar en estado defectuoso, sino que éste surge como consecuencia de la infracción de una serie de incumbencias subjetivas que a él le competía observar. Los casos más comunes de esta clase de imputación vendrán dados por el error vencible.

4. Como se advierte, estructuralmente, estas dos formas de imputación extraordinaria se asimilan a la conocida figura de la *actio libera in causa*. Sin embargo, sólo en la imputación extraordinaria grave puede advertirse la presencia de dos momentos bien diferenciados. Un primer momento, llamado estado de provocación, en el cual el sujeto se *predispone* a reconfigurar su esfera en términos defectuosos representándose la comisión de un hecho delictivo, seguido de un segundo momento, llamado estado defectuoso, en el cual el sujeto comete el delito “sin el conocimiento típico”. Por el contrario, no en todas las formas de imputación extraordinaria leve es perfectamente distinguible la presencia de estos dos momentos, al no concurrir un auténtico estado de provocación. De allí que, el segundo momento no sea propiamente un estado defectuoso, sino un cuasi estado defectuoso²⁶⁴⁷. Estos casos de imputación extraordinaria leve presentan una estructura mucho más simple que los casos de provocación, una estructura más bien sincrónica, en donde el proceso (causa) y su efecto suceden prácticamente en un mismo espacio de tiempo. Será la causa la infracción a la incumbencia de informarse y el efecto la lesión de un bien jurídico determinado. Por el contrario, en los casos de provocación, el proceso y su efecto suceden de modo diacrónico en tiempos diferentes, aunque cronológicamente ordenados y materialmente conectados. De forma excepcional, algunos supuestos de imputación extraordinaria leve cuentan con un primer momento diferenciado, pero no de provocación, sino de infracción a una incumbencia de conocer que es la que da fundamento a la

²⁶⁴⁷ Es por eso que, para algunos autores, en estos supuestos se da una imputación ordinaria (no extraordinaria), porque tienen en cuenta el momento en que se produce la infracción a la norma de cuidado (al realizar el hecho), y no el presupuesto deóntico que se infringe (una incumbencia).

infracción de la incumbencia de conocer en el estado defectuoso. Oportunamente, se apreciarán estas diferentes variantes de la imputación.

II.V.4.b.i. Imputación extraordinaria grave

1. Los casos de imputación extraordinaria grave se caracterizan por la provocación de un estado subjetivo defectuoso a través de la elusión consciente de una incumbencia-medio de mantenerse capaz de imputación, que puede infringirse ya sea provocando o no-evitando directamente el estado de desconocimiento o infringiendo deberes cualificados de conocer. Empíricamente el sujeto que desconoce honesta y espontáneamente es lo mismo que el sujeto que desconoce de forma deshonesta y provocada, pero, valorativamente no son la misma cosa²⁶⁴⁸. El desconocimiento provocado comporta un desvalor peculiar, porque ni se lo puede equiparar valorativamente al sujeto que verdaderamente desconoce, pero, tampoco se lo puede equiparar al sujeto que verdaderamente conoce. Se trataría de un caso intermedio entre estos dos extremos: *empíricamente* el desconocimiento provocado se asimila al desconocimiento espontáneo sólo en el momento de los hechos, y al conocimiento en el momento de la provocación, y es este segundo momento el que permite que se lo asimile también *valorativamente* al conocimiento²⁶⁴⁹.

2. Se entiende por desconocimiento provocado toda situación en la que el agente se autoprograma evitar adquirir el conocimiento del riesgo típico en un momento posterior, librando prácticamente al azar la posibilidad de la realización de los elementos del tipo

²⁶⁴⁸ Igual apreciación en materia de la *alic* en la culpabilidad, DÍAZ PITA, Actio libera in causa, 2002, p. 190, que sostiene que “estos sujetos han construido una *ficción*” (negrita, no cursiva, en el original), “la situación del sujeto es real desde el punto de vista fáctico pero irreal desde el punto de vista jurídico”.

²⁶⁴⁹ Respecto de la *alic* en la culpabilidad, bien sostiene DÍAZ PITA, Actio libera in causa, 2002, pp. 153-154, algo similar: “la ley penal ofrece una serie de excepciones cuya concurrencia permiten la exención de la responsabilidad y, por ende, la exclusión de la pena para aquellos sujetos que, en el caso concreto, han actuado bajo los presupuestos de esas excepciones. Pero en aquellas constelaciones de casos en las que es el propio sujeto el que, ‘de manera cualificada’, se procura los presupuestos de esas excepciones, la valoración de las mismas, (...), no puede ser equivalente a la valoración de aquellas otras constelaciones en las que los presupuestos de la exención se han dado de forma espontánea” (que aquí resumo como: no equivalencia entre la inimputabilidad provocada y la inimputabilidad espontánea) y “la creación ‘de forma cualificada’ del estado [de inimputabilidad] (...) no puede ser equiparada a los casos en los que las mismas concurren de forma no provocada. La equiparación de estas dos constelaciones sería injusta y la exención de pena en la primera de ellas, también. Con ello no se afirma ningún contenido de culpabilidad (...), o lo que es lo mismo, no se afirma que el sujeto sea culpable, sino que el sujeto no puede ser declarado *no culpable*” (que aquí resumo como: no equivalencia entre la inimputabilidad provocada y la inimputabilidad espontánea).

penal²⁶⁵⁰. En un primer momento, el sujeto posee pleno señorío sobre el conocimiento de su error o ignorancia invencibles futuros y, en un segundo momento, se vuelve esclavo de su desconocimiento. El predisponerse a generar un estado cognitivo deficiente para actuar atípicamente en dicho estado significa infringir una incumbencia-medio de mantenerse en condiciones idóneas de capacidad de imputabilidad. La infracción a esta clase de incumbencia produce automáticamente un autoimpedimento de tomar contacto con el deber de evitar la realización del tipo penal²⁶⁵¹. Ya se ha visto²⁶⁵² que las personas tenemos una incumbencia de mantenernos capaces de imputación, conservando el *statu quo* de nuestra esfera de organización dentro de los límites permitidos, de forma que resulte, como mínimo, lesivamente inocua para terceros²⁶⁵³. Las formas de mantenimiento de nuestro *statu quo* no sólo están orientadas a las prestaciones positivas de perfeccionamiento (cuando son debidas) sino también a evitar todo tipo de malogro en el uso y disfrute que hacemos de ella.

3. Empleando analógicamente la forma de argumentar la atribución objetiva, como la realización del riesgo en el resultado, advierto que para poder imputar subjetivamente la realización del “riesgo representado” en el resultado X, habrá de valorarse *ex post* si el desconocimiento del estado defectuoso (riesgo representado en el momento de la provocación²⁶⁵⁴) es desde el cual se realiza el resultado X. En el momento *ex ante* el sujeto que provoca su desconocimiento como medio para producir un resultado X tiene como objeto de su conocimiento ese desconocimiento en relación con ese resultado X. Evidentemente, el sujeto se representa con mayor precisión su estado futuro de ignorancia, porque él evita conscientemente adquirir determinados conocimientos, pero no se representa con demasiada precisión el resultado que se ha de producir en dicho estado de ignorancia. Dicha representación es sólo aproximada. Por ejemplo: el sujeto A en ocasión de la

²⁶⁵⁰ El autor traslada el dominio del riesgo a causas ajenas a su imputabilidad.

²⁶⁵¹ Igual apreciación en ALCÁCER GUIRAO, *Actio libera in causa*, 2005, p. 122: “desde el mecanismo de la norma de conducta, ese es el último momento [se refiere a la provocación del estado defectuoso] en que [se] puede motivar al agente en contra de la realización de la conducta lesiva (...)”.

²⁶⁵² *Capítulo Tercero*.

²⁶⁵³ Esta idea no está muy alejada del planteamiento de JAKOBS, “La omisión: estado de la cuestión”, en *Sobre el estado de la teoría del delito*, 2000, p. 133, cuando sostiene que a todo destinatario de un mandato le está prohibido arrebatarle a sí mismo mediante una acción positiva la capacidad de cumplir con el deber. Por ejemplo, el médico que tiene que operar no puede embriagarse antes o en el momento de la intervención quirúrgica.

²⁶⁵⁴ El desconocimiento o estado de desconocimiento es propiamente el riesgo típico desde el cual se realiza el resultado.

asunción de su nueva función como director de una planta industrial provoca desconocer de ahora en adelante todo tipo de riesgo que se genera con los vertidos de ciertos líquidos industriales en unas lagos cercanos. El riesgo representado es el desconocimiento futuro desde el cual se pueden producir resultados aproximados, como la contaminación al medio ambiente o la puesta en peligro de la salud o vida humanas. Una cuestión muy importante en este punto es que, en el *ex post*, ha de ser posible determinar la ausencia de ruptura de la “relación de riesgo” entre el momento de la provocación del desconocimiento y el momento del desconocimiento propiamente dicho. A los fines de la imputación subjetiva extraordinaria, no es necesario que en el segundo momento exista un conocimiento en el sentido psicológico de la palabra, pues justamente en este segundo momento lo que debe existir es el estado de ignorancia como plasmación de la infracción de las incumbencias pertinentes²⁶⁵⁵.

4. Las dos modalidades posibles de causar el desconocimiento son: la *provocación* a sabiendas de un estado cognitivo defectuoso y la *no-evitación* a sabiendas de la “sobreveniencia”²⁶⁵⁶ de dicho estado. El fundamento de la equiparación valorativa de la ceguera provocada y de la ceguera no-evitada al conocimiento reside, respectivamente, en la infracción de una incumbencia-medio de mantenerse capaz de imputación y de una incumbencia-medio cualificada de conocer. Sólo puede ser imputado como dolo el desconocimiento al que el sujeto “no tenía derecho”. Todos tenemos un derecho a la ignorancia, un derecho a no saber, pero enmarcado dentro de unos determinados límites. Hay datos, informaciones y conocimientos que pertenecen a la esfera más íntima de toda persona, y el poseerlos, descartarlos, reemplazarlos o no adquirirlos quedan incluidos dentro del principio de autonomía, así como también queda incluido el derecho a excluir la intromisión de terceros en dichos conocimientos²⁶⁵⁷. Pero, no es a este derecho al que me quiero referir, sino al deber de conocer como contracara del derecho a no-conocer. Desde el punto de vista de la autorresponsabilidad, un ejercicio irrestricto del derecho a no-saber conduciría a un menoscabo de la misma, de cara a los intereses tutelados de terceros y de cara a nosotros mismos. Antes de continuar explicando cómo operan cada una de estas

²⁶⁵⁵ Una potencial ignorancia típica es el objeto del conocimiento del primer momento. Dicha ignorancia es sólo representada en el primer momento y existente en el segundo momento.

²⁶⁵⁶ El nombre *sobreveniencia* no está contemplado en el DRAE, pero sí su verbo *sobrevenir* que es sinónimo del verbo *supervenir*, que sí posee su correspondiente nombre, *supervenencia*.

²⁶⁵⁷ Sobre el concepto de ignorancia inevitable e ignorancia querida, a la que todos tenemos derecho, véase GARZÓN VALDÉS, “Algunas reflexiones sobre la ignorancia”, *Isonomía*, 1999, pp. 140 y ss., 144 y ss.

modalidades, haré una aclaración importante. En este trabajo distingo entre la ceguera no-evitada y la ceguera evitable (error de tipo). La primera permite una imputación extraordinaria grave, la segunda sólo una leve, porque no es lo mismo no evitar conscientemente la sobrevenida del desconocimiento previsto, que no evitar lo previsible. La ceguera no-evitada hace referencia a un estado de desconocimiento *previsto*²⁶⁵⁸ en un momento anterior como algo a suceder. Por el contrario, la ceguera evitable hace referencia a un estado de desconocimiento *previsible*²⁶⁵⁹ en un momento anterior como algo a suceder²⁶⁶⁰.

II.V.4.b.i.a. Ceguera provocada

1. Los supuestos de ceguera provocada infringen la incumbencia-medio de mantenerse capaz de imputación²⁶⁶¹, incumbencia de mayor entidad que la incumbencia-medio de conocer²⁶⁶². La forma en que se plasma dicha infracción es a través de la obtención de un estado de desconocimiento de los elementos del riesgo típico. El autor de un homicidio doloso es aquél que dispara a sabiendas de que lo hace sobre una vida humana, pero también es aquél que hace detonar unos explosivos herbicidas sobre un perímetro de un campo, que él prefiere no saber si se encuentra habitado por campesinos. Siempre concurre una incumbencia cualificada de conocer no sólo respecto de la actividad o profesión que se ejerce, sino también en relación con todo tipo de riesgo potencialmente típico que se emprende. Todo estado de provocación de un defecto de imputabilidad opera con una lógica muy similar al delito de insolvencias. El sujeto provocador de la ausencia del conocimiento -que le permitiría advertir el peligro típico en el momento del hecho- suprime de antemano uno de los presupuestos subjetivos de la infracción del deber (presupuesto también de la imputación) y con ello se insolventa a sí mismo, no ya desde un punto de vista patrimonial, sino desde su eventual capacidad de responder. Es su propia libertad el objeto de la lesión, que la mutila de cara a la infracción de un deber, lo que le imposibilita automáticamente

²⁶⁵⁸ *Previsto* aquí significa conocimiento actual del desconocimiento que sobreviene.

²⁶⁵⁹ *Previsible* aquí significa conocimiento coconsciente (en términos amplios también puede indicar un conocimiento potencial) del desconocimiento que sobreviene.

²⁶⁶⁰ Los reconocidos ejemplos del traslado de una maleta, o del cazador pueden encuadrarse tanto como supuestos de ceguera no evitadas o evitables, indistintamente.

²⁶⁶¹ En los términos de la *ignorantia affectata* de Santo Tomás de Aquino.

²⁶⁶² Véase el *Capítulo Tercero*, epígrafes *II.III.4.c.ii. Incumbencias-medio (hipotéticas): seguimiento razonable de las normas* y siguientes.

pretender excusarse de su error o desconocimiento en el momento de la comisión del hecho delictivo²⁶⁶³.

2. Sin pretensiones de exhaustividad, considero que la provocación del estado cognitivo defectuoso puede asumir alguna de las siguientes estructuras:

(i) El sujeto evita conocer lo debido en aquellos casos en los que impide el ingreso de la información debida, interrumpiendo el flujo espontáneo del conocimiento en su esfera jurídica y, con ello, no permite el mejoramiento de su estatus cognitivo. Esta modalidad es aplicable a los casos en que el sujeto sea portador de un deber especial de conocer, porque haya asumido un compromiso de contención de un riesgo o la protección de un bien jurídico concreto^{2664/2665}.

(ii) El sujeto evita conocer lo debido en aquellos casos en los que él no impide el ingreso de la información incorrecta a su esfera cognitiva y, con ello, provoca su estado de error o desconocimiento²⁶⁶⁶.

(iii) Una modalidad compleja y problemática puede llegar a ser la del conocimiento obsoleto (desconocimiento por conocimiento obsoleto). En estos casos el deber de conocer se cumple actualizando el conocimiento obsoleto, lo que supone que éste es dinámico en términos de degradación, hasta llegar a un desconocimiento pleno (o nesciencia) y que es lo que el sujeto debe evitar que suceda. La infracción del deber de conocer consiste en algo complejo: por un lado, el sujeto deja que el conocimiento que tiene vaya volviéndose

²⁶⁶³ Otra forma plástica de explicarlo: el sujeto oculta el presupuesto subjetivo de la infracción al deber en el momento de la realización del hecho, aparentando no contar con él, que puede decirse permanece en la raíz de su configuración subjetiva defectuosa.

²⁶⁶⁴ Por ejemplo, la enfermera que asiste a un enfermo particular en su residencia privada destruye a sabiendas las nuevas proscipciones que el médico de cabecera ha indicado para el seguimiento del tratamiento y aplica sus propios conocimientos. Fruto de esta acción-causal de destrucción, la enfermera omite adquirir el conocimiento debido o, lo que es lo mismo, provoca su desconocimiento. Si el paciente sufre lesiones irreversibles en su salud e, incluso, la muerte, la enfermera habría de responder por tales resultados a título de dolo.

²⁶⁶⁵ Por ejemplo, el condenado por un delito que, previniéndose de una eventual responsabilidad civil y para eludir el pago de su obligación a modo de indemnización evita tomar conocimiento de la situación, y asume una deuda cuantiosa (art. 257 CPes.). Llegado el caso, podría alegar que desconocía que tenía que responder civilmente por las consecuencias de su delito.

²⁶⁶⁶ Por continuar con el ejemplo de la enfermera. Ésta no evita la incorporación de información poco fiable en relación con el tratamiento de un paciente (se deja informar por un tercero ajeno a la situación), porque simplemente le es indiferente cerciorarse sobre dicho extremo o porque, simplemente, quiere acabar su jornada y marcharse a descansar.

obsoleto perdiendo vigencia y utilidad y, por el otro, el sujeto no hace nada por actualizarlo. La conducta debida en estos casos sería la actualización del conocimiento²⁶⁶⁷.

3. Como es bien conocido, la tan nombrada últimamente ceguera provocada o *wilful blindness* ha sido explicada desde la figura de la ceguera ante los hechos (*Tatsachenblindheit*) en la teoría del dolo²⁶⁶⁸. En la doctrina contemporánea, JAKOBS es uno de los autores que se ha encargado de darle juego a esta ceguera por desinterés y, más recientemente, varios autores iberoamericanos han enriquecido el debate continental. En lo que sigue de este epígrafe me referiré en particular a la postura teórica de JAKOBS, para luego ofrecer algunas consideraciones críticas.

4. JAKOBS distingue dos clases de imprudencia²⁶⁶⁹: (1) la “imprudencia no dirigida” y (2) la “imprudencia dirigida a un fin”. En la imprudencia no dirigida el error del sujeto se fundamenta en un defecto de planificación en el que se ve implicado el propio interés del autor. Se dice que el sujeto es incompetente en el manejo de sus propios asuntos²⁶⁷⁰. Por el contrario, en la imprudencia dirigida a un fin, el error del sujeto no se fundamenta en un defecto de planificación, sino en un desinterés reflexivo respecto de los bienes jurídicos ajenos²⁶⁷¹. Esta última modalidad de imprudencia ha recibido también el nombre de “aprendizaje selectivo” porque describe situaciones de errores reflexivamente sistematizados en el propio interés de quien lo padece²⁶⁷². Cuando el autor aprende

²⁶⁶⁷ Por ejemplo, el funcionario público que se encarga de otorgar las licencias que autorizan el funcionamiento de determinada actividad industrial y que, a sabiendas de la no actualización de la información que él debe tener sobre las nuevas actividades industriales prohibidas, concede una licencia. Éste estará infringiendo su deber de conocer al omitir la actualización de la información debida (art. 329.1 CPes.).

²⁶⁶⁸ Ya en relación con la indiferencia o enemistad hacia el Derecho, MEZGER, “Rechtsirrtum und Rechtsblindheit”, en *FS für Kohlrausch*, 1978 (reimp.), pp. 183 y ss., quien entendía que los casos de ceguera jurídica o de hostilidad al Derecho que generaban un error en el sujeto no desplazaban la conciencia de la antijuridicidad del hecho.

²⁶⁶⁹ La expresión imprudencia es equiparada por este autor a las voces error, desconocimiento, ignorancia y ceguera en diferentes escritos sobre el mismo tema.

²⁶⁷⁰ En resumidas cuentas, para JAKOBS una voluntad defectuosa basada en un conocimiento defectuoso es señal de incompetencia y conlleva en mayor o menor medida una *poena naturalis*. Cfr. JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, 1996, p. 28.

²⁶⁷¹ Las “imprudencias dirigidas” son un “desconocimiento que el propio autor no valora como una carencia de su orientación en el mundo, porque el ámbito material del objeto desconocido carece de interés para él”. Así, JAKOBS, “Über die Behandlung von Wollensfehlern und von Wissensfehlern”, *ZStW*, 1989, pp. 516 y ss. [= “Sobre el tratamiento de los defectos volitivos y de los defectos cognitivos”, en *Estudios de Dp*, 1997, p. 138].

²⁶⁷² Para JAKOBS, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, 2003, pp. 85 y s., el uso selectivo del cuidado convertiría la imprudencia en dolo indirecto.

selectivamente determinados patrones de conducta que operan en su propio beneficio, lo hace para evitar situaciones que comportan un riesgo de autolesión, pero no un riesgo de heterolesión. También se emplean como sinónimos las expresiones “ceguera ante los hechos”²⁶⁷³, “indiferencia”²⁶⁷⁴ o “ceguera fáctica fundada en motivos que gravan” (*der Tatsachenblindheit aus belastenden Gründen*)²⁶⁷⁵. En estos casos el sujeto “no ve” porque no advierte aquello que para él no es digno de consideración (aquí el “no ver” es una ceguera normativa). La consecuencia más relevante de esta distinción reside en que las imprudencias no dirigidas (defectos cognitivos) se castigan con la pena –atenuada– de la imprudencia, mientras que las cegueras fácticas (defectos volitivos), dado el desinterés o la indiferencia que el sujeto manifiesta por los bienes jurídicos ajenos, merecen el mismo tratamiento penológico que el dolo. En los casos de cegueras ante los hechos, el sujeto manifiesta con su conducta un grado de indiferencia hacia el Ordenamiento Jurídico en la misma medida en que el sujeto que obra con dolo manifiesta hostilidad hacia la vigencia de las normas jurídicas²⁶⁷⁶. Por eso, aunque la *Tatsachenblindheit* como dato psíquico se correspondería con un desconocimiento, que en la regulación del *StGB* merecería la pena de la imprudencia²⁶⁷⁷, como dato axiológico, esta clase de cegueras se caracterizaría por una especial actitud de indiferencia del sujeto hacia los bienes jurídicos de terceros, lo que llevaría a “gravar” su responsabilidad en los mismos términos que la del dolo. A esta indiferencia, JAKOBS, no la considera un proceso psíquico, sino, por el contrario, la ausencia de todo proceso psíquico que se manifiesta en una ausencia de fidelidad latente al Ordenamiento Jurídico²⁶⁷⁸.

²⁶⁷³ Así, JAKOBS, *Dp, Pg*, 1997 (2ª ed.), pp. 313-315.

²⁶⁷⁴ Cfr. las diferentes expresiones que emplea este autor en JAKOBS, *Dp, Pg*, 1997 (2ª ed.), pp. 313 y ss.; también en “Über die Behandlung von Wollensfehlern und von Wissensfehlern”, *ZStW*, 1989, pp. 516-537 [= “Sobre el tratamiento de los defectos volitivos y de los defectos cognitivos”, en *Estudios de Dp*, 1997, pp. 138 y ss.]; y, finalmente en “Indiferencia como dolo indirecto”, en *LH a Enrique Bacigalupo*, 2004, pp. 345 y ss.

²⁶⁷⁵ En la línea de JAKOBS: TIMPE, *Beiträge zum StrafR*, 2014, pp. 13, 20 y ss.; PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 394 y ss.; SACHER, *Sonderwissens*, 2006, pp. 181 y ss. Entre nosotros, PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, 2011, pp. 142, *passim*; RAGUÉS I VALLÈS, *La ignorancia deliberada*, 2007, pp. 192 y ss.

²⁶⁷⁶ Cfr. JAKOBS, “Indiferencia como dolo indirecto”, en *LH a Enrique Bacigalupo*, 2004, pp. 346, 348 y ss.; JAKOBS, “Über die Behandlung von Wollensfehlern und von Wissensfehlern”, *ZStW*, 1989, pp. 516-537 [= “Sobre el tratamiento de los defectos volitivos y de los defectos cognitivos”, en *Estudios de Dp*, 1997, pp. 138 y ss.].

²⁶⁷⁷ Esto es así, explica JAKOBS, porque el § 16.1 *StGB* establece unívocamente que la falta de conocimiento del tipo comporta, sin tener en cuenta el motivo del déficit, imprudencia y, con ello, un marco penal atenuado. Cfr. JAKOBS, *Dp, Pg*, 1997 (2ª ed.), p. 314.

²⁶⁷⁸ Cfr. JAKOBS, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, 2003, pp. 88-89.

5. Para ejemplificar su teoría de la ceguera fáctica, este autor se vale de bastantes ejemplos²⁶⁷⁹, que, por lo que advierto, no todos ellos pueden explicar una auténtica ceguera provocada. Antes de empezar aclararé algunas cuestiones terminológicas. Es común al estudiar la ignorancia deliberada (que aquí denomino ceguera o desconocimiento provocado) que la doctrina cite la ceguera ante los hechos del modelo de JAKOBS. Si bien es cierto que hay supuestos de ceguera que pueden encuadrarse como cegueras provocadas, también es cierto que hay otras que no. La diferencia no es sólo de nomenclatura, sino también de efectos jurídicos. Mientras que la ceguera provocada da lugar a una imputación extraordinaria del dolo, los otros casos de ceguera (que aquí denomino de negación) dan lugar a la imputación ordinaria. Con algunos ejemplos de JAKOBS se podrán detectar estas matizaciones que acabo de mencionar.

6. En primer lugar me referiré a un ejemplo de ceguera ante los hechos que no da lugar a una ceguera provocada: dos terroristas se dirigen con sus respectivos coches hacia una calle cortada por un agente de policía, con la voluntad de romper una valla. Uno de ellos se representa que su acción puede ser mortal para el policía, mientras que para el otro “la vida de un policía ni siquiera es digna de consideración”²⁶⁸⁰. Para este autor, mientras que el primer terrorista cometería un delito de homicidio doloso, el segundo –desde una óptica estrictamente psicologicista- debería merecer la pena del homicidio imprudente; lo que supone un injustificado beneficio para quien ha demostrado un profundo desinterés por la

²⁶⁷⁹ También se refiere al siguiente caso: dos obreros manipulan alquitrán en su trabajo. El primero procede con brío pero irreflexivamente, a pesar de que con esa forma de comportarse es patente que puede ensuciar a los transeúntes. El segundo tiene más cuidado, pero no puede excluir que se mantenga un riesgo residual relevante de que se produzcan daños. Una vez más, para JAKOBS, en este caso el segundo obrero, el escrupuloso, merecería la pena del dolo y, el indiferente, la pena del tipo imprudente. Cfr. con más detalle, JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, 1996, pp. 55-58, 57. Añadiendo un ejemplo más: después de un accidente en una mina, el ingeniero responsable no hace nada, sabiendo que las máquinas encerradas bajo tierra se estropearán; tampoco el ingeniero piensa en los trabajadores atrapados, porque hay muchos y por ello no merece la pena preocuparse por ellos. Cfr. JAKOBS, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, 2003, pp. 89, 94. De verdad, ¿puede pensarse que en este ejemplo hay desconocimiento por falta de interés, o que el sujeto indiferente no conoce el significado objetivo de su conducta? Evidentemente, hay que responder que negativamente a ambas cuestiones. No es posible, por las razones que se aducen en el texto principal, que se equipare el sujeto indiferente o desinteresado al sujeto ignorante, porque cualesquiera hayan sido los motivos por los cuales el sujeto no ha pensado en lo que debía pensar, ello no lo exime del conocimiento.

²⁶⁸⁰ Este ejemplo en JAKOBS, “Über die Behandlung von Wollensfehlern und von Wissens-fehlern”, *ZStW*, 1989, pp. 516-537 [= “Sobre el tratamiento de los defectos volitivos y de los defectos cognitivos”, en *Estudios de Dp*, 1997, pp. 138-139]. Una variante del mismo, en JAKOBS, “Indiferencia como dolo indirecto”, en *LH a Enrique Bacigalupo*, 2004, p. 347. Una variante más, pero refiriéndose a un conductor embriagado, en JAKOBS, *Dp*, Pg, 1997 (2ª ed.), pp. 313-315.

vida ajena. Ello lleva a JAKOBS a considerar que hay determinados supuestos de desconocimiento que desde una óptica axiológica merecerían la pena del delito doloso, teniendo en cuenta la indiferencia manifestada por el sujeto respecto de los bienes jurídicos ajenos²⁶⁸¹. A modo de conclusión: el sujeto que se muestra como una persona a la que le es indiferente lo que pueda suceder, no se ve exonerado de responsabilidad por su desconocimiento (total o parcialmente), porque si ello fuera así, entonces, habría que reconocer que el sistema normativo permite en algunas circunstancias su propio desprecio, es decir, que el sistema de normas conduciría en tales casos a la promoción de su propio quebrantamiento. Ahora bien, distinto es el caso en donde el desconocimiento tiene su origen en un defecto de cálculo del sujeto, que nace de un error en la planificación de su conducta, porque entonces, en estos supuestos, no puede alegarse que el desconocimiento vaya dirigido directamente contra los bienes jurídicos ajenos²⁶⁸².

7. Una posible observación al planteamiento de JAKOBS reside en que estos ejemplos que él denomina de ceguera ante los hechos no son ni psicológica ni normativamente auténticos supuestos de ceguera, sino, por el contrario, de conocimiento²⁶⁸³, aunque sea en grado de coconsciencia²⁶⁸⁴ y en un sentido bastante psicológico. Una forma de distorsionar la posibilidad de afirmar el conocimiento en el caso de los dos terroristas es apelando a que el conocimiento es algo psíquico que se refiere en primer lugar a una realidad empírica y sólo después a una realidad valorativa. Esta simplificación normativa del concepto de conocimiento ha llevado a todo el planteamiento de JAKOBS a descalificar a las teorías psicologicistas del dolo. ¿Porqué referirnos al dolo como un “desinterés reflexivo respecto de los bienes jurídicos ajenos”? ¿acaso quien tiene desinterés no conoce lo que no le interesa? No hace falta buscar en la actitud del sujeto el objeto del dolo, sino que basta con

²⁶⁸¹ Cfr. JAKOBS, *Dp, Pg*, 1997 (2ª ed.), pp. 313-315; JAKOBS, “Über die Behandlung von Wollensfehlern und von Wissensfehlern”, *ZStW*, 1989, pp. 516-537 [= “Sobre el tratamiento de los defectos volitivos y de los defectos cognitivos”, en *Estudios de Dp*, 1997, pp. 138 y ss.].

²⁶⁸² La pena por defectos cognitivos ha de ser menor. Cfr. JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, 1996, p. 58.

²⁶⁸³ Con diferentes fundamentos, opinan que la ceguera ante los hechos son casos de imprudencia, o por lo menos, no necesariamente de dolo, PERALTA, “Elementos subjetivos del ilícito”, *ADPCP*, 2010, p. 262 (nota al pie 25); GRECO, “Dolo sem vontade”, en *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito*, 2009, pp. 889 y ss., 893 (en crítica a la postura de JAKOBS); PUPPE, *Strafrechtsdogmatische Analysen*, 2006, pp. 425, 428; VOGEL, “Normativierung und Objektivierung des Vorsatzes?”, *GA*, 2006, pp. 386 y ss.; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch, AT*, 1996 (5ª ed.), § 29, punto V.4, p. 310 [2002, p. 332]; SANCINETTI, *Fundamentación*, 1995, pp. 223 y ss. [= *Subjektive Unrechtsbegründung*, 1995, pp. 236 y ss., 255; con la réplica de JAKOBS, “Objektive Zurechnung bei mittelbarer Täterschaft”, *GA*, 1997, pp. 553 y ss., con nota al pie 15].

²⁶⁸⁴ Le da un tratamiento de *potentielle Vorsatzes* a la *Tatsachenblindheit*, GAEDE, “Auf dem Weg zum potentiellen Vorsatz?”, *ZStW*, 2009, pp. 255 y ss.

decir que en tales situaciones concurre el conocimiento suficiente de la dimensión fáctica y valorativa de los hechos²⁶⁸⁵. A mi entender, lo que JAKOBS denomina ceguera fáctica como supuestos de indiferencia o desinterés, son auténticos casos de conocimiento como supuestos de negación²⁶⁸⁶. Metafóricamente, sí que pueden denominarse cegueras teniendo en cuenta la actitud negadora de la dimensión de significado social por parte del autor, pero nada más. En el ejemplo de los terroristas, el segundo de ellos, al que le es indiferente la vida del policía, también *conoce* las consecuencias mortales de su acción (el significado social del hecho, aunque para él no tenga valor), porque a quien le es indiferente la vida de otro, en el sentido de que para él no vale la pena ni siquiera representarse la posibilidad de la lesión, *conoce* tanto o más que cualquier otro que se representa lisa y llanamente el desenlace fatal. De allí que, aunque el mismo JAKOBS termine aceptando que el sujeto indiferente conoce, no obstante le resta valor a este argumento cuando señala que, en los casos de indiferencia, el conocimiento del autor no le proporciona razón suficiente como para que éste reflexione sobre su decisión, y menos aún, como para que se decida a favor de la norma²⁶⁸⁷. Sólo aquello que una persona conoce puede ser objeto de su desinterés,

²⁶⁸⁵ PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, 2011, pp. 139-140, nota al pie 155, distingue entre obrar por desinterés y manifestar indiferencia. Respecto de lo primero, entiende, a diferencia de JAKOBS, que no toda ceguera ante los hechos es consecuencia invariable de una falta de interés del autor por los bienes jurídicos, porque la falta de representación también puede deberse a otros motivos, como, por ejemplo: la convicción objetivamente equivocada de tener razón respecto a la corrección normativa de una acción propia (actitud cotidiana en el tráfico automotor); el no querer saber la verdad para contar con una excusa en caso de incriminación (auténtica ignorancia deliberada); el no querer saber la verdad pese a ser muy fácil su averiguación porque se intuye que el conocimiento traerá consigo un efecto desagradable (autoengaño); etc. Y, en cuanto, a lo segundo, algo similar a JAKOBS, considera que en todos estos casos (incluso en la imprudencia) el sujeto obra con indiferencia hacia los bienes jurídicos. En el sistema angloamericano, desde una visión unitaria de la *mens rea*, ALEXANDER, “Insufficient Concern”, *CLR*, 2000, pp. 938 y ss., entiende que todas las formas subjetivas revelan una despreocupación por los intereses de los demás.

²⁶⁸⁶ PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, 2011, pp. 138 y ss. [también en “Dolo como reproche”, *RPD*, 2012, p. 191], considera que la ceguera ante los hechos se define como un supuesto en donde es epistémicamente irracional la ausencia de conocimiento por parte del sujeto agente. Estos casos deben ser valorados del mismo modo que los casos en donde media representación epistémicamente racional y ontológicamente acertada, es decir los casos de dolo. El fundamento de ello es que en los casos de ceguera ante los hechos la conducta del sujeto tiene lugar a partir de una toma de postura arbitraria respecto de la regla. En este contexto, “arbitrariedad” significa un desafío objetivo a regularidades empíricas obvias, o a normas de conducta elementales. Similarmente CÓRDOBA, “Dolo y evitabilidad individual”, *RPD*, 2012, p. 215.

²⁶⁸⁷ Cfr. JAKOBS, “Indiferencia como dolo indirecto”, en *LH a Enrique Bacigalupo*, 2004, pp. 346-347. La crítica al planteamiento de JAKOBS puede incluso realizarse desde alguno de sus planteamientos, porque algunas veces este autor ajusta el concepto de dolo al conocimiento de la realidad, y otras veces a la actitud personal frente a tal realidad. De este modo, si el conocimiento del acontecer real es suficiente para hablar de dolo, no hace falta en estos supuestos que él denomina de ceguera recurrir a la actitud del sujeto. En su Manual de Parte general este autor afirma que el “objeto del conocimiento es el acontecer real”, de modo que “quien cree que un curso causal dañoso suficiente a este respecto va a ser detenido por fuerzas sobrenaturales tiene no

indiferencia, desprecio, desconsideración, rechazo o repulsión (o a la inversa)²⁶⁸⁸. A ninguna persona se le podría reprochar su indiferencia por algo que ésta no conoce, aunque sí podría reprochársele que dicho conocimiento no fue suficiente como para motivarlo, pero esto ya no tiene que ver con el dolo típico, sino con la culpabilidad²⁶⁸⁹. Según lo expuesto, para castigar por dolo a esta clase de comportamientos no es necesario recurrir a la idea de indiferencia o de desinterés, siendo que en todos ellos concurre un conocimiento típico en los términos exigidos para su imputación²⁶⁹⁰. De hecho, las cegueras como negación se aproximan considerablemente a los casos que denominé cegueras instantáneas (como una variante de la imputación ordinaria). La leve diferencia entre una y otra es que la ceguera como negación supone no sólo el conocer el desvalor social de la conducta sino también la negación del valor socialmente compartido, mientras que la ceguera instantánea sólo requeriría que el sujeto se percatara del desvalor social de la conducta, no haciendo falta una actitud de negación del valor. Aunque objetivamente ambas cegueras producirían idénticos resultados, expresivamente la segunda modalidad resultaría más intensa que la primera.

obstante dolo, en la medida en que a la vez sabe que el obstáculo no se puede entender en general como tal; y es que entonces tiene conocimiento del riesgo, no permitido, de realización del tipo”. Cfr. JAKOBS, *Dp, Pg*, 1997 (2ª ed.), p. 315. Siguiendo esta idea, igualmente puede sostenerse que, en las llamadas cegueras el autor conoce el acontecer real y su significado social, sólo que le resta interés, pero esto último está de más en el dolo.

²⁶⁸⁸ Despreciar consiste en juzgar que una cosa carece de valor (así, KANT, *La metafísica de las costumbres*, 1989, p. 335); y un juicio sobre algo sólo es posible cuando el sujeto conoce. En el refranero latino, CANTERA ORTIZ DE URBINA, *Diccionario*, 2005, refrán 1298, p. 1298, enseña que “*ignotia nulla cupido*” (= “lo que no se conoce, no se desea”).

²⁶⁸⁹ En la línea de JAKOBS, señala RAGUÉS I VALLÈS, *La ignorancia deliberada*, 2007, p. 183, que la indiferencia no requiere necesariamente un conocimiento preciso de aquello frente a lo que alguien se muestra indiferente; puesto que, no en vano, una de las formas de demostrar desinterés hacia una determinada realidad es ignorarla o no prestarle consideración o atención. La observación que puede hacerse a un planteamiento así es que, justamente este autor sostiene que la indiferencia del dolo no ha de ser entendida como un dato anímico sino como una valoración que merecen ciertos comportamientos (p. 175), de modo tal, que entonces, ahora no puede sostener válidamente que la forma más clara de demostrar desinterés por algo es no prestándole atención o ignorándolo. Lo que evidencia el concepto de dolo de estos autores es que la indiferencia se convierte en un dato *ad hoc*, cuando se quiere normativo, cuando se quiere psicológico (anímico) que pretende encajar los casos de “desconocimiento interesado” en el dolo. También sobre el desconocimiento por indiferencia, FELIP I SABORIT, *Error iuris*, 2000, pp. 261 y ss.

²⁶⁹⁰ En el planteamiento de JAKOBS la idea de indiferencia puede tener sentido, por cuanto, él habla de defectos volitivos (dolo) y defectos cognitivos (imprudencia). Si la culpabilidad se entiende como un déficit de motivación por la norma, y el sujeto doloso es quien de modo consciente y voluntariamente se aparta de la norma jurídica, entonces, hablar de indiferencia está bien. Pero esta congruencia interna, en el planteamiento de este autor, no lo exime de las críticas hechas en el texto principal, por ser incoherentes con los conceptos mismos de indiferencia y de conocimiento.

7.a. Cobra sentido recordar aquí lo dicho en páginas anteriores sobre las dos dimensiones del tipo penal: la dimensión empírica y la dimensión expresiva (o normativa)²⁶⁹¹. En el ejemplo del terrorista, a diferencia de lo que sostiene JAKOBS, concurre tanto el conocimiento sobre el dato empírico (representación de la lesión mortal a una persona), como el dato axiológico (desvalor por la vida de esta persona). Una ceguera ante los hechos, en este sentido, no puede sino entenderse en términos completos, es decir, desde el significado social del hecho, pues sólo es posible hablar de un juicio de (des)valor sobre algo que se conoce (como mínimo en grado de coconsciencia²⁶⁹²). Y sería un contrasentido un juicio de (des)valor sobre la nada. El terrorista que siente indiferencia por la vida del policía, necesariamente tuvo que haberse representado la lesión mortal. En todo caso, la ceguera que el terrorista tiene respecto de la vida del policía es una “ceguera valorativa” (*Wertblindheit*) o, mejor dicho, una ceguera sobre el sentido social o cultural (*soziale oder kulturelle Sinnesblindheit*²⁶⁹³) de la conducta, no una ceguera fáctica porque no se trata de una “ceguera ante los hechos empíricos” (ante el hombre empírico), sino una “ceguera ante los hechos normativos” (ante el hombre normativo) –no hace falta aquí recurrir a los motivos como JAKOBS- y ello es conocimiento típico.

7.b. Quien desconoce el significado social de los hechos no obra con dolo, pero, en el caso sometido a examen, el terrorista sí conoce el significado social de los hechos, respecto del cual mantiene una discrepancia valorativa o ideológica y esta es una cuestión muy distinta de la ignorancia provocada. En los casos de discrepancia ideológica resulta acertado referirse a una *negación del significado social de la conducta*; en esto consiste la ceguera de la que habla JAKOBS. A mi entender, esta ceguera es una figura innecesaria para definir la indiferencia del sujeto, a la que siempre subyace el conocimiento. Prefiero hablar de negación porque el comportamiento hace alusión a una decisión consciente del sujeto contraria al bien jurídico. En el ejemplo de los terroristas, no es que uno de ellos “no vea” lo que no quiere ver, sino que, niega valorativamente lo que ve²⁶⁹⁴. A pesar de que la distinción entre ceguera como negación e ignorancia provocada puede sugerir sólo una mera polémica terminológica, en verdad estas figuras comportan vías de imputación diferentes. La ceguera ante los hechos como negación del valor social conduce a sostener que el sujeto obra con conocimiento en el momento de los hechos y esto da lugar a una imputación ordinaria, en cambio, la ignorancia deliberada parte desde una estructura de provocación que sólo puede dar lugar a una imputación extraordinaria del conocimiento.

7.c. La discrepancia valorativa no merece el tratamiento del error, pues quien discrepa en este sentido lo hace desde un aspecto no siempre individualmente disponible, cual es el significado social de los

²⁶⁹¹ Véase el *Capítulo Primero*, epígrafe *II.1.3.b.i. Dimensiones fáctica y expresiva de los hechos típicos*.

²⁶⁹² Como hemos visto anteriormente, los supuestos de coconsciencia dan lugar a una imputación a título de conocimiento, que podrían merecer una pena atenuada dentro del marco penal correspondiente (por cuanto el sujeto infringió su incumbencia de integrar a la realidad el conocimiento marginal).

²⁶⁹³ En la filosofía wittgensteniana se emplea la expresión *Bedeutungsblindheit* para hacer referencia a los supuestos de ceguera del significado lingüístico de las palabras (= *meaning blindness*).

²⁶⁹⁴ O cree que no conoce cuando se hace el otario con lo que se está representando. En este sentido, MIRÓ LLINARES, *Conocimiento e imputación*, 2009, p. 276, entiende que “en la ignorancia deliberada se imputa al sujeto aquel conocimiento que el sujeto presume que puede producirse aunque mire hacia otro lado”.

hechos²⁶⁹⁵. La discrepancia valorativa y el error sobre el significado social son dos cuestiones bien diferentes, sobre todo si asumimos como un principio del sentido común que en nuestros informes sobre el mundo, en general, existe una distinción entre *cómo son* las cosas realmente, y *cómo nos parecen* que son²⁶⁹⁶. De modo concreto, cómo son las cosas y cómo nos parecen que son socialmente. Una discrepancia ideológica sobre la valoración colectiva de determinados hechos supone necesariamente un conocimiento sobre tales hechos y su significado social, y aquí entran en juego consideraciones diferentes al desconocimiento. Sin intención de ocuparme de una temática que me desviaría del objeto de este epígrafe, valga aquí una breve observación. Determinados casos de discrepancias valorativas habrían de correr a cuenta y cargo del disidente, en la medida en que éste padezca un sesgo de valor que a él le incumba neutralizar, sustrayéndose del dominio de sus creencias que atentan palmariamente contra el núcleo de los valores mínimos socialmente compartidos. Ello se daría cuando la discrepancia no sea posible de superar exitosamente un juicio de tolerancia social de la conducta en condiciones de reciprocidad, como sucedería en el caso del terrorista respecto de la vida del policía. En estos casos, el sujeto disidente habría de responder por su *disonancia cognitiva*²⁶⁹⁷, a título de dolo. En tanto ciudadano, claramente goza de los mismos derechos y obligaciones que cualquier otro ciudadano, de modo que de él también se espera que se imbrique con las pautas estándares de convivencia, en contrapartida a la práctica tolerante que el resto de la sociedad manifiesta en relación con su cultura. Ahora bien, en cuanto miembro de algún grupo minoritario o con rasgos especiales distintos de la mayoría, también goza de una serie de derechos y obligaciones dentro del grupo²⁶⁹⁸, pero, tales derechos y obligaciones no le permiten autoorganizarse defectuosamente de cara a la sociedad, infringiendo su deber de reciprocidad de tolerancia para con el resto de los valores sociales. Cuál sea el modo de jerarquizar y de conciliar determinados valores en

²⁶⁹⁵ SEARLE, *El redescubrimiento de la mente*, 1996, p. 156, ejemplifica muy gráficamente con situaciones más cotidianas de lo que nos imaginamos: una persona puede odiar a cierta persona o clase de persona (así, a un grupo minoritario) pero, a la vez, se avergüenza de este prejuicio y desea conscientemente no tener tal odio. Cuando se enfrenta con la evidencia de este prejuicio, simplemente rehúsa admitirlo y, de hecho, lo niega sincera y vehemente. Para reconciliar esos dos extremos, el agente evita conscientemente pensar sobre su odio y así es capaz de *negarse* sinceramente a admitir la existencia de ese odio cuando se enfrenta a la evidencia.

²⁶⁹⁶ Cfr. SEARLE, *ibidem*, p. 155.

²⁶⁹⁷ Ciertamente, en los regímenes democráticos y en sociedades cada vez más plurales y complejas, la tolerancia (como actitud) y el tolerar (como práctica) hacen posible la convivencia de los “diferentes”. Interesante consideraciones filosófico-políticas sobre la tolerancia en WALZER, *Tratado sobre la tolerancia*, 1998, pp. 13 y ss. La práctica de la tolerancia hace posible la coexistencia pacífica de grupos humanos con diferentes culturas e identidades, en donde una coexistencia pacífica es siempre una “buena cosa”. Esto último significa de que las personas no pueden justificarse, ya sea para sí mismas o ante otras, sin aceptar el valor de la coexistencia pacífica, así como los valores de la vida y de la libertad a los que sirve dicha coexistencia. En todo caso, quienes nieguen esta “buena cosa” (persecutores religiosos, entre otros) son los que necesitan autojustificarse y, normalmente, no lo hacen defendiendo lo que están haciendo, sino justamente negando lo que hacen (pp. 16, *passim*). En similar sentido, las posturas de HABERMAS y PUTNAM –ya mencionados en el *Capítulo Primero*– en relación con el pluralismo ético (cuyo presupuesto viene dado por la intesubjetividad como metavalor).

²⁶⁹⁸ Sobre la naturaleza dual del individuo como ciudadano y miembro de una minoría, véase WALZER, *Tratado sobre la tolerancia*, 1998, pp. 40, *passim*.

una comunidad forma parte de las políticas públicas del Estado y no de la dogmática jurídico-penal, de modo que me excuso de continuar ahondando sobre un tema que escapa a mi cabal conocimiento.

8. A diferencia del ejemplo anterior, el que ahora mencionaré sí que hace mención a casos de cegueras provocadas: muchas personas desconocen que producen ruidos excesivos o que contaminan el medio ambiente, porque tanto los demás conciudadanos como el medio ambiente les son indiferentes. Si se interesaran por el bien ajeno, los efectos perjudiciales les resultarían evidentes, pero ese interés falta²⁶⁹⁹. Para JAKOBS es la ausencia del interés por los demás lo que desencadena la infracción a los deberes de representarse el daño en el momento de la actuación. La diferencia de mi argumento con el de este autor reside concretamente en que para él el fundamento de la equivalencia valorativa entre el desconocimiento provocado y el conocimiento reside en un dato emocional como la indiferencia (o la ausencia de motivación, que emplea para reemplazar el conocimiento), en cambio, en la idea que aquí defiendo, el fundamento de la equivalencia valorativa descansa en la infracción consciente a una incumbencia-medio de mantenerse capaz de imputación y, en la cual, se aprecia la dimensión subjetivo-psicológica (consciente infracción) y la normativa-valorativa (incumbencia de mantenerse capaz de imputación en el momento en que se realizaría una conducta socialmente desvalorada).

9. Reservo entonces los casos de ceguera provocada para lo que la doctrina más reciente conoce como ignorancia deliberada o *wilful blindness*²⁷⁰⁰, teniendo en cuenta que la ceguera ante los hechos de la clásica doctrina alemana tiene un alcance más amplio como se ha

²⁶⁹⁹ Cfr. JAKOBS, “Über die Behandlung von Wollensfehlern und von Wissensfehlern”, *ZStW*, 1989, pp. 516-537 [= “Sobre el tratamiento de los defectos volitivos y de los defectos cognitivos”, en *Estudios de Dp*, 1997, p. 138].

²⁷⁰⁰ Sobre esta teoría, SHERRIN, “Wilful blindness”, *UBCLR*, 2014, pp. 709 y ss.; HUSAK/CALLENDER, “Willful ignorance”, *WLR*, 2004, pp. 29 y ss.; LUBAN, “Contrived Ignorance”, *GLJ*, 1999, pp. 957 y ss.; CHARLOW, “Wilful Ignorance”, *TLR*, 1992, pp. 1351 y ss.; WILSON, “The Doctrine of Wilful Blindness”, *UNBLJ*, 1979, pp. 175 y ss. Equiparan la “*reckless disregard*” angloamericana (desconsideración), a la ignorancia deliberada, PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, 2011, p. 143 (la traduce como indiferencia o ignorancia temeraria); RAGUÉS I VALLÈS, *La ignorancia deliberada*, 2007, pp. 83 y ss. El ámbito de aplicación de esta figura es muy amplio, sobre todo en las posiciones de garante y la teoría de la participación. Alguna consideración sobre la ignorancia deliberada en relación con la normativa legal en materia de riesgos laborales, MARTÍN LORENZO/ORTIZ DE URBINA GIMENO, “Guía InDret Penal de la jurisprudencia sobre responsabilidad por riesgos laborales”, *InDret Penal*, 2009, p. 23, nota al pie 37; sobre la ignorancia deliberada en sede de la responsabilidad del superior por crímenes cometidos por sus subordinados en el Derecho penal internacional, FARALDO CABANA, “Formas de autoría y participación en el Estatuto de la Corte Penal Internacional”, *RDPC*, 2005, pp. 67 y ss.

reseñado²⁷⁰¹. Aunque idiomáticamente la expresión inglesa revela en apariencia algo de contradicción, porque “si se tiene intención de ignorar es porque, en realidad, se sabe lo que se ignora”²⁷⁰², desde un punto de vista material es perfectamente concebible pretender ignorar y prepararse para ello. El tratamiento explicativo que encuentro más adecuado para los casos de desconocimiento provocado es el de la imputación extraordinaria de la doctrina de la *actio libera in causa*²⁷⁰³, desde el modelo de la excepción. La ignorancia deliberada hace referencia a un estado de desconocimiento provocado o no-evitado a sabiendas por el sujeto, sea o no con la finalidad de cometer un hecho delictivo²⁷⁰⁴, en todo caso, él debe saber que eso es probable de sucederse²⁷⁰⁵. Los casos de ignorancia deliberada no son casos

²⁷⁰¹ Quiero aclarar que este trabajo no es una investigación sobre la figura de la ignorancia deliberada (o *wilful blindness*), sino sobre la estructura extraordinaria de la imputación en sede del tipo subjetivo, de la cual la ignorancia deliberada es una manifestación. Por eso me excuso de entrar en una temática hoy en día tan debatida, que me desviaría del objeto de este trabajo. Sobre esta figura en relación con la doctrina, jurisprudencia española y algunos fenómenos delictivos, véase FEIJOO SÁNCHEZ, “La teoría de la ignorancia deliberada”, *InDret Penal*, 2015, pp. 1 y ss.; MANRIQUE PÉREZ, “Ignorancia deliberada”, *Isonomía*, 2014, pp. 163 y ss.; MIRÓ LLINARES, “Dolo y Derecho penal empresarial”, *CPC*, 2014, pp. 201 y ss.; ROSO CAÑADILLAS, “Algunas reflexiones sobre los nuevos fenómenos delictivos”, *RGDP*, 2014, pp. 1 y ss.; NAVARRO MASSIP, “La doctrina de la ignorancia deliberada”, *RAD*, 2012, pp. 67 y ss.; CORCOY BIDASOLO, “Concepto dogmático y procesal del dolo”, *DJP*, 2011, pp. 3 y ss. [crítica con esta figura en “Expansión del Derecho penal”, *RDF*, 2012, pp. 51-52]; JAÉN VALLEJO, “Dolo, error y prueba del dolo”, *CPC*, 2010, p. 215; REDONDO HERMIDA, “La doctrina de la ignorancia deliberada en la jurisprudencia penal española”, *LL*, 2009, pp. 68 y ss.; RAGUÉS I VALLÈS, *La ignorancia deliberada*, 2007. Recientemente, un número de la revista *Discusiones*, 2013, ha dedicado un debate escrito sobre esta figura. El artículo a discutir: RAGUÉS I VALLÈS, “Mejor no saber”, pp. 11 y ss. Los comentaristas: FEIJOO SÁNCHEZ, “Mejor no saber...más”, pp. 101 y ss.; GRECO, “Comentario al artículo de Ramon Ragués”, pp. 67 y ss.; MANRIQUE PÉREZ, “¿Mejor no saber?”, pp. 79 y ss.; PUPPO, “Comentario a *Mejor no saber*”, pp. 39 y ss. Los comentarios recibieron una contrarréplica del mismo RAGUÉS I VALLÈS, “A modo de contrarréplica: *la ignorancia deliberada*”, pp. 139 y ss.

²⁷⁰² La crítica es de BACIGALUPO ZAPATER en la STS 20/julio/2006.

²⁷⁰³ Parece reconocer también una similitud de estructura entre la ignorancia deliberada y la *alic* GRECO, “Comentario al artículo de Ramon Ragués”, *Discusiones*, 2013, pp. 69 y ss. (añadiendo también la figura de la autoría mediata y del delito a distancia). La admite con reservas, recordando que no puede convertirse la imprudencia por asunción en un dolo por asunción, FEIJOO SÁNCHEZ, “Mejor no saber...más”, *Discusiones*, 2013, pp. 107, 108, 110 [recientemente en “La teoría de la ignorancia deliberada”, *InDret Penal*, 2015, pp. 2, 13-14]. En contra, RAGUÉS I VALLÈS, *La ignorancia deliberada*, 2007, p. 199, pp. 159 y ss., para quien no es necesario recurrir a la *alic* para castigar la ignorancia deliberada como dolo.

²⁷⁰⁴ En similar sentido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo español enseña: “quien se pone en situación de ignorancia deliberada, sin querer saber aquello que puede y debe saberse, y sin embargo se beneficia de la situación [...] está asumiendo y aceptando todas las consecuencias del ilícito negocio en el que voluntariamente participa”. Véase la STS 16/10/2000 (Giménez García). Aunque la sentencia termina refiriéndose a la ignorancia deliberada como un supuesto equivalente al dolo eventual, de todos los restantes argumentos empleados por la Sala, se deduce que se trataría más bien de un supuesto equivalente al dolo directo.

²⁷⁰⁵ Un ámbito muy fértil a la figura del desconocimiento provocado es el de los testaferros en la criminalidad económica, quienes a cambio de una suma de dinero, figuran como los administradores de derecho de sociedades, cuyo objeto social desconocen, pero que a la vez no quieren conocer (desconocimiento interesado fundado en la sospecha de lo ilícito). La doctrina mayoritariamente suele entender que en estos supuestos, el

de conocimientos *liberae in se*, sino *in sua causa*²⁷⁰⁶, a diferencia de los casos de ceguera ante los hechos que, como hemos visto, son supuestos de conocimientos *liberae in se* y por ende de imputación ordinaria. Los casos de ignorancia deliberada, que equivalen en sus efectos valorativos a la imputación ordinaria, son aquellos en que la provocación del desconocimiento es realizada por el sujeto con un conocimiento en grado de certeza cualquiera sea la probabilidad²⁷⁰⁷. La estructura de la ignorancia deliberada propiamente dicha presenta una base compleja de imputación, compuesta de dos momentos normativos bien definidos. El primer momento denominado *estado normal* (de provocación) y el segundo momento denominado *estado defectuoso* (de realización del hecho delictivo), en donde la persona involucrada en la situación (el *autor virtual*) es responsable de las razones que excluyen la imputación ordinaria²⁷⁰⁸. Para realizar el nexo de imputación entre el primer momento (en donde se produce la infracción a la incumbencia de mantenerse capaz de imputación) y el segundo momento (en el que se produce la infracción al deber jurídico de abstenerse de obrar) es necesario recurrir a la estructura dogmática de la *causa libera*, explicada ya suficientemente en páginas anteriores.

10. Para poder imputar el segundo momento al sujeto, primeramente habrá que poder imputar la generación de dicho estado defectuoso a la obra libre del sujeto. Esto significa

prestanombres o gestor simulado es en alguna medida conocedor de que lo que desconoce es justamente la naturaleza ilícita de su actuación (salvo casos de engaños), y esto es, al menos un dolo alternativo (dolo eventual) de determinados tipos penales (como el blanqueo de capitales o la defraudación tributaria). Sobre este tema, en especial, RAGUÉS I VALLÈS, “La responsabilidad penal del testaferro”, *InDret Penal*, 2008, pp. 7 y ss. También FEJOO SÁNCHEZ, “La teoría de la ignorancia deliberada”, *InDret Penal*, 2015, pp. 19-20, nota al pie 28 (con comentario a la jurisprudencia); MIRÓ LLINARES, “Dolo y Derecho penal empresarial”, *CPC*, 2014, pp. 237 y ss.; ROSO CAÑADILLAS, “Algunas reflexiones sobre los nuevos fenómenos delictivos”, *RGDP*, 2014, pp. 12 y ss.

²⁷⁰⁶ Perfectamente cabe aquí la definición dada por algunos autores, cuando señalan que en la ignorancia deliberada el sujeto ha *renunciado voluntariamente* a adquirir los conocimientos que, en caso de haberlos tenido en el momento de realizar el tipo, habrían dado lugar a una imputación dolosa. Sobre esta definición en referencia a la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, RAGUÉS I VALLÈS, *La ignorancia deliberada*, 2007, p. 22. La renuncia voluntaria de adquirir conocimiento puede ser entendida en términos de provocación de desconocimiento, siempre y cuando el sujeto aun no sepa nada en términos típicos (porque si no se trataría de un supuesto de ceguera instantánea).

²⁷⁰⁷ Es decir, sin tomar como fundamento la indiferencia en conocer las consecuencias que se pueda deducir de la actitud del sujeto, o bien, de la negación que el sujeto hace de querer saber lo que está pasando, así como tampoco sin tener en cuenta la confianza que el sujeto tenía de que “no pasaba nada malo”. Todas estas actitudes, más bien afectivas (como pasiones del ánimo), no forman parte del juicio de imputación subjetiva, y por ende, tampoco del concepto de ignorancia deliberada.

²⁷⁰⁸ Sobre este concepto, cfr. HRUSCHKA, “*Actio libera in causa* y autoría mediata”, en *Imputación y Dp*, 2005, p. 161; sobre la expresión “autor virtual”, p. 160, nota al pie 11, p. 161, nota al pie 13.

que si el sujeto es el que ha provocado dicho estado defectuoso, es decir, si él mismo ha reconfigurado su esfera de tal forma que la ha despojado de los presupuestos necesarios como para fundamentar una imputación ordinaria por el delito que él cometa, entonces, en principio, lo que suceda dentro de dicho estado defectuoso habrá de imputársele a él directamente. Singularmente, esta última afirmación no debe llevar a creer que “toda” clase de delito que el sujeto desencadene en dicho estado defectuoso ha de imputársele a su obra libre, puesto que también aquí pueden darse situaciones de desvíos esenciales del riesgo no contemplados en su representación inicial²⁷⁰⁹, o desfases sobre el proceso ejecutivo (*aberratio ictus* y *error in objecto*), o incongruencias en el proceso ejecutivo²⁷¹⁰, que admitirán una exclusión de la responsabilidad penal²⁷¹¹. No obstante, determinados tipos de errores no eliminarían la responsabilidad penal cuando se trataran de errores inesenciales, como el *in persona*²⁷¹²; así como tampoco quedaría excluida la responsabilidad en aquellos supuestos en que el sujeto hubiera debido en el primer momento prever determinadas

²⁷⁰⁹ Por ejemplo, la enfermera que sabiendo de los recortes al presupuesto que la administración del hospital está llevando a cabo y temiendo que le recorten parte de su sueldo, decide ahorrar insumos hospitalarios para evitar gastos. Para ello evita informarse cuánta dosis de suero ha de suministrar a los pacientes que tiene a su cargo, suministrándole una medida estándar por día (que va llevando a muchos de ellos a una desmejora de salud muy intensa). Fruto de este desmejoramiento, un día un paciente se quita la vida, algo que resultaba imprevisible para la enfermera.

²⁷¹⁰ El centinela que en horas de servicio decide blindar su garita con unos cartones para evitar el saludo a sus superiores, no advierte en momentos posteriores cómo un extraño ingresa al recinto y se apodera indebidamente de un camión militar. Este es un caso de incongruencia en el proceso ejecutivo porque el sujeto se representó la asunción de un riesgo como para evitar una determinada situación (que fácticamente se realiza: no saludar a los superiores), pero desconociendo que dicho riesgo también era virtualmente potencial para producir el resultado que, como consecuencia, se produjo. Evidentemente, si la función del centinela es vigilar la entrada y salida de personas del regimiento, es previsible que, si él blindo la torre de vigía, estará permitiendo que cualquier situación que se suceda y en la que él debiera intervenir, quede fuera de su control.

²⁷¹¹ Una excepción a este planteamiento puede venir dado por la versión clásica de la teoría del *dolus generalis*, desde la cual se sostenía que los desfases objetivos-subjetivos que se producían durante la ejecución del hecho global por parte del autor, quedaban abarcados por un dolo general, respondiendo aquél por un delito doloso consumado. En palabras más actuales, un razonamiento como éste podría llevar a sostener que el sujeto que se autocoloca en situación de atipicidad subjetiva ha de responder por todo aquello que realice en el estado defectuoso, por entender que el conocimiento del momento previo abarca toda clase de hechos, existiendo aquí también un dolo general que abrazaría los dos momentos bajo un mismo “paraguas subjetivo”. Obviamente, un planteamiento de esta naturaleza llevaría los límites de la responsabilidad penal hacia confines insospechados, al exigirse al sujeto que si él sabe que en un momento posterior él desconocerá lo que hace, todo aquello que llegue a hacer, le será imputado a su conocimiento, por la única razón de haberse autoconducido a dicho estado. Sin duda, este planteamiento traspasa las fronteras de la responsabilidad subjetiva y se extiende hacia una responsabilidad no ya objetiva, que puede construirse sobre la relación de riesgo, sino hacia una responsabilidad por el acaso (que puede abarcar hechos de terceros, de la víctima e incluso fenómenos naturales).

²⁷¹² El enemigo que pretendiendo matar al mellizo uno mata al mellizo dos.

situaciones como posibles de suceder²⁷¹³. En todo caso, el deber de conocer se encuentra latente en todo momento, es decir, desde la provocación a la ejecución del hecho delictivo.

11. Para cerrar, una aclaración: quien provoca con conocimiento cierto un desconocimiento típico desde el cual delinquir, siendo consciente de dicho desconocimiento en todo momento, no realiza una conducta atribuible de modo extraordinario. El conocimiento no ha dejado de existir durante el *iter criminis*, de forma que no hay desconocimiento que imputar.

II.V.4.b.i.b. Ceguera no-evitada

1. La no-evitación del estado cognitivo defectuoso, del desconocimiento, admite varias estructuras:

(i) El sujeto no evita desconocer cuando él posee un conocimiento debido pero impide el ingreso de un conocimiento debido mejor. La información debida que pretende ingresar a la esfera de competencia del sujeto y que éste rechaza puede estar orientada a mejorar el *statu quo* cognitivo del sujeto. Esta infracción al deber de conocer sólo puede fundarse en la existencia de una incumbencia de mejorar el conocimiento que se tiene. En tal caso, el deber de conocer del sujeto consiste justamente en mantener la alta calidad de lo que se conoce, ya sea enriqueciendo sus conocimientos o actualizándolos. Un caso muy patente de este tipo de deber puede ser el de un químico que dirige un equipo de científicos de una industria farmacéutica que investiga sobre tratamientos medicinales paliativos de un determinado virus, de forma tal que él tiene el deber de mantenerse informado de los adelantos científicos que se producen en su área.

²⁷¹³ Un caso de no-interrupción de la relación de riesgo puede ser el de la enfermera que provoca su desconocimiento, evitando adquirir la información adecuada en relación con la histórica clínica de la misma clase de pacientes que le son destinados a su cuidado, de manera que desconoce qué clase de cuidados y atención merece cada uno de ellos, prestándoles a todos por igual un mínimo de cuidado. La enfermera provoca su desconocimiento que permitiría alegar, llegado el caso, que se desconocía lo que se debía hacer. En un segundo momento, dos de los pacientes (más graves) fallecen a causa de la falta de atención debida (como el suministro de una determinada medicina). Otro ejemplo: el sujeto que se preordena al desconocimiento como para en un segundo momento desconocer completamente la situación que está bajo su responsabilidad. Por ejemplo, un funcionario de la penitenciaría encargado de controlar los bolsos que las visitas diarias introducen al recinto de reunión con los reclusos, evita comprobar si dentro de los bolsos o mochilas alguna de las visitas introduce elementos no permitidos (como un cuchillo). En un segundo momento, uno de los reclusos da muerte a un funcionario con un cuchillo que su visita le proporcionó.

(ii) La presencia de una representación irracional, disparatada o arbitraria de la realidad puede quedar enmarcado como una ceguera no evitada imputable extraordinariamente como dolo²⁷¹⁴.

II.V.4.b.i.c. Imputación extraordinaria grave y deber cualificado de conocer

1. Siempre que para el ejercicio de un determinado rol se requieran conocimientos especiales, es condición *sine qua non* que el sujeto cuente con dichos conocimientos *en y para* el desempeño de su rol. Caso contrario, toda actividad riesgosa que emprenda en su “calidad de” (médico, ingeniero, abogado, etc.) sin contar con dichos conocimientos, serán imputadas en caso de lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, a título de dolo²⁷¹⁵. El fundamento reside en la consciente infracción al deber de poseer o de adquirir el conocimiento técnico que, por regla general, se encuentra contemplado en la *lex artis* correspondiente. Se caracterizan por ser precisos e ineludibles, a la vez que de posesión permanente y actualizables. Son *conocimientos estructurales* de la condición que reúne el sujeto y que le acreditan como tal para el desempeño legítimo de su profesión²⁷¹⁶. El médico que receta unos antibióticos a un paciente no podrá excusarse, dado el caso de padecer éste anafilaxia, de que desconocía los efectos contraproducentes del químico en los pacientes alérgicos a la penicilina.

2. Por el contrario, a diferencia de estos conocimientos estructurales, el conocimiento necesario que se requiere para el ejercicio de cualquier otra clase de actividad socialmente permitida, aunque se encuentre más o menos regulada, como el conducir en zonas rurales y alejadas, el cazar en un bosque no señalizado, el encender fuegos artificiales en un festejo,

²⁷¹⁴ En la misma línea, PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, 2011, pp. 43, 142 y ss., 444, 684, *passim*, para quien determinados ejemplos de errores de tipo evitables son supuestos de dolo siempre que pueda entenderse que la ausencia de conocimiento se enmarca en la irracionalidad o la arbitrariedad del sujeto. En sentido contrario, FEIJOO SÁNCHEZ, “La teoría de la ignorancia deliberada”, *InDret Penal*, 2015, p. 5.

²⁷¹⁵ Este tema ha merecido un encuadre diferente en la doctrina y jurisprudencia. Así, se ha querido diferenciar entre la imprudencia común en el desempeño de una profesión y la imprudencia profesional (que aquí sería la figura equivalente a las infracciones del deber cualificado de conocer del profesional). Sobre estas diferencias, en sentido crítico SILVA SÁNCHEZ, *Medicinas alternativas e imprudencia médica*, 1999, pp. 22 y ss.

²⁷¹⁶ En este punto concurre una presunción de conocimiento de la materia especializada y del dominio de su ejecución. Similar consideración en SILVA SÁNCHEZ, *Medicinas alternativas e imprudencia médica*, 1999, pp. 24 y s., 26-27, aunque para este autor “el déficit de conocimientos técnicos o la defectuosa aplicación de los mismos”, así como la “incapacidad técnica para el ejercicio de la propia profesión” seguiría siendo imprudencia profesional.

etc., no siempre se encuentra del todo estandarizado y disponible en igual medida para todos los participantes del sector de que se trate, *no son*, por ello, necesariamente *conocimientos estructurales*. Estos conocimientos poseen una ubicación más difusa y menos permanente, lo que conduce a que no siempre resulte necesario actualizarlos. Su posesión o adquisición depende sólo de la situación concreta de actuación. Quien pretenda encender un explosivo lúdico en una fiesta popular tendrá que conocer cómo mínimo a qué distancia ha de encontrarse de la muchedumbre, para evitar con ello algún accidente²⁷¹⁷. Pero, este conocimiento no es necesario adquirirlo, mantenerlo y actualizarlo. Basta el sentido común o unos conocimientos aproximados del sujeto como para que el riesgo se desarrolle en los límites permitidos. Por el contrario, un abogado no puede apelar a su sentido común como para asesorar técnicamente a un cliente (aunque el sentido común le ayude en la estrategia defensiva). La diferencia entre estos supuestos de conocimientos estructurales y conocimientos difusos reside en que la ausencia de los primeros darán lugar a una imputación extraordinaria de dolo, mientras que los segundos la mayoría de veces a una imputación extraordinaria por imprudencia.

3. El deber especial de conocer que pesa sobre el sujeto no decae ante su desconocimiento, sino que se mantiene de modo permanente mientras dure la infracción. En tales casos, el sujeto es consciente (incluso, en términos de consciencia marginal) que sobre él pesa un deber de conocer. En estos supuestos al agente se le atribuirá el hecho realizado en el estado

²⁷¹⁷ Así, la SAP Guadalajara 29/07/1992 (Rodríguez Ranchal), rechazó el recurso de apelación del condenado como autor de una falta de lesiones por imprudencia leve prevista en el anterior art. 621.3 CPes. El hecho probado fue: “que durante la celebración del festejo popular ‘Quema del Judas de Santa María’, se rompió la cuerda que atraviesa el patio de la Iglesia por la que desciende el Judas hasta aproximadamente el centro de la plaza, cayéndose el muñeco al suelo que cogió don Carlos para colocarlo sobre el muro del referido patio prendiéndole fuego a continuación; explotando los petardos saliendo desprendidos hacia el otro lado del muro donde se encontraba gran cantidad de público presenciando el evento. Como consecuencia de tal actuación resulto herido el espectador don Ignacio, que sufrió traumatismo en el ojo derecho con incursión de cuerpos extraños y afectación de las estructuras internas de forma grave e irreversible, para cuya sanidad precisó de un periodo de 60 días, quedando como secuela la pérdida de visión del ojo derecho y probablemente estrabismo irreversible en dicho ojo”. La Audiencia entendió que el hecho realizado por Carlos no se trató de un caso fortuito, porque para ello debió haber existido “un factor extraño a la causalidad ordinaria inopinado y súbito, que se presenta sin conexión lógica con el acto o conducta observado, lo que hace que el evento perjudicial no hubiera podido preverse por cualquier persona con capacidad psíquica normal”. Por el contrario, “de lo actuado no puede deducirse lo manifestado, puesto que existió una conducta humana, cual fue la colocación del muñeco objeto de la quema por don Carlos en un muro de la plaza, es decir a ras del suelo, cuando lo ordinario en la práctica de este festejo era que la quema de los cohetes se produjera en un lugar elevado, cual era el centro de la cuerda cuyos extremos eran la ventana de la fachada de la Iglesia de Santa María y el centro del patio. Imprevisible fue que ese año el muñeco cayera al suelo, pero no lo fue la conducta activa que realizó el condenado cual colocar el muñeco en un muro de la Iglesia y prenderle fuego (...)”.

defectuoso a título del conocimiento cierto que él tenía en el momento en que él provocaba o no evitaba el desconocimiento de aquello que él debía conocer. Por ejemplo, un bombero que quiere descansar se conduce a sabiendas hacia la comisión probable de ausencias agravadas de salvamento cuando él desconecta la alarma de incendios mientras hace otra cosa que no debe. Con este único actuar, el bombero no sólo se prepara para desconocer la eventual situación de peligro, sino que, al mismo tiempo, interrumpe cursos salvadores futuros (pues ningún bombero del cuartel escuchará la alarma, a la vez que tampoco saben que ésta ha sido desconectada). Al cabo de unas horas un parvulario se incendia, ocasionando seis víctimas y destrozos en la propiedad²⁷¹⁸. En este supuesto el sujeto se condujo a sí mismo a un estado de ignorancia respecto de un conocimiento que él tenía el deber de adquirir (percibir el sonido de la alarma en caso de emergencia)²⁷¹⁹.

4. Consideremos ahora un ejemplo que la doctrina menciona como un supuesto de imprudencia y que aquí lo entiendo como de dolo²⁷²⁰: “un médico ha cometido inconscientemente un error médico que desgraciadamente ha tenido efectos letales. El resultado, en principio, sólo se podrá imputar al médico si éste hubiera podido conocer el peligro que su proceder, en aquella concreta situación, entrañaba para la vida de su paciente (infracción de un deber). De no haber podido conocer el peligro de su actuación, no concurrirían los presupuestos para la imputación ordinaria. Cabría, no obstante, (...), una segunda posibilidad para fundamentar la responsabilidad de este médico. En efecto, la incapacidad del médico podría ser fruto de la lesión imputable de una obligación: todo médico al cual se le solicitan sus servicios está obligado a tener unos conocimientos actualizados en medicina, por lo menos en su ámbito de actuación. Si ha infringido esta obligación de forma imputable, entonces, no habrá ningún problema para imputarle la lesión de la ‘obligación de conocer’, y, en consecuencia, por medio de una imputación

²⁷¹⁸ Por entender que el bombero asume un deber genérico de salvamento de bienes jurídicos que no se encuentran bajo su protección, éste ha de responder por una omisión de socorro agravada (omisión pura de garante), y no por los homicidios en comisión por omisión. Sobre este tema, y en particular, sobre el fundamento de las omisiones puras de garante en los casos de médicos de guardia y rurales (que se asimilan a la situación del bombero), cfr. SILVA SÁNCHEZ, “La responsabilidad penal del médico por omisión”, *Diario La Ley*, 1987, pp. 955 y ss.

²⁷¹⁹ Al desconectar la alarma el sujeto impide tomar conocimiento del peligro eventual ante el cual él debe actuar. Y esto es un supuesto de desconocimiento provocado, no de ausencia de acción (por inconsciencia: sueño).

²⁷²⁰ No me refiero aquí a la responsabilidad penal que podría derivarse de la situación bien polémica de la “libertad de elección de un tratamiento médico” por parte de un profesional de la salud. Sobre este tema en especial, SILVA SÁNCHEZ, *Medicinas alternativas e imprudencia médica*, 1999, pp. 45 y ss.

extraordinaria, hacerle responsable de alguna forma del resultado producido”²⁷²¹, por imprudencia²⁷²². A mi juicio, en este ejemplo también habría de imputarse extraordinariamente el dolo y sin tener en cuenta cuál sea el momento en que se produce la infracción al deber cualificado de conocer²⁷²³. Este detalle temporal no altera la naturaleza estructural del conocimiento en estos supuestos. Así, si la “falta de cuidado” del cirujano se produce en el momento mismo de la operación o en un momento anterior, el deber especial de conocer no declina ni pierde virtualidad, ni convierte su ausencia de cuidado en una *imprudencia imprudente*. Evidentemente, la superación del estado de desconocimiento será más factible respecto de aquellas situaciones en las que el sujeto todavía cuente con la posibilidad de advertir la peligrosidad de su conducta. Siguiendo siempre con el ejemplo del cirujano, puede pasar que en el momento previo –todavía lejano temporalmente a la asunción del riesgo- el facultativo no adopte las medidas necesarias como para que la intervención quirúrgica se desenvuelva dentro del riesgo permitido: revisar el instrumental, realizar la correspondiente prueba de anestesia, chequear el historial clínico del paciente, etc., son todas ellas medidas de control ineludibles²⁷²⁴.

²⁷²¹ Caso de HRUSCHKA citado en JOSHI JUBERT, *La doctrina de la ‘actio libera in causa’*, 1992, p. 142. El caso en HRUSCHKA, “Über Tun und Unterlassen und über Fahrlässigkeit”, en *FS für Paul Bockelmann*, 1979, pp. 429-430, con nota al pie 15. También DÍAZ PITA, *Actio libera in causa*, 2002, pp. 170 y ss., comentando el modelo de HRUSCHKA, señala que “en los supuestos de imprudencia, por ejemplo en las lesiones ocasionadas por un cirujano a su paciente, el objeto de la imputación serían las lesiones imprudentes, el fundamento de la misma, la falta de cuidado del cirujano (...)”. Véase HRUSCHKA, “Die *actio libera in causa* bei Vorsatztaten und bei Fahrlässigkeitstaten”, *JZ*, 1997, p. 25.

²⁷²² La regla general en materia de responsabilidad penal del médico es la imprudencia. Así lo advierte, SILVA SÁNCHEZ, *Medicinas alternativas e imprudencia médica*, 1999, pp. 11 y ss.

²⁷²³ Dejando de lado lo acertado del argumento de SILVA SÁNCHEZ, *Medicinas alternativas e imprudencia médica*, 1999, p. 12, que “dado lo arriesgado de la praxis médico-sanitaria, son múltiples las conductas que, pese a que su realización haga previsible la producción de un resultado lesivo, no constituyen infracción al deber objetivo de cuidado, sino que, en una ponderación global de costes y beneficios, se hallan amparadas por la referida figura del riesgo permitido”. Los supuestos de imputación extraordinaria dolosa en el ámbito de las profesiones (como la del médico) no se deriva de la simple infracción a un deber de cuidado, sino a la cualificada infracción de un deber de conocer, que se espera sea observado por el agente. Los deberes cualificados de conocer generan mayores expectativas de cumplimiento que cualquier otra situación de riesgo cotidiana. En este último sentido, a pesar de que, SILVA SÁNCHEZ, *ibidem*, pp. 24 y ss., reconoce que en el ámbito de la llamada “imprudencia profesional”, el profesional genera una confianza cualificada en terceras personas a la vez que una inhibición cualificada de actuar, elevándose de este modo la situación de peligro para el bien jurídico, no obstante, a lo sumo, los resultados típicos ocasionados serán imputables como imprudencia (grave, y con una agravación de la pena).

²⁷²⁴ Siempre una imputación por imprudencia, DÍAZ PITA, *Actio libera in causa*, 2002, pp. 170 y ss., en relación con, HRUSCHKA, “Die *actio libera in causa* bei Vorsatztaten und bei Fahrlässigkeitstaten”, *JZ*, 1997, p. 25.

4.a. Una variante más ofrece la doctrina. El sujeto no obtiene la información necesaria para emprender una actividad riesgosa permitida, pero en el momento de realizarla advierte que no cuenta con dicha información. Por ejemplo: un médico viaja al África a curar unas determinadas enfermedades. Estando allí tiene que operar a un par de lugareños, pero desconoce lo que tiene que hacer en esa situación. En ese mismo momento ya le es imposible averiguar qué es lo que procede hacer²⁷²⁵. A mi entender estos supuestos son de dolo, no de imprudencia.

5. Por otro lado, también existen casos en donde el sujeto no infringe el deber cualificado de conocer, puesto que posee dichos conocimientos, sino que infringe un deber de aplicarlos en el caso concreto. No concurre en estos supuestos una estructura de provocación o no-avoidance, porque no puede decirse que el sujeto desconoce en el momento de los hechos. Por el contrario, sus conocimientos se encuentran fácilmente a su disposición en la conciencia y, por ende, la imputación a la que dan lugar es a una ordinaria del conocimiento y no a una extraordinaria. El cocinero de un restaurante que guarda en una misma alacena *crémor tártaro*²⁷²⁶ (no tóxico) y *ácido bórico*²⁷²⁷ (tóxico) en dos envases iguales sin etiquetar o indicar en dichos envases el contenido, un día se confunde y, creyendo de que coge el *crémor tártaro* termina cogiendo el *ácido bórico* para batir huevos y darle más consistencia a la crema, tiene unos conocimientos especiales que el hombre promedio no tendría en el caso concreto²⁷²⁸, y que se espera que él los aplique para evitar justamente caer en el error que cayó. El *descuido* del cocinero que genera la lesión de terceros encuentra su origen en un hecho anterior de desidia en el etiquetamiento debido de los frascos, sin que ello elimine el conocimiento cierto que él tiene en todo momento de los efectos lesivos de unos de los productos. El riesgo jurídicamente desaprobado que se asume no lo es por falta de conocimiento promedio que demanda que el sujeto medianamente se informe, sino por mal uso o del no uso del conocimiento especial que el sujeto posee.

²⁷²⁵ Cfr. JOSHI JUBERT, *La doctrina de la 'actio libera in causa'*, 1992. Para ALCÁCER GUIRAO, *Actio libera in causa*, 2005, p. 174, se trata de un supuesto de imprudencia por asunción, en donde el deber del médico ya no es informarse, sino omitir realizar la acción peligrosa.

²⁷²⁶ Sustancia que consiste en un ácido no tóxico (ácido tartárico) para el consumo humano que se emplea en repostería. Es uno de los ingredientes que compone la levadura en polvo (polvo de hornear). Se utiliza, entre otros usos culinarios, para batir las claras de huevo que consigue que la masa de bizcochos se eleve bastante.

²⁷²⁷ Utilizado en la antigüedad para la conservación de productos como la mantequilla, pescados y algunas clases de mariscos. Como es relativamente tóxico, su uso en la cocina actual se encuentra prohibido, con la excepción de su empleo para conservar el caviar, siguiendo algunas técnicas.

²⁷²⁸ Esto significa que el sujeto se confunde en el momento de la elección. Cree erróneamente que coge el *crémor tártaro* cuando en verdad coge el *ácido bórico*. No se trata de un caso de duda, que se presentaría en el supuesto en que el sujeto habiendo abierto la alacena se quede viendo los dos envases y dudara acerca de si lo que coge es el *crémor tártaro* o el *ácido bórico* y, no obstante, continúa con la elaboración del postre.

5.a. Otra situación problemática se presenta en relación con los conocimientos superiores que un sujeto posee debido a su formación profesional, pero que no está obligado a aplicarlos, bastando con que cumplimente la reglamentación del sector. Según se ha defendido en el *Capítulo Cuarto* el baremo a emplear en la imputación subjetiva es uno subjetivo-individual desde la mejor versión del autor, de modo que al sujeto se le imputarán los conocimientos especiales como dolo si no los llegara a emplear para evitar –dentro de lo que se puede- la producción de un resultado²⁷²⁹.

6. Para cerrar lo referente al deber especial de conocer, he de hacer una breve consideración de los denominados comportamientos neutros. Cuando el sujeto asume una serie de medidas encaminadas a producir un autoblindaje cognitivo de una situación futura y concreta, puede hacerlo asumiendo riesgos que en sí son permitidos, por resultar comportamientos neutros (de un valor socialmente tolerado). Ejemplos como la no asistencia a una determinada reunión, la omisión de revisar el correo electrónico, oír sin escuchar determinados comentarios de terceros, etc., son conductas neutras, que en su conjunto pueden volver inmune al sujeto de la información debida. Todas ellas forman parte de un núcleo de acciones u omisiones permitidas desde el punto de vista penal, es decir, jurídico-penalmente toleradas, de forma tal que su comisión o abstención no conllevan sanción penal alguna. Sin embargo, puede pasar que el sujeto en su exclusivo interés autoorganice su ámbito de competencia con el fin de descargarse de responsabilidad a futuro, provocando el desconocimiento para contar con una excusa en caso de incriminación²⁷³⁰. Por ello, habrá de indagarse hasta qué punto o en qué medida son neutros los comportamientos que se realizan o se dejan de realizar con un propósito final que consiste en desligarse de responsabilidad penal (en este caso, a través de la atipicidad subjetiva). Sea como fuere, en todo caso, no puede ignorarse que no son la misma cosa aquellas conductas neutras que operan de modo individual que aquellas otras conductas –supuestamente- neutras que operan como partes de un plan y que, en conjunto, son el medio de infringir el deber cualificado de conocer. En consecuencia, no son *stricto sensu* conductas neutras aquellas que forman parte de un propósito delictivo, cuando conducen sistemáticamente a la realización de un delito determinado.

²⁷²⁹ Sobre este tema en sede de las imprudencias médicas, SILVA SÁNCHEZ, *Medicinas alternativas e imprudencia médica*, 1999, pp. 18 y ss. Este autor se decanta por la solución de la imprudencia sólo cuando el estándar objetivo de cuidado de la comunidad científica de la que forma parte el sujeto es más exigente que la norma de cuidado del sector regulada por la Administración. En los otros casos, el sujeto particular no tiene por qué prescindir del estándar objetivo, empleando sus conocimientos superiores.

²⁷³⁰ Para PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, 2011, pp. 139-140, nota al pie 155, estos son los casos auténticos de ignorancia deliberada.

6.a. Teniendo en cuenta que la doctrina de los comportamientos neutros o inocuos es propia del ámbito de la participación²⁷³¹, he de aclarar que lo que aquí interesa son los conocimientos especiales del autor del delito, no del partícipe²⁷³². Por eso me he de referir sólo al rol profesional del autor al cual va ligado el deber de conocer. Objetivamente existen conductas que pueden entenderse como indiferentes para lesionar algún bien jurídico tutelado, excepto que el contexto demande lo contrario. Por ejemplo, el hecho de no consultar el correo electrónico durante todo el día puede resultar un comportamiento neutro de cara a los intereses ajenos, pero, si el sujeto tiene un deber de consultar según su función, entonces, dicho comportamiento se torna prohibido al infringir un deber de adquirir un conocimiento debido. El deber de conocer en determinados contextos es manifestación de la posición de garantía asumida por el sujeto.

II.V.4.b.ii. Imputación extraordinaria leve

1. Hemos visto que para algún sector de la doctrina los casos de imprudencia se corresponden con la imputación extraordinaria porque se infringen incumbencias, que operan como los subrogados del deber, ergo, la imprudencia es un subrogado del dolo²⁷³³. Es decir, un presupuesto deóntico se convierte en el reemplazante de otro presupuesto deóntico, o bien, un presupuesto subjetivo se convierte en el reemplazante de otro presupuesto subjetivo, pero, en verdad, a mi entender, ni la incumbencia reemplaza al deber, ni la imprudencia reemplaza al dolo. Por el contrario, es desde la incumbencia que se lesiona el deber y es desde el conocimiento que se padece el error²⁷³⁴. Para HRUSCHKA se da una imprudencia cuando la infracción del deber no puede ser imputada ordinariamente debido a la creencia errónea o ignorancia de alguna circunstancia relevante del hecho por parte del autor, pero, sí puede ser imputada extraordinariamente porque el autor infringió

²⁷³¹ La doctrina de las *neutrale Handlungen* se inició en el ámbito del encubrimiento. Cfr. VON BAR, *Gesetz und Schuld*, 1907, p. 751; y actualmente se la discute en la participación delictiva como límite normativo de la imputación objetiva de la conducta de los partícipes. Cfr. MIRÓ LLINARES, *Conocimiento e imputación*, 2009, pp. 63 y ss. (con numerosas referencias de la doctrina alemana y española). Aquí interesa en el ámbito de la misma autoría. La regla general es que no basta para integrar el tipo (de complicidad) una mera elevación causal y dolosa del riesgo, sino que hace falta algo más. Este algo más es lo que intenta poner en evidencia la serie de propuestas que se han hecho en la teoría de las conductas neutras. A grandes rasgos el caso prototípico se presenta del siguiente modo: el sujeto que actúa dentro de su rol profesional (elemento objetivo) sabe que está contribuyendo esencialmente al delito de otro (elemento subjetivo).

²⁷³² También la relevancia penal de los conocimientos especiales en la participación pueden examinarse desde un deber de solidaridad o de sacrificio trivial concretado en la evitación de un resultado menor (no necesariamente el resultado más grave).

²⁷³³ Cfr. HRUSCHKA, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 1988 (2ª ed.), pp. 188, 322, 325 y ss.; KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989, pp. 129 y ss. Sobre la doctrina de HRUSCHKA, véase ALCÁCER GUIRAO, *Actio libera in causa*, 2005, pp. 165 y ss.; RENZIOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, 1997, pp. 219 y ss.

²⁷³⁴ Si fueran subrogados, no podríamos hablar de la relación de plus-minus que se defendió que existía entre el conocimiento y el error. Cfr. *Capítulo Segundo*.

una incumbencia de conocer (reconocer, percibir o percatarse²⁷³⁵) tal circunstancia²⁷³⁶. El objeto de la imputación en el delito imprudente es el resultado típico realizado bajo una creencia errónea, mientras que el fundamento de la imputación es la infracción a un deber de cuidado que da lugar al resultado²⁷³⁷. Por eso se dice que el tipo imprudente y la *actio libera in causa* poseen la misma estructura²⁷³⁸.

2. En el modelo de HRUSCHKA los supuestos de imprudencia que se imputan de forma extraordinaria son los que algún sector de la doctrina denomina la “imprudencia por asunción”²⁷³⁹, que es aquella en donde la infracción al deber de cuidado se da en un momento inmediatamente anterior al de la acción que produce el resultado. Es en la *actio praececedens* en la que el sujeto infringe conscientemente un deber de cuidado, de cuya infracción surge un resultado lesivo. A mi entender, todas las imprudencias –punibles– son por asunción²⁷⁴⁰ en mayor o menor medida, teniendo en cuenta que siempre,

²⁷³⁵ El deber de reconocer (*Erkennen müssen*) debe estar precedido por el poder de reconocer (*Erkennen können*). Así lo explica ALCÁCER GUIRAO, *Actio libera in causa*, 2005, p. 166.

²⁷³⁶ Cfr. HRUSCHKA, “Imputation”, en *BYULR*, 1986, p. 701. Para MIRÓ LLINARES, *Conocimiento e imputación*, 2009, p. 253: “(...) podría parecer que la imprudencia no casa bien con la doctrina de la imputación, al entenderse que sólo se imputa al sujeto aquello que él conoce, de modo que quien actúa con ‘ignorantia facti’ (error), no realiza el hecho o, mejor, éste no se le imputa a él. Tal regla de imputación ordinaria tiene, sin embargo, una excepción: la imputación extraordinaria, que sería, a su vez, la regla que rige la excepción: cuando se imputa a alguien algo pese a no haberlo conocido es porque se le ha imputado extraordinariamente, como ocurriría con los casos de ‘ignorantia facti’ y de ‘actio libera in causa’”.

²⁷³⁷ Cfr. HRUSCHKA, “Die *actio libera in causa* bei Vorsatztaten und bei Fahrlässigkeitstaten”, *JZ*, 1997, p. 25.

²⁷³⁸ Sobre la imprudencia, KINDHÄUSER, *Intentionale Handlung*, 1980, pp. 210, 351 [también en “Der Vorsatz als Zurechnungskriterium”, *ZStW*, 1984, pp. 1 y ss., 15, nota al pie 56, 102 y ss., 120 y ss.: “la imprudencia (...) es (...) una realización del tipo que el autor podría haber evitado o impedido si no hubiera sido incapaz de ello en el momento del hecho debido a una infracción del deber”]. Por eso, para este autor en la misma línea de HRUSCHKA, la producción imprudente del resultado no constituye una acción en el sentido ordinario, sino en los términos de una *actio libera in causa*; la imprudencia se define como la infracción de un deber de no obrar si no se ha controlado previamente lo que había que controlar. Cfr. KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989, pp. 77, 129. También OTTO, “Die *actio libera in causa*”, *Jura*, 1986, p. 433, define el delito imprudente como la conducta contraria al deber de cuidado (que genera el resultado), deber que comporta la infracción del deber general de no colocarse en un estado desde el cual el sujeto se torne inaccesible a las exigencias del Ordenamiento Jurídico. Por ese motivo, si en dicho momento el sujeto puede prever que en ese estado defectuoso él producirá el resultado, entonces, él será responsable del delito imprudente.

²⁷³⁹ Cfr. ALCÁCER GUIRAO, *Actio libera in causa*, 2005, pp. 162, 164, 167 y ss., 174-175 (que según entiendo, este autor la identifica con la imprudencia inconsciente). ROXIN, *StrafR, AT*, 2006 (4ª ed.), § 24, nm. 118, pp. 1105 y ss. [1997, pp. 1038 y ss.] traza un paralelismo estructural entre la imprudencia por emprendimiento o asunción (*Übernahmefahrlässigkeit*) y la *actio libera in causa* imprudente, con la diferencia de que en la primera el sujeto no es inimputable en el momento del hecho (§ 20 *StGB*), sino que carece de capacidad de rendimiento individual.

²⁷⁴⁰ En la doctrina la imprudencia por asunción se encuentra bastante reconocida, aunque poco trabajada de modo individual. Ya la contempló, ENGISCH, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit*, 1930, pp. 306

ineludiblemente siempre, la infracción al deber de cuidado precede al resultado, aunque se suceda en tiempos distintos (en el mismo momento o en un momento anterior). La inmediatez o no inmediatez entre dicha infracción y la conducta que genera el resultado no tiene por qué matizar significativamente la imprudencia desde la imputación²⁷⁴¹. Quien, en el momento de salir del estacionamiento, se olvida contra toda incumbencia de cautela de controlar si algún otro conductor no se encuentra aparcando o caminando por ese perímetro, realiza una conducta imprudente (por infracción al deber de cuidado) que ocasiona un resultado de lesión en el otro conductor que cruzaba permitidamente por detrás, en un lapso de tiempo muy breve; que poco se distingue de aquel otro conductor que contra toda norma de cuidado conscientemente lleva días sin reparar su espejo retrovisor, produciéndose el mismo resultado. Que la infracción al deber de cuidado en el primer supuesto produzca directamente el resultado, a diferencia del segundo supuesto en donde es la desidia de reparar el espejo retrovisor lo que lleva a infringir una segunda norma de cuidado en el momento de la lesión, no tiene por qué convertir la segunda imprudencia en una de asunción y la primera no. Evidentemente, no se me escapa que la infracción a la norma de cuidado de reparar el espejo retrovisor puede a su vez fundamentarse en la infracción a la norma de cuidado de no haberle dado un puñetazo el día que se encontraba furioso, y este hecho, a su vez, basarse en el no haber provocado una discusión con un amigo que generó el ataque de furia, y así sucesivamente hacia atrás. Lo que ha de tenerse en cuenta como fundamento de la infracción al deber de cuidado que da inmediatamente lugar a la conducta

y ss.; también FEUERBACH, *Tratado de Dp*, 1989, § 56, pp. 83 y ss. (desde la culpa mediata). ROXIN, *StrafR, AT*, 2006 (4ª ed.), § 21, nm. 50, § 24, nms. 36, 38, 54-55, pp. 949-950, 1076-1077, 1082-1083 [1997, pp. 883-884, 1010, 1014], se refiere a la provocación culpable por emprendimiento o asunción en la imprudencia de hecho (*Übemahmeverschulden bei der Tatfahrlässigkeit*) o imprudencia por emprendimiento o asunción, y la define más o menos del siguiente modo: quien emprende una actividad que probablemente comporta un peligro de lesión para bienes jurídicos y no es capaz de hacer frente a dichos peligros, en razón de su incapacidad o falta de experiencia o habilidad, tiene un deber de evitar realizar la conducta. Si, no obstante, el sujeto actúa, entonces, realiza una actividad imprudente por emprendimiento o asunción, porque quien no sabe algo, debe informarse y quien no puede hacer algo, debe abstenerse. También KINDHÄUSER, “El tipo subjetivo en la construcción del delito”, *InDret Penal*, 2008, pp. 22, 24; FRISCH, “Delito y sistema del delito”, en *El sistema integral del Dp*, 2004, p. 260; JAKOBS, *Dp, Pg*, 1997 (2ª ed.), pp. 389 y ss.; NEUMANN, *Zurechnung und Vorverschulden*, 1985, pp. 186 y ss. (refiriéndose a la imprudencia por asunción en la culpabilidad). Para la imprudencia médica, ULSSENHEIMER, *Arztstrafrecht*, 2015 (5ª ed.), cap. 1, §§ 111 y ss.; en el Derecho penal tributario, BÜLTE, “8. Kapitel: Vorsatz und Fahrlässigkeit”, en *Fiskalstrafrecht*, 2015, puntos 6-7, §§ 130-131 y ss. En España, FEIJOO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia*, 2001, pp. 290, 292, 296; CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, 1989, pp. 157, 163 y s. Crítica con esta figura, GIL GIL, “Acción, norma, injusto y delito imprudente”, *Icade*, 2008, pp. 99 y ss.

²⁷⁴¹ Aunque es verdad que la inmediatez de los hechos, en muchas ocasiones, nos hace perder el sentido de perspectiva como para medir el riesgo (algo así como ver el árbol y no el bosque), ello no significa que en algunos supuestos se impute extraordinariamente la imprudencia y en otros no.

lesiva –y a la imputación extraordinaria- es la infracción mediata o inmediatamente anterior que genera que en el momento de los hechos el sujeto no cuente con todos los factores necesarios como para advertir el riesgo en el que se ve envuelto, porque de esa infracción anterior se puede deducir que el sujeto se debería haber representado las consecuencias de retroceder sin mirar o de conducir con el espejo retrovisor quebrado (valoración *ex ante*)²⁷⁴². Volviendo al ejemplo, la infracción inmediata que impide que el sujeto pueda consultar su espejo retrovisor es la ausencia de cuidado en la reparación, no haciendo falta remontarse *ad infinitum* hacia mucho tiempo atrás.

3. Sentado lo anterior, pueden temporalmente distinguirse dos modalidades de imprudencia, pero sin que ello signifique variación alguna en el modo extraordinario de imputar²⁷⁴³. En primer lugar, la infracción a la incumbencia de conocer en el momento del hecho y, en segundo lugar, la infracción de conocer en un momento previo al hecho²⁷⁴⁴ (que la doctrina identifica con la imprudencia por asunción). Mientras que la infracción a la incumbencia de conocer en el momento del hecho coincide con la producción inmediata del resultado, por el contrario, la infracción a la incumbencia de conocer en el momento previo se distingue temporalmente de tal producción. En este segundo supuesto, la infracción de la incumbencia del momento previo se conecta directamente con la infracción de la misma incumbencia del momento posterior, en el que se sucede el hecho. Por retomar el ejemplo del conductor. En el momento previo el sujeto infringió conscientemente una incumbencia de conocer los efectos que se podrían derivar de seguir conduciendo con el espejo retrovisor estropeado (si se lo representó en algún momento, entonces, podría haber una imputación ordinaria). Pero, evidentemente, por dicha infracción todavía no podemos hacer responsable al sujeto, si no sólo cuando la misma dé curso a una nueva infracción como la que se sucede

²⁷⁴² En cambio, todavía no puede deducirse de la acción de darle un puñetazo al espejo retrovisor, rompiéndolo, las consecuencias de conducir con el espejo retrovisor roto, porque todavía hace falta que el sujeto pueda representarse que de la no reparación inmediata del espejo retrovisor se han de derivar dichas consecuencias lesivas.

²⁷⁴³ Aunque, quizá, pueda comportar una diferente desvaloración, cuestión de la que no me puedo ocupar en esta oportunidad con demasiado detalle. Igualmente realizaré una breve consideración. La imprudencia que se produce como producto de la infracción de la incumbencia en el mismo momento del hecho sería más leve que la que se produce como producto de la infracción de la incumbencia en un momento previo. Dentro del marco penal de la imprudencia la primera se castigaría con el grado inferior y la segunda con el grado superior. La mayor desvaloración podría venir dada por el mayor margen temporal que tuvo el sujeto del segundo supuesto para advertir que se encontraba en una situación potencialmente lesiva a desencadenarse en un momento posterior.

²⁷⁴⁴ Sobre estos dos momentos, HRUSCHKA, “Die *actio libera in causa* bei Vorsatztaten und bei Fahrlässigkeitstaten”, *JZ*, 1997, pp. 25-26.

en el ejemplo²⁷⁴⁵. En el momento del atropello, el sujeto no advirtió el peligro (infringió la incumbencia de conocer el peligro que asumía retrocediendo el coche) porque en el momento previo no se representó, suficientemente (debiendo hacerlo), las consecuencias lesivas que se podrían derivar de conducir en esas condiciones²⁷⁴⁶. Para ser punible siempre ha de tratarse de una infracción consciente en el momento previo²⁷⁴⁷, aunque en el momento del hecho el sujeto obrara sin representación de la dimensión de desvalor del riesgo²⁷⁴⁸. Como lo manifesté en su oportunidad, a todo error subyace una base cognitiva de la incumbencia de conocer²⁷⁴⁹. Dicha base cognitiva se satisface con la coconsciencia, que es la que abunda en estos casos. La imprudencia punible es siempre la consciente infracción a un deber de percatarse el riesgo típico concurrente o inminente.

²⁷⁴⁵ La segunda infracción de cuidado es sólo posible porque el sujeto sigue sin representarse las consecuencias de conducir con el espejo roto. Si se hubiera representado dichas consecuencias y luego, en el momento del hecho, hubiese hecho caso omiso de observar un cuidado más intenso, para evitar atropellar a alguien, entonces, se presentaría dolo, seguramente a castigarse de modo atenuado. Por lo demás, también podría suceder que a la infracción del deber de reparar el espejo no le siga una infracción al deber de controlar con más atención si alguien cruza por detrás. Porque, justamente, por llevar el espejo estropeado el sujeto intensifica cada vez que sube al automóvil su previsión y cuidado.

²⁷⁴⁶ O se las representó en una valoración aproximada errónea. Sabiendo que a partir de las 22 horas en el aparcamiento del trabajo ya no circulan personas en el lugar, el conductor relaja sus medidas de atención y, por ello, produce un atropello a un tercero.

²⁷⁴⁷ En la línea hruschkiana, MIRÓ LLINARES, *Conocimiento e imputación*, 2009, p. 254: “el sujeto que actúa imprudentemente responde, al igual que el que actúa dolosamente, porque hace algo y, también, porque sabe algo, que en este caso no será la realización del hecho injusto, pero sí *la realización de un comportamiento sabiendo que no se está siguiendo la pauta de comportamiento cuidadoso, o con el conocimiento de que ‘no sabe’ lo suficiente para evitar la peligrosidad de la conducta*” (cursiva añadida); RUDOLPH, *Das Korrespondenzprinzip im Strafrecht*, 2006, pp. 87-88, 89, matiza, pues a diferencia de su maestro HRUSCHKA, que exige para imputar obrar con conocimiento actual, RUDOLPH se contenta con exigir la denominada “cognoscibilidad” o “posibilidad de conocer” (*Erkennbarkeit*) como presupuesto subjetivo de la infracción, ya sea de un deber como de una incumbencia. Admite que algunos supuestos de imprudencia no se imputen de modo extraordinario, sino como una infracción de deber.

²⁷⁴⁸ Sólo bajo esta estructura distinguidamente dual (consciencia-inconsciencia, se dé en un momento previo o en el mismo momento del hecho) admito la mal llamada inconsciencia en la imprudencia. Véase, también MIRÓ LLINARES, *Conocimiento e imputación*, 2009, p. 259, quien, aunque parece reconocer la posibilidad de aplicar tanto la imprudencia consciente como la inconsciente en la imputación extraordinaria, no obstante, aclara: “siempre tiene que haber un grado mínimo de consciencia para la imputación extraordinaria, pues la misma no procederá si el sujeto actúa de forma inconsciente respecto a la incumbencia”.

²⁷⁴⁹ Tómese en cuenta la observación en este sentido de, MIRÓ LLINARES, *Conocimiento e imputación*, 2009, p. 253: “la idea de la imprudencia como error ha llevado a gran parte de la doctrina a pensar que no habría parte subjetiva en la imprudencia o que la misma sería, simplemente, la ausencia de conocimiento”, nota al pie 765: “de ahí se derivaría la diferencia entre la culpa consciente, en la cual no se conoce el peligro en sí, pero sí, en cierta medida, la capacidad de riesgo del comportamiento, y la culpa inconsciente, en la que el sujeto actúa sin conocimiento pero con deber de conocer”.

4. Mientras que la doctrina mayoritaria suele emplear un baremo objetivo-general en la modalidad imprudente, en este trabajo, tal como lo he defendido en el *Capítulo Cuarto*, el baremo a emplear será uno cuyo tope viene dado por la mejor versión del autor. De este modo, mientras que la doctrina mayoritaria alegaría que, aunque el autor concreto en el momento de los hechos ignoró el verdadero riesgo que asumía y el resultado que desencadenaba, no obstante, el hombre medio ideal en su lugar sí hubiese advertido la verdadera naturaleza del riesgo por haber observado un deber de cuidado, que el primero infringió. Superado este filtro objetivo al autor concreto se le imputará el tipo imprudente²⁷⁵⁰. Por el contrario, en el modelo que en este trabajo defiendo, no es el baremo del hombre medio ideal el que nos indicará si acaso podía esperarse del autor concreto una conducta adecuada al cuidado, sino que será la mejor versión del mismo la que nos orientará al respecto. Hay que tener en cuenta que en el momento del diálogo *ex ante* entre la norma de conducta como directiva y el sujeto, se espera que éste actúe como un ciudadano que sigue razonablemente las normas de conducta (incumbencias y deberes)²⁷⁵¹, según sus capacidades y conocimientos, de modo que en el momento del juicio de imputación (*ex post*) al sujeto se le imputará que haya actuado de un modo diferente a como él, en su mejor versión, hubiere actuado siguiendo razonablemente las normas de conducta.

II.V.4.b.ii.a. Error de tipo vencible

1. HRUSCHKA define el error como la divergencia “entre la imagen objetiva de un hecho, en una situación de hecho, que obtiene el juez, por una parte –tomado aquí el juez como modelo de enjuiciador objetivo prudente- y, por otra parte, las representaciones que se ha hecho el autor, en su hecho, precisamente acerca de este hecho y de la situación”²⁷⁵². Otra definición en esta línea sostiene que el sujeto actúa bajo un error cuando diverge “lo que él se representa que está haciendo” con “lo que en realidad está llevando a cabo conforme al

²⁷⁵⁰ Por eso, la doctrina que imputa la imprudencia sobre la base de un baremo objetivo-general no precisa de un anclaje subjetivo-cognitivo en el autor del hecho, sino que basta con lo que se pueda deducir de la aplicación del hombre medio del sector en el lugar del autor. Véase MIRÓ LLINARES, *Conocimiento e imputación*, 2009, pp. 253-254: “[esto] lleva a considerar suficiente para la ‘imputación’ imprudente con la realización (objetiva) de un riesgo no permitido o, en otros términos pero en similar sentido, la demostración de la infracción del deber objetivo de cuidado, para la valoración de lo cual, para los defensores de la teoría de la imputación objetiva, bastará con acudir al parámetro del espectador imparcial, sin tener en cuenta el conocimiento del sujeto”.

²⁷⁵¹ Véase en el *Capítulo Tercero* la relación entre incumbencias y Derecho.

²⁷⁵² Cfr. HRUSCHKA, “El objeto del juicio de antijuridicidad”, en *Imputación y Dp*, 2005, p. 101.

enjuiciamiento objetivo posterior llevado a cabo por un observador (sujeto imputante)”²⁷⁵³. Para que el error pueda ser pasible de castigo ha de tratarse de un error evitable, esto es, un error que el sujeto debió evitar desde la observancia de una norma de cuidado²⁷⁵⁴. Según la regulación de los arts. 14 y 12 CPes. el error vencible de tipo se castiga como una imprudencia, siempre que ésta se encuentre tipificada expresamente en la ley.

2. En este trabajo he venido defendiendo que la imprudencia ha de ser entendida como error y no, en cambio, como la previsión o representación del “proceso afectante de un bien jurídico, que exigía un determinado cuidado”²⁷⁵⁵ porque, a mi criterio, el conocimiento del riesgo sólo puede dar lugar a una imputación ordinaria por dolo. El error de tipo vencible es una figura que responde a la definición de la correctamente denominada “culpa sin representación” o “culpa sin previsión, pero previsible” y ambiguamente llamada “imprudencia inconsciente”²⁷⁵⁶. La figura del error vencible responde a la estructura cognitiva del “conocimiento potencial”, no en abstracto, sino en concreto²⁷⁵⁷, lo que es potencialmente cognoscible para el sujeto en un momento determinado porque está a su alcance a través de la observancia de una incumbencia de conocer²⁷⁵⁸. Lo que está al alcance del sujeto es todo lo necesario del riesgo que él puede hacer consciente desde su esfuerzo, y ello sólo es posible respecto de lo que reside en su coconsciencia (o consciencia periférica) y no en su inconsciencia y respecto de aquello para lo cual el sujeto es capaz de

²⁷⁵³ Cfr. MIRÓ LLINARES, *Conocimiento e imputación*, 2009, p. 259.

²⁷⁵⁴ BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Dp*, 1994 (4ª ed.), p. 358, define la culpa sin representación o sin previsión como la no previsión de “un proceso, que exigía un determinado cuidado, y sin embargo, [el sujeto] debió preverlo conforme al criterio de adecuación”.

²⁷⁵⁵ Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, *ibidem*, pp. 357-358.

²⁷⁵⁶ La doctrina al uso equipara todas estas expresiones. Por ejemplo, BUSTOS RAMÍREZ, *ibidem*, p. 360.

²⁷⁵⁷ Véase MIRÓ LLINARES, *Conocimiento e imputación*, 2009, p. 257, “(...) para que haya imprudencia un sujeto tiene que realizar un comportamiento sabiendo algo, ignorando algo, e incumbiéndole, pese a ignorar lo que hace, y sabiendo lo que hacía, comportarse de forma diferente” (relación con p. 281). “*En verdad, el cuidado siempre es uno solo*”, pero el requerido es uno en particular, teniendo en cuenta las condiciones del sujeto (habilidades, conocimiento, capacidad). Tomo la expresión en cursiva de un comentario que hace BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Dp*, 1994 (4ª ed.), p. 358. Para este autor, ha de hablarse de cuidado requerido en el injusto, y no de cuidado individual, porque con esto último se puede confundir el cuidado con cuestiones de inimputabilidad.

²⁷⁵⁷ Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, “La teoría de la ignorancia deliberada”, *InDret Penal*, 2015, p. 5.

²⁷⁵⁸ MAÑALICH, “Norma e imputación”, *REJ*, 2010, p. 180, siguiendo la concepción de HRUSCHKA, enseña que en la imprudencia como estructura de imputación extraordinaria, “la llamada infracción del deber de cuidado constituye un criterio de imputación fundado en la responsabilidad del sujeto por su propio déficit de imputabilidad a título de dolo, en tanto este déficit de evitabilidad intencional sea consecuencia de una *falta (evitable) de observancia del cuidado jurídicamente exigible*” (cursiva añadida).

conocer. Por ello, el error se le imputa como un error vencible, superable o evitable²⁷⁵⁹. En estos casos, el reproche no se dirige a que hemos actuado sin darnos cuenta, sino, en todo caso, por haber actuado sin la falta de atención que el cometido requería²⁷⁶⁰. Resultaría más adecuado, entonces, si es que tuviéramos que equiparar figuras, hablar de una imprudencia coconsciente y no de un imprudencia inconsciente, porque esta última no podría imputársele al autor al encontrarse desligada de todo tipo de anclaje subjetivo. Sólo dicho anclaje puede hacer surgir un deber de conocer o de hacer consciente lo no-consciente²⁷⁶¹.

3. Casos comunes de errores vencibles se presentan en autores que infravaloran el riesgo porque sobrevaloran sus capacidades de control o dominio del mismo²⁷⁶², debido frecuentemente a una racionalización de la esperanza (como un fenómeno mental opuesto al autoengaño), que consiste en encontrar justificación al modo de proceder²⁷⁶³. La responsabilidad por imprudencia está direccionada a neutralizar los excesos de autoconfianza (cuánta gente se cree más de lo que es capaz) o los excesos de confianza en la no producción de resultados derivados de riesgos estadísticamente menos lesivos (cuánta gente cree que nada malo pasará). Evidentemente, no siempre se comporta como un sujeto imprudente quien infravalora las alarmas o síndrome de riesgo o quien no le presta la debida atención²⁷⁶⁴, porque pueden tratarse de comportamientos generados en una habituación al riesgo social, que el sujeto conoce que han ido incrementándose. Quien disfrazado de diablo en una fiesta de *correfocs* no le presta demasiada atención a meterse en medio del público, puede ser que no esté despreciando el síndrome de riesgo de que una de las explosiones

²⁷⁵⁹ Cfr. MIRÓ LLINARES, *Conocimiento e imputación*, 2009, p. 258, para quien “hay imprudencia, cuando un sujeto infringe la incumbencia de conocer algo a lo que estaba obligado, (...)”. De esta idea también RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, 1997, p. 230.

²⁷⁶⁰ Así, MOSTERÍN, “Introducción”, en *Intención* (ANSCOMBE), 1991, p. 10.

²⁷⁶¹ Como lo invencible es lo “insuperable para el sujeto conforme a la situación concreta”, entonces, el error de tipo invencible excluye tanto el dolo como la culpa. Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Dp*, 1994 (4ª ed.), p. 400.

²⁷⁶² Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, “La teoría de la ignorancia deliberada”, *InDret Penal*, 2015, p. 5.

²⁷⁶³ Como se ha visto en la sección dedicada a las creencias (como base necesaria pero no suficiente del conocimiento), en la noción de justificación no se encuentra implícita la condición de verdad, porque es posible que el sujeto posea una falsa creencia sobre algo (como en los casos de error), y a la vez justificada.

²⁷⁶⁴ De la opinión de que todos estos casos son de imprudencia, FEIJOO SÁNCHEZ, “La teoría de la ignorancia deliberada”, *InDret Penal*, 2015, p. 5.

pirotécnicas vaya a lesionar a un espectador, justamente, porque ya hace varios años que cada vez más los *correfocs* se involucran entre la gente²⁷⁶⁵.

4. El ejemplo del médico que la doctrina emplea para imputar una imprudencia, a mi juicio se trataría de un caso de dolo, según lo manifestado sobre las incumbencias calificadas de conocer relacionadas directamente al rol. Veamos: en el momento de la intervención quirúrgica a un paciente, el cirujano no advierte el peligro que asume para la vida del mismo debido a un error de diagnóstico previo²⁷⁶⁶. Se dice que en el momento de la acción lesiva el sujeto obra en error (objeto de la imputación) y en el momento previo provoca su error como consecuencia de la infracción a un deber de cuidado (fundamento de la imputación)²⁷⁶⁷. A mi entender, en la medida en que el médico sea portador de una incumbencia calificada de conocer el diagnóstico acertado del paciente como para iniciar el curso riesgoso de una operación, toda clase de elusión de la misma, no desplaza el conocimiento del riesgo que aquél lo posee en abstracto. Todo médico sabe que no se puede iniciar un curso causal potencialmente lesivo –como una intervención quirúrgica- sin haber consultado la historia clínica del paciente, so posibilidad de generar una puesta en peligro o lesión para el bien jurídico vida, salud o integridad física del mismo. Dicho conocimiento es el que se le imputa de modo extraordinario porque es desde el cual se ha infringido el deber calificado de conocer el riesgo en concreto. Diferente sería, si el error del médico se ocasionara en una conducta de cercioramiento defectuoso, por ejemplo, porque una vez analizada la historia clínica del paciente el facultativo no advirtió –evitablemente- la alergia que padecía el paciente. Una variante más genérica y también imputable a título de imprudencia lo ofrece otro sector de la doctrina: “el médico que no puede realizar con éxito una operación por carecer de los conocimientos necesarios para ello”²⁷⁶⁸. A mi entender,

²⁷⁶⁵ *Correfocs* (correfuegos) son personas disfrazadas de diablos u otros personajes mitológicos o actuales que simulan bailes durante un desfile en determinadas fiestas populares catalanas. Se les denomina así porque durante su actuación van lanzando llamas de fuego y produciendo explosiones pirotécnicas.

²⁷⁶⁶ Hay que distinguir los supuestos que pueden quedar incluidos bajo el “error en el diagnóstico”, porque no todos ellos darán espacio para una imputación dolosa. Sobre el tema se refiere SILVA SÁNCHEZ, *Medicinas alternativas e imprudencia médica*, 1999, pp. 13 y ss., para quien el error en el diagnóstico puede ser punible si se trata de un error vencible, fuera de los límites de los errores tolerables.

²⁷⁶⁷ Caso de HRUSCHKA citado en ALCÁCER GUIRAO, *Actio libera in causa*, 2005, p. 167.

²⁷⁶⁸ Caso de CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, 1989, p. 243. Para esta autora, en este tipo de supuestos, no hace falta recurrir a la estructura de la *alic*, porque lo que se tiene en cuenta es que en el momento de los hechos, el autor carecía de las capacidades que debía reunir como para emprender la actividad sin salirse del riesgo permitido. Crítico ALCÁCER GUIRAO, *Actio libera in causa*, 2005, p. 173, que considera que se trata de una imprudencia por asunción.

este supuesto es aún más palmario de tratarse de una imputación extraordinaria de dolo, porque la infracción a la incumbencia de conocer ya no se produce en relación con un riesgo concreto (una determinada historia clínica) sino con los riesgos en abstracto, conocimientos que todo facultativo de la salud debe poseer para ejercer la medicina como requisito *sine qua non*.

II.V.4.b.ii.b. Ceguera evitable

1. A diferencia del error evitable, en la ceguera evitable el sujeto deja de conocer el riesgo en el momento de asumirlo debido a una organización defectuosa. Mientras que la incumbencia que acompaña al error es de corrección de la organización defectuosa la incumbencia que acompaña al desconocimiento es de organización defectuosa²⁷⁶⁹. En otra parte del trabajo, en concreto en el *Capítulo Primero*, he manifestado que para determinados supuestos era adecuado distinguir entre el error y el desconocimiento (ceguera), porque ambos pueden comportar un diferente desvalor teniendo en cuenta el mayor o menor esfuerzo que el sujeto deba emplear para vencer el error o salir del desconocimiento. Así, defendí que en muchos casos de error los sesgos que padece el sujeto le condicionan a un sacrificio mental de mayor intensidad cuando aquéllos se encuentran firmemente arraigados en la estructura mental del sujeto (sesgos provenientes de la educación familiar o de grupo), que le impiden darse cuenta del riesgo que asume. Por el contrario, sucede otra cosa en relación con el sujeto que ignora algo que debería saber según el contexto, para quien basta que realice un mínimo esfuerzo de percatación o concentración para advertir el riesgo²⁷⁷⁰.

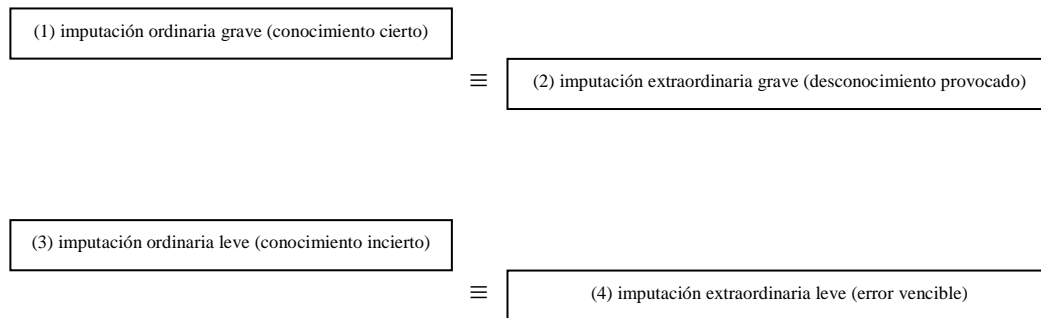
²⁷⁶⁹ Cfr. MIRÓ LLINARES, *Conocimiento e imputación*, 2009, p. 257. Este autor asume la imputación extraordinaria de la imprudencia en el mismo sentido ofrecido en este texto, como un defecto de organización: “si alguien sabe que se está organizando de forma que en caso de que le corresponda evitar un riesgo no podrá hacerlo, está haciendo, también, lo contrario de lo que el Derecho espera de él. Está claro que la significación expresiva del comportamiento de aquél que actúa sabiendo que realiza lo contrario a lo exigido por la norma es mayor que la de aquél que no conoce tal extremo de su comportamiento pero sí que sabe que tal y como se está comportando si se le exige hacer algo no podrá cumplir tal exigencia. Pero también lo está que desde hace mucho el Derecho penal trata de asegurarse no sólo de que no se infrinjan directamente reglas de conducta, sino también de que, ante determinados bienes, uno esté siempre en situación de asegurar su protección de los mismos. A esto responde la imputación extraordinaria y la responsabilidad por imprudencia”.

²⁷⁷⁰ A favor de la clasificación del error según su intensidad antes que a su equiparación con el desconocimiento, WALTER, *Der Kern des Strafrechts*, 2006, pp. 237 y ss.

EXCURSO

E.1. EL DESVALOR DE LA IMPUTACIÓN ORDINARIA Y DE LA EXTRAORDINARIA

1. Gráfico que refleja el orden de gravedad que mantienen las formas de imputación:



2. Para las doctrinas de la imputación, en especial desde el modelo hruschkiano, las clases de imputación ordinaria y extraordinaria no merecen ninguna consideración de valor. Por el contrario, y tal como se ha defendido en el *Capítulo Cuarto*, a mi entender, en el juicio de imputación va incluido el juicio de atribución de desvalor del hecho subjetivo. Bajo este argumento las clases de imputación no sólo responden a un orden lógico, sino también axiológico y teleológico, tal como lo señalé en párrafos anteriores.

3. El porqué de la diferente gravedad entre las clases de imputación reside, primordialmente, en que cada una de ellas se caracteriza por diferentes grados de infracción de las incumbencias y deberes jurídicos que le dan fundamento. Por ejemplo, la imputación extraordinaria leve cuenta con el elemento subjetivo de la imprudencia, que se produce por la simple infracción a una incumbencia de conocer²⁷⁷¹. Por su parte, en los casos de conocimiento incierto (duda) concurre una infracción a la incumbencia de información seguida de una infracción al deber jurídico de abstenerse de obrar en casos de duda. Como es de notar, este deber jurídico es de menor intensidad que el deber jurídico que le asiste al conocimiento certero. Mientras que en los casos de conocimiento incierto el mandato de

²⁷⁷¹ Es decir, la incumbencia de evitar el error a través de la debida información.

abstención es aprehendido de manera defectuosa por parte del sujeto, quien no sabe con certeza el significado social de los hechos, y, al que le asiste, en consecuencia, el beneficio de la duda; en los supuestos de conocimiento cierto, el sujeto sí sabe a “ciencia cierta” el valor social de su conducta; de modo tal que, en éstos, el deber jurídico de abstenerse se impone sin beneficio alguno. Puede decirse, entonces, que al que obra sabiendo “perfectamente” lo que hace le es más exigible el abstenerse de realizar los elementos del tipo penal, que respecto de aquel otro que aunque sabe lo que hace, duda sobre algún extremo.

4. Al inicio del capítulo sostuve que la razón axiológica de la imputación extraordinaria se relacionaba directamente con las preguntas del por qué se castiga y cuánto, y en referencia a esto último existían tres posibles respuestas. O bien se castiga en la misma medida, de forma equivalente, a la de si se hubiera actuado de modo plenamente responsable, o bien atenuándose la pena bajo el argumento del beneficio de la duda a favor del autor, o bien agravándose el castigo. Cualquiera sea la opción a escoger todas ellas reclaman una fundamentación. Es decir, o bien se equiparaba la pena de la imputación ordinaria a la imputación extraordinaria o bien se atenuaba o bien se agravaba. En este trabajo me decanto por la penalización equivalente entre las modalidades correspondientes: imputación ordinaria grave – imputación extraordinaria grave / imputación ordinaria leve – imputación extraordinaria leve. O, en el lenguaje de las figuras: conocimiento cierto – desconocimiento provocado / conocimiento incierto – error vencible. El argumento de la equivalencia era que “dado por acreditado que el autor ha provocado su estado de inimputabilidad (a nivel del tipo subjetivo), entonces ha de castigárgelo de la misma manera que si hubiese realizado el hecho delictivo con pleno conocimiento, teniendo en cuenta que conocer o dejar de conocer adrede pueden entenderse como ‘equivalentes subjetivos’, porque ambos se derivan de una decisión libre del autor, uno en un momento previo y otro en el momento del hecho”. No obstante, la equivalencia valorativa no ha de ser entendida como identidad valorativa, teniendo en cuenta que no son ontológicamente la misma cosa y que los modos de infracción del deber difieren también. Quien se prepara para desconocer la dañosidad social de la conducta y actuar en dicho estado puede equipararse a quien conoce la dañosidad social de la conducta y actúa, pero no pueden igualarse. El primero infringe una incumbencia-medio de mantenerse capaz de imputación y por ello, llegado el caso, infringe

el deber jurídico de evitar la realización del tipo penal²⁷⁷², mientras que el segundo infringe directamente el deber en el momento de actuar. Así, también hay que sostener que quien desconoce venciblemente la concurrencia de una situación típica infringe una incumbencia-medio de conocer de modo equivalente a quien conoce en grado de incerteza la concurrencia de los elementos típicos. Pero, a diferencia de este último, que conoce algo de lo típico, el sujeto imprudente desconoce la dimensión típica sobreviniente en toda su extensión.

E.1.a. Equivalencia penológica entre la imputación extraordinaria grave y la imputación ordinaria grave

1. Una de las razones por la cual se imputa al sujeto a título de conocimiento cierto el hecho delictivo que él realiza en estado defectuoso, reside en la infracción a la incumbencia-hipotética de mantenerse capaz de imputación, esto es un deber de evitar la provocación de situaciones defectuosas desde las cuales, o a través de las cuales, se realiza un hecho delictivo. El fundamento material que subyace a esta clase de estructura se apoya en la *ventaja que indebidamente* el sujeto obtendría, además del provecho del delito, del Ordenamiento Jurídico (también denominado abuso del derecho o fraude de ley). Esta segunda ventaja consistiría en la posibilidad real de obtener una dispensa de la responsabilidad por lo producido en estado defectuoso. Para poder justificar la equiparación de la imputación extraordinaria a la ordinaria hay que identificar que también en la imputación extraordinaria se produce la infracción al deber jurídico de abstenerse de realizar el delito, en este caso, en el momento defectuoso.

2. La comisión de un hecho delictivo en un estado defectuoso provocado equivale a la comisión de un hecho delictivo en un estado normal, toda vez que la identidad estructural viene dada porque el sujeto asume la comisión de un delito en un estado defectuoso por él configurado y esto es idéntico a la comisión de un delito en estado normal. La incumbencia del *neminem laedere* se infringe ya sea generando acciones lesivas para terceros desde la esfera jurídica, o ya sea reconfigurando una esfera jurídica en términos defectuosos que no impidan que el sujeto evite lesionar a terceros. Esto último sucede cuando el sujeto despoja

²⁷⁷² La falta de identidad valorativa hay que explicarla desde el principio de igualdad, como DÍAZ PITA lo enseña (véase *supra*).

a su esfera jurídica de aquellas propiedades que le permiten evitar lesionar a otros, como sería no mantener su *statu quo* cognitivo en términos de riesgo permitido.

3. En la imputación extraordinaria grave la infracción a la incumbencia de mantenerse capaz de imputación se manifiesta a través de una infracción a una incumbencia de evitar la provocación del desconocimiento, evitando eliminar el presupuesto subjetivo de la imputación. Asimismo, en el estado defectuoso, se suma a la infracción de la incumbencia la infracción al deber jurídico de evitar la realización del tipo, aun cuando el sujeto no pueda en dicho momento atender al llamado de la norma. Esto es así porque él ha sido quien se ha colocado libremente en dicha situación, admitiendo (a excepción de los desvíos) el obrar sin posibilidad de controlar determinados riesgos para los bienes jurídicos. Mientras que la infracción a la incumbencia de no provocar desconocimiento opera como el presupuesto fundamentador de la imputación extraordinaria, la infracción del deber jurídico de evitar la realización del tipo opera como el presupuesto fundamentador de la equiparación de esta clase de imputación a los efectos jurídicos de la imputación ordinaria²⁷⁷³. En consecuencia, existe equivalencia valorativa entre la llamada ignorancia deliberada (desconocimiento provocado) y el conocimiento cierto^{2774/2775}, pero no identidad²⁷⁷⁶.

²⁷⁷³ Recuérdese que en la imputación ordinaria concurre el conocimiento cierto que es el elemento “ordinario” de esta clase de imputación y la infracción al deber jurídico de abstenerse de obrar.

²⁷⁷⁴ Algún sector de la doctrina se posiciona crítico ante la equiparación de la ignorancia deliberada al dolo, arguyendo, entre otras razones, que dicha equiparación no se desprende del CPes., así como tampoco resulta conciliable con la moderna doctrina sobre el tipo subjetivo. Así, FEIJOO SÁNCHEZ, “La teoría de la ignorancia deliberada”, *InDret Penal*, 2015, pp. 6-7; RAGUÉS I VALLÈS, *La ignorancia deliberada*, 2007, pp. 22, *passim*. Ante estas críticas cabe argumentar que el CPes. no define el dolo en ningún sentido y, a lo sumo, señala los efectos jurídicos del error de tipo, de forma tal que nada impide entender los casos de ignorancia deliberada como casos equiparables al dolo; máxime cuando el art. 20 del CPes. establece un criterio de imputación (excepcional) para los supuestos de inimputabilidad provocada. Para solventar este razonamiento, y como lo manifesté al inicio de este capítulo, empleo el argumento muy afín a la analogía denominado *argumentum a maiore ad minus*, realizando una interpretación sistemática de las causas de imputación legal, por el cual: si, según una disposición legal para el supuesto de hecho (S) vale la consecuencia jurídica (C), entonces, esta tiene que valer “tanto más” para el supuesto de hecho (B) similar a aquel, pues la *ratio legis* de la regla legal atañe al supuesto de hecho (B) aún incluso en mayor medida. Sobre este argumento, LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho*, 1994, p. 382. De este modo, si se permiten como supuestos de imputación extraordinaria los casos de inimputabilidad provocada, con mayor razón, han de contemplarse los supuestos de desconocimiento provocado. Asimismo, tampoco la doctrina moderna sobre el elemento subjetivo mantiene una única línea sobre el contenido o formas del dolo, de modo que nada impide que se asuma una equiparación de la ignorancia deliberada al conocimiento, teniendo en cuenta la doctrina de la imputación extraordinaria.

²⁷⁷⁵ La jurisprudencia del Tribunal Supremo español no mantiene una línea clara respecto de la naturaleza de la ignorancia deliberada, pues algunas veces la equipara al dolo eventual y otras veces a la imprudencia consciente; excepcionalmente la equipara sólo en el plano penológico, pero no en el conceptual. Asimismo, en

4. En conclusión, el sujeto que desconoce, en principio queda exento de responsabilidad penal, siempre y cuando él no tenga que responder por dicho déficit de conocimiento, es decir, siempre y cuando él no haya provocado o no evitado su propia ignorancia. De este modo, la situación de desconocimiento en el momento de la comisión del delito no excluye la responsabilidad penal del autor cuando éste se ha procurado previamente dicha situación a sabiendas.

E.1.b. Equivalencia penológica entre la imputación extraordinaria leve y la imputación ordinaria leve

1. Estos casos son menos graves que los anteriores. Existe una diferencia de categoría entre la incumbencia de informarse en los supuestos de duda y la de informarse en casos de error²⁷⁷⁷, pues, mientras que en los primeros supuestos el sujeto tiene que hacer un mínimo esfuerzo (porque sabe que está en la duda), en los supuestos de error, el sujeto tiene que hacer más esfuerzo (porque no sabe que está en error, aunque sabe que está en una situación de determinado riesgo). Cuando concurre un conocimiento dudoso el sujeto tiene a su alcance de un modo muy cercano la posibilidad de obtener el conocimiento a través de un mínimo esfuerzo. Quien no sabe lo que contiene el paquete que le han entregado de modo sospechoso, con señales de que contiene algo prohibido de transportar, puede perfectamente abrir el paquete y cerciorarse de su contenido. Aun en la hipótesis de que el paquete no pueda ser abierto sin ser violentado, la mera sospecha de su contenido se convierte en duda y ésta ha de correr a cuenta y cargo del sujeto que saca provecho de la situación o simplemente que obra de modo libre. Como acertadamente alguna jurisprudencia lo sostuvo: “existe un deber de conocer que impide cerrar los ojos ante las circunstancias sospechosas”²⁷⁷⁸. En otras palabras: ante circunstancias sospechosas existe un deber que

algunas sentencias se refiere a la ignorancia deliberada no como un título de imputación subjetiva asimilable a otros, sino como un simple criterio de prueba. Sobre este tema, RAGUÉS I VALLÈS, *La ignorancia deliberada*, 2007, pp. 22 y ss., 35-36 y ss., 43 (en donde advierte la constante mezcla del plano conceptual y el probatorio), 44-45.

²⁷⁷⁶ Para FEIJOO SÁNCHEZ, “La teoría de la ignorancia deliberada”, en *Indret Penal*, 2015, p. 6, no es tan obvio que normativamente merezca el mismo tratamiento saber que no querer saber y que ello no plantee problemas desde el punto de vista de la legalidad; también sobre la diferencia valorativa, RAGUÉS I VALLÈS, *La ignorancia deliberada*, 2007, p. 182.

²⁷⁷⁷ Algunos autores, refiriéndose a la *recklessness*, aconsejan castigar la infracción de los deberes de conocimiento con penas menos graves que las previstas para el conocimiento cierto. Cfr. HUSAK/CALLENDER, “Willful ignorance”, *WLR*, 1994, pp. 68-69.

²⁷⁷⁸ Véase la STS 14/09/2005 (Monterde Ferrer), que se refiere a un caso de ignorancia deliberada.

impide cerrar los ojos, en el sentido de informarse, despejando la sospecha, o bien en el sentido de abstenerse de continuar actuando en estado de sospecha. Esto significa, que la adquisición de conocimiento no se encuentra fuera del alcance del sujeto y, de hecho, se encuentra como una posibilidad que el sujeto es consciente. Diferente es el caso en donde el sujeto no sabe que tiene a su alcance una fuente de información que le permitiría salir del error, porque justamente en los supuestos de error, el sujeto no es consciente en el momento de que se está representando falsamente algún extremo de la realidad; pero, que si hubiese sido precavido y diligente, hubiese podido acceder a dicha información.

2. Como se ha visto al inicio de este capítulo, los supuestos en que el sujeto sospecha sobre algo y decide no profundizar en los detalles como para no despejar la duda, son casos de conocimiento incierto o de ceguera instantánea que se imputan de modo ordinario. Es el mismo autor el que permanece en una situación de conocimiento dudoso que él ha configurado²⁷⁷⁹, de forma que no comparto la equivalencia terminológica que la jurisprudencia y alguna doctrina realiza entre el dolo eventual y la ignorancia deliberada. Tradicionalmente alguna doctrina, sea desde las versiones volitivistas o desde las cognitivistas, así como desde los enfoques más psicologicistas, o desde los más normativizados, ha concebido la figura del dolo eventual con un contenido de injusto menor que el del dolo directo de primer grado, lo que la acerca al contenido de injusto de la imprudencia consciente²⁷⁸⁰. La natural cercanía valorativa del dolo eventual con la imprudencia consciente ha sido ignorada durante mucho tiempo, equiparándolo más bien de forma ficticia al dolo directo de primer grado²⁷⁸¹. Las propuestas dirigidas a incluir una modalidad intermedia entre el dolo y la imprudencia, que venga a resolver los problemas limítrofes del dolo eventual y la imprudencia consciente están más comprometidas con la

²⁷⁷⁹ En la doctrina se ha sostenido que el hecho de no querer profundizar en la sospecha inicial como para confirmar la duda puede ser entendido como que el sujeto acepta el resultado (en términos de dolo eventual). Estos casos han sido resueltos por la jurisprudencia como casos de ignorancia deliberada equiparables al dolo eventual. Cfr. RAGUÉS I VALLÈS, *La ignorancia deliberada*, 2007, pp. 22 y ss. A mi criterio, lo criticable de la jurisprudencia es el de equiparar la ignorancia deliberada al dolo eventual, por cuanto el estado inicial de sospecha que luego no se confirma, puede derivar sólo en conocimiento dudoso (no en desconocimiento). Esto significa que la inicial duda no abdica, en la medida en que el sujeto es *consciente que desconoce* algo, ergo, luego no puede sostenerse que él desconocía. En todo caso, pesa sobre el sujeto un *continuo* deber de informarse para confirmar la duda, o bien un deber de abstenerse de obrar en estado de duda.

²⁷⁸⁰ De esta idea también SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, 2005, p. 149.

²⁷⁸¹ Entre nosotros BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Dp*, 1994 (4ª ed.), pp. 287-288, 290-291, 360, señala que aunque la figura del dolo eventual comulga con la estructura de la imprudencia consciente, no obstante, por su contenido, merece la pena del delito doloso, pero su atenuación en relación con el dolo directo.

trascendencia valorativa de cada una de estas figuras, que con la problemática terminológica o conceptual. De hecho, se había señalado que esa figura intermedia (que muchos asociaron a la *recklessness* angloamericana o a la *mise en danger* francesa²⁷⁸²) habría de merecer una pena atenuada en relación con el dolo directo, pero agravada en relación con la imprudencia²⁷⁸³; es más, habría de recibir el tratamiento penológico del *numerus apertus* del dolo. Esta propuesta ha sido asumida por alguna doctrina (y por algunas resoluciones de la jurisprudencia española²⁷⁸⁴), que aconsejan que el dolo eventual cuente con un tratamiento legislativo-penológico (de *lege lata* o de *lege ferenda*) diferenciado en relación con el dolo directo y con la imprudencia²⁷⁸⁵. Evidentemente, no es esta razón de proximidad tan sólo psicológica entre el conocimiento incierto y el error lo que daría lugar a una pena atenuada (dentro del marco penal doloso) del dolo eventual, sino, asimismo, la forma en que el sujeto infringe el deber de evitar la realización del tipo penal (si de modo directo o de modo indirecto).

²⁷⁸² Cfr. CANESTRARI, “La estructura del dolo eventual”, *AD*, 2003, p. 103.

²⁷⁸³ Cfr. SCHÜNEMANN, “Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft”, *GA*, 1985, p. 363, propone agrupar valorativamente los dos tipos de dolo directo en primer lugar, luego el dolo eventual y la imprudencia consciente, y en tercer término la imprudencia inconsciente.

²⁷⁸⁴ Cfr. STS 24/10/1998 (García Ancos); STS 25/10/1991 (Montero Fernández-Cid); STS 05/11/1990 (Díaz Palos); STS 24/10/1989 (García Ancos); STSJ Granada 18/02/2000 (Cano Barrero). Por el contrario, otra jurisprudencia unifica la pena del dolo eventual con el dolo directo. Así, la STS 27/02/2015 (Berdugo Gómez de la Torre): “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”. En esta misma línea, la STS 17/04/2013 (Marchena Gómez); SAP Cáceres 03/11/2014 (Tena Aragón); SAP Girona 13/11/2014 (Marca Matute).

²⁷⁸⁵ Por diferentes vías han propuesto atenuar la pena del dolo eventual en relación con el dolo directo un considerable sector de la doctrina. Por ejemplo, SCHRÖDER, “Aufbau und Grenzen des Vorsatzbegriffs”, en *FS für Sauer*, 1949, pp. 247 y ss. En España, BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Dp*, 1994 (4ª ed.), pp. 290-291 (art. 9.4 del CPes. derogado).

CONCLUSIONES
PARTE PRIMERA
NORMA E IMPUTACIÓN

CAPÍTULO INTRODUCTORIO
PUNTOS DE PARTIDA

(1) El enfoque que se escogió para realizar el trabajo es un método mixto de abordaje, que contempla la tarea conjunta entre la dogmática penal y otras ramas del saber. En concreto se asumió la construcción dogmática como la “ciencia del Derecho penal por excelencia”, y se contó con la ayuda de otras disciplinas autónomas como construcciones auxiliares.

(2) En relación con lo anterior se intentó ofrecer un concepto de conocimiento típico, como objeto del dolo, que tuviera en cuenta la naturaleza psicológica junto a la dimensión normativa. Se pretendió así considerar la realidad humana que da fundamento al juicio de imputación. Para este fin fue necesario considerar la normatividad como algo ajeno al mero conceptualismo y como algo compatible con el proceso valorativo al que hay que someter las categorías jurídicas concebidas desde ciertas estructuras no manipulables del ser y orientadas hacia los fines del Derecho penal.

(3) Se asumió la estructura del delito desde su perspectiva *ex ante* (normas) y desde su perspectiva *ex post* (imputación). Un planteamiento dogmático contemplativo de ambas dimensiones temporales del delito se consideró necesario para brindar una mejor respuesta de cómo atribuir más justa y racionalmente la responsabilidad penal.

(4) La concepción del delito que se defendió fue un concepto material: *afectación susceptible de imputación de la relación de reconocimiento recíproco entre las personas en cuanto tales*, pero, sólo en la medida que de ello se desprenda, como mínimo, un quebrantamiento a las expectativas de uso y disfrute de los bienes jurídicos (dimensión inmaterial del principio de lesividad).

(5) Se entendió la retribución como la esencia del castigo y se propuso resolver las antinomias de los fines de la pena desde una vertiente ecléctica y neutral, que cohesionara las razones de prevención y garantía. Para alcanzar este cometido se consideró necesario contemplar las dos dimensiones de la vertiente ecléctica. Una primera relativa a la declaración de propósitos, y una segunda relativa al modo en cómo se habría de proceder en la práctica. En cuanto a la declaración de propósitos, se dijo que estos se resumen en: (1) el fin de prevención general de delito y (2) el fin de reducción de la propia violencia estatal. Y una segunda relativa al modo de poner en práctica la teoría, lo que se propuso hacer desde la versión distributiva de los fines de la pena.

(6) La consideración del ser humano como persona fue tomado como el principio valorativo rector del Ordenamiento Jurídico. El concepto de persona fue concebido desde tres principios antropológicos: (1) la *dignitas humanae substantiae*, (2) la autonomía ética del ser humano y, (3) la naturaleza social de la persona. Esto resulta en un concepto de persona existente, antes que construida. Por lo demás, se aconsejó que el concepto de persona no se distancie de la onticidad del ser humano, de su natural subjetividad, por dos motivos: en primer lugar, porque la dignidad humana opera como un límite negativo a toda clase de intervención del Estado en las esferas personales (imputación y castigo) y, en segundo lugar, porque será necesariamente la autonomía individual desde la cual se habrá de fundamentar la imputación de responsabilidad y la imposición del castigo.

(7) Una vez más se matizó el normativismo de los conceptos en el de libertad. Se asumió que la responsabilidad no puede concebirse totalmente al margen de la realidad, de modo que un concepto radical de libertad normativo ha de ser contrarrestado. Ello se propuso alcanzarlo desde las tesis compatibilistas de la libertad, que contemplan entre sus presupuestos una cierta dosis de determinabilidad de la realidad del mundo y de las personas (sesgos).

(8) Con lo anterior entronca la idea de deber, que fue entendido como necesidad de una acción por respeto a la ley, pues todo cumplimiento del deber se fundamenta en la libertad del sujeto, en cuanto a su capacidad de seguimiento y observancia del mismo (autorresponsabilidad).

(9) Se sostuvo que el modelo de responsabilidad que mejor se ajusta al juicio de imputación de la responsabilidad es el modelo de la responsabilidad como “originación del hecho” (*causal-responsibility*), que por lo demás, casa mejor con el concepto de “persona existente” antes mencionado. Pero, para evitar caer en un regreso *ad infinitum* del fundamento de la responsabilidad, se aconsejó emplear como criterio delimitador el criterio de deber de la *role-responsibility*.

(10) De las alternativas teóricas que existen para abordar la construcción del sistema del delito (teoría de las normas y doctrina de la imputación) he escogido un modelo conciliador que contemple las dos funciones bien distinguidas que se realizan respecto del hecho punible. El examen *ex ante* y el examen *ex post*. El modelo escogido –ya defendido por algunos autores- se acopla al concepto de delito anteriormente reseñado. Así quien realiza un delito infringe una directiva de conducta a él dirigida, pero a la vez quebranta las expectativas institucionalizadas que surgen de la misma.

PARTE SEGUNDA

NORMA E IMPUTACIÓN EN EL CONOCIMIENTO DEL TIPO

CAPÍTULO PRIMERO

DEFINICIÓN DEL CONOCIMIENTO

(1) Necesario fue para la definición del conocimiento rescatar su esencia psicológica desde la distinción con otros elementos mentales similares (representación, consciencia, creencia). El conocimiento fue definido como un acto mental que encierra una respuesta proposicional, y como tal se da sobre el contenido de la realidad física o valorativa que aprehende intelectualmente de modo congruente el agente. Por su parte, el error quedó conceptualizado desde la ausencia de correspondencia entre la representación del sujeto y la realidad objetiva dada. Se distinguió entre el desconocimiento y el error.

(2) Para el conocimiento de la realidad defendí una teoría de la verdad como correspondencia respecto de la dimensión empírica de los hechos y una teoría de la verdad como coherencia respecto de la dimensión valorativa.

(3) Los conceptos de conocimiento y error fueron considerados como parte de un modelo de racionalidad humana limitada, que apela a una persona más real que el sujeto racional de las teorías clásicas. El concepto de persona real contempla en su configuración las limitaciones connaturales con las que pensamos, decidimos y actuamos los seres humanos.

(4) El conocimiento típico fue entendido como una especie de conocimiento que se conforma desde la aprehensión de la realidad típica (los elementos del tipo penal). La realidad típica hace referencia a una dimensión empírica y a una dimensión valorativa del significado de desvalor social de la conducta (intersubjetividad). El conocimiento típico ha de abarcar ambas.

(5) El error típico ha sido clasificado en error de tipo directo y error de tipo indirecto. El primero ha quedado enmarcado como la contracara del conocimiento dando lugar a los tipos imprudentes. El segundo, por el contrario, se trató como un supuesto de conocimiento dando lugar a los tipos dolosos. La diferencia entre el error de tipo indirecto y el conocimiento (auténtico) es que el primero sólo contempla la relación de congruencia con la dimensión intersubjetiva del desvalor del hecho, lo que resulta suficiente para afectar las expectativas de uso y disfrute de los bienes jurídicos (principio de lesividad).

CAPÍTULO SEGUNDO

CLASIFICACIÓN DEL CONOCIMIENTO

(1) El modo de clasificar las modalidades subjetivas de la imputación pasa por asumir algunas de las premisas del pensamiento difuso. La lógica difusa permite colocar límites e identificar los compartimentos continuos que se dan entre las modalidades subjetivas, concibiendo el dolo y la imprudencia como una relación de *plus-minus* polivante, esto es, no polarizado en dos valores discretos, sino en una graduación continua entre estos

extremos. Se daría un *plus* en el conocimiento cierto, un *plus-minus* en el conocimiento incierto y un *minus* en el error.

(2) Para la clasificación del conocimiento se asumió una distinción entre los juicios de certeza y los juicios de probabilidad. Los juicios de certeza son una cuestión subjetiva, un posicionamiento mental sobre la existencia pasada, presente o futura de algo, como un acontecimiento, un evento, un valor, o una persona, fundado en conocimientos previos o en la evidencia externa. El conocimiento puede ser cierto o incierto en relación con la realidad que se aprehende. Por el contrario, los grados de probabilidad son una cuestión ontológica que sometemos a nuestro cálculo o juicio, pero sobre lo que no tenemos pleno control. En este sentido, mientras que la probabilidad de que algo “sea”, ahora o después, depende directamente de cómo funciona el mundo según las leyes de la naturaleza, la certeza de que algo “es” depende directamente de una toma de postura al respecto, aunque en la mayoría de casos tal postura se fundamente en las leyes de la naturaleza. Por esta razón la probabilidad mantiene una relación muy estrecha con la previsibilidad de la imputación objetiva, a diferencia del juicio de certeza que añade la dosis de subjetividad a la imputación subjetiva.

(3) Desde la definición genérica del conocimiento típico, como el *conocimiento del significado de nocividad social de la conducta que se realiza* se realiza la clasificación del conocimiento, añadiendo los juicios de certeza y de probabilidad. La clasificación del conocimiento típico se construye teniendo en cuenta dos dimensiones: una interna que hace referencia a ciertos aspectos de la fenomenología psicológica del sujeto y otra externa que hace alusión a los elementos esenciales del tipo penal desde cánones probabilísticos y de desvalor social de la conducta. En un primer momento, una clasificación genérica básica lleva a distinguir entre el conocimiento consciente y el coconsciente. En un segundo momento una clasificación más específica lleva a distinguir desde un nivel exclusivamente subjetivo entre el conocimiento cierto, conocimiento incierto y desconocimiento. Finalmente, en un tercer momento y desde una dimensión exclusivamente objetiva se distinguen los dos extremos del contenido de la proposición: la *posibilidad* y la *imposibilidad* de la realización del riesgo. Respecto del extremo de la posibilidad de la existencia o realización del riesgo pueden incluirse los grados de *probabilidad* de esta posibilidad, los cuales serían: posibilidad muy probable (alta probabilidad), posibilidad probable (probabilidad) y posibilidad improbable (baja probabilidad; remota probabilidad).

Y respecto del extremo de la imposibilidad cabe hablar en términos de improbabilidad (o imposibilidad altamente probable). A la proposición de las probabilidades le ha de acompañar la valoración social de la conducta que el sujeto emprende.

(4) Como una de de las bases de una teoría cognitiva pura del elemento subjetivo del tipo se entendió que el conocimiento típico y el dolo son dos cuestiones distintas. Mientras que, (y en relación con el *Capítulo Primero*), el objeto del conocimiento típico es el sentido de desvalor social de la conducta que se realiza, el objeto del dolo es el conocimiento típico que se imputa.

CAPÍTULO TERCERO NORMA Y CONOCIMIENTO

(1) El delito doloso y el imprudente son las dos formas subjetivas de infracción del deber jurídico de evitar la realización de los elementos del tipo penal. Un deber *concretamente* referido a la prohibición o mandato contenido en la norma y *abstractamente* entendido como la incumbencia-fin de ejercicio razonable de la libertad. La diferencia entre el tipo doloso e imprudente estriba en que la infracción al deber en el primero es más directa, porque la norma de conducta se erige ante el sujeto de modo mucho más evidente que en los casos de imprudencia. Aunque el delito doloso y el imprudente infringen la misma norma de conducta, se distinguen en el modo de la infracción al deber, teniendo en cuenta el grado de capacidad subjetiva de evitación y la exigencia de ejercer la misma según el caso.

(2) Las normas de conducta se encuentran tanto dentro del ámbito del Derecho como fuera de él. Los dos modos de manifestarse las normas de conducta son las incumbencias y los deberes. Entre las incumbencias y los deberes jurídicos existe una relación de sentido. Son las primeras los presupuestos deónticos de las normas jurídicas de conducta derivables del tipo penal.

(3) Las incumbencias son una suerte de proposiciones deónticas o enunciados prescriptivos que regulan de modo no formal la vida en sociedad, pautas de orientación vital que ninguna persona desconoce que existan como algo connatural al hombre si pretende vivir en

sociedad. Concebidas así, las incumbencias cobran sentido ya para la infracción del deber y, por ende, son parte de la imputación ordinaria y de la extraordinaria.

(4) El seguimiento de las normas jurídicas de conducta, como deberes o como incumbencias, quedan libradas a la decisión del sujeto de observarlas o no (autorresponsabilidad), pero los efectos de su inobservancia difieren. Mientras que la infracción a un deber jurídico genera una respuesta sancionatoria por parte del Estado, la elusión de una incumbencia genera una especie de autocastigo, que se plasma en la autoexclusión del sujeto de la comunicación de la lógica social, perdiendo su pretensión a solicitar o exigir disculpas por las consecuencias generadas de la elusión de la incumbencia.

(5) Algunos fundamentos desde los cuales sostener los efectos aflictivos de la inobservancia de las incumbencias en el Derecho penal provienen de los principios generales del Derecho: “nadie puede alegar su propia torpeza en su beneficio o como descargo”, “nadie puede ir en contra de sus propios actos”, “nadie puede beneficiarse de ventajas obtenidas de forma impropia” (y la variante de la doble ventaja indebida), y “nadie puede ejercer abusivamente sus derechos”.

(6) Las incumbencias se clasifican en dos grandes grupos. Por un lado, las incumbencias-fines o categóricas y, por el otro, las incumbencias-medios o hipotéticas. Las primeras hacen referencia al ejercicio razonable de la libertad (o al ejercicio recíproco de reconocimiento), mientras que las segundas hacen referencia al seguimiento razonable de las normas. Estas últimas serían los presupuestos de cumplimiento de las primeras. Asimismo, las incumbencias-fines operan como entidades deónticas *configuradoras* de la esfera individual, delimitando los ámbitos de competencia u organización personal, a diferencia de las incumbencias-medios, que operan como entidades deónticas de *administración* o gestión de la propia esfera. Por eso, las primeras tienen relevancia para determinar la competencia del sujeto en el caso concreto y las segundas tienen relevancia como presupuestos deónticos de la imputación de la responsabilidad penal por un hecho realizado.

(7) Las dos manifestaciones de las incumbencias-fines son: las que establecen una relación de nosotros respecto de los otros (incumbencia de no lesionar a otros e incumbencia de ayudar a otros) y las que establecen una relación de los otros respecto de nosotros

(incumbencia de autoprotegerse de las lesiones de otros e incumbencia de autoprotegerse de las ausencias de salvamento o mejoramiento de otros). Por su parte, las dos manifestaciones de las incumbencias-medios son: la de mantenerse capaz de imputación y la incumbencia de conocer, que difieren según el grado de conocimiento o error que el sujeto posea al momento de los hechos.

CAPÍTULO CUARTO IMPUTACIÓN DEL CONOCIMIENTO

(1) El juicio de imputación jurídico-penal encierra una respuesta institucional al delito, desde el cual se considera a una persona como responsable de un hecho lesivo para los intereses sociales. En el juicio de imputación subjetiva del dolo se determina la concordancia epistémica entre la desvaloración social del hecho y el conocimiento subjetivo de dicha desvaloración, mientras que, en el juicio de la imprudencia, se determina la ausencia de dicha concordancia. Para estos casos, la responsabilidad se sustenta en la infracción evitable de un deber de conocer la dimensión típica.

(2) La imputación refleja una operación de atribución de responsabilidad penal de un hecho a un sujeto y, a la vez, una (des)valoración social del hecho realizado. El hecho lesivo de los bienes jurídicos comporta en esencia una infracción al deber general de respeto y reconocimiento que las personas se deben entre sí.

(3) El tipo objetivo del delito doloso y el tipo objetivo del delito imprudente coinciden estructuralmente, aun cuando se conformen subjetivamente de forma distinta. La concurrencia de dolo *puede* incrementar significativamente que el peligro que se asume con la conducta se materialice en el resultado lesivo, teniendo en cuenta que el sujeto doloso conoce lo que hace y por ello puede controlar el riesgo mucho más que el sujeto imprudente. Existe al respecto, como máximo, una mayor tendencia a la puesta en peligro o lesión del bien jurídico, ligada a la mayor capacidad de evitación del autor doloso, pero nada más. El grado mínimo *común* de lesividad que legitima el castigo de una conducta peligrosa dolosa o imprudente es la lesividad material, que se aprecia ya en los riesgos idóneos extravagantes.

(4) En cuanto a la estructura subjetiva del delito doloso y del delito imprudente, estos difieren. Mientras que el injusto subjetivo doloso se satisface con el conocimiento del sujeto de la causación del resultado típico de lesión o de peligro mediante la realización de una conducta peligrosa, el injusto subjetivo imprudente se contenta con la previsibilidad subjetiva de la peligrosidad del comportamiento, que el sujeto no actualiza en el momento de los hechos, permaneciendo en estado de error.

(5) Como se ha visto en el *Capítulo Introductorio*, la vida en sociedad se encuentra regulada, sometida a reglas necesarias para una convivencia ordenada y pacífica. Estas reglas son las normas de conducta en sus modalidades de incumbencias y deberes jurídicos. Los deberes jurídicos comunican al destinatario lo que se debe y/o puede hacer (o no hacer) pero, a la vez, sirven de orientación al aplicador del Derecho, quien se encarga de realizar el juicio de imputación. Las reglas de imputación tienen como objeto a las normas de conducta como baremos de medición de la conducta efectivamente realizada. Sus diferentes dimensiones a considerar son: la temporal, la objetiva/subjetiva, la valorativa y la de sentido.

(5.a.) Los dos momentos del juicio de imputación son: el momento *ex ante* en que la norma dialoga con el sujeto como para orientarlo a abstenerse de cometer un hecho injusto (apelando a su autorresponsabilidad) y el momento *ex post* en que el juez realiza el juicio de imputación como para atribuir un hecho antijurídico a un sujeto que es considerado responsable del mismo. Estos dos momentos hay que entenderlos como una unidad de sentido-temporal, que engloba la perspectiva *ex ante* con la perspectiva *ex post*.

(5.b.) Los juicios de atribución objetiva e imputación subjetiva operan con diferentes baremos de medición, aunque la base de la configuración de ambos viene dada por el criterio de la persona limitadamente razonable. El juicio de atribución objetiva opera con un baremo objetivo-ideal y el de imputación subjetiva con un baremo subjetivo-real. En sede de la atribución objetiva se opera exclusivamente con un “conocimiento general-objetivo”, que se presume que concurre en toda persona adulta en condiciones normales de imputabilidad y sin tener en cuenta los conocimientos concretos del autor. Este primer nivel intersubjetivo nos permite conocer cuáles son los riesgos que socialmente se desvaloran como parte de las opciones del ejercicio razonable de la libertad a cargo de los participantes autorresponsables. Por el contrario, en sede de la imputación subjetiva se procede desde el

“conocimiento individual-subjetivo”, cuyo tope mínimo viene dado por los conocimientos objetivo-estandarizados y el máximo por la mejor versión del autor. Esta distinción entre baremos objetivo y subjetivo se plasma en un modelo de la tipicidad intersubjetivista-subjetivista.

(5.c.) La dimensión valorativa del juicio de imputación se realiza sobre el significado social del hecho realizado por el autor, que se manifiesta de modo diferente en los niveles de la tipicidad. En la atribución objetiva se realiza una atribución intersubjetiva de un valor intersubjetivo, mientras que en la imputación subjetiva se realiza una atribución subjetiva de un valor intersubjetivo.

(5.d.) En cuando a la dimensión de sentido del juicio de imputación, éste tiene como objeto la de restablecer la relación de reconocimiento quebrantada por el autor. El restablecimiento se realiza a través de un nuevo reconocimiento, no sólo de la parte afectada, sino también entre el autor y la sociedad. Al sujeto imputado se le imputa el hecho en el sentido de que se le devuelve aquel aspecto de su subjetividad que ha quedado para siempre impregnado en el hecho delictivo y que revela una dimensión de la realidad intersubjetiva que él ha desconocido como valiosa.

(6) El resultado al que conduce la serie de posicionamientos que asumí sobre algunos puntos en materia de imputación conducen a un modelo de imputación moderado. Este modelo aborda al autor del hecho delictivo desde la perspectiva de su propia persona, desde sus conocimientos y capacidades (el sujeto individual contextualizado en lo social). Por eso, sus criterios de imputación son flexibles, porque permiten adaptar la interpretación de los hechos a las peculiaridades del sujeto concreto (y desde ello se respeta la dignidad de la persona, impidiendo su instrumentalización desde razones de exclusiva prevención). El concepto de dolo que se corresponde es un concepto relativamente normativista, que reconoce el sustrato empírico como marco infranqueable a la intervención del Estado en la libertad de las personas. En este modelo se distinguen dos momentos: el de la prueba y el de la imputación del conocimiento.

(7) Como especie de un discurso racional, el juicio de imputación ha de respetar una serie de reglas formales o condiciones de seguimiento: de consistencia, eficiencia, sinceridad, generalización y apoyo. Entre las reglas normativas de la interpretación se defendió en

especial el principio de caridad, desde el cual el sujeto imputante asume un posicionamiento benévolo e imparcial hacia el agente; y el método de interpretación subjetivo-teleológico. Este método tiene en cuenta las circunstancias objetivas concurrentes en el supuesto sometido a examen desde la perspectiva de las capacidades y conocimientos del autor.

CAPÍTULO QUINTO

CLASES DE IMPUTACIÓN DEL CONOCIMIENTO

(1) Las dos clases de imputación son la ordinaria y la extraordinaria. La imputación ordinaria se realiza cuando al momento de la realización del tipo concurre el presupuesto subjetivo ordinario de la imputación: el conocimiento, desde el cual se infringe directamente el deber de evitar la realización del tipo penal. La imputación extraordinaria se realiza cuando al momento de la realización del tipo no concurre el presupuesto subjetivo ordinario de la imputación, pero sí concurre en un momento anterior (de provocación, no-avoidance o evitabilidad), desde el cual se infringe una incumbencia-medio y desde la cual se infringe indirectamente el deber jurídico de evitar la realización del tipo penal.

(2) Es fundamento común a las dos clases de imputación la infracción al deber jurídico de evitar la realización del tipo penal y la infracción a la incumbencia-categorica del ejercicio razonable de la libertad. La infracción al deber jurídico y a la incumbencia-categorica se realiza de modo directo en la imputación ordinaria (dolo) e indirectamente en la imputación extraordinaria (dolo e imprudencia). Este fundamento común puede resumirse en la manifestación de la libertad del sujeto: una libertad lesiva al momento del hecho o con potencialidad lesiva en el momento anterior. La imputación extraordinaria cuenta además con un fundamento peculiar que puede explicarse indistintamente desde los principios generales del Derecho (mencionados en las conclusiones al *Capítulo Tercero*), como desde la teoría de la doble ventaja obtenida, desde la figura del abuso del derecho, o desde el fraude de ley.

(3) A diferencia del fundamento común, el objeto de las clases de imputación difiere. El objeto de la imputación ordinaria reside en la acción libremente ejecutada en el mismo momento de la realización del hecho delictivo (*actiones liberae in se*). Temporalmente,

coinciden el fundamento y el objeto de la imputación. Por el contrario, el objeto de la imputación extraordinaria reside en la acción no-libre al momento en que se realiza el hecho o se produce el resultado; acción no-libre debido a un defecto de imputación reclamable al sujeto (*actiones non liberae in se* pero sí *in sua causa*). El objeto de la imputación extraordinaria sólo puede analizarse desde una unidad de sentido temporal, compuesta de dos momentos. En el *momento previo* se ejecuta la acción provocadora o no evitadora del *momento posterior* defectuoso, y ambos forman parte de la organización competente del autor. A diferencia de la imputación ordinaria, en la extraordinaria, el objeto y el fundamento de la imputación se ubican en tiempos diferentes.

(4) Para imputar un hecho a una persona por vía ordinaria o extraordinaria siempre ha de concurrir el presupuesto subjetivo de la imputación, que es el conocimiento. En la imputación ordinaria concurrirá al momento de la realización de los elementos del tipo penal, pero, en la imputación extraordinaria concurrirá en el momento anterior, cuando se infringen las incumbencias-medios que dan lugar a la infracción del deber jurídico.

(5) Las dos clases de imputación operan con reglas distintas. La imputación ordinaria precisa de reglas consecutivas que enlazan el hecho al sujeto de un modo directo, buscando el hecho antecedente al hecho consecuente. Por el contrario, la imputación extraordinaria emplea reglas de carácter adversativo-consecutivo, que enlazan el hecho al sujeto por una vía indirecta, buscando el antecedente al hecho consecuente en un momento anterior al de la realización del hecho delictivo.

(6) Tres planos de análisis hay que considerar en el proceso de la imputación: uno lógico (que da lugar a la imputación ordinaria y extraordinaria), uno axiológico (que clasifica la imputación ordinaria y extraordinaria cada una de ellas en grave y leve) y uno teleológico (que equipara las submodalidades graves con las leves de ambas clases de imputación).

(7) Las clases de imputación ordinaria son: imputación ordinaria grave (conocimiento cierto, ceguera instantánea cierta y error de tipo al revés) y la imputación ordinaria leve (conocimiento incierto y ceguera instantánea incierta). En relación con la imputación ordinaria grave: el *conocimiento cierto* es el estado mental prototípico desde el cual se infringe directamente el deber jurídico de evitar la realización del tipo penal, que consiste en una relación de correspondencia subjetivo-objetiva tanto en la dimensión empírica como

valorativa del riesgo. La *ceguera instantánea* es el estado mental de renuncia a seguir conociendo los elementos típicos que ya se han aprehendido cognitivamente con certeza. El *error de tipo al revés* es el estado mental desde el cual se infringe directamente el deber jurídico de evitar la realización del tipo penal, que consiste en una relación de correspondencia subjetiva-objetiva sólo a nivel valorativo del riesgo (el sujeto conoce la peligrosidad intersubjetiva, pero desconoce la no-peligrosidad empírica). En relación con la imputación ordinaria leve: el *conocimiento incierto* es el estado mental desde el cual se infringe el deber jurídico de abstenerse de obrar en casos de duda –de la realización eventual del tipo penal- a la vez que se infringe la incumbencia-medio de cercioramiento. La *ceguera instantánea* es el estado mental de renuncia a seguir conociendo los elementos típicos que ya se han aprehendido cognitivamente con incerteza.

(8) A diferencia de la simplicidad de la imputación ordinaria, la imputación extraordinaria se puede explicar desde diferentes modelos. En este trabajo he defendido que el modelo explicativo más adecuado es el de la excepción, con los matices introducidos en el cuerpo del texto principal. El objeto de la imputación es el estado subjetivo defectuoso desde el cual se realiza el hecho típico: el desconocimiento o error (provocado, no-evitado o vencible) y el fundamento de la imputación es el estado subjetivo de la configuración del estado subjetivo defectuoso (de provocación, no-evitación o vencibilidad). El presupuesto deóntico necesario de enlace entre el estado normal y el estado defectuoso es una incumbencia-medio de mantenerse capaz de imputación (desconocimiento provocado o no-evitado) o de informarse (error evitable). En el estado defectuoso el sujeto que comete el delito infringe indirectamente el deber jurídico de evitar la realización del tipo penal.

(9) Las clases de imputación extraordinaria son: imputación extraordinaria grave, que se presenta cuando el sujeto se predispone a configurar un estado defectuoso desde el cual delinquir o cuando infringe deberes especiales de conocer (desconocimiento provocado o no-evitado) y la imputación extraordinaria leve, que se presenta cuando el sujeto infringe incumbencias-medios de informarse acerca de las circunstancias que le acompañan en la situación típica (error vencible). En estos últimos supuestos no hay predisposición ni infracción a deberes cualificados de conocer. En relación con la imputación extraordinaria grave, ésta se caracteriza por la provocación de un estado subjetivo defectuoso a través de la elusión consciente a una incumbencia-medio de mantenerse capaz de imputación, la que puede infringirse ya sea provocando o no-evitando directamente el estado de

desconocimiento o infringiendo deberes cualificados de conocer (relativos al rol o profesión). Por su parte, la imputación extraordinaria leve se concibe desde la infracción a incumbencias-medios de conocer en un momento inmediata o mediatamente anterior al de la producción del resultado. El sujeto no provoca ni deja de evitar el estado de error que se le avecina, sino que omite esforzarse lo suficiente como para advertir el peligro en el que se ve inmerso.

EXCURSO

EL DESVALOR DE LA IMPUTACIÓN ORDINARIA Y DE LA EXTRAORDINARIA

(1) Las clases de imputación ordinaria y extraordinaria incluyen un diferente desvalor penológico del hecho. Desvalor penológico que, como se ha entendido, revela el desvalor social que merece el hecho delictivo. En efecto, junto al orden lógico las clases de imputación responden a un orden axiológico y teleológico. La base del diferente desvalor viene dado por los diferentes grados de infracción de las incumbencias y deberes jurídicos que dan fundamento al dolo y a la imprudencia.

(2) Se ha propuesto una equivalencia penológico (no identidad penológica) entre las clases de imputación. Así, la imputación extraordinaria grave equivale valorativamente a la imputación ordinaria grave, mientras que la imputación extraordinaria leve equivale valorativamente a la imputación ordinaria leve. Si bien, entre las modalidades grave y leve de la imputación ordinaria (conocimiento cierto y conocimiento incierto) existe una graduación psicológica secuencial, entre las categorías grave y leve de la imputación extraordinaria sucede lo inverso. Así, entre la ceguera provocada y el error evitable existe sólo una graduación deontica secuencial (incumbencia de mantenerse capaz de imputación e incumbencia de conocer, respectivamente).

(3) La terminología tradicional que encaja con la defendida en este trabajo es la siguiente: conocimiento cierto – dolo directo / conocimiento incierto – dolo eventual / ceguera provocada – ignorancia deliberada / error vencible – imprudencia consciente.

(4) La ubicación valorativo-penológica de estas modalidades es la siguiente:

conocimiento cierto	grado superior del marco penal doloso
ceguera provocada	grado intermedio del marco penal doloso
conocimiento incierto	grado inferior del marco penal doloso
error vencible	extensión del marco penal imprudente

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AARNIO, Aulis (1991), *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*, Garzón Valdés (trad.), Madrid.
- AA.VV. (1980), *Vom Nutzen und Nachteil der Sozialwissenschaften für das Strafrecht*, en LÜDERSSEN/SACK (eds.), *Frankfurt am Main*.
- ACKERKNECHT, Erwin H. (1962), *Breve historia de la psiquiatría*, 1ª ed., Maljuri (trad.), Buenos Aires.
- (1985), *Medicina y antropología social*, García Ballester (ed. y trad.), Madrid.
- ADAMS, Michael/SHAVELL, Steven (1990), "Zur Strafbarkeit des Versuchs", *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, pp. 337-386.
- AGUIAR, Fernando (2004), "Teoría de la decisión e incertidumbre: modelos normativos y descriptivos", *Empiria, Revista de Metodología de Ciencias Sociales*, nº 8, pp. 139-160.
- ALCÁCER GUIRAO, Rafael (2005), *Actio libera in causa dolosa e imprudente. La estructura temporal de la responsabilidad penal*, Barcelona.
- (1999), "Facticidad y normatividad. Notas sobre la relación entre ciencias sociales y Derecho penal", *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, v. 52, pp. 177-226.
- (2012), "Garantías de la segunda instancia, revocación de sentencias absolutorias y recurso de casación", *Indret Penal*, nº 1, pp. 1-44.
- (2000), *La tentativa inidónea: fundamentos de punición y configuración del injusto*, Granada.
- (2002), "Prevención y garantías: conflicto y síntesis", *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 25, pp. 5-86.
- ALEXANDER, Larry (2000), "Insufficient Concern: a Unified Conception of Criminal Culpability", *California Law Review*, nº 88, pp. 931-954.
- ALONSO ÁLAMO, Mercedes (2014) "¿Gestión del riesgo o gestión del miedo? Riesgo, peligro y bien jurídico penal", en GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Principio de precaución y derecho punitivo del Estado*, pp. 123-148, Valencia.
- (1989), "La acción *libera in causa*", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 42, nº 1, pp. 55-108.
- (2013), "¿Riesgos no permitidos? Observaciones sobre la incidencia del principio de precaución en el Derecho penal", en FERNÁNDEZ TERUELO (dir.), GONZÁLEZ TASCÓN/VILLA SIEIRO (coords.), *Estudios penales en homenaje al Profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*, pp. 19-43, Oviedo.
- ALONSO GALLO, Jaime (2011), "Las decisiones en condiciones de incertidumbre y Derecho penal", *Indret Penal*, nº 4, pp. 3 y ss.
- (2006), "Errores y sesgos cognitivos en la expansión del Derecho penal", en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO (ed.), *Derecho y justicia penal en el siglo XXI: Liber Amicorum en homenaje al profesor Antonio González-Cuellar García*, pp. 31-48, Madrid.
- ÁLVAREZ, José-Francisco (2001), "Capacidades, libertades y desarrollo: Amartya Kumar Sen", en MÁIZ (coord.), *Teorías políticas contemporáneas*, pp. 381-396, Valencia.
- AMBOS, Kai (1999), "General principles of criminal Law in the Rome Statute", *Criminal Law Forum*, v. 10, nº 1, pp. 1-32.
- ANSCOMBE, Gertrude Elizabeth-Margaret (1991), *Intención*, Stellino (trad.), Mosterín (introd.), Barcelona.
- ANTÓN ONECA, José (1986), *Derecho penal, Parte general*, 2ª ed., puesta al día por Hernández Guijarro/Beneytez Merino, Madrid.
- ARISTÓTELES (1988), *Ética Nicomáquea. Ética Eudemia*, Lledó Íñigo (introd.), Pallí Bonet (trad. y notas), 1ª ed. (1ª reimp.), Madrid.
- ARROYO ZAPATERO, Luis (1999), "El principio de culpabilidad y sus plasmaciones: reflexiones y propuestas para construcción de una normativa europea", *Revista Penal*, nº 3, pp. 5-10.
- ARZT, Günther (1978), "Leichtfertigkeit und Recklessness", en STREE/LENCKNER/otros (eds.), *Gedächtnisschrift für Horst Schröder*, pp. 119-143, München.
- ASHWORTH, Andrew (2011), "United Kingdom", en HELLER/DUBBER (eds.), *The Handbook of Comparative Criminal Law*, London.

- ASK, Karl/GRANHAG, Pär Anders (2005), "Motivational sources of confirmation bias in criminal investigations: the need for cognitive closure", *Journal of Investigative Psychology and Offender Profiling*, nº 2, pp. 43-63.
- AST, Stephan (2010), *Normentheorie und Strafrechtsdogmatik. Eine Systematisierung von Normarten und deren Nutzen für Fragen der Erfolgzurechnung, insbesondere die Abgrenzung des Begehungs- vom Unterlassungsdelikt*, Berlin.
- AYER, Alfred Jules (1982), "Freedom and Necessity", en WATSON (ed.), *Free Will*, Oxford.
- BACHMANN, Jochen (1993), *Vorsatz und Rechtsirrtum im Allgemeinen Strafrecht und im Steuerstrafrecht*, Berlin.
- BACIGAL, Ronald J. (2009), *Criminal law and procedure: an overview*, 3ª ed., New York.
- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique (2007), "El concepto de dolo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo", *Consejo General del Poder Judicial (Jurisprudencia penal (2005-2007): análisis crítico, Colección Estudios de Derecho Judicial)*, nº 120, pp. 135-154, Madrid.
- (2006), *Hacia el nuevo Derecho penal*, Buenos Aires.
- (1986), "La función del concepto de norma en la dogmática penal", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, nº 11 extra (ejemplar dedicado a Estudios de Derecho penal en homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa), pp. 61-74.
- (1998), *Principios de Derecho penal. Parte general*, 5ª ed., Madrid.
- (2005), "Problemas actuales del dolo", en JORGE BARREIRO/otros (coords.), *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, pp. 63-82, Pamplona.
- (2009), *Teoría y práctica del Derecho penal*, t. I, Madrid.
- (1982), "¿Tienen rango constitucional las consecuencias del principio de culpabilidad?", *La Ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliográfica*, nº 2, pp. 936-942.
- (1988), *Tipo y error*, 2ª ed., Buenos Aires.
- BAIGÚN, David (2007), *Los delitos de peligro y la prueba del dolo*, 1ª reimp. (1ª ed., 1967), Montevideo-Buenos Aires.
- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel (1977), "Algunas observaciones sobre la teoría de la motivación de la norma", *Estudios Penales y Criminológicos*, nº 1, pp. 9-50.
- BALDÓ LAVILLA, Francisco (1994), *Estado de necesidad y legítima defensa. Un estudio sobre las 'situaciones de necesidad' de las que se derivan facultades y deberes de salvaguarda*, Barcelona.
- BALMES, Jaime (1996), *El criterio*, 11ª ed., Barcelona.
- (1868), *Filosofía fundamental*, 4ª ed., t. I, Barcelona.
- BAUER, Anton (1840), *Abhandlungen aus dem Strafrechte und dem Strafprozesse*, t. 1, Göttingen.
- BAUMANN, Jürgen/WEBER, Ulrich/MITSCH, Wolfgang (2003), *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch*, 11ª ed., Bielefeld.
- BAYLES, Michael D. (1987), *Principles of law: a normative analysis*, Dordrecht.
- BAYÓN MOHÍNO, Juan Carlos (1991), *La normatividad del Derecho: deber jurídico y razones para la acción*, Madrid.
- BEHRENDT, Hans-Joachim (1983), *Affekt und Vorverschulden: eine Untersuchung zur strafrechtlichen Differenzierung von Struktur und Funktion menschlicher Selbststeuerung*, Baden-Baden.
- BEN-DAVID, Guy (2015), "Cognitive void in relation to attendant circumstances as subjective *mens rea*", *New Criminal Law Review*, v. 18, nº 3, pp. 418-476.
- BENNETT, Christopher (2010), "More to apologise for: Can a basis for the recidivist premium be found within a communicative theory of punishment?", en ROBERTS/VON HIRSCH (eds.), *Previous Convictions at Sentencing. Theoretical and applied perspectives*, pp. 73 y ss., Oxford.
- BENTHAM, Jeremy (1948), *A fragment on Government: and an introduction to the principles of morals and legislation*, Oxford.
- BERGELSON, Vera (2009), *Victims' rights and victims's wrongs. Comparative liability in criminal Law*, California.

BERNAL DEL CASTILLO, Jesús (2011), *Derecho penal comparado: la definición del delito en los sistemas anglosajón y continental*, Barcelona.

BEUCHOT, Mauricio (2002), *La hermenéutica en la Edad Media*, México.

BINDING, Karl (1872-1920), *Die Normen und ihre Übertretung: eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts. Tomo I: Normen und Strafgesetze (1872). Tomo II: Schuld und Vorsatz (1965, 2ª ed. reimp.). Utrecht. Tomo III: Der Irrtum (1918). Tomo IV, v.I: Die Fahrlässigkeit (1919, -1); v.II: (1920), Leipzig.*

BLOCH, Ernst (1980), *Derecho natural y dignidad humana*, González Vicen (trad.), 1961 ed. original, Madrid.

BLOY, René (2005), "Contenido de ilícito y punibilidad de la tentativa burdamente insensata", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Dropulich/Kliegel (trads.), v. 58, pp. 365-401.

BOBBIO, Norberto (1980), *Contribución a la teoría del Derecho*, Ruiz Miguel (ed.), Madrid.

BOCKELMANN, Paul (1968), "Bemerkungen über das Verhältnis des Strafrechts zur Moral und zur Psychologie", en KAUFMANN/otros (eds.), *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch*, pp. 254 y ss., Göttingen.

BONOME, María G. (2009), *La racionalidad en la toma de decisiones: análisis de la teoría de la decisión de Herbert. A. Simon, A Coruña*.

BOREL, Émile (1971), *Las probabilidades y la vida*, Malecot (edición puesta al día), Pont (trad.), Barcelona.

BOTTKE, Wilfried (2000), "Untauglicher Versuch und freiwilliger Rücktritt", en CANARIS/ROXIN (eds.), *50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft*, t. 4, pp. 135 y ss., München.

BRAMMSEN, Jörg (1989), "Inhalt und Elemente des Eventualvorsatzes: neue Wege in der Vorsatzdogmatik?", *Juristen Zeitung*, pp. 71-82.

BRUCK, Felix Friedrich (1885), *Zur Lehre von der Fahrlässigkeit im heutigen deutschen Strafrecht*, Breslau.

BÜLTE, Jens (2015), "8. Kapitel: Vorsatz und Fahrlässigkeit", en ADICK/BÜLTE (eds.), *Fiskalstrafrecht. Straftaten gegen staatliche Vermögenswerte*, Heidelberg.

BUNG, Jochen (2009), *Wissen und Wollen im Strafrecht, zur Theorie und Dogmatik des subjektiven Tatbestands*, Frankfurt am Main.

BUNGE, Mario (1969), "Azar, probabilidad y ley", *Diánoia*, v. 15, n° 15, pp. 141-160.

(2005), *Diccionario de filosofía*, 3ª ed., Buenos Aires.

(1997), *La causalidad. El principio de causalidad en la ciencia moderna*, Rodríguez (trad.), Buenos Aires.

BURKHARDT, Björn (2004), "Conducta típica y perspectiva *ex ante*. A la vez una aportación contra la 'confusión entre lo subjetivo y lo objetivo'", en WOLTER/FREUND (eds.), *El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal*, Pastor Muñoz (trad.), pp. 153-192, Barcelona.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan-José (1985), "El tratamiento del error en la reforma de 1983: art. 6 bis a", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 38, n° 3, pp. 703-719.

(2005), *Introducción al Derecho penal*, 3ª ed. ampliada y corregida, Bogotá.

(1994), *Manual de Derecho penal, Parte general*, 4ª ed. puesta al día por Hormazábal Malarée, Barcelona.

(1984), "Política criminal y dolo eventual", *Revista Jurídica de Catalunya*, n° 2, v. 83, pp. 309-328.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan-José/HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán (2004), "Bases para una revisión de la teoría de la norma penal", *Revista General de Derecho Penal*, n° 1, pp. 1-12.

(1982), "Significación social y tipicidad", en BARBERO SANTOS/CEREZO MIR/GIMBERNAT ORDEIG (ed.), *Estudios penales. Libro Homenaje al Prof. J. Antón Oneca*, pp. 121-138, Salamanca.

CABRA APALATEGUI, José Manuel (2000), *Argumentación jurídica y racionalidad en A. Aarnio*, Madrid.

CALLIESS, Rolf-Peter (1974), *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat. Ein Beitrag zur strafrechtsdogmatischen Grundlagendiskussion. Texte zur politischen Theorie und Praxis*, Frankfurt am Main.

CANCIO MELIÁ, Manuel (2003), “Algunas reflexiones sobre lo objetivo y lo subjetivo en la teoría de la imputación objetiva”, en MONTEALEGRE LYNETT (coord.), *Libro homenaje al profesor Günther Jakobs. El funcionalismo en el Derecho penal*, pp. 211-228, Bogotá.

(2011), “Caso Contergan”, en SÁNCHEZ-OSTIZ (dir.), *Casos que hicieron doctrina en el Derecho penal*, pp. 207-222, Madrid.

(1998), *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal: estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de la víctima y autor en actividades arriesgadas*, Barcelona.

(2004), “¿Crisis del lado subjetivo del hecho?”, en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/MIGUEL ZUGALDÍA ESPINAR (coords.), *Dogmática y Ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, t. 1, pp. 57-78, Barcelona.

(1993), “La teoría de la adecuación social en Welzel”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, v. 2, pp. 169-202.

(2001), *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, México.

(2004), “Rapsöl-Fall”, *NSW*, pp. 37 y ss.

(2014), “Viktimologischer Ansatz vs. Selbstverantwortungsgrundsatz (zugleich: Allgemeiner Teil vs. Besonderer Teil)?”, en HEFENDEHL/HÖRNLE/otros (eds.), *Streitbare Strafrechtswissenschaft. Festschrift für Bernd Schünemann zum 70. Geburtstag am 1. November 2014*, pp. 313-323, Berlin.

CANCIO MELIÁ, Manuel/FEJOO SÁNCHEZ, Bernardo-José (2006), “¿Prevenir riesgos o confirmar normas? La teoría funcional de la pena de Günther Jakobs. Estudio preliminar”, en JAKOBS, *La pena estatal: significado y finalidad*, pp. 15-81, Madrid.

CANDEL, Miguel (2005), “Prólogo”, en SEARLE (autor), *Libertad y neurobiología. Reflexiones sobre el libre albedrío, el lenguaje y el poder político*, Candel (prólogo y trad.), pp. 9-22, Barcelona.

CANESTRARI, Stefano (2003), “La estructura del dolo eventual y las nuevas fenomenologías del riesgo”, *Anales de Derecho, Universidad de Murcia*, Romero Flores (trad.), nº 21, pp. 71-108.

CANNON, Walter (1942), “Voodoo death”, *American Anthropologist*, v. 44, nº 2, pp. 169-181.

CANTERA ORTIZ DE URBINA, Jesús (2005), *Diccionario Akal del refranero latino*, Madrid.

CARNAP, Rudolf (1948), *Meaning and Necessity. A Study in semantics and modal Logic*, 1ª ed., 2da. reimp., Chicago.

CAVELL, Stanley (1969), “Knowing and acknowledging”, en *Must we mean what we say? A book of essays*, pp. 238-266, New York.

CEREZO MIR, José (1998), *Curso de Derecho penal español, Parte general*, tt. I-II, 6ª ed., Madrid.

(1959), “El concepto de la acción finalista como fundamento del sistema del Derecho penal”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, nº 3, pp. 561-570.

(1998), “La regulación del ‘iter criminis’ y la concepción de lo injusto en el nuevo Código penal español”, *Revista de Derecho penal y Criminología*, nº 1, pp. 13-24.

(1961), “Lo injusto de los delitos dolosos en el Derecho penal español”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, nº 3, t. 14, pp. 55-68.

CHARLOW, Robin (1992), “Wilful ignorance and criminal culpability”, *Texas Law Review*, nº 70, pp. 1351-1429.

CHOCLÁN MONTALVO, José-Antonio (1995), “Imputación objetiva e imputación dolosa de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico: comentario a la STS de 27 de junio de 1995”, *Poder Judicial*, nº 39, pp. 507-524.

CIOMPI, Luc (1982), *Affektlogik: über die Struktur der Psyche und ihre Entwicklung. Ein Beitrag zur Schizophrenieforschung*, Stuttgart.

CLEMONS, John Tyler (2014), “Blind injustice: the Supreme Court, implicit racial bias, and the racial disparity in the criminal justice system”, *American Criminal Law Review*, v. 51, pp. 689-713.

CLUNE, Francis (1973), “A comment on voodoo deaths”, *American Anthropologist*, v. 75.

COHEN, Sanford (1985), “Psychosomatic death: Voodoo death in a modern perspective”, *Integrative Psychiatry*, v. 3, nº 1, pp. 46-51.

COLE, George F./SMITH, Christopher E. (2007), *The american system of criminal justice*, 11ª ed., London.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (2011), "Concepto dogmático y procesal del dolo. Ignorancia deliberada, confianza irracional y manifiesto desprecio", *Doctrina y Jurisprudencia Penal*, nº 4, pp. 3-30.

(1989), *El delito imprudente: criterios de imputación del resultado*, Barcelona.

(1985), "En el límite entre dolo e imprudencia (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1983)", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, nº 3, t. 38, pp. 961-975.

(2012), "Expansión del Derecho Penal y Garantías Constitucionales", *Revista de Derechos Fundamentales*, nº 8, pp. 45-76.

CÓRDOBA, Fernando (2012), "Dolo y evitabilidad individual", *Revista Pensar en Derecho*, nº 1, pp. 213-226.

(2012), *La evitabilidad del error de prohibición*, Madrid.

CÓRDOBA RODA, Juan (2011), "Artículo 10", en CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios al Código penal. Parte general (incorpora la reforma producida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio)*, Madrid.

(1962), *El conocimiento de la antijuricidad en la teoría del delito*, Barcelona.

COVA, Florian/NAAR, Hichem (2012), "Side-Effect effect without side effects: The pervasive impact of moral considerations on judgments of intentionality", *Philosophical Psychology*, v. 25, nº 6, pp. 837-854.

CRAMER, Peter (2010), "§ 15", en SCHÖNKE/SCHRÖDER (eds.), *Strafgesetzbuch Kommentar*, 28ª ed., München.

(1962), *Der Vollrauschtatbestand als abstraktes Gefährdungsdelikt*, Tübingen.

CUELLO CONTRERAS, Joaquín (2009), "Dolo e imprudencia como magnitudes graduales del injusto", *Revista de Derecho penal y Criminología*, 3ª época, nº 2, pp. 37-59.

(2002), *El Derecho penal español, Parte general. Nociones introductorias. Teoría del delito*, Madrid.

(1987), "La teoría de la culpabilidad y el error de prohibición: la reforma del CP de 25 de junio de 1983, algunos años después", *Cuadernos de Política Criminal*, nº 32, pp. 273-288.

CUESTA AGUADO, María de la Paz (2008), *Conocimiento de la ilicitud: aproximación al conocimiento de la antijuricidad del hecho desde las teorías psicológicas del pensamiento intuitivo* (recurso electrónico), Madrid.

CURI, Francesca (2003), *Tertium datar, dal common Law al civil Law per una scomposizione tripartita dell'elemento soggettivo del reato*, Milano.

DAN-COHEN, Meir (1984), "Decision rules and conduct rules: on acoustic separation in criminal law", *Harvard Law Review*, v. 97, nº 3, pp. 625-677.

DARLEY, John/LATANÉ, Bibb (1968), "Bystander intervention in emergencies: diffusion of responsibility", *Journal of Personality and Social Psychology*, v.8, nº 4, pp. 377-383.

DASTON, Lorraine (1988), *Classical Probability in the Enlightenment*, Princeton.

DAVIDSON, Donald (2001), *Inquiries into truth and interpretation*, Oxford.

(2004), *Problems of rationality*, Oxford.

(2001), *Subjective, intersubjective, objective*, Oxford.

DE COVARRUBIAS Y HOROZCO, Sebastián (1993), *Tesoro de la lengua castellana o española*, RIQUEL (ed.) según la impresión de 1611, con las adiciones de Benito R. Noydens publicadas en la de 1764, 3ª ed. (ed. original, Madrid 1611), Barcelona.

DE FINETTI, B. (1974), "The true subjective probability problem", en STAEL VON HOLLSTEIN (ed.), *The concept of probability in psychological experiments*, v. 8, pp. 15-23, Dordrecht-Holland.

DEL ROSAL, Juan (1960), *Derecho penal español*, 3ª ed., Madrid.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo (2001), "La *actio libera in causa*", en ARROYO ZAPATERO/otros (coords.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: 'In Memoriam'*, v. II, Salamanca.

- (2003), *La tentativa en la autoría mediata y en la actio libera in causa: una contribución al estudio del fundamento de punición y comienzo de la tentativa*, Granada.
- DENNETT, Daniel C. (1996), *Contenido y conciencia*, Lebrón (trad.), Barcelona.
- DERKSEN, Roland (1992), *Handeln auf eigene Gefahr*, Berlin.
- DÍAZ PALOS, Fernando (1945), *Dolo penal*, separado de *Nueva Enciclopedia Jurídica* y adicionado con unas conclusiones, Barcelona.
- (1965), *Teoría general de la imputabilidad*, Barcelona.
- DÍAZ PITA, María del Mar (2002), *Actio libera in causa, culpabilidad y estado de Derecho*, Valencia.
- (1994), *El dolo eventual*, Valencia.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel (2008), *El error sobre elementos normativos del tipo penal*, Madrid.
- DIÉGUEZ, Antonio (2007), “La relatividad conceptual y el problema de la verdad: bases para un realismo ontológico moderado”, *Contrastes, Revista Internacional de Filosofía*, v. XII, pp. 71-91.
- DÍEZ PICAZO, Luis (1973), *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, Barcelona.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José-Luis (2007), *Los elementos subjetivos del delito: bases metodológicas*, 2ª ed. (1ª ed., 1990), Buenos Aires.
- DIMITRATOS, Nikolaos (1989), *Das Begriffsmerkmal der Gefahr in den strafrechtlichen Notstandsbestimmungen (Rechtswissenschaftliche Forschung und Entwicklung)*, München.
- DIMOCK, Susan (2013), “Actio libera in causa”, *Criminal Law and Philosophy*, v. 7, n° 3, pp. 549-569.
- DOMINGO MORATALLA, Agustín (1991), *El arte de poder no tener razón. La hermenéutica dialógica de H.-G. Gadamer*, Salamanca.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo (2002), “Omisión de socorro tras accidente fortuito. La imputación de sucesos lesivos a conductas ilícitas”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, v. 55, pp. 235-284.
- DUBBER, Markus Dirk (2002), *Criminal law: Model Penal Code*, New York.
- DUFF, Antony-Raymond (1990), *Intention, Agency & Criminal Liability. Philosophy of Action and the Criminal Law*, Oxford.
- (1982), “Intention, responsibility and double effect”, *The Philosophical Quarterly*, v. 32, n° 126, pp. 1-16.
- DUTTGE, Gunnar (2001), *Zur Bestimmtheit des Handlungswerts von Fahrlässigkeitsdelikten*, Tübingen.
- EBERT, Udo (2005), *Derecho penal, Parte general*, Escudero Irra (trad.), 3ª ed. alemana, México.
- ECKERT, Susanne (1981), *Die Verwendung und Feststellung subjektiver Verbrechenmerkmale: der Versuch einer Problemanalyse auch unter historischem Aspekt*, Göttingen.
- ELLUL, Jacques (1965), “¿Existe el ‘hombre medio’ desde el punto de vista sociológico?” en *Revista de Estudios Políticos*, Liébana (trad.), n° 144, pp. 25-46.
- ELSTER, Jon (2010), *La explicación del comportamiento social: más tuercas y tornillos para las ciencias sociales*, Pons (trad.), Barcelona.
- (1988), *Uvas amargas: sobre la subversión de la racionalidad*, Lynch (trad.), Barcelona.
- (1986), *Rational choice*, Oxford.
- ENGELMANN, Woldemar (1965), *Die Schuldlehre der Postglossatoren und ihre Fortentwicklung: eine historisch-dogmatische Darstellung der kriminellen Schuldlehre der italienischen Juristen des Mittelalters seit Accursius*, reimp., 1ª ed. 1895, Leipzig.
- ENGISCH, Karl (1972), “Der ‘umgekehrte Irrtum’ und das ‘Umkehrprinzip’”, en LÜTTGER/BLEI/HANAU (eds.), *Festschrift für Ernst Heinitz zum 70. Geburtstag am 1. Januar 1972*, pp. 185-206, Berlin.
- (2004), *La idea de concreción en el Derecho y en la Ciencia Jurídica actuales*, Gil Cremades (estudio preliminar/epílogo/trad.)/Monereo Pérez (dir.), Granada.

- (1930), *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, Berlin.
- ENGLÄNDER, Armin (2013), “Norm und Sanktion. Kritische Anmerkungen zum Sanktionsmodell der Norm”, *Rechtswissenschaft. Zeitschrift für Rechtswissenschaftliche Forschung*, nº 2, pp. 192-206.
- ESCRIVÁ GREGORI, José María (1976), *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho penal*, Barcelona.
- ESER, Albin (2002), “Individual criminal responsibility. Mental elements: mistake of fact and mistake of law”, en CASSESE/GAETA/JONES (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary*, v. 1, pp. 767-948, Oxford.
- (1980), *Strafrecht*, (3ª ed.).
- ESER, Albin/BURKHARDT, Björn (1995), *Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias*, Bacigalupo/Cancio (trads.), Madrid.
- EXNER, Franz (1910), *Das Wesen der Fahrlässigkeit*, Leipzig.
- EXNER, Thomas (2011), *Sozialadäquanz im Strafrecht. Zur Knabenbeschneidung*, Berlin.
- FAKHOURI GÓMEZ, Yamila (2009), *Delimitación entre error de tipo y de error de prohibición. Las remisiones normativas: un caso problemático*, Navarra.
- FALK, Werner David (1985), “Prudencia, templanza y valor”, en FEINBERG (comp.), *Conceptos morales*, Pérez Carballo (trad.), 1ª ed., pp. 199-208, México.
- FARALDO CABANA, Patricia (2005), “Formas de autoría y participación en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y su equivalencia en el Derecho penal español”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, nº 16, pp. 29-78.
- FARRÉ TREPAT, Elena (1989), “Consideraciones dogmáticas y de *lege ferenda* en torno a la punición de la tentativa inidónea”, en SERRANO GÓMEZ/TORIO LÓPEZ/otros (coords.), *Estudios de Derecho Penal y Criminología en homenaje al Profesor José María Rodríguez Devesa*, v. 1, pp. 259-280, Madrid.
- (1986), *La tentativa de delito. Doctrina y jurisprudencia*, Barcelona.
- FELJOO SÁNCHEZ, Bernardo-José (2002), *El dolo eventual*, Colección de Estudios nº 26, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- (1998), “La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo: sobre la normativización del dolo”, *Cuadernos de Política Criminal*, nº 65, pp. 269-364.
- (2014), *La pena como institución jurídica: retribución y prevención general*, Montevideo-Buenos Aires.
- (2015), “La teoría de la ignorancia deliberada en Derecho penal: una peligrosa doctrina jurisprudencial”, en *InDret Penal*, nº 3, pp. 1-15.
- (2013), “Mejor no saber...más. Sobre la doctrina de la ceguera provocada ante los hechos en Derecho Penal”, en *Discusiones*, número dedicado a “Ignorancia deliberada y Derecho penal”, nº 13, pp. 101-138.
- (2000), “Recensión a *Der zweistufige Deliktsaufbau (La estructuración del delito en dos niveles)*, de Klaus Rinck”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, pp. 1154-1176.
- (2001), *Resultado lesivo e imprudencia: estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del fin de protección de la norma de cuidado*, Barcelona.
- (2007), *Retribución y prevención general: un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho penal*, Montevideo.
- (2013), “Sobre la dogmática de lo cotidiano: la imprudencia punible”, *Revista Jurídica (Universidad Autónoma de Madrid)*, nº 27, pp. 143-155.
- FELIP I SABORIT, David (2000), *Error iuris: el conocimiento de la antijuridicidad y el art. 14 del Código penal*, Barcelona.
- FERRAJOLI, Luigi (1997), *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Andrés Ibáñez/Ruiz Miguel/Bayón Mohíno/otros (trads.), 2ª ed. (1ª ed., 1995), Madrid.
- FESTINGER, León (1975), *Teoría de la disonancia cognoscitiva*, Martín Daza (trad.), Madrid [= *A theory of cognitive dissonance*, 1957].

- FINNIN, Sarah (2012), "Mental elements under article 30 of the Rome Statute of the International Criminal Court: a comparative analysis", *International and Comparative Law Quarterly*, v. 61, n° 2 (abril), pp. 325-359.
- FISCHHOFF, Baruch (1975), "Hindsight Foresight: the effect of outcome knowledge on judgment under uncertainty", *Journal of Experimental Psychology: Human Perception and Performance*, v. 1, n° 3, pp. 288-299.
- FISHER, John Martin/KANE, Robert/PEREBOOM, Derk/VARGAS VARGAS, Manuel (2013), *Cuatro perspectivas sobre la libertad*, Echavarría/Polit/Restrepo (trads.), Madrid.
- FISCHER, Martin (1993), *Wille und Wirksamkeit: Eine Untersuchung zum Problem des „dolus alternativus“*, Frankfurt am Main.
- FISCHER, Sigrid (1977), *Das Vergessen als Fahrlässigkeits*, reprod., Frankfurt am Main.
- FISCHER, Thomas (2014), "Bewerten, Beweisen, Verurteilen Antwort auf Puppes Polemik über die „Methoden der Rechtsfindung des BGH“ (ZIS 2014, 66)", *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, n° 3, pp. 97-101.
- FLETCHER, George-P. (2008), *Gramática del Derecho penal*, Muñoz Conde (trad.), Buenos Aires.
- (2000), *Rethinking Criminal Law*, New York, (reimp. de 1978), Oxford.
- (1985), "The right and the reasonable", *Harvard Law Review*, v. 98, pp. 949-982.
- FORCELLINI, Aegidii (1865), *Totius latinatatis lexicon. Seminarii Patavini Alumni. Lucubratum et in hac Editione post tertiam Auctam et Emendatam a Iosepho Furlanetto (...). Cura et Studio Doct. Vincentii De-Vit*, v. 3, Prati.
- FOSTER, Nigel/SULE, Satish (2010) *German legal system and laws*, 4ª ed., Oxford.
- FRANK, Reinhard (1890), "Vorstellung und Wille in der modernen Doluslehre", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n° 10.
- FRASER, Nancy/HONNETH, Axel (2003), *Redistribution or recognition? A political-philosophical exchange*, Golb/Ingram/Wilke (trads.), London.
- FREUD, Sigmund (1997), *El yo y el ello y otros escritos de metapsicología*, 10ª reimp., 1ª ed., Rey Ardid/López-Ballesteros y de Torres (trads.), Madrid.
- FREUND, Georg (2014), "Actio libera in causa vel omittendo bei Rauschdelikten im Straßenverkehr. Zum Begriff der Tat und zum Zeitpunkt ihrer (fahrlässigen oder vorsätzlichen) Begehung", *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, n° 3, pp. 137-159.
- FRISCH, Peter (1973), *Das Fahrlässigkeitsdelikt und das Verhalten des Verletzten*, Berlin.
- FRISCH, Wolfgang (2004), "Delito y sistema del delito", en WOLTER/FREUND (eds.), *El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal*, Robles Planas (trad.), pp. 193-280.
- (1995), "El error como causa de exclusión del injusto y/o de la culpabilidad en el Derecho penal alemán", en ESER/GIMBERNAT ORDEIG/ (eds.), *Justificación y exculpación en Derecho penal*, Bruzzone (trad.), Madrid.
- (1990), "Gegenwartsprobleme des Vorsatzbegriffs und der Vorsatzfeststellungen am Beispiel der AIDS-Diskussion", en GEPPERT/DEHNICKE (eds.), *Gedächtnisschrift für Karlheinz Meyer*, pp. 533-566, Berlin.
- (2011), "Objektive Zurechnung des Erfolgs", en *Juristische Schulung*, nn° 1, 2 y 3, pp. 19-23, 116-122, 205-210.
- (1991), "Offene Fragen des dolus eventualis", *Neue Zeitschrift für Strafrecht*.
- (1990), "Riskanter Geschlechtsverkehr eines HIV Infizierten als Straftat? BGHSt 36.1", *Juristische Schulung*, pp. 362-370.
- (1988), *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs Heidelberg*.
- (1989), "Vorsatz und Mitbewußtsein: Strukturen des Vorsatzes. Zur normativen Relevanz psychologischer Befunde im Strafrecht", en DORNSEIFER/HORN/OTROS (eds.), *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, pp. 311-350, Köln.
- (1983), *Vorsatz und Risiko. Grundfragen des tatbestandsmäßigen Verhaltens und des Vorsatzes. Zugleich ein Beitrag zur Behandlung außertatbestandlicher Möglichkeitenvorstellungen*, München.
- GAEDE, Karsten (2009), "Auf dem Weg zum potentiellen Vorsatz? Problematik und Berechtigung der zunehmenden Tendenzen zur normativen Relativierung des Vorsatzerfordermisses", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, v. 121, t. 2, pp. 239-280.

- GALÁN MUÑOZ, Alfonso (2015), “La problemática utilización del principio de precaución como referente de la política criminal del moderno Derecho penal. ¿Hacia un Derecho penal del miedo a lo desconocido o hacia uno realmente preventivo?”, *Revista General de Derecho Penal*, nº 23, pp. 1-55.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio (2006), *Introducción al Derecho penal*, 4ª ed., Madrid.
- GARDNER, John (2001), “The mysterious case of the reasonable person”, *University of Toronto Law Journal*, nº 51, pp. 273-308.
- GARDNER, John/JUNG, Heike (1991), “Making Sense of Mens Rea: Antony Duff’s Account”, *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 11, pp. 559-588.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto (2001), “Acerca del concepto de corrupción”, en *Filosofía, política, Derecho*, pp. 207-232, Valencia.
- (1999), “Algunas reflexiones sobre la ignorancia”, *Isonomía*, nº 11 (octubre), pp. 129-148.
- (1986), “Los deberes positivos generales y su fundamentación”, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 3, pp. 17-33.
- GILES, Marianne (1990), *Criminal Law in a Nutshell*, 2ª ed., London.
- GIL GIL, Alicia (2008), “Acción, norma, injusto y delito imprudente”, *Acade, Revista Cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, nº 74, mayo-agosto, pp. 87-111.
- (2007), *El delito imprudente: fundamentos para la determinación de lo injusto imprudente en los delitos activos de resultado*, Barcelona.
- (2005), “Recensión a Feijoo Sánchez, Bernardo: Resultado lesivo e imprudencia”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 16, pp. 347-377.
- (2005), “Lo subjetivo en la fundamentación y en la exclusión de lo injusto”, *Revista de Derecho penal y Criminología*, nº 15, pp. 95-153.
- GILSON, Etienne (1974), *El realismo metódico*, García Yebra (trad.), Madrid.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique (1990), “Algunos aspectos de la reciente doctrina jurisprudencial sobre los delitos contra la vida (dolo eventual, relación parricidio-asesinato)”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, nº 2, t. 43, pp. 421-442.
- (1994), “Causalidad, omisión e imprudencia”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, v. 47, nº 3, pp. 5-60.
- (1966), *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Madrid.
- (1971), “El sistema del Derecho penal en la actualidad”, *Anuario de Ciencia Jurídica*, nº I, pp. 265-288.
- (1990), *Estudios de Derecho penal*, 3ª ed., Madrid.
- (1962), “La causalidad en Derecho penal”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 15, nº 3, pp. 543-580.
- GLOVER, Jonathan (1970), *Responsibility*, London.
- GOLDSCHMIDT, Werner (1954), “La culpabilidad y lo inconsciente”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, nº 2, t. 7, pp. 253-267.
- GÓMEZ BENÍTEZ, José-Manuel (2006), “El concepto del dolo en la moderna dogmática penal”, *Colección Cuadernos de Derecho judicial* (Consejo General del Poder Judicial), *Nuevas posiciones de la dogmática jurídico-penal.*, nº 7, pp. 11-32, Madrid.
- GÓMEZ TOMILLO, Manuel (2010), “Art. 5”, en *Comentarios al Código penal*, GÓMEZ TOMILLO (dir.), Valladolid.
- (2014) “El principio de precaución en el Derecho penal. Contribución político-criminal a los delitos de riesgo normativo”, en GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Principio de precaución y derecho punitivo del Estado*, pp. 81-122, Valencia.
- GONZÁLEZ LAGIER, Daniel (2003), “Buenas razones, malas intenciones (sobre la atribución de intenciones)”, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 26, pp. 635-685.
- (1999) “Diez tesis sobre la acción humana”, *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, nº 10, pp. 145-172.
- (2009), *Emociones, responsabilidad y Derecho*, Colección Filosofía y Derecho, Barcelona.

- (2003), "Hechos y argumentos (racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal) I", *Jueces para la Democracia*, nº 46, pp. 17-26.
- (2003), "Hechos y argumentos (racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal) I", *Jueces para la Democracia*, nº 47, pp. 35-50.
- (2002), "La estructura de la acción humana", *Jueces para la Democracia*, nº 44, pp. 43-53.
- (2004), "La prueba de la intención y el principio de racionalidad mínima", *Jueces para la Democracia*, nº 50, pp. 41-51.
- (2006), "La prueba de la intención y la explicación de la acción", *Isegoría*, nº 35, pp. 173-192.
- (2009), "Los presupuestos de la responsabilidad por nuestras emociones", *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 32, pp. 439-458.
- GONZÁLEZ RIVERO, Pilar (2004), "Imputación jurídico-penal en estado defectuoso", en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/ZUGALDÍA ESPINAR/otros (coords.), *Dogmática y Ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, t. I, pp. 263-284, Barcelona.
- (2001), *Strafrechtliche Zurechnung bei Defektzuständen*, Berlin.
- GÖSSEL, Karl Heinz (2015), "Objektive Zurechnung und Kausalität", *Goltdammer´s Archiv für Strafrecht*, v. 162, nº 1, pp. 18-34.
- GRACIA MARTÍN, Luis (2004), "El finalismo como método sintético real-normativo para la construcción de la Teoría del delito", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, v. 6, pp. 1-22.
- (2014), "Kritische Anmerkungen zur Lehre von der objektiven Zurechnung im Verbrechenaufbau aus historischer Sicht", en HEFENDEHL/HÖRNLE/otros (eds.), *Streitbare Strafrechtswissenschaft. Festschrift für Bernd Schünemann zum 70. Geburtstag am 1. November 2014*, pp. 363-375, Berlin.
- (1994), "Política criminal y dogmática jurídico penal del proceso de reforma penal en España", *Actualidad Penal*, nº 17, pp. 307-379.
- (1999), "Sobre la punibilidad de la llamada tentativa inidónea en el nuevo Código penal español de 1995 (comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 24 de mayo de 1996)", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 3, pp. 335-360.
- GRECO, Luís (2013), "Comentario al artículo de Ramon Ragués", *Discusiones*, número dedicado a "Ignorancia deliberada y Derecho penal", nº 13, Riso (trad.), pp. 67-78.
- (2005), "Das subjektive an der objektiven Zurechnung: zum Problem des Sonderwissens", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, v. 117, nº 3, pp. 519 y ss.
- (2009), "Dolo sem vontade", en SILVA DIAS/otros (dirs.), *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito em comemoração do 70º aniversário: estudos de Direito e filosofia*, pp. 885-903, Coimbra.
- (2009), "Neue Wege der Vorsatzdogmatik. Eine Auseinandersetzung mit drei neuen Monographien zum Vorsatzbegriff", *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, nº 13, pp. 813-821.
- GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, Alejandro (1923), *El Código penal de 1870. Concordado y comentado*, 3ª ed., t. I., Madrid.
- GRÜNWARD, Gerald (1966), "Der Vorsatz des Unterlassungsdelikts", en GEERDS/NAUCKE (eds.), *Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Hellmuth Mayer zum 70. Geburtstag am 1. Mai 1965*, pp. 281-303, Berlin.
- GÜNTHER, Hans-Ludwig (1998), "Das viktimodogmatische Prinzip aus anderer Perspektive: Opferschutz statt Entkriminalisierung", en ESER/SCHITTENHELM/otros (eds.), *Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag, München*, pp. 69-80.
- (1983), *Straf rechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß: Studien zur Rechtswidrigkeit als Straftatmerkmal und zur Funktion der Rechtsfertigungsgründe im Strafrecht*, Köln.
- GÜNTHER, Klaus (2000), "De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber. ¿Un 'cambio de paradigma' en el Derecho penal?", en INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT (ed.), *ÁREA DE DERECHO PENAL DE LA UNIVERSIDAD POMPEU FABRA (ed. española), La insostenible situación del Derecho penal*, Silva Sánchez (trad.), pp. 489-505, Granada.
- (2005), *Schuld und kommunikative Freiheit. Studien zur personalen Zurechnung strafbaren Unrechts im demokratischen Rechtsstaat*, Frankfurt am Main.
- GUTIÉRREZ GARCÍA, José Luis (1960), *Doctrina pontificia. V. Documentos jurídicos*, Madrid.

HAAS, Volker (2002), *Kausalität und Rechtsverletzung. Ein Beitrag zu den Grundlagen strafrechtlicher Erfolgshaftung am Beispiel des Abbruch rettender Kausalverläufe*, Berlin.

HABERMAS, Jürgen (1980), *Conocimiento e interés*, Jiménez/Ivars/Santos (trad.), Vidal Beneyto (rev.), Madrid.

(1984), *Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns*, Frankfurt am Main [= Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos, Jiménez Redondo (trad.), 1989, Madrid].

HAFFKE, Bernhard (1995), “El significado de la distinción entre norma de conducta y norma de sanción para la imputación jurídico-penal”, en SILVA SÁNCHEZ (ed. esp.), SCHÜNEMANN/FIGUEIREDO DIAS (coords.), *Fundamentos de un sistema europeo de Derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin con ocasión de su doctorado honoris causa por la Universidad de Coimbra*, Silva Sánchez (trad.), pp. 129-138, Barcelona.

HAFT, Fritjof (1976), “Die Lehre vom bedingten Vorsatz unter besonderer Berücksichtigung des wirtschaftlichen Betrugs”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, v. 88, pp. 365 y ss.

(2004), *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 9ª ed., München.

HAGEN, Konrad (1899), “Der Vorsatz und seine Feststellung”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, v. 19, pp. 159 y ss.

HALL, Jerome (2005), *General Principles of Criminal Law*, 2005 (2ª ed.), Indianapolis.

HAMM, Rainer (2014), “Objektive Zurechnung bei nur ‘statistischen’ NN-Kausalitäten”, en HEFENDEHL/HÖRNLE/otros (eds.), *Streitbare Strafrechtswissenschaft. Festschrift für Bernd Schünemann zum 70. Geburtstag am 1. November 2014*, pp. 377-390, Berlin.

HARDWIG, Werner (1957), *Die Zurechnung. Ein Zentralproblem des Strafrechts*, Hamburg.

HART, Herbert Lionel-Adolphus (2008), *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*, 2ª ed. (1ª ed., 1968), Oxford. Versión electrónica 2009 (DOI: 10.1093/acprof:oso/9780199534777.001.0001).

HASSEMER, Raimund (1981), *Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik*, Berlin.

HASSEMER, Winfried (1989), “Kennzeichen des Vorsatzes”, en DORNSEIFER/HORN/otros (eds.), *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, pp. 289-309, Köln [= “Los elementos característicos del dolo”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Díaz Pita (trad.), 1990, t. 43, nº 3, pp. 909-932].

(1999), *Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación en derecho penal*, Muñoz Conde/Díaz Pita (trads.), Valencia.

(2004), “Sachlogische Strukturen’ - noch zeitgemäß”, en ROGALL/PUPPE/OTROS (eds.), *Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag*, pp. 61-73, Neuwied.

HAVA GARCÍA, Eva (2002), *La imprudencia inconsciente*, 2002.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich (1988), *Principios de la filosofía del Derecho, o, Derecho natural y ciencia política*, 1ª ed., Vernal (trad.), Barcelona²⁷⁸⁶.

HENKEL, Heinrich (1961), “Die ‘*praesumptio doli*’ im Strafrecht”, en BOCKELMANN/GALLAS (eds.), *Festschrift für Eberhard Schmidt, Göttingen*.

HERZBERG, Rolf-Dietrich (1988), “Das Wollen beim Vorsatzdelikt und dessen Unterscheidung vom bewußt fahrlässigen Verhalten, Teil I: Das Wollen beim Vorsatzdelikt und das Problem eines einheitlichen Handlungsbegriff”, *Juristen Zeitung*, pp. 573-579.

(1988), “Das Wollen beim Vorsatzdelikt und dessen Unterscheidung vom bewußt fahrlässigen Verhalten, Teil II: Die Unterscheidung”, *Juristen Zeitung*, pp. 635-643.

(1986), “Die Abgrenzung vom Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit: ein Problem des objektiven Tatbestandes”, *Juristische Schulung*, pp. 249-262.

²⁷⁸⁶ El traductor de la obra aclara que el texto traducido se corresponde con un texto preparado por Hoffmeister, que se basa en el original de Hegel (1821). Al texto de Hoffmeister, el traductor añade los “agregados” de Gans, un discípulo del mismo Hegel, que declara haber tomado esos “agregados” de algunas notas marginales de Hegel, y de apuntes de otros dos con-discípulos (Hotho y von Griesheim). Véase, pp. 7-8.

- (2006), "Gedanken zur finalen Handlungslehre", en TSAMBIKAKIS (ed.), *Freiheit, Gesetz und Toleranz. Symposium zum 75. Geburtstag von Prof. Dr. Karl Heinz Kunert, Berlin* [= "Reflexiones sobre la teoría final de la acción", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Cardenal Montraveta (trad.), n° 10-01, 2008, pp. 1-30].
- HETTINGER, Michael (1988), *Die actio libera in causa: Strafbarkeit wegen Begehungstat trotz Schuldunfähigkeit? Eine historisch-dogmatische Untersuchung*, Berlin.
- HILLENKAMP, Thomas (1981), *Vorsatztat und Opfenverhalten*, Göttingen.
- HIRSCH, Hans-Joachim (1994), "Das Schuldprinzip und seine Funktion im Strafrecht", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, v. 106, n° 4, pp. 746-765.
- (1993), *La polémica en torno de la acción y de la teoría del injusto en la ciencia penal alemana*, Suárez González (trad.), Bogotá.
- (2005), "Sobre lo injusto del delito imprudente", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n° 16, Demetrio Crespo (trad.), pp. 207-231.
- HITCHLER, "The Elements of Crime", *Dickinson Law Review*, v. 26, n° 8, 1922, pp. 117-118.
- HOFFRAGE, Ulrich/HERTWIG, Ralph/GIGERENZER, Gerd (2000), "Hindsight Bias: A By-Product of Knowledge Updating?", *Journal of Experimental Psychology: Learning, Memory, and Cognition*, v. 26, n° 3, pp. 566-581.
- HOLTON, Richard (2010), "Norms and the Knobe effect", *Analysis*, v. 70, n° 3, pp. 1-8.
- HONDERICH, Ted (1980), *Violence of equality: inquires in Political Philosophy*, Suffolk.
- HONIG, Richard-M. (1930) "Kausalität und objektive Zurechnung", en HEGLER (ed.), *Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag 16. August 1930*, t. I, 1930, pp. 174-201. Tübingen.
- HONNETH, Axel (1998), "Entre Aristóteles y Kant. Esbozo de una moral del reconocimiento", *LOGOS, Anales del Seminario de Metafísica (UCM)*, Gómez Ramos (trad.), n° 1, pp. 17-37.
- (1992), "Integridad y desprecio. Motivos básicos de una concepción de la moral desde la teoría del reconocimiento", *Isegoría*, n° 5, Velasco Arroyo (trad.), pp. 78-92.
- (1997), *La lucha por el reconocimiento. Por una gramática moral de los conflictos sociales*, Ballesterro (trad.)/Vilar (rev.), Barcelona.
- (2011), *La sociedad del desprecio*, Hernández/Herzog (trad./ed.), Madrid.
- (2010) *Reconocimiento y menosprecio. Sobre la fundamentación normativa de una teoría social*, 1ª ed., Romeu Labayen (trad.), Buenos Aires-Madrid.
- (2007), *Reificación. Un estudio en la teoría del reconocimiento*, 1ª ed., Calderón (trad.), Buenos Aires.
- HONORÉ, Tony (1981), "Must be obey? Necessity as a ground of obligation", *Virginia Law Review*, v. 67, pp. 39-61.
- HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán (2003), "Consecuencias político-criminales y dogmáticas del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos", *Revista de Derecho*, v. 14, pp. 125-134.
- HORN, Arnold (1900), "Der Versuch – Begründung einer objektiven Versuchstheorie im Hinblick auf empirische Psychologie und Psychopsychologie", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, v. 20, n° 1, pp. 309–361.
- HORN, Eckhard (1997), "Der Anfang vom Ende der *actio libera in causa*", *Strafverteidige*, pp. 264 y ss.
- (1973), *Konkrete Gefährungsdelikte*, Köln.
- HÖRNLE, Tatjana (2009), "Die Obliegenheit, sich selbst zu schützen, und ihre Bedeutung für das Strafrecht", *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, v. 156, n° 11, pp. 626-635.
- (2008), "Social expectations in the criminal law: the 'reasonable person' in a comparative perspective", *New Criminal Law Review*, v. 11, n° 1, pp. 1-32.
- (2012), "Subsidiaridad como principio limitador. Autoprotección", en ROBLES PLANAS (ed. esp.), VON HIRSCH/SEELMANN/WOHLERS (eds. alem.), *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, Montaner Fernández (trad.), pp. 87-100, Barcelona.

HOSPERS, John (1984), *Introducción al análisis filosófico*, Armero San José (trad.), 2ª ed., Madrid.

HOYER, Andreas (1997), *Strafrechtsdogmatik nach Armin Kaufmann-Lebendiges und Totes in Armin Kaufmanns Normentheorie*, Berlin.

HRUSCHKA, Joachim (2005) “*Actio libera in causa* y autoría mediata”, en SÁNCHEZ-OSTIZ (ed.), *Imputación y Derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, Joshi Jubert/Bolea Bardon (trads.), pp. 157-168, Navarra.

(2003), “Der Einfluß des Aristoteles und der Aristoteles-Rezeptionen auf die Bildung heutiger Rechtsbegriffe am Beispiel der ‘*actio libera in causa*’”, en DE WALL/GERMANN (eds.), *Bürgerliche Freiheit und Christliche Verantwortung. Festschrift für Christoph Link zum 70. Geburtstag*, pp. 687-704, Tübingen.

(1997), “Die *actio libera in causa* bei Vorsatztaten und bei Fahrlässigkeitstaten”, *Juristen Zeitung*, pp. 22 y ss.

(1996), “Die *actio libera in causa*-speziell bei § 20 StGB mit zwei Vorschlägen für die Gesetzgebung”, *Juristen Zeitung*, pp. 64 y ss.

(2005), “El objeto del juicio de antijuricidad según el Derecho penal actual. Sobre la consistencia de las posibles concepciones acerca de la significación de los errores relativos a las circunstancias del hecho”, en SÁNCHEZ-OSTIZ (ed.), *Imputación y Derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, Sanz Morán (trad.), pp. 101-125, Navarra.

(1968), “Der Begriff der *actio libera in causa* und die Begründung ihrer Strafbarkeit – BGHSt 21, 381”, *Juristische Schulung*, pp. 554-559.

(1986), “Imputation”, *Brigham Young University Law Review*, pp. 669-710.

(2005), “La imputación ordinaria y extraordinaria en Pufendorf. Sobre la historia y el significado de la diferencia entre *actio libera in se* y *actio libera in sua causa*”, en SÁNCHEZ-OSTIZ (ed.), *Imputación y Derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, Pastor Muñoz (trad.), pp. 55-88, Navarra [= “Ordentliche und außerordentliche Zurechnung bei Pufendorf. Zur Geschichte und zur Bedeutung der Differenz von *actio libera in se* und *actio libera in sua causa*”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, nº 96, 1984, pp. 661-702].

(2015), “On the logic of imputation in the Vigilantius lecture notes”, en DENIS/SENSEN (eds.), *Kant’s lectures on ethics. A critical guide*, Byrd (trad.), pp. 170 y ss., Cambridge.

(1989), “Probleme der *actio libera in causa* heute”, *Juristen Zeitung*, v. 44, nº 7, pp. 310-316.

(2005) “¿Puede y debería ser sistemática la dogmática jurídico-penal?”, en SÁNCHEZ-OSTIZ (ed.), *Imputación y Derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, Sánchez-Ostiz (trad.), pp. 251-275, Navarra [= “Kann und sollte die Strafrechtswissenschaft systematisch sein?”, *Juristen Zeitung*, 1985, pp. 1-10].

(2005), “Reglas de comportamiento y reglas de imputación”²⁷⁸⁷, en SÁNCHEZ-OSTIZ (ed.), *Imputación y Derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, Baldó Lavilla (trad.), pp. 27-39, Navarra [= “Verhaltensregeln und Zurechnungsregeln”, *Rechtstheorie. Zeitschrift für Logik, Methodenlehre Kybernetik und Soziologie des Rechts*, nº 22, 1991, pp. 449-460].

(1988), *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode. Systematisch entwickelte Fälle mit Lösungen zum Allgemeinen Teil*, 2ª ed., Berlin.

(1976), *Strukturen der Zurechnung*, Berlin.

(1985), “Über Schwierigkeiten mit dem Beweis des Vorsatzes”, en GÖSSEL/KAUFFMANN (Hans), (eds.), *Strafverfahren im Rechtsstaat: Festschrift für Theodor Kleinknecht zum 75. Geburtstag am 18. August 1985*, pp. 191-202, München [= “Sobre la difícil prueba del dolo”, en SÁNCHEZ-OSTIZ (ed.), *Imputación y Derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, Ragués i Vallès (trad.), pp. 145-156, 2005, Navarra].

(1979), “Über Tun und Unterlassen und über Fahrlässigkeit”, en KAUFMANN (Arthur)/BEMMANN/otros (eds.), *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978*, pp. 421-436, München.

HU, Yu-An (2011), “Die Lehre von der Vorsatzgefahr und *dolus indirectus*”, en PAEFFGEN/BÖSE/otros (eds.), *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion. Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag*, pp. 531-545, Berlin.

HUSAK, Douglas N./CALLENDER, Craig A. (1994), “Willful ignorance, Knowledge and the ‘equal culpability’ thesis: a study of the deeper significance of the principle of legality”, en *Wisconsin Law Review*, nº 29, pp. 29-69.

²⁷⁸⁷ Este artículo traducido apareció por primera vez en el *ADPCP*, t. 47, nº 3, 1994, pp. 343-356.

ISAY, Hermann (1929), *Rechtsnorm und Entscheidung*, 1929, Berlin.

JÄGER, Peter/SCHWEITER, Angela (2005), “Der Hindsight Bias (Rückschaufehler). Ein grundsätzliches Problem bei der Beurteilung ärztlichen Handelns in Arzthaftpflicht und Arztstrafprozessen”, *Schweizerische Ärztezeitung*, v. 86, n° 32/33, pp. 1940-1943.

JAÉN VALLEJO, “Dolo, error y prueba del dolo: análisis crítico de jurisprudencia”, en *Cuadernos de Política Criminal*, n° 100, 2010.

JAKOBS, Günther (2010), “Altes und Neues zum strafrechtlichen Vorsatzbegriff”, *Rechtswissenschaft. Zeitschrift für Rechtswissenschaftliche Forschung*, n° 3, pp. 283-315.

(1997), “Comportamiento evitable y sistema del Derecho penal”, en PEÑARANDA RAMOS/SUÁREZ GONZÁLEZ, *Estudios de Derecho penal*, Cancio Meliá (trad.), pp. 147-165, Madrid [= “Vermeidbares Verhalten und Strafrechtssystem”, en STRATENWERTH/ARMIN KAUFMANN/otros (eds.), *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März*, pp. 307-325, Berlin]²⁷⁸⁸.

(1997), “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, en PEÑARANDA RAMOS/SUÁREZ GONZÁLEZ, *Estudios de Derecho penal*, Peñaranda Ramos (trad.), pp. 293-324, Madrid [= “Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n° 97, 1985, pp. 751-785].

(1997), *Derecho Penal, Parte general: fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed. corregida, Cuello Contreras/Serrano González de Murillo (trads.), Madrid.

(2004), “*Dolus malus*”, en ROGALL/PUPPE/OTROS (eds.), *Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag*, pp. 107-122, Neuwied [= “*Dolus Malus*”, *InDret Penal*, Fakhouri Gómez (trad.), n° 4, 2009, pp. 1-23].

(1997), “El concepto jurídico-penal de acción”, en PEÑARANDA RAMOS/SUÁREZ GONZÁLEZ, *Estudios de Derecho penal*, Cancio Meliá (trad.), pp. 101-125, Madrid [= *Der strafrechtliche Handlungsbegriff: kleine Studie*, 1992, München].

(1997), “El delito imprudente”, en PEÑARANDA RAMOS/SUÁREZ GONZÁLEZ, *Estudios de Derecho penal*, Cancio Meliá (trad.), pp. 167-196, Madrid.

(1997), “El lado subjetivo del hecho de los delitos de resultado en supuestos de habituación al riesgo”, en PEÑARANDA RAMOS/SUÁREZ GONZÁLEZ, *Estudios de Derecho penal*, Suárez González (trad.), pp. 197-208, Madrid [= *Die subjektive Tatseite von Erfolgsdelikten bei Risikogewöhnung*, en FRISCH/SCHMID (eds.), *Festschrift für Hans-Jürgen Bruns zum 70. Geburtstag*, pp. 31-42, 1978, Köln].

(1997), “El principio de culpabilidad”, en PEÑARANDA RAMOS/SUÁREZ GONZÁLEZ, *Estudios de Derecho penal*, Cancio Meliá (trad.), pp. 365-393, Madrid [= *Das Schuldprinzip*, 1993, Opladen].

(2010), “Erfolgsunwert und Rationalität”, en JOECKS/OSTENDORF/otros (eds.), *Recht- Wirtschaft, Strafe. Festschrift für Erich Samson zum 70. Geburtstag*, München.

(2002), “Gleichgültigkeit als *dolus indirectus*”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, v. 114, n° 3, pp. 584-599 [= “Indiferencia como dolo indirecto”, en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/ZUGALDÍA ESPINAR (coords.), *Dogmática y Ley penal, Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, Pérez del Valle (trad.), t. 1, pp. 345-358, 2004, Barcelona].

(2003), “Handlungssteuerung und Antriebssteuerung. Zu Hans Welzels Verbrechensbegriff”, en AMELUNG/otros (eds.), *Strafrecht, Biorecht, Rechtsphilosophie. Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber zum 70. Geburtstag*, Heidelberg.

(2004), “Imputación jurídico-penal. Desarrollo en el sistema con base en las condiciones de la vigencia de la norma”, en *Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, López Barja de Quiroga (recop.), Sánchez-Vera Gómez-Trelles (trad.), pp. 75-97, Madrid.

(2011), “¿Imputación subjetiva sin imputación objetiva?”, en MAIER/SANCINETTI/SCHÖNE, *Dogmática penal entre naturalismo y normativismo: Libro homenaje a Eberhard Struensee*, Córdoba (trad.), pp. 273-285, Buenos Aires.

(2009), “Jochen Bung, Wissen und Wollen im Strafrecht. Zur Theorie und Dogmatik des subjektiven Tatbestands, 2008”, *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, v. 156, n° 5, pp. 317-320.

(2004), “La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente”, en *Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, López Barja de Quiroga (recop.), Manso Porto (trad.), pp. 27-50, Madrid.

(1998), “La denominada *actio libera in causa*”, *Revista del Poder Judicial*, Gómez Rivero (trad.), n° 50, pp. 241-260.

²⁷⁸⁸ La versión alemana no cuenta con algunas modificaciones introducidas por el autor para la versión castellana (nota del traductor, p. 147).

- (1997), "La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del 'riesgo permitido', la 'prohibición de regreso' y el principio de confianza", en PEÑARANDA RAMOS/SUÁREZ GONZÁLEZ, *Estudios de Derecho penal*, Peñaranda Ramos (trad.), pp. 209-222, Madrid.
- (1996), *La imputación objetiva en Derecho penal*, Suárez González/Cancio Meliá (estudio preliminar/trads.), Madrid.
- (2000), "La omisión: estado de la cuestión", en ROXIN/JAKOBS/SCHÜNEMANN/FRISCH/KÖHLER, *Sobre el estado de la teoría del delito (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra)*, SILVA SÁNCHEZ (ed./trad./conclusiones), Sánchez-Vera Gómez-Trelles (trad.), pp. 129-153, Madrid.
- (2006), *La pena estatal: significado y finalidad*, Cancio Meliá/Feijoo Sánchez (trads./estudio preliminar), Madrid.
- (1997), "Objektive Zurechnung bei mittelbarer Täterschaft durch ein vorsatzloses Werkzeug", en *Goldammer's Archiv für Strafrecht*.
- (2001), "¿Qué protege el Derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?", *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Cancio Meliá (trad.), v. 7, nº 11, pp. 23-42.
- (1991), "Representación del autor e imputación objetiva", *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, t. 44, nº 2, pp. 493-513 [= "Tätervorstellung und objektive Zurechnung", en DORNSEIFER (ed.), *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Suárez González (trad.), pp. 271-288, 1989, Köln].
- (2012), *System der strafrechtlichen Zurechnung, Frankfurt am Main*.
- (2003), *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, Cancio Meliá/Feijoo Sánchez (trads.), Madrid.
- (1996), *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, Cancio Meliá/Feijoo Sánchez (trads.), Madrid.
- (1972), *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, New York*.
- (1999), "Teoría y praxis de la injerencia", *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, v. 52, pp. 17-50.
- (1989), "Über die Behandlung von Wollensfehlern und von Wissensfehlern", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, nº 101, pp. 516-537 [= "Sobre el tratamiento de los defectos volitivos y de los defectos cognitivos", en PEÑARANDA RAMOS/SUÁREZ GONZÁLEZ, *Estudios de Derecho penal*, Suárez González (trad.), pp. 127-146, 1997, Madrid].
- JAMES, William (1909), *The meaning of truth: a sequel to pragmatism, London*.
- (1908), "Truth versus truthfulness", *The Journal of Philosophy, Psychology and Scientific Methods*, v. 5, nº 7, pp. 179-181
- JESCHECK, Hans-Heinrich (1961), "Der strafrechtliche Handlungsbegriff in dogmengeschichtlicher Entwicklung", en BOCKELMANN/GALLAS (eds.), *Festschrift für Eberhard Schmidt, Göttingen*.
- JESCHECK, Hans-Heinrich/WEIGEND, Thomas (2002), *Tratado de Derecho penal. Parte general*, 5ª ed., Olmedo Cardenete (trad.), Granada [= *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5ª ed., 1996, Berlin].
- JOERDEN, Jan C. (1983), "Der auf die Verwirklichung von zwei Tatbeständen gerichtete Vorsatz. Zugleich eine Grundlegung zum Problem des *dolus alternativus*", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, v. 95, nº 3, pp. 565-605.
- (2011), "Die neue Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Sterbehilfe und der Knobe-Effekt", en SCHÜNEMANN/ACHENBACH/OTROS (eds.), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, Berlin*.
- (2005), *Logik im Recht. Grundlagen und Anwendungsbeispiele: mit 100 Abbildungen, Berlin*.
- (1988), *Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs: Relationen und ihre Verkettungen, Berlin*.
- JOHNSON, Sheri Lynn (1988), "Unconscious racism and the criminal law", *Cornell Law Review*, v. 73, pp. 1016-1037.
- JOLLS, Christine/SUNSTEIN, Cass R./THALER, Richard (1998), "A Behavioral Approach to Law and Economics", *Stanford Law Review*, v. 50, pp. 1471-1550.
- JONAS, Hans (2004), *El principio de responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica*, 2ª ed., Fernández Retenaga (trad.), Barcelona.
- JOSÉ, Elena Teresa (2006), *Conocimiento, pensamiento y lenguaje. Una introducción a la lógica y al pensamiento científico*, Buenos Aires.

JOSHI JUBERT, Ujala (1989), "Algunas consecuencias que la inimputabilidad puede tener para la antijuridicidad", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 42, nº 1, pp. 125-140.

(1992), *La doctrina de la "actio libera in causa" en Derecho penal (ausencia de acción o inimputabilidad provocadas por el sujeto)*, Barcelona.

(2008), "Normas de conducta y juicios de imputación", en GARCÍA VALDÉS/VALLE MARISCAL DE GANTE (coords.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, v. I, pp. 1075-1098, Madrid.

KAHLO, Michael (2007), "Sobre la relación entre el concepto de bien jurídico y la imputación objetiva en Derecho penal", en HEFENDEHL (ed. alem.), ALCÁ CER GUIRAO/MARTÍN LORENZO/ORTIZ DE URBINA (eds. esp.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Alcácer (trad.), pp. 53-68, Madrid.

KAHNEMAN, Daniel (2012), *Pensar rápido, pensar despacio*, trad. Chamorro Mielke, 3ª ed., Barcelona [= *Thinking, fast and slow*, 2011].

KAHNEMANN, Daniel/TVERSKY, Amos (1982), "Judgement under uncertainty: heuristics and biases", en KAHNEMANN/SLOVIC/TVERSKY (eds.), *Judgement under uncertainty: heuristics and biases*, pp. 3-20, New York.

KANT, Immanuel (1978), *Crítica de la razón pura*, Ribas (trad., prólogo, notas e índices), Madrid.

(1990), *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Martínez de Velasco (ed.), 9ª ed., Madrid.

(2002), *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, Rodríguez Aramayo (trad. y estudio preliminar), Madrid.

(1989), *La metafísica de las costumbres*, Cortina Orts (trad., notas y estudio preliminar), Conill Sancho (trad. y notas), Madrid.

(2004), *¿Qué es la Ilustración? Y otros escritos de ética, política y filosofía de la historia*, Rodríguez Aramayo (ed.), Madrid.

KARGL, Walter (1993), *Der strafrechtliche Vorsatz auf der Basis der kognitiven Handlungstheorie*, Frankfurt.

(2000), "Protección de bienes jurídicos mediante protección del Derecho. Sobre la conexión delimitadora entre bienes jurídicos, daño y pena", en INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT (ed.), ÁREA DE DERECHO PENAL DE LA UNIVERSIDAD POMPEU FABRA (ed. española), *La insostenible situación del Derecho penal*, Ragués (trad.), pp. 49-62, Granada.

KAUFMANN, Armin (1964), "Das fahrlässige Delikt", *Zeitschrift für Rechtsvergleichung (Sonderabdruck)*, Wien.

(1958), "Der *dolus eventualis* im Deliktsaufbau: die Auswirkungen der Handlung und der Schuldlehre auf die Vorsatzgrenze", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, nº 70, pp. 64-86 [= "El dolo eventual en la estructura del delito: las repercusiones de la teoría de la acción y de la teoría de la culpabilidad sobre los límites del dolo", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Suárez-Montes (trad.), t. 13, nº 2, pp. 185-206, 1960].

(1983), *Die Aufgabe des Strafrechts*, (Rheinisch-Westfälische Akademie der Wissenschaften, Vorträge G262), Düsseldorf.

(1959), *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Göttingen [= *Dogmática de los delitos de omisión*, Cuello Contreras/Serrano González de Murillo (trads. de la 2ª ed. alemana, 1980), 2006, Barcelona].

(1985), "Objektive Zurechnung beim Vorsatzdelikt?", en VOGLER (ed.), *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag*, t. I, pp. 251-271, Berlin [= "¿Atribución objetiva en el delito doloso?", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Cuello Contreras (trad.), t. 38, nº 3, 1985, pp. 807-827].

(1982), *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert: gesammelte Aufsätze und Vorträge*, Köln.

(1977), *Teoría de las normas: fundamentos de la dogmática penal moderna*, Bacigalupo Zapater/Garzón Valdés (trads.), Buenos Aires, [= *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie: Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik*, (reimp. 1ª ed., 1954), 1988, Göttingen].

(1974), "Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht", en STRATENWERTH/ARMIN KAUFMANN/otros (eds.), *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März*, pp. 393-414, Berlin [= "Sobre el estado de la doctrina del injusto personal", *Nuevo Pensamiento Penal (Revista de Derecho y Ciencias Penales, Buenos Aires)*, Schiffrin (trad.), nº 6, v. 4, 1975, pp. 159-181].

KAUFMANN, Arthur (1961), *Das Schuldprinzip*, Heidelberg.

(1982), *Die Parallelwertung in der Laiensphäre: ein sprachphilosophischer Beitrag zur allgemeinen Verbrechenslehre: vorgetragen am 15. Januar, München*.

- (1987), "Einige Anmerkungen zu Irrtümern über den Irrtum", en KÜPER/PUPPE/TENCKHOFF (eds.), *Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987*, pp. 185-197, Berlin.
- (1986), "Unzeitgemäße Betrachtungen zum Schuldgrundsatz im Strafrecht", *Jura*, pp. 225-233.
- KINDHÄUSER, Urs Konrad (1999), "Acerca de la distinción entre error de hecho y error de derecho", en *El error en Derecho penal*, Córdoba/Bruzzone (trads.), pp. 139-163, Buenos Aires.
- (1995) "Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal económico", en *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*, Molina Fernández (trad.), pp. 441-452, Madrid.
- (2003), "Cuestiones fundamentales de la coautoría", en *Revista Penal*, nº 11, pp. 53-69.
- (1984), "Der Vorsatz als Zurechnungskriterium", en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, nº 96, pp. 1-35.
- (1996), *Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa*, Colección de Estudios nº 9, Universidad Externado de Colombia, López Díaz (trad.), Bogotá.
- (2008), "El tipo subjetivo en la construcción del delito: una crítica a la teoría de la imputación objetiva", en *InDret Penal*, Mañalich (trad.), nº 4, pp. 1-35²⁷⁸⁹.
- (1994), "Erlaubtes Risiko und Sorgfaltswidrigkeit. Zur Struktur strafrechtlicher Fahrlässigkeitshaftung", en *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, pp. 197 y ss.
- (2009), "Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal", en *InDret Penal*, Pastor Muñoz (trad.), nº 1, pp. 1-19.
- (1989), *Gefährdung als Straftat. Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte*, Frankfurt am Main.
- (2005), "Gleichgültigkeit als Vorsatz?", en ARNOLD/BURKHARDT/ (eds.), *Menschengerechtes Strafrecht. Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag*, pp. 345-358, München [= "¿Indiferencia como dolo?", en *Revista de Derecho*, v. 6, García Caveró (trad.), 2005, pp. 247-281]
- (2014), "Hechos brutos y elementos normativos del tipo", en *InDret Penal*, nº 2, de la Vega (trad.), pp. 1-25.
- (1980), *Intentionale Handlung. Sprachphilosophische Untersuchungen zum Verständnis von Handlung im Strafrecht*, Berlin.
- (1982), "Kausalanalyse und Handlungszuschreibung", en *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, pp. 477 y ss.
- (2012), "¿Qué es la imprudencia?", en *Anuario de Derecho Penal Económico y de la Empresa*, nº 2, pp. 239-246.
- (2011), *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 5ª ed., Baden-Baden.
- (2014), "Zur Funktion von Sorgfaltsnormen", en HEFENDEHL/HÖRNLE/otros (eds.), *Streitbare Strafrechtswissenschaft. Festschrift für Bernd Schünemann zum 70. Geburtstag am 1. November 2014*, pp. 143-156, Berlin.
- (1994), "Zur Rechtfertigung von Pflicht- und Obliegenheitsverletzungen im Strafrecht", en *Jahrbuch für Recht und Ethik (= Annual Review of Law and Ethics)*, nº 2, pp. 339-352.
- KIPP, David (1980), "On Self-Deception", *The Philosophical Quarterly*, nº 30, pp. 305-317.
- KITCHER, Philip (2001), "Real realism: the Galilean strategy", *Philosophical Review*, nº 110, pp. 151-197.
- (2001), *Science, Truth, and Democracy*, New York.
- KLEE, Karl (1906), *Der dolus indirectus als Grundform der vorsätzlichen Schuld*, Berlin.
- KLEIN, Ernst Ferdinand (1799), "Vermischte Bemerkungen über das Criminalrecht", *Archiv des Criminalrechts*, v. II, t. 1, pp. 211 y ss.
- KNAUER, Florian (2014), "Zur Wiederkehr der Sozialadäquanz im Strafrecht – Renaissance einer überholten Rechtsfigur oder dogmatische Kategorie der Zukunft?", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, v. 126, nº 4, pp. 844-865.

²⁷⁸⁹ = KINDHÄUSER, Urs (2007), "El tipo subjetivo en la construcción del delito", en INSTITUTO PERUANO DE CIENCIAS PENALES (ed.), *Crítica a la teoría de la imputación objetiva y función del tipo subjetivo. Tres estudios*, Mañalich Raffo (trad.), pp. 11-48.

- KNOBE, Joshua (2003), "Intentional action and side effects in ordinary language", *Analysis*, v. 63, n° 3, pp. 190–194.
- KOCH, Arnd (2010), "Zur Strafbarkeit unbewusster Fahrlässigkeit. Ein Streifzug durch zwei Jahrhunderte deutscher Strafrechtsdogmatik", *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, n° 3, pp. 175-182.
- KÖHLER, Michael (1986), *Der Begriff der Strafe, Heidelberg*.
- (1982), *Die bewußte Fahrlässigkeit: eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung, Heidelberg*.
- (2000), "La imputación subjetiva: estado de la cuestión", en ROXIN/JAKOBS/SCHÜNEMANN/FRISCH/KÖHLER, *Sobre el estado de la teoría del delito (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra)*, SILVA SÁNCHEZ (ed./trad./conclusiones), Sánchez-Ostiz (trad.), pp. 69-90, Madrid.
- (1997), *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Berlin*.
- (2000), "Unbedingte Affirmation, Anerkennung und Rechtsverhältnis", en SCHILD (ed.), *Anerkennung. Interdisziplinäre Dimensionen eines Begriffs. Ein Symposium*, pp. 91-98, Würzburg.
- (1981), "Vorsatzbegriff und Bewusstseinform des Vorsatzes", *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, pp. 285 y ss.
- KOHLRAUSCH, Eduard (1910), "Die Schuld (Vorsatz, Fahrlässigkeit, Rechtsirrtum, Erfolgshaftung)", en ASCHROTT/VON LISZT (eds.), *Die Reform des Reichsstrafgesetzbuchs: kritische Besprechung des Vorentwurfs zu einem Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich unter vergleichender Berücksichtigung des österreichischen und schweizerischen Vorentwurfs, I, Allgemeiner Teil*, pp. 18-224, Berlin.
- KORIATH, Heinz (2010), "Über den Vorsatz und wie man ihn beweisen könnte", en KORIATH/KRACK/otros (eds.), *Grundfragen des Strafrechts, Rechtsphilosophie und die Reform der Juristenausbildung. Wissenschaftlichen Kolloquium aus Anlass des 70. Geburtstages von Prof. Dr. Fritz Loos am 23. Januar 2009*, pp. 103-144, Göttingen.
- KOSKO, Bart (1995), *Pensamiento borroso: la nueva ciencia de la lógica borrosa*, Campos (trad.), Barcelona.
- KRATZSCH, Dietrich (1985), *Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht. Ansätze zur Reform des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs und der Regeln der Gesetzanwendung, Berlin*.
- KRAUB, Detlef (1978), "Der psychologische Gehalt subjektiver Elemente im Strafrecht", en FRISCH/SCHMID (eds.), *Festschrift für Hans-Jürgen Bruns zum 70. Geburtstag*, pp. 11-30, Köln.
- KRÜPELMANN, Justus (1976), "Die Neugestaltung der Vorschriften über die Schuldfähigkeit durch das Zweite Strafrechtsreformgesetz vom 4. Juli 1969", *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, v. 88, n° 1, pp. 6-39.
- (1985), "Die normative Korrespondenz zwischen Verhalten und Erfolg bei den fahrlässigen Verletzungsdelikte", en VOGLER (ed.), *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag*, t. I, pp. 313 y ss., Berlin.
- KUGLER, Itzhak (2004), "The Definition of Oblique Intention", en *The Journal of Criminal Law*, n° 68, pp. 79-83.
- KUHLEN, Lothar (2004), "¿Es posible limitar el Derecho penal por medio de un concepto material de delito?", en WOLTER/FREUND (eds.), *El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal*, Sánchez-Ostiz (trad.), pp. 129-152.
- (1989), *Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung, Frankfurt am Main*.
- (1991), "Zur Problematik der nachträglichen *ex ante*-Beurteilung im Strafrecht und in der Moral", en HEIKE (ed.), *Recht und Moral: Beiträge zu einer Standortbestimmung*, pp. 341-372, Baden-Baden.
- KUNERT, Karl Heinz (1959), *Die normativen Merkmale der strafrechtlichen Tatbestände, Berlin*.
- LACMANN, W. (1911), "Die Abgrenzung der Schuldformen in der Rechtslehre und im Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch", en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n° 31, pp. 142-166.
- (1911), "Über die Abgrenzung des Vorsatzbegriffes", en *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, pp. 109 y ss.
- LANG, Rolf (1983), *Normzweck und Duty of Care: eine Untersuchung über die Grenzen der Zurechnung im deutschen und angloamerikanischen Deliktsrecht, München*.
- LANGER, Ellen (1975), "The illusion of control", en *Journal of Personality and Social Psychology*, v. 32, n° 2, pp. 311-328.
- LAPLACE, Pierre-Simon (1985), *Ensayo filosófico sobre las probabilidades*, Castrillo (notas), Madrid.

LARENZ, Karl (1969), "Der Rechtssatz als Bestimmungssatz", en BOCKELMANN/ARTHUR KAUFMANN (eds.), *Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag, Frankfurt am Main*.

(1927), *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung. Ein Beitrag zur Rechtsphilosophie des kritischen Idealismus und zur Lehre von der "juristischen Kausalität"*, Leipzig.

(1994), *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Rodríguez Molinero (trad.), Barcelona.

LAURENZO COPELLO, Patricia (1999), "Algunas reflexiones críticas sobre la tradicional división tripartita del dolo", en CEREZO MIR/OTROS (coords.), *El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, pp. 423-438, Granada.

(1999), *Dolo y conocimiento*, Valencia.

(2002), "Los componentes del dolo: respuestas desde una teoría del conocimiento", en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, año VII-VIII, nº 12, pp. 321-338.

LESCH, Heiko-Hartmut (1999), *Der Verbrechensbegriff: Grundlinien einer funktionalen Revision*, Köln.

(1997), "Dolus directus, indirectus und dolus eventualis", en *Juristische Arbeitsblätter*, pp. 802-809.

(2001), *Injusto y culpabilidad en Derecho penal*, Cuadernos de Conferencias y Artículos nº 27, Universidad Externado de Colombia, Ragués i Vallès (trad.), Bogotá.

(1999), *La función de la pena*, Sánchez-Vera Gómez-Trelles (trad.), Madrid.

LESTER, David (1972), "Voodoo death: some new thoughts on an old phenomenon", en *American Anthropologist*, v. 74, pp. 386-390.

LEUPOLD, Henning (2005), *Die Tathandlung der reinen Erfolgsdelikte und das Tatbestandsmodell der 'actio libera in causa' im Lichte verfassungsrechtlicher Schranken*, Berlin.

LEUSCHNER, Kurt (1935), *Der dolus indirectus, sein Wesen, seine Geschichte u.s. praktischen Folgergn. Inaugural-Dissertation*, Würzburg.

LEX, Barbara (1974), "Voodoo death: new thoughts on an old explanation", en *American Anthropologist*, v. 76, pp. 818-823.

LIPPMAN, *Contemporary Criminal Law: concepts, cases, and controversies*, 2010, p. 84;

LOENING, Richard (1967), *Die Zurechnungslehre des Aristoteles. Geschichte der strafrechtlichen Zurechnungslehre*, reimpr. (1903, Jena), Hildesheim.

LÖFFLER, Alexander (1911), "Die Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit", en *Österreichische Zeitschrift für Strafrecht*, nº 2, pp. 131 y ss.

LUBAN, David (1999), "Contrived Ignorance", en *Georgetown Law Journal*, nº 87, pp. 957-980.

LUCAS, John Randolph (1980), *On justice*, Oxford.

LÜDERSEN, Klaus (1989), "La imputación individualizadora de lesiones de bienes jurídicos: un límite infranqueable para las alternativas de la pena (reflexiones sobre el concepto de libertad del psicoanálisis y sus consecuencias para el Derecho penal moderno)", en MIR PUIG (ed.), *Derecho penal y Ciencias sociales*, Mir Puig (trad.), pp. 171-190, Barcelona.

LUHMANN, Niklas (1987), *Rechtssoziologie*, 3ª ed., Opladen.

(1991), *Soziologie des Risikos*, Berlin.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel (1989), "Alcance y función del Derecho penal", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 42, nº 1, pp. 5-54.

(1996), *Curso de Derecho penal, Parte general I*, Madrid.

(2011), "Principio de alteridad o de identidad vs. principio de autorresponsabilidad. Participación en autopuesta en peligro, heteropuesta en peligro consentida y equivalencia: el criterio del control del riesgo", en *Revista General de Derecho Penal*, nº 15, pp. 1-21.

LYNCH, Kevin (2015), "Willful ignorance and self-deception", en *Philosophical Studies*, pp. 1-19 [DOI 10.1007/s11098-015-0504-3].

- MACHERY, Edouard (2008), "The folk concept of intentional action: philosophical and experimental issues", *Mind & Language*, v. 23, nº 2, pp. 165-189.
- MAIHOFFER, Werner (1961), "Der soziale Handlungsbegriff", en BOCKELMANN/GALLAS (eds.), *Festschrift für Eberhard Schmidt*, Göttingen.
- (1958), "Zur Systematik der Fahrlässigkeit", en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, nº 70, pp. 159-195.
- MANNHEIM, Hermann (1935), "Mens Rea in German and English Criminal Law", en *Journal of Comparative Legislation and International Law*, v. 17, pp. 82-101.
- MANRIQUE PÉREZ, María Laura (2012), *Acción, dolo eventual y doble efecto: un análisis filosófico sobre la atribución de consecuencias probables*, Barcelona.
- (2014), "Ignorancia deliberada y responsabilidad penal", *Isonomía*, nº 40 (abril), pp. 163-195.
- (2012), "Medios y consecuencias necesarias. Observaciones acerca de la responsabilidad penal y la doctrina del doble efecto", *Crítica. Revista Hispanoamericana de Filosofía*, v. 44, nº 131 (agosto), pp. 3-26.
- (2013), "¿Mejor no saber? Algunas consideraciones sobre la atribución de responsabilidad penal en caso de ignorancia", *Discusiones*, número dedicado a "Ignorancia deliberada y Derecho penal", nº 13, pp. 79-100.
- (2007), "Responsabilidad, dolo eventual y doble efecto", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, v. 30, pp. 415-434.
- MANZINI, Vincenzo (1931), *Trattato de Diritto processuale italiano*, Turín.
- MAÑALICH, Juan Pablo (2006), "Bases para una teoría comparativa del hecho punible", en *Revista Jurídica UPR*, v. 75, pp. 561-695.
- (2011), "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*, v. 24, nº 1, pp. 87-115.
- (2004), "La tentativa y el desistimiento en el Derecho penal. Algunas consideraciones conceptuales", en *Revista de Estudios de la Justicia*, nº 4, pp. 137-175.
- (2010), "Norma e imputación como categorías del hecho punible", en *Revista de Estudios de la Justicia*, nº 12, pp. 169-190.
- (2010), "¿Reglas del entendimiento? Acerca de la 'juridificación' de la comunicación en la pragmática universal de Jürgen Habermas", *Estudios Públicos*, nº 119, pp. 121-149.
- (2012), "Reglas primarias de obligación. Las 'reglas del derecho penal' en el concepto de derecho de H.L.A. Hart", en *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, nº 11, pp. 571-585.
- MARAVÉR GÓMEZ, Mario (2003), "Riesgo permitido por legitimación histórica", en MONTEALEGRE LYNETT (coord.), *Libro homenaje al profesor Günther Jakobs. El funcionalismo en el Derecho penal*, t. II, pp. 209-235, Bogotá.
- MARINUCCI, Giorgio (1992), "No hay dolo sin culpa", en *Cuadernos de Política Criminal*, Sáinz-Cantero Caparrós (trad.), nº 46, pp. 117-149.
- MARTÍN LORENZO, María/ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo (2009), "Guía InDret Penal de la jurisprudencia sobre responsabilidad por riesgos laborales. Un análisis empírico y dogmático", *InDret Penal*, nº 2, pp. 1-62.
- MARTÍNEZ-BUIÁN PÉREZ, Carlos (2008), "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*, pp. 323-367, Valencia.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita (1992), *La imputación objetiva del resultado*, Madrid.
- MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier (1987), "Consideraciones sobre la influencia del Derecho canónico en la tradición jurídica de la common Law", en *Dimensiones jurídicas del factor religioso. Estudios en homenaje al Profesor López Alarcón*, pp. 295-319, Murcia.
- (1991), *Derecho angloamericano y Derecho canónico. Las raíces canónicas de la "common Law"*, Madrid.
- MASEK, Lawrence (2010), "Intentions, motives and the doctrine of double effect", *The Philosophical Quarterly*, v. 60, nº 240, pp. 567-585.
- MASFERRER, Aniceto (2009), "Codification of spanish criminal law in the nineteenth century. A comparative legal history approach", en *Journal of Comparative Law*, v. 4, nº 1, pp. 96-139.

- MAURACH, Reinhart (1962), "Tratado de Derecho penal", Córdoba Roda (trad. y notas de Derecho español), tt. I-II, Barcelona.
- MAURACH, Reinhart/ZIPF, Heinz (1987), *Strafrecht, Allgemeiner Teil: Grundlehren des Strafrechts und Aufbau der Straftat*, 7ª ed., Heidelberg [= *Derecho penal, Parte general*, Bofill Gensch/Aimone Gibson (trads.), 1994, Buenos Aires].
- MAYER, Hellmuth (1940), "Folgenschwere Unmässigkeit, § 330 (a) StGB", en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, nº 59, pp. 283-335.
- MAYER, Max-Ernst (2007), *Derecho penal. Parte general*, Politoff Lifschitz (trad. de la edición alemana, 1915), Guzmán Dálbora (rev. gal.), Buenos Aires.
- (1977), *Rechtsnormen und Kulturnormen*, (reimp. 1903), Breslau.
- MAYER, Michael (2008), *Strafrechtliche Produktverantwortung bei Arzneimittelschäden. Ein Beitrag zur Abgrenzung der Verantwortungsbereiche im Arzneiwesen aus strafrechtlicher Sicht*, Berlin.
- MELENDO PARDOS, Mariano (2008), *Imputación subjetiva y error en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Desafíos para la dogmática penal continental*, Barcelona.
- MENDOZA BUERGO, Blanca (2005), "El Derecho penal ante la globalización: El papel del principio de precaución", en BACIGALUPO SAGGESE/CANCIO MELIÁ (coords.), *Derecho penal y política transnacional*, pp. 319-342, Barcelona.
- (2002), "La configuración del injusto (objetivo) de los delitos de peligro abstracto", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, nº 9, pp. 39-82.
- (2001), *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, Granada.
- MERKEL, Adolf (1906), *Derecho penal*, Dorado Montero (trad.), Madrid [= *Derecho penal, Parte general*, 2004, Montevideo-Buenos Aires].
- MEZGER, Edmund (1923), "Die subjektiven Unrechtselemente", en *Gerichtssaal*, nº 89, pp. 207-314.
- (1978), "Rechtsirrtum und Rechtsblindheit", en BOCKELMANN/DAHM/OTROS (eds.), *Probleme der Strafrechtserneuerung: Festschrift für Eduard Kohlrausch zum 70. Geburtstag dargebracht*, 1944 (reimp. 1978), pp. 180 y ss., Berlin.
- (1955), *Tratado de Derecho penal*, revisada y puesta al día por Rodríguez Muñoz (trad. de la 2ª ed. alemana, 1933), v. I, Madrid.
- MICHAELS, "Acceptance: the Missing Mental State", en *Southern California Law Review*, v. 71, 1998, pp. 953-1035
- MINSON, Steven C. (2000), "A duty not to become a victim: assessing the plaintiffs fault in negligent security actions", en *Washington and Lee Law Review*, v. 57, nº 2, pp. 611-657.
- MIR PUIG, Santiago (1990), (1994), "Conocimiento y voluntad en el dolo", en *Elementos subjetivos de los tipos penales. Colección Cuadernos de Derecho Judicial* (Consejo General del Poder Judicial), nº 33, pp. 9-35, Madrid.
- (2011), *Derecho penal. Parte general*, 9ª ed. a cargo de Gómez Martín, Barcelona.
- (1994), *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Barcelona.
- (1982), *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*, 2ª ed., Barcelona.
- (1976), *Introducción a las bases del Derecho penal: concepto y método*, Barcelona.
- (1983), "La perspectiva 'ex ante' en Derecho penal", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 36, nº 1, pp. 5-22.
- (2005), "Límites del normativismo en Derecho penal", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 07-18, pp. 1-24.
- (2008), "Norma de determinación, valoración de la norma y tipo penal", en GARCÍA VALDÉS/VALLE MARISCAL DE GANTE (eds.), *Estudios penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, v. 2, pp. 1307-1328, Madrid.
- (1989), "Presentación", en MIR PUIG (ed.), *Derecho penal y Ciencias sociales*, pp. 3-6, Barcelona.
- (2003), "Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho penal", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 05-05, pp. 1-19.

- (1989), "Sobre la posibilidad y límites de una ciencia social del Derecho penal", en MIR PUIG (ed.), *Derecho penal y Ciencias sociales*, pp. 9-31, Barcelona.
- (2001), "Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el nuevo Código penal", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 3, pp. 1-18.
- (1988), "Sobre lo objetivo y subjetivo en el injusto", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 41, nº 3, pp. 661-684.
- (2004), "Valoraciones, normas y antijuridicidad penal", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 06-02, pp. 1-19.
- MIRÓ LLINARES, Fernando (2009), *Conocimiento e imputación en la participación delictiva: aproximación a una teoría de la intervención como partícipe en el delito*, Barcelona.
- (2014), "Dolo y Derecho penal empresarial: debates eternos, problemas modernos", en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 113, pp. 201-252.
- (2010), "Imputación ¿objetiva?, conocimientos ¿especiales? y conductas ¿neutrales? Análisis a partir del caso de la mujer que lavaba la ropa del secuestrado (Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 2005)", en MIRÓ LLINARES (dir.), RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ (coord.), *¿Casos difíciles o irresolubles? Problemas esenciales de la Teoría del delito desde el análisis de paradigmáticos casos jurisprudenciales*, Madrid, pp. 257-324.
- MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando (2001), *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, Barcelona.
- (2008), *El concepto de peligro y la teoría del delito*, Madrid (inédito).
- (2008), "Error de tipo derivado de anomalías o alteraciones psíquicas: un difícil desafío para la teoría del delito", en *Icade, Revista Cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, nº 74, mayo-agosto, pp. 113-144.
- (2005), "La cuadratura del dolo: problemas irresolubles, sorites y Derecho penal", en JORGE BARREIRO/otros (coords.), *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, pp. 691-742, Pamplona.
- (2000), "Presupuestos de la responsabilidad jurídica (análisis de la relación entre libertad y responsabilidad)", en *La responsabilidad en el Derecho, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 4, pp. 57-138.
- (2002), *Responsabilidad jurídica y libertad: una investigación sobre el fundamento material de la culpabilidad*, Colección de Estudios nº 25, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- MOLINER, María (1992), *Diccionario de uso del español*, reimp., Madrid.
- MONTIEL, Juan Pablo (2014), ¿Existen las *Obliegenheiten* en Derecho penal?, en *InDret Penal*, nº 4, pp. 1-29.
- MOORE, Edward C. (1985), *American Pragmatism: Peirce, James and Dewey, Connecticut*.
- MOORE, Michael S. (2011), *Causalidad y responsabilidad. Un ensayo sobre Derecho, moral y metafísica*, Schleider (trad.), Madrid-Barcelona.
- (2011), "Causation revisited", *Rutgers Law Journal*, v. 42, pp. 451-509.
- MORAN, Dermont (2000), "Hilary Putnam and Immanuel Kant: two 'internal realists'?", en *Synthese*, nº 123, pp. 65-104.
- MOSTERÍN, Jesús (1991), "Introducción", en ANSCOMBE, *Intención*, pp. 9-28, Barcelona.
- (2000), "Límites del conocimiento y de la acción", en MUGUERZA/CEREZO (eds.), *La filosofía hoy*, pp. 267-277, Barcelona.
- (1987), *Racionalidad y acción humana*, 2ª ed., Madrid.
- MÜLLER, Max-Ludwig (1912), *Die Bedeutung des Kausalzusammenhanges im Straf- und Schadensersatzrecht, Tübingen* [= "La significación de la relación causal en el derecho penal y en el de reparación de daños", en SANCINETTI (comp.), *Causalidad, riesgo e imputación: 100 años de contribuciones críticas sobre imputación objetiva y subjetiva*, Sancinetti (trad.), pp. 39-104, 2009, Buenos Aires].
- MUÑOZ, José Manuel (2012), "Hacia una sistematización de la relación entre determinismo y libertad", en *Revista Internacional de Filosofía*, nº 56, pp. 5-19.
- MUÑOZ ARANGUREN, Arturo (2011), "La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales", en *InDret Penal*, nº 2, pp. 1-39.

MUÑOZ CONDE, Francisco-José (1991), “De lo vivo y de lo muerto en la obra de Armin Kaufmann”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, pp. 329-337.

(1975), *Introducción al Derecho penal*, Barcelona.

(1989), *Teoría general del delito*, Valencia.

MUÑOZ CONDE, Francisco-José/GARCÍA ARÁN, Mercedes (2010), *Derecho penal, Parte general*, 8ª ed., Valencia.

MÜSSIG, Bernd (2001), *Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal*, Colección de Estudios, Universidad Externado de Colombia, Cancio Meliá/Peñaranda Ramos (trads.), Bogotá.

NAUCKE, Wolfgang (1989), “La filosofía social del Derecho penal orientado a las ciencias sociales”, en MIR PUIG (ed.), *Derecho penal y Ciencias sociales*, Queralt Jiménez (trad.), pp. 73-96, Barcelona.

NAVARRO MASSIP, Jorge (2012), “La doctrina de la ignorancia deliberada: ¿presunción de dolo?”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 3, pp. 67-77.

NEUMANN, Ulfrid (1990), “§ 17”, en *StGB. Kommentar zum Strafgesetzbuch. Reihe Alternativkommentare 1*, Neuwied.

(1987), “Die Strafbarkeit der Suizidbeteiligung als Problem der Eigenverantwortlichkeit des Opfers”, en *Juristische Arbeitsblätter*, pp. 243-256.

(1985), “Normtheorie und strafrechtliche Zurechnung”, en *Goldammer’s Archiv für Strafrecht*, pp. 389-401.

(1985), *Zurechnung und Vorverschulden: Vorstudien zu einem dialogischen Modell strafrechtlicher Zurechnung*, Berlin.

NICHOLS, Shaun/ULATOWSKI, Joseph (2007), “Intuitions and individual differences: the Knobe effect revisited”, *Mind & Language*, v. 22, nº 4, pp. 346-365.

NIEPOTH, Burkhard (1994), *Der untaugliche Versuch beim unechten Unterlassungsdelikt*, Frankfurt am Main.

NISBETT, Richard E./ROSS, Lee (1980), *Human inference: strategies and shortcomings of social judgment*, New Jersey.

NOURSE, Victoria (2008), “After the reasonable man: getting over the subjectivity/objectivity question”, en *New Criminal Law Review*, v. 11, nº 1, pp. 33-50.

OCTAVIO DE TOLEDO, Emilio/HUERTA TOCILDO, Susana (1986), *Derecho penal, Parte general*, 2ª ed., Madrid.

OLAIZOLA NOGALES, Inés (2007), *El error de prohibición: especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad*, Madrid.

ORTEGA Y GASSET, José (1929), *La rebelión de las masas*, 1ª ed., Madrid.

ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo (2008), “De moscas y agresores muertos. Argumentos a favor de una teoría jurídica del delito bipartita más allá (y a pesar de) la teoría de los elementos negativos del tipo”, en *InDret Penal*, nº 3, pp. 1-42.

(2013), “¿Dolo como reproche? Observaciones sobre método y axiología en la propuesta de abandono de la idea de dolo como estado mental”, en *Revista Pensar en Derecho*, nº 2, pp. 357-385.

(2008), “Old wine in new wineskins? Appraising Professor Bergelson’s Plea for Comparative criminal liability”, en *Pace Law Review*, v. 28, nº 4, pp. 815-845.

OSTENDORF, Heribert (1982), “Das Geringfügigkeitsprinzip als strafrechtliche Auslegungsregel (Zugleich eine Anmerkung zu OLG Hamm, NJW, 1180, 2537)”, en *Goldammer’s Archiv für Strafrecht*, pp. 333 y ss.

OTTO, Harro (1990), “Der Verbotsirrtum”, en *Jura*, pp. 645-650.

(1986), “Die *actio libera in causa*”, *Jura*, pp. 426 y ss.

(2004), *Grundkurs Strafrecht. Allgemeiner Strafrechtslehre*, 7ª ed., Berlin.

PAREDES CASTAÑÓN, José-Manuel (2011), “Caso del aceite de colza”, en SÁNCHEZ-OSTIZ (dir.), *Casos que hicieron doctrina en el Derecho penal*, pp. 425-439, Madrid.

- (2000), "De nuevo sobre el caso de la 'colza'", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 5, pp. 87-126.
- (2003), "El desprecio como elemento subjetivo de los tipos penales y el principio de responsabilidad por el hecho", en *Revista Penal*, nº 11, pp. 94-117.
- (1995), *El riesgo permitido en Derecho penal (régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas)*, Madrid.
- PAEDES CASTAÑÓN, José-Manuel/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel/DE VICENTE REMESAL, Javier (2001), "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*, nº 8, pp. 329-353.
- PAEDES CASTAÑÓN, José-Manuel/RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa (1995), *El caso de la Colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*, Valencia.
- PAULSEN, Monrad G./KADISH, Sanford H. (1962), *Criminal law and its processes*, Boston.
- PAWLIK, Michael (2010), "Buchrezension: Jochen Bung, „Wissen und Wollen im Strafrecht“ (Verlag Vittorio Klostermann, Frankfurt a.M. 2009); Christoph J. M. Safferling, „Vorsatz und Schuld. Subjektive Täterelemente im deutschen und englischen Strafrecht“ (Verlag Mohr Siebeck, Tübingen 2008); Carl-Friedrich Stuckenberg, „Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht. Versuch einer Elementarlehre für eine überationale Vorsatzdogmatik“ (Verlag De Gruyter Recht, Berlin 2007)", en *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, nº 4, pp. 339-342.
- (2012), *Das Unrecht des Bürgers. Grundlinien der allgemeinen Verbrechenslehre*, Tübingen.
- (2004), *Person, Subjekt, Bürger. Zur Legitimation von Strafe*, Berlin.
- (2010), "Staatlicher Strafanspruch und Strafzwecke", en SCHUMANN (Eva) (ed.), *Das strafende Gesetz im sozialen Rechtsstaat. 15. Symposium der Kommission 'Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart'*, pp. 59-94, Göttingen.
- PECORARO-ALBANI, Antonio (1955), *Il dolo*, Napoli.
- PEELS, Rick (2011), "Ignorance is Lack of True Belief. A Rejoinder to Le Morvan", en *Philosophia*, nº 39, pp. 345-355.
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique (2001), "Función de la pena y sistema del delito desde una orientación preventiva del Derecho penal", en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, v. 2, pp. 401-442.
- (2000), "Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del concepto de delito", *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 23, pp. 289-322.
- PERALTA, José Milton (2010), "Elementos subjetivos del ilícito en la determinación de la pena", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, v. 63, pp. 251-275.
- PEREDA, Julián (1948), *El "versari in re illicita" en la doctrina y en el Código penal: solución suareciana*, Madrid.
- PÉREZ BARBERÁ, Gabriel (2012), "Dolo como reproche. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental", en *Revista Pensar en Derecho*, nº 1, pp. 169-211²⁷⁹⁰.
- (2011), *El dolo eventual: hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*, Buenos Aires.
- (2005), "Sorpresas y vacíos en la jurisprudencia actual de la Corte sobre derecho al honor y a la información. El abandono de 'Campillay'. El problema de la prueba del *reckless disregard*. Otras precisiones conceptuales", en AA.VV., *Estudios sobre la justicia penal. Homenaje al profesor Julio B. J. Maier*, pp. 83-106, Buenos Aires.
- PÉREZ DEL VALLE, Carlos (2015), "Imputabilidad y teoría de la imputación", en *InDret Penal* nº 2, pp. 1-35.
- (2012), *La imprudencia en el Derecho penal. El tipo subjetivo del delito imprudente*, Barcelona.
- (2004), "La persona del Derecho penal en la filosofía del derecho de Hegel", en ZUGALDÍA ESPINAR/LÓPEZ BARJA DE QUIROGA (coords.), *Dogmática y ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, v. 1, pp. 625-644.

²⁷⁹⁰ También en: (2012), "Dolo como reproche objetivo: hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental", en *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, año 20, v. 95, marzo-abril, pp. 13-41; (2011), "El concepto de dolo en el Derecho penal. Hacia un abandono definitivo de la idea de dolo como estado mental", en *Cuaderno de Derecho Penal*, pp. 11-49.

- (2001), “Los fundamentos de una teoría iusnaturalista de la imputación”, en *II Jornadas Hispánicas de Derecho Natural (Fundación Elías de Tejada, septiembre de 1998)*, pp. 407-426 (disponible en versión pdf en: <http://fundacioneliasdetejada.org/ii-jornadas-hispanicas-de-derecho-natural/>).
- (2004), *La protección de la vida humana a través del Derecho: estrategias, argumentos y algunas falacias*, Valencia.
- PÉREZ ECHEVARRÍA, María el Puy (1988), *Psicología del razonamiento probabilístico*, Madrid.
- PÉREZ MANZANO, Mercedes (1990), *Culpabilidad y prevención: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación y de la pena*, Madrid.
- (2008), “Dificultad de la prueba de lo psicológico y naturaleza normativa del dolo”, en GARCÍA VALDÉS/VALLE MARISCAL DE GANTE/otros (coords.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, v. II, pp. 1453-1486.
- PETERS, Karl (1974), “Sozialadäquanz und Legalitätsprinzip”, en STRATENWERTH/ARMIN KAUFMANN/otros (eds.), *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März*, pp. 415-429, Berlin.
- PHILIPPS, Lothar (2001), “An der Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit – Ein Modell multikriterieller computergestützter Entscheidungen”, en SCHÜNEMANN/ACHENBACH/otros (eds.), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, pp. 365-378, Berlin.
- (1973), “*Dolus eventualis* als Problem der Entscheidung unter Risiko”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n° 85, pp. 27-44.
- (1994), “Ein bißchen *Fuzzy Logic* für Juristen”, en *Sicherheit in der Informationstechnik*, t. 2, TINNEFELD/PHILIPPS/otros (eds.), *Institutionen und Einzelne im Zeitalter der Information*, pp. 219-224, München.
- (1993), “Kompensatorische Verknüpfungen in der Rechtsanwendung – ein Fall für *fuzzy logic*”, en MARTINEK/SCHMIDT/otros (eds.), *Vestigia Iuris, Festschrift für Günther Jahr zum siebzigsten Geburtstag*, pp. 169-180, Tübingen.
- PICKER, Eduard (1987), “Vertagliche und deliktische Schadenshaftung. Überlegungen zu einer Neustrukturierung der Haftungssysteme”, en *Juristenzeitung*, n° 42, pp. 1041-1058.
- PIÑA ROCHEFORT, Juan-Ignacio (2002), *La estructura de la teoría del delito en el ámbito jurídico del common law*, Granada.
- PLATÓN (2000), *Apología de Sócrates*, Eggers Lan (trad. directa, ensayo preliminar y notas), 4ª ed., 1ª reimp., Buenos Aires.
- PLATZGUMMER, Winfried (1964), *Die Bewußtseinsform des Vorsatzes: eine strafrechtsdogmatische Untersuchung auf psychologischer Grundlage*, Springer-Verlag, Wien.
- POLLOCK/MAITLAND, *The History of English Law before the Time of Edward I*, v. 2, 1952, § 2, p. 476.
- PORTER, Theodore (1986), *The rise of statistical thinking*, New Jersey.
- PRITZWITZ, Cornelius (1988), “Die Ansteckungsgefahr bei AIDS”, en *Juristische Arbeitsblätter*, pp. 427 y ss.
- (1994), “*Dolus eventualis* und Affekt. Ein Beitrag zur Kriminologie des Allgemeinen Teils des StGB”, en *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, pp. 454-471.
- (2011), “Strafrecht als *propria ratio*”, en HEINRICH/JÄGER/otros (eds.), *Strafrecht als Scientia Universalis. Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011*, v. I, pp. 23-37, Berlin.
- PUPPE, Ingeborg (2013), “§ 15 Vorsätzliches und fahrlässiges Handeln”, en NEUMANN/SCHILD (eds.), *Nomos Kommentar StGB*, t. I, 4ª ed., Baden-Baden.
- (2014), “Beweisen oder Bewerten Zu den Methoden der Rechtsfindung des BGH, erläutert anhand der neuen Rechtsprechung zum Tötungsvorsatz”, en *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, n° 2, pp. 66-70.
- (1991), “Der Vorstellungsinhalt des *dolus eventualis*”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n° 103, pp. 1-42.
- (1987), “Die logische Tragweite des sog. Umkehrschlusses”, en KÜPER/PUPPE/TENCKHOFF (eds.), *Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987*, pp. 199-245, Berlin.
- (2014), “El alcance lógico de la llamada conclusión inversa”, en PASTOR MUÑOZ (coord.), *El Derecho penal como ciencia. Método, teoría del delito, tipicidad y justificación*, Cancio Meliá (trad.), Montevideo-Buenos Aires, pp. 33-100.

- (2014), "El Derecho penal como comunicación. Aportaciones y peligros de un nuevo paradigma en la dogmática del Derecho penal", en PASTOR MUÑOZ (coord.), *El Derecho penal como ciencia. Método, teoría del delito, tipicidad y justificación*, Bermejo (trad.), Montevideo-Buenos Aires, pp. 101-136.
- (2014), "Error de hecho, error de derecho, error de subsunción", en PASTOR MUÑOZ (coord.), *El Derecho penal como ciencia. Método, teoría del delito, tipicidad y justificación*, Cancio Meliá/Bruzzone (trads.), Montevideo-Buenos Aires, pp. 227-289.
- (1980), "Grundzüge der *actio libera in causa*", en *Juristische Schulung*, pp. 346-350.
- (2014), "Naturalismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal moderna", en PASTOR MUÑOZ (coord.), *El Derecho penal como ciencia. Método, teoría del delito, tipicidad y justificación*, Pastor Muñoz (trad.), Montevideo-Buenos Aires, pp. 137-171 [= "Naturalismus und Normativismus in der modernen Strafrechtsdogmatik", en *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1994, pp. 297-318].
- (2014), "Perspectivas conceptuales del dolo eventual", en PASTOR MUÑOZ (coord.), *El Derecho penal como ciencia. Método, teoría del delito, tipicidad y justificación*, Ragués i Vallès (trad.), Montevideo-Buenos Aires, pp. 291-316.
- (2014), "Sobre el uso de definiciones en el Derecho. Definiciones creativas, o por qué los juristas disputan sobre conceptos", en PASTOR MUÑOZ (coord.), *El Derecho penal como ciencia. Método, teoría del delito, tipicidad y justificación*, Sánchez-Ostiz (trad.), Montevideo-Buenos Aires, pp. 1-31.
- (2006), *Strafrechtsdogmatische Analysen, Bonn*.
- (1992), *Vorsatz und Zurechnung, Heidelberg*.
- PUPPO, Alberto (2013), "Comentario a *Mejor no saber: Sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho Penal, de Ramon Ragués i Vallès*", en *Discusiones*, número dedicado a "Ignorancia deliberada y Derecho penal", n° 13, pp. 39-66.
- PUTNAM, Hilary (1997), "James's theory of truth", en PUTNAM R.A. (ed.), *The Cambridge Companion to William James*, pp. 167-171, Cambridge.
- (1988), *Razón, verdad e historia*, Esteban Cloquell (trad.), Madrid.
- (1990), *Realism with a human face*, CONANT (ed.), Cambridge.
- (1990), *Representación y realidad. Un balance crítico del funcionalismo*, Ventureira (trad.), Barcelona.
- QUINN, Warren S. (1989), "Actions, intentions and consequences: the doctrine of double effect", *Philosophy & Public Affairs*, v. 18, n° 4, pp. 334-351.
- QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio (1954), "Culpa e imprudencia en la doctrina y en la práctica", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 7, n° 1, pp. 45-72.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (2010), *Parte general del derecho penal*, 4ª ed., Valencia.
- RADBRUCH, Gustav (1905), *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrecht, Besonderer Teil*, t. V, Berlin.
- RAGUÉS I VALLÈS, Ramon (2013), "A modo de contrarréplica: la ignorancia deliberada y su difícil encaje en la teoría dominante de la imputación subjetiva", en *Discusiones*, número dedicado a "Ignorancia deliberada y Derecho penal", n° 13, pp. 139-166.
- (2011), "Caso del cinturón", en SÁNCHEZ-OSTIZ (coord.), *Casos que hicieron doctrina en el Derecho penal*, pp. 193-205, Madrid.
- (1996), "Comentarios a la jurisprudencia del Tribunal Supremo: la determinación del conocimiento como el elemento del tipo subjetivo", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 49, n° 2, pp. 795-822.
- (1997), "Conducción de vehículos con consciente desprecio por la vida de los demás y tentativa de homicidio", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 50, nn° 1-3, pp. 787-813.
- (2002), "Consideraciones sobre la prueba del dolo", en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliográfica*, n° 7, pp. 1891-1898.
- (2012), "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", en *InDret Penal*, n° 3, pp. 1-12.
- (1999), *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Barcelona.

- (2007), *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, Barcelona.
- (2008), “La responsabilidad penal del testarfero en delitos cometidos a través de sociedades mercantiles: problemas de imputación subjetiva”, en *InDret Penal*, nº 3, pp. 1-28.
- (2013), “Mejor no saber: Sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho Penal”, en *Discusiones*, número dedicado a “Ignorancia deliberada y Derecho penal”, nº 13, pp. 11-37.
- (2003), “Retos actuales de la política criminal y la dogmática penal”, en *Pensamiento Penal y Criminológico. Revista de Derecho Penal Integrado*, nº 6, pp. 235-300.
- RASSAT, Michèle-Laure (2006), *Droit pénal général*, Paris.
- RAWLS, John (1999), *A Theory of Justice*, edición revisada de 1971, *Massachusetts*.
- REDONDO HERMIDA, Álvaro (2009), “La doctrina de la ignorancia deliberada en la jurisprudencia penal española”, en *La Ley: Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, nº 63, pp. 68-76.
- REHBERG, Jorg (1962), *Zur Lehre vom “erlaubte risiko”*, Zürich.
- REINHOLD, Joachim (2009), *Unrechtszurechnung und der Abbruch rettender Verläufe*, Freiburg.
- RENZIKOWSKI, Joachim (2002), “Die Unterscheidung von primären Verhaltens- und sekundären Sanktionsnormen in der analytischen Rechtstheorie”, en DÖLLING/ERB (eds.), *Festschrift für Karl Heinz Gössel zum 70. Geburtstag am 16. Oktober 2002*, pp. 3-13, Heidelberg.
- (1997), *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, Tübingen.
- RIGGI, Eduardo (2009), *Interpretación y ley penal*, Barcelona.
- RINCK, Klaus (2000), *Der zweistufige Deliktsaufbau*, Berlin.
- RIPSTEIN, Arthur (1998), *Equality, Responsibility and the Law*, Cambridge.
- ROBINSON, Paul-H. (1994), “A functional Analysis of Criminal Law”, en *Northwestern University Law Review*, v. 88, nº 3, pp. 857-913.
- (1984), “Imputed Criminal Liability”, en *The Yale Law Journal*, v. 93, nº 4, pp. 609-676.
- (1990), “Rules of Conduct and Principles of Adjudication”, en *The University of Chicago Law Review*, v. 57, pp. 729-771.
- (1996), “Should the Criminal Law Abandon the *Actus Reus-Mens Rea* Distinction?”, en SHUTE/GARDNER/HORDER (eds.), *Action and Value in Criminal Law*, 2ª ed., pp. 187-211, Oxford.
- (1997), *Structure and Function in Criminal Law*, Oxford.
- (2000), “Structuring criminal codes to perform their function”, en *Buffalo Criminal Law Review*, v. 4, pp. 1-11.
- ROBLES MORCHÓN, Gregorio (1985), “Tres tipos de reglas en el Derecho”, en *Cuadernos de la Facultad Derecho* (Palma de Mallorca), nº 11, pp. 113-128.
- ROCCO, Arturo (1913), *L’oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, Torino.
- RODRÍGUEZ DEVESA, José María/SERRANO GÓMEZ (1995), Alfonso, *Derecho penal español, Parte general*, 18ª ed., Madrid.
- RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, Samuel (2014), “Responsabilidad penal y contagio de ébola. Reflexiones desde la doctrina de la imputación”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 17, pp. 1-32.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo (1971), “Delito imposible y tentativa de delito en el Código penal español”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 24, pp. 369-390.
- (1977), *Derecho penal. Parte general*, Madrid.
- (1965), “La presunción legal de voluntariedad”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 18, nº 1, pp. 33-84.
- (1980), “Las fases de ejecución del delito”, *Revista Jurídica de Catalunya*, v. 79, nº extra 1, pp. 5-20.

RODRÍGUEZ RAMOS, “Art. 5”, en RODRÍGUEZ RAMOS (dir.), MARTÍNEZ GUERRA (coord.), *Código penal, comentado y con jurisprudencia*, 2009, p. 86;

ROEDER, Hermann (1969), *Die Einhaltung des sozialadäquaten Risikos und ihr systematischer Standort im Verbrechenaufbau*, Berlin.

ROMEO CASABONA, Carlos María (2005), “Sobre la estructura monista del dolo: una visión crítica”, en JORGE BARREIRO/otros (coords.), *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, pp. 923-948, Pamplona.

ROPERO CARRASCO, Julia (2006), “¿Hay que ‘merecer’ la protección del Derecho penal?: derechos y deberes de las víctimas”, en CUERDA RIEZU (dir.), *La respuesta del Derecho penal ante los nuevos retos*, pp. 114 y ss., Madrid.

ROSO CAÑADILLAS, Raquel (2014), “Algunas reflexiones sobre los nuevos fenómenos delictivos, la teoría del delito y la ignorancia deliberada”, en *Revista General de Derecho Penal*, nº 22, pp. 1-24.

ROTHOEFT, Dietrich (1968), *System der Irrtumslehre als Methodenproblem der Rechtsvergleichung. Dargestellt am deutschen und englischen Vertragsrecht*, Tübingen.

ROUSSEAU, Jean-Jacques (1998), *Emilio, o de la educación*, Armiño (trad. y notas), Salamanca.

ROXIN, Claus (2008), “Acerca de la punibilidad de la tentativa inidónea”, en *Revista Latinoamericana de Derecho*, Styma (trad.), nnº 9-10, año V, pp. 289-307 [= “Zur Strafbarkeit des untauglichen Versuchs”, en MÜLLER-DIETZ/MÜLLER/otros (eds.), *Festschrift für Heike Jung zum 65. Geburtstag am 23. April 2007*, 2007, pp. 829-842, Baden-Baden].

(1983), “Bemerkungen zur sozialen Adäquanz im Strafrecht”, en KOHLMANN (ed.), *Festschrift für Ulrich Klug zum 70. Geburtstag*, t. II, pp. 303-313, Köln.

(2010), “Buchbesprechungen. Bung, Jochen: Wissen und Wollen im Strafrecht, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 2009”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, nº 122/3, pp. 672-678.

(1997), *Derecho penal. Parte general: fundamentos de las bases de la teoría del delito*, Luzón Peña/Díaz y García Conlledo/de Vicente Remesal (trads.), t. I, 1ª ed. (2ª ed. alemana, 1994), Madrid.

(1994), “Die Lehre von der objektiven Zurechnung”, en *Chengchi Law Review*, nº 50.

(2013), “El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Cancio Meliá (trad.), v. 15, nº 1, pp. 1-27.

(1977), “Gedanken zum ‘Dolus Generalis’”, en HERREN/KIENAPFEL/otros (eds.), *Kultur. Kriminalität. Strafrecht, Festschrift für Thomas Würtenberger zum 70. Geburtstag*, pp. 109-128, Berlin.

(2013), “La polémica en torno a la heteropuesta en peligro consentida. Sobre el alcance del principio de autorresponsabilidad en el Derecho penal”, en *Indret Penal*, Peñaranda Ramos (trad.), nº 1, pp. 1-26.

(2007), *La teoría del delito en la discusión actual*, Abanto Vázquez (trad.), Lima.

(1988), “Observaciones sobre la ‘actio libera in causa’”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, nº 41, Muñoz Conde (trad. y notas), pp. 21-38.

(1966), “Platzgummer, Winfried, *Die Bewußtseinsform des Vorsatzes: eine strafrechtsdogmatische Untersuchung auf psychologischer Grundlage*, 1964, Springer-Verlag, Wien”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, v. 78, pp. 248-261.

(1976), *Problemas básicos del Derecho penal*, Luzón Peña (trad. y notas), Madrid.

(2006), *Strafrecht, Allgemeiner Teil: Grundlagen der Aufbau der Verbrechenlehre*, t. I, 4ª ed., München.

(1964), “Zur Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit”, en *Juristische Schulung*, pp. 58 y ss.

(2004), “Zur Normativierung des *dolus eventualis* und zur Lehre von der Vorsatzgefahr”, en ROGALL/PUPPE/STEIN/WOLTER (eds.), *Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag*, t. I, pp. 243-257, Neuwied [= “Acerca de la normativización del *dolus eventualis* y la doctrina del peligro de dolo”, en ROXIN (2007), *La teoría del delito en la discusión actual*, Abanto Vázquez (trad.), pp. 167-191, Lima].

RUDOLPH, Tobias (2006), *Das Korrespondenzprinzip im Strafrecht. Der Vorrang von ex-ante-Betrachtungen gegenüber ex-post-Betrachtungen bei der strafrechtlichen Zurechnung*, Berlin.

RUDOLPHI, Hans-Joachim (1998), *Causalidad e imputación objetiva*, Colección de Estudios n° 13, Universidad Externado de Colombia, López Díaz (trad.), Bogotá.

(2012) “El fin del Derecho penal del Estado y las formas de imputación jurídico-penal”, en SCHÜNEMANN (comp.), *El sistema moderno del Derecho penal. Cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50º aniversario*, 2ª ed., SILVA SÁNCHEZ (Prólogo, Introducción, traducción y notas), pp. 79-97, Buenos Aires.

RUEDA MARTÍN, María Ángeles (2001), *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)*, Barcelona.

RÜMELIN, Max (1896), *Der Zufall im Recht: Akademische Antrittsrede, Freiburg im Breisgau*.

(1900), “Die Verwendung der Causalbegriffe in Straf- und Civilrecht”, *Archiv für Civilistische Praxis*, n° 90.

SACHER, Mariana (2006), *Sonderwissen und Sonderfähigkeiten in der Lehre vom Straftatbestand*, Berlin.

(2006), “Systemtheorie und Strafrecht. Kritik der rollenbezogenen Zurechnungslehre”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, v. 118, n° 3, pp. 574-619.

SACK, Fritz (1972), “Definition von Kriminalität als politisches Handeln: der labeling approach”, en *Kriminologisches Journal*, v. 4, n° 1, pp. 3-31.

SAFFERLING, Christoph J.-M. (2008), *Vorsatz und Schuld. Subjektive Täterelemente im deutschen und englischen Strafrecht*, Tübingen.

SALVADOR CODERCH, Pablo (2003), “Los más y los mejores. Indemnizaciones sancionatorias (*Punitive Damages*), jurados, jueces profesionales y agencias reguladoras”, en *InDret Penal*, n° 2, pp. 1-10.

SAMSON, Erich (1989), “Absicht und direkter Vorsatz im Strafrecht”, en *Juristische Arbeitsblätter*, pp. 449 y ss.

SÁNCHEZ CARRIÓN, Juan Javier (2000), “Sociología, orden social y modelización estadística: Quetelet y el hombre medio”, en *Empiria, Revista de Metodología de Ciencias Sociales*, n° 3, pp. 49-71.

SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando G. (2010), “Deconstruyendo el riesgo permitido. Delitos contra la salud pública, principio de precaución, delitos contra la seguridad vial”, en *Revista Penal*, n° 25, pp. 136-150.

SÁNCHEZ MELGAR, Julián (2014), “La intención, ¿es un hecho? A propósito de la polémica sobre la verdadera naturaleza de los elementos subjetivos del delito y su cauce de impugnación casacional”, *La Ley*, n° 1433, pp. 1-6.

SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo (2010), “Casos difíciles, teoría del delito y doctrina de la imputación. Un análisis desde la diferenciación entre reglas de conducta y reglas de imputación”, en MIRÓ LLINARES (dir.), RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ (coord.), *¿Casos difíciles o irresolubles? Problemas esenciales de la Teoría del delito desde el análisis de paradigmáticos casos jurisprudenciales*, pp. 83-116, Madrid.

(2008), *Imputación y teoría del delito: la doctrina kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo*, Buenos Aires.

(2015), “¿Incumbencias en Derecho penal? Depende”, en *InDret Penal*, n° 1/2015, pp. 1-26.

(2014), “La libertad del Derecho penal: ¿de qué hablamos cuando decimos libertad?”, en *InDret Penal*, n° 1, pp. 1-32.

(2014), *La libertad del Derecho penal. Estudios sobre la doctrina de la imputación*, Barcelona.

(2009), “Las incumbencias como normas de conducta”, en ŠILAR/SCHWEMBER AUGIER (eds.), *Racionalidad práctica. Intencionalidad, normatividad y reflexividad (Practical Rationality. Intentionality, Normativity and Reflexivity)*. Cuadernos de Anuario Filosófico, pp. 157-163, Navarra.

(2012), “Recensión a Gabriel Pérez Barberá, El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental, Hammurabi, Buenos Aires, 2011”, en *Cuadernos de Política Criminal*, n° 107, II, 2da. época, pp. 329-334.

(2010), “Teoría del delito, imputación extraordinaria e incumbencias”, en LUZÓN PEÑA (dir.), *Derecho penal del Estado social y democrático de Derecho. Libro Homenaje a Santiago Mir Puig*, pp. 535-561, Madrid.

SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo/ÍNIGO CORROZA, Elena (2013), *Delictum 2.0. Materiales para clases prácticas de introducción a la Teoría general del delito*, Navarra.

- (2014), *Teoría general del delito: Delictum 2.3.*, lección 4, nota técnica 42: tentativa idónea e inidónea. Tentativa irreal (recurso web consultado por última vez el 26 de abril de 2014: <https://www.unav.es/penal/delictum/>), pp. 1-2.
- SANCINETTI, Marcelo-A. (1995), *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa. A la vez, una investigación sobre la fundamentación del ilícito en Jakobs*, Bogotá [= *Subjektive Unrechtsbegründung und Rücktritt vom Versuch: zugleich eine Untersuchung der Unrechtslehre von Günther Jakobs, Köln, 1995*].
- (1996), *Subjetivismo e imputación objetiva en Derecho penal*, Colección de Estudios nº 8, Bogotá.
- (2005), *Teoría del delito y disvalor de acción: una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscripto al disvalor de acción*, (1ª ed. 1991), 2ª reimp., Buenos Aires.
- SANDRO, Jorge A. (2011), “La norma penal: ¿enunciado prescriptivo o descriptivo?”, en MAIER/SANCINETTI/SCHÖNE, *Dogmática penal entre naturalismo y normativismo: Libro homenaje a Eberhard Struensee*, pp. 577-603, Buenos Aires.
- SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, Marina (2007), *Dolo e imprudencia en el Código penal español*, Valencia.
- SATZGER, Helmut (2002), “German criminal Law and the Rome Statute: a critical analysis of the new german Code of crimes against international Law”, en *International Criminal Law Review*, v.2, nº 3, pp. 261-282.
- SAUER, Wilhelm (1955), *Allgemeine Strafrechtslehre: eine lehrbuchmässige Darstellung*, 3ª ed., Berlin.
- (1959), *Die Gerechtigkeit. Wesen und Bedeutung im Leben der Menschen und Völker*, Berlin.
- SAYRE, “Mens Rea”, en *Harvard Law Review*, v. 45, 1932, pp. 983-984.
- SCHAFFSTEIN, Friedrich (1986), *Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts. Beiträge zur Strafrechtsentwicklung von der Carolina bis Carpzov*, reimp. (2ª ed. 1930), Berlin.
- (1957), *La ciencia europea del Derecho penal en la época del humanismo*, Rodríguez Devesa (trad.), Madrid.
- SCHEFFLER, Uwe (1995), “J.F.S. von Böhmer (1704-1772) und der *dolus eventualis*. Kann der große Professor der alten Viadrina dem heutigen Strafrecht noch etwas geben?”, en *Jura*, v. 7, pp. 349-356.
- SCHWEWE, Günter (1967), *Bewußtsein und Vorsatz*, Berlin.
- (1972), *Reflexbewegung, Handlung, Vorsatz: Strafrechtsdogmatische Aspekte des Willensproblems aus medizinisch-psychologischer Sicht*, Lübeck.
- SCHILD, Wolfgang (1980), “‘Objektiv’ und ‘subjektiv’ in der strafrechtswissenschaftlichen Terminologie”, en MIEHSLER/otros (eds.), *In humanitatis. Festschrift für Adolf Verdross zum 90. Geburtstag*, pp. 215-234, Berlin.
- (1993), “Vorsatz als ‘sachgedankliches Mitbewußtsein’”, en KÜPER/WELP (eds.), *Beiträge zur Rechtswissenschaft. Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag*, pp. 241-266, Heidelberg.
- SCHLEHOFER, Horst (1996), *Vorsatz und Tatabweichung: zur Auslegung der §§ 16 Abs. 1 Satz 1, 22 StGB*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln.
- SCHMIDHÄUSER, Eberhard (1958), “Der Begriff des bedingten Vorsatzes in der neuesten Rechtsprechung des BGH und § 16 Kommentar Entwicklung StGB, Allgemeiner Teil 1958”, en *Goldammer’s Archiv für Strafrecht*, pp. 161-181.
- (1969), “Der Unrechtstatbestand”, en BOCKELMANN/ARTHUR KAUFMANN (eds.), *Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag*, pp. 433-455, Frankfurt am Main.
- (1992), *Die Actio libera in causa: eins symptomatisches Problem der deutschen Strafrechtswissenschaft: vorgelegt in der Sitzung vom 20. April 1991, Hamburg*.
- (1980), “Die Grenze zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Straftat (*dolus eventualis* und bewußte Fahrlässigkeit)”, en *Juristische Schulung*, pp. 241-252.
- (1988) *Form und Gehalt der Strafgesetze*, Göttingen.
- (1989), “Illusionen in der Normentheorie und das Adressatenproblem im Strafrecht”, en *Juristen Zeitung*, pp. 419 y ss.
- (1966), “Über Aktualität und Potentialität des Unrechts tatens”, en GEERDS/NAUCKE (eds.), *Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Hellmuth Mayer zum 70. Geburtstag am 1. Mai 1965*, pp. 317-338, Berlin.

- (1968), *Vorsatzbegriff und Begriffsjurisprudenz im Strafrecht*, Tübingen.
- (1957), “Zum Begriff der bewußten Fahrlässigkeit”, en *Goldammer´s Archiv für Strafrecht*, pp. 305-314.
- SCHMIDT, Eberhard (1969), “Soziale Handlungslehre”, en BOCKELMANN/ARTHUR KAUFMANN (eds.), *Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag*, pp. 340 y ss., Frankfurt am Main.
- SCHMOLLER, Kurt (1982), “Das voluntative Vorsatzelement”, en *Österreichisches Juristen Zeitung*, n° 37, pp. 259-264, y pp. 281-287.
- SCHOPENHAUER, Arthur (2000), *El arte de ser feliz*, Volpi (texto establecido, prefacio y notas), Ackermann Pilári (trad./apéndices), Barcelona.
- SCHROEDER, Friedrich-Christian (2004), “Principio de precaución, Derecho penal y riesgo”, en ROMEO CASABONA (ed.), *Principio de precaución, biotecnología y Derecho*, pp. 424 y ss., Granada.
- SCHRÖDER, Horst (1949), “Aufbau und Grenzen des Vorsatzbegriffs”, en WEGNER (ed.), *Festschrift für Wilhelm Sauer zu seinem 70. Geburtstag am 24. Juni 1949*, pp. 207-248, Berlin.
- SCHROTH, Ulrich (1994), *Vorsatz als Aneignung der unrechtskonstituierenden Merkmale*, Frankfurt am Main.
- Schumann, H. /Schumann, A. (2007), “Objektive Zurechnung auf der Grundlage der personalen Unrechtslehre”, en KÖHLER/HETTINGER/ZOPFS/otros, *Festschrift für Wilfried Küper zum 70. Geburtstag*, Heidelberg.
- SCHÜNEMANN, Bernd (1996), *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*, Colección de Estudios n° 7, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- (2002), “Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva”, en SCHÜNEMANN, *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, Sacher (trad.), pp. 70-96, Madrid.
- (2002), “Das System des strafrechtlichen Unrechts: Rechtsgutsbegriff und Viktimodogmatik als Brücke zwischen dem System des Allgemeinen Teils und dem Besonderen Teil”, en SCHÜNEMANN (ed.), *Strafrechtssystem und Betrug, Herbolzheim*.
- (2002), “De un concepto filológico a un concepto tipológico de dolo”, en SCHÜNEMANN, *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, Sacher/Suaréz González (trads.), pp. 97-111, Madrid.
- (2014), “Ein neues Bild des Strafrechtssystems? Zugleich Rezension von Günther Jakobs, Systems der strafrechtlichen Zurechnung, 2012”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n° 126, t. 1, pp. 1-26.
- (1982), “Einige Vortäufige Bemerkungen zur Bedeutung des viktimologischen Ansatzes in der Strafrechtsdogmatik”, en SCHNEIDER (ed.), *Das Verbrechenopfer in der Strafrechtspflege*, Berlin, pp. 407-421.
- (2008), “El propio sistema de la teoría del delito”, en *Indret Penal*, Peralta (trad.), n° 1, pp. 1-20.
- (1971), *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte: zugleich ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehre*, Göttingen.
- (2012), “Introducción al razonamiento sistemático en Derecho penal”, en SCHÜNEMANN (comp.), *El sistema moderno del Derecho penal. Cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50º aniversario*, 2ª ed., SILVA SÁNCHEZ (Prólogo, Introducción, traducción y notas), p. 1-77, Buenos Aires.
- (2009), “La deducción de los principios generales de la imputación penal a partir de la finalidad preventivo-general del Derecho penal”, en CALLE CALDERÓN (comp.), *El estado actual de las ciencias penales*, Molina González (trad.), Medellín.
- (1975), “Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits-Gefährungsdelikte”, en *Juristische Arbeitsblätter*, v. 7, pp. 435-444; 511-516; 575-584; 647-656; 715-724; 787-798.
- (1994), “Die Objektivierung von Vorsatz und Schuld im Strafrecht”, en *Chengchi Law Review*, v. 50, pp. 259-299.
- (2001), “Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft”, en SCHÜNEMANN (ed.), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, pp. 13 y ss., Berlin.
- (1986), “Zur Stellung des Opfers im System der Strafrechtspflege” (I), en *Neue Zeitschrift für Strafrecht*.
- SCHWEGLER, Isabell (1995), *Der Subsumtionsirrtum*, Frankfurt am Main.
- SEARLE, John R. (2000), *El misterio de la conciencia*, Doménech (trad.), Barcelona.

- (1996), *El redescubrimiento de la mente*, Valdés Villanueva (trad.), Barcelona.
- (1992), *Intencionalidad: un ensayo en la filosofía de la mente*, Ujaldón Benítez (trad.), Valdés Villanueva (revisor), Madrid.
- (1997), *La construcción de la realidad social*, Doménech (trad.), Barcelona.
- (2005), *Libertad y neurobiología. Reflexiones sobre el libre albedrío, el lenguaje y el poder político*, Candel (prólogo y trad.), Barcelona.
- (2000), *Razones para actuar. Una teoría del libre albedrío*, Valdés Villanueva (trad.), Oviedo.
- SEELMANN, Kurt (2012), “La dispersión de la responsabilidad como límite de la pena”, en ROBLES PLANAS (ed. esp.), VON HIRSCH/SEELMANN/WOHLERS (eds. alem.), *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, Robles Planas/Pastor Muñoz (trads.), pp. 213-224, Barcelona.
- SEHER, Gerhard (2012), “¿Puede ser ‘subsidiario’ el Derecho penal? Aporías de un principio jurídico ‘indiscutido’”, en ROBLES PLANAS (ed. esp.), VON HIRSCH/SEELMANN/WOHLERS (eds. alem.), *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, Montiel (trad.), pp. 129-144, Barcelona [= “Kann Strafrecht ‘subsidiarität’ sein? Aporien eines ‘unbestrittenen Rechtsgrundsatzes’”, en VON HIRSCH/SEELMAN/WOHLERS (eds.), *Mediating Principles. Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung*, 2006, pp. 70-82, Baden-Baden].
- SEN, Amartya Kumar (1989), *Sobre ética y economía*, Conde (trad.), Madrid.
- SERRANO-GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis (2011), “Sobre la consideración de los ‘conocimientos especiales’ del sujeto en el juicio objetivo de peligro”, en MAIER/SANCINETTI/SCHÖNE, *Dogmática penal entre naturalismo y normativismo: Libro homenaje a Eberhard Struensee*, pp. 627-655, Buenos Aires.
- SERRANO-PIEDRACAS FERNÁNDEZ, José Ramón (1998), “Fundamentación objetiva de la tentativa en el Código penal”, en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, v. 60, pp. 35-152.
- SHERRIN, Christopher (2014), “Wilful blindness: a confused and unnecessary basis for criminal liability?”, en *University of British Columbia Law Review*, v. 47, n° 2, pp. 709-741.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (1984), “*Aberratio ictus* e imputación objetiva”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 37, n° 2, pp. 347-386.
- (2013), “Abschied von einem einheitlichen Unrechtsbegriff innerhalb des Strafrechtssystems? Zugleich ein kleiner Beitrag zur Lehre der Maßregeln der Besserung und Sicherung”, en *Goldammer’s Archiv für Strafrecht*, n° 11, pp. 611-623 [= “¿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, pp. 1-20].
- (2010), *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, 2ª ed. con adiciones (1ª ed. 1992), Buenos Aires.
- (1988), “Consideraciones dogmáticas y de política legislativa sobre el fenómeno de la ‘conducción suicida’, en *La Ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, n° 3, pp. 970-980.
- (1993), “Consideraciones sobre el delito del art. 340 bis a) 1º CP: conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas”, en *Revista Jurídica de Catalunya*, v. 92, n° 1, pp. 25-58.
- (1989), “¿Consideraciones victimológicas en la teoría jurídica del delito? Introducción al debate sobre la *victimodogmática*”, en DE LA CUESTA/DENDALUZE/otros (comps.), *Criminología y Derecho penal al servicio de la persona. Libro-Homenaje al Profesor Antonio Beristain*, pp. 633-646, Donostia.
- (2013), “Deberes de vigilancia y *compliance* empresarial”, en *Compliance y teoría del Derecho penal*, 2013.
- (2006), “Del Derecho abstracto al Derecho ‘real’. Recensión a Günther Jakobs, La pena estatal: significado y finalidad (traducción y estudio preliminar de M. Cancio Meliá y B. Feijoo Sánchez), Thomson-Civitas, Madrid, 2006”, en *InDret Penal*, n° 4, pp. 1-6.
- (2008), “Delito y daño: una puntualización”, *InDret Penal* (editorial), n° 3, pp. 1-2.
- (1996), “Eficiencia y Derecho penal”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 49, n° 1, pp. 93-127.
- (2003), *El delito de omisión: concepto y sistema*, 2ª ed., Buenos Aires (1ª ed., Barcelona, 1986).
- (2002), “El delito: ¿responsabilidad individual o responsabilidad social?”, en *Iter Criminis, Revista de Ciencias Penales (Instituto Nacional de Ciencias Penales)*, n° 2, 2ª época, pp. 93-100, México.

- (1997), *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, Barcelona.
- (2013), “El resultado, siempre el resultado”, en *InDret Penal*, nº 2, pp. 1-2 (Editorial).
- (2012), ¿Es anacrónica la teoría del delito de cuño alemán?, en *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, año 20, v. 96, pp. 25 y ss.
- (2010), “*Honeste Vivere*”, en *InDret Penal* (Editorial), nº 3, pp. 1-3.
- (2009, aparecido en 2011), “Interrupción de cursos salvadores ajenos dentro de la propia esfera de organización: un problema de justificación”, en DA COSTA ANDRADE/ANTUNES/otros (coords.), *Estudos em homenagem ao Prof. Figueiredo Dias*, v. II, pp. 974-1004 [= “Abbruch eines fremden rettenden Kausalverlaufs im eigenen Organisationsbereich: ein Rechtfertigungsproblem“, en FREUND/MURMANN (eds.), *Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems. Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag*, 2013, pp. 299-313, Berlin].
- (2012), “Introducción 1991-2012”, en SILVA SÁNCHEZ (ed. y trad.), *El sistema moderno del derecho penal. Cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50º aniversario. Bernd Schünemann (comp.)*, 2ª ed., Buenos Aires-Montevideo, pp. XLVII-LXXIV.
- (2004), “Introducción: dimensiones de la sistematicidad de la teoría del delito”, en WOLTER/FREUND (eds.), *El sistema integral del derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal*, pp. 15-29, Barcelona.
- (1993), “La consideración del comportamiento de la víctima en la teoría jurídica del delito. Observaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre la ‘víctimo-dogmática’”, en *La victimología. Consejo General del Poder Judicial*, pp. 11-52, Madrid.
- (1988), “La embriaguez atenuante o eximente en el delito del art. 340 bis (a) 1ª: (a la vez, algunas observaciones sobre la doctrina de la ‘*actio libera in causa*’”, en *Revista de Derecho de la Circulación*, nº 4, pp. 168-175.
- (1988), “La estructura de la ‘*actio libera in causa*’ en los delitos cometidos bajo un síndrome de abstinencia de drogas (una visión crítica de la última doctrina jurisprudencial)”, en *La Ley. Revista Jurídica española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, nº 1, pp. 910-918.
- (1986), “La función negativa del concepto de acción. Algunos supuestos problemáticos (movimientos reflejos, actos en cortocircuito, reacciones automatizadas). Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 1983”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 39, pp. 905-933.
- (1987), “La responsabilidad penal del médico por omisión”, en *Diario La Ley*, t. 1, 1987.
- (2007), “La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo”, en *InDret Penal*, nº 2, pp. 1-15.
- (1999), “La víctima-dogmática en el Derecho extranjero”, en BERISTAIN/DE LA CUESTA (dirs.), *VIII Cursos de verano en San Sebastián. Victimología*, San Sebastián.
- (2007), “Los indeseados como enemigos. La exclusión de seres humanos del *status personae*”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 9-1, pp. 1-18.
- (2012), “Mandato de determinación e imprudencia”, en *InDret Penal*, nº 2, pp. 1-3 (Editorial).
- (1999), *Medicinas alternativas e imprudencia médica*, Barcelona.
- (2003), *Normas y acciones en Derecho penal*, Buenos Aires.
- (1987), “Observaciones sobre el conocimiento eventual de la antijuridicidad”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 40, nº 3, pp. 647-664.
- (1993), “Política criminal y reforma legislativa en la ‘comisión por omisión’ (el artículo 10 del Proyecto de Código penal de 1992)”, en *Política criminal y reforma penal. Homenaje a la memoria del Profesor Dr. D. Juan del Rosal*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, pp. 1069-1085.
- (2013), “Presupuestos socio-políticos de la atribución de la responsabilidad penal”, en FERNÁNDEZ TERUELO (dir.), GONZÁLEZ TASCÓN/VILLA SIEIRO (coords.), *Estudios penales en homenaje al Profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*, pp. 715-725, Oviedo.
- (1985), “Preterintencionalidad y otras cuestiones en la nueva jurisprudencia del Tribunal Supremo (comentario a la STS 9 de febrero de 1984. Ponente: Díaz Palos)”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 38, nº 1, pp. 193-205.
- (2009), “Prevención del delito y reducción de la violencia”, en *Diario La Ley*, nº 7160, 23 de abril, pp. 1-5.

- (1988), "Problemas del tipo de omisión del deber de socorro (Comentario a la STS de 27 de abril de 1987, ponente, Sr. Díaz Palos)", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 41, nº 2, pp. 561-574.
- (2002), "Retos científicos y retos políticos de la ciencia del derecho penal", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 9, pp. 83-101.
- (2001), "SCHÜNEMANN, Bernd: *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana* (trad. Cancio Melia), Universidad Externado de Colombia, Colección de Estudios nº 7, Bogotá 1996", en *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2ª época, nº 8, pp. 415-421.
- (2006), "Sobre la 'interpretación' teleológica en Derecho penal", en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/GARCÍA AMADO (coords.), *Estudios de filosofía del Derecho penal*, pp. 366-395, Bogotá.
- (1989), "Sobre la relevancia jurídico-penal de la no-inmediatez en la producción del resultado", en SEMINARIO DE DERECHO PENAL E INSTITUTO DE CRIMINOLOGÍA DE LA UNIVERSIDAD DE SANTIAGO DE COMPOSTELA (coords.), *Estudios penales en memoria del Profesor Agustín Fernández-Albor*, pp. 677-687, Santiago de Compostela.
- (1999), "Sobre las actuaciones en una 'situación de necesidad' que no implican deberes de tolerancia", en LUZÓN PEÑA/MIR PUIG, *Cuestiones actuales de la teoría del delito*, 1999, pp. 157 y ss.
- (1995), "Sobre las posibilidades y límites de una dogmática supranacional del Derecho penal", en SILVA SÁNCHEZ (ed.), SCHÜNEMANN/FIGUEREIDO DIAS (coords.), *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin*.
- (1991), "Sobre los movimientos 'impulsivos' y el concepto jurídico-penal de acción", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 44, nº 1, pp. 1-24.
- (2013), "Teoría del delito y Derecho penal económico-empresarial", en SILVA SÁNCHEZ/MIRÓ LLINARES (dirs.), *Teoría del delito y práctica penal económica*, Madrid, pp. 31-66.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María/BALDÓ LAVILLA, Francisco (1989), "La teoría del delito en la obra de Manuel de Lardizábal", en SERRANO GÓMEZ/TORÍO LÓPEZ/otros (coords.), *Estudios de Derecho penal y Criminología en homenaje al profesor José María Rodríguez Devesa*, v. II, Madrid, pp. 345-372.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María/BALDÓ LAVILLA, Francisco/CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (1997), *Casos de la jurisprudencia penal con comentarios doctrinales. Parte general*, 2ª ed., Barcelona.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María/VARELA, Lorena (2013), "Responsabilidades individuales en estructuras de empresa: la influencia de sesgos cognitivos y dinámicas de grupo", en SILVA SÁNCHEZ (dir.), MONTANER FERNÁNDEZ (coord.), *Criminalidad de empresa y Compliance*, Barcelona, pp. 265-286.
- SILVELA, Luis (1908), *El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, 2ª ed. (notablemente aumentada con todas las disposiciones legales publicadas hasta el día, y la jurisprudencia del Tribunal Supremo corregida por el autor y Eugenio Silvela), tt. I-II, Madrid.
- SILVERMAN, Emily (2008), "Subjective Aspects of the Offence in USA", en SIEBER/FORSTER/JARVERS (eds.), *National Criminal Law in a Comparative legal Context*, v. 3.1: *Defining criminal Conduct*, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, pp. 492-515, Berlin.
- SISTARE, Christine-T. (1989), *Responsibility and Criminal Liability*, Norwell.
- SIMMONS, A. John (1981), *Moral principles and political obligations*, Princeton.
- SIMON, Herbert Alexander (1955), "A behavioral model of rational choice", en *Quarterly Journal of Economics*, v. 69, pp. 99-118.
- (1986), "De la racionalidad sustantiva a la procesal", en HAHN/HOLLIS (comps.), *Filosofía y teoría económica*, Suárez (trad.), pp. 130-171, México.
- (2003), "La racionalidad limitada en Ciencias Sociales: hoy y mañana", en GONZÁLEZ (ed.), *Racionalidad, historicidad y predicción en Herbert A. Simon*, González/Bonome (trads.), pp. 97-110, A Coruña.
- (1997), *Models of bounded rationality*, v. 3, *Empirically grounded economic reason*, Massachusetts.
- (1956), "Rational choice and the structure of the environment", en *Psychological Review*, v. 63, pp. 129-138.
- (1982), "Rationality", en *Models of bounded rationality*, v. 2: *Behavioral economics and business organization*, pp. 405-407, London.

- (1983), *Reason in human affairs*, Oxford [= *Naturaleza y límites de la razón humana*, Guerrero Tapia (trad.), 1989, México].
- SIMONS, Kenneth-W. (1992), "Rethinking Mental States", en *Boston University Law Review*, v. 72, pp. 463-554.
- SINGER (R.)/LA FOND, *Criminal Law: Examples & Explanations*, 2007
- SMITH, Adam (1991), *The theory of moral sentiments*, RAPHAEL/MACFIE (eds.), reproducción, Oxford.
- SMITH, John-C. (1990), "A Note on 'Intention'", en *Criminal Law Review*, pp. 85-91.
- SOBER, Elliot (1998), "El egoísmo psicológico", en *Isegoría*, nº 18, Álvarez (trad.), pp. 47-70.
- SOLA RECHE, Esteban (1996), *La llamada "tentativa inidónea" de delito: aspectos básicos*, Granada.
- (2004), "Principio de precaución y tipicidad penal", en ROMEO CASABONA (ed.), *Principio de precaución, biotecnología y Derecho*, Granada.
- STÄCKER, Hans Christian (1991), *Mittelbare Täterschaft und actio libera in causa bei der Trunkenheit im Verkehr; § 316 StGB*, Frankfurt am Main.
- STEPHEN, *A History of the Criminal Law of England*, v. 1, 1883, p. 55
- STILZ, Anna (2010), "Why does the State matter morally? Political obligation and particularity", en BEN-PORATH/SMITH (R.M.) (eds.), *Varieties of Sovereignty and Citizenship*, pp. 244-264, Pennsylvania.
- STRATENWERTH, Günter (1957), *Das rechtstheoretische Problem der "Natur der Sache"*, Tübingen.
- (1980), *El futuro del principio jurídico-penal de culpabilidad*, Bacigalupo Zapater (trad.), Madrid.
- (1974), "Unbewußte Finalität?", en STRATENWERTH/ARMIN KAUFMANN/otros (eds.), *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März*, pp. 289-305, Berlin.
- (1985), "Zur Individualisierung des Sorgfaltsmaßstabes beim Fahrlässigkeitsdelikt", en VOGLER (ed.), *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag*, t. I, pp. 285-302, Berlin.
- STRATENWERTH, Günter/KUHLEN, Lothar (2005), *Derecho penal. Parte general: el delito*, Cancio Meliá/Sancinetti (trads. de la 5ª ed. alemana, 2004), Madrid [= *Strafrecht, Allgemeiner Teil: die Straftat*, 5ª ed., Köln, 2004].
- STREE, Walter (1962), *In dubio pro reo*, Tübingen.
- (1988), "§ 46", en SCHÖNKE/SCHRÖDER (eds.), *Strafgesetzbuch Kommentar*, 23ª ed., München.
- STRENG, Franz (1994), "Der neue Streit um die 'actio libera in causa'", *Juristen Zeitung*, nº 14, pp. 709-714.
- (1989), "Schuld ohne Freiheit? Der funktionale Schuldbegriff auf dem Prüfstand", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, nº 101, pp. 273-334.
- STRUENSEE, Eberhard (1987), "El tipo subjetivo del delito imprudente", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Cuello Contreras/Serrano González de Murillo (trads.), t. 40, pp. 423-450 [= "Der subjektive Tatbestand des fahrlässigen Delikts", *Juristenzeitung*, 1987].
- (2010), "Individueller Maßstab der Fahrlässigkeit", en JOECKS/OSTENDORF/otros (eds.), *Recht, Wirtschaft, Strafe. Festschrift für Erich Samson zum 70. Geburtstag*, pp. 199-218, München.
- (2005), "La estructura de los delitos de omisión imprudentes", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 16, 2da. Época, pp. 243-261.
- STÜBEL, Christoph-Carl (1826), "Ueber gefährliche Handlungen, als für sich bestehende Verbrechen, zur Berichtigung der Lehre von verschuldeten Verbrechen, nebst Vorschlägen zur gesetzlichen Bestimmung über die Bestrafung der Erstern", *Neues Archiv des Criminalrechts*, pp. 236-323.
- STUCKENBERG, Carl-Friedrich (2007), *Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkstrafrecht*, Berlin.
- SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos/CANCIO MELIÁ, Manuel (1996), "Estudio preliminar. La reformulación de la tipicidad a través de la teoría de la imputación objetiva", en JAKOBS (autor), *La imputación objetiva en Derecho penal*, pp. 21-88, Madrid.

- SULLIVAN, Robert-R. (2002), "Knowledge, Belief and Culpability", en SHUTE/SIMESTER (eds.), *Criminal Law Theory: Doctrines of the General Part*, pp. 207-226, Oxford.
- SVEIBY, Karl E. (1999), "The tacit and explicit nature of knowledge", en CORTADA/WOODS (eds.), *The knowledge management Yearbook 1999-2000*, pp. 18-27, Butterworth-Heinemann.
- TAYLOR, Greg (2004), "The intention debate in german criminal law", en *Ratio Juris*, v. 17, n° 3, pp. 346-380.
- THIEL, Darren (2014), "Criminal ignorance", en Electronic copy available at: <http://ssrn.com/abstract=2432073> [forthcoming chapter for "The International Handbook of Ignorance Studies", GROSS/MCGOEY (eds.)], pp. 1-16.
- THYRÉN, Johan-Carl Wilhelm (1894), *Abhandlungen aus dem Strafrechte und der Rechtsphilosophie I, Bemerkungen zu den kriminalistischen Kausalitätstheorien*, Lund.
- TIMPE, Gerhard (2014) *Beiträge zum Strafrecht*, Norderstedt.
- TODD, Peter M./GIGERENZER, Gerd (2003), "Bounding rationality to the world", en *Journal of Economic Psychology*, v. 24, n° 2, pp. 143-165.
- TOEPEL, Friedrich (1992), *Kausalität und Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim fahrlässigen Erfolgsdelikt*, Berlin.
- (Santo) TOMÁS DE AQUINO (1988), *Summa Teológica*, Buenos Aires.
- (1954), *Suma teológica*, Barbado (trad.), Madrid.
- TORÍO LÓPEZ, Ángel (1986), "Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, pp. 33-48.
- (1989), "Significación dogmática de la compensación de culpas en Derecho penal", en *Estudios penales en memoria del Profesor Agustín Fernández-Albor*, pp. 709-723, Santiago de Compostela.
- (1972), "Sobre los límites de la ejecución por imprudencia", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 25, n° 1, pp. 53-88.
- (2007), "Teoría cognitiva del dolo y concepto de temeridad (*recklessness*)", en PÉREZ ÁLVAREZ/NÚÑEZ PAZ/otros (coords.), *Universitas vitae: homenaje al Profesor Ruperto Núñez Barbero*, pp. 833-840, Salamanca.
- TRIFFTERER, Otto (1985), *Österreichisches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Wien.
- (2003), "The new international criminal Law: its general principles establishing individual criminal responsibility", en KOUFA (ed.), *The new international criminal Law*, pp. 633-727, Atenas.
- TURNER, Christian (2009), "The burden of knowledge", en *Georgia Law Review*, v. 43, n° 2, pp. 297-365.
- ULSENHEIMER, Klaus (2015), *Arztstrafrecht in der Praxis*, 5ª ed., Heidelberg.
- URBINA TORTELLA, Sebastián (2004), *La tentación de la ignorancia. Una reflexión filosófica-jurídica*, Palma.
- VEGA ENCABO, Jesús/GIL MARTÍN, Francisco Javier (2008), "Introducción. Pragmatismo, objetividad normativa y pluralismo. El debate sobre normas y valores entre H. Putnam y J. Habermas", en PUTNAM/HABERMAS, *Normas y valores*, pp. 9-46, Madrid.
- VENTURA PÜSCHEL, Arturo (1993), "Sobre el conocimiento de algunos elementos del tipo en los delitos especiales (comentario a la sentencia dictada el 20 de mayo de 1992 por el Tribunal Militar Territorial Primero de Valencia)", en *Poder Judicial* (Consejo General del Poder Judicial), 2da. época, marzo, n° 29, pp. 161-178.
- VIVES ANTÓN, Tomás-S. (1996), "Art. 5", en VIVES ANTÓN (coord.), *Comentarios al Código penal de 1995*, v. I (arts. 1 a 233), pp. 59-61, Valencia.
- VOGEL, Joachim (2008), "Dolo y error", en *Cuadernos de Política Criminal*, n° 95, Valls Prieto (trad.), pp. 5-18.
- (1993), *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Berlin.
- (2006), "Normativierung und Objektivierung des Vorsatzes?", en *Goldammer's Archiv für Strafrecht*.
- VOLK, Klaus (1973), "Anscheinsbeweis und Fahrlässigkeit im Strafprozess", *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, pp. 161 y ss.

- (1993), “*Dolus ex re*”, en HAFT/HASSEMER (eds.), *Strafgerechtigkeit, Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag*, pp. 611-624, Heidelberg.
- VOLTAIRE (2010), “Sentido común”, en AA.VV. (introducción, traducción), *Cartas filosóficas. Diccionario filosófico. Cuentos*, Madrid, pp. 391-393.
- VON BAR, Carl Ludwig, (1907), *Gesetz und Schuld im Strafrecht*, v. II: *Die Schuld nach dem Strafgesetze*, Berlin.
- VON FEUERBACH, Paul-Johann-Anselm (1800), *Betrachtungen über dolus und culpa überhaupt und den dolus indirectus insbesondere*.
- (1989), *Tratado de Derecho penal común vigente en Alemania: en apéndice al Código penal para el Reino de Baviera. Parte general*, Zaffaroni/Hagemeier (trads. de la 14ª ed. alemana, 1847), Buenos Aires.
- (1966), *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, vv. I-II, Darmstadt (original, 1799).
- VON HILDEBRAND, Dietrich (1997), *Ética*, 1ra. reimp. (1983, 1ª ed.), García Norro (trad.), Madrid.
- (2000), *¿Qué es filosofía?* Herrera (trad.), Madrid.
- VON HIPPEL, Robert (1903), *Die Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit: eine dogmatische Studie*, Leipzig.
- VON HIRSCH, Andrew/SEELMANN, Kurt/WOHLERS, Wolfgang (2012), “Introducción. ¿Qué son los ‘mediating principles’?”, en ROBLES PLANAS (ed. esp.), VON HIRSCH/SEELMANN/WOHLERS (eds. alem.), *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, Robles Planas (trad.), Barcelona, pp. 55-61.
- VON KRIES, Johannes (1888), “Über den Begriff der objectiven Möglichkeit und einige Anwendungen desselben”, en *Vierteljahrsschrift für wissenschaftliche Philosophie*, n° 12, pp. 179-240, 287-323, 393-428.
- VON LISZT, Franz (1925 aprox.), *Tratado de Derecho penal*, Quintiliano Saldaña (trad. y adiciones del Derecho penal español), t. I, 3ª ed. (18ª ed. alemana, 1911), Madrid.
- (1925 aprox.), *Tratado de Derecho penal*, Jiménez de Asúa (trad.), Quintiliano Saldaña (adiciones del Derecho penal español), tt. II-III, 3ª ed. (20ª ed. alemana, 1914), Madrid.
- VON ROHLAND, Woldemar (1886), *Die Gefahr im Strafrecht: eine Festschrift*, Dorpat.
- VON WICK, Adolf (1857), “Beiträge zur richtigen Auffassung des Wesens des Vorsatzes”, en *Archiv des Criminalrechts*, pp. 572 y ss.
- WALLACE, R. J. (1994), *Responsibility and the moral sentiments*, Massachusetts.
- WALTER, Tonio (2006), *Der Kern des Strafrechts. Die allgemeine Lehre vom Verbrechen und die Lehre vom Irrtum*, Tübingen.
- WALZER, Michael (1998), *Tratado sobre la tolerancia*, Álvarez (trad.), Barcelona.
- WARDA, Günter (1974), “Schuld und Strafe beim Handeln mit bedingtem Unrechtsbewusstsein”, en STRATENWERTH/ARMIN KAUFMANN/otros (eds.), *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März*, pp. 499-532, Berlin.
- (1976), “Vorsatz und Schuld bei ungewisser Tätervorstellung über das Vorliegen strafbarkeitsausschliessender, insbesondere rechtfertigender Tatumstände”, en WARDA (ed.), *Festschrift für Richard Lange zum 70. Geburtstag*, pp. 119-146, Berlin.
- WEBER, Max (1990), “La ‘objetividad’ cognoscitiva de la ciencia social y de la política social”, en *Ensayos sobre metodología sociológica*, pp. 39-101, Buenos Aires.
- WEIGEND, Thomas (1981), “Zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n° 93, pp. 657-700.
- WELZEL, Hans (1969), *Das deutsche Strafrecht: eine systematische Darstellung*, 11ª ed., Berlin [= *Derecho penal alemán*, Bustos Ramírez/Yáñez Pérez (trads.), 4ª ed., Santiago de Chile, 1970].
- (1986), *Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs: ein Beitrag zur Ideengeschichte des 17. und 18. Jahrhunderts*, (reimp. 1958), Berlin.
- (1979), *Introducción a la filosofía del Derecho. Derecho natural y justicia material*, González Vicén (trad.), 2ª ed., 3ª reimp., Madrid.
- (2013), *Más allá del Derecho natural y del positivismo jurídico*, Garzón Valdés (trad. y notas bibliográficas), Montevideo-Buenos Aires.

- (1939), "Studien zum System des Strafrechts", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n° 58, pp. 516 y ss.
- WHITELEY, Charles Henry (1985), "De los deberes", en FEINBERG (comp.), *Conceptos morales*, Pérez Carballo (trad.), 1ª ed., pp. 94-105, México.
- WILLIAMS, Glanville-Llewelyn (1979), *Criminal law: the general part*, 2ª ed., London.
- (1987), "Oblique intention", en *Cambridge Law Journal*, v. 46, n° 3, pp. 417-438.
- (1965), *The mental element in crime*, Jerusalem.
- WILSON, Larry-C. (1979), "The Doctrine of Wilful Blindness", en *University of New Brunswick Law Journal*, n° 28, pp. 175-194.
- WITTGENSTEIN, Ludwig (1988), *Investigaciones filosóficas*, García Suárez/Moulines (trads.), Barcelona.
- (1979), *Über Gewißheit*, ANSCOMBE/VON WRIGHT (eds.), Oxford [Sobre la certeza, ANSCOMBE/VON WRIGHT (comp.), Prades/Raga (trads.), 1988, Barcelona].
- WITTING, Petra (2007), "Teoría del bien jurídico, *harm principle* y delimitación de ámbitos de responsabilidad", en HEFENDEHL (ed. alem.), ALCÁZER GUIRAO/MARTÍN LORENZO/ORTIZ DE URBINA (eds. esp.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Ortiz de Urbina (trad.) pp. 341-347, Madrid.
- WOLFF, Ernst-Amadeus (1985), "Das neuere Verständnis von Generalprävention und seine Tauglichkeit für eine Antwort auf Kriminalität", en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n° 97, pp. 800 y ss.
- WOLTER, Jürgen (2004), "Estudio sobre la dogmática y la ordenación de las causas materiales de exclusión, del sobreseimiento del proceso, de la renuncia a la pena y de la atenuación de la misma. Estructuras de un sistema integral que abarque el delito, el proceso penal y la determinación de la pena", en WOLTER/FREUND (eds.), *El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal*, Benlloch Petir (trad.), pp. 31-89, Barcelona.
- (2012), "Imputación objetiva y personal a título de injusto. A la vez una contribución al estudio de la *aberratio ictus*", en SCHÜNEMANN (comp.), *El sistema moderno del Derecho penal. Cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50º aniversario*, 2ª ed., SILVA SÁNCHEZ (Prólogo, Introducción, traducción y notas), pp. 121-158, Buenos Aires.
- (1983), "Vorsätzliche Vollendung ohne Vollendungsvorsatz und Vollendungsschuld? Zugleich ein Beitrag zum 'Strafgrund der Vollendung'", en KERNER/GÖPPINGER/STRENG (eds.), *Kriminologie, Psychiatrie, Strafrecht: Festschrift für Heinz Lefrenz zum 70. Geburtstag*, pp. 545-571, Heidelberg.
- WROBEL, Hans (2002), "Die Explosion von Bremerhaven am 11.12.1875 und ihr Nachfall in der Dogmatik des deutschen Strafrechts: ein kleiner Beitrag zur Rechtsgeschichte Bremerhavens", en LISSAU (ed.), *Festschrift „150 Jahre Amtsgericht Bremerhaven“*, pp. 29-38²⁷⁹¹.
- YANGUAS, José María (1994), *La intención fundamental. El pensamiento de Dietrich von Hildebrand: contribución al estudio de un concepto moral clave*, Barcelona.
- ZACZYK, Rainer (1981), *Das Strafrecht in der Rechtslehre J.G. Fichtes*, Berlin.
- (1989), *Das Unrecht der versuchten Tat*, Berlin.
- ZADEH, Lotfi A. (1965), "Fuzzy sets", en *Information & Control*, v. 8, n° 3, pp. 338-353.
- ZIEGERT, Ulrich (1987), *Vorsatz, Schuld und Vorverschulden*, Berlin.
- ZIELINSKI, Diethard (2003), *Dolo e imprudencia: comentario a los §§ 15 y 16 del Código Penal alemán*, Sancinetti (trad.), Buenos Aires.
- (1973), *Handlungs und Erfolgswert im Unrechtsbegriff: untersuchungen zur Struktur von Unrechtsbegründung und Unrechtsausschluss*, Berlin.
- ZIPF, Heinz (1970), "Rechtskonformes und sozialadäquates Verhalten im Strafrecht", en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n° 82.

²⁷⁹¹ Disponible en: <http://www.amtsgericht-bremerhaven.bremen.de/sixcms/detail.php?gsid=bremen75.c.1557.de>

ZUCCALÀ, Giuseppe (2001), “Estructura del delito y punibilidad. El evento preterintencional: problemas actuales”, en ARROYO ZAPATERO/otros (coords.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: In Memoriam*, Rodríguez Arias (trad.), v. II, pp. 1399-1416, Salamanca.

ZUGALDÍA ESPINAR, José-Miguel (2007), “Algunos problemas actuales de la imputación objetiva y subjetiva”, en PÉREZ ÁLVAREZ/NÚÑEZ PAZ/otros (coords.), *Universitas vitae: homenaje al Profesor Ruperto Núñez Barbero*, pp. 865-874, Salamanca.

ATS 14/11/2002, s/nº (Puerta Luis)
 ATS 20/04/2009, nº 1002 (Berdugo Gómez de la Torre)
 ATS 03/06/2015, nº 883 (Marchena Gómez)
 SAN 15/09/2005, nº 60 (Cardona Mínguez)
 SAP Barcelona 20/11/2008, s/nº (Jiménez Jiménez)
 SAP Barcelona 26/01/2009, nº 43 (Torras Coll)
 SAP Barcelona 28/05/2009, s/nº (Navarro Morales)
 SAP Barcelona 14/01/2010, nº 58 (Benlloch Petit)
 SAP Barcelona 15/01/2015, nº 52 (Sánchez-Albornoz Bernabé)
 SAP Bilbao 02/08/2002, nº 463 (Lamazares López)
 SAP Bilbao 10/09/2014, nº 90478 (San Miguel Bergareche)
 SAP Donostia 25/03/2015, nº 71 (Maeso Ventureira)
 SAP Guadalajara 29/07/1992, nº 89 (Rodríguez Ranchal)
 SAP Madrid 16/01/2002, nº 3 (Mozo Muelas)
 SAP Madrid 07/11/2014, nº 785 (Pereda Riazza)
 SAP Madrid 14/01/2015, nº 57 (Fraile Coloma)
 SAP Madrid 05/05/2015, nº 337 (Esteban Meilán)
 SAP Palma de Mallorca 28/10/2014, nº 108 (Ramis Roselló)
 SAP Santa Cruz de Tenerife 18/03/1998, nº 335 (Fernández del Torco Alonso)
 SAP Santiago de Compostela 17/02/2015, nº 45 (Cid Carballo)
 STC 31/01/2000, nº 16 (Garrido Falla)
 STEDH 22/11/2011, Demanda nº 23002/07 (asunto Lacadena Calero c. España)
 STS 27/06/1956, nº 615 (Parera Abello)
 STS 21/11/1962, nº 1233 (Calvillo Martínez)
 STS 03/12/1979, s/nº (Vivas Marzal)
 STS 15/11/1980, s/nº (Vivas Marzal)
 STS 23/09/1982, nº 1109 (Rodríguez López)
 STS 09/12/1982, nº 1554 (Huerta y Álvarez de Lara)
 STS 11/10/1983, s/nº (Gómez de Liaño Cobaleda)
 STS 20/06/1987, s/nº (Barbero Santos)
 STS 27/10/1987, s/nº (Ruiz Vadillo)
 STS 08/02/1988, s/nº (Ruiz Vadillo)
 STS 30/01/1989, s/nº (Bacigalupo Zapater)
 STS 24/10/1989, s/nº (García Ancos)
 STS 27/03/1990, s/nº (Moyna Menguez)
 STS 20/07/1990, s/nº (Bacigalupo Zapater)
 STS 23/04/1992, s/nº (Bacigalupo Zapater)
 STS 26/01/1993, s/nº (Martín Pallín)
 STS 17/03/1994 (Conde-Pumpido Ferreiro)
 STS 25/05/1995, s/nº (De Vega Ruiz)
 STS 16/10/2000, nº 1583 (Giménez García)
 STS 04/01/2002, nº 2545 (Andrés Ibáñez)
 STS 22/05/2002, nº 946 (Giménez García)
 STS 20/01/2003, nº 2122 (Moner Muñoz)
 STS 03/02/2005, nº 140 (Monterde Ferrer)
 STS 14/09/2005, nº 1034 (Monterde Ferrer)
 STS 20/07/2006, nº 797 (Bacigalupo Zapater)
 STS 06/03/2007, nº 189 (Bacigalupo Zapater)
 STS 12/06/2007, nº 533 (Giménez García)
 STS 05/02/2008, nº 44 (Bacigalupo Zapater)
 STS 30/06/2008, nº 413 (Soriano Soriano)
 STS 27/01/2009, nº 16 (Berdugo Gómez de la Torre)
 STS 02/02/2009, nº 57 (Marchena Gómez)
 STS 02/04/2009, nº 346 (Martínez Arrieta)
 STS 11/03/2010, nº 234 (Colmenero Menéndez de Luarca)
 STS 15/02/2011, nº 68 (Martínez Arrieta)
 STS 20/10/2011, nº 1057 (Ramos Gancedo)
 STS 16/12/2011, nº 1370 (Soriano Soriano)
 STS 22/12/2011, nº 1385 (Varela Castro)
 STS 25/01/2012, nº 32 (Jorge Barreiro)
 STS 16/03/2012, nº 234 (Marchena Gómez)
 STS 06/06/2012, nº 461 (Giménez García)
 STS 06/11/2012, nº 858 (Martínez Arrieta)
 STS 04/04/2014, nº 352 (Del Moral García)
 STS 11/06/2014, nº 571 (Del Moral García)
 STS 02/07/2014, nº 539 (Berdugo Gómez de la Torre)
 STS 19/11/2014, nº 771 (Marchena Gómez)
 STS 02/12/2014, nº 839 (Martínez Arrieta)
 STS 11/02/2015, nº 54 (Berdugo Gómez de la Torre)
 STS 27/02/2015, nº 97 (Berdugo Gómez de la Torre)
 STS 12/05/2015, nº 272 (Giménez García)
 STS 02/06/2015, nº 338 (Berdugo Gómez de la Torre)
 STS 30/06/2015, nº 413 (Berdugo Gómez de la Torre)

²⁷⁹² Base de datos consultada: CENDOJ (Consejo General del Poder Judicial).