

VNIVERSITAT E VALÈNCIA

Facultat de Dret



PROGRAMA DE DOCTORADO
ESTUDIOS JURÍDICOS, CIENCIA POLÍTICA Y CRIMINOLOGÍA

**EL ELEMENTO VOLITIVO DEL DOLO:
UNA INVESTIGACIÓN DE DERECHO PENAL COMPARADO Y
FILOSOFÍA DEL LENGUAJE**

Tesis Doctoral

presentada por:
Nicolás Oxman Vilches

dirigida por:
Prof. Dr. D. José Luis González Cussac

Valencia, 2016

A Carolina, otra vez

«Hay muchas cosas con las que no estoy totalmente de acuerdo contigo, tanto cuando me criticas como cuando tratas sencillamente de dilucidar mi punto de vista. Pero esto no importa. El futuro nos juzgará, o quizá no; y, si permanece en silencio, esto también será un juicio». Wittgenstein, Ludwig, *Letters to Russell, Keynes and Moore*. G.H. von Wright (ed.), Basil Blackwell, Oxford, 1974, p. 80.

ÍNDICE

Abreviaturas	13
INTRODUCCIÓN	23

PRIMERA PARTE:

¿QUEDA ALGO DEL ELEMENTO VOLITIVO EN EL DOLO?

PRIMERA EXPLICACIÓN PRELIMINAR	43
--------------------------------------	----

CAPÍTULO I

¿QUÉ QUEDA DEL DOLO COMO VOLUNTAD EN LOS SISTEMAS ANALÍTICOS DE DERECHO PENAL?

A. Estados Unidos	49
I. Aspectos generales.....	49
II. La superación del modelo del Common Law.....	52
III. Dolo específico y dolo genérico	60
IV. Método de análisis normativo del MPC.....	64
V. Los niveles de imputación subjetiva del MPC.....	73
1. Propósito (Purposely).....	73
2. Conocimiento (Knowingly)	75
3. Desconsideración o Indiferencia (Recklessly).....	77
4. Negligencia (Negligently)	78
B. Inglaterra	83
I. Aspectos generales.....	83
I. Los niveles de imputación subjetiva en el Derecho penal Inglés.....	88
1. La herencia del <i>Common Law</i>	88
II. Niveles de compromiso con la acción (enunciación).....	93
1. La intención (en sentido amplio)	93
2. La desconsideración o indiferencia (<i>recklessness</i>).....	96
3. Negligencia	98
III. El dolo y sus categorías en los proyectos de Código Penal.....	101
1. El Proyecto de Código Penal de 1985.....	103
2. El Proyecto de Código Penal para Inglaterra y Gales de 1989.....	107
3. Proyecto de delitos contra las personas de 1993.....	112

CAPITULO II

¿QUÉ QUEDA DEL DOLO COMO VOLUNTAD EN LOS SISTEMAS DOGMÁTICOS DE DERECHO PENAL?

C. Alemania	117
I. El problema de la indefinición.....	117
II. La propuesta del AE-1969.....	122

III.	La regulación del dolo en el AE-1969.....	125
IV.	¿Qué ideas del consenso generado en el AE-1969 subsisten?.....	126
1.	Primera: la estructura conceptual del dolo	126
2.	Segunda: el elemento volitivo del dolo (dirección de la voluntad)	128
a)	Intención o propósito (Absich/dolus directus I).....	129
aa)	<i>Intención y motivos</i>	130
bb)	<i>Caso del Döner Kebab</i>	130
cc)	<i>Intención como nivel exclusivo de imputación</i>	131
dd)	<i>Caso de los culatazos a los testigos del robo</i>	131
b)	Dolo directo (directkte Vorsatz/dolus directus II)	132
aa)	Caso de la tarjeta de viaje (Fahrkarten).....	135
3.	Tercera: El concepto de dolo eventual (Eventualvorsatz) o condicionado (begingter Vorsatz).....	136
V.	El dolo eventual y las teorías del consentimiento	138
1.	El método original de la teoría del consentimiento: la fórmula de von Frank	138
a)	La aceptación o aprobación, el consentimiento y la evitación del resultado	140
b)	El dolo como indiferencia	144
aa)	El caso de la correa de cuero	145
c)	La decisión a favor del riesgo	147
d)	La teoría de la actitud o de la «decisión contra el bien jurídico»	148
VI.	¿El dolo como conocimiento?.....	152
1.	La teoría de la posibilidad (Möglichkeitstheorie).....	155
2.	La teoría de la probabilidad (Wahrscheinlichkeitstheorie).....	156
D.	Italia	159
I.	El fundamento de la definición legal de dolo.....	159
II.	El concepto psicológico de dolo	162
III.	El problema del dolo eventual: una cuestión de voluntad.....	164
E.	España	165
I.	¿El error como condicionante del contenido del dolo?.....	165
II.	La redirección jurisprudencial a partir de la regulación del error	175
1.	El caso del asesinato de José María Bultó (1986).....	175
2.	El caso del aceite de colza (1992).....	178
III.	El modelo de imputación subjetiva en el CP de 1995.....	182
1.	Las normas o principios generales del sistema	182
2.	Estado del debate sobre el dolo: resumen preliminar.....	185
IV.	Las categorías del dolo en España	187
1.	Dolo directo	187
2.	Dolo indirecto.....	189
3.	Dolo eventual.....	193
V.	El dolo eventual y las modernas teorías del consentimiento.....	195
1.	Teoría del consentimiento o aprobación	195
2.	La teoría ecléctica o mixta de la naturaleza del dolo eventual	201
3.	Recepción de la teoría de la decisión contra el bien jurídico	202
4.	La desconsideración	204
5.	Tesis de la «decisión» consciente contra las normas	207
VI.	Teorías del conocimiento.....	210
1.	La teoría pura del conocimiento	211
2.	Teoría de la negación consciente de normas penales	214
VII.	¿Un regreso al dolus malus?.....	219

1.	La tesis del dolo completo u objetivamente malo.....	222
a)	Excursus: el conocimiento de los elementos normativos.....	223
2.	¿Adopta el TS la tesis del conocimiento?	226

SEGUNDA PARTE

LOS LÍMITES DE LA IMPUTACIÓN SUBJETIVA EN EL DERECHO PENAL COMPARADO ¿OBJETIVACIÓN?

SEGUNDA EXPLICACIÓN PRELIMINAR	231
--------------------------------------	-----

CAPÍTULO III

LOS LÍMITES MÍNIMOS DE LA IMPUTACIÓN SUBJETIVA EN LOS SISTEMAS ANALÍTICOS DE DERECHO PENAL

F.	El concepto de recklessness en Estados Unidos e Inglaterra.....	237
I.	Recklessness en Estados Unidos.....	241
1.	Concepto.....	241
2.	¿Es la recklessness el límite mínimo?	243
3.	¿Riesgo injustificado e irracional?	244
a)	<i>Hranicky v. State</i>	245
b)	<i>People v. Hall</i>	246
II.	Recklessness en Inglaterra	247
1.	Las tres reglas de recklessness	250
a)	Cunningham recklessness	250
b)	Caldwell recklessness.....	251
c)	R v. G (2003).....	253
2.	La frontera de la recklessness con la imprudencia	253
G.	Los límites del conocimiento (knowledge) en Inglaterra ¿dolo eventual?.....	261
I.	El denominado dolo de oblicuidad (« <i>oblique intent</i> o <i>indirect intentions</i> »)	266
1.	<i>DPP v. Smith (1961)</i>	267
2.	<i>Hyam v. DPP (1975)</i>	270
3.	<i>R. v. Moloney (1985)</i>	272
4.	<i>R. v. Hancock y Shankland (1986)</i>	274
5.	<i>R. v. Nedrick (1986)</i>	276
6.	<i>R. v. Woollin (1998)</i>	278
7.	<i>R. v. Matthews Darren John y Alleyne (2003)</i>	280
H.	Los límites de la ignorancia deliberada (<i>willful blindness</i>).....	282
I.	La discusión en el contexto angloamericano	282
1.	<i>Rice v. State</i>	285
2.	<i>United States v. Jewell</i>	287
I.	¿Renunciar a la prueba del dolo?.....	289
1.	Dolo y error sobre los hechos (<i>mistake of facts</i>)	289
2.	El error en el Common Law (dolo genérico y específico)	289
3.	Dolo de transferencia (« <i>transferred intent</i> »): error en la persona	297
4.	¿ <i>Strict liability</i> ?	300
II.	Entonces: ¿Cuál es la forma básica de imputación subjetiva?.....	306

TERCERA PARTE

LA FUNCIÓN ANALÍTICA DEL DOLO EN RELACIÓN CON LAS NORMAS DE CONDUCTA

TERCERA EXPLICACIÓN PRELIMINAR	311
--------------------------------------	-----

CAPÍTULO IV

EL DOLO COMO ADSCRIPCIÓN DE ACCIONES INTENCIONALES

J. La pragmática del dolo: ¿metaconceptos o reglas prácticas?	321
I. ¿Un metaconcepto de dolo?	321
II. Reglas de conducta y el lenguaje intencional	329
a) Casos fáciles y casos difíciles	331
III. El lenguaje del dolo: sobre las reglas prácticas de adscripción o imputación de intencionalidad	335
1. Adscripción o imputación en sentido institucional	340
a) ¿Es la concepción significativa una tesis adscriptiva?	347
b) La adscripción de acciones intenciones a través del significado	355
2. El dolo como adscripción institucional de acciones con significado intencional	366
3. La adscripción de acciones que suponen intencionalidad en cuanto previsibilidad de las consecuencias	370
a) El dolo como previsión de las consecuencias	370
b) Indiferencia frente a riesgos evidentes ¿un caso de ceguera ante los hechos?	377
c) La indiferencia frente a riesgos evidentes: ¿Un caso de dolo indirecto?	379
d) ¿El dolo eventual como indiferencia?	382
e) ¿Ignorar es intencional?	384
f) ¿Exclusión del error?	387
IV. La distinción entre reglas de conducta y reglas de decisión como bases teóricas para la reconstrucción de una teoría comparativa	391
1. Las reglas de conducta y las normas jurídicas penales	391
a) Reglas de conducta (criminalización: ex ante) y de decisión (censura: ex post)	395
b) Ámbitos concretos de las reglas de conducta y las reglas de decisión	399
c) A modo de cierre	404
CONCLUSIONES	407
BIBLIOGRAFÍA	415

Abreviaturas

§	Parágrafo
A 2d.	Atlantic Reporter, (USA) Second Series
AAVV	Autores varios
AC	Appeal Cases (UK; published Council appeals from Australia and New Zealand)
ADPCP	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales
AE- 1969	Baumann, Jürgen/Brauneck, Anne-Eva/Hanack, Ernst-Walter/Kaufmann, Arthur/Klug, Ulrich/Lampe, Ernst-Joachim, <i>et al. Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Allgemeiner Teil</i> , 2. verbesserte Auflage, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1969
Allen, <i>CrimL</i> ¹² ,	Allen, Michael, <i>Criminal Law</i> , 12 ^a ed. Oxford University Press, London, 2013.
Anteproyecto (1972)	<i>Exposición y estudio para el anteproyecto de bases del Libro I del Código penal</i> , ADPCP, 3 (1972).
art.	Artículo
Ashworth/Horder, <i>PCrimL</i> ¹⁷	Ashworth, Andrew/Horder, Jeremy, <i>Principles of Criminal Law</i> , 17 ^a ed., Oxford University Press, Oxford-New York, 2013.
<i>AT</i>	<i>Allgemeiner Teil</i> (Parte general).
Baumman/Weber/Mitsch, <i>AT</i> ¹¹	Baumman,Jürgen/Weber, Ulrich/Mitsch, Wolfgang, <i>Strafrecht Allgemeiner Teil</i> . Lehrbuch, 11 Auflage, Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 2003.
BGHSt	Bundesgerichtshofs in Strafsachen (Corte Suprema Federal alemana de Justicia, repote oficial de casos penales)
Bustos/Hormazábal, <i>LDPPG</i> ²	Bustos Ramírez, Juan/Hormazábal, Hernán, <i>Lecciones de Derecho Penal. Parte General</i> , 2 ^a ed., Ed. Trotta, Madrid, 2006.

Card/Cross/Jones, <i>CrimL</i> ²	Card, Richard/Cross, Rupert/Jones, Philip, <i>Criminal Law</i> , 20 ^a ed., Oxford University Press, Oxford, 2012.
CCR	Crown Cases Reserved
Cerezo Mir, <i>Curso DPPG</i> ⁶ , t. II	Cerezo Mir, José, <i>Curso de Derecho Penal español</i> , t. II, 6 ^a ed., Tecnos, Madrid, 2005.
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
Cir.	Circuit Court of Appeals
Clarkson/Keating/Cunningham, <i>CrimL</i> ¹⁷	Clarkson, CMV/Keating, HM/Cunningham, SR, <i>Criminal Law</i> , 17 ^a ed., Sweet &Maxwell, Thomson Reuters, London, 2010.
Cobo/Vives, <i>DPPG</i> ⁵	Cobo del Rosal, Manuel/Vives Antón, Tomás, <i>Derecho Penal. Parte General</i> , 5 ^a ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
<i>ComCPe</i> ⁶ , t. I	Quintero Olivares, G. (dir.), <i>Comentarios al Código Penal Español</i> , t. I. (arts. 1 a 233), 6 ^a ed., Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2011.
Cook/Malone/Marcus, <i>CrimL</i> ⁶	Cook, Joseph/Malone, Linda/Marcus, Paul, <i>Criminal Law</i> , 6a ed., Lexis Nexis, San Francisco, 2008.
Coord. /Coords.	Cordinador/Cordinadores
CP	Código Penal
CPC	Cuadernos de Política Criminal
CPI	Corte Penal Internacional
Cr App R	Criminal Appeal Reports
Crim LR	Criminal Law Review
DCCB 1985	Draft Criminal Code Bill 1985
Díaz Pita, <i>dolo eventual</i>	Díaz Pita, M ^a del M., <i>El dolo eventual</i> , Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.
dir.	Director
DPP	Director of Public Prosecutions
Dressler, <i>UCrimL</i> ⁶	Dressler, Joshua, <i>Understanding Criminal Law</i> , 6 ^a ed., Lexis Nexis, San Francisco, 2012.
ed.	edición

eds.	Editores
EEUU	Estados Unidos
<i>et al.</i>	Otros autores
EWCA Crim	Court of Appeal Criminal Division
F 2d.	Federal Reporter, Second Series
Freund, <i>AT</i> ²	Freund, Georg, <i>Strafrecht Allgemeiner Teil: personale Straftatlehre</i> , 2. Auflage, Springer, 2009.
Gropp, <i>AT</i> ⁴	Gropp, Walter, <i>Strafrecht Allgemeiner Teil</i> , 4. Auflage, Springer, Berlin, 2015.
Hall, <i>CrimLPro</i> ⁵	Hall, Daniel, <i>Criminal Law and Procedure</i> , 5 ^a ed., Delmar Cengage Learning, New York, 2008
Hall, J. <i>GPCrimL</i> ²	Hall, Jerome, <i>General Principles of Criminal Law</i> , 2 ^a . ed. The Bobbs-Merril Company Inc, Indianapolis-New York, 1960.
Herring, <i>CrimL</i> ⁶	Herring, Jonathan <i>Criminal Law. Text, Cases, and Materials</i> , 6a. ed. Oxford University Press, Oxford, 2014.
Herring, <i>CrimLB</i>	Herring, Jonathan, <i>Criminal Law: The Basics</i> , Routledge, London, 2010.
Hirschka, <i>AT</i> ²	Hruschka, Joachim, <i>Strafrecht nach logisch-analytischer Methode. Systematisch entwickelte Fälle mit Lösungen zum Allgemeinen Teil. 2.</i> , überarbeitete und ergänzte Auflage, Walter de Gruyter, Berlin, 1998.
<i>Infra</i>	<i>abajo</i>
J Comp Legis & Int'l L	<i>Journal of Comparative Legislation and International Law</i>
Jakobs, <i>DPPG</i>	Jakobs, Günther, <i>Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación</i> , Cuello Contreras J. y Serrano González de Murillo, J. L. (trad.), 2 ^a ed. Marcial Pons, Madrid, 1997.
Jefferson, <i>CrimL</i> ¹¹	Jefferson, Michael, <i>Criminal Law</i> , 11 ^a ed. Pearson, London, 2013.
<i>Jus</i>	<i>Juristische Schulung, Zeitschrift für Studium und Ausbildung.</i>

- Kindhäuser, *AT*⁷ Kindhäuser, Urs, *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 7. Auflage, Nomos, Baden-Baden, 2015.
- Krey, *AT/II* Krey, Volker, *Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil. Tatbestand des vorsätzlichen Begehungsdelikts (Dreistufiger Deliktsaufbau, Handlung, Kausalität, objektive Zurechenbarkeit, Vorsatz)*. Teil II, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart, 2003.
- LaFave, *MCrimL*⁵ LaFave, Wayne, *Modern Criminal Law: cases, comments and questions*, 5^a ed. Thomson/West, St. Paul–Minnesota, 2011.
- Laurenzo, *dolo* Laurenzo Copello, Patricia, *Dolo y conocimiento*, Tirant lo Blanch, 1999.
- Law Com *Law Commission United Kingdom*
- Law Commission N° 177 (1989) *Criminal Law. A Criminal Code for England and Wales Report and Draft Criminal Code Bill*, v. 1 London.
- Law Reform Commission N° 87 (2008) Report Homicide: Murder and Involuntary Manslaughter, London.
- LCCOAP 1993 *Legislating the Criminal Code. Offenses against the Person and General Principles*
- LH Bacigalupo t. I y II* *Dogmática y Ley Penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*, Marcial Pons, Madrid, 2004.
- LH Díaz Pita* *Problemas actuales del Derecho Penal y de la Criminología. LH a María del Mar Díaz Pita*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- LH Gimbernat, t. I y II* *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, t. I y II, García Valdés, Cuerda Riezu, Martínez Escamilla, et al (coords.), Editorial Edisofer Madrid, 2008.
- LH Jiménez de Asúa* *Libro Homenaje a Jiménez de Asúa*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1986.
- LH Oneca* *Estudios Penales: Libro Homenaje a Antón Oneca*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1982.

<i>LH Rodríguez Mourullo</i>	<i>Libro Homenaje a Gonzalo Rodríguez Mourullo</i> , Civitas, Madrid, 2005.
<i>LH Ruíz Antón</i>	Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón, Octavio de Toledo y Ubieto, Gurdíel Sierra, Cortés Bechiarelli, (coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
<i>LH Vives Antón, t. I y II</i>	<i>Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal (Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)</i> , Tomo I y II, Carbonel Mateu/González Cussac/Orts Berenguer (dirs.), Cuerda Arnau (coord.) Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
<i>LH</i>	Libro Homenaje
<i>LL</i>	<i>La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía</i>
<i>LR</i>	Law Reports
Martínez-Buján, <i>DPEPG</i> ⁴	Martínez-Buján, Carlos, <i>Derecho Penal económico y de la empresa. Parte General</i> , Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
Md. Ct. Pec. App.	Court of Special Appeals of Maryland Cases
<i>Memento-PG</i> ²	<i>Memento Penal. Parte General</i> . Molina Fernández, (coord.), 2ª ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2016.
Mir Puig, <i>DPPG</i> ¹⁰	Mir Puig, Santiago, <i>Derecho Penal. Parte general</i> , 9ª ed. Reppertor, Barcelona, 2015.
<i>MK-StGB</i> ²	Ambos, Kai/Dutte, Gunnar/Erb, Volker/Freund, Georg/ Joecks, Wolfgang, <i>et al.</i> , <i>Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch</i> , Band 1, §§ 1-37 StGB. 2. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2011.
MPC (1962)	<i>Model Penal Code Official Draft and Explanatory Notes</i> . Part I, General Provisions §§ 1.01 to 2.13, The American Law Institute at Washington, D.C. Philadelphia, 1962, Edited by Library of Congress, Washington, 1985.

Muñoz Conde/García Arán, <i>DPPG</i> ⁹	Muñoz Conde, Francisco/García Arán, Mercedes, <i>Derecho Penal Parte General</i> , 9ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
N.E. 2d.	North Eastern Reporter Second Series
N.Y.S. 2d.	New York Supplement Second Series
Nathan (1989)	Report of the Select Committee on Murder and Life Imprisonment: House of Lords Paper, London.
NJW	Neue Juristische Wochenschrif
nm.	Número marginal (Rn: <i>randnummer</i>)
NStZ-RR	Neue Zeitschrift für Strafrecht - Rechtsprechungs-Report.
Oneca, <i>DP</i> ²	Oneca, José Antón, <i>Derecho Penal</i> . 2ª ed. Akal, Madrid, 1986.
<i>Oo.</i>	Otra opinión (en sentido contrario).
Orts/González Cussac, <i>CDPPG</i> ⁵	Orts Berenguer, Enrique/González Cussac, José Luis, Compendio de Derecho Penal. Parte General, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
Otto, <i>GK</i> ⁷	Otto, Harro, <i>Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre, 7 Auflage, De Gruyter Recht, Berlin, 2004.</i>
p.	Página
P.2d	Pacific Reporter Second
Pollock, <i>CrimL</i> ¹⁰	Pollock, Joycelyn, <i>Criminal Law</i> , 10ª ed., Elsevier, Waltham, 2013.
pp.	Páginas
<i>Punishment-R.EPL</i> ²	Hart: Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law, 2ª ed. Oxford University Press, Oxford, 2008.
Puppe, <i>AT</i> ²	Puppe, Ingeborg, <i>Strafrecht Allgemeiner Teil: im Spiegel der Rechtsprechung</i> . 2. Auflage, Nomos, Baden-Baden, 2011.
Q.B.D.	Law Reports, Queen's Bench Division
QB	Law Reports, Queen's Bench
Quintero, <i>PGDP</i> ⁴	Quintero Olivares, Gonzalo, <i>Parte General del Derecho Penal</i> . Aranzadi, Navarra, 2010.

R.	Regina (latín)/Reino
Ragués i Vallès, <i>dolo</i>	Ragués i Vallès, Ramon, <i>El dolo y su prueba en el proceso penal</i> , Bosch, Barcelona, 1999.
RECPC	<i>Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología</i>
RFDUCM	<i>Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid</i>
Robinson/Cahill, <i>CrimL</i> ²	Robinson, Paul H/Cahill, Michael T. <i>Criminal Law</i> , 2ª ed., Wolters Kluwer, New York, 2012.
Roxin, <i>DPPG</i> , t. I	Roxin, Claus, <i>Derecho Penal. Parte General</i> , t. I. Diego Luzón Peña; Miguel García Conlledo, et al. (trads.), Civitas, Madrid, 2003.
RP	Revista Penal
S/S- Sternberg-Lieben, <i>StGB-K</i> ²⁷	Sternberg-Lieben, Detlev, §15-18, Shönke/Schröder. <i>Strafgesetzbuch-Kommentar</i> , 27. Auflage. Verlag, C. H. Beck, München, 2010.
Samaha, <i>CrimL</i> ¹⁰	Samaha, Joel, <i>Criminal Law</i> , 10ª ed. Cengage Learning, Wadsworth, 2011.
Scheb/Scheb, <i>CrimL</i> ⁶	Scheb, John M./Scheb II, John, M. <i>Criminal Law</i> , 6ª ed., Cengage Learning, Wadsworth, 2012.
Simester/Spencer/Sullivan/Virgo, <i>CrimLTD</i> ⁵	Simester/Spencer/Sullivan/Virgo, <i>Simester and Sullivan's Criminal Law: Theory and Doctrine</i> , 5ª ed., Hart Publishing, Oxford, 2013.
Singer/La Fond, <i>CrimL</i> ⁶	Singer, Richard/La Fond, John, <i>Criminal Law</i> , 6ª ed., Wolter Kluwer, Austin–Boston, 2013.
ss.	siguientes
StGB	Strafgesetzbuch
StGB (1871)	The German Penal Code, translated by Muller and Burgenthal, with an introduction of Schöder, Sweet & Maxwell Limited, London, 1961.
Stratenwerth, <i>DPPG I</i>	Stratenwerth, Günter, <i>Derecho Penal. Parte General I. El hecho punible</i> , Sancinetti y Cancio (trad.), Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2000.
STS	Sentencia Tribunal Supremo
Supra	arriba
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos

The Law Commission N° 143 (1985)	Criminal Law: Codification of the Criminal Law. A Report to the Law Commission. Laid before Parliament by Lord High Chancellor present to section 3(2) of the Law Commission Act 1965. London.
The Law Commission N° 218 (1993)	Criminal Law. Legislating the Criminal Code. Offenses against the Person and General Principles. London.
The Law Commission N° 237 (1996)	Legislating the Criminal Code. Involuntary Manslaughter. Item 11 of the Sixth Program of Law Reform: Criminal Law. London.
Trad.	Traductor
U.S.	Reports of Cases in the Supreme Court of United States
UK	United Kingdom/Reino Unido
UKHL	United Kingdom House of Lords
USC	United State Code
V. /v.	Volumen
<i>Vid.</i>	Véase.
Vives Antón, <i>FSP</i> ²	Vives Antón, Tomás Salvador, <i>Fundamentos del sistema penal. Acción significativa y Derechos constitucionales</i> , 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
W. L. R.	Weekly Law Reports
W.L.	Westlaw
W-Beulke/Satzger, <i>AT</i> ⁴⁴	Wessels, Johannes; Beulke, Werner; Satzger, Helmut, <i>Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Straftat un ihr Aufbau</i> , 44. Auflage, C. F. Müller, Heidelberg, München, 2013.
Welzel, <i>DPA</i>	Welzel, Hans, <i>Derecho Penal alemán</i> , 4ª ed., traducción de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Jurídica de Chile, Santiago, 2011.
<i>ZStW</i>	Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft

Zugaldía, *FDPPG*⁴

Zugaldía Espinar, José Miguel/Moreno Torres,
María Rosa/Pérez Alonso, Esteban, et al.,
Fundamentos de Derecho Penal. Parte General, 4^a
ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010.

INTRODUCCIÓN

En un Derecho penal coherentemente fundamentado el contenido y función del dolo depende de una concreta concepción de las normas penales en relación con una, todavía más específica, teoría de la acción¹.

¹ Al respecto, Kaufmann, Armin, *Teoría de las normas. Fundamentos de la Dogmática penal moderna*, trad. Bacigalupo y Garzón, Depalma, Buenos Aires, 1977, pp. 30-38 y 40-45. De hecho, el antiguo debate entre causalismo y finalismo puede verse como una tensión entre la teoría de los imperativos y la teoría de la motivación. Al respecto, con referencias, Bacigalupo, Enrique, «la función del concepto de norma en la dogmática penal», *LH Jiménez de Asúa*, RFDUCM, número especial, (1986), 61-74. Jaén Vallejo, Manuel, «Normas Jurídicas del Derecho Penal», *Cuestiones Básicas del Derecho penal*, Depalma, Buenos Aires, 1998, pp. 49 y ss. Para una valoración general, Álvarez García, Francisco, *Sobre la estructura de la norma penal: la polémica entre valorativismo e imperativismo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 63 y ss. Silva Sánchez, Jesús María, *Normas y acciones en Derecho penal*, Hammurabi, Depalma, 2003, pp. 26-36, 43 y ss. Para la cuestión sobre el injusto, Mir Puig, Santiago, «Norma de determinación, valoración de la norma y tipo penal», *LH Gimbernat, t. II*, pp. 1313, y ss. Fernández, Gonzalo, *Teoría de las normas en el Derecho Penal*, Fundación Cultura Universitaria, Montevideo, 2010, pp. 81 y ss. Mañalich, Juan Pablo, *Norma, Causalidad y Acción. Una teoría de las normas para la dogmática de los delitos de resultado puros*. Marcial Pons, Madrid, 2014, pp. 15, 17-36. En la doctrina alemana además de Kaufmann es esencial: Hoyer, Andreas, *Strafrechtsdogmatik nach Armin Kaufmann. Lebendiges und Totes in Armin kaufmanns Normentheorie*, Dunker & Humbolt, Berlin, 1997, p. 17-19, 21-23, 32-39, 88 y ss. Phillips, Lothar, *Der handlungsspielraum. Untersuchungen über das Verhältnis von Norm und handlung im Strafrechts*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1974, pp. 15 y ss. Para los delitos de peligro, Kindhäuser, Urs, *Teoría de las normas y sistemática del delito*, Ara Editores, Lima, 2008, pp. 13 y 41 y ss. En relación con las normas y la teoría de la imputación en la omisión, Ast, Stephan, *Normentheorie und Strafrechtsdogmatik. Eine Systematisierung von Normarten und deren Nutzen für Fragen der Erfolgszurechnung, insbesondere die Abgrenzung des Begehungs-vom Unterlassungsdelikt*, Dunker & Humbolt, Berlin, 2010, pp. 48 y ss. Sobre la perspectiva que aquí se asume, Hruschka, Joachim, «reglas de comportamiento y reglas de imputación», *ADPCP*, 3 (1994), pp. 356 y ss. Tännsjö, Torbjörn, *From Reasons to Norms. On the Basics Question in Ethics*, Springer, Heidelberg, 2010, pp. 125 y ss. En relación con la filosofía analítica del lenguaje es

El dolo juega así entendido el papel de eje central para comprender la conexión existente entre el aspecto interno o mental y el quebrantamiento de normas de conducta, con miras a la habilitación de las reglas que rigen el sistema de adjudicación de responsabilidad penal².

Si algún mérito ha de reconocérsele en la actualidad a la teoría de los imperativos es que permite, precisamente, una opción metodológica determinada dentro de la teoría del delito al vincular de un modo particularmente intenso la relación entre conductas y normas³. Sin embargo, ello no supone de modo alguno aceptar aquí la teoría en sus versiones originales u ortodoxas, en el sentido de normas o prohibiciones de actuar que dirigen la voluntad del individuo para conminarlo a obrar conforme a Derecho; ni de una redirección de la libertad de dudoso contenido democrático, ni tampoco, en la forma de una coacción psicológica puramente intimidatoria basada en la amenaza del castigo⁴; a

esencial la aportación de Millar, Alan, *Undertanding People. Normativity and Rationalizing Explanation*, Oxford University Press, Oxford, 2004, pp. 72 y ss.

² Esto es claro, por ejemplo, en Duff, «Intention Legal and Philosophical», *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 9; 1 (1989), pp. 76 y ss. Para la relación entre voluntariedad, acción y norma, es esencial, Lachmayer, Fridrich, *Grundzüge einer Normentheorie. Zur Struktur der Normen dargestellt am Beispiel des Rechtes*, Dunker & Humbolt, Berlin, 1977, pp. 52 y ss. Desde el punto de vista de la filosofía del Derecho, González Lagier, Daniel, *Acción y norma en G. H. von Wright*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, pp. 145-186 y 223-242. Y, por cierto, von Wright, Georg, *Norma y acción. Una investigación lógica*, García Ferrero (trad.) Editorial Tecnos, Madrid, 1970, pp. 29, 53-61. von Wright, Georg, «¿Hay una lógica de las normas?», *Doxa*, 26 (2003), pp. 31-52. von Wright, Georg, «Valor, norma y acción en mis escritos filosóficos. Un epílogo cartesiano», *Doxa*, 26 (2003), pp. 53-78. von Wright, Georg, *The Varieties of Goodness*, Routledge & Kegan, London, 1972, pp. 121 y ss. von Wright, Georg, *Explicación y Comprensión*, Alianza, Madrid, 1987, pp. 107 y ss.

³ Para los problemas básicos ligados a la distinción entre validez y eficacia, además, de la relación entre el concepto y práctica, puede verse: Christie, George, *Law, Norms and Authority*, Duckworth, London, 1982, pp. 11-19.

⁴ Con referencias, Borja Jiménez, Emiliano, «algunas reflexiones sobre el objeto, el sistema y la función ideológica del Derecho penal», *ADPCP*, 51 (1998), pp. 206 y ss.

saber: «órdenes generales respaldadas por amenazas por parte de quien es obedecido», conforme a la descripción que de la teoría realizara Hart⁵.

Por el contrario, en realidad se trata en la actualidad de una teoría que, con fines de lógica del sistema de normas, mantiene la idea «prescriptivista» y, por ende, acoge la esencia clasificatoria de la teoría imperativa (prohibiciones, mandatos y permisos), con el objetivo de tener en cuenta que son prescripciones no sujetas a verificación: solo son normas y como tales son siempre verdaderas (explican una relación lógica entre la acción y la norma)⁶ con total independencia sobre el debate si son injustas, o bien, no son válidas⁷.

El neokantismo pretendió introducir en el Derecho penal el debate sobre la justicia y legitimidad de las normas penales⁸, teniendo por fundamentos los principios morales con pretensión de validez absoluta o la razón práctica del hombre⁹. El problema de esta concepción es que olvida que la fundamentación moral de la norma no es independiente –

⁵ Aunque no se puede decir que sea un imperativista, pero dado que utiliza el ejemplo del Derecho penal como una forma de imperativos, se ha incurrido de un modo generalizado en el error de entender que asumía este punto de vista. Hart, H. A. L., *The concept of Law*, 2ª ed., Oxford University Press, New York, 1994, p. 24.

⁶ Ross, Alf, *Directives and Norms*, Routledge & Kegan Paul, London, 1968, p. 1-7.

⁷ von Wright, *Norma y acción*, p. 26 y 87. Sobre la ley como hecho institucional para la fundamentación de un método científico-legal, Weinberger, Ota «Beyond positivism and natural law», *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*, Weinberger/MacCromick, Reidel Publishing Company, Dordrecht, 1992, pp. 113 y ss. Sobre la norma como hecho institucional, Weinberger, Ota «The norm as Thought and as Reality», *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*, Weinberger/MacCromick, Reidel Publishing Company, Dordrecht, 1992, pp. 33 y ss.

⁸ Reflejado en la clásica obra de Mayer, Marx Ernst, *Normas jurídicas y normas de cultura*, Guzmán Dálbora (trad.), Hamurabi, Buenos Aires, 2000, pp. 53 y ss. Acerca de la influencia del pensamiento de Kant en el Derecho penal para la configuración de un sistema y el abandono de la metafísica. Pawlik, Michael, «Teoría de la Ciencia del Derecho penal», *CPC*, 106 (2012), pp. 13 y ss. En el Derecho anglosajón el denominado neomoralismo decanta en una teoría neo-retribucionista de la pena, en Moore, Michael, *Placing Blame. A general Theory of the Criminal Law*, Calderon Press, Oxford, 1997, pp. 104-153.

⁹ Críticos de este punto de vista, Ross, *Directives*, p. 3. También, MacCormick, *Practical Reason in Law and Morality*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 27 y ss.

siguiendo a Putnam— de la aplicación y entendimiento práctico de la norma misma, es decir, de su dimensión pragmática¹⁰.

Esto implica que no sería posible predicar la existencia de normas universales ni valores de apreciación cognitivamente invariables entre individuos, sino que las normas tendrían un valor relativo circunscrito a la comprensión de reglas del lenguaje, en un entorno social y con una comprensión individual¹¹. Por ello, la norma es un directivo de conducta, un fenómeno lingüístico (semántico, gramatical o pragmático), su aplicación incluye no solo la realización de la regla, sino que también su contravención; es un acontecimiento o evento individual de relevancia social e interpretable¹².

Tal como puede apreciarse, este trabajo asume una perspectiva de análisis dogmático desde la teoría analítica del lenguaje, punto de vista, que en el Derecho penal continental cuenta con un incipiente desarrollo¹³.

¹⁰ Putnam, Hilary, «Fact and Value». *Reason, Truth and History*, Cambridge University Press, Cambridge, 1981, pp. 128 y ss. Esta idea constituye una premisa de la teoría de las normas basada en el lenguaje. Así, se afirma, que no pueden formularse preposiciones con pretensión de valor absoluto (no hay tal cosa como lo bueno o lo malo: la denominada falacia naturalista), y esto es válido para todo tipo de normas incluidas, por cierto, aquellas que tienen pretensión de aplicación universal. De ahí que «a pesar de que se pueda mostrar que todos los juicios de valor relativos son meros enunciados de hechos, ningún enunciado de hecho puede nunca ser ni implicar un juicio de valor absoluto», Wittgenstein, Ludwig, *Conferencia sobre la ética, con dos comentarios sobre la teoría del valor*, introducción de Cruz y trad. de Birulés, Paidós, Barcelona, 1989, p. 36. Acerca de la falacia naturalista puede verse, ampliamente, en la línea argumental propuesta, Searle, *Speech Acts: An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge University Press, London, 1976, pp. 132 y ss.

¹¹ Ross, *Directives*, pp. 34 y ss

¹² Ross, *Directives*, p. 34 y ss. También, Weinberger, «The norm», p. 34

¹³ Aunque no se pueda decir que implique asumir una radical teoría del lenguaje en el Derecho penal, pueden citarse en la dogmática alemana, por ejemplo, en relación con el dolo y el principio de simultaneidad, en una perspectiva de búsqueda para la lógica de la argumentación racional: Hruschka, *AT²*, fall: 1-5, pp. 11-18. En relación con el contenido de voluntariedad de las acciones: Kindhäuser, Urs, *Intentionale Handlung. Sprachphilosophische Untersuchungen zum Verständins von Handlung im Strafrecht*, Duncker & Humboldt, Berlin, 1980, pp. 32-70. Recientemente, en relación con la teorías de los actos del habla y el significado del engaño concluyente en el delito de estafa, Mayer, Lux, *Die konkludente Täuschung beim Betrug*, Bonn University Press, Bonn, 2013, pp. 63 y ss. En España, en esta

La elección de tal punto de partida ha sido consecuencia de mi adscripción a la concepción significativa de la acción de Vives Antón. Esta posición doctrinal, sin embargo, emprende de modo decidido y contrario a lo que aquí se ha enunciado como premisa, una negación de la teoría de los imperativos, siguiendo la lógica de la argumentación neokantiana.

Así, la concepción significativa asume implícitamente que dicha perspectiva (*la imperativa*) no permitiría dar respuesta a la circunstancia que, pertenecería, según una extendida opción epistemológica, a la esencia de las normas penales la cuestión sobre la averiguación de si están o no justificadas, lo que se extiende a los problemas relativos a la posibilidad de ser interpretadas como «determinaciones de la razón»¹⁴.

línea Polaino, Ruiz Antón, Luis, «La acción como elemento del delito y la teoría de los actos de habla: cometer delitos con palabras», *ADPCP*, vol. LI (1998), p. 7 y ss. Ya no en la línea de la teoría de los actos del habla, pero sí desde la teoría del lenguaje desarrollada a partir de Wittgenstein, son esenciales las contribuciones de Ramos Vázquez, José Antonio, «Una aproximación wittgensteiniana al Derecho penal», *Temas actuales de investigación en ciencias penales: memorias I Congreso Internacional de Jóvenes Investigadores en Ciencias Penales*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2014, en especial, desde las pp. 165 y ss. Ramos Vázquez, José Antonio, Ciencia, *Libertad y Derecho Penal (Aporías del determinismo y defensa de la libertad de acción como base del sistema penal)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 165-180. Ramos Vázquez, José Antonio, *Concepción significativa de la acción y teoría del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 369 y ss. Busato, Paulo, *Derecho penal y acción significativa. Un análisis de la función negativa del concepto de acción en Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 175-234. Y, por cierto, Vives Antón, *FSP*², pp. 161-212. También, Porclúncula, José Carlos, *Lo «objetivo» y lo «subjetivo» en el tipo penal. Hacia una exteriorización de lo interno*, Atelier, Barcelona, 2014, pp. 43-74 y 119-140.

¹⁴ Vives Antón, *FSP*², p. 353. Al respecto, es obligatorio el debate Habermas-Putnam donde éste le reprocha al primero el seguir defendiendo la idea de un enunciado universal se obligación (es especial en su *ética del discurso*), donde la fuerza vinculante de las normas es condicionada y equiparada a la fuerza vinculante del pensamiento y comunicación racional, lo que supone un tratamiento *naturalista de los valores* y, con ello, «la norma habermasiana de la acción comunicativa exige que defendamos nuestros valores a través de la acción comunicativa y fundamentalmente esto significa, por usar aquí el modo de expresarse de la ética kantiana, que los defendamos adoptando la actitud de reconocer en el otro también un fin en sí y de no considerarle como un medio». Putnam, Hilary, «valores y normas», *Normas*

Por este motivo, un sector importante –entre quienes defienden esta concepción– se decantan por mantener la tesis del doble juicio de valor, conforma a la cual se distingue entre norma objetiva de valoración y norma de determinación¹⁵.

Ahora, no puede decirse que entre quienes han optado por esta declaración de principios dogmáticos hayan llevado tal punto de partida hasta sus últimas consecuencias en lo referente a la teoría del delito y al contenido que debe dársele a cada una de sus categorías, como una consecuencia lógica derivada de dicha opción metodológica. Más bien, ocurre precisamente lo contrario, en la medida que se realizan esfuerzos por adoptar una posición ecléctica o matizada¹⁶, en especial, esto ocurre en quienes han desarrollado el aspecto interno o inmanente del Derecho penal en cuanto normas, el que es denominado comúnmente como Derecho penal objetivo y que es el objeto de estudio de la dogmática¹⁷.

Es por esto, además, que la concepción significativa ha sido observada como una posición teórica en desarrollo, sin embargo, está obteniendo progresiva repercusión¹⁸, en la medida que ofrece como aquí se verá, un

y *Valores*, Habermas-Putnam, introducción y notas de Escabo y Gil, ed. Trotta, Madrid, 2008, p. 48.

¹⁵ Así, Cobo/Vives, *DPPG*⁵, p. 272 y ss. Orts/González Cussac, *CDPPG*⁵, pp. 45-47.

¹⁶ Especialmente, Martínez-Buján, *DPEPG*⁴, pp. 45 y ss. Martínez-Buján, Carlos, «Acción, norma y libertad de acción en un nuevo sistema penal», *LH Gimbernat t. I*, pp. 1248 y ss. Es también matizada la tesis que sostiene que el abrazar la teoría de la doble función de la norma no implica un radical regreso al neokantismo, con todas sus consecuencias para la sistemática del delito. Górriz Royo, Elena, *Proyecto docente e investigador (inédito)*, Valencia, 2005, pp. 101-106. Y, por cierto, lo es también la postura que afirma, dentro de la concepción significativa, que más importante para la definición del contenido de las categorías de la sistemática del delito, es la posición ideológica y político-criminal que se adopte como punto de partida, que la que se asuma para la acción y las normas penales. Borja Jiménez, «Algunas reflexiones», pp. 233-240.

¹⁷ Esto es evidente en la idea de una relación directa entre norma y lenguaje, al distinguir entre norma y formulación de la norma, en Martínez Garay, Lucía, *Proyecto docente e investigador (inédito)*, Valencia, 2004, pp. 27 y ss.

¹⁸ Se afirma que tiene un «largo camino que recorrer para imponer de un modo general como una teoría también válida para fundamentar el sistema», Muñoz Conde, Francisco, «prólogo», Vives Antón, *FSP*², p. 34. Aspecto que se refleja en las investigaciones doctorales que intentan aplicar la teoría a la sistemática del delito, entre las últimas, por ejemplo, Casas,

punto de contacto especialmente interesante con los fundamentos de los sistemas anglosajones, en especial, con la concepción adscriptivista de la acción y del contenido subjetivo del delito¹⁹.

En este orden de ideas, Fletcher afirma que Vives Antón tiene razón al sostener que el lugar de inicio de toda valoración no es la intención del autor como fenómeno interno, sino que la perspectiva de la tercera persona –que es el punto de vista que se asume en este trabajo–, esto es, la manera en que un tercer observador comprende esos movimientos (la adscripción de un significado) que en relación con determinadas normas penales, permite atribuirle un sentido a las acciones como acciones penales²⁰.

Es evidente que la adopción de la tesis del doble juicio de valor, o bien, la idea de la norma fundada en pretensiones de validez es una consecuencia de que Vives Antón asume, al menos implícitamente, la filosofía de Habermas con una orientación hacia Kant ligada al mundo de los valores como punto de partida (una validez está dada por el consenso racional alcanzado a través de la comunicación)²¹. Ello, le permite establecer vinculaciones entre las normas penales y las pretensiones de racionalidad y justicia en su aplicación y, lo más importante: desemboca en un enfoque trascendente para la aplicación de la norma penal en la

Jordi, *El desvalor material de la acción: una revisión del injusto a la luz de la concepción significativa de la acción*, tesis doctoral de la Universidad Autónoma de Barcelona, 2014, pp. 72-112. O bien, en algunos de los recientes trabajos de Busato, Paulo, «bases de una teoría del delito a partir de la filosofía del lenguaje», *RECJ* (2010), párrafo 2 y ss. Busato, Paulo, *La tentativa del delito. Análisis a partir del concepto significativo de acción*, Editorial Juruá, Curitiba, 2011, pp. 29 y ss. Martínez-Buján, Carlos, *El Contenido de la Antijuridicidad (un estudio a partir de la concepción significativa del delito)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 54 y ss. Busato, Paulo, «Una crítica a los delitos de posesión a partir del concepto de acción significativa. Conexiones entre el civil y el Common Law en las tesis de Tomás Vives Antón y George Fletcher», *Revista Penal*, 35 (2015), pp. 5-23.

¹⁹ Así, en relación con la tesis de Vives Antón, declara tener un punto de contacto Fletcher, George, «Aproximación Intersubjetiva al concepto de acción», *LH Vives Antón*, t. I. p. 646.

²⁰ Fletcher, George, *The Grammar of Criminal Law, American, Comparative, and International*, v. I: *Foundations*, Oxford University Press, 2007, p. 282.

²¹ Ampliamente, Nielsen, Greg, *The Norms of Answerability Social Theory between Bakhtin and Habermas*, University of New York Press, New York, 2002, pp.49-59.

medida que el Derecho penal objetivo se cohesiona con todas las limitaciones impuestas por los valores del Derecho constitucional²².

En este esquema el lenguaje juega un rol fundamental en la medida que la ilicitud de un comportamiento se reduce a la descripción que de ellos realiza la norma penal: las acciones solo existen en el lenguaje de las normas, solo hay acciones porque ellas han sido descritas en la ley²³. Tal como puede deducirse esta orientación trascendente ofrece, dada su vinculación con los valores constitucionales, una sólida base para la construcción de una racionalidad teórica, en miras a la crítica del Derecho penal vigente en cuanto cimiento, al mismo tiempo, los fundamentos para su discusión políticocriminal otorgándole a esta un marco teórico y un método de razonamiento argumental que, tal como lo demuestra el creciente número de autores que se adhiere a ella, tiene bastante rendimiento práctico en lo que esta línea se refiere²⁴.

Es más, podría hacerse un ejercicio teórico y plantear que la concepción significativa de la acción en su relación con las pretensiones de validez de la norma penal constituye una argumentación lógico racional para que pueda pronunciarse válidamente en toda sentencia penal (desde el punto de la orientación a los valores ya reseñado) el

²² Jiménez Redondo, Manuel, «Estudio preliminar», en Vives Antón, *FSP*², pp. 70, 73, 88-105, p. 489, en especial, las notas 69 y 70, además, de las pp. 491-512.

²³ En el sentido que únicamente importan y, por ende, solo son acciones aquellas que han sido descritas en la ley penal, esto es, la denominada: función negativa del concepto de acción. Vives Antón, *FSP*², p. 124. En este sentido, sin embargo, «un legislador prudente regulará las acciones; pero no intentará definir la acción (pues, según hemos visto, ni la acción ni el significado pueden, en realidad, definirse, de modo que toda definición constituirá una reducción arbitraria)», Vives Antón, *FSP*², p. 430.

²⁴ Entre los trabajos que utilizan el citado marco teórico valorativo y la metodología indicada a partir de las tesis de Vives Antón, únicamente, a modo de ejemplo: Cuerda Arnau, María Luisa, «Límites constitucionales de la comisión por omisión», *LH Vives Antón, t. I*, pp. 415-436. Cuerda Arnau, María Luisa, «Dogmática, Derechos fundamentales y justicia penal: análisis de un conflicto», *Teoría y Derecho: Revista de pensamiento jurídico*, 8 (2010), pp. 121-140. Górriz Royo, Elena, «Presunción de inocencia y delitos de sospecha: ¿otra vuelta de tuerca al delito del art. 166 CP en la reforma penal de 2013?», *Teoría y Derecho: Revista de pensamiento jurídico*, 14 (2013), pp. 196-229. González Cussac, José Luis, «Alcance del control constitucional sobre el dolo y los elementos normativos», *LH Ruíz Antón*, pp. 459-488.

veredicto de culpabilidad o absolución²⁵. En otros términos, que tales pretensiones podrían ser vistas como los requisitos para una sentencia coherente, fundada, legítima y socialmente válida con miras al respeto de los valores constitucionales que deben considerarse en toda sentencia penal (*powers-confering rules*).

Una vez planteado esto, donde no creo que existan mayores objeciones por parte de quienes defienden la concepción significativa como punto de partida, podría irse un poco más allá y vincular tal método, dentro de la filosofía del lenguaje, con la teoría de los actos del habla²⁶.

Dado que la sentencia es un ejemplo clásico de acto del habla, puede decirse que la teoría de la acción significativa presupone que probablemente es mejor, en relación con el cumplimiento de los fines o pretensiones de racionalidad argumentativa, seguir este procedimiento de adecuación a los principios y garantías constitucionales en toda sentencia penal, para que no solo sea legítima, sino que también sea verdadera, en cuanto puede producir efectos jurídicos²⁷. Así, las pretensiones de validez son enunciados operativos del acto del habla performativo que supone la dictación de una sentencia penal²⁸.

²⁵ Esto expresamente a través del sistema de filtros que suponen los principios constitucionales puestos en relación con las pretensiones de validez de la norma, Vives Antón, *FSP*², pp. 484-495 y 663 y ss.

²⁶ Un caso evidente de acto del habla. MacCormick, Neil; Bankowski, Zenon, «Speech Acts, Legal Institutions, and Real Laws», *The Legal Mind: Essays for Tony Honoré*, N. MacCormick and P. Birks (eds.), Clarendon Press-Oxford, 1986, p. 122.

²⁷ Así, las normas o preceptos «pueden ser entendidos ahora como emisiones con que el hablante plantea frente a los miembros del grupo social una pretensión de validez normativa susceptible de crítica y no sólo la pretensión de que el acto de habla guarda conformidad con las normas, pretensión esta última que deja intacta la validez de la norma en que se apoya», Habermas, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa. Crítica de la razón funcionalista*, t. II., Taurus Humanidades, Madrid, 1992, p. 105.

²⁸ Al respecto, Austin dice que hay enunciados performativos que responden a la interrogante sobre cómo hacer cosas con palabras, cuando decir es hacer. Hart intentó establecer una relación entre esta teoría y la teoría de los actos jurídicos, en la medida que hay ciertas palabras que constituyen enunciados operativos, son términos operativos (declarar en una sentencia que alguien es culpable, como consecuencia de una serie de consideraciones previas, por ejemplo). Lo que realiza Hart es una traslación de la argumentación construida

Ahora bien, con esta relación he querido poner de manifiesto que la dimensión valorativa de la teoría de la acción significativa en relación con los principios constitucionales sirve, desde un punto de vista del lenguaje, para una búsqueda de la una relación de legitimación/deslegitimación de la utilización del Derecho penal; pero, requiere también de desarrollo en su aspecto inmanente, referido aquí a la relación norma-acción-dolo, con el objetivo de contribuir a la elaboración de una construcción de la teoría del delito desde el lenguaje: a la elucidación de su gramática profunda, llevando esta premisa hasta las últimas consecuencias.

En este orden la fundamentación se vincula con los criterios que sirven, desde el lenguaje, para establecer una relación entre un comportamiento y la atribución de sentido que pueda dársele en un sistema de normas de prohibición o mandato en cuanto reglas con excepciones (permisos). Sin perjuicio de que la otra opción es igualmente válida, a mi juicio, también se precisa de una dogmática inmanente que asuma el lenguaje como punto de partida. En este sentido, la filosofía analítica anglosajona ofrece un marco teórico ampliamente desarrollado que toma, precisamente, este punto de partida apoyándose en una larga tradición de debates que han girado en torno a su propia y renovada versión de la teoría de los imperativos enlazada con el lenguaje.

Se trata de asumir que la tradición analítica puede y es un punto de referencia obligado en el desarrollo futuro de la dogmática penal. Esta opción metodológica supone desvincular al sujeto de su entorno de

sobre la base de la teoría del lenguaje a la teoría de los actos jurídicos (la sentencia es un acto institucional). De este modo, existen ciertas palabras que confieren a quien las emite el poder de conferir una regla jurídica (*power-conferring rules*). El poder de conferir una regla jurídica, es un «poder que presupone la validez de las reglas que lo confieren». Y, en este sentido, el dictar una sentencia penal configura directamente el alcance normativo de la relación inocencia-culpabilidad dentro de un determinado sistema de normas jurídicas, en este caso, en un sistema de normas jurídico-penales. Hart, *The concept*, pp. 25-26 y 92-120. Rawls, John, «Two concepts of rules», *The Philosophical Review*, 64:1 (1955), pp. 3-32. Searle, *Speech Acts*, pp. 33-42. Austin, J. L. *How to do things with words*, The William James Lectures delivered at Harvard University in 1955, Oxford and the Clarendon Press, Oxford, 1962, pp. 120 y ss.

referencia a través del rechazo del mentalismo²⁹ y, en particular, mediante la exclusión de la autorreferencialidad y la valoración de las acciones desde la primera persona³⁰. En el Derecho, en general, implica orientar la labor interpretativa hacia una fundamentación pragmática de las normas puestas en relación con el lenguaje, como da cuenta el pensamiento de Hart³¹, Raz³², Ross³³ y v. Wright³⁴.

Esto conlleva asumir –tomando una célebre distinción de Hart– que la interpretación y sistematización del Derecho (la función dogmática) asume una posición preferentemente interna dentro del sistema jurídico, lo que se traduce en un Derecho penal cuyo objetivo central es contestar a la pregunta sobre en qué casos y en qué medida puede predicarse de una persona el haber realizado un comportamiento que está prohibido o permitido, en cuanto ello determina la posibilidad de imponerle una

²⁹ En especial, Frege, Gottlob, «sobre sentido y referencia», *Estudios sobre Semántica*, trad. de Moulines, Ed. Orbis, Barcelona, 2002, pp. 51- 86. Frege, Gottlob, «El pensamiento: una investigación lógica», *Pensamiento y Lenguaje. Problemas en la Atribución de Actitudes Proposicionales*, trad. Valdés, Ed. Universidad Autónoma de México, México, 1986, pp.23-48.

³⁰ En particular, la distinción entre «notar» y «denotar», que conlleva a que un suceso o evento se entienden de acuerdo a un significado en contextos similares y no en relación a lo que el sujeto creía o pensaba. Así, se puede predicar de alguien el haber realizado un acto o el pronunciar una palabra que significa (denota), en un contexto preciso algo concreto, con independencia de si es verdadero o falso, justo o injusto. Russell, Bertrand, «words and meaning», *The Analysis of Mind*, Pennsylvania State University, Pennsylvania, 2001, pp. 131 y ss.

³¹ En especial, en la medida que contiene varios trabajos ligados al Derecho penal, que aquí se citan a lo largo del trabajo por separado, es esencial conocer los ensayos sobre los límites al Derecho penal, la intencionalidad, el aspecto subjetivo del delito y el fundamento de la responsabilidad penal, contenidos en: Hart, H. L. A. *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*, 2ª ed. Oxford University Press, Oxford, 2008.

³² En relación con las normas: Raz, Joseph, *Practical Reason and Norms*, 3ª Oxford University Press, Oxford, 1999, pp. 49-84.

³³ En especial, Ross, *Directives*, pp. 34 y ss. Ross, Alf, *On Law and Justice*, University of California Press, Berkeley, 1974, pp. 29-70. Ross, Alf, *On Guilt, Responsibility and Punishment*, Stevens & Sons Limited, London, 1975, pp. 13-29.

³⁴ von Wright, *Norma y acción*. pp. 23-26, 97-105, 109-120.

sanción jurídica³⁵. Este punto de vista, es interno porque tiene por premisa la posibilidad de observar una vinculación entre la conducta y ciertas reglas de comportamiento que *tanto el sujeto como su entorno social entienden o comprenden como el significado de prohibiciones* o el incumplimiento de mandatos conminados con sanciones, con independencia de su efectiva regulación como normas penales³⁶.

De ahí, entonces que, tal como se explicará más adelante, la atribución a un sujeto de la realización de una norma de prohibición o del supuesto de hecho contenido en una norma de mandato en el plano objetivo – subjetivo, sea independiente de las normas de adjudicación de responsabilidad personal por esa conducta (culpabilidad en sentido clásico). Dicho de otra forma, que la función de las normas de conducta (normas de adscripción o imputación) es únicamente la de servir generalmente de presupuesto para la operatividad de otros tipos de normas con fundamentación propia, ligadas a la atribución de responsabilidad penal en el plano de la imputabilidad (reglas de adjudicación). Lo que supone cuestionar la idea del injusto personal, dado que las normas que sirven para adscribir a un sujeto la realización de una acción, se diferencian en fundamento y función gramatical de las normas que sirven para decidir su reprochabilidad y de las que sirven para adjudicarle una pena o medida de seguridad³⁷.

La tradición continental, esto es evidente en la dogmática penal, intenta explicar todas las categorías de la teoría del delito estableciendo una relación entre el sujeto y los objetos del mundo; es una vinculación personal en todo momento, así los resultados o eventos, la relación de causalidad, la acción aparecen como meros datos de una experiencia

³⁵ Asume este punto de vista, expresamente: Ast, *Normentheorie*, p. 9.

³⁶ Al respecto, Lacey, Nicola, «Obligations, Sanctions, and Obedience», *The Legal Mind: Essays for Tony Honoré*, N. McCormick and P. Birks (eds.), Clarendon Press-Oxford, 1986, p. 223.

³⁷ La adopción de un punto de vista analítico, ligado a la filosofía del lenguaje conlleva precisamente esta consecuencia, como bien apunta Silva Sánchez, Jesús María, «¿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» *InDret* 3 (2014), pp. 5 y ss.

individual, pero no cualquier tipo de experiencia, sino que de una interna, excesivamente subjetivista³⁸.

De este modo, la conducta es analizada teniendo en cuenta que todos los supuestos de exclusión de acción implican la falta de voluntariedad. Este punto de vista, no es más que la idealización propia del pensamiento continental, que pretende todavía dar una explicación sobre la base de la averiguación de lo que el sujeto en realidad quería, se representó o previó, en aspectos como la relación de causalidad, la que es vista como una autorrealización personal de la voluntad, o bien, desde un punto de vista autorreferencial, en la medida que se teoriza desde un sujeto ideal cuya conducta es evaluada individualmente, puesta en relación y vinculada con un entorno social, o bien, con su experiencia personal e incluso histórica³⁹.

Esta tesis desarrolla la siguiente premisa de la concepción significativa de la acción: *si la acción es «el seguimiento de reglas (y no un inaprensible acontecimiento mental lo que permite hablar de acciones, al dar lugar a lo que las constituye como tales (el significado) y las diferencia de los simples hechos»⁴⁰, entonces, el dolo o las categorías que lo componen tiene que estar en relación con las reglas*

³⁸ Para una crítica en relación a la causalidad, Hart, H. L. A./Honoré, Tony, *Causation in the Law*, 2ª. ed. Clarendon Press, Oxford, 1985, pp. xi y ss. y pp. 9-61.

³⁹ Ampliamente, Searle, John, *Rationality in Action*. A Bradford Book: The MIT Press, Massachusetts, 2001, pp. 1-30. Esto en el neokantismo, en los neohegelianos y en los neomarxistas, constituye el punto central desde el cual se construye el análisis. Para un ejemplo del primer tipo (neokantismo), donde la voluntad es un elemento psicológico y el fundamento del dolo y la culpabilidad, Ampliamente, Mayer, Max Ernst, *Die schuldhaftige Handlung und ihre Arten im Strafrecht*, Verlag von C. L. Hirschfeld, Leipzig, 1901, pp. 16-25 (en general el capítulo II: *Die psychologischen Elemente der schuldhaften Handlung*). Un ejemplo del segundo orden (neohegelianos), el concepto de referencia es normativo, ligado a la persona como resultado de un proceso de comunicación histórico, Jakobs, Günther, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, trad. de Cancio y Feijóo, Civitas, Madrid, 2000, pp. 29-38 y 55. Finalmente, un caso del tercer tipo (neomarxismo), lo constituyen todas las teorías que intentan vincular la responsabilidad penal individual a un proceso material de naturaleza dialéctica, donde la realización de un acto intencional de relevancia penal es el resultado de un fracaso del Estado social. Así, por ejemplo, la teoría del sujeto responsable de Bustos/Hormazábal, *LDPPG*², pp. 421 y ss.

⁴⁰ Vives Antón, *FSP*², p. 213.

(en cuanto normas jurídicas de prohibición y mandato). Pero, a diferencia de quienes han buscado otorgar contenido al dolo como categoría dogmática, dentro de la concepción significativa, recurriendo a la distinción entre lo interno y lo externo, esta tesis camina por la relación que existe, dentro de la filosofía del lenguaje, entre seguir o no seguir una regla⁴¹.

La elección de la teoría de los imperativos y de la filosofía analítica es una consecuencia del interés y recepción que progresivamente está teniendo el Derecho penal anglosajón, en la medida que, precisamente, estos son sus postulados o cimientos metodológicos⁴².

Y, esta es, entonces, la razón que justifica una aproximación comparativa al dolo como objeto de estudio.

En efecto, los estudios comparativos son objeto de debate e interés en la dogmática penal actual⁴³. Sin embargo, las motivaciones de tal orientación van más allá del establecimiento de una Corte Penal Internacional o de la necesidad de unificar criterios en el ámbito del Derecho penal europeo⁴⁴. Por el contrario, el que el Derecho anglosajón sea objeto de debate es la consecuencia de una tensión profunda más amplia ligadas al pensamiento filosófico: a la forma de entender el

⁴¹ Al respecto, Twining, William/Miers, David, *How to do things whit rules*, 5ª ed. Cambridge University Press, Cambridge, 2010, pp. 15, 32, 80 y ss.

⁴² Lacey, Nicola, «In Search of the Responsible Subject: History, Philosophy and Social Sciences in Criminal LawTheory», *The Modern Law Review*, 64; 3 (2001), pp. 350-371. Duff, Antony, «Law, Language and Community: Some Preconditions of Criminal Liability», *Oxford Journal of Legal Studies*, 18: 2 (1998), pp. 189-206. AAVV. *Philosophy and the Criminal Law. Principle and Critique*, Duff, Antony (ed.), Cambridge University Press, 1998,

⁴³ Bohlander, Michael, *Principles of German Criminal Law, Studies in International & Comparative Criminal Law*, v. 2. Hart Publishing, Oxford and Portland, 2009.

⁴⁴ Así lo creen, entre otros: Ambos, Kai, «100 años de la teoría del delito de Beling. ¿Renacimiento del concepto causal de delito en el ámbito internacional?», *RECPC* 09-05 (2007). MATUS, Jean Pierre, *La Transformación de la teoría del delito en el Derecho penal Internacional*, Atelier, Barcelona, 2008, pp. 17 y ss.

mundo y de hacer ciencia, de pensar o comprender los problemas sociales⁴⁵.

Se trata de un debate tan importante como lo fue en su momento decantarse por una orientación hegeliana o kantiana en el Derecho penal, cuyo resultado puede ser caracterizado, actualmente, como una coexistencia caracterizada por un eclecticismo ambiguo, en la medida que los kantianos y neokantianos aportaron una racionalidad trascendente en el pensamiento, con la pretensión de individualización de rasgos éticos universales de naturaleza permanente y, por su parte, los hegelianos aportaron la relación del Derecho penal con la historia, los valores y las denominadas «formas de vida». Todo ello, decantó finalmente en la introducción al Derecho penal de valoraciones de orden sociológico. Esta tradición, predominante en Europa continental, se expresa en la filosofía del concepto o del logos, en la utilización de las reglas del pensamiento lógico deductivo, en la pretensión de convertirse en una ciencia, en el recurso a metodologías descriptivas con mínimo enfoque constructivo, etc.⁴⁶.

Resulta evidente que una filosofía del lenguaje ligada al Derecho penal no cuenta con igual grado de desarrollo que la denominada «ciencia del Derecho penal», menos puede decirse que esté en condiciones de refundar por completo el método. Sin embargo, el lenguaje puede servir para simplificar la oscuridad de las preguntas metafísicas en las que incurre de modo recurrente el pensamiento dogmático, más bien con una clara referencia a Carnap podría servir para abandonarlas, porque quizás por «defecto de formación» la dogmática cae en lo que éste denunciaba de Heidegger: el uso de un pensamiento que muchas veces caía abiertamente en el sin sentido, en la carencia absoluta de hipótesis de trabajo claras, en la falta de metodología y de objeto⁴⁷.

⁴⁵ Este es el debate entre analíticos y continentales que es el objeto del libro de D'Agostini, Franca, *Analíticos y continentales: guía filosófica de los últimos treinta años*, Cátedra, Madrid, 2000, pp. 54 y ss.

⁴⁶ Sobre la influencia de Kant, Hegel en la configuración del Derecho penal alemán actual, puede verse: Vrombaum, Thomas, *Moderne deutsche Strafrechtsdenker*, Springer, Heidelberg, 2011, pp. 36-46, pp. 137-147.

⁴⁷ Carnap, Rudolf, «The Elimination of Metaphysics through Logical Analysis of Language», *Erkenntnis* (1932), pp. 60-81. Sobre las críticas a la filosofía del metaconcepto, a

En realidad, todo esto se trata de algo más profundo, no por nada la dicotomía se presenta entre continentales y analíticos, asociando a los primeros el pensamiento, tradición y lengua alemana, que incluye también toda la herencia cultural de Europa occidental. En cambio, cuando se hace referencia a los segundos, se habla de los analíticos anglosajones, al Derecho anglosajón y se funde ahí, sin más, el sistema penal de Reino Unido y Estados Unidos. Se les crítica el caer en los límites de lo inconceptual, en el Derecho esclavo del lenguaje ordinario y de la praxis, porque se trata de un Derecho penal que entiende que el caso crea la regla y la generalización de la aplicación de la regla puede ser entendida como una norma penal o una institucionalización del significado de un concepto jurídico. También, se le reprocha el ser un Derecho sin sistema de teoría del delito (y, por cierto, todo ello con el inglés, como lenguaje, de por medio), sin metaconceptos jurídicos, sin pretensiones de aplicación general uniforme; en suma, sin la seguridad jurídica que se supone entregaría la opción contraria.

Así expresado el objeto del debate tampoco recae, como paradójicamente pretenden los cultores de la «ciencia del Derecho penal», sobre qué sistema es más «científico» o más «racional» que el otro, menos sobre las virtualidades de la teoría del delito en contraposición a la praxis del sistema anglosajón, porque el sistema anglosajón no tiene ninguna pretensión de ser una ciencia de conceptos abstractos e impersonales. El asunto es derechamente un conflicto que se dará sobre las estructuras de pensamiento filosófico y que producirá una fractura de sistemas penales caracterizada por una interacción cada vez mayor de esas dos tradiciones de pensamiento.

Esta tesis doctoral no escapa de este fenómeno. Por esta razón, ofrece una aproximación desde la filosofía analítica al estudio del dolo y sus límites dentro de las estructuras dogmáticas del sistema del Derecho penal. Se asume, entonces, que la teoría del delito no puede seguir construyéndose a espaldas de las aportaciones teóricas y prácticas de

la abstracción excesiva y en el sin sentido en que cae la filosofía del Derecho continental, puede verse en especial las críticas Heidegger (ser y tiempo), que aparecen en el conocido debate entre: Barnes, Jonathan/Burnyeat, Myles/Geuss, Raymond, et al, «Modes of philosophizing», *Eurozine*, (2008), pp. 1-12.

otros sistemas penales, en la medida que debe existir un diálogo para la construcción de una gramática común⁴⁸.

El resultado es una modesta aportación que puede servir como guía para un estudio posterior aplicado a otras instituciones o conceptos del Derecho penal. De ahí, que quien busque encontrar aquí una exposición sobre la «mejor teoría del dolo» o «la única teoría del dolo», se sentirá derechamente divorciado con el lenguaje. Y, al mismo tiempo, le parecerá que el recurso a esa teoría del lenguaje es un argumento «simplista», «poco refinado» en comparación a los estudios dogmáticos. La evidente influencia del Derecho alemán ha prejuiciado en exceso nuestra valoración del sistema anglosajón, al punto que se ha extendido la afirmación de que se trata de un sistema «primitivo», «menos desarrollado en cuanto a discusión teórica», donde se debaten cuestiones que ya han sido «ampliamente superadas y resueltas» por la denominada ciencia del Derecho penal.

En lengua española, a diferencia del alemán y el inglés, no existen estudios específicos sobre el dolo en una perspectiva comparada⁴⁹, en ese

⁴⁸ En esta línea, por ejemplo, Fletcher, *The Grammar*, pp. 106 y ss. Badar, Mohamed, *The Concept of Mens rea in Internacional Criminal Law. The case for a Unified Approach*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2013. Blomsma, Jeroen, *Mens rea and Defences in European Criminal Law*, Intersentia, Cambridge, 2012, pp. 5-15. Hace bastante tiempo, por ejemplo, Jescheck, Hans-Heinrich, «The significance of Comparative Law for Criminal Law Reform», *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.* 1:5 (1981-1982), pp. 1-25.

⁴⁹ Solo unas breves referencias, por cierto, bastante acertadas, en las obras de: Bernal del Castillo, Jesús, *Derecho penal comparado: La definición del delito en los sistemas anglosajón y continental*, Atelier, Barcelona, 2011, pp. 130-141. Piña Rochefort, Juan Ignacio, *La estructura de la teoría del delito en el ámbito jurídico del «Common Law»*, Comares, Granada, 2002, pp. 65-104. Ragués i Vallès, Ramon, *La ignorancia deliberada en el Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2007, pp. 63- 92. En la doctrina alemana, son fundamentales, como se verá a lo largo del trabajo: Sieber, Ulrich/Susanne, Forster/Javers, Konstanze, *National Criminal Law in a Comparative Legal Context: Defining criminal conduct*, v. 3:1. Max Planck-Institut für ausländisches und Internacionales Strafrechts, Duncker & Humboldt, Berlin, 2011. Safferling, Christoph, *Vorsatz und Schuld. Subjektive Täterelemente im deutschen un englischen Strafrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008. También, el esfuerzo conjunto, entre Dubber, Markus/Hörnle, Tatjana, *Criminal Law. A Comparative Approach*, Oxford University Press, Oxford. 2014.

sentido esta tesis doctoral constituye, también, un aporte inicial en tal dirección, al que se le suma como novedad la citada metodología analítica ligada a la filosofía del lenguaje.

Así, sobre la base de una aproximación desde la filosofía del lenguaje, en su relación con la teoría de las normas y de la acción, esta tesis doctoral construye el dolo sobre la base de la noción de intencionalidad puesta en referencia con la atribución del sentido que se le atribuye a esta noción en el lenguaje ordinario, sin pretender ser una negación absoluta de la voluntad, como pretendió el conductismo lógico, postula que en todos los sistemas jurídicos a los que se hace referencia subsiste, como manifestación más intensa de esa relación entre acción, intencionalidad y normas, un concepto de dolo basado en una intención exteriorizada y objetivada, entendida como una razón para la acción.

PRIMERA PARTE:

¿QUEDA ALGO DEL ELEMENTO VOLITIVO EN EL DOLO?

PRIMERA EXPLICACIÓN PRELIMINAR

En todos los sistemas penales que son objeto de análisis en el presente capítulo subsiste el antiguo debate sobre el contenido conceptual del dolo y, en particular, acerca de la función o rol que cumple la voluntad como elemento de éste⁵⁰.

Pese a todos los esfuerzos de la dogmática alemana y la filosofía anglosajona en este punto, el debate está lejos de ser calificado como un asunto cerrado a favor de la eliminación de todo vestigio de voluntad⁵¹.

⁵⁰ Entre los estudios comparados específicos que giran sobre el problema de la voluntad en el dolo y su difícil constatación, se suele citar el de Ross quien se decanta por la probabilidad como criterio sustitutivo, abarcando el Derecho danés, inglés, alemán y sueco. Ross, Alf, *Über den Vorsatz. Studien zur dänischen, englischen, deutschen und schwedischen Lehre und Rechtsprechung*, Nomos, Baden-Baden, 1979, pp. 38, 53, 83 y 125 y ss. Un estudio anterior, aunque solo considera la acción dolosa en el Derecho inglés, realizado en Alemania, abarca el problema de la prueba de la voluntad en el delito de homicidio y, en particular, la cuestión sobre la arbitrariedad en la aplicación de la regla de *felony murder* (responsabilidad por el resultado más grave) que originaba, en el antiguo Derecho del *Common Law*, la aplicación obligatoria de la pena de muerte. Beck, Christel, *Die vorsätzliche Tötung im englischen Strafrecht*, J.C.B. Mohr (paul Siebek), Tübingen, 1973, pp. 25-46 y 51. Para una comprensión del estado actual del dolo (y, por cierto, del debate sobre la voluntad) en el Derecho alemán e inglés, resulta fundamental el estudio de Safferling, Christoph, *Vorsatz und Schuld. Subjektive Täterelemente im deutschen und englischen Strafrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008, pp. 111-140 y 342-408. Después, en la literatura pueden hallarse trabajos que, aunque no dedicados de modo específico al problema de la voluntad en el dolo, abarcan también el asunto desde una perspectiva comparada. Al respecto, puede consultarse el cap. VIII (*mens rea*) contenido en Dubber/Hörnle, *Criminal Law*, pp. 223-250.

⁵¹ En especial, porque siguen apareciendo acérrimos defensores reestructurar la teoría del delito considerando la voluntariedad como eje central, por ejemplo, Seebass, Gottfried, *Wollen*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1993, pp. 45-75. En la filosofía analítica

Esto se debe, sin duda, a la circunstancia que en la mayoría de los sistemas la regla general es que la conceptualización quede entregada a una tensión interpretativa que se decide en la praxis del sistema jurídico-penal. Y, ello ocurre tanto en los modelos legislativos en los que se ha optado por legislar sobre el contenido del dolo, como en los que el sistema jurídico guarda absoluto silencio sobre este punto.

Aunque pueda plantearse una duda sobre la justificación metodológica a la opción legislativa de no definir algo tan importante como la imputación subjetiva en el CP, en el entendido que la conceptualización de las categorías dogmáticas es una tarea que debe quedar entregada a los intentos de la denominada «ciencia del Derecho penal»⁵². Lo cierto es que, tal como puede observarse aquí, en los sistemas legislativos donde se ha optado por establecer conceptos el problema se traslada, pese a todo lo que podría pensarse, igualmente, otra vez, a la cuestión sobre el límite entre una y otra categoría. Esto se debe, como resulta evidente, al hecho que la atribución del carácter doloso a una conducta supone, como regla general, una consecuencia jurídico-penal particularmente intensa (pena o medida de seguridad), a diferencia de lo que ocurre con el resto de las categorías del nivel extraordinario, en particular, la imprudencia, que pese a su cada vez mayor utilización –en términos de técnica legislativa– sigue siendo un nivel extraordinario de atribución de responsabilidad en el plano subjetivo⁵³.

El objeto de análisis de este capítulo, lo constituyen los sistemas penales que estimo son más representativos, en términos del grado de

del lenguaje como consecuencia de la superación de la perspectiva inicial de negación absoluta del cartesianismo; lo que ha derivado en una filosofía lo intencional. Searle, John, *Intentionality, An essay in the philosophy of mind*, Cambridge University Press, Cambridge, 1969, pp. 79-112 y 180-197.

⁵² Lo que implica que asumir, al mismo tiempo, que incluso se trataría de una labor de actualización constante, en la medida que tanto el dolo como la imprudencia serían conceptos indefinibles por la realidad o por la ley. Este punto de vista, por ejemplo, Molina Fernández, Fernando, «La cuadratura del dolo: problemas irresolubles, sorites y el Derecho Penal», *LH Rodríguez Mourullo*, p. 696.

⁵³ Fletcher, George, «The Theory of Criminal Negligence: A Comparative Analysis», *University of Pennsylvania Law Review*, 119:3 (1971), pp. 401-438.

influencia (filosófica y jurídica) desplegada en el resto del mundo⁵⁴. La exposición la he agrupado en tres bloques o capítulos:

El primero, comprende un breve estudio de lo que aquí he denominado sistemas analíticos de Derecho penal, en razón de su expresa afiliación a la filosofía del lenguaje como modelo de análisis. En este apartado se tratan, separadamente, el ordenamiento jurídico de Estados Unidos e Inglaterra. La exposición diferenciada se justifica porque, comúnmente, se incurre en el error de tratarlos como un sistema único, apelando al origen común: el antiguo Derecho del *Common Law*. Otras veces, se les llama también «sistemas anglosajones» o «Derecho anglosajón», agrupándolos en razón de un elemento común que es la lengua inglesa.

En realidad, tal como se verá los sistemas no tienen casi nada en común. Si en Estados Unidos se cita una sentencia de Inglaterra, lo es de la misma forma en que en España se cita una sentencia del BGH alemán, para justificar un criterio u orientación metodológica en el ámbito penal; es que más que la existencia de un Derecho común, se trata de una forma de pensamiento compartida, en un sistema es la dogmática o el modelo dogmático⁵⁵, mientras que en el otro es la filosofía analítica del lenguaje y el sistema de casos.

En el segundo capítulo, se abordan los llamados aquí sistemas dogmáticos de Derecho penal y, de modo diferenciado, se estudia el

⁵⁴ Bohlander, Michael, «Volver a Radbuch. La necesidad de retomar de raíz el diálogo entre Common Law y Derecho continental, en atención al ejemplo de la justicia penal internacional», *InDret* 2 (2012), pp. 3-22.

⁵⁵ La dogmática jurídica es la explicación sistemática de las proposiciones jurídicas que sirven de fundamento a un ordenamiento jurídico o alguna de sus partes», por ejemplo: «el dolo», «la imprudencia», «tales proposiciones jurídicas descansan sobre presupuestos últimos y originarios para la configuración de la vida social de un pueblo en una época determinada, la dogmática jurídica reduce las proposiciones presumidas por un ordenamiento jurídico, presenta las prescripciones jurídicas particulares como partes integrantes o como consecuencias de dichas proposiciones jurídicas, y permite comprender así el ordenamiento jurídico o sus partes como una estructura con sentido de una especie concreta y determinada pretensión de verdad. Su método no es la explicación causal, sino el de comprensión del sentido, ya que solo así puede ser entendido un conjunto de sentido como el presentado por un sistema jurídico» Welzel, Hans, «Positivism y neokantismo», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 2:2 (1962), p. 195.

contenido básico del dolo, teniendo en cuenta *únicamente* el estado actual del debate en Alemania, Italia y España. La influencia de los ordenamientos jurídicos de estos tres países es evidente y la elección está condicionada por la circunstancia que la denominada tradición dogmática es, sin duda, el sistema que mayor influencia ha tenido en Europa continental, Latinoamérica y, también, se extiende en alguna medida menor a países asiáticos⁵⁶.

Por otro lado, los dos primeros sistemas que constituyen la herencia cultural del Common Law son los que mayor extensión y aplicación tienen el mundo occidental actual. De ahí que cualquier comparación que esté llamada a tener algún sentido práctico, con miras a posibilitar las reformas en el Derecho penal vigente, debería tener este horizonte de referencia⁵⁷.

En relación a este segundo capítulo es necesario hacer una observación preliminar. Sucede que el sistema italiano, en lo que al dolo se refiere, ha asumido una opción dogmáticamente comprometida en la ley, al definir el elemento subjetivo del delito y la acción jurídico-penalmente relevante. Esto condiciona es demasía las posibilidades de comparación, en la medida que en Italia la cuestión sobre el contenido y límites del dolo es, por así decirlo, un debate cerrado⁵⁸. Probablemente, pueda dar mayor rendimiento práctico una comparación con otros sistemas continentales que también han elegido definir el dolo, lo que parece ser la tendencia en Europa continental⁵⁹. De esta forma, únicamente Alemania y España son todavía depositarios de esa antigua tradición dogmática que confiaba a la «ciencia penal» el establecimiento y configuración de los metaconceptos metodológicos que servirán como fórmulas para la solución de todos los casos futuros.

La similitud de los debates doctrinarios es tan elevada que he optado por dejar la cuestión sobre el límite teórico del dolo y la imprudencia para

⁵⁶ Heller, Kevin/Dubber, Markus «Introduction», *The Handbook of Comparative Criminal Law*, Stanford Law Books, Stanford, 2011, pp. 1-10.

⁵⁷ Dubber/Hörnle, *Criminal Law*, pp. 1-3.

⁵⁸ Al respecto, véase: Romano, Mario, *Commentario Sistematico del Codice Penale*, t. I. 3ª ed. Dott. A Guiffrè Editore, Milano, 2004, p. 422.

⁵⁹ Así, por ejemplo, Bosnia y Herzegovina, Hungría, Rumania, Rusia, Suiza, Francia, Italia, etc. Sieber/Susanne/Javers, *National Criminal Law*, pp. 352, 368, 423, 438, 453 y ss.

el final, en un capítulo separado que enlaza con el Derecho de Estados Unidos e Inglaterra. La finalidad es posibilitar la comparación pragmática para la tesis que aquí se defiende, ya indicada en la introducción. En este punto, me gustaría adelantar que pese a todo el esfuerzo por buscar un concepto dogmático único, que sirva para solucionar de modo uniforme todos los grupos de casos idénticos, tanto la jurisprudencia alemana como la española hacen caso omiso a las teorías y utilizan, como se verá, el punto de vista que le parezca más acertado para la solución ad-hoc del caso particular. Y, creo que esto no en realidad ningún problema, sino que la expresión de un fenómeno común, en Inglaterra sucede lo mismo y, sin duda, ello se debe a que al igual que ocurre en España y Alemania se trata de un sistema que carece de una definición legal de dolo; por ello, pese a todo el esfuerzo teorizante y el desesperado reclamo que apela al principio de legalidad y seguridad jurídicas, pasa que en estos sistemas es también la jurisprudencia la que crea, en definitiva, el contenido y establece los límites del dolo.

Tal como se explica, la diferencia está únicamente dada por la terminología con la que se le atribuye *el sentido de imputación ordinaria en contraste con la extraordinaria que es la imprudencia*. En todos los sistemas jurídicos, un grupo idéntico de casos, con independencia de la específica denominación que reciba la categoría general donde se les agrupa, son entendidos como conductas o acciones más graves que la imprudencia. Así, si bien, por una parte, el *intent* no es igual al *purposely* (EEUU y UK) y ambas categorías no se definen de modo idéntico a la *intención, dolo directo o dolo de primer grado* (Italia, Alemania y España, según corresponda) y, por otra parte, el *knowingly* (conocimiento, en EEUU y UK) no coincide del todo en contenido al dolo de consecuencias necesarias o dolo indirecto (Alemania, Italia y España); pero, lo cierto es que abarca en la práctica un grupo similar de casos.

En otro grupo de categorías también sucede lo mismo. Esto, en la medida que muchos de los casos de *knowingly* (conocimiento, en EEUU y UK) son supuestos que en la dogmática continental se encasillan dentro del dolo eventual (Alemania, Italia y España). Y, lo mismo ocurre con la *willful blindness* (ignorancia deliberada, en EEUU y UK) y la *recklessness* (desconsideración o indiferencia, en EEUU y UK), frente al dolo eventual (Alemania, Italia y España).

En el capítulo tercero, se aborda un resultado preliminar de la investigación y que corrobora, al menos en parte, la tesis propuesta, en el sentido que en todos los ordenamientos subsiste en el dolo o en la imputación ordinaria un grupo de casos en los que se adscribe a un sujeto, de modo intencional, la realización de una conducta, en términos de prohibición o mandato. Esto constituye, a mi juicio, el caso elemental y básico, pero al mismo tiempo irrenunciable, si es que se quiere mantener una relación del Derecho con la praxis del lenguaje. Cualquier otro camino, supone el transformar al dolo en un concepto puramente técnico, desnaturalizado y alejado del lenguaje ordinario. En este sentido, lo importante es la creación de una pragmática donde sea posible, establecer una serie de casos, donde ese contenido intencional sea interpretable, según la regla del significado que de las acciones de otro, puede predicar se por parte de una tercera persona. Así entendido el dolo se transforma en un concepto práctico, creado tal como su historia lo demuestra, por la evolución del sistema de casos.

La exposición que sigue tiene por objetivo mostrar que no puede hablarse de un único y general concepto de dolo. Esto ocurre incluso en los sistemas donde hay diversidad y predominio de las llamadas teorías dogmáticas, en la medida que los tribunales no se decantan por ninguna como «verdadera», sino que recurren a veces a fórmulas eclécticas que, en realidad, son expresivas o descriptivas de una manera de entender la atribución o adscripción de acciones a título de dolo en el sentido ordinario, es decir, de atribuirle a un sujeto, desde el punto de vista de una tercera persona, conforme al sentido común del lenguaje, una acción que significa la forma ordinaria y más intensa de contravención o quebrantamiento de reglas de prohibición o mandato.

CAPÍTULO I

¿QUÉ QUEDA DEL DOLO COMO VOLUNTAD EN LOS SISTEMAS ANALÍTICOS DE DERECHO PENAL?

A. Estados Unidos

I. Aspectos generales

En Estados Unidos no existe un Código Penal que sea aplicable a los cincuenta estados. La Constitución de Estados Unidos en la medida que se trata de un Estado Federal reconoce que las leyes penales forman parte de la autonomía del Gobierno estatal, lo que abarca el «núcleo duro» de los *delitos tradicionales u ordinarios*⁶⁰. En este ámbito, cada legislatura estatal es soberana para tipificar la conducta punible y establecer la penalidad que estime conveniente por razones de política criminal (esto ocurre, por ejemplo, con los tipos penales de asesinato, homicidio, violación, hurto, robo, etc.).

Este grupo de infracciones penales se diferencia de los *delitos federales* en que estos protegen o afectan *intereses colectivos* (delitos de narcotráfico, terrorismo, tráfico de armas, lavado de dinero, pornografía infantil, abuso sexual contra menores de edad, etc.) y, además, se hallan

⁶⁰ El federalismo supone una organización política con diferentes niveles de gobierno (el gobierno local, estatal y nacional), que coexisten en las mismas áreas con diferentes niveles de intensidad e independencia de poderes. Estados Unidos es un tipo de federalismo que se divide en dos formas de gobierno: el Gobierno de los Estados Unidos y el Gobierno de los Estados, ambos se relacionan de modo vertical. El Gobierno Nacional es denominado Gobierno Federal y sus poderes constitucionales en relación con las leyes penales federales comprende el regular todo lo necesario para la protección del comercio entre los estados y el comercio internacional y, especialmente, el dictar todas las leyes que sean necesarias y convenientes para la ejecución expresa de otros poderes federales. Estos dos poderes se desprenden de la *Supremacy Clause* (art. 6, cláusula 2^a de la Constitución de los Estados Unidos). Hall, *CrimLPro*³, pp. 4-5.

regulados en la sección 18 del *United State Code* (capítulos 1 a 123), cuyas disposiciones son consideradas como el mínimo obligatorio que cada Estado debe considerar en su propia legislación para respetar la obligación de protección de tales intereses colectivos o supraestatales. En términos de representatividad, hay que indicar que en Estados Unidos desde la administración Reagan se han incrementado, progresivamente, el número de delitos federales como consecuencia de la ampliación de las facultades del Congreso en este plano, fenómeno que ha sido caracterizado con la expresión de «lucha contra la delincuencia»⁶¹.

En el ámbito de los *delitos ordinarios*, los estados reconocieron o plasmaron en leyes especiales los delitos que habían sido creados por la tradición jurisprudencial del *Common Law*⁶². Al menos, esta fue la situación hasta el primer intento de recomendación de codificación que tuvo lugar a instancias del *American Law Institute* de Washington y que dio origen el *Model Penal Code* en 1962⁶³. Este texto, redactado por destacados académicos, extendió progresivamente su ámbito de influencia no sólo en Estados Unidos, sino que en todo el mundo anglosajón, especialmente, por el hito histórico que supuso consagrar una parte general con exhaustivas y precisas definiciones legales para la mayoría de las instituciones de lo que en el ámbito continental se conoce como teoría del delito⁶⁴. Y, también, debido a que ofrecía, por vez primera, una regulación para otras materias vinculadas con el principio de culpabilidad donde, por ejemplo, se incluyó una propuesta de eliminación

⁶¹ En relación con las limitaciones constitucionales al *ius puniendi* federal y local, Dressler, *UCrimL*⁶, pp. 55 y ss. Sobre la expansión de la legislación federal, Husak, Douglas, *Overcriminalization: The Limits of the Criminal Law*, Oxford University Press, 2008, New York, pp. 35 y ss.

⁶² Este término hace referencia al sistema legal que estuvo vigente en Estados Unidos durante la época de las colonias y que es originario de Inglaterra. El Derecho penal americano heredó este Derecho común, integrado por un conjunto de precedentes jurisprudenciales y leyes que fueron incrementándose, cambiando, posteriormente, como resultado de la influencia de la costumbre y la tradición. Hall, *CrimLPro*⁵, p. 30.

⁶³ Model Penal Code Official Draft and Explanatory Notes. *The American Law Institute at Washington*, D.C. Philadelphia, 1962, Edited by Library of Congress, Washington, 1985.

⁶⁴ Para una aproximación básica a la estructura del Derecho Penal de los Estados Unidos. Robinson, Paul, «United States», Heller/Dubber (coord.), *The Handbook of Comparative Criminal Law*, Stanford University Press, Stanford, 2011, pp. 564 y ss.

de una forma de delitos cualificados por el resultado (la supresión de la regla de *felony murder*) y, además, proponía una equiparación del desvalor de acción del injusto de la tentativa en relación con el delito consumado, por lo que propuso, en contradicción a la tendencia jurisprudencial excesivamente orientada al desvalor de resultado, una rebaja facultativa de pena⁶⁵.

Desde 1962 la mayoría de los estados ha adoptado el sistema de imputación del MPC, al menos cuarenta de ellos lo han hecho prácticamente de modo íntegro, con lo que el Derecho Penal de los Estados se ha convertido en una fusión del Derecho del Common Law y el MPC⁶⁶, por esta razón «quien se aproxima al Derecho Penal americano debe conocer los dos sistemas»⁶⁷.

⁶⁵ Los redactores del MPC eliminaron la regla según la cual se agravaba la responsabilidad por el resultado de muerte (responsabilidad objetiva), sin importar si el autor había obrado con dolo o imprudencia o se trataba de un caso fortuito, se sanciona únicamente por la circunstancia de haber creado un riesgo ilícito (era una forma del *versari in re ilícita*). A partir del MPC los Estados comienzan a adoptar la regla de exigencia de prueba de la imputación subjetiva (un estado mental) y, por ende, se proscribió o prohíbe la responsabilidad basada en el resultado. Adlerstein, Anne, «Felony-Murder in the New Criminal Codes», *American Journal of Criminal Law*, 4:3 (1975-1976), pp. 260 y ss. Ampliamente: Robinson, Paul/Dubber, Markus, «American Model Penal Code: A Brief Overview», *New Criminal Law Review* 10:3, 2007, pp. 319–322.

⁶⁶ Burnham, William, *Introduction to the Law and Legal System of the United States*, 5ª ed., West Thomson Reuters, 2011, p. 550.

⁶⁷ Del Common Law se mantienen dos aspectos importantes en el sistema de Derecho Penal. En primer lugar, si bien el legislador es soberano en cuanto al poder de dictar leyes penales, la interpretación de los preceptos queda entregada, preferentemente, al Derecho establecido sobre la base de la decisión de otros casos similares (*stare decisis*), en la medida que se entiende que pueden servir para la decisión de casos futuros similares. Y, en un segundo lugar, pero en el mismo nivel de importancia la interpretación de las normas queda entregada al sistema del precedente (*precedent*), conforme al cual las decisiones anteriores de la misma corte o de un tribunal superior, deben ser seguidas por el juez a quien se le presenta una decisión sobre un caso posterior basado en hechos similares o el mismo problema legal, aunque hayan transcurrido muchos años y, como es evidente, no se trate de las mismas partes. Hall, *CrimLPro*⁵, p. 31.

II. La superación del modelo del Common Law

Antes que el MPC diera origen al proceso de codificación del Derecho penal sustantivo en EEUU, regía el *sistema tradicional de análisis del aspecto subjetivo del delito*. Este consistía en exigir, conforme a la tradición del precedente, alguna forma de intencionalidad en relación con la acción que pudiera ser entendida como la expresión de un estado mental que justificara la pena en cuanto reproche moral. Se trataba de un sistema puramente retribucionista, donde la sanción estaba fundada en una ética consecuencialista, en un reproche moral por la realización de una conducta de la que era posible desprender un estado mental expresivo, literalmente, de «maldad» interior⁶⁸.

El Derecho del *Common Law* no era «estatutario», es decir, no cumplía con el mismo estándar de cumplimiento del principio legalidad (en el sentido, de *lex scripta*) que, actualmente, es exigido en Estados Unidos. Incluso, en algunos casos, cuando regulaba solo se conformaba con una genérica mención a la acción u omisión criminal, peso sin hacer mención a ninguna exigencia de compromiso mental subjetivo con ella.

Dado que la ley no contenía una parte general en la que se indicaran requerimientos mínimos de atribución de responsabilidad en el plano subjetivo y, tampoco, definía niveles de imputación subjetiva diferenciados, los jueces tenían el poder para fijar e interpretar, respetando la tradición del precedente, el estado o compromiso mental requerido por cada delito como expresión del nivel mínimo necesario para afirmar un compromiso subjetivo con la acción y, por ende, habilitar el juicio de reproche.

Según el delito de que se tratase, en el *Common Law*, los jueces fueron exigiendo un mínimo necesario para la acreditación y prueba del citado compromiso mental con la acción u omisión injusta. Pese a que este mínimo necesario, tenía originalmente por finalidad evitar la responsabilidad objetiva y diferenciar el Derecho penal del Derecho de daños (*tort law*), con el tiempo fue percibido como un sistema excesivamente complejo y colmado de elementos de una vaguedad irreconciliable con las exigencias derivadas del principio de certeza. Es

⁶⁸ Hall, J. *GPCrimL²*, pp. 71 y ss.

más, en Estados Unidos tal concepción del aspecto subjetivo de la imputación penal era percibida como arbitraria y desajustada a las exigencias derivadas del principio de legalidad⁶⁹.

En efecto, el dolo como presupuesto del reproche y medida de la culpabilidad no estaba conceptualizado de un modo general, ni científica ni jurisprudencialmente, con criterios conocidos y reglas de aplicación aceptadas; por el contrario, quedaba entregado a la atribución de sentido de una multiplicidad de términos, palabras y frases que eran exigidas por el *Common Law* según el delito del que era objeto concreto de enjuiciamiento. Entre los múltiples términos adverbiales se suelen mencionar, por ejemplo: *maliciosamente (maliciously)*, *fraudulentamente (fraudulently)*, *con el propósito de... (with intent to...)*, *a sabiendas (willfully)*, etc.⁷⁰ En suma, más de setenta y cinco términos diferentes con criterios también diferenciados de prueba, según pudieron constatar los redactores del MPC, no podían dar contenido conceptual ni menos servir de orientación jurisprudencial, dada su excesiva generalización sobre el aspecto subjetivo del delito⁷¹.

Pese a que algunos Estados mantienen todavía en parte este sistema, en la medida que carecen de una parte general reglada o codificada que siga en estricto rigor el MPC, los delitos contenidos en las leyes penales establecen con relativa precisión los estados mentales (tipos, niveles o grados de imputación subjetiva) que deben concurrir para afirmar la imputación. Ahora bien, el reclamo por la generalizada vaguedad del aspecto subjetivo del delito es persistente, lo que genera dudas sobre la legitimidad que puede tener un sistema que, si bien no es exactamente igual

⁶⁹ Al respecto, Robinson/Dubber, «American», pp. 319-322.

⁷⁰ Sin pretensiones de exhaustividad son todavía comunes los adverbios «“intentionally”, “negligently”, “with culpable negligence”, “purposely”, “with gross negligence”, “designedly”, “with criminal negligence”, “knowingly”, “without due caution”, “deliberately”, “wickedly”, “unlawfully”, “with premeditation”, “wrongfully”, “recklessly”». LaFave, *MCrimL*⁵, p. 253. Hall, *CrimLPro*⁵, p. 50.

⁷¹ Este enfoque es denominado como «tradicional» (o del antiguo CL), en oposición al sistema estatutario (legal, codificado o moderno). Singer/La Fond, *CrimL*⁶, pp. 58 y ss.

al del *Common Law*, sigue creando *ad hoc*⁷² y *ex post facto* el contenido subjetivo de muchos delitos⁷³.

La situación indicada persiste, aunque de un modo significativamente atenuado, dado que la jurisprudencia igualmente recurre al MPC como modelo interpretativo, en el Estado de Alabama, donde si bien la ley penal establece y define categorías de un modo general, sucede que en la parte especial el legislador sigue recurriendo a las referidas formas adverbiales generales heredadas de la tradición del *Common Law*. Según *Samaha* esto provoca que muchas veces sea «imposible de revisar, mucho menos conciliar, clarificar y hacer uniformes los estados mentales»⁷⁴ señalados en el CP, ya que algunos de ellos, como ha dicho la Corte de Apelación del Estado, son términos «vagos, parcialmente definidos y, en otros, apenas enunciados»⁷⁵.

En resumen, el antiguo sistema del *Common Law* todavía no puede ser erradicado del todo. Se le ha denominado, para distinguirlo del

⁷² «Calificándola como una confusa e inconsistente aproximación *ad hoc*». *US. v. Bailey*. 444 U.S. (1980) 394.

⁷³ Robinson, Paul, «*Mens rea*», *Encyclopedia of Crime & Justice*, Macmillan Reference, New York, 2002, p. 997.

⁷⁴ Samaha, *CrimL*¹⁰, pp. 106-107.

⁷⁵ A modo de ejemplo, la jurisprudencia de Alabama sostiene que los estados mentales establecidos en su Código Penal son: «imprecise or inconclusive, unclear or ambiguous, even confusing or contradictory, or over refined with technical, obscure and often subtle, if not dubious, distinctions». Un caso emblemático acerca de la legitimidad de esta técnica legislativa, desde el punto de vista del principio de legalidad, tuvo lugar en Alabama en relación con la regulación del contenido subjetivo del tipo del delito de homicidio no intencional, cometido con motivo de la conducción de vehículos a motor y realizado sin respetar la leyes de tráfico gubernamentales, en particular, en lo referente a los permisos y las prohibiciones para el correcto control vehicular. El motivo de impugnación estuvo motivado sobre el alcance subjetivo que podía dársele a la expresión «ilegalmente» (*unlawfully*). La Corte Suprema de Alabama determinó que en esta expresión significa, únicamente, sin excusa o justificación. En consecuencia, el autor de un homicidio no intencional que conduce bajo una prohibición o sin permiso, porque este se halla retenido por una autoridad policial o caducado, no puede alegar ningún tipo de permiso fuerte o débiles (justificación o excusas); sin embargo, ello no es óbice para que en el proceso penal se deba acreditar, obligatoriamente, al menos el requerimiento mínimo para la imputación penal de este tipo de delitos que es la negligencia. *Supreme Court of Alabama v. Burnett*. 807 So. 2d (1999) 573.

método moderno, como sistema de análisis tradicional del delito, el cual es percibido como arbitrario en la medida que centra su atención en la posibilidad de poder inferir un determinado compromiso mental con el que ha obrado el acusado al momento de la acción, sin que ese nivel de imputación subjetiva se halle descrito en la ley. En cambio, como se verá, el sistema actual del MPC, define los estados mentales de cada delito y los establece también en la parte general.

A diferencia del método tradicional, el MPC establece niveles subjetivos mínimos de imputación y transforma la prueba del dolo en una cuestión de hecho. Esto ocurre desde que debe acreditarse una correlación entre los acontecimientos probados y la definición legal del elemento subjetivo, en relación con cada uno de los elementos materiales del delito de la parte especial (por así decirlo, con el tipo objetivo).

Por el contrario, el método tradicional transformaba la prueba del dolo en una cuestión de Derecho. Esto porque el debate del juicio se centraba, en un primer momento, en qué formas de imputación subjetiva eran aceptables por el precedente o por los autores para el tipo penal concreto y, en un segundo momento, la discusión se trasladaba a qué se entendía mayoritariamente en los precedentes por intención o propósito, conocimiento, temeridad o negligencia, por dar algunos ejemplos. Y, en un tercer momento, el hilo argumental del juicio giraba sobre la pregunta si en el caso concreto objeto de enjuiciamiento, podía o no darse por acreditados algunos de los elementos que, respectivamente, la acusación y la defensa consideraba constitutivos o excluyentes del nivel de imputación subjetiva objeto de específico debate.

A todo este engorroso modelo se le unía la circunstancia que, con anterioridad a la codificación penal en Estados Unidos, el sistema de imprudencia era *numerus apertus* y carecía de modo absoluto de disposiciones orientativas comunes o generales. Es más, la jurisprudencia anterior a la codificación, en algunos casos –dada la ausencia de requerimientos mínimos– aceptaba derechamente la responsabilidad objetiva agravada por el resultado, sin exigencia de prueba de ningún tipo de compromiso subjetivo con la acción.

Pese a todo lo anterior, el Derecho penal de EEUU heredó el conocido principio del Common Law que se contiene en la máxima latina: «*actus not facit reum nisi mens sit rea*», es decir: «una acción no hace a una

persona culpable a menos que la mente también lo sea»⁷⁶ y, además, podría decirse que lo llevó derechamente hasta las últimas consecuencias, a través de la consagración legal de un modelo de imputación penal que está orientado, en todo momento, desde la prueba del aspecto subjetivo de la acción.

Desde una perspectiva histórica, habría que agregar que desde la independencia de la colonias hasta la consagración del proceso codificador (a fines de los años sesenta del siglo pasado), la jurisprudencia afirmaba que de la referida expresión latina se desprendían esencialmente dos tipos de delitos: (i) *delitos con dolo genérico* y (ii) *delitos con dolo específico*.

Esta distinción tenía su origen en la tradición del Common Law que aceptaba los delitos de intención o dolo genérico, conceptualizados como *aquellos ilícitos en los que el autor quería (en sentido volitivo fuerte) realizar la acción, pero previendo las consecuencias o el resultado que podía tener lugar no, necesariamente, sí podía decirse o predicarse que el autor las había aceptado como parte integrante de la voluntad de su acción*⁷⁷.

Este último nivel de imputación subjetiva es considerado *el mínimo necesario para afirmar responsabilidad en el sistema heredado del Common Law* y, actualmente, se dice que equivale, hasta cierto punto, al conocimiento («*knowledge*») del MPC (1962). Tal como puede apreciarse, en perspectiva de Derecho comparado, se trataba de una forma amplia de dolo eventual que abarcaba desde el denominado dolo indirecto o de consecuencias necesarias, hasta el dolo eventual, entendido como previsión y aceptación del resultado.

Estos *delitos de dolo genérico* se les diferenciaban de los delitos de *dolo específico*, actualmente asimilables al propósito («*propusly*») del

⁷⁶ Ampliamente, con referencias históricas: Hall, J. *GPCrimL*², pp. 72 y ss. Se trataba, de una idea «encapsulada en la noción religiosa de voluntad viciada», Singer/La Fond, *CrimL*⁶, p.58.

⁷⁷ «*General intent is the intent to do an act but not necessarily to cause the results that occur from that act*». Scheb/Scheb, *CrimL*⁶, p. 96. «*General intent exists when from the circumstances the prohibited result may reasonably be expected to follow from the offender's voluntary act, irrespective of a subjective desire to have accomplished such result*», *Myers v. State*, 422 N. E. 2d. 745, 750. Ind. App. (1981).

MPC⁷⁸ (asimilables, hasta cierto punto al dolo directo de primer grado o intención del Derecho continental), por la circunstancia que en el antiguo Derecho colonial –donde regía el CL–, eran significativamente mayores en número y la ley, en la mayoría de los casos, se refería a ellos con palabras como «*intencionalmente*» o «*con el propósito*»⁷⁹.

En el sistema de tipificación del CL todas las categorías del aspecto subjetivo del delito eran creaciones jurisprudenciales, la ley no definía qué se entendía por el dolo, tampoco, indicaba con precisión la forma en que debía concurrir el dolo o sus formas en relación con cada uno de los elementos materiales o descriptivos del delito.

La situación descrita conducía a importantes problemas de interpretación y aplicación, entre los que se pueden mencionar los siguientes: primero, conducía a preguntas acerca si el dolo genérico podía o no ser considerado como una categoría suficiente para satisfacer el aspecto subjetivo de todos los elementos de un delito y, en particular, sobre si debía probarse, su concurrencia, respecto de cada uno de esos elementos por separado, o bien, era suficiente con una prueba general del dolo genérico; segundo, planteaba interrogantes relativas al momento del dolo, en concreto, acerca si el dolo genérico debía estar presente al momento de la acción y el resultado, o bien, si era suficiente con la concurrencia al momento de la acción, siendo suficiente con una previsión o representación de la posibilidad o probabilidad del resultado. En otros términos, la interrogante se situaba en el plano sobre si podía darse por acreditado el delito solo con la prueba de una acción dolosa que se corresponde con la infracción punible con independencia de la ocurrencia del dolo en el resultado.

⁷⁸ *Us. v. Bailey*, 444 U.S. 394 (1980).

⁷⁹ «*willfully or intentionally*», siempre en relación con una conducta que es contraria a la normas. De este modo, en el delito de incendio, descrito como «el encender fuego en un lugar prohibido», supone intencionalidad o el propósito de encender el fuego con conocimiento de que se realiza en un sitio o bajo condiciones no autorizadas. *Linehan v. State*, 476 So. 2d 1262 (1985). Se muestra, como se verá que en el CL el análisis del aspecto subjetivo del delito comienza por el nivel o requerimiento mínimo de imputación en sentido ordinario, que en este caso es una categoría que pese a su denominación como «intencionalidad» en realidad está emparejada con el dolo eventual del sistema continental.

Esta situación adquiriría especial interés en el ámbito de los delitos complejos que en el *Common Law* tenían asignada la pena de muerte como única pena, entre los que se contaban, por ejemplo, el delito de robo con homicidio, el incendio con homicidio y la violación con resultado de muerte. Aquí el problema, como puede intuirse, giraba sobre si el dolo genérico del delito base (robo, incendio, violación, etc.) era o no suficiente para tener por acreditado el homicidio e imputar el resultado de muerte. En sentido contrario, se argumentaba que si bien para la figura base podía exigirse el dolo genérico, para el resultado o consumación era exigible un dolo específico (propósito o intención)⁸⁰.

Tal como puede apreciarse la pregunta sobre el dolo genérico o específico, en el contexto del antiguo Derecho del *Common Law*, es equivalente a la interrogante sobre el dolo directo o eventual, en el ámbito del Derecho continental, en lo que a los delitos complejos se refiere. En el fondo, el modelo de *Common Law* presumía –tal como ocurría en el CP de 1973 (hasta antes de la LO 8/1983, de 25 de junio y desde el de 1848-50) en España– la voluntariedad en las acciones u omisiones, a menos que conste una prueba en contrario. De esta forma, quien realiza una conducta (incluyendo la omisión) que interesa al Derecho penal, en cuanto voluntaria y descrita en la ley, necesariamente, ha de prever o representarse la posibilidad de las consecuencias de su actuar, a menos que de las circunstancias que rodearon el acontecimiento aparezca que es evidente la existencia de un permiso fuerte o débil (dentro del que se hallaba el error como excluyente del dolo).

Esta regla fue declarada inconstitucional por la Corte Suprema de Estados Unidos en 1979⁸¹. La Corte afirma que el juez no podía instruir al jurado en el sentido que la voluntariedad de las acciones equivale a la previsión del resultado. Esta forma de argumentar en relación con el aspecto subjetivo del delito fue estimada como una *presumptio doli*, incompatible con el principio de presunción de inocencia; en consecuencia, la Corte sostuvo que al acusado no le correspondía la prueba contraria de haber actuado sin dolo, ya que el debido proceso inherente a un sistema penal adversarial exige y, también, reclama que

⁸⁰ Sobre el *mens rea* y la regla del *felony murder*, Beck, *Die vorsätzliche*, p. 41.

⁸¹ *Sandstrom v. Montana*, 442 U.S. 510, 99 S. Ct. 2450, 61 L. Ed. 2d 39 (1979).

sea el ente acusador el que acredite que el acusado ha actuado con dolo respecto de cada uno de los elementos del delito.

La doctrina del dolo genérico coincide con los sistemas imputación subjetiva que en el ámbito continental contemplan un único dolo divisible en categorías. Lo anterior, queda en evidencia desde que en los dos modelos el nivel mínimo de imputación ordinaria en el plano subjetivo, podría ser planteado como la previsibilidad o representación unida o no a la aceptación de las consecuencias del resultado. Así, con total independencia de la validez teórica de esa posibilidad, en términos de Derecho comparado, la doctrina del dolo genérico coincide en gran parte con las teorías del dolo eventual, en particular, con las de la voluntad y la representación, dado que ambas opciones era utilizadas como fórmulas alternativas para la solución de casos en los que se trataba de dar contenido al nivel mínimo de imputación subjetiva, valorativamente equivalente al dolo en sentido restringido y, al mismo tiempo, diferenciado de la imprudencia.

Esta conclusión preliminar surge de la exposición sobre la evolución y abandono de la distinción entre dolo genérico y específico en Estados Unidos.

III. Dolo específico y dolo genérico

Conforme a una definición jurisprudencial⁸² comúnmente aceptada por la doctrina americana⁸³, los delitos de dolo o intención específica («*specific intent offenses*») son aquellos que exigen y contemplan estados mentales concretos que acompañan la realización de la parte objetiva del delito. Se trata de un compromiso con la realización de la acción que va más allá del dolo genérico, es un estado mental que intensifica el contenido de lo subjetivo en relación a la conducta en sí misma considerada.

Tal como se ha indicado, la Corte Suprema había limitado significativamente el ámbito de influencia de los denominados delitos de dolo genérico, exigiendo al legislador ser más preciso en la regulación del aspecto subjetivo de los tipos penales. En este contexto, antes de la progresiva asimilación del sistema del MPC, tales delitos coexistían con estos otros que además del dolo genérico requerían la prueba de una intención específica que acompañaba la acción o resultado, o bien, iban más allá del resultado.

A partir de fines del siglo XX la legislación de Estados Unidos fue abandonado como modelo la generalización de esta bipartición del aspecto subjetivo como técnica de tipificación. En parte, ello se debió también a la progresiva asimilación de los estados mentales o niveles de imputación subjetiva descritos en el MPC (1962). Lo anterior, traerá como consecuencia la eliminación –casi en su totalidad– de los delitos que no hacían referencia a estados o niveles concretos, a este proceso se le denominó o caracterizó como la asimilación o el tránsito desde un sistema de análisis tradicional del delito hacia una visión estrictamente normativa, estatutaria o legal de la imputación subjetiva.

El sistema de análisis tradicional fue caracterizado por Singer y LaFond como «una isla de confusión en un océano de caos»⁸⁴ y estaba lejos de limitar la arbitrariedad, no ayudaba a la simplificación o mejor comprensión del sistema de imputación y mucho menos a la labor del

⁸² *State v. Bridgeforth*, 156 Ariz. 60, 750 P.2d 3, Ariz. (1988)

⁸³ Scheb/Scheb, *CrimL*⁶, p. 96.

⁸⁴ Singer/La Fond, *CrimL*⁶, p. 63.

jurado. En esta línea, el sistema del MPC (1962) contribuyó tanto a la eliminación de los delitos de dolo genérico y de dolo específico («*specific intent offenses*») ⁸⁵, como a la consagración de requerimientos mínimos para el respeto a la presunción de inocencia en su relación con el principio de culpabilidad, ello en la medida que la referencia legal a estados o niveles de imputación definidos en la parte general del Código y puestos en relación a cada delito de la parte especial, fue visto en Estados Unidos como una exigencia obligatoria de normativización del sistema para cumplir, no solo formal sino que también materialmente, con los requerimientos constitucionales de respeto al debido proceso.

El resultado de que se suprimiera la distinción entre el dolo «general y específico» supuso, entonces, modificar el análisis de los estados mentales para valorarlos en términos puramente normativos «*statutory mens rea* ». Este modelo estatutario o normativo ha creado una tradición jurisprudencial que supone el análisis de cada tipo penal en concreto sin pretensión de generalización conceptual, objetivando así la valoración de cada elemento material o jurídico del delito en relación con el aspecto subjetivo que la ley en cada caso exige.

En los códigos penales de Estados Unidos cada delito o tipo penal comprende uno o varios niveles de compromiso subjetivo (intención o propósito, conocimiento, desconsideración, ignorancia deliberada) que son definidos en la parte general, a modo de requerimientos mínimos de culpabilidad. Esos niveles son objetivados o normativizados jurisprudencialmente a través de la creación de reglas definidas y precisas de prueba inferencial, lo que posibilita una uniformidad en la solución de casos concretos.

En suma, el tránsito desde los delitos de dolo genérico y específico a los delitos con estados mentales o niveles concretos de imputación subjetiva puestos en relación con cada parte de la conducta, supuso poner en un primer plano la necesidad de disminuir las vulneraciones a la seguridad jurídica originadas en la multiplicidad de interpretaciones teóricas. A lo anterior, se le unía la posibilidad cierta que frente a la

⁸⁵ Sobre esta cuestión en relación con la regla de «más allá de toda duda razonable y principio de culpabilidad», en el Derecho de Estados Unidos, en perspectiva comparada, Fletcher, George, *Rethinking Criminal Law*, 2ª ed. Oxford University Press, New York: London, 2000, pp. 398 y ss.

ambigüedad interpretativa del tipo, el juez recurriera a la doctrina del dolo genérico, afirmando la imputación subjetiva únicamente sobre la base de la presunción de intencionalidad de la acción, apoyándose, por ejemplo, en la falta de prueba en contrario acerca del error y en una instrucción al jurado –que de excepción pasó a ser la regla general– sobre una inferencia que consistía en la representación, previsibilidad o aceptación del resultado, o bien, incluso en la mera realización de la prohibición⁸⁶.

Para evitar confusiones debe indicarse que la citada doctrina del dolo específico no se corresponde con lo que se conoce en el Derecho continental como elementos subjetivos del tipo adicionales al dolo, también, denominados tendencias internas trascendentes o intensificadas. Más bien, era demostrativa de lo que en el lenguaje ordinario se conoce como premeditación en cuanto forma más intensa de dolo⁸⁷. Sin embargo, es efectivo que algunos de los adjetivos usados en la legislación norteamericana para referirse a estados mentales especiales que se adicionan al dolo genérico, sí coincidían con las denominadas tendencias

⁸⁶ Sobre esta ambigüedad en general, LaFave, *MCrimL*⁵, p. 256.

⁸⁷ Se trata de un plus que acompaña al dolo genérico, expresado comúnmente en la ley como: «*deliberate, calculated, conscious, intended, planned, meant, studied, knowing, willful, purposeful, purposive, done on purpose, premeditated, preplanned, preconceived*». Samaha, *CrimL*¹⁰, p. 110.

En el Derecho penal español, por ejemplo, la premeditación aparecía como una suerte de dolo específico o intensificación del dolo del autor en el art. 605 del CP español de 1822 que sancionaba con pena de muerte al que cometiere «voluntariamente, con premeditación y sabiendas» un homicidio. Desde el CP de 1848 hasta el de 1973 fue considerada una circunstancia agravante genérica y específica de los delitos de asesinato y lesiones graves, indicativa del hecho de no tener vida independiente del dolo, sino más bien como una manifestación de un dolo más intenso, de un ímpetu (que en la legislación americana denomina, precisamente, como un plus). Por todos, Oneca, *DP*², p. 228, 385 y ss. La referida circunstancia fue eliminada del CP de 1995 como consecuencia de que este optó, correctamente, por desterrar de la teoría de la pena circunstancias modificatorias cuyos fundamentos se encontraban en la medida del injusto o en la culpabilidad del autor, para adoptar un sistema que entiende, precisamente, que las circunstancias modificatorias han de fundamentarse, de modo exclusivo, en la pena. González Cussac, José Luis, *Teoría General de las Circunstancias Modificativas de las Responsabilidad penal*, Universidad de Valencia: Valencia, 1988, pp. 123 y ss.

internas intensificadas. Por el contrario, los denominados ánimos no son considerados como elementos determinantes para la prueba de un delito y del aspecto subjetivo dada la influencia de una célebre tesis elaborada por Hart⁸⁸ al respecto, la que contribuyó al destierro de la teoría de los elementos subjetivos de la conducta, que pasaron a ser considerados como resabios del Derecho penal de la voluntad, entendidos como aspectos excesivamente difíciles de probar (a menos que sean obvios o evidentes), por lo que en la mayoría de los casos pasaron a ser objetivados en relación con la acción misma.

⁸⁸ Hart, H. L. A. «The Aims of the Criminal Law», *Law and Contemporary Problems*, 23 (1958), pp. 401-441.

IV. Método de análisis normativo del MPC

De acuerdo a lo expuesto, la evolución del sistema judicial y legal en Estados Unidos conllevó el abandono progresivo de la citada visión «tradicional» dando paso a una estrictamente «normativa»⁸⁹, denominada también «análisis funcional de la responsabilidad»⁹⁰. En este nuevo criterio orientativo fijado por el MPC, la imputación de un compromiso mental con la realización de la acción –también llamado culpabilidad en *sentido estricto*– es una valoración que supone la averiguación de la concurrencia de un nivel específico de compromiso subjetivo al momento de la acción desvinculado de todo juicio subsecuente⁹¹. De esta forma, lo relevante para efectos del juicio de inferencia y el proceso de atribución pasa a ser la posibilidad de imputar a un sujeto, en la situación concreta en que se encontraba, el nivel específico de *mens rea* que está establecido de modo explícito en la descripción legal de la conducta punible⁹² y no uno genérico o implícito, al que se llega por deducción lógica o formal, como ocurría en el antiguo sistema del *Common Law*.

El sistema normativo seguido por el MPC supera la distinción entre delitos de dolo genérico y específico sobre la base de asumir, por un lado, que el término «*intention*» es un estado mental que debía ser complementado por un sistema jerarquizado de imputación, con niveles claramente definidos en la ley e identificables, al menos preliminarmente, por *el sentido del lenguaje ordinario*⁹³.

⁸⁹ Singer/La Fond, *CrimL*⁶, p. 58.

⁹⁰ En el sentido de que esta parte de la ley penal cumple la función de establecer las condiciones mínimas para afirmar la responsabilidad en el plano subjetivo en relación con el quebrantamiento de normas de conducta. Robinson, Paul, «A Functional Analysis of Criminal Law», *Northwestern University Law Review*, 88:3 (1994), pp. 857-913.

⁹¹ Robinson/Cahill, *CrimL*², pp. 157 y ss.

⁹² En otro sentido, el aporte del MPC es el haber obligado al legislador a indicar en cada tipo penal qué tipo de dolo o nivel de compromiso subjetivo es requerido, en relación con cada elemento del aspecto objetivo de la descripción típica. Robinson, Paul/Grall, Jane, «Element Analysis in Defining Criminal Liability: The Model Penal Code», *Stanford Law Review*, 35 (1983), p. 683.

⁹³ *U.S. v. Bailey* 444 U.S. 394 (1980).

El sistema propuesto por el MPC sería adoptado con posterioridad también para la interpretación de las nuevas leyes penales inglesas, las que han ido derogando y substituyendo, en parte, los delitos del sistema del *Common Law* por el llamado modelo estatutario⁹⁴. Sin embargo, este modelo ha sido resistido en Inglaterra porque supone: primero, tomar una decisión legal dogmáticamente comprometida al consagrar definiciones generales y jerarquizadas de los estados mentales que pueden acompañar la realización de una acción; segundo, implica precisar en cada tipo penal cuál o cuáles de esos niveles de imputación subjetiva pueden concurrir o estar presentes para afirmar la infracción (*fault*); y, tercero, conlleva indicar en la parte especial (en cada descripción típica) cuáles de esos niveles subjetivos (descritos en la parte general) pueden concurrir y, por ende, dado que no todos los delitos contemplan los cuatro niveles comunes de imputación, tal circunstancia a veces por defecto desencadena la impunidad de las conductas en las que, pese a que pueda concurrir otro nivel genérico de imputación, no está presente alguno de los específicos niveles subjetivos indicados como una posibilidad en el respectivo tipo penal.

Lo anterior puede ser entendido más gráficamente del modo que sigue: los códigos penales contemplan y definen por lo general tres niveles de imputación subjetiva ordinaria (intención, conocimiento, desconsideración o indiferencia) y una forma de imputación extraordinaria (negligencia). A su vez, en la parte especial cada delito establece uno o varios niveles de compromiso subjetivo o mental con la acción, por ejemplo, pueden contemplar en relación con las agresiones sexuales que estas son punibles si se realizan en conocimiento o indiferencia de la posibilidad que el otro interviniente no esté prestando su consentimiento al acto sexual. Ahora bien, en cuanto a una forma específica de agresión sexual podría exigirse, concretamente, la intención (nivel más intenso) como, por ejemplo, con la violencia en cuanto medio de comisión de las agresiones sexuales. El asumir el sistema del MPC conlleva que no puedan ser calificadas como agresiones sexuales violentas todas aquellas acciones sexuales en las que no concurre la intención, por ejemplo, los actos sexuales en los que el sujeto actuó de modo indiferente frente a la posibilidad de que la víctima se sintiera

⁹⁴ Moore, *Placing Blame*, pp. 15 y ss.

intimidada (violencia psicológica), aunque del contexto pueda desprenderse que esto era obvio. Para evitar este problema, las legislaciones recurren cada vez con mayor regularidad a una cláusula genérica de cierre para cada delito y en ella se indica el nivel mínimo de imputación subjetiva en sentido ordinario⁹⁵.

El MPC establece bajo la denominación «requerimientos generales de culpabilidad», cuatro niveles de imputación subjetiva (culpabilidad en sentido restringido) que justifican la reprochabilidad (culpabilidad en sentido amplio) y, al mismo tiempo, precisan la intensidad o medida de esta en orden decreciente. Es decir, que a diferencia del sistema continental donde las formas de dolo (imputación subjetiva en sentido ordinario), no tienen asignada intensidades diferenciadas de pena, en el MPC de Estados Unidos, cada nivel de imputación subjetiva ordinaria (culpabilidad en sentido estricto), implica y conlleva una intensidad diferenciada de reprochabilidad (culpabilidad en sentido amplio) y, con ello, diferentes intensidades de pena. De ahí que se diga que el sistema del MPC es un modelo esencialmente subjetivista, en la medida que antepone al análisis de cada uno de los elementos del delito el correspondiente nivel de imputación subjetiva. En otros términos, a diferencia del sistema continental que se plantea como un modelo de análisis objetivo-subjetivo, el MPC de Estados Unidos y, también, todos los sistemas anglosajones son modelos subjetivo-objetivos.

La sección correspondiente del MPC es la siguiente:

«§ 2.02 *Requerimientos generales de culpabilidad.*

(1) *Requerimientos mínimos de culpabilidad.* Con excepción de lo preceptuado en la sección 2.05, una persona no es culpable de un delito a menos que se haya actuado con propósito, conocimiento, desconsideración (indiferencia) o negligencia, lo que la ley puede requerir con respecto a cada elemento material del delito»⁹⁶.

⁹⁵ Sobre esto, especialmente, Robinson, «*Mens rea*», p. 997.

⁹⁶ MPC (1962) § 2.02: «General Requirements of Culpability

Tal como se ha indicado, los redactores del MPC pretendieron apartarse del concepto clásico de *mens rea* para consagrar una categoría puramente normativa que diera contenido al aspecto subjetivo de la conducta, ella se conoce como culpabilidad en sentido restringido, cuyo contenido es coincidente en líneas generales con el denominado «tipo subjetivo o contenido subjetivo del injusto», del Derecho alemán y español, diferenciado, por cierto, del Derecho italiano que por disposición legal expresa ha optado por mantener los estados mentales que acompañan el aspecto subjetivo de la conducta en la culpabilidad.

Al respecto, otro alcance terminológico parece aquí necesario: en el Derecho americano la expresión «culpabilidad» se utiliza como sinónimo de *mens rea* (coincidente con la visión tradicional que diferenciaba el dolo general y específico), pero en la mayoría de los casos cuando se recurre a ella se hace con la finalidad de expresar lo que se denomina análisis de los elementos del delito en relación con los estados mentales indicados en el §2.02 MPC, es decir, lo que aquí se ha denominado culpabilidad en sentido restringido («*culpability*»).

En otros casos, también se le llama culpabilidad en sentido amplio («*blameworthiness*») y con ella se hace mención al juicio de reproche que trae aparejada la legitimación de la imposición de una pena. Sin embargo, en la actualidad, la citada «culpabilidad en sentido amplio» ha quedado prácticamente vacía en el Derecho norteamericano, en la medida que ha pasado a estar integrada casi exclusivamente por la imputabilidad. Este es el motivo por el cual ha sido sustituida por la expresión reprochabilidad («*blameworthiness*») y, por ello, «el sentido de ambos tipos de culpabilidad y de *mens rea* debe ser interpretado de acuerdo al contexto en que se utiliza»⁹⁷.

El MPC exige que la prueba de la imputación subjetiva se realice respecto de todos los elementos materiales del delito⁹⁸. Ahora bien, en la parte especial es posible, como se ha dicho, que los delitos hagan

Minimum Requirements of Culpability. Except as provided in Section 2.05, a person is not guilty of an offense unless he acted purposely, knowingly, recklessly or negligently, as the law may require, with respect to each material element of the offense».

⁹⁷ Robinson, «*Mens rea*», p. 996.

⁹⁸ MPC (1962) § 2.02 (1)

referencia a distintos niveles de compromiso subjetivo como exigencias mínimas para la adscripción de la acción y, también, es factible que se guarde silencio⁹⁹. En este caso, el MPC establece que, en primer lugar, deberá determinarse conforme a la ponderación de la prueba si el sujeto actuó con propósito, conocimiento o desconsideración y, en un segundo lugar, establecer si ese concreto nivel de imputación acreditado puede ponerse en relación con los elementos materiales del respectivo tipo penal. Así, el MPC dispone lo siguiente:

«§2.02 (3) *El requerimiento de culpabilidad es necesario a menos que se disponga otra cosa.*

Cuando la culpabilidad suficiente o la establecida en un elementos materiales del delito no se encuentre prescrita por la ley, en cada elemento del delito deberá acreditarse si una persona actuó con propósito («*purposely*»), conocimiento («*knowingly*») o desconsideración –indiferencia– («*recklessly*») con respecto al mismo»¹⁰⁰.

Esta norma pretendía establecer una guía para el caso en que la parte especial guardara silencio sobre el nivel de imputación subjetiva requerido para afirmar la culpabilidad en sentido restringido. Al mismo tiempo, este precepto constituye una revisión de la referida teoría del dolo genérico del Common Law, en el sentido que indirectamente erradica del sistema la tesis del dolo genérico para el caso del silencio. El MPC exige, en cambio, algunos de los tres niveles de imputación subjetiva ordinaria.

En efecto, frente al silencio del respectivo precepto de la parte especial el acusador deberá probar que el acusado obró con alguno de esos tres niveles o estados mentales, siendo suficiente con la desconsideración o indiferencia. Dado que se trata de un sistema jerarquizado de niveles de imputación ella opera como el nivel mínimo

⁹⁹ Robinson, «*Mens rea*», p. 997.

¹⁰⁰ MPC (1962) § 2.02: «General Requirements of Culpability.

(3) Culpability Required Unless Otherwise Provided. When the culpability sufficient to establish a material element of an offense is not prescribed by law, such element is established if a person acts purposely, knowingly or recklessly with respect thereto».

de imputación subjetiva ordinaria por defecto¹⁰¹. Lo anterior, a menos que de la ley aparezca lo contrario y no sea exigible la prueba de ningún nivel como ocurre con los denominados *strict liability offenses* (delitos de responsabilidad estricta).

En este contexto, el MPC considera la circunstancia que el legislador pueda contemplar, para cada delito, más de un nivel de culpabilidad, pero sin precisar la relación que debe probarse entre el concreto nivel de imputación subjetiva y el elemento material correspondiente. Para evitar este problema se incluyó una norma para los casos en que se constate esta ambigüedad, requiriéndose, entonces, que el elemento subjetivo debe ser acreditados en relación a cada uno de los elementos materiales del tipo penal, a menos que aparezca o sea deducible una interpretación en sentido contrario¹⁰². Esto se regula en el MPC, del modo siguiente:

«Sección 2.02 (4) *La obligatoriedad del requerimiento de culpabilidad es aplicable a todos los elementos materiales.* En los casos en que la ley define un delito prescribiendo un tipo de culpabilidad que es suficiente para la realización del hecho, sin distinguir entre los elementos materiales del mismo, tal provisión se

¹⁰¹ Acerca de la cláusula relativa al silencio de la culpabilidad los redactores establecieron que el propósito y el conocimiento como formas de imputación subjetiva debían ser exigidas de modo expreso (por lo que constituyen los niveles básicos de imputación ordinaria), excepcionalmente, la negligencia puede ser una forma básica de responsabilidad penal pero debe ser explícita. Al respecto, los comentarios al MPC (1962) § 2.02.

¹⁰² Esta cláusula se estableció como una forma de dar respuesta a casos en los que el legislador establecía requerimientos ambiguos de culpabilidad. Con ello, se intentó superar una técnica de tipificación en la que junto con la conducta se mencionaban una serie de estados mentales cuyo contenido conceptual muchas veces era incierto e intercambiable, por ejemplo, en las leyes anteriores al MPC era usual el tipificar del modo que sigue: «el que maliciosamente, a sabiendas, de propósito o con conocimiento o intención, causare un daño a la propiedad». El MPC limita el número de estados mentales y define su contenido y, además, establece qué sucede si el legislador guarda silencio sobre este punto. En efecto, el nivel mínimo de responsabilidad es la temeridad y ella se satisface no solo en los casos en que el autor ha actuado temerariamente, sino que, también por cierto en lo supuestos en que se acredita que obró de modo intencional o con conocimiento. Véase, MPC (1962) § 2.02(5)

aplicará a todos los elementos materiales del delito, a menos que claramente aparezca que ha sido usado en un sentido contrario»¹⁰³.

Dos asuntos más son aquí de interés por el momento: el primero, es dar un ejemplo de esta técnica de regulación de la imputación subjetiva considerado que es el aporte más significativo del sistema de Estados Unidos al Derecho penal y, la segunda, es mostrar cómo define el MPC los respectivos niveles de imputación indicados *supra*, sin perjuicio de volver sobre ellos al momento de tratar la pragmática jurisprudencial referida al contenido y límites del dolo.

En cuanto al primer punto, solo con finalidades didácticas se hará mención a la regulación de (i) la forma básica de homicidio («*maughlauer*») en el CP de Kentucky y la compararé con (ii) la forma básica del tipo de homicidio del CP español (1995).

(*ver página siguiente..*)

¹⁰³ MPC (1962) § 2.02: «General Requirements of Culpability.

(4) Prescribed Culpability Requirement Applies to All Material Elements. When the law defining an offense prescribes the kind of culpability that is sufficient for the commission of an offense, without distinguishing among the material elements thereof, such provision shall apply to all the material elements of the offense, unless a contrary purpose plainly appears».

(i) CP de Kentucky (2015)	(ii) CP español (1995)
<p>§507.030 Manslaughter in the first degree.</p> <p>(1) A person is guilty of manslaughter in the first degree when:</p> <p>(a) With intent to cause serious physical injury to another person, he causes the death of such person or of a third person;</p> <p>(b) With intent to cause the death of another person, he causes the death of such person or of a third person under circumstances which do not constitute murder because he acts under the influence of extreme emotional disturbance, as defined in subsection (1)(a) of KRS 507.020; or</p> <p>(c) Through circumstances not otherwise constituting the offense of murder, he or she intentionally abuses another person or knowingly permits another person of whom he or she has actual custody to be abused and thereby causes death to a person twelve (12) years of age or less, or who is physically helpless or mentally helpless.</p>	<p>Artículo 138.</p> <p>1. El que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años.</p>

En relación con (i) si quiero saber a qué se refiere el término *intención* indicado en el §507.030 (1) (a) debo poner en relación el contenido material de dicho precepto, esto es, las circunstancias materiales objetivas utilizadas aquí para describir la acción, con la definición general que del *intent* realiza el Código Penal de Kentucky, sistema que se complementa

en relación con algún término o alcance aplicativo con la interpretación jurídicamente obligatoria emanada del sistema de precedentes. En cambio, en (ii) resulta evidente no solo que la definición es escueta sino que no hay precepto alguno de la parte general del CP español que permita darle un contenido subjetivo a los niveles de imputación con los que se puede cometer un homicidio, sin perjuicio, de la genérica referencia al dolo o la imprudencia. Ahora bien, alguien podría objetar que se dispone de un concepto de dolo emanado de una relectura del sentido negativo que se le puede otorgar al error de tipo, de modo que dicho concepto integraría la interpretación de la norma penal. Entonces, el dolo del delito de homicidio estaría dado por el conocimiento de los elementos del tipo y en este caso «conocer que se realiza la acción de matar a otro». Sin embargo, esta referencia parece demasiado abierta y ambigua si se la pone en relación con otras normas, en especial, si se pretende explicar la diferencia entre el acto de matar y el acto de lesionar gravemente.

No ocurre lo mismo en el Derecho norteamericano, donde sí puede extraerse una regla como consecuencia de la lectura del citado §507.030 (1) (a). Aquí resulta exigible un nuevo cuadro comparativo que permite mostrar la complejidad que existe al intentar explicar el contenido del dolo, recurriendo solo a la interpretación literal e incluso lógica de las normas del CP español (1995) en contraste con la simpleza del CP de Kentucky (2015):

CP de Kentucky (2015)	CP español (1995)
<p>501.020 Definition of mental states.</p> <p>The following definitions apply in the Kentucky Penal Code:</p> <p>(1) "Intentionally" -- A person acts intentionally with respect to a result or to conduct described by a statute defining an offense when his conscious objective is to cause that result or to engage in that conduct.</p>	<p>Artículo 14.</p> <p>1. El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente.</p>

La influencia del MPC (1962) ejemplificada aquí con el CP de Kentucky (2015) es manifiesta. Conforme se ha indicado, el ordenamiento de Estados Unidos abandonó el sistema que prefería una absoluta ausencia de conceptos legales sobre los niveles de imputación subjetiva, con la finalidad de restringir la interpretación con la pretensión de restringir la inseguridad jurídica que produce una interpretación entregada a los excesos de refinamiento dogmático o a la arbitrariedad de los jueces.

V. Los niveles de imputación subjetiva del MPC

La opción asumida por el MPC en orden a abandonar el sistema de ausencia de definiciones de los niveles de imputación subjetiva estados mentales es, como se ha dicho, considerado como uno de los aportes más significativo del MPC al Derecho anglo-americano. La manifestación concreta de este modelo metodológico consiste en establecer y conceptualizar con precisión cuatro niveles, denominados en el §2.02 (2) como «tipos de culpabilidad». El precepto distingue entre: a) el propósito; b) el conocimiento; c) la desconsideración o indiferencia; y, c) la imprudencia.

Cada uno de los niveles o tipos de culpabilidad en sentido restringido, es conceptualizando del modo que sigue:

1. Propósito (Purposely)

El nivel más intenso de compromiso subjetivo con la acción se denomina propósito, es coincidente, en términos generales con la noción de dolo del Derecho alemán e italiano, o bien, con la idea de dolo directo del Derecho español. Al definición que de esta categoría entrega el §2.02 (2)(a)(i) del MPC (1962), es la siguiente:

«§ 2.02:

(2) (a) Propósito

Un sujeto actúa con propósito con respecto a los elementos materiales del delito:

Si el elemento envuelve la naturaleza de su conducta o el resultado de ésta, este es su preciso objeto para tomar parte en una conducta de esa naturaleza o para causar tal resultado; y,

Si el elemento envuelve las circunstancias concomitantes, es consciente de su existencia o sus contextos, o cree o espera que ellas concurren»¹⁰⁴.

Este nivel no se comprende sin el siguiente el cual se denomina conocimiento y respecto del cual hay que tener en consideración: primero, que en los delitos en los cuales se exige este nivel (conocimiento), el requerimiento de imputación subjetiva se entiende acreditado o probado si concurre el propósito; segundo, que el conocimiento es un nivel menos intenso de compromiso subjetivo con la acción, lo que se refleja en la intensidad de la pena; y, tercero, que, como se verá más adelante, en los casos en que la ley guarda silencio sobre los niveles de responsabilidad el conocimiento puede ser entendido como el requerimiento mínimo, aunque la desconsideración o indiferencia y la denominada «ceguera voluntaria» (*willful blindness*), suelen ser considerados como niveles de imputación subjetiva mínimos o por defecto, en algunos delitos.

Sucede que el MPC contempla la indiferencia o desconsideración (*recklessness*) como categoría de imputación subjetiva mínima por defecto de señalamiento de otro nivel de modo expreso, pero la Corte Suprema de Estados Unidos ha indicado, en algunos casos, siguiendo las legislaciones de los estados que el nivel mínimo es el conocimiento, divorciándose así, al menos en este punto, del sistema propuesto por el MPC. Otro aspecto importante de esta categoría es que constituye, en el fondo, una especificación del contenido que puede asumir el dolo en algunos delitos que son de mera actividad o instantáneos y, por ende, no exigen ningún tipo de resultado. En la práctica, tal como se observará,

¹⁰⁴ MPC (1962) § 2.02:

« (2) (a) Purposely.

A person acts purposely with respect to a material element of an offense when:

(i) if the element involves the nature of his conduct or a result thereof, it is his conscious object to engage in conduct of that nature or to cause such a result; and

(ii) if the element involves the attendant circumstances, he is aware of the existence of such circumstances or he believes or hopes that they exist».

existe un cuestionamiento y una ardua discusión relativa a los límites de esta categoría tanto en su relación con el propósito como en lo que a la distinción con la indiferencia se refiere. En cuanto al primer aspecto, interesa por el momento destacar que la discusión se origina porque, conforme al MPC, una persona que causa un resultado ha actuado con propósito de realizar la acción si «ella conscientemente se proponía el resultado, cualquiera fuere la posibilidad de que ocurriera» y, al mismo tiempo, se afirma que alguien actúa con conocimiento «si ese resultado es una consecuencia prácticamente segura de su conducta, con independencia de la intención o los propósitos del sujeto en relación con el resultado ocurrido», por lo que el límite ha sido calificado de difuso.

En relación con el segundo aspecto, esto es, el límite inferior del conocimiento con la desconsideración o indiferencia se hará una exposición en detalle en la tercera parte de este trabajo.

2. Conocimiento (Knowingly)

Conforme al § 2.02 (2) (b) del MPC (1962), la definición del conocimiento es la siguiente:

MPC (1962) § 2.02:

«(2) (b) Conocimiento

Un sujeto actúa con conocimiento en relación a los elementos materiales del delito:

Si el elemento abarca la naturaleza de su conducta o las circunstancias concomitantes, él es consciente que su conducta es la esencia o la causa por la que semejantes circunstancias existen; y,

Si el elemento que abarca el resultado de su conducta, él es consciente de que este era una consecuencia prácticamente segura de que su comportamiento causaría el resultado»¹⁰⁵.

¹⁰⁵ MPC (1962) § 2.02:

«(2) (b) Knowingly.

A person acts knowingly with respect to a material element of an offense when:

(i) if the element involves the nature of his conduct or the attendant circumstances, he is aware that his conduct is of that nature or that such circumstances exist; and

La diferencia entre el propósito y el conocimiento es, como explica Robinson¹⁰⁶, que en el actuar con propósito en relación con el resultado el sujeto tiene como objetivo preciso causar un resultado concreto mientras que, en el actuar con conocimiento con respecto al resultado, el sujeto no tiene por objetivo preciso causar un resultado, pero este es prácticamente seguro y se presenta como consecuencia natural de la conducta que realiza.

Una interesante novedad del MPC (1962) en relación a las leyes del Common Law (también, por cierto, en lo que a la tradición del Derecho continental se refiere) es la incorporación, de modo expreso en la ley por parte de los códigos penales de Estados Unidos, de un tercer nivel de imputación subjetiva denominado «*recklessness*». El MPC (1962), denomina a esta categoría como «*recklessly*». Aquí la hemos traducido como desconsideración o indiferencia, pero en realidad no hay una palabra precisa en español que pueda definir su contenido, en la medida que la traducción literal como «temeridad» puede prestarse a equívocos, ya que es una conducta que sobrepasa la negligencia o imprudencia temeraria del Derecho continental, porque representa una verdadera indiferencia consciente frente a los riesgos o peligros inherentes que conlleva la acción; es también un compromiso con la probabilidad del resultado lesivo valorado objetivamente. Así, a diferencia del dolo eventual del Derecho continental con el que suele emparentarse no exige momento volitivo alguno, ni precisa de la prueba de la aceptación del resultado. En la parte tercera del presente trabajo, volveremos sobre este punto, ya que como puede advertirse es una categoría que podría ser emparentada, aunque no del todo, con la teoría de la probabilidad. La diferencia está en que mientras *recklessly* es una expresión del lenguaje ordinario en inglés, por cuanto con ella se designa, adscribe o imputa a alguien la realización de un acto con *recklessly*. En cambio, en español o alemán no existe una palabra en el lenguaje de uso común y cotidiano en el lenguaje (aunque, sea usual buscar por parte de la doctrina una

(ii) if the element involves a result of his conduct, he is aware that it is practically certain that his conduct will cause such a result».

¹⁰⁶ Robinson, «United States», p. 574.

equivalente, ya sea con la «temeridad» del español¹⁰⁷, o bien, con la «*leichtsinn*» del alemán)¹⁰⁸.

3. Desconsideración o Indiferencia (Recklessly)

MPC (1962) § 2.02:

«(2)(c) Desconsiderada o Indiferentemente

Una persona actúa indiferentemente respecto a los elementos materiales del delito cuando conscientemente desatiende un riesgo sustancial e injustificado sobre la existencia de los elementos materiales o que serán el resultado de su conducta.

El riesgo debe ser de una naturaleza o grado que, considerando la naturaleza o el propósito de la conducta del autor y las circunstancias conocidas por éste, su desconsideración implique una grave desviación del estándar de conducta que una persona respetuosa de las normas podría haber previsto en la situación en que se encontraba el autor»¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Por ejemplo, Torío tradujo la expresión como temeridad con toda la carga crítica que ello supone, en términos de supuesta pretensión expansiva de la imprudencia. Torío López, Ángel, «Teoría cognitiva del dolo y concepto de temeridad (recklessness)», *Universitas Vitae, Libro Homenaje a Ruperto Núñez Barbero*, Pérez Álvarez (dir.) Universidad de Salamanca, 2007, pp. 837, 839 y ss.

¹⁰⁸ En la versión alemana de su manual Jakobs utiliza expresamente esta palabra como sinónima de *recklessness* (aunque recurre a ella en varias partes, en especial, para la responsabilidad del partícipe en la autoría mediata) y, precisamente, lo hace para criticar a quienes han propuesto en Alemania la tripartición del elemento subjetivo del tipo y la incorporación de esta categoría al modo del Derecho anglosajón (en general). Jakobs, Günther, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre Lehrbuch*, Walter de Gruyter, Berlín, 1991, Abschnitt 8/22, p. 270 (en especial, la nota 45). Propuso, en su oportunidad, la tripartición y la adopción del sistema de imputación subjetiva del Derecho anglosajón, Weigend, Thomas, «Zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit», *ZStW*, 93 (1981), pp. 657 y ss.

¹⁰⁹ MPC (1962) § 2.02:

«(2) (c) Recklessly.

A person acts recklessly with respect to a material element of an offense when he consciously disregards a substantial and unjustifiable risk that the material element exists or will result from his conduct. The risk must be of such a nature and degree that,

La diferencia entre el conocimiento e indiferencia (o desconsideración)¹¹⁰, en cuanto a niveles de imputación se refiere, está dada por la circunstancia que en el conocimiento el resultado es una *consecuencia prácticamente segura* de la conducta, mientras que en el segundo, esto es, la indiferencia el sujeto realiza una acción solo con conocimiento de un riesgo sustancial de producción del resultado (no se precisa de un grado de certeza). La *recklessness* es el nivel más bajo de imputación ordinaria en el modelo del MPC y conlleva una pena sensiblemente menor en comparación con los otros dos niveles superiores de imputación subjetiva (propósito y conocimiento)¹¹¹.

4. Negligencia (Negligently)

El último nivel de imputación subjetiva que consagra el MPC (1962) es la negligencia:

MPC (1962) §2.02:

«(2) (d) Negligentemente

Una persona actúa negligentemente con respecto a los elementos materiales del delito cuando debía estar consciente de un riesgo sustancial e injustificado sobre la existencia de los elementos materiales o del resultado a partir de su conducta. El riesgo debe ser de tal naturaleza y grado que el autor haya fallado en percibirlo, considerando la esencia y el propósito de su conducta y las circunstancias conocidas por él, conlleva una desviación grave del estándar de cuidado que una persona razonable habría observado en la situación del autor»¹¹².

considering the nature and purpose of the actor's conduct and the circumstances known to him, its disregard involves a gross deviation from the standard of conduct that a law-abiding person would observe in the actor's situation».

¹¹⁰ Así la traduce al alemán (*leichtfertigkeit*), Weigend, «Zwischen Vorsatz», pp. 294 y ss.

¹¹¹ Robinson, «United States», p. 574.

¹¹² MPC (1962) § 2.02:

« (2) (d) Negligently.

Tal como se desprende la simple lectura de este precepto el MPC considera este nivel como una categoría que bordea el límite con lo que en el Derecho continental se conoce como negligencia o imprudencia inconsciente. Esto porque la desconsideración conlleva el conocimiento de la existencia de un riesgo sustancial en relación con la producción del resultado, riesgo que se valora desde una perspectiva puramente objetiva, teniendo en consideración los conocimientos generales de una persona común, situada en la posición del autor. Mientras que la negligencia del sistema anglosajón es un nivel de imputación que si bien exige un riesgo sustancial en relación con el resultado, el sujeto no actúa teniendo en consideración la existencia del riesgo, porque lo que se imputa es el incumplimiento del deber de advertencia de riesgos que resultaban evidentes o razonables para el autor, teniendo en consideración sus conocimientos personales, a diferencia de lo que ocurre con la indiferencia que recurre a un estándar no individual, sino que general para la valoración del comportamiento.

Así, en los siguientes ejemplos (i) consistiría en un supuesto de *recklessness* mientras que (ii) consistiría en un caso de imprudencia:

(i) Conducir bajo la lluvia a exceso de velocidad y adelantar en la carretera en lugares no autorizados.

(ii) Conducir sin revisar previamente las condiciones mecánicas en que se encuentra un coche.

Con la tripartición de los niveles de imputación subjetiva ocurre, como puede verse, algo particularmente interesante y que en su oportunidad destacara Torío¹¹³, esto es, que el citado tercer nivel tiende a abarcar los casos de imprudencia consciente del sistema continental

A person acts negligently with respect to a material element of an offense when he should be aware of a substantial and unjustifiable risk that the material element exists or will result from his conduct. The risk must be of such a nature and degree that the actor's failure to perceive it, considering the nature and purpose of his conduct and the circumstances known to him, involves a gross deviation from the standard of care that a reasonable person would observe in the actor's situation».

¹¹³ Torío López, «Teoría cognitiva», p. 839.

relegando la imprudencia al caso que menos aplicación tiene: la forma inconsciente de la misma¹¹⁴.

Pese a lo anterior, a modo de resumen, puede decirse que uno de los aportes más relevantes del MPC es el haber limitado las formas de imputación subjetiva reduciéndolas a cuatro niveles precisos: tres ordinarios (propósito, conocimiento y desconsideración) y uno extraordinario (la imprudencia).

En este sistema el propósito y el conocimiento son las dos formas clásicas del dolo directo, indirecto o de consecuencias necesarias del sistema continental. Sin embargo, la coincidencia es de contenido conceptual y hasta cierto punto terminológica, pero no aplicativa. Esto porque el conocimiento del sistema anglosajón era en el Derecho del Common Law la forma básica de imputación subjetiva ordinaria y conlleva una intensidad de pena equiparada al propósito o intención. Tal como se verá en la tercera parte de este trabajo, los tribunales han extendido la regla de aplicación del conocimiento, abarcando también formas que son más propias de la indiferencia o desconsideración, como ocurre con la doctrina del dolo oblicuo y la ignorancia deliberada. La asimilación de la *praxis* del sistema jurídico penal, en todo el mundo anglosajón, de estas dos categorías al conocimiento y no la indiferencia o desconsideración se explica porque la última tiene una pena menor.

En términos de ficción de Derecho comparado, lo que ocurre en los sistemas anglosajones que han asimilado los niveles del MPC es lo siguiente: supongamos que en el Derecho penal español el CP español contemplara un sistema de imputación subjetiva con una pena equivalente para el dolo directo y el dolo de consecuencias necesarias (nivel nº 1) y diferenciada para el eventual (nivel nº 2), los tribunales españoles extenderían la aplicación del dolo de consecuencias necesarias para así sancionar con penas más intensas, pese a que la imprudencia queda relegada casi a la modalidad inconsciente. Pues, es esto lo que ocurre con la doctrina del *oblique intent* en Inglaterra y la interpretación cada vez más restrictiva de la *recklessness*, como se verá en la tercera parte.

Este es el esquema de atribución de responsabilidad en el plano subjetivo que ha sido adoptado, con algunas leves variaciones, por la

¹¹⁴ Especialmente, Weigend, «Zwischen Vorsatz», p. 286.

mayoría de los países que heredaron el modelo del Common Law. Tanto es así, que incluso en Inglaterra el MPC ejerce en este plano una enorme influencia interpretativa, la que se expresaría más adelante en la serie de intentos de codificación para Inglaterra y Gales a los que se hará mención en el apartado que sigue¹¹⁵.

Los citados cuatro niveles son los únicos que contempla y define el MPC (1962), prescindiendo totalmente del sistema del *CL* donde, como se ha advertido, se establecía una bipartición del nivel más alto de compromiso subjetivo con la realización de la acción, distinguiendo, en consecuencia, dos niveles de dolo genérico y específico (propósito y conocimiento, respectivamente), los que coexistían con una multiplicidad de estados mentales.

Existe un relativo consenso académico sobre la certeza jurídica que ha otorgado este sistema, el cual ha servido para acabar con la ambigüedad que suponía el entregar la determinación del contenido conceptual de los estados mentales a la doctrina y jurisprudencia. Se trata de un sistema asentado, que cuenta al menos con medio siglo de desarrollo pragmático y que pretende ser expresión de una opción metodológicamente comprometida en términos dogmáticos con el principio de legalidad.

¹¹⁵ Robinson, «*Mens rea*», p. 999.

B. Inglaterra

I. Aspectos generales

El Derecho penal inglés no cuenta con un Código Penal o con una ley penal que establezca principios generales o un sistema aplicable a todos los delitos. Se entiende que adoptar tal opción metodológica supondría inmovilizar una rama del Derecho que debe ser el resultado o la consecuencia de un preciso y determinado momento histórico, social y político¹¹⁶. Esta afirmación suele ponerse en contraste con la visión positivista del Derecho que entiende que al menos existe un núcleo o una forma básica que no es un Derecho en movimiento (*law in motion*) y, por ende, puede codificarse, entregándole, no a los ciudadanos en el proceso penal, sino que al soberano la función de definir los delitos en la ley penal. Tal aproximación implica, al mismo tiempo adoptar una concepción científica del Derecho, en la medida que este modelo asume que son los juristas los que tienen por misión el descubrir de un modo completo y exacto el contenido de las normas¹¹⁷.

En el sistema político-jurídico de Inglaterra el principio del *rule of law* todavía juega un papel central en este plano. Conforme a este principio, a diferencia de lo que ocurre en los sistemas continentales, el control sobre la creación del Derecho se entrega a los órganos de representación ciudadana que se organizan a través de un conjunto complejo de

¹¹⁶ La historia de la evolución del Derecho Penal en Inglaterra es un tema que no se puede comprender sin referencias a la evolución del sistema político, religioso y económico. A diferencia del sistema alemán que suele presentarse como la evolución abstracta de la «depuración de las ideas del pensamiento racional», el desarrollo teórico en Inglaterra está plasmado, derechamente, en la dimensión de aplicación del Derecho (*law in motion*), los casos son la consecuencia de la necesidad histórica, económica, filosófica y moral de debatir en el proceso penal la criminalización y los límites al poder penal. En este plano, es fundamental la obra de Fitzjames, James, *A History of the Criminal Law*, V. I, MacMillan, London, 1983, pp. 51 y ss.

¹¹⁷ Críticamente, por ejemplo, Wells, Celia/Quick, Oliver, *Reconstructing Criminal Law Text and Materials* (Lacey, Wells and Quick), 4ª ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2010, pp. 4-5.

instituciones. Ello se traduce en que todo proceso supone o puede implicar un cuestionamiento a la legitimidad de una regla, conlleva la posibilidad de su inaplicabilidad al calificarla como injusta producto de la existencia de una serie de controles verticales y horizontales que se estiman como necesarios para la legitimidad y actualidad de la atribuibilidad de significado a comportamientos en relación con los intereses sociales.

Se trata de un sistema complejo de controles que se terminó de moldear, así como lo conocemos, en los siglos XVII y XVIII con la finalidad de combatir el absolutismo legal, entendido como la expresión de leyes violentas, represivas de los Derechos de las personas y con penas consideradas injustas. Este fue el modelo que el Derecho inglés eligió como respuesta a la necesidad de certeza jurídica y humanidad de las sanciones.

En contraste, el Derecho continental europeo expresó esa necesidad a través de la consagración de códigos penales en el siglo XIX. En este ámbito cultural, el Estado absoluto desapareció como una consecuencia del establecimiento de límites a su propia soberanía, lo que en el ámbito penal conllevó la consagración del principio de legalidad y la humanidad de las penas, a lo que se le unió un proceso penal con reglas y limitaciones claras en cuanto al control de legalidad en la producción de la prueba¹¹⁸.

Este último camino, en el sentido de opción técnico-metodológica de respuesta al problema de la seguridad jurídica y limitación a la arbitrariedad, también fue discutido en Inglaterra durante los siglos XIX y XX. Así, la idea de la certeza jurídica fue puesta en relación con el principio de utilidad, lo que llevó a Bentham¹¹⁹ a principios del siglo XIX

¹¹⁸ Un interesante texto que describe la formación del Derecho inglés moderno lleva un nombre irónico para referirse a la comprensión de la participación ciudadana y de las instituciones en lo que al rule of law se refiere: Brewer, John/Styles, John, *An Ungovernable People: The English and Their Law in the Seventeenth and Eighteenth Centuries*, Hutchinson, London, 1980.

¹¹⁹ «A Code of Law is like a vast forest; the more it is divided, the better it is known», Bentham, Jeremy, «General View of a Complete Code of Laws», *The Works of Jeremy Bentham*, v. III, Published under the Superintendence of his Executor John Bowring, London, 1838, pp. 157 y ss.

a proponer la necesidad que Inglaterra contara con una legislación codificada y abandonara el sistema del Common Law que es el antecedente remoto del actual Derecho inglés.

En efecto, el Common Law es aquella parte del Derecho actual que no es el resultado de la legislación parlamentaria, sino que estatuye a partir de las «leyes» que se originaron como consecuencia de las sentencias dictadas por «las *Royal Courts* después de la conquista normanda. Estas decisiones de los jueces fueron recopiladas y publicadas, y con el tiempo comenzaron a ser citadas en los casos subsecuentes ante las Cortes. Esto conllevó el desarrollo de la doctrina del precedente»¹²⁰, que les otorgó aplicación general y convirtió en vinculantes estas sentencias para la decisión de los casos.

En lo que al desarrollo histórico del Derecho penal se refiere, la mayoría de los delitos graves (*felonies*) fueron consagrados por el sistema de precedentes entre los siglos XII y XIX. La fijación del contenido de los denominados delitos menores (*misdemeanours*), fue entregado a los jueces desde el siglo XIV y a la *Court of Star Chamber* abolida en 1641¹²¹.

Sin embargo, este modelo ha sufrido en el último tiempo, en especial, desde fines del siglo XIX importantes cambios. El principal ha sido la creación de delitos en leyes especiales (denominados *statutes offences*), que han ido derogando paulatina, aunque no totalmente, el sistema de delitos del Common Law que ha quedado reducido a tan solo veinte

Más adelante, expresa la relación que existe entre la sociedad, el principio de utilidad y la necesidad de contar con un Código Penal para garantizar de modo evidente la conservación de los fines sociales, la que califica de fundamental e incluso preferente a la legislación civil y constitucional. En relación, con la regulación de los delitos, propuso un orden legislativo que daba cuenta del valor central de la persona, consistente en la necesidad de proteger primero los intereses individuales, siguiendo con el patrimonio, los Derechos relativos a la personalidad (el honor) y, terminando, con los delitos relativos a intereses de naturaleza colectiva. Bentham, «General View», pp. 162 y ss.

¹²⁰ Card/Cross/Jones, *CrimL*²⁰, p. 13.

¹²¹ Después de la restauración de la corona en 1660, con la instalación del rey Charles II, los jueces continuaron reclamando el Derecho de fijar el contenido de los delitos menores, pero nunca intentaron discutir la existencia de nuevos delitos graves. Card/Cross/Jones, *CrimL*²⁰, p. 14.

delitos¹²². Con todo, si bien los delitos han pasado a ser en su mayoría estatutarios, muchas de estas leyes especiales del Derecho inglés moderno no definen la conducta punible, por lo que contenido conceptual queda entregado igualmente a los precedentes, incluso muchos de los delitos graves del Common Law no tienen una pena establecida en una ley¹²³, por lo que la determinación del *quantum* de la pena queda entregado a la citada tradición.

Entre los delitos graves que eran regulados en el *Common Law* que si bien se encuentran en un estatuto no se les define se hallan, por ejemplo, el delito de asesinato («*murder*») y el denominado homicidio involuntario o no intencional («*manslaughter*»)¹²⁴.

Estos delitos constituyen el núcleo esencial de la herencia del Derecho consuetudinario del *Common Law*, su conceptualización sigue entregada a la citada tradición y al sistema dinámico del precedente. En tal sentido, como se ha indicado, son entendidos como una consecuencia de la

¹²² Entre las leyes penales más importantes: *Abortion Act* 1967; *Anti-terrorism Crime and Security Act* 2001; *Bribery Act* 2010. *Computer Misuse Act* 1990; *Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act* 2007; *Crime and Courts Act* 2013; *Crime and Disorder Act* 1998; *Crime (Sentences) Act* 1997; *Criminal Attempts Act* 1981; *Criminal Damage Act* 1971; *Criminal Law Act* 1967; *Criminal Act* 1977; *Dangerous Dog Act* 1991; *Domestic Violence, Crime and Victims Act* 2012; *Explosive Substances Act* 1883; *Female Genital Mutilation Act* 2003; *Firearms Act* 1968; *Fraud Act* 2006; *Homicide Act* 1957; *Infanticide Act* 1938; *Insolvency Act* 1986; *Malicious Damage Act* 1861; *Misuse of Drugs Act* 1971; *Offences against the Person Act* 1861; *Protection from Harassment Act* 1997; *Road Traffic Act* 1991; *Serious Crime Act* 2007; *Sexual Offences Act* 2003; *Terrorism Act* 2002 *Theft Act* 1978; *Trade Marks Act* 1994.

¹²³ Esto ocurre, por ejemplo, con el delito de ultrajes públicos al pudor y el delito de desórdenes públicos.

¹²⁴ En relación con el primero, la ley establece una pena obligatoria de cadena perpetua, en el segundo, los jueces disponen de un amplio margen que va desde una pena de cadena perpetua, pasa por las penas de prisión y permite hasta una multa, con régimen de cumplimiento que admite la sustitución de la pena privativa de libertad, entre otras, por las medidas de suspensión condicional y la libertad vigilada. En el caso del asesinato, la ley solo establece la obligatoriedad de cadena perpetua, sin regular el contenido de la conducta. *Murder Act* 1965 (*Abolition of Death Penalty*). Pero, en el caso del *manslaughter* la situación es algo diferente, en la medida que la ley ha regulado la responsabilidad de las personas jurídicas por los homicidios involuntarios y ha definido las fuentes del deber de cuidado en la denominada *Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act* 2007.

evolución social y política del referido sistema de control de poderes del Reino Unido. De este modo, se asume que entregarle poderes al Parlamento para que regule y determine el contenido de estos delitos puede ser peligroso para los Derechos y libertades de los ciudadanos, en la medida que significaría desconocer que el contenido de la conducta y la prueba de sus elementos se ha fijado por más de cuatrocientos años de historia jurisprudencial de control ciudadano sobre el poder de persecución que se arrogaba para sí la Corona, en cuanto perseguía delitos apelando a la genérica afirmación que los hechos «afectaban gravemente el interés de la sociedad».

I. Los niveles de imputación subjetiva en el Derecho penal Inglés

1. La herencia del *Common Law*

Tanto las figuras penales heredadas del *Common Law* como en aquellas que han sido reguladas por estatutos o leyes especiales carecen de referencias normativas a una conceptualización del dolo con pretensiones de aplicación general a todos los delitos. Por el contrario, cada delito tiene en el Derecho inglés moderno una serie de precedentes jurisprudenciales obligatorios que fijan cuáles son sus elementos, método de interpretación y forma en que se acreditan en el proceso penal¹²⁵.

Esta situación ha sufrido un cambio paulatino, en especial, a partir de la incorporación en el Derecho interno inglés de la Convención Europea de Derechos Humanos a través de la *Human Rights Act* 1988. Este cambio se debe al hecho que de acuerdo a las prescripciones de la citada ley, los tribunales deben interpretar el Derecho penal sustantivo de Inglaterra y Gales, siguiendo o cuidando resguardar el estándar de protección de Derechos indicado en la CEDH. El cambio de orientación en materia sustantiva se produce, de en un modo particularmente intenso, por la circunstancia que la CEDH establece el principio de legalidad con una exigencia específica de certeza si se la compara con la rule of law inglesa¹²⁶. En este plano, sucede que la CEDH ha traído como

¹²⁵ En la actualidad, el precedente entendido como aquellas sentencias que tienen efecto vinculante, en el contexto de los tribunales con jurisdicción penal, emana de las decisiones de la Corte Suprema (the House of Lords), de las Cortes de Apelaciones (Criminal Division), de la Divisional Court of the Queen's Bench Division of the High Court y del Juez situado en el Tribunal Administrativo de dicha división (judge sitting in the Administrative Court of that Division). Card/Cross/Jones, *CrimL*²⁰, p. 13.

¹²⁶ En concreto, en relación a la utilización de la palabra «ley» por el art. 7 de la CEDH, lo que debe interpretarse como «un concepto que comprende una norma legal como en el caso del case law e implica requisitos cualitativos, incluyendo entonces la accesibilidad y previsibilidad». Stvenson, Kim/Harris, Candida, «Comment: Breaking the Thrall of Ambiguity: Simplification (of the Criminal Law) as an Emerging Human Rights Imperative», *The Journal of Criminal Law*, 74: 6 (2010), pp. 527y ss.

consecuencia que las defensas penales incorporen en la discusión judicial el debate sobre si la presunción de inocencia contenida en la CEDH alcanza también el aspecto material del delito (en particular, a los niveles de culpabilidad o imputación subjetiva), o bien, solo se limita o debe ser comprendida, exclusivamente, como un estándar de aplicación de normas procesales relativas a la legalidad de la prueba en el proceso penal, tal como se entiende este principio en la tradición histórica inglesa del *due process of law*¹²⁷.

En este contexto, en Inglaterra el *rule of law* juega el papel de escudo protector en relación con la posible aplicación injustificada del Derecho penal, es decir, contiene en el proceso la utilización antojadiza de la pena como medio irracional de control social y, por esta razón, es utilizado como una defensa por el acusado dentro del proceso penal¹²⁸.

En general, todos los elementos materiales de los delitos, en particular, la conceptualización de la acción, los casos en que esta queda excluida (*actus reus*), los estados mentales que acompañan a la realización de la conducta y sus divisiones (*mens rea*), además, de las respectivas excusas y defensas, son consecuencia de la evolución práctica de la aplicación de las reglas del *due process of law* y el *rule of law* en el sistema del *Common Law*.

Una de las consecuencias más visibles de la incorporación de la CEDH en relación con el aspecto subjetivo del hecho fue la discusión sobre la posible incompatibilidad que supone la consagración expresa, por un lado, del principio de presunción de inocencia y, por otro lado, la existencia cada vez más generalizada en Inglaterra de los delitos de responsabilidad estricta (*strict liability*), cuya característica esencial es que no exigen la prueba de ningún nivel de imputación subjetiva, siendo

¹²⁷ Wells/Quick, *Reconstructing*, pp. 72 y ss. También, esto se manifiesta en la circunstancia que los tribunales deben tener en cuenta la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, en tal sentido los tribunales superiores en Inglaterra tienen el poder de declarar que un precedente o una interpretación estatutaria es incompatible con la convención, con la finalidad de poder uniformar el Derecho moderno inglés con las exigencias de la CEDH. Ashworth/Horder, *PCrimL*¹⁷, p. 9.

¹²⁸ Hallevy, Gabriel, *A Modern Treatise on the Principle of Legality in Criminal Law*, Springer, Berlin, 2010, p. 11.

suficiente la acreditación de la conducta que entendida como quebrantamiento de normas de prohibición o mandato.

Ahora bien, en esta clase de delitos, a los que alguna referencia se hará en la tercera parte, no constituyen casos de responsabilidad objetiva en la medida que se admite la posibilidad de invocar permisos (fuertes o débiles), sin embargo, no se permite al acusado alegar como defensa la ausencia de dolo o imprudencia porque se entiende que la alegación es inútil o inoficiosa, en la medida que la mayoría de estas figuras son casos de infracción de deberes administrativos o de reglamentos extrapenales, donde quien comete el delito generalmente tiene un deber especial o general de advertencia o neutralización de riesgos (por ejemplo, delitos contra el medioambiente, tráfico rodado, salud pública, energía nuclear, etc.).

En general, en Inglaterra más que una apertura al Derecho continental en este plano, en lo que al principio de legalidad y culpabilidad establecido en la CEDH se refiere, ha ocurrido que este instrumento (totalmente ajeno a la tradición del *Common Law*), ha sido invocado persistentemente por los abogados defensores en las Cortes, con la finalidad de expandir el contenido del *due process of law* y limitar la aplicación de los delitos de *strict liability*¹²⁹. Incluso, desde antes de la adopción en el Derecho interno de este instrumento, la posibilidad de imponer penas sin culpabilidad en sentido estricto, es decir, sin un compromiso mental con la realización de la acción, había sido cuestionado –en términos de constitucionalidad– por algunos miembros de la Cámara de los Lores¹³⁰.

Ahora bien, interesa aquí destacar que en el Derecho inglés moderno se exige como garantía la acreditación de los elementos de una infracción, más allá de toda duda razonable con balance de

¹²⁹ Aunque, la jurisprudencia de la Corte Criminal de Apelación sostiene, mayoritariamente, desde el año 2002 que los delitos de *strict liability* vinculados con las insolvencias punibles no suponen una violación automática de la presunción de inocencia contenida en la Convención Europea de DDHH. *R v. Muhamad* [2002] EWCA Crim 1856.

¹³⁰ Véanse, en especial, los argumentos relativo al principio de *mens rea* y la violación de la presunción de inocencia esgrimidos por Lord Hailsham, en el caso *Haughton v. Smith* [1975] AC 476.

probabilidades (*burden of proof*¹³¹/*beyond reasonable doubt/balance of probabilities*)¹³². Esa acreditación de los elementos de la infracción comprende, por cierto, la necesidad de establecer en el proceso penal, conforme a la referida regla, que la acción del acusado puede ser interpretada, con independencia de la verdad real, conforme a la prueba como un estado mental que acompaña el aspecto subjetivo la conducta.

Tal como ocurre en Estados Unidos el Derecho de Inglaterra no se recurre al término *dolo* o *dolus* para referirse al aspecto subjetivo de la infracción (*fault*)¹³³. En su lugar, se utilizan expresiones naturales del lenguaje y la más común es la intención (*intention*), que denota la atribución de un compromiso mental particularmente intenso con la realización de la acción o el resultado en el lenguaje ordinario.

Más adelante volveremos sobre este punto en relación a la pragmática de la intención y sus límites, pero por ahora interesa destacar que el contenido de los niveles de imputación subjetiva del Derecho de Inglaterra y Gales no se entiende sin referencias a la evolución histórica de su conceptualización. En ese desarrollo tienen especial importancia política, dado el dinamismo indicado anteriormente y que caracteriza a Inglaterra y Gales, la serie de proyectos de codificación y de leyes especiales. En todos ellos el aspecto subjetivo de la infracción o *mens rea* ha sido uno de los lugares que mayor atención y debate ha suscitado.

Estos proyectos son importantes porque no son creaciones de los académicos (*law in classroom*), sino que recogen el estado de la discusión en los procesos penales seguidos ante las Cortes superiores de Inglaterra (*Law in the Courtroom*), representan fotografías de la evolución jurídica de los debates en el Reino Unido.

¹³¹ En el Derecho penal inglés la carga de probar todos los elementos de un delito y cualquiera otra circunstancia que sea alegada o invocada corresponde a la Fiscalía y, todos los medios de prueba y hechos deben estar indicados en la acusación.

¹³² En Inglaterra el estándar de más allá de toda duda razonable es exigido para el caso en que la Fiscalía pretenda acreditar la imputación penal. En cambio, para la prueba de descargo invocada a título de defensas o excusas a la defensa le es suficiente con la exigencia del cálculo de probabilidades.

¹³³ «“fault element” mens any element of an offense consisting - (a) of a state of mind with a persons acts; or (b) of a failure to comply with a standard of conduct; or (c) partly of such a state of mind and partly of such a failure». Sección 5 (1), *The Law Commission* N° 143 (1985), p. 173.

Ahora bien, el anhelo de codificación no está vinculado a las influencias del Derecho continental ni mucho menos al deseo de mutar al sistema de legalidad (*modus Germanicus*), sino que todos estos proyectos tenían como punto de referencia el MPC (1962) de Estados Unidos y a la influencia que desplegó en todo el mundo angloparlante.

II. Niveles de compromiso con la acción (enunciación)

A continuación se mencionan tres niveles de imputación subjetiva que pueden acompañar la realización de una acción penalmente relevante en el Derecho penal inglés. Sin embargo, en no son los únicos que pueden concurrir en la medida que son una creación de las reglas jurídicas que la práctica de precedentes ha determinado para la interpretación de los delitos. En algunos casos puede que estén establecidos en la ley (*statute offenses*) y, en otros casos, puede que se trate de delitos heredados del Common Law. Únicamente, con fines didácticos he reducido aquí los niveles de *mens rea* a un sistema tripartito donde, por un lado, los niveles de imputación subjetiva ordinaria lo constituyen las formas de intención (*intention*) con la desconsideración o indiferencia (*recklessness*) y, por el otro, ya en el plano extraordinario se sitúa la negligencia (*negligence*).

Se ha preferido esta clasificación porque es la que determina la intensidad o gravedad de la pena, sin perjuicio que en los autores y en las Cortes viene imponiéndose desde fines del siglo pasado la misma que contiene el MPC (1962), como podrá observarse aquí, por ejemplo, en relación el Proyecto de Código Penal para Inglaterra y Gales de 1989.

1. La intención (en sentido amplio)

Tal como explica Allen¹³⁴ la noción de intención se corresponde en el Derecho inglés con el lenguaje ordinario y, por ende, su significado no es del todo restringido ni claro, a veces se le entiende simplemente como «el actuar con el objetivo o con el propósito de producir un resultado»¹³⁵. Así, por esta razón, es que la regla general en lo que a la intención se refiere es que el jurado y los jueces recurran al sentido común para la atribución de intención en la realización de comportamientos más que a una definición concreta.

En muchos supuestos, puede ser que no sea problema alguno atribuir este nivel de compromiso con la realización de la acción por lo que teorizar sobre este punto o establecer direcciones para el jurado no parece

¹³⁴ Allen, *CrimL*¹², p. 59.

¹³⁵ Herring, *CrimLB*, p. 18.

tener mucho asunto. Tal como sostiene Herring: «si el acusado apuntó con un arma a la cabeza de la víctima y apretó el gatillo», el sentido ordinario de la valoración de ese comportamiento deriva más bien en que sea difícil acreditar el no haber tenido dolo de matar o de lesionar gravemente¹³⁶.

La gramática de la intención en Inglaterra ha dado lugar a una teorización sobre los casos en que es posible afirmar que el autor ha obrado con propósito, en especial, se discute arduamente sobre cómo han de entenderse los casos en que pese a no poder hablarse de una intención direccionada de un modo específico al resultado, sí es posible realizar un ejercicio de valoración afirmando una probabilidad que el autor tuviera en cuenta el resultado, o bien, el haber considerado su ocurrencia resultaba atendible conforme a las circunstancias concurrentes al momento de la acción.

Esta situación que como puede observarse es una extensión de la regla de la intencionalidad en el *mens rea* con fines puramente punitivos, se conoce como intención indirecta u oblicua (*indirect or oblique intention*). Esta regla ocupa un lugar en especial en la atribución de responsabilidad penal a título de intención o propósito en los casos difíciles que, como se ha dicho, constituyen una expansión del concepto de intención. Dado que tradicionalmente en el Derecho penal inglés habían delitos que no admitían ningún otro nivel de compromiso subjetivo como ocurría, por ejemplo, con los delitos de asesinato y robo, los tribunales crearon la regla del dolo indirecto a fin de sancionar con igual pena supuestos que, en estricto sentido, podrían haber sido constitutivos de indiferencia o desconsideración (*recklessness*) y, por ende, solo sancionables a título de *manslaughter*.

Uno de las sentencias en los que tal discusión puede observarse de modo implícito, es el emblemático caso Hyam (1974)¹³⁷. A partir de esta sentencia, la regla pasó a ser que el jurado puede estimar que existe intención si el resultado (indirecto) era una *consecuencia prácticamente segura* de las acciones realizadas por un autor que pese a ello decidió de todos modos actuar en conocimiento de tal circunstancia. Así, la Cámara de los Lores condenó como autor de asesinato a un sujeto que con el

¹³⁶ Herring, *CrimLB*, p. 18.

¹³⁷ *Hyam v. DPP* [1974] UKHL 2, [1975] AC 55.

propósito de robar las monedas de un autoservicio de combustible arrancó el dispensador, provocando una fuga de gas que mató por asfixia a una persona que se encontraba en una casa contigua, dado que el gas ingresó por la ventana.

Tal como se observará en la tercera parte de este trabajo, el dolo indirecto o de oblicuidad abarca no solo los supuestos en los cuales una persona actúa con la intención o de realizar una acción determinada penalmente relevante respecto de la cual asume el riesgo altamente probable de un resultado alternativo, sino que comprende también casos en los que se actúa con una consciente indiferencia frente a un riesgo previsto, conforme a la extensión que del dolo de oblicuidad tuvo lugar a partir del caso *Woollin*. En esta sentencia, se sostuvo que las lesiones graves intencionalmente infringidas por un padre a su hijo de meses de edad comprenden la intención indirecta de matar, aunque el padre no haya tenido el propósito directo de provocar la muerte¹³⁸.

Resulta interesante que el dolo de oblicuidad o indirecto se extienda más allá de lo que se conoce como dolo de consecuencias necesarias en el Derecho continental, para abarcar también casos que son propios del dolo eventual. Esta afirmación se evidencia en la circunstancia que, además del caso indicado, se mencione como ejemplo de intención oblicua el caso de quien introduce una bomba en un avión con el propósito de hacerlo explotar para cobrar el seguro, con conocimiento de que las circunstancias de su acción suponen asumir indirectamente un riesgo de la posibilidad prácticamente segura de que éste se concrete en la muerte de los pasajeros¹³⁹. Esta forma de conceptualizar el dolo de oblicuidad se corresponde con los ejemplos que comúnmente se citan en el Derecho continental para explicar el dolo de consecuencias necesarias. Sucede que al menos este supuesto de dolo de oblicuidad (a diferencia de lo que ha ocurrido desde la extensión que se hiciera del contenido conceptual de este desde el caso *Wollin*), es una antigua regla del Derecho del Common Law que se remonta a los orígenes de la exigencia del *mens rea*, tanto es

¹³⁸ En efecto, se incluyen bajo el dolo indirecto de asesinato porque existía el riesgo altamente probable del resultado alternativo, este fue aceptado y era de conocimiento del acusado (*the foresight of virtual certainty test*), como se determinó en el caso *R v. Woollin* [1999] 1 AC 82.

¹³⁹ Herring, *CrimLB*, p. 19.

así que Bentham denominaba a esta forma de dolo como mera extensión difícilmente diferenciable del dolo directo¹⁴⁰.

2. La desconsideración o indiferencia (*recklessness*)

El actuar con *recklessness* (desconsideración o indiferencia) ha sido objeto de un intenso debate en el Derecho penal de Inglaterra. Se trata de una expresión del lenguaje ordinario que fue incorporada en el siglo XX a los debates judiciales, configurándose, como se le conoce actualmente a mediados de los años cincuenta del siglo pasado. Surgió con la finalidad de dar una tercera salida alternativa a los tribunales, ya que se trata de una categoría intermedia entre la intención y la negligencia. La idea era aliviar la carga que suponía absolver en el supuesto en que no se acreditara la intención pero el hecho apareciese como una forma especialmente grave de imprudencia, en el sentido de una indiferencia o desconsideración frente a riesgos evidentes.

En el Derecho actual predomina una valoración subjetiva de esta categoría. En la medida que en el actuar con *recklessness* el jurado debe preguntarse qué previó el autor al momento de la acción que desencadenó el riesgo, con independencia de si se éste se realizó o no en el resultado. Tal como se observará en la tercera parte de este trabajo, a veces la regla que sirve para decidir si un caso puede ser o no imputado a título de *recklessness* es la de la previsión del riesgo y la aceptación del resultado, con lo que esta categoría se asimilaría bastante, de la manera en que ha sido descrita en los precedentes en que ha sido moldeada, a las fórmulas eclécticas que suelen utilizarse para conceptualizar el dolo eventual en el sistema continental¹⁴¹.

La valoración subjetiva supone que el jurado debe preguntarse si el autor previó o no el riesgo de causar un daño y si, conforme a tal previsión, puede decirse que lo asumió, que siguió adelante a pesar de la previsión del riesgo.

Tal como se desprende de lo indicado hasta ahora, se trata de una categoría que no se fundamenta en un deber objetivo-normativo de

¹⁴⁰ Bentham, Jeremy, *Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, 2ª ed., Oxford at the Clarendon Press, London, 1983, p. 79.

¹⁴¹ Ampliamente, Ashworth/Horder, *PCrimL*¹⁷, p. 180.

previsión, sino que en la reconstrucción de la experiencia personal del sujeto (*recklessness* subjetiva), en la valoración sobre una relación personal con las circunstancias concretas en las que actuó, en la inferencia sobre si en su actuar previo o no el riesgo que resultada para él evidente (punto de vista la primera persona) teniendo en consideración sus conocimientos personales. Por el contrario, una valoración objetiva supondría interrogarse no sobre lo que en realidad el sujeto previó, sino sobre aquello que una persona racional o prudente podría haber previsto (punto de vista de la tercera persona).

Esta regla de valoración subjetiva de la *recklessness* fue establecida en el caso *R v G* (2003)¹⁴², por la Cámara de los Lores, ocasión en la que se abolió definitivamente la regla de la valoración objetiva de la *recklessness* (*Caldwell recklessness*)¹⁴³. Esta antigua regla era un criterio bastante extendido que había sido impuesto jurisprudencialmente para la interpretación del contenido subjetivo del delito de incendio contenido en la ley de daños de 1971¹⁴⁴.

En el caso *R v. G* (2003)¹⁴⁵, se sostuvo que la valoración objetiva de la *recklessness* no era un criterio aceptable, porque despersonalizaba en exceso el juicio de imputación subjetiva al exigir, únicamente, un actuar indiferente frente a un riesgo que resultaba ser indudable para cualquier persona racional y prudente situada en la posición del autor. El supuesto de hecho objeto de enjuiciamiento puede ayudar a comprender mejor las razones que tuvo la Cámara de los Lores para cambiar su opinión:

En este caso se valoraba la posibilidad de imputar el delito de incendio a dos menores de edad (diez y doce años, respectivamente) que incendiaron un contenedor de basura. A consecuencia las llamas, el fuego se tornó incontrolable y se propagó desencadenando el incendio del supermercado contiguo y un edificio cercano, que resultaron destruidos por la llamas. De acuerdo a las leyes inglesas las personas son imputables a partir de los diez años de edad y, además, el delito de incendio según la ley de daños de 1971 tiene como pena única la prisión permanente. Lord Bingham sostuvo que si bien la ley no habilitaba para crear un sistema

¹⁴² *R v. G* [2003] UKHL 50, [2004] 1 AC 103

¹⁴³ *MPC v. Caldwell* [1982] AC 341

¹⁴⁴ Sección 1. (3) Criminal Damage Act 1971.

¹⁴⁵ *R v. G* [2003] UKHL 50, [2004] 1 AC 103

diferente de interpretación del contenido subjetivo de los delitos para el caso de la responsabilidad penal adolescente era, sin embargo, necesario modificar la regla de valoración objetiva de la *recklessness* por motivos de utilidad, para así establecer un criterio único y generalizable para todos los casos. En la medida que casos como este evidenciaban que el estándar con el que un adulto diferencia lo que es o no correcto difiere, de un modo evidente y sustancial, del caso de los menores de edad que la ley ha considerado, sin embargo, imputables penalmente. Así, la Cámara de los Lores absolvería a los dos menores del delito de incendio cometido con desconsideración o indiferencia, fijando un nuevo criterio de interpretación para la *recklessness* que puede resumirse del siguiente modo:

La indiferencia o desconsideración (*recklessness*) exige para ser apreciada que el autor: (i) con respecto a una circunstancia (elementos del delito, *actus reus* o acción) sea en consciente que el riesgo *existe* o *existirá*; y, (ii) que en relación con un resultado, tenga consciencia que ocurrirá el riesgo y que en las circunstancias que son por él conocidas, resultaba irracional asumirlo¹⁴⁶.

3. Negligencia

En general, los delitos imprudentes son una excepción en el Derecho penal inglés, ya que se trata de una categoría reservada solo para delitos menores. Se dice que actúa de modo negligente quien se lesiona un deber objetivo y específico de cuidado, asociado a la realización de una actividad riesgosa socialmente tolerada, concreta y llevada a cabo por el autor.

Así, conforme al referido estándar objetivo la imprudencia exige la prueba de una vulneración al deber de cuidado, conforme a una valoración objetiva, expresada en la fórmula de lo que una persona racional y prudente situada en la posición del autor se habría o no abstenido de realizar. De esta forma, se independiza del resto de las categorías en la medida que no es un estado mental o disposición de la consciencia ligada a negación del resultado, ni una tendencia anímica del sujeto, sino que es un fracaso, un error de cálculo, un exceso de confianza

¹⁴⁶ *R v. G* [2003] UKHL 50, [2004] 1 AC 103.

acerca de la ponderación de los riesgos de cara a evitar el resultado; en resumen, la valoración objetiva de la inadvertencia de un peligro.

Se trata de una categoría resistida en el Derecho penal de Inglaterra, cuyo tratamiento es escaso, porque *se entiende que lesiona el principio básico de la imputación ordinaria o mens rea que no es otro que el de responsabilidad personal por un hecho entendido como un compromiso individual con la acción o resultado. Alguna razón hay en esto, en la medida en que suele opinar en el sentido que la ley penal no resulta útil para castigar a las personas «estúpidas, torpes o desatentas», porque la pena no surtirá ningún efecto, en términos de prevención especial positiva en una persona torpe (el estúpido seguirá siendo estúpido, con pena o sin pena)¹⁴⁷. Menos podría fundarse una ética consecuencialista en relación con algo que ni siquiera se ha advertido y que se sanciona solo por el no cumplimiento de un deber objetivo de cuidado, no hay compromiso ético en la realización de acciones imprudentes y, por ello, no puede fundarse una responsabilidad retributiva. Alguna función de prevención general positiva podría fundar la pena por la realización de acciones imprudentes, podría dice Jefferson¹⁴⁸ obligar a las personas «a pensar antes de actuar», pero no mucho más.*

Por estos motivos, conforme afirman Ashworth y Horder es que en los delitos del antiguo Common Law solo el *manslaughter, la conducción temeraria e imprudente* admitían (y admiten actualmente) esta posibilidad, pero exigen no cualquier tipo de negligencia sino que una grave¹⁴⁹. Tal como podrá ya deducirse, dado que solo se sanciona el homicidio imprudente, los delitos cometidos contra las personas admiten únicamente como categoría mínima de imputación ordinaria la *recklessness*. La diferencia con el Derecho continental es evidente, dado que en este ámbito es impensable no consagrar legalmente una sanción a título de imprudencia en los delitos de lesiones; es más, las lesiones imprudentes constituyen la forma común, básica y residual no sólo de los atentados contra la integridad física o la salud de las personas, sino que también de los riesgos que no supongan objetivamente la creación de un

¹⁴⁷ Véanse las opiniones de diversos autores en el sentido indicado en Jefferson, *CrimL*¹¹, p. 115.

¹⁴⁸ Jefferson, *CrimL*¹¹, p. 115. Herring, *CrimL*⁶, p. 192.

¹⁴⁹ Ashworth/Horder, *PCrimL*¹⁷, p. 181.

peligro para la vida, pese a la existencia del resultado de muerte. En cambio, en Inglaterra la imprudencia o negligencia en este ámbito solo da origen a responsabilidad civil.

Pese a lo indicado, la negligencia tiende a expandirse como categoría de imputación subjetiva en los delitos establecidos en leyes especiales, en concreto, en los que regulan actividades de carácter comercial donde se consagran deberes ligados a cumplimientos administrativos, fiscales o financieros.

III. El dolo y sus categorías en los proyectos de Código Penal

El contar con un Código Penal para Inglaterra y Gales ha sido una aspiración que no ha prosperado, pese a la existencia de recomendaciones por parte de la *Law Commission* (desde 1965),¹⁵⁰ y a las ventajas que supondría un sistema donde la ley penal es más accesible, porque sería posible encontrar definiciones para los delitos y las defensas, evitando de este modo la ambigüedad que supone recurrir aún al Derecho del *Common Law*¹⁵¹.

Destacan en esta línea, las propuestas de una regulación detallada que han tenido lugar desde fines del siglo XX (1985). En todas ellas se indica que existe la necesidad de consagrar definiciones del aspecto subjetivo de la infracción punible, las que radican en la falta de certeza jurídica y la arbitrariedad con la que suele otorgarse, por parte de los jueces, un contenido a la intención y al resto de las categorías relativas a los referidos estados mentales que acompañan la infracción¹⁵².

¹⁵⁰ *The Law Commission* simboliza desde su instalación el ideal codificador que se materializa a través de constantes y sucesivos informes, a modo de proyectos de ley, los que sirven también para interpretar y criticar el *case law* en Inglaterra y Gales. La labor de la comisión se resume en la pretensión del «desarrollo sistemático y la reforma legal, incluyendo en particular la codificación (...) y generalmente la simplificación y modernización del Derecho. Lavery, Jenny, «Codification of the Criminal Law: An Attainable Ideal?», *The Journal of Criminal Law*, 74 (2010), p. 559.

¹⁵¹ El primer intento de codificación penal para Inglaterra y Gales data de la Comisión de Derecho Penal que elaboró un texto entre 1833-1849. A este le siguió el proyecto de 1878, que fue después de diversas modificaciones no prosperó; sin embargo, sirvió de modelo para los Códigos Penales de las Colonias, en especial, para Australia y Nueva Zelanda. Durante el siglo XX se retomó la idea por el Secretario de Estado Roy Jenkins en 1967, en un discurso en el que consideraba que habían «demasiados principios arcaicos» en el sistema de los precedentes y, además, que la ley penal era «oscura, confusa y poco certera». Pese a ello, solo en 1980 se formó una Comisión compuesta por destacados profesores universitarios, presidida por J. C. Smith y que culminó en el Proyecto de Código de 1985. Al respecto, con referencias, *The Law Commission* N° 143 (1985), pp. 1 y ss.

¹⁵² La tardanza de la codificación del Derecho penal en Inglaterra y Gales, unida a los numerosos proyectos e informes que han tenido lugar desde la segunda mitad del siglo pasado, ha dado origen a trabajos que irónicamente se preguntan si el Reino Unido tendrá que

Dar una mirada a estos proyectos permite también comprender lo volátil que puede ser el Derecho inglés y, también, el dinamismo que ha experimentado esta área, dado que los proyectos se limitan a reconocer las posiciones jurisprudenciales.

Contra el movimiento codificador se esgrime que supone una cosificación del Derecho vigente, que supone la pérdida del referido dinamismo y, al mismo tiempo, provoca imprecisiones en la aplicación de las normas producto de las deficiencias del lenguaje en que incurren los legisladores, lo que se ha criticado en relación a la experiencia codificadora de Estados Unidos y, también, al contenido de los proyectos que aquí se comentan¹⁵³.

Dada la circunstancia que las definiciones y el contenido esencial de las infracciones está establecido por la tradición jurídica del Common Law y, en algunos casos, son el resultado de la evolución de la doctrina del precedente, se dice que es dudoso afirmar que el juez del Derecho inglés cree el Derecho de modo arbitrario, o bien, que pueda prescindir sin justificación o de modo antojadizo de las reglas establecidas por el sistema legal.

Por ello, se ha impuesto la idea que el principio de legalidad (entendido como *rule of law*) obliga tanto a las Cortes como a los jueces que juzgan delitos en Inglaterra, los que deben respetar las definiciones establecidas por la tradición y solo pueden modificar la interpretación en el evento que el caso no sea reconducible a un regla anterior fijada a modo de precedente¹⁵⁴.

«esperar para siempre por el Código Penal», que dé respuesta al anhelo de modernidad, accesibilidad, coherencia y respeto por el principio de legalidad, en cumplimiento de la adopción en la ley interna del CEDH. Bingham, Lord Justice, «A Criminal Code: Must We wait forever?» *Crim. L. R.* (1998), pp. 694-696.

¹⁵³ De Búrca, Gráinne/Gradner, Simon, «The Codification of the Criminal Law», *Oxford Journal of Legal Studies*, 10:4 (1990), pp. 564 y ss.

¹⁵⁴ Especialmente crítico sobre la necesidad de un Código para Inglaterra y Gales es Spencer, J. R. «The Drafting of Criminal Legislation: Need it be so impenetrable?», *The Cambridge Law Journal*, 67:3 (2008), pp. 590 y ss.

1. El Proyecto de Código Penal de 1985

Este proyecto¹⁵⁵ consagraba bajo el título de infracción (*fault*) en el §22 siete niveles de imputación subjetiva: (i) propósito (*purpose*); (ii) intención (*intention*); (iii) conocimiento (*knowledge*); (iv) desconsideración (*recklessness*); (v) inadvertencia (*heedlessness*); (vi) negligencia (*negligence*); y, (vii) descuidadamente (*carelessly*).

Estas categorías eran definidas del siguiente modo:

«22. Para los propósitos de esta ley y para cualquier Código de delitos

(a) una persona actúa en relación con un elemento de un delito.

“con propósito”, cuando él quiere que este exista o se produzca;

“intencionalmente”, cuando él quiere que este exista o se produzca, está consciente de que existe o es casi seguro que existe o que existirá u ocurrirá;

“con conocimiento”, cuando él está consciente de que existe o es casi seguro de que existe o existirá u ocurrirá.

“desconsideradamente”, cuando-

(i) él está consciente de un riesgo que existe o existirá u ocurrirá; y,

(ii) es, en las circunstancias por él conocidas, irrazonable asumir ese riesgo;

“descuidadamente”, cuando-

(i) el no piensa sobre si ese riesgo existe, existirá u ocurrirá, aunque el riesgo sea evidente para una persona razonable; y,

(ii) no es racional en esas circunstancias asumir ese riesgo.

(b) una persona actúa-

“negligentemente” cuando su acto constituye una seria desviación del deber de cuidado teniendo en cuenta el estándar que se espera de una persona razonable;

“sin cuidado”, cuando su acto es una desviación de la norma de cuidado que se espera de una persona razonable:

¹⁵⁵ Draft Criminal Code Bill 1985 (en adelante, DCCB 1985). *The Law Commission* N° 143 (1985)

Y tanto estos como las palabras deberán ser construidas de acuerdo a ello, a menos que del contexto exija lo contrario»¹⁵⁶.

Puede observarse que este proyecto buscaba dar una excesiva especificidad a los estados mentales si le comparada, por ejemplo, con el MPC (1962) que es la fuente directa de todos los proyecto de codificación en el Derecho Penal de Inglaterra y Gales.

La idea del §22 era evitar toda posibilidad de ambigüedad. Al respecto, pretende superar –como se desprende de la lectura y lo indicado en el apartado anterior– el antiguo debate del Common Law entre los delitos de intención genérica y específica. Por esta razón, distingue entre la intención y el propósito que considera como una categorías diferenciadas.

Incluye además la inadvertencia (*heedlessness*) de un modo separado a la negligencia con la finalidad de introducir una especificidad de esta última, a modo de graduación. Al mismo tiempo, pese a que no define la

¹⁵⁶ «22. For the purposes of this Act and of any Code offence-

(a) a person acts in respect of an element of an offence-

"purposely" when he wants it to exist or occur;

"intentionally" when he wants it to exist or occur, is aware that it exists or is almost certain that it exists or will exist or occur;

"knowingly" when he is aware that it exists or is almost certain that it exists or will exist or occur;

"recklessly" when-

(i) he is aware of a risk that it exists or will exist or occur; and

(ii) it is, in the circumstances known to him, unreasonable to take the risk;

"heedlessly" when-

(i) he gives no thought to whether there is a risk that it exists or will exist or occur although the risk would be obvious to any reasonable person; and

(ii) it is in the circumstances unreasonable to take the risk;

(b) a person acts-

"negligently" when his act is a very serious deviation from the standard of care to be expected of a reasonable person;

"carelessly" when his act is a deviation from the standard of care to be expected of a reasonable person;

and these and like words shall be construed accordingly unless the context otherwise requires». *The Law Commission* N° 143 (1985), pp. 183-184.

imprudencia simple que denomina *descuido* (*carelessness*), por no tener relevancia jurídico-penal. Sin embargo, la mención tiene como finalidad el servir de contraste para la comprensión del resto de las categorías. Así, la mención tiene por finalidad servir como criterio de exclusión, en la medida que pudiese ser invocado por la defensa dado que su prueba excluiría la significación penal de la acción¹⁵⁷.

La Comisión (*Law Comm*), justificó este grado de detalle en la consagración de niveles de imputación subjetiva diciendo que, en realidad, se trata de formas adverbiales propias del lenguaje ordinario y que suelen acompañar en la praxis a las acciones verbales que se describen en cada delito. Por este motivo, en la parte especial del proyecto cada delito tiene asignados los niveles subjetivos con los que puede ser cometido –siguiendo el sistema del MPC (1962)–; por ello, ninguno de estos elementos subjetivos tiene autonomía interpretativa, su gramática existe o está condiciona al tipo específico que se trata de imputar.

La Comisión explica el sistema propuesto, con un ejemplo práctico, sostiene que cada una de las formas de imputación subjetiva debe ser capaz de responder a la siguiente pregunta: ¿cuándo puede decirse que una persona actúa con este nivel de infracción en relación a un elemento particular del delito?

Al menos los cinco primeros niveles que acompañan la realización de la acción son descritos como la esencia de la gramática de la infracción punible. En cambio, las dos últimas formas, si bien pueden plantearse en relación con los elementos del delito, también, podrían ser usadas al modo de definiciones generales para todo el sistema propuesto en el proyecto.¹⁵⁸

El proyecto utiliza el adverbio «propósito» y no «intención» para referirse al nivel de compromiso mental más intenso. Esta opción metodológica tiene por finalidad otorgarle un lugar especial a la realización de acciones intencionales en sentido restringido (propósito). La intención, en sentido amplio, queda reservada aquí a los casos en que además de *querer* se es consciente de la posibilidad casi segura de la realización del resultado, es decir, se actúa sin tener una duda sustancial

¹⁵⁷ *The Law Commission* N° 143 (1985), p. 71.

¹⁵⁸ *The Law Commission* N° 143 (1985), p. 66.

sobre su ocurrencia. El actuar con conocimiento o a sabiendas *exige que el sujeto conozca o sepa de la existencia de las circunstancias materiales del delito*¹⁵⁹.

La comisión se pronuncia sobre la relación que existe entre el conocimiento como nivel de imputación y la denominada “ceguera voluntaria” (*willful blindness*), por eso, la comisión introduce en la definición de conocimiento la expresión «*casi seguro*». Con ello, entiende que la responsabilidad penal no puede estar limitada a quien está directamente consciente a través de la evidencia empírica, sino que también debe extenderse a quien convencido de la existencia de las circunstancias actúa como si estas no existieran con indiferencia en relación a los riesgos de la acción.

Este nivel de imputación fue incluido en el proyecto para los delitos de receptación y blanqueo de capitales y, también, en los delitos que implican la posesión de objetos peligrosos, o bien, la realización de actividades riesgosas. De esta forma, el proyecto abría la puerta a la posibilidad de responsabilizar a quien pese a tener una fuerte sospecha acerca de la existencia de una circunstancia «no hace la preguntas», que le podrían haber dado una información positiva sobre la existencia del riesgo. Se trata de un actuar haciendo «la vista gorda» a datos que están disponibles y que precisan atención porque son posibles de conocer. La comisión reconoce que algunos de los casos que se han entendido como ceguera voluntaria por la práctica son más bien supuestos de imprudencia y, por eso, exige expresamente la prueba de la existencia *casi segura de los datos que servían como base para la toma de la decisión*¹⁶⁰.

El proyecto plantea una simplificación de la desconsideración (*recklessness*). Esto porque la restringe al *actuar con conciencia del riesgo* sobre la existencia (actual o futura) de un elemento del delito. En cuanto al nivel del riesgo o el grado del riesgo, este importa en relación con el sujeto para determinar objetivamente si era o no razonable asumir el riesgo («seguir o no adelante»). En este punto, la normativa propuesta se decanta por una perspectiva que tiene en cuenta los conocimientos personales de quien actúa.

¹⁵⁹ *The Law Commission* N° 143 (1985), p. 67.

¹⁶⁰ *The Law Commission* N° 143 (1985), p. 67.

En relación al problema sobre el nivel de percepción o el grado de riesgo, este queda comprendido por la expresión «circunstancias por él conocidas»; en consecuencia, exige una perspectiva de primera persona y subjetiva, desligándose de los criterios objetivos propuestos por la jurisprudencia.

En la exposición de motivos, el proyecto sostiene que este es un concepto más restringido incluso que el dado la Cámara de los Lores para la solución de *Caldwell* (en relación con la ya citada ley de daños de 1971)¹⁶¹. Esto porque la regla se construye sobre la base de una valoración que tiene en cuenta si el sujeto «ha pensado o no en la posibilidad que exista el riesgo; no en su irracionalidad, obvedad o evidencia».

En opinión de la Comisión la valoración del caso *Caldwell* extiende el contenido de la indiferencia o desconsideración hasta hacerla difícilmente distinguible de la imprudencia o negligencia consciente. El proyecto insiste en la necesidad de objetivar la temeridad en un doble sentido: primero, indicando que el riesgo debe ser evidente para cualquier persona razonable (la regla de la tercera persona); y, segundo, que resulte obvio que una persona racional no asumiría el riesgo de estar en conocimiento de las circunstancias que lo crean¹⁶².

2. El Proyecto de Código Penal para Inglaterra y Gales de 1989

Este constituye el segundo y último intento de la Law Comm¹⁶³ de contar con un texto único, completo e íntegro de Código Penal.

Los proyectos posteriores han estado reservados a una sección específica de la legislación especial especialmente sensible, en la medida que se han concentrado en darle forma estatutaria a los delitos de homicidio y asesinato, para quitarle al Common Law una de sus últimas emblemáticas parcelas.

Este proyecto recoge en la exposición de motivos el argumento de Smith en orden a que la codificación en Inglaterra es necesaria porque

¹⁶¹ *MPC v. Caldwell* [1982] AC 341

¹⁶² *The Law Commission* N° 143 (1985), pp. 67-70.

¹⁶³ Draft Criminal Code Bill 1989 (en adelante, también DCCB 1989). *The Law Commission* N° 177 (1989)

entrega cuatro ventajas: ««accesibilidad, comprensión, coherencia y certeza. Ningún código puede garantizar que estos objetivos relativos puedan llevarse a cabo; pero, uno puede decir que un código debe ser claramente preferible al Common Law»¹⁶⁴.

El argumento utilizado por la comisión para definir niveles de imputación subjetiva también está ligado a la falta de consistencia del Common Law¹⁶⁵. Se sostuvo que los diferentes tipos de *mens rea* existe más de una regla práctica que determina su comprensión y ambas se entienden como alegaciones válidas ante los tribunales. La Comisión sostuvo que el legislador debía decantarse por una de ellas o crear una tercera; pero, no podía dejar un aspecto tan importante del delito sometido a la averiguación sobre qué regla específica es la que concretamente sigue el juez al que se somete el caso para su decisión.

De entre los varios ejemplos que se citaron para sostener este argumento, quisiera destacar el de la desconsideración (*recklessness*): Sucede que en la época en la que fue elaborado el proyecto la *recklessness* era un asunto regulado no por dos sino que por cuatro reglas diferentes. Resultaba paradójico que un aspecto tan importante de la teoría de la imputación penal del Derecho anglosajón tuviese un contenido tan dinámico, porque dependía de «si se utilizaba en el contexto de los delitos sin consecuencias fatales contra las personas, los delitos de daño o el homicidio involuntario, la violación o los delitos de tráfico»¹⁶⁶. Esta capacidad del concepto de *recklessness* para ser utilizado de modo tan arbitrario es algo que la comisión calificó, derechamente, como un sistema «imposible de defender»¹⁶⁷.

Esta situación es una consecuencia del desarrollo del Derecho penal a través de casos, porque ello origina discusiones no solo sobre la terminología de los requerimientos subjetivos de la infracción, sino que, también, acerca del contenido o significado que se les atribuye en el *case law*. La consecuencia lógica de tanta diversidad de contenidos, es la necesidad de definiciones precisas para el aspecto subjetivo, con la

¹⁶⁴ Smith, A., «Codification of the Criminal Law: the case for a Code», *Crim. L. R.*, (1986), p. 293.

¹⁶⁵ *The Law Commission* N° 177 (1989), p. 6.

¹⁶⁶ *The Law Commission* N° 177 (1989), pp. 6-7.

¹⁶⁷ *The Law Commission* N° 177 (1989), pp. 7-8.

finalidad de evitar la falta de certeza y disminuir la arbitrariedad con que se conceptualizaba la intención, el propósito y las restantes categorías, grados o niveles de compromiso con la realización de la acción.

La Comisión argumentó, una vez más, que definir cada una de estas categorías en un código traería como resultado la reducción significativa de la incertidumbre probatoria que acompaña a la ausencia de un contenido certero. La regla general en el Reino Unido es que una legislación inarmónica donde alguna casi ningún criterio puede extraerse para dar contenido a los niveles de imputación subjetiva. En este contexto, el conceptualizar tenía como pretensión secundaria que la justicia penal dejase de ser vista como una función arbitraria, en la medida que una definición permitiría estandarizar la prueba, materializando el principio de presunción de inocencia en la exigencia de acreditación de los elementos subjetivos en relación con el aspecto material de cada delito.

En este punto la Comisión indica que al menos es prioritario dar certeza a la intención, porque se observa que sobre ella existe una ambigüedad jurisprudencial (una extensión más bien) en cuanto al delito de asesinato. Esta ambigüedad fue materializada en giros interpretativos sobre su contenido, porque aquello que parecía fijo en su momento (caso *Hyam*)¹⁶⁸, fue cambiado tan solo diez años después por los mismos jueces de la Cámara de los Lores (caso *Moloney*)¹⁶⁹.

Este Proyecto consagraba los tipos siguientes niveles de imputación subjetiva (bajo el título de «infracción»):

«18. Para los efectos de esta ley como de cualquier otro delito que sea un delito anterior al Código como se les define en la sección 6 (para el cual la sección 2 (3) es aplicable) – una persona actúa:

(a) "con conocimiento" con respecto a una circunstancia no solo cuando es consciente de que existe o existirá, sino que, también cuando él evita la adopción de medidas que puedan confirmar su conocimiento de que existe o existirá;

(b) "intencionalmente", en relación con:

(i) una circunstancia que él espera o sabe que existe o existirá;

¹⁶⁸ *R v. Hyam* [1975] AC 55 House of Lords.

¹⁶⁹ *R v. Moloney* [1985] AC 905 House of Lords.

(ii) un resultado cuando él si ha tenido la fin de llevarlo a cabo o ha sido consciente de que ocurrirá en el curso normal de los acontecimientos;

(c) “desconsideradamente”, en relación con:

(i) una circunstancia cuando él espera o conoce que exige o existirá;

(ii) un resultado cuando él es consciente del riesgo de que se produzca; y, esto es, que en las circunstancias conocidas por él es irracional asumir ese riesgo;

y estas y las palabras indicadas (tanto como “conocimiento”, “intención”, “desconsideración”) deben ser interpretadas conforme a lo expresado a menos que el contexto indique lo contrario»¹⁷⁰.

Esta propuesta, a diferencia del Proyecto de 1985 no contempla una justificación en detalle sobre los conceptos jurídicos asociados a los niveles de imputación subjetiva. Sin embargo, se desprende que el propósito fue simplificar el sistema en la medida que se pasa de siete categorías a tres.

En realidad, dado que la definición de *conocimiento* abarca de igual forma las dos categorías que anteriormente quedaban divididas y la intencionalidad contempla dos casos, la reducción es de siete a cinco niveles. Destaca la propuesta de exclusión de la imprudencia en la

¹⁷⁰ «18. For the purposes of this Act and of any offence other than a pre-Code offence as defined in section 6 (to which section 2(3) applies) a person acts-

(a) "knowingly" with respect to a circumstance not only when he is aware that it exists or will exist, but also when he avoids taking steps that might confirm his belief that it exists or will exist;

(b) "intentionally" with respect to-

(i) a circumstance when he hopes or knows that it exists or will exist;

(ii) a result when he acts either in order to bring it about or being aware that it will occur in the ordinary course of events;

(c) "recklessly" with respect to-

(i) a circumstance when he is aware of a risk that it exists or will exist;

(ii) a result when he is aware of a risk that it will occur; and it is, in the circumstances known to him, unreasonable to take the risk;

and these and related words (such as "knowledge", "intention", "recklessness") shall be construed accordingly unless the context otherwise requires». *The Law Commission* N° 177 (1989), pp. 51-52.

descripción de las formas ordinarias de culpabilidad en sentido restringido.

Se insiste, en la necesidad –opinión que aquí se comparte para todo sistema penal– que el código penal ha de asumir decisiones dogmáticamente comprometidas con la consagración de definiciones de imputación subjetiva.

En este punto, la Comisión indica que un código «no puede reproducir inconsistencias»¹⁷¹ y, por lo mismo, vuelve sobre la controversia que gira en torno al concepto de *recklessness*. Reduce el estado del debate sobre esta categoría del modo que sigue: sostiene que en el Reino Unido las opiniones jurisprudenciales se dividían entre los que, por un lado, seguían defendiendo un concepto objetivo sobre la base de un estándar objetivo, ligado a lo que cualquier persona razonable podría haber tenido en consideración (la regla de la tercera persona) y, por otro lado, quienes se decantan por un concepto subjetivo conforme al cual la temeridad debe ser medida o valorada desde la consideración sobre si el autor era consciente de estar asumiendo ese riesgo que en la situación concreta no era razonable tomar (la regla de la primera persona).

Mientras esta última visión había prevalecido en los delitos contra las personas la primera era, como ya se ha indicado, el criterio dominante para la interpretación del aspecto subjetivo de la ley de daños. Este proyecto asume –como puede se desprende de la lectura del precepto– una visión puramente subjetiva para todos los delitos¹⁷². Aunque la Comisión deja abierta la posibilidad para que en el debate del proyecto sea conceptualizada otra regla, persiste en la necesidad de legislar para que prime la coherencia y la certeza sobre la confusión. Algo que

¹⁷¹ *The Law Commission* N° 177 (1989), p. 19.

¹⁷² Críticamente, acerca de la adopción por parte del proyecto de la regla de Cunningham (*recklessness* subjetiva), en el sentido de que no le parece suficientemente justificada la alegación de la necesidad de superar la pretendida inconsistencia argumentativa, ni la arbitrariedad en la elección de una u otra regla (Caldwell: *recklessness* objetiva) con la que operan los tribunales sobre este punto. Tanto es así, que el proyecto deja el debate «abierto» a la posibilidad de adopción de otro criterio. De Búrca/Gradner, «The Codification», pp. 564-565.

todavía, como se verá en la tercera parte, permanece en el Derecho penal de Inglaterra¹⁷³.

3. Proyecto de delitos contra las personas de 1993

Este proyecto (en adelante, LCCOAP 1993),¹⁷⁴ pretendía regular los delitos contra las personas que no tuviesen consecuencias fatales y, además, establecer los principios generales que debían regular estas figuras penales, entre los que se hallaba el aspecto subjetivo fijándose, a este respecto, dos niveles de culpabilidad denominados intencionalidad y desconsideración. Se reconoce así expresamente, tal como ocurre en la tradición heredada del Common Law, la ausencia de la negligencia o imprudencia como forma extraordinaria de imputación. Por esta razón, el LCCOAP 1993 fija reglas precisas para la desconsideración (*recklessness*) que pasa a ser el nivel mínimo de atribución de responsabilidad en sentido ordinario.

La *Comisión* sostuvo que el proyecto continúa con la labor iniciada desde mediados del siglo XX, ocasión en que se le había encomendado por ley la elaboración urgente para Inglaterra y Gales de un Código Penal. El texto recuerda en su parte preliminar que la propuesta original había suscitado la aprobación de la opinión pública después de sucesivas declaraciones que originaron una discusión en torno a la necesidad de contar con un cuerpo unificado de leyes penales.

En este contexto, en el preámbulo reconoce que el DCCB 1989 ha sido el proyecto más completo y coherente que se ha originado en Inglaterra. Sin embargo, la Comisión sostiene que dado que este fue fracaso, al menos con el proyecto de LCCOAP 1993 se podría regular de mejor forma, mientras se está a la espera de un código, al menos con un ámbito que ya ha sido parcialmente fijado por leyes especiales vigentes.

La finalidad era introducir una regulación legal o estatutaria en un ámbito que sigue siendo, en la mayoría de sus aspectos, un sistema entregado a los precedentes del Common Law. El Proyecto de LCCOAP 1993 se hacía cargo de proponer una tipificación solo para algunos

¹⁷³ *The Law Commission* N° 177 (1989), p. 19.

¹⁷⁴ *Legislating the Criminal Code. Offenses Against The Person and General Principles* (LCCOAP 1993) *The Law Commission* N° 218 (1993)

delitos contra las personas, porque los más importantes, entre ellos, el asesinato, homicidio y lesiones, serán objeto de otros proyectos¹⁷⁵ y, además, porque tales infracciones habían sido objeto de un informe reciente¹⁷⁶. Por ende, solo se hace cargo de los delitos de asalto, amenazas con resultado de muerte o lesiones graves, tortura, secuestro y sustracción de menores¹⁷⁷.

En lo que al aspecto subjetivo de las infracciones se refiere, este LCCOAP 1993 proponía regular en el párrafo primero tres niveles de atribución subjetiva de responsabilidad: intencionalidad (*intentionally*), propósito (*purpose*) y la desconsideración (*recklessness*).

Para esta tripartición ofrece una explicación, según se verá a continuación:

«1. Para los efectos de este título una persona actúa-

(a) “intencionalmente”, con respecto al resultado cuando-

Si ha tenido el propósito de causarlo, o

(ii) A pesar de no tener el propósito de causarlo, él sabía que este podía ocurrir en el curso ordinario eventos si llegara a suceder en su propósito de causar algún otro resultado;

(b) “desconsideradamente”, con respecto a:

(i) una circunstancia, se es consciente de que el riesgo existe o existirá, y

(ii) un resultado, cuando se es consciente del riesgo de que ocurra y, éste es irracional, teniendo en consideración las circunstancias conocidas por éste;

y, las expresiones indicadas deben ser interpretadas de acuerdo a este sentido»¹⁷⁸.

¹⁷⁵ En especial, sobre el Involuntary Manslaughter (homicidio no intencional), se propondría años después una regulación en el reporte de *The Law Commission* N° 237 (1996), asunto sobre el que se volvería recientemente a insistir, pero incluyendo ahora los delitos de homicidio (homicide) y el asesinato (murder), como consta en el reporte de la Law Reform Commission N° 87 (2008).

¹⁷⁶ A través del denominado informe Nathan (1989)

¹⁷⁷ *The Law Commission* N° 218 (1993)

¹⁷⁸ «1. For the purposes of this Part a person acts-

(a) "intentionally" with respect to a result when-

El comentario que realiza la *Comisión* a este numeral, indica que su finalidad era la de sustituir el termino propósito por el género intencionalidad para hacerlo más indicativo o acorde al lenguaje ordinario.

Pretendía, además, abarcar tanto el caso de intención en sentido estricto que está regulado en el 1 (a) (i) como, también, el supuesto de intención indirecta 1 (a) (ii).

Aunque, respecto de la intención indirecta se reconoce que no es el sentido ordinario del lenguaje, se asume que los jueces suelen entenderla dentro del concepto de propósito. En el fondo, el proyecto hace una extensión del término intención, aceptando la distinción entre dolo directo e indirecto que es la regla en el Derecho continental¹⁷⁹.

En este último caso no se exige una certeza absoluta en relación con el resultado, pero sí que su no ocurrencia sea una posibilidad remota que es, precisamente, lo que el autor conoce al actuar. Se trata de un resultado que es una consecuencia natural, evidente u ordinaria del curso de los acontecimientos («*the ordinary course of events*»); es algo más que una acción que tiene en cuenta la posibilidad de un riesgo que se realiza en el resultado («*not merely to be aware -of a risk*»)¹⁸⁰.

(i) it is his purpose to cause it, or

(ii) although it is not his purpose to cause it, he knows that it would occur in the ordinary course of events if he were to succeed in his purpose of causing some other result; and

(b) "recklessly" with respect to-

(i) a circumstance, when he is aware of a risk that it exists or will exist, and

(ii) a result, when he is aware of a risk that it will occur, and it is unreasonable, having regard to the circumstances known to him, to take that risk;

and related expressions shall be construed accordingly». Law Commission N° 218 (1993), p. 90.

¹⁷⁹ El ejemplo al que se recurre para justificar esta clase de intención es el caso del sujeto que coloca una bomba en un avión con el objeto de que explote en conocimiento de la posibilidad del resultado secundario (matar a la tripulación). *The Law Commission* N° 218 (1993), p. 9.

¹⁸⁰ *The Law Commission* N° 218 (1993), p. 10.

El proyecto ofrece una definición genérica de temeridad (*recklessness*) solo para los delitos que expresamente dentro de su descripción contemplen dicha posibilidad de compromiso subjetivo¹⁸¹.

El término *recklessness* el proyecto sostiene que se trata de un forma subjetiva con una historia reciente en el Derecho penal de Inglaterra. Se trata de una expresión del lenguaje ordinario que comenzó ha sido alegada por los abogados de modo persistente, pero que solo desde 1957, con motivo del caso *Cunningham*,¹⁸² pasó a formar parte del case law.

Este caso extendió el alcance de la expresión «maliciosamente», contenida en la descripción del delito de asesinato por medio de veneno, previsto en la sección 23 de la antigua ley de delitos contra las personas de 1861. La extensión del concepto de malicia consistió en abarcar en ella: (i) la intención actual (momento de la acción) de causar o realizar un tipo específico de daño; y, también, (ii) los casos en los cuales la intención consistía en una indiferencia (*recklessness*) manifestada en un actuar sin neutralización de un tipo particular de riesgo evidente de muerte, el cual se observó con un posibilidad de realización en el resultado el que, por cierto, se produjo.

La Comisión insiste en la necesidad de codificar esta regla dado que se trata de un elemento esencial de la infracción, donde la acreditación de esta forma de *recklessness* puesta en relación con la descripción de la conducta del delito de asesinato, posibilita la atribución de un nivel de compromiso subjetivo que decanta en la imposición de una sanción penal especialmente grave. En este punto, se argumenta a favor de esta especial regla de desconsideración exigiendo al menos la prueba de dos elementos: primero, la acreditación que el autor -en relación con los elementos objetivos de la conducta- ha previsto que su acción podía provocar el resultado y, segundo, que se pueda probar que el autor sabía que estaba tomando un riesgo que podría causar ese resultado, en una valoración subjetivo-objetiva, es decir, que se trata de un riesgo no razonable en las circunstancias que son por él conocidas.

Dado que la *recklessness* es un término que deriva del lenguaje ordinario, la *Law Commission* calificó como esencial la necesidad que

¹⁸¹ «Reckless serious injury, reckless injury, assault, unlawful detention, kidnapping, hostage-taking»: *The Law Commission* N° 218 (1993), p. 11.

¹⁸² [1957] 2 QB 396, CCA

fuese definida en la ley sin ambigüedades. Esto porque si iba a ser aplicada por los jueces y debía ser comprendida por el jurado una palabra con variedad de significados en el lenguaje ordinario no podía quedar entregada a una redefinición técnica.

El uso de una palabra o término que no se encuentra en el lenguaje ordinario si no se le define abandona, en opinión de la *Law Commission*, la calificación jurídico-penal de las acciones en el proceso penal a la incertidumbre. Para ilustrar la confusión en que incurren los jueces ante la ausencia de conceptos legales y el refinamiento de la discusión teórica, son particularmente ilustrativas las palabras de Lord Browne-Wilkinson quien con ocasión del caso Reid (1992)¹⁸³, sostuvo que todas estas discusiones del Derecho penal moderno le parecen derechamente «metafísicas»¹⁸⁴, para después decir que todo el debate sobre el concepto de *recklessness* entre subjetivistas y objetivistas se ha tornado tan difuso, que ya muchas veces parece que ambos términos no son diferenciables claramente y que ha sido elaborado por quienes parecen no saber de qué hablan cuando hacen referencia a «lo objetivo» y «lo subjetivo».

¹⁸³ R v. Reid (John Joseph) [1992] 1 W.L.R. 793, House of Lords.

¹⁸⁴ R v. Reid (John Joseph) [1992] 1 W.L. R. 816, House of Lords.

CAPITULO II

¿QUÉ QUEDA DEL DOLO COMO VOLUNTAD EN LOS SISTEMAS DOGMÁTICOS DE DERECHO PENAL?

C. Alemania

I. El problema de la indefinición

Dada la influencia de la doctrina penal alemana tanto en Europa, como en Latinoamérica¹⁸⁵ y alguna importante parte de Asia¹⁸⁶, constituye un punto de referencia obligado a la hora de dilucidar el concepto de dolo y, en particular, en lo que se refiere al método y la argumentación utilizada para la imputación subjetiva en el Derecho penal alemán¹⁸⁷.

¹⁸⁵ Cerezo Mir, José, «La influencia de Wezel y el finalismo, en general, en la Ciencia del Derecho penal española y en la de los países Iberoamericanos (1)», *ADPCP*, v. LXII (2009), pp. 67-97, sobre los conceptos dogmáticos, pp. 74 y ss.

¹⁸⁶ Sobre todo en el Japón, Dean Meryll, *Japanese Legal System*, 2ª ed. Cavendish Publishing, London, 2002, pp. 97 y ss.

¹⁸⁷ En particular, porque en la «*ciencia*» alemana del Derecho penal se considera que el estado actual del concepto de dolo es el resultado de una «mejor» evolución de las ideas filosóficas sobre el fundamento de la responsabilidad moral. Esto se expresa con una particular intensidad en la circunstancia que, por ejemplo, el estudio más importante publicado en Alemania sobre el dolo en perspectiva de Derecho penal comparado, intenta demostrar la virtualidad de sus propios fundamentos epistemológicos frente al Derecho anglo-americano. Así, este último Derecho sería un sistema involucionado – e incluso, incorrecto – en la medida que no responde al discurso racional, porque no pasó por la discusión sobre el naturalismo, con los hegelianos, posthegelianos, neoclasicismos, positivismo y postpositivismo, decantando en el finalismo y postfinalismo. Todas estas doctrinas filosóficas, detalladamente explicadas en la obra, son propias del pensamiento alemán continental y sirven para explicar, sin duda, el debate y estado actual del contenido del *conocimiento y la voluntad* como elementos del dolo en el sistema continental. Pero, sucede que este modo de

La dependencia en nuestro ámbito o mejor la confianza en la labor «científica» y en la «seguridad jurídicas» que otorga el afiliarse a la dogmática alemana como modelo de análisis de la ley penal¹⁸⁸ se expresaría aquí en que, supuestamente, aprender el *modus germanicus* podría constituir un camino «mejor» para la construcción de un concepto de uniforme aplicación para todos los casos¹⁸⁹. En caso contrario, si no se es tan pretencioso, al menos serviría para conducir a algún criterio general, con miras a una mayoritaria uniformidad sobre qué es el dolo, cuáles son sus límites y cómo se prueba¹⁹⁰.

La exigencia de una respuesta coherente y uniforme, sobre la base del estado actual de la filosofía de la acción y de la mente es lo mínimo que

razonar, después de toda esa magnífica descripción de la evolución del pensamiento sobre el dolo termina olvidando lo que importa, desde el momento que Safferling dedica únicamente un par de páginas al problema que más implicación tiene todavía en la jurisprudencia alemana y que no es otro que el dolo eventual y no se dice nada sobre la posibilidad de establecer un equivalente funcional con la *recklessness*. Por el contrario, a cada punto de descripción de una institución ligada al *mens rea*, antepone el sistema alemán para demostrar la pretendida «involución» del pensamiento anglosajón. Safferling, *Vorsatz und Schuld*, pp. 30-185 y pp. 360-367.

¹⁸⁸ «Cuanto menos desarrollada esté una dogmática, más imprevisible será la decisión de los tribunales, más dependerán del azar y de factores incontrolables la condena o la absolución», Gimbernat Ordeig, Enrique, «¿Tiene futuro la dogmática jurídicopenal?», *Estudios de Derecho Penal*, 3a ed. Tecnos, Madrid, 1990, p. 158.

¹⁸⁹ Esta no es sino la pretensión, aunque debe tenerse en cuenta la crítica sobre sus resultados. Schünemman, Bernd, «Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal», *El Sistema Moderno de Derecho Penal: cuestiones fundamentales*. Estudios en Honor de Claus Roxin en un 50º Aniversario, Schünemman (coord.), Silva Sánchez (trad.), Tecnos, Madrid, 1991, pp. 31 y, especialmente, 77 y ss.

¹⁹⁰ Burkhardt, Björn, «Geglückte und folgenlose Strafrechtsdogmatik», *Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende Rückbesinnung und Ausblick*. Dokumentation einer Tagung, vom 3.-6. Oktober 1999, in der Berlin-Brandenburgischen Akademie der Wissenschaften, herausgegeben von Eser, Hassemer, Burkhardt, Verlag C. H. Beck, München, 2000, pp. 112-115. Críticamente, Frisch comentando esta ponencia de Burkhardt, en el sentido de lo «problemáticas» que pueden ser las declaraciones sobre la intrascendencia de la dogmática penal en relación con la innegable función que despliega en la interpretación del Derecho. Frisch, Wolfgang «Geglückte und folgenlose Strafrechtsdogmatik (Kommentar)», *Die Deutsche Strafrechtswissenschaft*, pp. 159-160 y ss.

un «científico» podría exigir en aras de la seguridad jurídica¹⁹¹ dada la legitimidad del pensamiento dogmático alemán, manifestado en su enorme extensión y radio de influencia.

Sin embargo, la búsqueda de tal respuesta conduce, derechamente a un resultado desalentador. Esto porque a diferencia de la mayoría de los sistemas penales que recogen la herencia del *Common Law*, en el Derecho penal alemán no es posible encontrar una definición legal del dolo y ni el StGB o el StPO establecen reglas para la prueba del aspecto subjetivo de la infracción punible. El resumen de este panorama es una incumplida promesa –conforme a una conocida crítica¹⁹²– que se expresa en una absoluta falta de regulación legal, una multiplicidad de doctrinas que a veces más que por contenido se diferencian en la terminología, una jurisprudencia alemana que poco caso hace a la evolución de la «ciencia penal» y utiliza la doctrina a su antojo, cambiando de opinión constantemente, a lo que se le une la circunstancia que no se rige por un sistema de precedentes ni contempla criterios de unificación vinculantes.

¹⁹¹ Al respecto, irónicamente, Taylor afirma que los niveles de imputación subjetiva tienen un elevado grado de complejidad que el Derecho penal alemán no reconoce, en algunos casos se trata de estados mentales que precisan de una interpretación psicológica y, en otros supuestos, conllevan la valoración de una conducta en términos objetivos. En la medida que todo ello es puesto en relación con una específica conducta que se trata de imputar, parece ser bastante poco factible; más bien, es un simplismo, el pretender reducir todos los niveles de *mens rea* a un solo concepto general enunciado con la fórmula: «conocimiento de los elementos del tipo». Taylor, George, «Concepts of intention in German Criminal Law», *Oxford Journal of Legal Studies*, 24:1 (2004), p. 122.

¹⁹² Esencial, Dubber, Markus Dirk, «The Promise of German Criminal Law: A Science of Crime and Punishment», *German Law Journal*, 7 (2005), p. 1049 y ss. Nauke, Wolfgang, «An Insider's Perspective on the Significance of the German Criminal Theory's General System Analyzing Criminal Acts; Foreign Law», *BYU Law Review*, 3:2 (1984), pp. 305-321. En especial, p. 310 y ss. Schünemman, Bernd, «Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana», *ADPCP*, 49:1 (1996), pp. 187-218, en especial, lo que denomina «dogmática sin consecuencias», p. 209 y ss.

Al respecto, Dubber afirma:

«Así, el Código Penal alemán es demasiado breve. Lo que es notable no tanto por su contenido, sino por lo que deja fuera. Un ejemplo es la definición de los varios tipos de *mens rea* - intención (*Vorsatz*) y negligencia (*Fahrlässigkeit*). El Código Penal Modelo estadounidense dedica un gran esfuerzo a esta tarea. Sería exagerado decir, de hecho, que la sección de la definición de los cuatro estados mentales (propósito, el conocimiento, la imprudencia y negligencia) es el núcleo de todo el Código Modelo, y su contribución más importante»¹⁹³.

A diferencia del sistema legal de Estados Unidos donde rige el principio de legalidad en el sentido de taxatividad máxima, dedicándose la doctrina a discutir los criterios de prueba de los elementos materiales del delito puestos en relación con las definiciones de los niveles de imputación subjetiva expresados en la parte general, en el Derecho penal alemán, en cambio, el dolo y cuestiones como la acción, relación de causalidad –pese a su importancia como reconoce Jakobs¹⁹⁴– tienen nula regulación en el StGB. Esto se debe a que socialmente está asentado que la interpretación del contenido conceptual y ámbito de aplicación del dolo, en particular, en lo que dice relación a su los límites con la imprudencia, son aspectos que han de quedar entregados a la dogmática penal en la medida que ella opera –dada su función esencial– como un filtro de contención de la arbitrariedad jurisprudencial.

Sin embargo, no puede decirse que los intentos de regular legalmente los niveles de imputación subjetiva hayan estado ausentes. Pese a que la falta de conceptualización de las categorías del delito en la ley, es mayoritariamente entendida como una «garantía» de concreción del principio de certeza jurídica, dado que, como se ha indicado, la labor de delimitación de «ámbitos y contenidos» queda entregada a la ciencia del Derecho penal, ha sido, precisamente, esa dogmática la que reclamaba

¹⁹³ Dubber, «The Promise», p. 1054.

¹⁹⁴ Jakobs, Günther, «Altes und Neues zum strafrechtlichen Vorsatzbegriff», *Rechts Wissenschaft. Zeitschrift für rechtswissenschaftliche Forschung*, Heft 3 (2010), p. 285.

con una particular insistencia en el célebre e influyente Proyecto Alternativo de 1969 (en adelante, AE-1969)¹⁹⁵ que se conceptualizasen estos ámbitos por razones de seguridad jurídica.

El citado AE-1969 buscaba presentarse como una respuesta al Proyecto Oficial de 1962, el cual establecía en sus §§16-18 definiciones para la intención, dolo directo, eventual e imprudencia consciente e inconsciente. Sin embargo, pese a todo el esfuerzo de consenso doctrinal que ello supuso la elaboración de la referida contrapropuesta, como indica Roxin¹⁹⁶, finalmente todo eso quedó en nada.

¹⁹⁵Baumann, Jürgen/Brauneck, Anne-Eva/Hanack, Ernst-Walter/Kaufmann, Arthur/Klug, Ulrich/Lampe, Ernst-Joachim, et al. *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Allgemeiner Teil*, 2. verbesserte Auflage, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1969, § 16, p.10 y ss.

¹⁹⁶Roxin, Claus, «Unterlassung, Vorsatz und Fahrlässigkeit, Versuch und Teilnahme im neuen Strafgesetzbuch», *JuS*, Heft 4 (1973), p. 201.

II. La propuesta del AE-1969

Tal como se ha indicado, el AE-1969 estimó necesario definir los niveles de imputación subjetiva.

Al respecto, proponía un §16 que contenía las siguientes declaraciones generales de principios: primero, establecía que la imputación dolosa como la regla general en el sistema alemán [§16 (1)]; segundo, tal como ocurre en los sistemas anglosajones solo la imprudencia grave es punible (culpa lata), lo que se desprende de la interpretación *a contrario sensu* de las normas contenidas en el proyecto [§16 (2)]; tercero, para evitar la responsabilidad objetiva y toda manifestación del *versari in re illicita*, consagraba una regla según la cual en los casos en que la ley contemplase una agravación de pena en relación con un resultado concreto, al menos ese resultado debía ser provocado con imprudencia [§16 (3)].

La norma era la siguiente:

«§16. *Acciones dolosas e imprudentes*

(1) Si la ley no hace expresamente punible una acción imprudente, entonces, deberá ser interpretada como elaborada bajo el requerimiento de una acción dolosa.

(2) Cuando se trate solo de una imprudencia leve el autor está exento de pena.

(3) Si la ley impone una pena más grave cuando la conducta produce un resultado particular, la pena puede ser impuesta al autor o cómplice solo si la negligencia provocó el resultado»¹⁹⁷.

¹⁹⁷ «§ 16 Vorsätzliches und fahrlässiges Handeln

(1) Wenn das Gesetz fahrlässiges Handeln nicht ausdrücklich mit Strafe bedroht, ist zur Strafbarkeit vorsätzliches Handeln erforderlich.

(2) Bei geringfügig fahrlässigem Verhalten bleibt der Täter straffrei.

(3) Knüpft das Gesetz an eine besondere Folge der Tat eine schwerere Strafe, so trifft sie den Täter oder Teilnehmer nur, wenn er diese Folge fahrlässig herbeigeführt hat».

Vid., Baumann/Brauneck/Hanack/Kaufmann/Klug/Lampe, et al., *Alternativ-Entwurf*, § 16, p. 10.

En el plano de las definiciones el §17 del AE-1969 contemplaba como principal novedad la conceptualización de la intención, cuyo contenido es coincidente con la fórmula básica de la cual se desprenden todas las restantes categorías o tipos de dolo desde el finalismo, es decir, se decantaba por el dolo natural¹⁹⁸. El dolo es, tal como lo establecía el §17 (1): «conocimiento (*Wissen*) y voluntad (*Wollen*)» de realización del tipo¹⁹⁹.

Esta fórmula todavía sigue usándose pese a que es calificada como una imprecisión lingüística²⁰⁰. A fin de matizar su afiliación a una postura dogmática determinada se dice que este metaconcepto es una abreviación con fines académicos, aunque se utiliza constantemente en las sentencias²⁰¹.

Junto con definir la imprudencia como la infracción de un deber objetivo de cuidado en el §18, la principal novedad del AE-1969 en este plano fue la de proponer en el §17(2) una definición de dolo eventual como forma básica y genérica de intencionalidad. Este precepto fijaba el consenso doctrinal mayoritario que existía sobre la evolución de la teoría del consentimiento, cuyo renovado camino había sido trazado diez años antes, conforme a la célebre formulación de Strattenwerth: «quien toma

¹⁹⁸ Sin embargo, la aceptación generalizada de este concepto básico no conlleva, en términos sistemáticos, asumir todos los efectos metodológicos a los que conduce la teoría restringida de la culpabilidad consecuencial al dolo natural. En otros términos, que los autores alemanes «accepten» este concepto, no quiere decir que acepten también, por ejemplo, que cualquier o todo tipo de error referido a la legalidad del acto deba ser tratado como un error de prohibición y regirse por las consecuencias del § 17 StGB. Al respecto, Freund, *AT*², § 7, nm. 17, p 262.

¹⁹⁹ „Wissen und Wollen der Tatbestandsverwirklichung“.

²⁰⁰ W-Beulke/Satzger, *AT*⁴⁴, nm. 202-203, p. 91.

²⁰¹ „Wissen und Wollen der Tatbestandsverwirklichung“, reconocida expresamente en muchas sentencias, por ejemplo, en la BGHSt 36, 1, 9. *NJW* (1989), pp. 781-784. En este caso se enjuició – por el delito de lesiones del § 223(1) del StGB– a un sujeto que ocultó a su pareja el padecer de VIH, infectándola a consecuencia de las relaciones sexuales sin protección. El Tribunal sostuvo que el elemento subjetivo del tipo queda acreditado por el extendido conocimiento sobre el riesgo que tiene el tener relaciones sexuales sin preservativo y, además, en la circunstancia de que el autor reconoció saber que sus acciones tenían la capacidad de infectar a su pareja y decidió pese a ello seguir adelante.

en serio la posibilidad de realización de las circunstancias de hecho y las tiene en cuenta»²⁰².

Esta definición de dolo eventual ha tenido una importante repercusión. Un ejemplo, es que ha sido adoptada legalmente en Suiza (desde el año 2007), donde aparece de un modo expreso en la segunda parte del §12(2) StGB²⁰³. Se ha plasmado en la ley después que la jurisprudencia la reconociera de modo casi invariable²⁰⁴. Antes de esto, había sido plasmada en la segunda parte del art. 25 del Código Penal Tipo para Latinoamérica (1973)²⁰⁵.

Con todo, conforme explica Roxin²⁰⁶, en el Derecho penal alemán sucedió que pese a las propuestas de regulación legal del dolo (en referencia al proyecto oficial de 1962), abarcaban supuestos donde existía un cierto consenso, el punto de la discordia para alcanzarlo fue, precisamente, el dolo eventual. Al respecto, indica que sin mucho esfuerzo, en su opinión, podría haberse insistido en regular y, al menos, debía haberse establecido un límite mínimo, tal como lo proponía el citado AE-1969 en el §16(2). Este precepto, podría haberse interpretado en relación con el §17(2) para configurar el contenido del dolo eventual en su diferenciación con la imprudencia consciente.

El resultado del debate produjo que se prefiriera entregar la conceptualización a la jurisprudencia y dogmática penales, perdiéndose una posibilidad de haberle dado al StGB una adecuada regulación sobre este punto²⁰⁷.

²⁰² Stratenwerth, Günter, «Dolus eventualis und bewußte Fahrlässigkeit» *ZStW*, 71.1.38 (1959), p. 62.

²⁰³ «art.12.2.2 Vorsätzlich begeht ein Verbrechen oder Vergehen, wer die Tat mit Wissen un Willen ausführt. Vorsätzlich handelt bereit, wer die Verwirklichung der Tat für möglich hält und in Kauf nimmt».

²⁰⁴ Sobre el debate jurisprudencial y el consenso que genera la fórmula, Maihold, Harald, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Fragen, Fälle un Lösungen zur Prüfungsvorbereitung*, 3 Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2013, p. 85.

²⁰⁵ Vid. AAVV., *Código Penal Tipo para Latinoamérica*, Santiago Grisolfá (coord.), Jurídica de Chile, Santiago, 1973, art. 25.

²⁰⁶ Roxin, «Unterlassung», p. 201.

²⁰⁷ Roxin, «Unterlassung», p. 202. Así, también, Baumman/Weber/Mitsch, *AT^{II}*, § 20, nm 6, p. 471.

III. La regulación del dolo en el AE-1969

El AE-1969, contemplaba la siguiente regulación sobre el dolo, el dolo eventual y la imprudencia:

«§17. *Intención y conocimiento*

(1) Actúa intencionalmente quien con conocimiento y voluntad causa un daño cuya producción está prohibida por la ley.

(2) Actúa intencionalmente quien considera seriamente que la realización del delito es posible y la toma en cuenta.

(3) Actúa con conocimiento quien sabe que las circunstancias que la ley exige en orden a establecer una conducta voluntaria están presentes, o, quien prevé como ciertas la ocurrencia de estas circunstancias»²⁰⁸.

«§ 18. *Imprudencia (negligencia)*

Actúa con imprudencia el que no ejercita el cuidado al que está obligado y que causa un daño legalmente prohibido»²⁰⁹.

²⁰⁸ «§ 17 *Vorsatz und Wissentlichkeit*.

(1) Vorsätzlich handelt, wer die gesetzlichen Tatumstände mit Wissen und Wollen verwirklicht.

(2) Vorsätzlich handelt auch, wer die Verwirklichung der Tatumstände ernstlich für möglich hält und in Kauf nimmt.

(3) Wissentlich handelt, wer weiß, daß die Umstände vorliegen, für die das Gesetz wissentliches Handeln erfordert, oder wer das Eintreten dieser Umstände als sicher voraussieht». Baumann/Brauneck/Hanack/Kaufmann/Klug/Lampe, et al., *Alternativ-Entwurf*, § 17, p. 10.

²⁰⁹ «§ 18 *Fahrlässigkeit*.

Fahrlässig handelt, wer die Sorgfalt außer acht läßt, zu der er verpflichtet und fähig ist, und deshalb einen gesetzlichen Tatbestand verwirklicht». Baumann/Brauneck/Hanack/Kaufmann/Klug/Lampe, et al., *Alternativ-Entwurf*, § 18, p. 10.

IV. ¿Qué ideas del consenso generado en el AE-1969 subsisten?

1. Primera: la estructura conceptual del dolo

Según explica Freund actualmente en Alemania es predominante la opinión que define el dolo como un «estado mental», consistente en «la voluntad de realización del delito con pleno conocimiento de las circunstancias fácticas objetivas, conforme a la abreviatura: *conocer y querer* la realización del injusto típico»²¹⁰.

Aunque existe controversia sobre la voluntad como elemento del dolo. Hay acuerdo en que la intención no abarca la punición de los deseos, quien desea o quiere un hecho delictivo no delinque; es más, muchas veces la realización del delito puede ser una consecuencia secundaria e indeseable frente al comportamiento querido. La voluntad se expresa como una intención de realización de un evento injustificado en conocimiento de las circunstancias fácticas objetivas que le dan tal carácter²¹¹.

También, se reconoce que no hay otro elemento que, en remplazo de la voluntad, permita plantear una terminología adecuada para la distinción entre el dolo e imprudencia. En la medida que el conocer (el conocimiento en general) es también un estado mental (intelectual-cognitivo)²¹², es difícil que alguien pueda representarse la posibilidad o la probabilidad de un resultado que no sea una consecuencia de *sus acciones (seines Handelns)*²¹³.

Así, el actual StGB (§15)²¹⁴ se limita solo a decir que existen dos niveles de imputación subjetiva: dolosa (ordinaria) e imprudente (extraordinaria).

De acuerdo al §15 (segunda mitad) el dolo constituye la categoría general en los delitos de acción aunque la ley no lo mencione

²¹⁰ Freund, *AT*², § 7, nm. 40-41, pp. 270-271.

²¹¹ Freund, *AT*², § 7, nm. 41-42, pp. 271-272.

²¹² Otto, *GK*⁷, § 7, nm. 3, p. 76

²¹³ Freund, *AT*², § 7, nm. 54, p. 275.

²¹⁴ «§ 15 Vorsätzliches und fahrlässiges Handeln

Strafbar ist nur vorsätzliches Handeln, wenn nicht das Gesetz fahrlässiges Handeln ausdrücklich mit Strafe bedroht».

expresamente, mientras que la imprudencia es excepcional. Este último nivel solo es punible en los casos en que la ley la consagra de modo expreso (*numerus clausus*)²¹⁵.

A este modo de proceder se le critica el no tener en cuenta que la evidente importancia políticocriminal que suponen, en la actualidad, los delitos imprudentes²¹⁶. La circunstancia que la imprudencia sea considerada en la ley una categoría excepcional, apenas mencionada en el StGB y con una pena comparativamente menor a la que reciben los delitos dolosos, produce una extensión desmesurada de la imputación a título de dolo eventual.

A falta de definición legal de dolo, la doctrina y jurisprudencia discuten arduamente acerca de sus elementos, respecto del cual se afirma que se construye, en realidad, sobre la base del tipo doloso que se contiene en cada delito²¹⁷ (teniendo en consideración la posibilidad que la ley expresamente contemple en el respectivo tipo penal la adscripción de responsabilidad alternativa a título de imprudencia, conforme a la regla del §15 del StGB) y otros elementos subjetivos que pueda contener el respectivo injusto.

Pese al citado consenso, como se verá *infra*, existe una refinada teorización que es generada tanto por la falta de regulación como por el anhelo de seguridad jurídica de una doctrina penal que alberga metaconceptos de dolo con pretensiones de aplicación general. En la práctica, el dolo se construye a partir de la específica descripción contenida en la norma²¹⁸. Es decir, que pese a la pretensión de una conceptualización genérica los jueces operan con diferentes tipos de dolo intencional, en lo que se conoce como el «dolo típico»²¹⁹ que determina el sentido y finalidad de la acción, el núcleo del injusto personal y la base para la imputación subjetiva²²⁰. Así, por ejemplo, en los delitos patrimoniales consiste en la intención de apropiarse y en los delitos de

²¹⁵ Freund, *AT*², § 7, nm. 1, p. 259.

²¹⁶ Otto, *GK*⁷, § 7, nm. 2, p. 75

²¹⁷ W-Beulke/Satzger, *AT*⁴⁴, nm. 203, p. 91.

²¹⁸ Krey, *AT/II*, nm. 332-333, p. 102.

²¹⁹ «Tatbestandvorsatz».

²²⁰ W-Beulke/Satzger, *AT*⁴⁴, nm. 202-203, p. 91.

fraude en el propósito de beneficiarse patrimonialmente de un modo injusto²²¹.

Expresado de este modo, en los delitos dolosos el dolo como aspecto subjetivo o mental del tipo es el principal componente coincidente del desvalor de acción del autor en relación con el contenido de las normas de prohibición o mandato (el injusto)²²².

2. Segunda: el elemento volitivo del dolo (dirección de la voluntad)

La función de los elementos volitivos es la de establecer una demarcación entre las acciones dolosas e imprudentes²²³.

La voluntad en su sentido ordinario se refiere al «querer» o «elegir», sin embargo, tal como se ha indicado, no tiene que ver con la finalidad del autor²²⁴. El reconocimiento de esta categoría del dolo importa aquí en la medida que supone la exigencia de que al autor no se le pueda hacer responsable por el riesgo que se representó como posible o probable, pero que no lo había querido. Y, tal como explica Otto²²⁵ el autor solo puede querer lo que está dentro del margen de interpretación de su capacidad personal de control. Aquello que escapa de su dominio no se le puede imputar.

La circunstancia de que quien *sabe o conoce las consecuencias de sus acciones y actos, quiera esas consecuencias también como regla general*²²⁶, no implica, precisamente, que en todos los casos el conocer

²²¹ Krey, AT/II, nm. 332-333, p. 102.

²²² Así, Gropp, AT⁴, nm. 116, p. 151.

²²³ Así, Gropp, AT⁴, nm. 150, p. 157.

²²⁴ Otto, GK⁷, § 7, nm. 26, p. 82.

²²⁵ Otto, GK⁷, § 7, nm. 26, p. 82.

²²⁶ Ragués i Vallès, Ramon, «Überlegungen zum Vorsatzbeweis», GA (2004), p. 264. Según Gropp la argumentación de Ragués deja al menos abierta la posibilidad que al menos un elemento volitivo normativizado debería requerirse, en la medida que subsiste la pregunta sobre la relación entre el elemento volitivo y su función políticocriminal: lo que escapa del dominio volitivo del autor no se puede imputar, sin caer en el riesgo de la responsabilidad objetiva. Gropp, AT⁴, nm. 154 y 157, p. 158.

las consecuencias suponga querer las consecuencias (el caso Woollin es un ejemplo de esto)²²⁷.

De acuerdo con la intensidad de la concurrencia de los elementos del dolo, en especial, de la voluntad, se distinguen tres clases o niveles:

- a) intención o propósito (*Absich*) o dolo directo de primer grado;
- b) dolo directo (*directkte Vorsatz*) o dolo directo de segundo grado;
- c) dolo eventual, *dolus eventualis* (*Eventualvorsatz*) o dolo condicionado (*begingter Vorsatz*).

a) Intención o propósito (Absich/dolus directus I)

La intención consiste en la voluntad dirigida al resultado típico como objetivo concreto de la acción del autor. Se afirma que no es necesaria una coincidencia absoluta entre resultado y objetivo final, en la medida que es suficiente con una voluntad que tenga en miras ese resultado al menos a corto plazo, en la búsqueda de otros objetivos generales²²⁸. Es decir, se satisface con la búsqueda del resultado como propósito intermedio²²⁹.

En esta clase de dolo el elemento volitivo domina frente a los mínimos requerimientos o exigencias de una prueba del elemento intelectual. Así, dice Freund²³⁰, la acción de disparar al tío rico que se encuentra a gran distancia, es igualmente tentativa de homicidio intencional con independencia del nivel de probabilidad o posibilidad de acertar el tiro.

²²⁷ En efecto, que quien incendia un bote de basura actúe con representación del riesgo altamente probable –en términos objetivos– de propagación del incendio no quiere decir, necesariamente, que acepte todas las consecuencias. En particular, si como resultado del viento (factor que pudo ser parte de esa representación de probabilidades), se incendia por completo un supermercado y un edificio contiguo. R v. Woollin [1999] AC 82 House of Lords.

²²⁸ W-Beulke/Satzger, *AT*⁴⁴, nm. 211, pp. 95.

²²⁹ Freund, *AT*², § 7, nm. 65, p. 65.

²³⁰ Freund, *AT*², § 7, nm. 65, p. 65.

aa) Intención y motivos

Ahora bien, esta intención dirigida al resultado es independiente de los motivos [Beweggrund (motiv)] del autor para realizar su acción o meta (en cuanto objetivo final). En otros términos, se afirma decididamente que los motivos no son parte de la intención²³¹.

Pese a que no son parte de la voluntad como elemento del dolo, se sostiene que los motivos pueden ser coincidentes y, en tal sentido, el BGH ha fallado que el dolo condicionado o eventual puede ser probado o desprenderse de los motivos personales del autor.

bb) Caso del Döner Kebap

En esta sentencia los motivos o ánimos personales del acusado (el racismo y la xenofobia) fueron considerados como determinantes para la prueba del elemento volitivo del dolo. La argumentación se sustentaba en la existencia de una motivación personal evidentemente manifestada para la realización de la acción (incendiar un Döner donde trabajaban solo inmigrantes turcos). El BGH tuvo por probado el dolo condicionado (eventual) de homicidio tentado²³².

Este caso muestra como la afirmación de que los motivos pueden coincidir con el dolo es utilizada en la praxis, pese a que se declara que carecen de importancia. En el Derecho angloamericano, los motivos personales dejaron de ser determinantes en todos los sentidos, hace más de medio siglo, se les considera proscritos en relación a la prueba del *mens rea* debido a su elevada subjetividad y, especialmente, porque se estimaba que abrían la puerta a la arbitrariedad jurisprudencial.

En el caso del Döner, se tuvo por probado que el acusado actuó con la finalidad de amedrentar a los turcos a retirarse de Alemania. Para ello, quemó por completo el local donde se vendían los kebab y resultó lesionada una persona. En el mundo anglosajón, en la medida que el motivo de odio racial no es determinante para la prueba de la intención, este caso habría sido fallado como incendio intencional y se habría

²³¹ W-Beulke/Satzger, *AT⁴⁴*, nm. 211, p. 94.

²³² BGH, 22.02.2000 - 5 StR 573/99. *NStZ-RR* (2000), 165.

impuesto además una pena por las lesiones a modo de *recklessness*. Sin embargo, el BGH revocó la sentencia de primera instancia que había sancionado solo incendio doloso, argumentando que el dolo de matar se daba por acreditado, en la circunstancia que el acusado se representó la posibilidad de la realización del resultado de muerte no como una cuestión distante y, además, dada la gravedad de su conducta aprobó y se resignó al resultado de muerte, lo que quedaría acreditado con la finalidad última de la autor (amedrentar lo más posible a los turcos para instarlos a abandonar Alemania).

cc) *Intención como nivel exclusivo de imputación*

La intención o propósito sigue siendo el único nivel de imputación subjetiva posible en algunos delitos, en especial, en el *asesinato* (§211 del StGB), *el robo* (§249 y 250) y *la extorsión* (§253)²³³. En estos tipos penales el BGH no se conforma con el dolo eventual o condicionado, pese a la crítica doctrinal que reclama que al menos podría ser atendible la imputación a título de una posibilidad de aceptación del resultado, o bien, una indiferencia frente a riesgos evidentes²³⁴.

En el sistema alemán, con excepción de estos ejemplos en los que la intención es el único nivel de imputación subjetiva, no se considera una pena diferenciada según la clase de dolo que se trate, pese a que se afirme reiteradamente que el dolo de primer grado es la forma más grave en términos de merecimiento de reproche penal.

dd) *Caso de los culatazos a los testigos del robo*

En el caso del asesinato el caso de los culatazos para «ocultar el robo» suele ser citado constantemente para argumentar la exclusión del dolo eventual para el delito de asesinato, en concreto, en relación a las

²³³ Sobre estos dos delitos y la crítica doctrinal a la reiterada exigencia de intención o propósito y la exclusión del dolo eventual por parte de la jurisprudencia del BGH. Jahn, Matthias, «Strafrecht BT: Deliktsspezifische Absicht bei Raub und räuberischer Erpressung», *JUS* (2011), pp. 846-848.

²³⁴ Jahn, «Strafrecht», p. 848.

exigencias subjetivas vinculadas a la parte final del §211 (2) del StGB, que sanciona como asesinato el homicidio que se realiza para «ocultar otro delito». La sentencia del BGH se pronuncia sobre la posibilidad de admitir el dolo eventual en relación con un sujeto que durante la ejecución de un robo (que era la finalidad específica de su acción) dio culatazos en la cabeza a los testigos que ejercieron resistencia al percatarse que el pistón del arma se había trabado. Los testigos murieron producto de la gravedad e intensidad de los golpes. Si bien, en un principio el tribunal de instancia había considerado que el sujeto durante la realización del robo había tenido la intención de matar al menos con dolo eventual, en consideración al número de golpes y su naturaleza, el BGH estimó que el delito de asesinato no podía colmarse en su parte subjetiva con el dolo eventual y se exigía un dolo directo de primer grado en relación con la ocultación²³⁵.

b) Dolo directo (directkte Vorsatz/dolus directus II)

Esta clase de dolo consiste en un acto u omisión con conocimiento seguro o certero (*sicheres Wissen*)²³⁶ del resultado. Más que el solo conocimiento de una consecuencia necesaria de la realización de acción, se requiere (de atrás) la existencia de otra acción en la que existe un propósito o intención dirigida a la realización de otro injusto típico, donde hay otro resultado que es simplemente un efecto directo, pero secundario e inevitable o seguro de ese comportamiento intencional.

En general, en la praxis del Derecho alemán es difícil encontrar referencias a casos en los que se haya considerado esta categoría de imputación. Es más, no hay casos. Los que se mencionan, más bien son críticas a sentencias en las que podría haberse considerado esta modalidad de dolo como, por ejemplo, el caso de la correa de cuero (que se menciona infra) o el de la tarjeta de viaje, al que se hará referencia a continuación.

Es común, sin embargo, hallar la cita directa al caso de Alexander Keith (caso Thomas) ocurrido en 1875²³⁷. Aunque, en realidad según se

²³⁵ BGHSt 21, 283 *NJW* (1967), 2319

²³⁶ Entre otros, Gropp, *AT*⁴, nm. 117, p. 151. Freund, *AT*², § 7, nm. 67, p. 65

²³⁷ Gropp, *AT*⁴, nm. 170, p. 161.

puede desprender del extenso relato que hiciera Binding no hubo sentencia penal, porque el autor murió a los días de una bala en la cabeza²³⁸. En el hospital confesó haber tomado un seguro realizando una declaración falsa sobre el contenido de la carga que transportaría un barco. En concreto, aseguró una caja con diamantes, pero el contenido era dinamita que debía explotar, conforme a un sofisticado mecanismo de relojería, a los ocho días siguientes, cuando el barco se encontrara a mitad del viaje a Nueva York. Sin embargo, debido a un accidente que ocurrió en el puerto con la grúa de carga, se activó el mecanismo produciéndose una explosión en el muelle de Bermerhaven, muriendo ochenta y un personas.

Este caso originó una discusión sobre si el caso podía ser entendido como un supuesto de *dolus o culpa*, que eran las dos únicas categorías heredadas del Derecho romano aceptadas en el Derecho penal alemán²³⁹. La introducción de esta doctrina tuvo lugar como consecuencia de la adopción de una forma adicional de *dolus directus*. En el fondo, la categoría agrega solo una diferencia terminológica con la intención (*absicht*) que es una palabra utilizada en el lenguaje ordinario e introdujo una palabra técnica, un latinismo que dice poco. De hecho, Bentham sostenía que los juristas romanos en realidad parece que no hacían distinción alguna entre el dolo directo y el dolo oblicuo²⁴⁰ (en Alemania *dolus directus*), por lo que es probable que lo consideraran también como una forma de *dolus*. Esta es la razón por la cual, comúnmente, estos dos niveles de imputación se equiparan en el Derecho inglés para efectos de pena.

La idea de los juristas alemanes, al parecer consistió en no hacer referencia al *dolus indirectus* que es una fórmula introducida después por la tradición de la ilustración y criticada por extender aparentemente en demasía la responsabilidad penal, en la medida que podía introducir el *versari in re illicita*. Así, quien realizaba una conducta inicialmente prohibida para el Derecho respondía por todas y cada una de las

²³⁸ Binding, Karl, *Die Normen und Ihre übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts*, Band II-II: *Schuld und Vorsatz*, 2 Auflage (1916), Scientia verlag, Aalen, 1916, pp. 851-859.

²³⁹ Binding, Karl, *Die Normen, Band II-II*, pp. 853-854.

²⁴⁰ Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals*, p. 78.

consecuencias previstas e imprevistas, incluyendo aquellos resultados indirectos que al autor le resultaron indiferentes²⁴¹.

En cambio, en el Derecho inglés esta clase de dolo oblicuo fue introducido a la praxis por Bentham casi cien años antes que comenzara a discutirse esa real posibilidad en Alemania. En Inglaterra se recurrió a una fórmula también reconocible en el lenguaje ordinario, que Bentham denominó intención oblicua (*oblique intention*). En sus palabras:

«Una consecuencia, cuando es intencional -dice Bentham- puede ser, por tanto, directa o solo oblicua. Podría decirse que es directa o linealmente intencional, cuando la perspectiva de producirla constituyó uno de los eslabones de la cadena de causas por las que la persona se determinó a realizar el acto.

Podría decirse que es oblicua o colateralmente intencional, cuando, aunque la consecuencia fue contemplada y parecía probable de producirse en el caso de que el acto se realizara, a pesar que la perspectiva de la producción de tales consecuencias no constituía un eslabón de la cadena antes mencionada»²⁴².

Así visto esta categoría de imputación tiene bastante más de intencionalidad de lo que suele afirmarse. Actualmente, esta categoría está absolutamente diferenciada de la intención en Inglaterra y en el último tiempo ha tenido una extensión considerable en cuanto a su aplicación²⁴³. Esto se debe a la circunstancia que en varios delitos constituye el límite inferior de la imputación subjetiva ordinaria y, por ende, su ausencia derechamente puede significar la impunidad o reconducir la imputación a otro delito subsidiario que conlleva por regla general una pena sensiblemente menor. En concreto, esto sucede en el asesinato donde la presencia de otro nivel o categoría subjetiva de menor intensidad puede dar origen a alguna de las formas de homicidio no

²⁴¹ Se atribuye en Alemania a Benedikt Carpov. (1565-1666) el haber sostenido que en el querer radicaba la causa indirecta de la acción a modo de un *dolus indirectus* que abarcaba los efectos no queridos por el autor pero inmediatos o necesarios para la realización del delito. Duttge, *MK-StGB*² § 15 nm. 50, p. 672.

²⁴² Bentham, *An Introduction*, p. 70.

²⁴³ *R v. Moloney* [1985] AC 905. *R v. Moloney* [1985] AC 905.

intencional (*manslaughter*), pero no a la punición a título de asesinato. Esto quiere decir que Inglaterra la categoría ha cobrado especial importancia porque no existe una forma de asesinato a título de dolo eventual y, por ende, supuestos que en el Derecho continental se castigarían bajo esta fórmula en el Derecho inglés, en cambio, solo pueden recibir el castigo a título de asesinato a través de la extensión de la regla del dolo de oblicuidad.

aa) Caso de la tarjeta de viaje (Fahrkarten)

Aquí al BGH le tocó pronunciarse sobre el alcance que puede dársele al aspecto subjetivo del delito de estafa, ya que conforme al §263 (1) del StGB este consiste en «*la intención de obtener un beneficio material ilícito para sí o para un tercero*». En concreto, se trataba de un sujeto que alegaba no haber comprado la tarjeta de viaje de tren porque iba atrasado a su trabajo y el llegar tarde podría haber sido muy perjudicial para él. El BGH extendió la interpretación de la palabra intención (*Absicht*), diciendo que también abarca en el delito de estafa las «consecuencias convenientes»²⁴⁴, que podrían ser interpretadas en doctrina como una aplicación de la fórmula «consecuencias seguras» propias del dolo directo, que es una categoría reservada para los delitos de resultado.

Tal como puede apreciarse, el BGH no utiliza un concepto técnico de dolo directo, sino que apela simplemente a la idea de una ventaja patrimonial para el autor (ahorrarse de modo ilícito el pago de la tarjeta), no siendo necesario que el beneficio económico sea el verdadero motor que orientaba sus acciones (intención).

²⁴⁴ BGH, 23. 2. 1961-4 StR 7/61. *NJW* 1961, 1172.

3. Tercera: El concepto de dolo eventual (Eventualvorsatz) o condicionado (begingter Vorsatz).

El dolo eventual o condicionado es la tercera categoría de dolo, o bien, la categoría fundamental y genérica de imputación subjetiva²⁴⁵.

Es una forma de comportamiento intencional (*Form vorsätzlichen Verhaltens*), en concreto, una acción u omisión que implica un reconocimiento de la posibilidad concreta de realización del injusto típico incluyendo la aceptación del resultado como una consecuencia que acompaña la realización de la conducta²⁴⁶. Este concepto coincide, en líneas generales, con la definición que del dolo eventual ofreciera el AE-1969 y es también la hipótesis que defiende el BGH actualmente.

En efecto, pese a todas las críticas de un amplio sector de la dogmática penal, lo cierto es que en la praxis está asentada la idea que debe probarse que el autor previó la posibilidad del resultado y, actuando sobre la base de esa previsión, lo aceptó o aprobó (*billigend in Kauf nehmen*)²⁴⁷.

En efecto, el BGH recurre de modo persistente a la fórmula consagrada en el AE- 1969 §17(2). Aunque en realidad, en el último tiempo la jurisprudencia del BGH ha venido introduciendo un criterio correctivo que limita el contenido del elemento volitivo del dolo eventual. Este punto, se pone de manifiesto en la circunstancia que, actualmente, se le defina como la realización por parte del autor de una acción que considera la ocurrencia del resultado como posible y *no del todo improbable* (que constituye un criterio correctivo objetivo), incluyendo, la aceptación o el consentimiento de esa posibilidad (*Einwilligungs-Billigungstheorie*).

Este criterio, que constituye un acercamiento con las teorías del conocimiento, ha venido apareciendo en la jurisprudencia desde fines de los años noventa, del siglo pasado. Sin embargo, pese a lo anterior, no constituye en ningún caso una renuncia a las teorías del consentimiento, sino que, más bien, la consagración de una posición ecléctica, donde la

²⁴⁵ Kindhäuser, *AT*⁷, § 14, nm. 11, p. 131.

²⁴⁶ Freund, *AT*², § 7, nm. 68, p. 281. Es también conocido como dolo de aceptación o el tomar en serio (*belligende Inkaufnahme*), Gropp, *AT*⁴, nm. 117, p. 151.

²⁴⁷ Gropp, *AT*⁴, § 4, nm. 174, p. 161.

diferencia entre el dolo eventual y la imprudencia es ahora que en el primero el *autor consciente o acepta la posibilidad de un resultado que no era del todo improbable* y, por su parte, la imprudencia consciente *consiste en la representación de la posibilidad de la concurrencia de un resultado donde se tiene la confianza en que no concurrirá*²⁴⁸.

Este concepto, claramente ecléctico, ha tenido un largo desarrollo histórico, cuyas líneas generales sería útil aquí destacar, dado que constituye el criterio que utiliza el BGH en la actualidad para determinar la concurrencia del dolo eventual. Ahora bien, más todas las teorías del consentimiento pueden agruparse en una sola, en la medida que no hay mayores diferencias entre unas y otras, todas ellas intentan elaborar una fórmula que sirva para caracterizar una acción cuya finalidad se prolonga hasta el resultado o la realización del tipo: «aceptar», «aprobar», «conformarse con» son únicamente verbos intencionales que difieren muy poco o nada en sus alcances prácticos.

²⁴⁸ Entre muchas, se citan de modo recurrente en las sentencias, BGH, Beschluß vom 7. 7. 1999 - 2 StR 177-99 (LG Gera) *NSiZ* 10 (1999), 507. BGH, Urteil vom 22.03.1994 - 1 StR 21/94 (LG Schweinfurt)BGH *NSiZ* 10 (1994).

V. El dolo eventual y las teorías del consentimiento

1. El método original de la teoría del consentimiento: la fórmula de von Frank

Para diferenciar el dolo de la imprudencia consciente la doctrina alemana elaboró una fórmula, conforme a la cual para saber si alguien ha actuado con dolo debemos situarnos en un momento inmediatamente anterior a la realización de la acción y valorar si el sujeto habría actuado de todos modos pese a la circunstancia de conocer con seguridad que de su acción habría tenido lugar el resultado. Por el contrario, solo hay imprudencia en el supuesto de que el sujeto que el sujeto se habría abstenido de actuar de haber conocido con seguridad sobre la ocurrencia del resultado.

En ningún caso puede decirse de v. Frank el haber sido un defensor de las teorías de la voluntad ni menos haber creado estas fórmulas dentro de la teoría del consentimiento, sin embargo, son utilizadas por los defensores de esta última²⁴⁹. La razón de estas confusiones está en que von Frank en realidad denominaba al dolo eventual como un dolo de conceptualización indeterminada –en alusión a que se encontraba en desarrollo teórico– para diferenciarle del dolo determinado donde se encuentra el dolo directo e indirecto²⁵⁰. La primera fórmula de von Frank apareció en un trabajo publicado en 1898²⁵¹ y la llamada «segunda fórmula» (dado que en realidad no lo expresa en estos términos), consta

²⁴⁹ Así, lo afirma, por ejemplo, en el Derecho español: Cerezo Mir, *Curso DPPG*⁶, t. II, p. 148.

²⁵⁰ Expresada gráficamente en la distinción entre «dolus determinatus (directus) und indeterminatus (eventualis)». v. Frank, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich: nebst dem Einführungsgesetz*, 18 Auflage, Verlag von Mohr, Tübingen, 1931, p. 189.

²⁵¹ v. Frank «Vorstellung und Wille in der modernen Doluslehre», *ZStW*, 10 (1890), pp. 169–228.

en el comentario al §59 del Código Penal del Imperio alemán que apareció en 1931²⁵².

Tal como se indicase, el citado §59 regulaba el error de tipo (de hecho, en realidad), para cuya valoración v. Frank introdujo diversos criterios normativos ligados a las denominadas «circunstancias concomitantes» (*gleitende Umstände*), que habrían de servir para la valoración adicional para las dos clases de culpabilidad de la teoría psicológica: el dolo y la culpa. Con ello, en su concepción las dos clases de culpabilidad pasaron a ser solo elementos de la misma a la que denominó reprochabilidad, integrada además por la imputabilidad y la exigibilidad de un comportamiento conforme a Derecho. En esta concepción el dolo es un elemento positivo del juicio de reprochabilidad dado que exige consciencia sobre la existencia de los elementos «positivos» del tipo y el conocimiento de que los elementos «negativos» no lo están y, por ende, abarca también la consciencia de la antijuridicidad lo que no se podía deducir en su opinión solo teniendo en cuenta el §59 que regulaba el «error sobre las circunstancias de hecho»²⁵³. La confusión se produce desde que v. Frank en su primer artículo conceptualiza el dolo como conocimiento o previsión del resultado, de las circunstancias y de la punibilidad de la acción.

La previsión abarca una prognosis en relación con el resultado, en términos que el autor lo tenga como cierto, necesario o posible. Y, a continuación dice que si la previsión se expresa en el juicio de posibilidad entonces hay dolo si la previsión del resultado como cierta o necesaria le habría llevado a abstenerse de realizar la acción²⁵⁴.

Esta sería la llamada por v. Hippel como la «primera fórmula de v. Frank» (incluso como «teoría hipotética del consentimiento»), quien sostuvo que finalmente había en ella una inconsecuencia y un punto de contacto que daba el favor a las tesis de la teoría de la voluntad. En cuanto a lo primero, porque quería dar a entender que v. Frank se apartaba finalmente con ella de las tesis del dolo como representación, en la medida que sería suficiente para conceptualizar el dolo eventual y diferenciarlo de la imprudencia con la fórmula de «querer el resultado».

²⁵² v. Frank,, *Das Strafgesetzbuch*, p. 190-191.

²⁵³ Véase, el comentario al § 59 en v. Frank, *Das Strafgesetzbuch*, pp. 179 y ss.

²⁵⁴ v. Frank «Vorstellung und Wille», p. 217.

Así la definición de dolo dada por v. Frank —explica v. Hippel— es incongruente con la fórmula en la medida que afirma en un principio algo que termina negado por la contradicción que supone recurrir a la voluntad expresada en el querer el resultado, como criterio diferenciador²⁵⁵.

En realidad v. Frank era un partidario de la teoría de la representación con diferencias puramente metodológicas en relación con las teorías de la voluntad en la medida que buscaba poner el acento en la realización de un acción voluntaria que en sí misma supone la representación de múltiples posibilidades de acción, mientras que las teorías de la voluntad se situaban desde el resultado²⁵⁶.

En efecto, los partidarios de las primeras teorías de la representación no renunciaron a la idea de una acción voluntaria que supone la representación de un resultado que el autor se propone²⁵⁷. La representación formaba parte de la voluntariedad propia de la acción, por ello, v. Frank afirmó finalmente (segunda fórmula; también llamada «teoría positiva del consentimiento») que existía dolo *si para el autor actuó de todas formas si para él nada significaba si el resultado era posible o seguro*²⁵⁸, lo que equivale a una indiferencia.

a) La aceptación o aprobación, el consentimiento y la evitación del resultado

Las denominadas teorías de la aceptación, aprobación y el consentimiento, intentan decidir la existencia del dolo desde la formulación de la interrogante sobre si el sujeto aprobó o no el resultado

²⁵⁵ De la obra de von Hippel es esencial el capítulo II (*Die Willenstheorie*) donde desarrolla los fundamentos de la teoría del consentimiento, en especial, la demostración que las fórmulas de von Frank ideadas para las antiguas teorías de la representación terminan otorgando el mismo resultado si son utilizadas para definir la presencia del consentimiento. También, de este texto de von Hippel es importante la crítica que realiza a la teoría de la probabilidad de Mayer que declara como inconsistente. von Hippel, Robert, *Die Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit. Eine dogmatische Studie*, Verlag von S. Hirzel, Leipzig, 1903, pp. 76-143.

²⁵⁶ v. Frank «Vorstellung und Wille», 218.

²⁵⁷ v. Frank «Vorstellung und Wille», p. 222.

²⁵⁸ v. Frank, *Das Strafgesetzbuch*, p. 190.

internamente, o bien, lo rechazó dado que tenía la esperanza de que no se produjese²⁵⁹.

En efecto, por ejemplo, von Hippel²⁶⁰ afirmaba que el dolo condicionado abarcaba la representación del resultado probable, también, los casos en que el resultado era una eventualidad improbable pero había sido querido por el autor como algo posible; en suma, incluso en casos de una baja probabilidad hay igualmente dolo por la circunstancia de la representación de la posibilidad y la *aceptación* de la misma. Más adelante, von Hippel vuelve sobre este juego de palabras (probabilidad, posibilidad, aceptación), que constituye la esencia de los problemas del dolo eventual desde esta perspectiva, para agregar la indiferencia: «es el territorio de lo posible, de lo probable, del autor indiferente e incluso de las consecuencias desagradables»²⁶¹.

Por este motivo, la extendida crítica que afirma que este modo de razonar es una impropiedad en la medida que aprobar no es lo mismo que consentir o aceptar, esto es: aprobar el resultado es un nivel de compromiso subjetivo particularmente intenso y mayor que la mera aceptación o el consentimiento, no tiene demasiada relevancia práctica. Esto, porque la fórmula se ha complementado al indicar la doctrina moderna que dentro de la aprobación del resultado se comprenden los casos en que el autor se representa la posibilidad del riesgo y le son indiferentes las consecuencias²⁶².

La distinción entre el dolo eventual y la imprudencia consciente, en cualquiera de las variantes teóricas, está puesta en un criterio de valoración subjetiva del comportamiento: existirá imprudencia si el sujeto confió en la posibilidad de evitar el resultado, rechazó o descartó su eventualidad y, por ello, no habrá dolo si pese al elevado riesgo o probabilidad de realización del resultado el sujeto confió en poder

²⁵⁹ Aunque lo importante es, finalmente, la decisión del autor contra la norma de conducta. Stratenwerth, DPPG, p. 166. (AT § 8 nm. 116).

²⁶⁰ von Hippel, *Die Grenze*, p. 88.

²⁶¹ von Hippel, *Die Grenze*, p. 93.

²⁶² Engisch, Karl, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, 2. Neudruck der Ausgabe (Berlin 1930), Scientia Verlag, Aalen, 1995, p. 380. Baumann/Weber/Mitsch, *AT*¹¹, § 20, nm. 54, p. 488.

evitarlo, incluso pese a que el riesgo podría haber sido advertido con un mínimo de diligencia²⁶³.

Así, actúa con dolo eventual quien acepta la posibilidad del resultado, lo que equivaldría a aceptar el resultado mismo. Para ello, recurre a un criterio de valoración objetivo-normativo para determinar la presencia del binomio aceptación/no aceptación, que es lo que habilita la imputación a título de dolo eventual o imprudencia consciente. Ahora bien, el criterio diferenciador estaría dado para este autor en la prueba de una confianza en la producción del resultado, no siendo suficiente con la mera esperanza o deseo irrelevante, con lo que termina siendo en extremo subjetivista y apelando a la prueba de la voluntad desde la óptica de la real intención del sujeto en cuanto estado mental²⁶⁴, lo que sin criterios de objetivación termina siendo una cuestión arbitraria²⁶⁵.

Entre los antecedentes de la «moderna teoría del consentimiento» se encuentra la tesis de Welzel para quien el dolo exige una voluntad de acción orientada hacia la realización del tipo delictivo; se trata de una conciencia y resolución orientada al hecho típico. Mientras que las acciones imprudentes se caracterizan porque la voluntad de acción no está dirigida a la realización del resultado típico. El aspecto volitivo del dolo se corresponde con la voluntad de la acción y, en ese momento, se requiere un conocimiento actual, esto es, que el sujeto se represente las circunstancias del tipo. Se trata de una voluntad de realización incondicional, un querer la realización del tipo objetivo²⁶⁶. La voluntad está dirigida al fin con independencia de la probabilidad de alcanzar el resultado propuesto. De ahí que para Welzel la opinión contraria es un

²⁶³ Baumman/Weber/Mitsch, *AT*¹¹, § 20, nm. 54, p. 489.

²⁶⁴ Esta era, por ejemplo, la idea en sede psicológica de von Hippel, *Die Grenze*, p. 96 y ss.

²⁶⁵ En igual sentido, entiende que el elemento volitivo por sí solo no sería suficiente para determinar la presencia del dolo eventual, en la medida que sería necesario recurrir al criterio complementario de la graduación de la posibilidad de la producción del resultado (cuantificación de riesgos), donde la distinción entre dolo e imprudencia tiene lugar porque la última es un error de tipo. Struensee, Eberhard, «consideraciones sobre el dolo eventual», *Indret*, 4 (2009), pp. 10 y ss.

²⁶⁶ Welzel, *DPA*, p. 111.

error, hay igualmente dolo aunque la probabilidad de la producción del resultado sea escasa²⁶⁷.

En el caso en que el autor entienda el resultado como una consecuencia posible, es decir, no necesariamente unida al fin o a los medios. Welzel, distingue entre el supuesto en que el sujeto «cuenta con que se produzca o si, por el contrario, confía en que no acontezca»²⁶⁸. El dolo eventual existe cuando el sujeto quiere o cuenta con que se produzcan las consecuencia de su acción, si confía en que no acontezca, entonces, hay solo imprudencia. Ambos son criterios complementarios.

En realidad, Welzel no era un defensor de la teoría del consentimiento más bien postulaba un criterio mixto o una teoría ecléctica donde el confiar en la realización de un resultado que es considerado como posible era sinónimo de dolo. Pero, teniendo en cuenta que ni la posibilidad o el solo confiar en la no producción son criterios por sí solos suficientes²⁶⁹.

Más bien, como se ha indicado, más que darle contenido conceptual al dolo y al dolo eventual, estas teorías buscan establecer criterios de naturaleza probatoria. Es en este sentido, que puede valorarse la tesis de Kaufmann para quien ha de distinguirse entre la voluntad de realización (compresiva del dolo) y la voluntad de evitación (expresiva de imprudencia). Este autor, sobre la base de la necesidad de eliminar las referencias a la conciencia de la antijuridicidad y a la motivación o actitud interna que supone la referencia exclusiva a la aceptación como fórmula definitoria del contenido del dolo eventual²⁷⁰ (192), estimaba que la voluntad de realización debía comprender la posibilidad de que el autor cuente con las consecuencias o con la producción del resultado. En este caso hay una acción dolosa. Así más allá de preguntarse lo que el autor no quería el resultado, hay que preguntarse si la voluntad de realización de la acción se dirigía o no a dejar de producir la consecuencia accesoria

²⁶⁷ Welzel, *DPA*, p. 111.

²⁶⁸ Welzel, *DPA*, p. 115.

²⁶⁹ Welzel, *DPA*, p. 120.

²⁷⁰ Kaufmann, Armin, «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», *ADPCP*, 13:2 (1960), p. 192.

tenida en cuenta como posible, esto es, dirigida más bien a impedirla (imprudencia)²⁷¹.

b) El dolo como indiferencia

Esta teoría denominada en la doctrina alemana denominada *Gleichgültigkeitstheorie*, fue elaborada por Engisch a partir de la culpabilidad fundamentada en el carácter (*Gesinnung*), para quien el dolo eventual es una indiferencia (entendida como disposición anímica y personal del autor), en relación con el resultado típico.

Según Engisch²⁷² existe dolo eventual si el autor da por cierto o recibe con indiferencia la consecuencias necesarias posibles de su acción y, por el contrario, hay imprudencia (culpa) consciente si el sujeto estima esas consecuencias negativas como evitables y tiene la «esperanza», en términos de disposición interna o ánimo personal que el resultado o las consecuencias no se producirán.

Actualmente, la sostiene un sector de la moderna doctrina alemana, que afirma la presencia del dolo eventual en los supuestos en los que el autor se representa el tipo penal como posible y se conforma con su realización, entendida como una indiferencia frente al bien jurídico. Esta posición, pretende afirmar una crítica a las teorías del consentimiento, a partir de reconocer que las mismas tienen el inconveniente de dejar fuera del dolo eventual casos en los que el sujeto no exterioriza ningún tipo de actitud interna hacia el resultado, pero sí obra con una total indiferencia creando un riesgo objetivamente relevante, en otros términos: no confía en la posibilidad de evitación, no consiente tampoco en la realización, sino que le es absolutamente indiferente de un modo deliberado. Para este sector, el dolo queda igualmente afirmado con la indiferencia absoluta frente a un peligro evidente²⁷³.

La tesis acierta en que la falta de indiferencia en relación con el resultado excluye siempre el dolo²⁷⁴, pero falla en la medida que, en

²⁷¹ Kaufmann, «El dolo», pp. 201-202.

²⁷² Engisch, Karl, «BGH, 22, 4, 1955 - 5StR 35/55: Zum bedingten Vorsatz; Urteilsverkündung» *NJW*, 44 (1955), pp. 1688-1690.

²⁷³ Al respecto, S/S- Sternberg-Lieben, *StGB-K*²⁷, § 15 nm. 82, pp. 265-266.

²⁷⁴ En este sentido, vale la afirmación de Roxin, *DPPG*, t. I, p. 432

términos de un juicio puramente objetivo, el incumplimiento del deber de cuidado personal es suficiente para fundamentar la imprudencia entendida como una inadvertencia evitable de las consecuencias posibles de la acción. Con ello, podría desfigurarse el límite entre el dolo eventual y la imprudencia consciente.

A lo anterior, podría agregarse que hay un elevado subjetivismo en la manera en que Engisch aborda el problema, porque al intentar hacer coincidente su concepto de dolo con la culpabilidad por el carácter termina por fundamentar el dolo eventual sobre la base de un ánimo o disposición interna del autor, en la medida que la diferencia de esta categoría con la imprudencia sería la presencia o ausencia, respectivamente, de una «esperanza» personal o un «ánimo o actitud interna» hacía el resultado²⁷⁵.

aa) El caso de la correa de cuero

El conocido caso de la «correa de cuero» sirve a Engisch²⁷⁶ para explicar su teoría de modo resumido. En esta sentencia el BGH imputó dolo condicional (eventual) en la conducta de dos autores del delito de robo que con el fin de incapacitar a la víctima y así poder robarle decidieron, después de pensar en darle pastillas para dormir y fracasar en la idea de aturdirlo con un saco de arena, estrangularlo con la correa de un cinturón hasta dejarlo inconsciente, reconociendo que dicha acción podía producir la muerte, pero sin la finalidad específica de matarlo, sino que con el objeto de dejar a la víctima en situación de incapacidad de resistencia y así poder consumar el robo. Sin embargo, pese a los intentos de reanimarlo, después de dejarlo inconsciente, se produjo la muerte de la víctima.

Según Engisch²⁷⁷ el tribunal incurre en un error al imputar dolo eventual sobre la base de la representación del peligro y la aceptación del

²⁷⁵ La actitud interna del autor hacia el resultado de muerte es el elemento que permite establecer si existió o no dolo de matar, el que no concurre en el caso en que no hay indiferencia frente al resultado. Engisch, «BGH, 22, 4, 1955», 1689.

²⁷⁶ Engisch, «BGH, 22, 4, 1955», p. 1688.

²⁷⁷ Engisch, «BGH, 22, 4, 1955», p. 1688.

resultado, porque el plan de los autores era solo dejarlo inconsciente y, además, porque de todas las conductas desplegadas se desprende que en todo momento (dos estrangulaciones) intentaron siempre poner un límite para no matar a la víctima, incluso intentaron reanimarlo, lo que supone (en contra la teoría del consentimiento) una clara no aceptación del resultado de muerte que el BGH termina por imputar. En su opinión, lo que hace esta sentencia es afirmar el dolo eventual, sobre la base que hay consentimiento en términos de relación emocional con las consecuencias que son indiferentes o incómodas para el autor, simplemente si ellas son posibles, lo que no está abarcado por las teorías de la voluntad. Según él, hay dolo eventual *si el sujeto acepta las consecuencias directas, lo mismo si estas le son indiferentes*²⁷⁸. El problema es con las consecuencias secundarias indeseables, donde el autor espera que ellas no tengan lugar, que no ocurran (no las acepta). Sobre este punto afirma que igualmente podría afirmarse un dolo como indiferencia frente a una elevada probabilidad tal como lo ha hecho Schröder (*Wahrscheinlichkeitstheorie*), rechazando todas las formulaciones positivas del dolo, introduciendo según él indica un criterio adicional a la formulación ofrecida en su monografía de 1930.

Es el criterio del riesgo un correctivo de valoración que pretende una objetivación de la teoría de la indiferencia. Esta reformulación, en el fondo, sostiene que para afirmar la imputación subjetiva ordinaria, en cualquiera de sus formas, es suficiente con un dolo entendido como una indiferencia consciente frente a un riesgo altamente probable de producción del resultado. La indiferencia puede ser entendida como una decisión contra las normas de comportamiento, lo que podría constituir un criterio de doble normativización en relación con la denominada actitud o ánimo interno, como expresión de la intencionalidad del autor.

Así entendida la teoría podría superar, estimo, la crítica de Welzel quien sostuvo que la tesis de Engisch (denominada del sentimiento de indiferencia) fracasa porque desconoce que el dolo puede también estar referidos a resultados que el autor prevé como posibles y cuya producción tiene en cuenta²⁷⁹. También, la segunda crítica se vería bastante mitigada, en el sentido que sería difícil seguir argumentado que

²⁷⁸ Engisch, «BGH, 22, 4, 1955», p. 1689.

²⁷⁹ Welzel, *DPA*, p. 117.

la teoría fracasa porque no puede explicar la diferencia entre el dolo y la imprudencia inconsciente, donde el sujeto no se representa el resultado típico sino que actúa, precisamente, con una elevada indiferencia frente a los bienes jurídicos o frente al Derecho ²⁸⁰.

c) La decisión a favor del riesgo

Dentro de las modernas teorías volitivas se sitúa la tesis de Phillips que puede denominarse como decisión a favor del riesgo²⁸¹. Este autor, lleva razón al sostener que es un error metodológico explicar el dolo desde el modelo de la agencia: conducta, relación de causalidad y resultado. Esto, porque en el aspecto subjetivo el dolo se presenta como una decisión más entre múltiples comportamientos alternativos posibles. Comprendido de este modo, el dolo no es una relación intencional entre la acción y el resultado, sino que una relación intencional entre múltiples posibilidades de acción, es decir, lo que importa es la valoración de la intencionalidad expresada como una consideración de la posibilidad o la elección de una alternativa. La acción es entonces la consecuencia de una decisión entre dichas alternativas. Una decisión que supone un actuar consciente en contra de las normas de prohibición o mandato y contraria a los límites del riesgo social y jurídicamente tolerable.

Así, según Philipps ha de realizarse un cuidadoso análisis de las acciones, en especial, en los casos en que la ley no solo permite la realización de conductas riesgosas, sino que también en los supuestos en los que la ley obliga y exige llevar a cabo tales comportamientos, por ejemplo, en el caso de la actividad médica. En este ámbito, determinar si hubo intencionalidad (dolo) en la realización de una conducta arriesgada por parte del médico, dependerá en primer lugar de las diversas posibilidades de tratamientos y sus probabilidades de éxito. Si de las múltiples posibilidades resulta que el médico seleccionó un procedimiento más arriesgado que el tradicional porque era más lucrativo, o bien, porque le reportaba un beneficio personal al adquirir

²⁸⁰ Welzel, *DPA*, p. 118.

²⁸¹ Philipps, Lothar, «Dolus eventualis als Problem der Entscheidung unter Risiko», *ZStW* 85:1 (1973), pp. 27 y ss.

una técnica nueva mediante la práctica de una técnica quirúrgica experimental, hay dolo eventual o condicionado de matar²⁸².

En nuestro concepto, si bien esta tesis acierta en la exigencia de una valoración social del riesgo, no explica cómo ello depende de la superación del concepto tradicional de acción.

d) La teoría de la actitud o de la «decisión contra el bien jurídico»

Esta tesis que podría calificarse como la mayoritaria en el Derecho penal alemán actual, se ha impuesto pese al resurgimiento paulatino de las antiguas teorías de la representación que buscan objetivar el criterio de valoración sobre el riesgo, pero encarnan el peligro –y, esta ha sido la piedra de tope para su consagración– de transformar la imputación subjetiva en una cualificación del riesgo objetivo exigido para afirmar la existencia de una acción penalmente relevante, desdibujando los límites de la imprudencia consciente y limitando la posibilidad de establecer una vinculación entre la acción, el injusto personal y la intensidad de la pena. En otras palabras, desnaturaliza los límites de la imputación tornando indiferenciables los aspectos objetivos y subjetivos de la misma. Es también por estas razones, que en la doctrina alemana y en la jurisprudencia del BGHst prima, como se ha dicho, la tesis contraria, según la cual «el dolo es la voluntad de realización del delito con pleno conocimiento de las circunstancias objetivas del tipo»²⁸³.

²⁸² Philipps, «Dolus eventualis», p. 41.

²⁸³ Antes del AE-1969 y de modo coincidente con el proyecto oficial de 1962, se había declarado por el BGHst de modo expreso, la fórmula sincrética del dolo: «Vorsatz ist Wille zur Verwirklichung eines Straftatbestandes in Kenntnis aller seiner Tatumstände». BGHst 19, 295, *NJW* (1964), pp. 1330-1331. En esta sentencia también se declara que no forma parte del dolo el conocimiento de la prohibición o antijuridicidad del comportamiento (*dolus malus*). Asumiendo, en consecuencia, el BGHst una opción dogmática que se ha mantenido invariable. El caso se pronunciaba, sobre una extensión del concepto como resultado de la supresión de la conciencia de la antijuridicidad, en concreto, sobre la posibilidad de imputar el dolo a una mujer que había omitido denunciar a la autoridad el plan que había elaborado su marido para la comisión de un delito robo (§ 138(1)7 del StGB). El BGHst rechaza, precisamente, la alegación de ausencia de conciencia de la antijuridicidad como elemento del

En este contexto, la tesis que se expone tiene como antecedente la célebre formulación de Stratenwerth²⁸⁴ para quien el dolo eventual consiste en tomar en serio la realización del delito²⁸⁵. Según esta regla, que reconoce valor al elemento volitivo expresado en la idea de «tomas en cuenta», implica una valoración externa de la conducta desplegada por el autor al momento de realización de la acción, cuya virtud frente a las teorías de la representación está en la consagración de un principio de imputación subjetiva que tiene en cuenta que el dolo, con su irrenunciable contenido de voluntad, permite explicar de mejor forma porqué han de llevar las acciones dolosas una pena más elevada que las imprudentes.

Por estas consideraciones, el autor referido sostiene que «la intención llamada dolo contraría el Derecho de modo directo; la mera imprudencia no»²⁸⁶. Esta afirmación que produce una vinculación directa entre la acción, la intención y el injusto personal es la esencia de la afirmación posterior de Roxin para quien el autor al realizar una acción dolosa se decide *a favor de la lesión al bien jurídico*, lo que significa la ejecución de una conducta que supone una contravención voluntaria de normas penales.

Para Stratenwerth la decisión contra el bien jurídico se produce desde que el sujeto «se conforma con» la posible realización del tipo o resultado, si confía en que no se producirá, aunque sea de un modo temerario, entonces, solo es factible afirmar la imprudencia consciente²⁸⁷.

Tal como puede observarse, esta postura solo puede entenderse como una normativización de las tesis del consentimiento, porque el conformarse con la posibilidad supone que exista una representación del peligro, implica conformarse con la posibilidad de su realización. En tal

dolo, dado que la mujer fundada su defensa en que había actuado bajo la creencia de estar amparada en un excusa legal absoluta (no declarar en contra de su marido) y en los deberes supraleales que surgen del matrimonio.

²⁸⁴ Stratenwerth, «Dolus eventualis», pp. 62 y ss.

²⁸⁵ Tal como se venido diciendo, esta tesis fue consagrada en el citado AE-1969: «actúa intencionalmente quien considera seriamente que la realización del delito es posible y la toma en cuenta».

²⁸⁶ Stratenwerth, *DPPG*, p. 148.

²⁸⁷ Stratenwerth, *DPPG*, p. 167.

sentido, se trata de una teoría ecléctica que pone el acento en que tal modo de actuar supone una decisión contra la norma de comportamiento, donde el dolo eventual es una representación de las consecuencias posibles que están unidas a la realización de la acción²⁸⁸; «es una decisión por la posibilidad de lesión al bien jurídico»²⁸⁹.

Algunas de las posibles objeciones con la que aparentemente tropieza esta tesis son las siguientes: primero, sanciona como imprudentes las acciones de elevado riesgo objetivo, en las que el sujeto ha obrado con indiferencia frente a la posibilidad del resultado, precisamente, porque no lo ha «tomado en serio»; segundo, terminaría apelando a una emoción del autor a una disposición o ánimo valorado retrospectivamente o *ex post*, lo que colinda con el Derecho penal de autor en la medida que dado que no es posible saber con certeza en qué casos alguien se ha tomado o no en serio la realización del tipo, termina siendo un criterio en extremo subjetivo que dependerá en definitiva de la valoración personal del sujeto; y, tercero, según apunta Cerezo «perjudica a las personas escrupulosas, conscientes y responsables y favorece, en cambio, al desaprensivo o egoísta, que no reflexiona y, por tanto no se toma en serio la posibilidad de realización del tipo»²⁹⁰.

En efecto, Roxin²⁹¹ propone como criterio diferenciador del dolo eventual y la imprudencia la circunstancia que mientras en el primer caso el sujeto se «decido contra el bien jurídico», en el segundo, en realidad «confía en poder evitarlo». Sin embargo, ofrece como ejemplos el llamado caso de la correa de cuero y lo compara con el supuesto en que una persona realiza una maniobra arriesgada de adelantamiento en una autopista.

Al respecto, sostiene que mientras en el primer caso hay dolo eventual en el segundo no lo sería porque de no confiar en poder evitar el resultado sería él mismo la primera víctima de su comportamiento, por lo que no puede haber una decisión contra el bien jurídico y, por ende, la maniobra de adelantamiento imprudente es un caso de imprudencia consciente. Sin embargo, ambos ejemplos no son intercambiables, ya que

²⁸⁸ Stratenwerth, *DPPG*, p. 167.

²⁸⁹ Roxin, *DPPG*, p. 425.

²⁹⁰ Cerezo Mir, *Curso DPPG⁶*, t. II, p. 150.

²⁹¹ Roxin, *DPPG*, p. 425.

no es la subjetiva disposición de la voluntad o el ánimo hacia el resultado, lo que debería determinar en uno y otro caso la presencia de dolo eventual, sino que, por el contrario, es la elevada probabilidad de ocurrencia del resultado y la indiferencia de los autores frente a un riesgo evidente (estrangular dos veces con una correa hasta hacer perder el conocimiento, previo a haberle lanzado un saco de arena a la cabeza de la víctima)²⁹², lo que permite afirmar en el primer caso el dolo eventual y, al mismo tiempo, negarlo en el segundo.

Así, quien realiza una peligrosa maniobra de adelantamiento está asumiendo un riesgo y si lo hace dentro del ámbito de lo permitido, no puede ser una indiferencia frente a un riesgo altamente probable de producir un resultado. En cambio, en contra de lo que opina Roxin, no puede negarse el dolo en todos los casos de maniobras arriesgadas de tránsito, porque no es lo mismo adelantar dentro del riesgo permitido que, por ejemplo, realizarlo contra el sentido de la circulación del tráfico por un largo tramo y a gran velocidad con la finalidad de adelantar a todos los coches que se encuentran en un atasco, o bien, adelantar por el arcén a gran velocidad en circunstancias extraordinarias e irracionales. Ambos son casos que suponen un incremento de la probabilidad evidente de producción de resultados lesivos y una indiferencia frente a resultados lesivos que no entran en el ámbito de la mera inadvertencia del riesgo (imprudencia) y se sitúan derechamente en el dolo, entendido como un acto intencional expresivo de una indiferencia frente a la norma de prohibición de conducir contra el sentido del tráfico y significativa, al mismo tiempo, de una indiferencia frente a un riesgo evidente de lesión a intereses, bienes o valores esenciales como la vida o integridad física o personal de otros transeúntes²⁹³.

²⁹² Ampliamente, Engisch, «BGH, 22, 4, 1955», p. 1688.

²⁹³ En sentido contrario, el mismo Roxin sostiene que la imprudencia consciente es una advertencia de la posibilidad de la producción del resultado, donde el sujeto no se toma en serio la lesión al bien jurídico, porque confía en poder evitarlo. Roxin, *DPPG*, p. 425

VI. ¿El dolo como conocimiento?

Pese a que la referida evolución histórica demuestra la inexistencia de una voluntad del legislador alemán con miras a conceptualizar en el StGB el dolo, un sector de la doctrina propone un concepto jurídico recortado e incompleto, recurriendo al §16 del StGB, precepto que, sin embargo, fue establecido con la única finalidad de regular el error de tipo como reverso del dolo. Por esto, se afirma que pretender extraer de esta norma un concepto general de la intención sería, al menos en un principio, incorrecto²⁹⁴.

Esta corriente de autores, sostiene que el citado §16 del StGB define el dolo en sentido negativo, único y limitado a: «*el conocimiento del autor sobre todos los elementos del injusto típico*», sin categorías ligadas a las intensidades con que interviene la voluntad²⁹⁵.

La opinión citada, gana cada vez más adeptos entre quienes declaran la «inexistencia de la voluntad» y afirman ser partidarios de la teorías de la representación, en la medida que el referido concepto recortado de dolo permite un puente directo con las tesis de la probabilidad o posibilidad de realización del tipo o resultado, sin tener en consideración la aceptación o consentimiento del autor.

En efecto, el fundamento de estas tesis está en que sería posible desprender la regulación del dolo del contenido que el legislador alemán le otorga al error de tipo (16 del StGB), en un sentido puramente negativo²⁹⁶.

Esta posición doctrinal ha dado origen a un enorme desarrollo teórico orientado a la búsqueda de la supresión de la voluntad como elemento del dolo y su reemplazo solo por el conocimiento de los elementos constitutivos de la infracción penal²⁹⁷. La consecuencia de su adopción es

²⁹⁴ W-Beulke/Satzger, *AT*⁴⁴, nm. 202-203, p. 91. Otto, *GK*⁷, § 7, nm. 3, p. 76. Gropp, *AT*⁴, nm. 116, p. 151.

²⁹⁵ En especial, Puppe, *AT*², § 8, nm. 1-6, pp. 92 y ss. Kindhäuser, *AT*⁷, § 13, nm. 1, p. 125.

²⁹⁶ En especial, Joecks, *MK-StGB*², § 16, nm. 1, p. 759.

²⁹⁷ Fundamental, Jakobs., «Altes und Neues», pp. 283 y ss.

el abandono de la división tripartita del dolo (intención, dolo directo y eventual) para dar paso a una única categoría.

Entre los defensores está Puppe para quien la tendencia a la normativización de la voluntad demuestra varios fenómenos: primero, que ya no es necesaria la tripartición del dolo que surge a partir de la intensidad del elemento volitivo; segundo, que existe una renuncia predominante a la equiparación del dolo con la intención desde el momento en que las teorías del dolo eventual se basan en la posibilidad o representación del resultado, lo que es una forma más de normativización que supone objetivar lo volitivo; y, tercero, que tal renuncia al elemento volitivo supone aceptar que en todas formas de dolo lo que está presente es, en realidad, el logro consciente de un riesgo cualificado²⁹⁸ de producción del resultado por parte del autor.

En esta línea, Jakobs junto con reconocer que existe una ambigüedad legal en un aspecto particularmente determinante en la teoría del delito como es el dolo, afirma que la regulación del dolo contenida en el StGB no es tan deficiente como se cree desde el momento en que al menos contempla en sentido negativo un aspecto del dolo (el conocimiento en el § 16.1 del StGB). Y, no es tan deficiente si se le compara con la regulación legal de otras cuestiones igualmente importantes donde ley penal guarda absoluto silencio, por ejemplo, en cuanto a la imputación objetiva. Este autor entiende que hay formas igual o más importantes de imputación subjetiva que la ley no considera ni siquiera en sentido negativo, esto ocurre con quien, en la alternativa de realizar el comportamiento conforme a normas, decide mantenerse en una situación de un error al que puede atribuírsele el sentido de una indiferencia (*Gleichgültigkeit*) sobre el sentido normativo de su comportamiento (*dolus indirectus*)²⁹⁹.

Tal como se verá más adelante, existe un sector de la doctrina española que busca la conceptualización del dolo en la regulación del error del art. 14 del CP, siguiendo la argumentación que al respecto se da en Alemania. Esta tesis no puede ser atendida sin tener en cuenta que hay algunas importantes diferencias con el StGB: primero, el error de tipo y de prohibición se regulan por separado, en el §16 y §17, respectivamente;

²⁹⁸ Puppe, Ingeborg, *Vorsatz und Zurechnung*, Decker & Muller, Heidelberg, 1992, p. 65.

²⁹⁹ Jakobs, «Altes und Neues», pp. 283 y 315.

segundo, en realidad lo único que coincide de ambas regulaciones -y hasta cierto punto- es el §16(1) en relación con el 14.1 del CP español, en la medida que ambos regulan el error sobre un elemento constitutivo de la infracción, pero el § 16(1) solo regula el denominado error de tipo vencible, en la medida que es evidente que el invencible excluye la tipicidad por completo³⁰⁰; segundo, el 14.2. del CP español no se parece en nada al §16 (2), en la medida que este último precepto regula el error sobre las circunstancias fácticas de un tipo penal más favorable («*priviligierende Tatbestandmerkmale*»), que tiene aplicación muy limitada, citándose como ejemplo el homicidio a ruego del § 216 del StGB³⁰¹; y, tercero, si bien ambas legislaciones regulan el error de prohibición, no coinciden para nada sus consecuencias: así, mientras el § 17 del StGB no hace más que reconocer la fórmula del error de prohibición establecida por la sentencia del BGH de 18.3.1952, en cuanto solo establece que queda exento de pena el que actúa en error invencible, para fijar así una rebaja facultativa de pena para el caso del error vencible, conforme al § 49 (1) del StGB, sucede que, en cambio, el CP español en su art. 14.3 establece una rebaja obligatoria de pena para el error vencible, de uno a dos grados.

Este último punto es importante, en especial, para el fundamento de la denominada ignorancia deliberada en el Derecho penal español. Así, mientras la doctrina alemana, sobre la base de lo preceptuado en el § 17 del StGB que no establece ningún tipo de rebaja obligatoria de penalidad para el error de prohibición evitable, argumenta que no puede beneficiarse con el error (no puede ser beneficiado de modo alguno, dice Jakobs) quien se sitúa en un caso de desconocimiento evitable de la ilicitud del hecho, en la medida que ha actuado sin reflexión y de un modo absolutamente indiferente en relación con el deber que le asistía de reflexionar, en términos de la conciencia de la ilicitud de su actuar:

³⁰⁰ Esto porque desde la regulación contenida en el Código Penal del Imperio Alemán, el § 59 de dicho texto legal contemplaba la imposibilidad de imputar a una persona las circunstancias que pertenecen a la descripción del tipo o que elevan su punibilidad, si estas le eran desconocidas al momento de cometer la acción. Estableciendo el inciso final del precepto que «en el caso de castigo de acciones cometidas imprudentemente, esta disposición rige solo en tanto que la ignorancia misma no se debida a imprudencia». StGB (1871), § 59, p. 88.

³⁰¹ S/S- Sternberg-Lieben, *StGB-K*²⁷, § 16, nm. 26/27, p. 338.

comprende la indiferencia sobre la ilicitud que se transforma o degenera en una indiferencia o ceguera jurídica frente a los hechos constitutivos de la infracción penal. De modo que, en el proceso penal no ha de probarse que el sujeto conocía o podía conocer el Derecho o los elementos constitutivos de la infracción, sino que es suficiente con la acreditación de que actuó con indiferencia (*Gleichgültigkeit*) frente a las normas, con ceguera frente a los datos que eran relevantes para tomar la decisión³⁰².

1. La teoría de la posibilidad (Möglichkeitstheorie)

Esta teoría entiende que el dolo eventual es el conocimiento de los elementos del tipo objetivo unido a la representación de la posibilidad del resultado, renunciando de un modo radical al elemento volitivo como componente del dolo.

En primer lugar, sus defensores afirman que sería factible colmar el contenido del aspecto subjetivo de la imputación a través de la superación de la conceptualización del dolo como conocimiento y voluntad³⁰³. En segundo lugar, la tesis sostiene que es necesario abandonar la distinción entre la imprudencia consciente y el dolo eventual, para pasar a entender el dolo eventual como una categoría que comprende ambos niveles de imputación (aquí no diferenciados). En tercer lugar, tiene consecuencias en el nivel de extraordinario de imputación subjetiva, esto es, la imprudencia que queda comprendida solo por una modalidad inconsciente normativizada a partir de la inadvertencia del deber (objetivo) de cuidado.

Uno de sus principales exponentes es Schmidhäuser para quien la circunstancia que la literatura actual siga exigiendo la voluntad como elemento del dolo no tiene mucho sentido, en la medida que los partidarios del elemento volitivo una vez que lo afirman terminan objetivando su contenido, lo que implica una suerte de reducción inmediata de sus alcances. Este es el resultado al que llegan siempre, a

³⁰² Jakobs, Günther, «Altes und Neues», p. 306. Jakobs, Günther, «Indiferencia como dolo indirecto», *LH Bacigalupo*, t. I., pp. 346-347.

³⁰³ Schmidhäuser, Eberhard, «Strafrechtlicher Vorsatbegriff und Alltagssprachgebrauch», *Festschrift für Dietrich Oehler zum 70. Geburtstag*, Herausgegeben von Herzberg, Carl Heumanns Verlag KG, Berlin, 1985, pp. 135-140.

menos que se siga apelando a una premisa que en el fondo no es más que «una ficción»³⁰⁴. Así, el autor citado sostiene que los partidarios de la citada teoría de la reducción, deberían entender que más allá de toda cuestión psicológica *el dolo es la consciencia de la posibilidad o incluso la necesidad consciente de realización del tipo o del resultado*³⁰⁵.

Con pretensión de «objetivar» se recurre a la distinción entre la representación de una concreta posibilidad del resultado en oposición a una representación abstracta de la posibilidad del mismo, existiendo dolo solo en el último caso, admitiendo, por ende, la imputación a título de imprudencia consciente si la representación del resultado era una posibilidad abstracta (Schmidhäuser).

Con ello, si volvemos al caso de la maniobra de adelantamiento en la autopista y llevamos esta teoría hasta las últimas consecuencias, resultaría que el conductor al actuar en representación consciente de la posibilidad de producir un resultado lesivo (muerte o lesiones) cometería siempre un homicidio doloso, a menos que pueda acreditarse que no tenía la posibilidad real de actuar conforme a una representación de la posibilidad abstracta del resultado.

2. La teoría de la probabilidad (Wahrscheinlichkeitstheorie)

Las versiones actuales de esta teoría se sostienen sobre la siguiente premisa: para que exista dolo es suficiente con una probabilidad elevada de realización del resultado, con independencia de si el autor es consciente del riesgo que ha creado o si lo acepta, quiere, se conforma con el resultado³⁰⁶.

Este criterio resulta criticable en la medida que posibilita una flexibilización de la prueba, porque al tribunal le es suficiente con dar por acreditada la existencia de una probabilidad normativa o «socialmente intolerable» de producción del resultado típico.

Los defensores de esta tesis critican también la circunstancia que las teorías del consentimiento afirmen que la definición de dolo como conocimiento y voluntad es errada y, al mismo tiempo, pretendan, no

³⁰⁴ Schmidhäuser, «Strafrechtlicher», p. 141.

³⁰⁵ Schmidhäuser, «Strafrechtlicher», p. 141.

³⁰⁶ Puppe, *Vorsatz und Zurechnung*, p. 63.

negar la voluntad para sustituirla por una noción «más exacta» como la decisión del autor de llevar a cabo los elementos constitutivos del tipo de injusto concreto al momento de la acción, conceptualización que se relaciona especialmente con las normas de conducta y la noción de injusto personal³⁰⁷. Si esto es así, se trata como dice Puppe de una «voluntad normativizada»³⁰⁸ lo que le permitirá fundamentar la necesidad de ir un paso más allá, eliminando la exigencia de la voluntad.

En efecto, los partidarios de las teorías de la probabilidad aceptan incluso el dolo en casos en que no existe aceptación de una probabilidad elevada de producción del resultado, es decir, supuestos en que el sujeto niega la existencia de un riesgo que objetivamente considerado es, desde el punto de un tercer observador imparcial, significativamente elevado. Y, por el contrario, lleva a considerar como imprudentes conductas que dada la escasa intensidad del riesgo o peligro hacen improbable la producción del resultado, pero han sido ejecutadas en consideración de su posibilidad y con la intención manifestada o el propósito de producir el resultado. Ejemplo: habría que considerar como constitutivas de aborto doloso, la conducta de consumir drogas durante el embarazo, pese a que la mujer no acepte ni se represente la posibilidad de causar la muerte. Y, por el contrario, la teoría de la probabilidad lleva a estimar como imprudente o atípica la conducta del sujeto que con la finalidad de provocarle un aborto a su novia oculta todos los días en la comida altas dosis de paracetamol o ibuprofeno, en el entendido que ello provocará serias deformidades al feto posibilitando así la realización de un procedimiento de interrupción voluntaria del embarazo.

Una tesis parcialmente coincidente con las teorías de la probabilidad, aunque no lo es en estricto rigor, es la posición de Frisch para quien el dolo es solo conocimiento y constituye también la forma básica de imputación subjetiva. Este autor sostiene que conforme a los criterios de imputación objetiva el dolo debe ser valorado ex ante como la realización de una acción que puede ser entendida como un riesgo altamente probable (en cuanto, jurídico-penalmente relevante) de producción del resultado lesivo. El dolo sería simplemente el conocimiento de realización de un peligro o riesgo no permitido para el bien jurídico. Así,

³⁰⁷ Así, Joecks, MK-StGB², § 16, nm. 12, p. 762.

³⁰⁸ Puppe, *Vorsatz und Zurechnung*, p. 63.

para esta tesis solo hay una forma de dolo que se agota en la realización de acciones que ex ante conllevaban un riesgo no permitido y altamente probable de producción del resultado³⁰⁹.

El problema de estas tesis es que dejan sin espacio a la imprudencia consciente en la medida que el dolo y la imprudencia se colman por la realización de una acción que supone un conocimiento de un peligro concreto altamente elevado de producción del resultado, sin hacerse cargo de la posibilidad que el sujeto rechace la consumación.

A la vez, sucede que hay ciertas actividades de riesgo en las que no puede, al menos en principio, entenderse que existe dolo en todos los casos. Una vez más, esto podría ocurrir en los casos de intervenciones quirúrgicas en las que se realiza un procedimiento no autorizado y altamente riesgoso para salvar la vida del paciente. En ese caso, no puede decirse que el sujeto se decida derechamente contra las normas jurídicas, ni menos que la probabilidad pueda ser un criterio suficiente. En otros supuestos, donde se realiza una acción riesgosa que desencadena peligros evidentes, como un incendio, la imputación a título de dolo de todas las muertes solo teniendo en consideración el riesgo no permitido y la elevada probabilidad, derechamente, bordea la responsabilidad objetiva.

Tal como se ha venido afirmando, en este trabajo se sostiene que el dolo es una decisión personal contra la prohibición de ejecutar una determinada acción, o bien, de abstenerse de realizar aquello que se ordena en virtud de una norma de mandato y, solo así, puede operar como presupuesto habilitador y fundamento de las normas de reproche personal.

³⁰⁹ En especial, sobre la idea de un único concepto de dolo como riesgo y sin subcategorías, Frisch, Wolfgang, *Vorsatz und Risiko: Grundfragen des tatbestandsmaessigen Verhaltens und des Vorsatzes. Zugleich ein Beitrag zur Behandlung aussertatbestandlicher Moeglichkeitsvorstellungen*, Carl Heymanns, Colonia, 1983, pp. 27-32.

D. Italia

I. El fundamento de la definición legal de dolo

En otros sistemas, sin embargo, se afirma decididamente que el elemento subjetivo de las contravenciones penales no se colma, únicamente, con la conciencia y la voluntad exigidas para estar en presencia de una acción u omisión jurídico-penalmente relevantes³¹⁰. Esto ocurre en el Derecho italiano donde, por un lado, la segunda parte del art. 42 del CP italiano se establece que: «nadie puede ser penado por una acción u omisión prevista por la ley como delito, sino la ha cometido con conciencia y voluntad»³¹¹ y, por la otra, se define el dolo en el art. 43 (bajo el enunciado de elemento psicológico del delito), del modo que sigue: «El delito es doloso, o seguido de la intención, cuando el evento dañoso o peligroso que es el resultado de la acción u omisión y de los cuales la ley hace depender la existencia del delito, es aquello que el autor preveía y quería como una consecuencia de su propia acción u omisión»³¹².

Sin perjuicio de volver con posterioridad sobre este particular concepto legal de dolo intencional, interesa destacar aquí, antes de continuar, el contenido del art. 42 del CP italiano en la medida que como

³¹⁰ Esto ocurre, como se indica supra, en Italia donde la jurisprudencia exige la prueba de la intencionalidad o de un compromiso subjetivo intenso por parte del autor, en la medida que, se sostiene, que exigir solo «conciencia y voluntad» equivalen a una presunción iuris et tantum de culpabilidad penal. Sin embargo, al mismo tiempo que el requerimiento mínimo para la habilitación de reprochabilidad es la comprobación de la culpa, como elemento de la culpabilidad, la doctrina y jurisprudencia afirman que el ordenamiento penal se ha decantado por un dolo natural que no exige la conciencia de la antijuridicidad ni una voluntad contraria al Derecho. Con citas a la jurisprudencia italiana: Crespi, Alberto; Zuccalà, Giuseppe; Forti, Gabrio, *Commentario Breve al Codice Penal*, 12ª ed. Cedam, Milán, 2011, p. 225.

³¹¹ «Nessuno può essere punito per un'azione od omissione preveduta dalla legge come reato, senon l'ha commessa con coscienza e volontà». Al respecto, Crespi/Zuccalà/Forti, *Commentario*, pp. 223 y ss.

³¹² Crespi/Zuccalà/Forti, *Commentario*, pp. 228 y ss.

se ha indicado es expresión del mínimo requerido no para el dolo, como ocurre en el sistema español, sino que para la existencia de una conducta voluntaria. Ahora bien, según Romano³¹³ esta fórmula resulta redundante porque «la voluntad presupone siempre la consciencia», en consecuencia, un hecho solo podría ser considerado por el Derecho penal si es expresión de lo que denomina «coeficiente de humanidad», esto es, un acontecimiento que puede ser entendido como una conducta propia de un sujeto concreto con todos sus elementos objetivos y subjetivos, en la medida que solo así es algo más que un «fenómeno natural»³¹⁴. Ahora bien, según Romano la ley penal aquí no exigiría para poder estimar responsable penalmente a un sujeto por la realización de una acción con conocimiento y voluntad que implique o signifique un dominio o control absoluto, ni menos vigilante ni eficaz de la situación concreta, sino que solo «de dominio o control potencial de la situación en sí, de un recurso del agente a sus energías espirituales»³¹⁵, es decir, que pueda ser comprendido como una acción u omisión atribuible al sujeto a título de dominio potencial sobre la misma. De esta forma, en el Derecho penal italiano la doctrina considera que la conciencia y la voluntad son requisitos de la acción penalmente relevante. Sin embargo, se estudian en la culpabilidad en la medida que se consideran parte del principio de subjetividad, en la medida que se la presencia conjunta de ambos elementos permitiría materializar una regla para dilucidar en qué casos el Derecho penal puede atribuirle a un sujeto una conducta (una acción u omisión) como suya («la “*suitas*” della condotta»)»³¹⁶, excluyéndose así, por ende, la posibilidad de un Derecho penal fundado en la responsabilidad objetiva o por el resultado y, también, operaría como regla de interpretación para determinar en qué supuestos se entiende que hay ausencia de acción³¹⁷, ámbito donde se incluyen los estados de

³¹³ Romano, *Commentario*, p. 422.

³¹⁴ En el fondo, el Código Penal italiano pretende poner de manifiesto que antes que una conducta pueda ser calificada de dolosa o imprudente debe ser primero voluntaria, esto es, una consecuencia del «señorío de la voluntad». Mantovani, *Diritto Penale*, p. 307.

³¹⁵ Romano, *Commentario*, p. 422.

³¹⁶ Mantovani, Ferrando, *Diritto Penale. Parte Generale*, 8ª ed. Cedam, Milán, 2013, p. 306.

³¹⁷ Aunque expresada en sentido positivo, la exigencia de consciencia y voluntad implica la posibilidad de apreciar un acto humano en las acciones motivadas o acompañadas de

inconsciencia independientes de la voluntad del sujeto³¹⁸, supuestos de fuerza mayor (proveniente de la naturaleza) y el constreñimiento físico proveniente de otro ser humano³¹⁹. En general, prima una interpretación puramente psicológica de la exigencia de conciencia y voluntad, que ha girado en torno a la exigencia de una prueba sobre un «real impulso consciente de la voluntad dirigido a la producción de un movimiento muscular (acciones) o la conservación de un estado de inercia (omisión)»³²⁰.

estados emocionales intensos, en la medida que solo en condiciones extremas podrían excluir la culpabilidad y, también, habría acción en los casos de movimientos «semiautomáticos» que son ejecutados solo «en parte» de modo inconsciente, como ocurre con el acto de «conducir un coche, caminar o tocar un instrumento musical». Romano, *Commentario*, p. 423.

³¹⁸ Abarca situaciones de completa inconsciencia, tales como: «el delirio febril, los desmayos, las parálisis, el sonambulismo, el coma y similares», incluyendo, incluso «los supuestos de alteración psíquica grave que afectan el normal proceso volitivo, como la impresión fuerte o un miedo paralizante». Mantovani, *Diritto Penale*. p. 310.

³¹⁹ Mantovani, *Diritto Penale*. p. 311.

³²⁰ Mantovani, *Diritto Penale*. p. 307.

II. El concepto psicológico de dolo

Así, en el Derecho italiano la conciencia y la voluntad - que son los elementos del dolo en otros sistemas jurídicos como, por ejemplo, el español-, constituyen únicamente requisitos de la acción. Y, en lo que respecta al dolo este se conceptualiza, en principio, con un fuerte contenido psicológico, apelando a la idea de «intencionalidad en la acción», seguida de una previsión y un querer el resultado o de las consecuencias de la conducta como indica el art. 43 del CP italiano. En relación al concepto legal de dolo, la doctrina italiana sostiene que la ley ha querido decir que no es suficiente con la mera previsión del resultado por parte del autor al momento de realizar la acción, sino que se requiere además que se pruebe que existió en la acción misma una proyección de la voluntad³²¹, un querer que se expresa en la realización de una conducta prohibida u ordena el Derecho penal; por ello, se afirma que «el dolo es la voluntad del hecho típico»³²².

Así, conforme al referido concepto legal, el dolo en el Derecho penal italiano tiene: (i) un momento representativo y (ii) un momento volitivo en cuanto objeto de la voluntad y determinante de su especial intensidad como elemento subjetivo del delito. (i) El momento representativo – primer componente estructural del dolo– está dado por el conocimiento de los elementos esenciales del hecho típico. El conocimiento no significa exigir una representación mental completa, en la medida que ello sería difícilmente reconciliable con la capacidad que tienen las personas de anticiparse a eventos futuros; no se pide una conciencia reflexiva sobre la realidad objetiva³²³. En cuanto, al (ii) momento volitivo el cual se construye sobre la base del reconocimiento a la circunstancia que hay objetos del hecho típico que no pueden ser objeto de la voluntad (entendida como un querer en sentido fuerte), desde el momento que escapan al control de la acción. Esto sucede, especialmente, con el

³²¹ Crespi/Zuccalà/Forti, Commentario, p. 228.

³²² Palazzo, Franceso, *Corso di Diritto Penale. Parte Generale*, 5ª ed. G. Giappichelli Editore, Torino, 2011, p. 298.

³²³ Palazzo, *Corso*, p. 301.

conocimiento de las cualidades personales propias y las del sujeto pasivo y, también, en lo que toca a las denominadas circunstancias espacio – temporales en las que ejecuta la conducta. Pese a ello, la concesión a las teorías de la representación tiene un carácter limitado y parcial. En efecto, frente a la extendida negación de la voluntad que existe en el ámbito alemán-español, en el Derecho italiano se aduce que este punto de vista no solo es irreconciliable con la posición dogmática asumida por el art. 43 que define el dolo considerado no solo la previsibilidad del evento sino que, también a la voluntad como nota diferenciadora. Así, se asume que exigir solo un conocimiento entendido como una representación sobre dichos elementos y desterrar del dolo la voluntad es una teoría reduccionista difícilmente conciliable con la forma en que comúnmente se entiende lo mental e incluso con el lenguaje ordinario. Así, el conocimiento es entendido como una mera herramienta para la realización del resultado, mientras que la voluntad (querer) se le entiende - como se indicó supra - en un sentido final: el objeto del dolo es la voluntad dirigida a la realización del tipo o el resultado y el conocimiento es la herramienta para conocer o comprender los elementos esenciales que rodean el hecho; es un elemento cognitivo condicionado por lo volitivo.

La denominada intensidad del momento volitivo está referida en este ordenamiento a las formas específicas que puede asumir el dolo; es lo relativo a la pragmática de este, en cuanto se busca una tipología del mismo basada, esencialmente, como consecuencia lógica de la preeminencia de la voluntad su definición en la intensidad de la misma, aunque esta intensidad pueda no tener efecto alguno en el quantum de la pena. La clasificación no disiente en demasía de la clásica tripartición heredada de la tradición alemana, según la cual sería posible diferenciar entre un dolo intencional, dolo indirecto y el dolo eventual.

III. El problema del dolo eventual: una cuestión de voluntad

Dada la circunstancia que el Derecho italiano ha asumido una opción dogmáticamente comprometida con las teorías de la voluntad, la distinción entre el dolo y la imprudencia se fundamenta legalmente en la intensidad de la concurrencia del elemento volitivo. Por estas razones las teorías de la representación no tienen cabida en el sistema italiano³²⁴.

Al mismo tiempo, el sistema italiano ha optado por definir la culpa y establecer sus límites en relación con el dolo. Así, el artículo 43, inc. 3º del CPI, dentro de los elementos psicológicos del delito dice que este «es culposo, o contra la intención, cuando el evento, aunque previsto el autor no lo ha querido y se verifica a causa de una negligencia o imprudencia o impericia, no obstante por la inobservancia de leyes, reglamentos, ordenes o disciplinas»³²⁵. Este precepto, establece una distinción entre el delito doloso y el imprudente que contiene, en mi opinión, dos momentos valorativos: el primero, estaría dado por la exigencia de la ponderación de un criterio subjetivo donde el delito doloso se realiza, tal como indica el código, con la intención mientras que el imprudente tiene lugar contra la intención del autor; pero, aquí se introduce un segundo criterio, puramente objetivo, en la medida que la ley exige que el acto sea en inobservancia y, por ende, en contravención de normas y reglas de valoración de comportamientos utilizándose para ello una cláusula abierta que entrega a la jurisprudencia la delimitación de los límites entre lo que es o no intencional y entre la contravención objetiva de reglas de conducta.

³²⁴ Prácticamente, no hay discusión sobre el contenido del dolo eventual. Mantovanni, *Diritto Penale*. p. 327. Romano, *Commentario*, p 442-443.

³²⁵ Crespi/Zuccalà/Forti, *Commentario*, p. 228.

E. España

I. ¿El error como condicionante del contenido del dolo?

La legislación penal española nunca ha definido el dolo. Pese a ello, tal como ocurre en Alemania o Inglaterra ha existido algún intento de conceptualizarlo legalmente. Se trató de una propuesta criticada en cuanto a su oportunidad y contenido³²⁶, que puede hallarse en el Anteproyecto de Bases de la Parte General de Código penal elaborado en 1972³²⁷.

Frente a la ausencia de una definición positiva la determinación del contenido del dolo y la imprudencia han quedado en manos de una tensa discusión doctrinal y jurisprudencial. Sin embargo, debe reconocerse que un papel importante en la evolución histórica de la discusión actual que gira en torno al concepto de dolo han tenido una las reformas penales, en especial, las que se tuvieron lugar con la LO 8/1983, de 25 de junio, que suprimió la expresión «voluntarias» del concepto de delito contenido en antiguo art. 1 del CP de 1973 e incluyó una expresa regulación para el error de tipo y prohibición en su art. 6 bis a) del mismo cuerpo legal.

³²⁶ Al respecto, puede verse el informe lapidario de Cerezo Mir, José, «Informe sobre el Anteproyecto de bases del Libro I del Código Penal», *ADPCP*, t. III, 1972, pp. 766-792-766 y ss.

³²⁷ El anteproyecto asume la denominada teoría del dolo y, por ende, sitúa el dolo en la culpabilidad. En realidad, no define el dolo directo, sino que el dolo eventual. Al indicar al respecto lo siguiente: «Base Tercera. 6. En cuanto a las formas de culpabilidad se establecerá que el imputable podrá responder a título de dolo o de culpa, por el hecho cometido.

Será doloso el delito cuando el resultado de lesión o de peligro haya sido querido o previsto y aceptado por el sujeto». *Anteproyecto* (1972), p. 746. Como puede verse, se asume una posición altamente psicológica del dolo eventual aceptando la teoría del consentimiento que, hasta fines de la década de los setenta era, según afirmaba la doctrina dominante «casi unánime» en el Derecho penal español. Al respecto, Gimbernat, Enrique, *Introducción a la Parte General del Derecho Penal español*, Universidad Complutense, Madrid, 1979, p. 44.

Este antecedente histórico legislativo sirvió de contexto previo al debate dogmático que se origina en la actualidad sobre la base de la regulación del error de tipo en el art. 14.1 del CP de 1995³²⁸.

La citada reforma eliminó el término «voluntarias» de la definición de delito. Al respecto, existía una ardua controversia entre quienes interpretaban la expresión como sinónima de dolo (dolo malo)³²⁹, con lo que se abría la posibilidad a una serie de planteamientos que centraban el debate sobre el contenido en la voluntad maliciosa³³⁰ y, por otra, quienes entendían que la expresión era sinónima de culpabilidad en sentido amplio o restringido³³¹.

Esta dicotomía interpretativa se acentuaba por la existencia de una aparente presunción de voluntariedad de las acciones que era interpretada –aunque con alcance mitigado– derechamente como expresiva de una *praesumptio doli*³³².

³²⁸ En este sentido, destaca la traslación de argumentos y contexto de discusión teórica desde la doctrina alemana, ya que en ambos países el conocimiento de los elementos del tipo (el denominado elemento cognoscitivo) se extrae de la regulación del error en el CP. Álvarez García, *Introducción a la teoría jurídica del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 89.

³²⁹ Especialmente crítico de este punto de vista, Bustos Ramírez, Juan, *Manual de Derecho Penal. Parte general*. 4ª ed. PPU, Barcelona, 1994, p. 267 y ss.

³³⁰ Así, se decía que «la “malicia” requiere, pues, un elemento volitivo referido al resultado como hecho típico (“intención” o “propósito”), y otro dirigido a la norma prohibitiva de tal hecho (modalidad de la voluntariedad del artículo 1)». Córdoba Roda, Juan/Rodríguez Mourullo, Gonzalo, *Comentarios al Código Penal*, t. I. (arts. 1-22), Ariel, Barcelona, 1972, p. 18. Así, «la interpretación orgánica nos indica que nuestro legislador ha preferido para designar el dolo otras palabras que añadan algo a la voluntariedad, como intención o malicia». Oneca, *DP²*, p. 162.

³³¹ Con referencias sobre el debate, Gimbernat, *Introducción*, pp. 74 y ss.

³³² Desde el CP de 1848, hasta la citada reforma, los códigos penales españoles contenían dos artículos de los que se discutía incluso la posibilidad de presumir el dolo. En efecto, el art. 2º del referido texto legal (vigente hasta 1983), señalaba que “las acciones u omisiones que cometidas con dolo o malicia importarían un delito, constituyen cuasidelito si sólo hay culpa en el que las comete” y, por su parte, la antigua redacción en el artículo 1º inciso segundo sostenía que “las acciones u omisiones penadas por la ley se reputan siempre voluntarias, a no ser que conste lo contrario”. El origen de la interpretación se halla en Pacheco quien comentando estos preceptos sostenía que aquí el Código pretendía explicar que “para haber delito es necesaria la voluntad; esto es, la libertad, la inteligencia y la intención”. Pacheco, Joaquín Francisco, *El código penal: concordado y comentado* (1848-

En cualquier caso, la eliminación de la expresión supuso un giro hacia una posible consagración definitiva del principio de culpabilidad, en la medida que tanto el dolo como la imprudencia debían probarse en el proceso penal, como expresión o corolario de la presunción constitucional de inocencia³³³, lo que suponía eliminar de la legislación el *versari in re ilícita* y la responsabilidad por el resultado³³⁴.

En este plano, el art. 6 bis a) del CP de 1973³³⁵ derechamente produjo efectos directos en la interpretación del contenido subjetivo de los tipos

50), Edisofer, Madrid, 2000, p. 108. Por ende, “esa presunción de libertad y la inteligencia de cualquier agente humano, esa presunción que nos inspira a todos el instinto; la reflexión y la filosofía la confirman y la abonan. Pues que el hombre es un ser inteligente, reflexivo y libre; puesto que la inteligencia, el propósito y la libertad son su naturaleza necesaria; puesto que la coacción y la falta de intento o de juicio son situaciones excepcionales, claro está que lo primero es lo que de ordinario ha de presumirse, porque es lo que de ordinario sucede, y que si alguno propone como un hecho lo segundo, la excepción, obligación y cargo suyo deben ser el justificar que esa excepción se realiza en aquel instante”. Pacheco, *El código penal*, p. 109. Para más adelante señalar: “La intención, lo que el código de 1822 llamaba malicia, lo que éste llama voluntad, siempre es necesaria”, Pacheco, *El código penal*, p. 110. Y, el debate interpretativo se originaba en la circunstancia que, así expresado, la referencia al dolo o malicia es meramente circunstancial puesto la interpretación de la voluntariedad no era sinónimo de dolo en el Código Penal de 1848 -a diferencia de lo que ocurría en el texto de 1822- y, por ello, Pacheco recondujo la exégesis de la palabra hacia la libertad, que es de donde surgía la tesis de que el precepto hacía referencia a la culpabilidad, ya sea en sentido restringido (consciencia de la antijuridicidad) o amplio (incluyendo también la imputabilidad).

³³³ Ello en la medida que la expresión «voluntarias» fue substituida por los adjetivos «dolosos y culposos», para así dar cumplimiento al principio de culpabilidad. Jaén Vallejo, Manuel, «art. 1», *Código Penal Comentado*, López Barja de Quiroga y Rodríguez Ramos, Akal, Madrid, 1990, p. 8. *Oo.*, indica que más que solucionar el problema vino a «eternizar» la discusión sobre el contenido de la expresión «voluntarias». Cobo/Vives, *DPPG*⁵, pp. 258-259.

³³⁴ Gómez Benítez, José Manuel, *Teoría Jurídica del delito: Derecho Penal. Parte General*, Civitas, Madrid, 1984, pp. 38-39.

³³⁵ «Art. 6 bis a). El error invencible sobre un elemento esencial integrante de la infracción penal o que agave la pena, excluye la responsabilidad criminal o la agravación en su caso.

Si el error al que se refiere el párrafo anterior fuere vencible, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, la infracción será castigada, en su caso, como culposa.

penales al reforzar la idea que la citada reforma de 1983 venía al menos a consagrar todavía de un modo más intenso el principio de culpabilidad. Este punto se materializó en la discusión dogmática sobre el tratamiento que debía recibir el error sobre los elementos normativos del tipo y el error sobre la concurrencia de los presupuestos de una causal de justificación. En este punto, puede ser dudoso afirmar que la sistemática clásica del delito no estuviera, a partir de la reforma, en condiciones de dar o continuar dando una respuesta coherente a los efectos de ambas clases de error, pero debe reconocerse que la reforma precipitó el abandono de esa sistemática, porque la redacción del precepto implicaba una posición dogmáticamente comprometida no solo con los efectos que debía tener el error de tipo al declarar la ley que excluía el dolo, sino porque redireccionó la discusión hacia la plena adopción de la idea que el error de tipo excluía (total o parcialmente) el injusto personal, conforme a los postulados de la teoría del dolo natural y con independencia de que se siguiera o no la sistemática finalista.

Este punto de vista resulta, al menos en principio, coincidente con la postura que aquí se adopta. Esto porque tanto la adopción de esta fórmula para la explicación del error como la posteriormente introducida por el art. 14.1 del CP de 1995 posibilitan puntos de contacto con la tesis que aquí se denominará el dolo como adscripción de acciones. Esto en el plano subjetivo significa atribuirle a una persona un compromiso de quebrantamiento particularmente intenso de normas de prohibición o mandato. El dolo es así la atribución de la realización de una acción que puede adscribirse por un tercer observador imparcial como un compromiso personal de contravención de esa clase de normas, donde la intensidad del quebrantamiento dependerá de la función de motivación que cumplan las normas penales en un momento determinado³³⁶.

La creencia errónea en invencible de estar obrando ilícitamente excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuere vencible se observará lo dispuesto en el artículo 66». Véase, ampliamente, Álvarez García, Francisco, «art. 6», *Código Penal Comentado*, López Barja de Quiroga y Rodríguez Ramos, Akal, Madrid, 1990, p. 23.

³³⁶ Así, expresamente, «la inclusión del dolo y, por tanto, del error de tipo en el injusto se fundamenta no solo desde el prisma del finalismo, sino también por caminos propios que arrancan de la teoría de la norma». Mir Puig, Santiago, «El error como causa de exclusión del injusto y/o de la culpabilidad en el Derecho español», *LL*, t. I (1991), p. 1031.

El error de tipo se presenta entonces como una ausencia de representación de las circunstancias que permiten a ese tercer observador imparcial atribuirle a un sujeto la contravención intencional o con conocimiento de la realización de una norma de prohibición o de mandato, incluyendo no solo el aspecto positivo de la infracción (la acción y la prohibición en sentido amplio), sino también el conocimiento pleno del evento, esto es, la exclusión de la constatación de un permiso fuerte, en concreto, la presencia de una causal de justificación que constituye el aspecto negativo de la infracción³³⁷.

La regulación del error de prohibición en el antiguo inciso tercero del art. 6 bis a) referido, supuso terminar –al menos de un modo aparente– con la discusión sobre si cabe o no admitir en la legislación española un «dolus malus»³³⁸, en la medida que el error vencible de prohibición vino a sancionarse con una pena atenuada en relación con el delito doloso³³⁹. En consecuencia con este punto de vista, la legislación penal española entiende (a diferencia de lo que ocurre con el error de tipo vencible) que el error vencible de prohibición (la creencia de obrar lícitamente) supone no la exclusión del dolo sino que, únicamente, una atenuación de pena.

Tal como explicara en su oportunidad Laurenzo³⁴⁰ la reforma de 1983 supuso en este plano relegar a un segundo orden toda la polémica relativa

³³⁷ Mir Puig, «El error», p. 1035.

³³⁸ La opción teórica alternativa ha surgido, a mi juicio correctamente, según se verá más adelante (infra, en relación con el problema de la ubicación) desde que un sector doctrinal ha planteado un regreso al dolus malus, asumiendo la posibilidad de identificar el conocimiento del tipo y el conocimiento de la prohibición en relación con elementos del tipo de orden normativo; en especial, para el caso de los delitos en que el conocimiento del tipo no es identificable sin referencia al conocimiento de la prohibición, como ocurre con los denominados delitos de peligro abstracto, donde el quebrantamiento de la norma o el reglamento de carácter extrapenal supone la creación de un riesgo relevante y, por ende, resulta difícil concebir un dolo sin referencia a la conciencia de la antijuridicidad. Fakhouri Gómez, Yamila, *Delimitación entre error de tipo y de prohibición. Las remisiones normativas: un caso problemático*, Thomson Reuters, Pamplona, 2009, pp. 460, 469 y ss.

³³⁹ Conforme al antiguo art. 66 del CP de 1973.

³⁴⁰ Laurenzo Copello, Patricia, «Los componentes del dolo: respuestas desde la teoría del conocimiento», *Revista Peruana de Ciencias Penales*, v. 11-12, (2002), p. 322. Aunque, la regulación seguía permitiendo ambigüedad en las interpretaciones en la medida que, por un lado, podía entenderse que la antijuridicidad es «un elemento integrante de la infracción

a la ubicación y el contenido del dolo dentro del Derecho penal español³⁴¹. Así, con independencia de si ello implicaba o no un abandono de las teorías del dolo, lo cierto es que sí resultaron significativamente mermaidadas.

Tal como se ha indicado, la eliminación de la tesis del *dolus malus* es solo aparente en relación con la redacción del artículo 14 del CP de 1995. Esto porque hay quienes sostienen que el régimen atenuatorio puede ser visto igualmente desde la teoría del dolo como un «tratamiento específico

penal» y, por el otro, que el actuar en error de tipo alcanza también a quien lo hace en la «creencia errónea de estar obrando lícitamente». Bacigalupo, Enrique, «Problemas del error», *LL*, nº 3, 1429-1430, (1996), p. 1429. Pese a ello, también se propuso una tesis que denominó como «orientada a las consecuencias», que en realidad era una postura mixta, por cuanto asumía que la teoría del dolo en relación con el conocimiento de la antijuridicidad y la de la culpabilidad estricta para el tratamiento del error sobre los presupuestos de las causales de justificación. Muñoz Conde, Francisco, *El error en Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 42, 43, 123 y ss.

³⁴¹ Un sector de la doctrina, con apoyo en la jurisprudencia, estimaba que la tradición causalista no estaba en condiciones de compatibilizar sus postulados con la nueva redacción del CP de 1973, en especial, en lo que al error de prohibición se refiere. Zugaldía Espinar, José, «artículo 6 bis a)», *Código Penal Comentado*, Barja de Quiroga, Rodríguez Ramos, Akal, Madrid, 1990, pp. 26 y ss. En esta línea, se ubica una antigua sentencia que desestimó un recurso de casación contra un fallo condenatorio por introducción clandestina de armas a España y declaró que la redacción del art. 6 bis a) venía a distinguir, entre el error de tipo y de prohibición, circunscribiendo el dolo a la tipicidad (dolo natural) y relegando el conocimiento de la antijuridicidad a la valoración del error de prohibición. Al respecto dice que: «la redacción del artículo 6 bis a), recoge las directrices doctrinales sobre la materia, distinguiendo entre el error de tipo y de prohibición, pero sin denominarlos expresamente, según afecte a elemento esencial de la infracción penal o a la creencia errónea de obrar lícitamente, y según sean o no vencibles, afectando aquél a la genuina tipicidad y el segundo a la culpabilidad delictiva, escindiendo en lo que aparece interpretación más adecuada que, el error de tipo se circunscribe al dolo natural del delito y altera el tipo de lo injusto en las figuras dolosas, mientras el de prohibición se refiere al conocimiento de la antijuridicidad y se integra y atañe a la culpabilidad, con lo que cuando el conocimiento no existe o está sensiblemente disminuido, el hecho ejecutado aparece menos responsable y la pena del subsistente delito doloso debe atenuarse». STS (01.02.1986), to123.141, ponente: Gil Sáez.

de la culpa jurídica y no como una atenuación aplicada al delito doloso»³⁴².

Pese a la circunstancia que subsisten interpretaciones que han hecho renacer el *dolus malus*, al menos a nivel jurisprudencial la reforma de la LO 8/1983 supuso moldear bastante el contenido del dolo y separar, por un largo tiempo, la conciencia de la antijuridicidad del dolo desterrando la «malicia» como adjetivo de recurrente utilización por parte de los tribunales, en especial, cuando se trataba de caracterizar al nivel más intenso de compromiso con la realización de acciones en el plano subjetivo³⁴³.

La entrada en vigor de esta reforma posibilitó no sólo superar la polémica sobre la ubicación del dolo, en especial, a nivel jurisprudencial permitió a la sala segunda del TS adoptar derechamente la idea que el dolo natural no integrado por el conocimiento de la antijuridicidad en relación con el momento cognoscitivo, esto se fundamentó en que la citada reforma introdujo en el ordenamiento español un tratamiento diferenciado para el error de tipo y prohibición, limitándose así el dolo al conocimiento de los elementos del tipo penal y excluyéndose la cuestión sobre la «prueba del conocimiento de la antijuridicidad» en relación con el error de prohibición substituyéndose, por ende, por la «prueba de la evitabilidad del error». En suma, lo determinante pasó a ser si el autor podía o no haber evitado incurrir en el error y no si conocía o no (el denominado conocimiento actual del autor al momento de la realización

³⁴² Cobo/Vives, *DPPG*⁵, p. 682. Con matices, en lo que entiende que «es la norma la que determina si el dolo es o no elemento del tipo: lo será en aquellas figuras, como la estafa, que solo pueden cometerse dolosamente y no lo será en aquéllas, como el homicidio, en que el Código tipifica modalidades dolosas». Carbonell Mateu, Juan Carlos, «Sobre tipicidad e imputación: reflexiones básicas en torno a la imputación del dolo y la imprudencia», *LH Ruiz Antón*, p. 153.

³⁴³ En particular, por ejemplo, la STS (05.05.1995), nº 1324, to15.103.850, ponente: Martínez-Pereda Rodríguez, es una de las que hace referencia a la «malicia» como sinónima de dolo, expresada en las agresiones físicas reiteradas y dirigidas a zonas vitales, que no cesaron hasta que el agredido entregó el botín del robo, a lo que se le unió la posterior fuga en «total desinterés sobre el resultado del herido». Esto le sirve al TS para fundar la distinción entre el robo con homicidio y el robo con lesiones, sobre la base de la existencia de «una voluntad intencional y maliciosa en la que el dolo consiste», unida a la probabilidad del resultado de muerte (dolo eventual), en relación con el homicidio.

de la acción), siendo trascendente únicamente la posibilidad de haber conocido. Expresado de otro modo:

«El concepto de dolo, por tanto, ya no requería que el autor haya tenido conocimiento de la antijuridicidad. La cuestión de la conciencia de la antijuridicidad es un elemento de la culpabilidad, pero ajeno al dolo. Los principios que rigen el dolo y la conciencia de la antijuridicidad son diversos: el dolo es conocimiento actual; la conciencia de la antijuridicidad es conocimiento potencial»³⁴⁴.

Ahora bien, más de alguna concesión debe hacerse a la tesis que sostiene que la reforma significó tomar partido por una opción dogmáticamente comprometida con la teoría estricta de la culpabilidad³⁴⁵, asumiendo un dolo natural, donde la ausencia de una regulación expresa del dolo ni la consagración de subcategorías de este no sería necesaria en la medida que es el resultado de una evolución histórica que conduce a una idea definitiva de la opción que se asume a nivel sistemático³⁴⁶. Pese

³⁴⁴ BACIGALUPO, Enrique, «El concepto de dolo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Jurisprudencia Penal* (2005-2007): Análisis Crítico, Saavedra Ruiz (dir.), Estudios de Derecho Judicial, Nº 120, CGPJ, Madrid, 2007, p. 141, la cursiva en el original.

³⁴⁵ Entre otros, BACIGALUPO, Enrique, «El concepto de dolo», p. 140. Laurenzo, «Los componentes del dolo», p. 322. Antes, en relación con el Proyecto de 1980, Bacigalupo, Enrique, «La distinción entre el error de tipo y error de prohibición en el proyecto de Código Penal de 1980», *LL*, nº 1, (1981), p. 920.

³⁴⁶ Aunque esto sería objetable, tal como en su oportunidad, propuso Cerezo Mir, José, «La doble posición del dolo en la ciencia del Derecho penal española», *ADPCP*, t. 1 (1982), p. 456, podría entenderse como una consecuencia derivada de la circunstancia que, el ordenamiento jurídico español, reconozca elementos subjetivos del injusto, planteara la posibilidad de la punición de la tentativa inidónea en el antiguo art. 52 del CP de 1973 y, por cierto, continúe en la actualidad utilizando en la ley penal una serie de adverbios como intencional, malicioso, propósito, a sabiendas, con conocimiento, que inequívocamente, hacen referencia a una actividad final. En el mismo sentido, la adopción del sistema finalista y, por ende, de la culpabilidad en sentido restringido no surgió en Alemania como una consecuencia de un cambio brusco a un sistema nuevo de un momento a otro, sino que fue el resultado de la evolución dentro de la teoría del delito y la adopción de ciertos principios jurídicos, entre las que estaba por cierto la teoría final de la acción y, también, la diferencia entre valoración del objeto y objeto de valoración (acción dolosa). Jescheck, Hans-Heinrich, «The doctrine of

a ello, sin duda, es posible también sostener un dolo en la culpabilidad y considerarlo como la forma más grave de imputación subjetiva ordinaria, desligado o no del conocimiento de la antijuridicidad, sin que ello afecte para nada las consecuencias a las que conduce la regulación del error tipo condicionado por problemas de imputabilidad en el CP³⁴⁷.

Ahora bien, otras objeciones son más atendibles aquí, en particular, aquella que sostiene que la idea de un dolo natural es derechamente contraria al lenguaje ordinario. Esta afirmación recientemente formulada por Molina³⁴⁸ es atendible pero no del todo, por lo siguiente: si bien es cierto que adscribir a alguien la realización de una acción intencional en sentido del lenguaje ordinario, supone decir que «quería hacerlo» y que obró «mal», en el sentido que las personas atribuyen a otros no solo una intencionalidad pura o natural, sino que una intencionalidad fundada en una ética consecuencialista, la que sería propia del lenguaje. Así, alguien es culpable (en sentido del lenguaje) porque realizó una acción intencionalmente merecedora de reproche, porque ha actuado contra las reglas. Sin embargo, tal como se verá aquí (infra cap. III y IV), la adscripción de una acción intencional en el lenguaje ordinario solo supone una inicial carga de antinormatividad, es decir, se trata de una afirmación derrotable por la presencia, precisamente, de permisos fuertes o débiles. Sin embargo, en lo que si lleva razón es que el compromiso intencional de realización de acciones supone en el lenguaje ordinario la contravención personal de normas de conducta socialmente exigibles. De ahí, entonces, que lo que está por decidirse es si un concepto de dolo, extraído del lenguaje ordinario puede enfrentarse de un modo coherente a

mens rea in German Criminal Law – its historical background and present state», *Comp. & Comp. & Int'l L. J. S. Afr.* 8: 112 (1975), pp. 114 y ss. También, Morillas Cueva, Lorenzo, «La doble posición del dolo y de la imprudencia en la perspectiva de una teoría unitaria del delito», *CPC* 91: 1(2007), pp. 27 y ss.

³⁴⁷ Es más, esta tesis permite dar una respuesta mucho más coherente al caso del error de tipo condicionado por problemas de imputabilidad o determinado por posiciones anímicas, en especial, para la posibilidad de aplicar medidas de seguridad. Carbonell Mateu, «Sobre tipicidad», p. 153. Molina Fernández, Fernando, «Error de tipo derivado de anomalías o alteraciones psíquicas: un difícil desafío para la teoría del delito», *Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, n° 74, (2008), pp. 113-144.

³⁴⁸ Así, Molina Fernández, Fernando, «dolo, imprudencia y error», *Memento-PG*², § 2430.

la tensión sobre la determinación práctica de su contenido, en oposición a la virtualidad operativa que podría conllevar asumir un lenguaje técnico o teórico.

II. La redirección jurisprudencial a partir de la regulación del error

La circunstancia que se introdujeran los art. 6 bis a) al CP de 1973 y el art. 14 al CP de 1995, tuvo como consecuencia directa en el ordenamiento jurídico español, una redirección de la discusión en torno al contenido del dolo, sobre todo a nivel jurisprudencial. Sin perjuicio, que volveremos más adelante sobre el tratamiento jurisprudencial de los límites del dolo eventual, por ahora, este punto debe ejemplificarse con las siguientes dos importantes sentencias que son objeto de citas constantes en la actualidad para fundamentar el dolo y, por ende, son determinantes para la comprensión del debate.

1. El caso del asesinato de José María Bultó (1986)

Aquí se enjuició al denominado ejército popular catalán por el asesinato del empresario José María Bultó ocurrido en Barcelona en 1977³⁴⁹. De conformidad a los hechos privados, los sujetos pertenecientes al citado grupo armado ingresaron en el piso del empresario engañando al servicio doméstico y encañonando con pistolas a José María para encerrarlo en una habitación, donde le colocaron contra su voluntad un aparato explosivo en el tórax, advirtiéndole que haría explosión si intentaba despegarlo del cuerpo sin desactivación previa. Después que lo pusieron en funcionamiento, le exigieron que hiciera entrega de quinientos millones de pesetas, dejando por escrito las instrucciones que debían seguirse para ello, dándole un plazo de veinticinco días, detallando la forma en que debía entregarse el dinero (en unas bolsas confeccionadas a mano en una estación de la Renfe). El grupo abandonó el lugar dejando, por cierto, el artefacto adherido al cuerpo. El señor Bulto se dirigió al piso de su hijo, quien también vivía en Barcelona, con el artefacto adosado al tórax y que explotó mientras iba al baño provocándole la muerte en el acto.

³⁴⁹ STS (28.11.1986), tol2.323.534, ponente: Soto Nieto.

Entonces, se trataba de determinar cómo podía justificarse la imputación a título de dolo eventual por de asesinato por medios explosivos, previsto en la circunstancia 3ª del art. 406 del CP (1973). En este punto, la argumentación sobre la naturaleza del dolo eventual mezcla las teorías volitivas del consentimiento (aceptación del resultado de muerte), con las de la representación en sus variantes de la posibilidad y probabilidad. Esto porque no se podía afirmar que los acusados aceptaran el resultado de muerte o que consistieran en él, pero sí por era dable estimar que este resultado era altamente probable.

El TS señala que el dolo eventual puede fundamentarse desde que los sujetos:

«Representándose un resultado dañoso *de muy probable originación*, aunque no fuere directamente perseguido, *le prestaron su aprobación*, contando con *su posibilidad* y asumiéndolo en sus efectos, sin refrenar sus impulsos criminales. La intensidad criminal propia de esta especie de dolo eventual, que deslinda y separa de la culpa consciente o con previsión, estriba en la asunción o toma a su cargo por el agente del evento dañoso emanante de su comportamiento, proceso real de volición frente a un determinado acaecer»³⁵⁰.

En este punto, donde el TS afirma la naturaleza del dolo y que le sirve para fundamentar la imputación es, precisamente, el punto donde se muestra la confusión teórica –afirma Gimbernat– en la medida que de la aplicación de la teoría del consentimiento se desprendería aquí solo la atribución de este evento a título de dolo y, por ende, lo que aplica en realidad el tribunal es la teoría de la probabilidad³⁵¹.

Hasta aquí uno podría pensar que existe una adopción de la teoría de la probabilidad por parte del TS, lo que habría significado un cambio jurisprudencial en relación con las tesis anteriores ligadas a las teorías del

³⁵⁰ STS (28.11.1986), toI2.323.534, ponente: Soto Nieto.

³⁵¹ Según el citado autor no sería posible afirmar que los sujetos «prestaron su aprobación» o que «consintieron» en la muerte, desde que la muerte de Bultó les impide cobrar el beneficio económico y concretar el plan, lo que no obsta a que se estime que los autores tenían conocimiento del tipo y estimaron el resultado como probable. Gimbernat Ordeig, Enrique, «Algunos aspectos de la reciente doctrina jurisprudencial sobre delitos contra la vida (dolo eventual, relación parricidio-asesinato)», *ADPCP*, t. XLIII: 2 (1990), p. 423.

consentimiento. Pero, en realidad si uno mira un poco más allá en la fundamentación del fallo, lo que se hace es adoptar una fórmula ecléctica del consentimiento, o bien, si se quiere una formulación bien parecida a la que existe en Alemania y es utilizada por la jurisprudencia del BGH, según lo visto. El TS dice que «el concepto de dolo a que se refiere el art. 1 del CP haya de entenderse comprendido no sólo el resultado directamente querido o necesariamente unido a él, sino también *el representado como probable y, sin embargo, consentido*»³⁵².

Pero, todavía podría irse un poco más allá en sede de Derecho comparado. Si uno mira lo expresado supra en relación con el dolo de oblicuidad o el concepto de conocimiento (Inglaterra y Estados Unidos, respectivamente), hay un párrafo que en términos del lenguaje en que utiliza, coincide con esa categoría de imputación casi de modo exacto. Así, en ningún caso de renuncia a la intencionalidad como contenido que otorga fundamento al aspecto subjetivo, se asume que esa intencionalidad puede estar referida al conocimiento de la probabilidad del resultado y la aceptación está dada por las consecuencias seguras a las que puede conducir la acción voluntariamente aceptada. Así, dice el TS:

«Se trata de un querer o intencionalidad que aunque no se halla situado en el primer plano de la representación y volición del evento principal o directamente querido, es aceptado tácitamente y tomado en cuenta por el actor, pues si el sujeto no hubiera querido que se produjese el evento suplementado, cuya emergencia sabía o conocía muy probable o casi segura, hubiera paralizado o desistido de su actuación. La consideración del artefacto explosivo adherida al cuerpo del señor Enrique, de extrema e inusitada peligrosidad, plenamente consciente de ello los infractores, llevando hasta su término empresa tan minuciosamente urdida y aceptando sus posibles consecuencia, bien permite concluir la índole dolosa de su proceder, alejado y distanciado del meramente culposo o imprudente»³⁵³.

³⁵² STS (28.11.1986), tol2.323.534, ponente: Soto Nieto.

³⁵³ STS (28.11.1986), tol2.323.534, ponente: Soto Nieto.

2. El caso del aceite de colza (1992)

El denominado caso del aceite de colza desnaturalizado con anilinas, adulterado y comercializado como «aceite de oliva virgen refinado»³⁵⁴, cuyo consumo produjo un síndrome tóxico y la muerte de más de trescientas personas plantea³⁵⁵, por un lado, cuestiones relativas a los denominados «cursos causales no verificables»³⁵⁶ y, por el otro, la posibilidad de imputar dolo eventual y no imprudencia consciente, en la realización de actividades riesgosas en las que el autor actúa con algún grado de conocimiento del riesgo, pero no se representa de modo directo ni prevé inmediatamente la realización de un resultado, ni puede decir que lo aceptó o lo quería, en términos puramente volitivos.

El TS reconoció en el fallo de este asunto que, en relación con el dolo eventual, había venido oscilando entre las teorías del cognitivas (entre la probabilidad y la representación) y las volitivas del consentimiento; lo que más bien en la práctica era solo retórica argumentativa, ya que los efectos de la aceptación de un punto de vista u otro eran idénticos en la medida que las teorías se asimilaban en sus consecuencias³⁵⁷.

³⁵⁴ STS (23.04.1992), tol30.647, ponente: Bacigalupo.

³⁵⁵ Según el TS “trescientos trece muertos y mil quinientos afectados”, respecto de los cuales se atribuyó un delito de fraude alimentario, del art. 346 en relación con el art. 348 (ambos del CP 1973) que establecía una exasperación de pena para el evento de que de dicho fraude alimentario contra la salud pública resultara la muerte. Tal incremento de penalidad, según la doctrina y jurisprudencia debía ser al menos imputable a título de dolo eventual, «la pura y simple causación del resultado será, en cambio, insuficiente», Córdoba Roda, Juan, «la producción del resultado de muerte en los delitos contra la salud pública», *LH Oneca*, p. 677 y ss.

³⁵⁶ Al respecto, en relación a la prueba de la causalidad y el resultado lesivo, puede verse, con amplias referencias: Paredes Castañón, José Manuel, «Caso del aceite de colza», *Casos que hicieron historia*, Sánchez-Otiz, (coord.), La Ley–Wolters Kluwer, Madrid, 2011, 428 y ss.

³⁵⁷ «En la práctica, cuando no se aplicaba directamente la teoría de la representación se venía a decir, más o menos, que el autor había consentido en la producción del resultado representado, cuando la realización del mismo era muy probable y se lo representada como tal». Bacigalupo, «El concepto de dolo», p. 142.

Este caso el TS se enfrenta a la necesidad de explicar cómo puede atribuirse a una persona, en el plano subjetivo, la realización de acciones que suponen un conocimiento del riesgo, es decir, se ejecutan sabiendo que este existe o que existirá un riesgo desaprobado social o jurídicamente.

El problema se originaba aquí, tal como puede inferirse, en la circunstancia que los autores (aceiteros) no actuaron queriendo el resultado (muertes indeterminables) al momento de realizar la acción, pero sí con conocimiento de que el aceite de colza importado, al ingresar a España, había sido rotulado por la autoridad administrativa para actividades industriales siderúrgicas y no para la alimentación humana.

Lo interesante es que el producto no era en sí tóxico para el consumo humano, en la medida que el aceite de colza, nabo o raps es utilizado indistintamente y en similar concentración para fines industriales; es decir, la toxicidad no era una propiedad puramente objetiva del producto. Es más, lo que «aparentemente» provocó la toxicidad fue un cúmulo de circunstancias que partieron por la incorporación, por orden de la autoridad sanitaria, de anilina incolora recién destilada que agregada al dos por ciento era, sin embargo, imperceptible.

Los aceiteros no podían verificar de un modo exacto que se tratase de esa sustancia (por carecer en el siglo pasado de instrumental ad-hoc), *pero sí inferirlo* dado que en términos generales otorgaba al aceite un color un poco más rojizo que el aceite de colza comúnmente utilizado para el consumo, pero conservando un aspecto similar en color, sabor y olor. Es más, la anilina no es tóxica para el consumo en la concentración en que fue incorporada al aceite (lo es solo en un alto porcentaje) y, por ello, no existía normativa administrativa que obligara a descartar su presencia, pero dado que produce en el aceite una tonalidad un poco más oscura, los aceiteros *sometieron* (en algunos casos) *el producto a una refinación*, con el objetivo de extraer todos los elementos que podrían haberse incorporado por disposición de la autoridad para evitar su comercialización (en especial, la anilina). Toda esta combinación de factores, más las condiciones ambientales son las que provocaron la toxicidad que se manifestó en la presencia de anilidas de ácidos grasos que son las que provocaron el síndrome tóxico en las personas que consumieron el aceite.

Lo interesante es que el TS³⁵⁸ fundamenta el dolo en el conocimiento del peligro de la acción. Sin embargo, ese peligro no está referido en la sentencia al conocimiento específico de los autores acerca de la idoneidad o potencialidad del aceite para provocar la muerte, menos todavía, en una absoluta indiferencia o desconsideración en relación con el riesgo evidente de resultados lesivos posibles. Por el contrario, el TS deduce el conocimiento de que los acusados «sabían que el aceite tenía anilina y que es una sustancia venenosa», pero sin hacerse cargo de la circunstancia de que no era obligación descartar su presencia a la fecha de los hechos y, tampoco, tiene en consideración que el porcentaje en que fue incorporada al aceite no tiene la potencialidad objetiva suficiente para ser lesiva (al menos preliminarmente) y, lo que es peor, precisamente, la conducta de refinar el aceite para extraer la anilina demuestra que no les era indiferente la posibilidad y tenía por objetivo evitar o neutralizar riesgos.

Así explicado el caso, no parece del todo posible argumentar en términos de lógica inferencial que «era previsible que un producto con veneno, enajenado mediata o inmediatamente a almacenaste o envasador de aceites comestibles, llegara al consumo de boca y produjera lesiones o muertes», dado que no se descartó del todo la posibilidad alternativa y es la premisa básica en la que se construye la argumentación del TS en relación al dolo³⁵⁹.

Pese a que se ha afirmado, con alguna displicencia, que las teorías del dolo eventual «no podían responder con claridad al caso de la colza»³⁶⁰. Lo cierto es que, el TS no tuvo ningún problema en afirmarlo, al concluir que existe «dolo (en la forma de eventual), cuando el autor ha obrado conociendo el peligro concreto que se deriva de su acción y dicho peligro supera claramente el peligro permitido». Con referencia al citado caso Bultó (STS 28.11.1986), indica que la jurisprudencia ha adoptado un criterio según el cual, por un lado, «el posible deseo de que el resultado no se produzca no ha sido considerado como elemento que excluya el

³⁵⁸ En adelante, los entrecomillados sin nota al pie de esta sección corresponden todos al tercer fundamento de Derecho de la referida STS (23.04.1992), to130.647, ponente: Bacigalupo.

³⁵⁹ Paredes Castañón, «Caso del aceite de colza», pp. 429-431.

³⁶⁰ Álvarez García, *Introducción*, p. 95.

dolo eventual» y, por el otro, que en la medida que la citada «jurisprudencia ha adoptado para la caracterización del tipo objetivo la teoría de la imputación objetiva (al menos en los delitos de resultado), será condición de la adecuación del comportamiento a dicho tipo objetivo que el autor ejecute una acción generadora de un peligro jurídicamente desaprobado³⁶¹.

Así, de acuerdo a esta sentencia, existe el dolo cuando el autor ha «tenido conocimiento de dicho peligro jurídicamente desaprobado para los bienes jurídicos, pues habrá tenido el conocimiento de los elementos del tipo objetivo, que caracterizan, precisamente, el dolo. En tales supuestos no cabe duda que si el autor conocía el peligro concreto jurídicamente desaprobado y si, no obstante ello, obró». Agregando que «su decisión equivale a la ratificación del resultado que –con diversas intensidades– ha exigido la jurisprudencia para la configuración del dolo eventual».

En este caso lo que se trataba de imputar a nivel subjetivo era, en una perspectiva de Derecho comparado, la decisión consciente de ignorar riesgos evidentes u obvios, se trata de una categoría en la que interviene la voluntad a modo de una aceptación de un peligro o riesgo irracional, que en el sistema anglosajón se denomina *willful blindness* o ignorancia deliberada y que cuenta con una utilización generalizada desde mediados del siglo pasado, pero que en el sistema español, tal como se verá más adelante, cuenta con una utilización reciente³⁶².

³⁶¹ Cancio Meliá, Manuel, «¿crisis del lado subjetivo del hecho?» *LH Bacigalupo, t. I*, p. 61.

³⁶² «la cuestión no es, me parece, si basta con que un sujeto conozca el carácter peligroso (y desaprobado) de su acción. Ya que, a este respecto, tanto defensores de las teorías cognoscitivas del dolo como defensores de las teorías volitivas podríamos estar de acuerdo en que, superado un cierto nivel de conocimiento del riesgo, la “confianza irracional” en su evitación (o, peor aún, el mero deseo, también irracional, de que el riesgo no llegue a consumarse), no excluye el dolo: unos dirán que porque es suficiente con el conocimiento del riesgo; otros, porque un conocimiento muy cierto del riesgo, seguido de la acción, significa necesariamente su aceptación (o, como apunta el TS, la indiferencia hacia el mismo)». Paredes Castañón, «Caso del aceite de colza», p. 436.

III. El modelo de imputación subjetiva en el CP de 1995

1. Las normas o principios generales del sistema

Los principios generales del sistema de imputación subjetiva se regulan en el CP español en los arts. 5 y 10. La primera de estas normas dispone que «no hay pena sin dolo o imprudencia» y, la segunda, establece que «son delitos las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley»³⁶³.

Ambos preceptos establecen garantías generales en la aplicación de la ley penal a modo de declaraciones programáticas y no metodológicas sobre la relación entre conductas, normas y penas. Esto se debe a la circunstancia que el CP no consagra expresamente la culpabilidad a modo de una relación entre la infracción punible y la pena.

Una decisión dogmáticamente comprometida habría sido el definir el delito a modo de injusto culpable, con referencias al sistema de imputabilidad y de permisos fuertes y débiles (excusas o defensas). Así, con independencia de cuestiones teórico-dogmáticas las citadas normas declaran, a modo de principio general, que solo puede haber una pena como consecuencia de una infracción dolosa e imprudente, pero sin hacer referencia a que estas sean el fundamento o las dos formas de la culpabilidad³⁶⁴.

³⁶³ Una valoración crítica de la evolución y, por cierto, de la introducción de estas normas que suponen una superación definitiva del principio del *versari in re ilícita*. Martos Núñez, Juan Antonio, «El principio de responsabilidad penal subjetiva. Análisis dogmático de su consagración en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del nuevo Código Penal», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 6 (1996), pp. 828 y ss.

³⁶⁴ Como bien resume Bello Landrove, antes de la entrada en vigencia del CP de 1995 incluso se discutía sobre la posibilidad de considerar el dolo eventual como categoría dogmática, entendido que la distinción entre diversas categorías de dolo, con la inclusión del dolo eventual se transformaba en una ficción desde el momento en que la ausencia de una penalidad diferenciada implica que la prueba del dolo eventual es suficiente para aplicar la misma pena que el delito cometido con dolo directo. Bello Landrove, Federico, «El dolo eventual en España» *Jueces para la Democracia*, 32 (1998), pp. 14 y ss.

En otros términos, las citadas normas solo dicen a modo de garantía que el juicio de imputación subjetiva debe estar fundamentado en el dolo o la imprudencia como únicas categorías dogmáticas posibles³⁶⁵.

Esto es así, desde que estos preceptos más que hacer referencia a la *función* que cumple la «culpabilidad» en cuanto predicamento o «principio» fundamentador del merecimiento de pena, solo establecen una vinculación entre el citado merecimiento y la realización de una conducta que en el plano subjetivo-objetivo puede ser atribuida a una persona a título de dolo o imprudencia³⁶⁶.

En suma, no es la culpabilidad en sí misma considerada lo que se consagra³⁶⁷, en cuanto categoría dogmática, sino que el denominado *principio de responsabilidad personal subjetiva* que supone la posibilidad de imputar, atribuir o adscribir conductas con relevancia penal en el plano subjetivo suponen el quebrantamiento de normas de conducta conminadas con pena³⁶⁸.

³⁶⁵ Muñoz Conde/García Arán, *DPPG*⁹, p. 283.

³⁶⁶ Se trataría de un sistema abierto en cuanto a la fundamentación del dolo y la imprudencia, con el único límite de la prohibición de la responsabilidad objetiva. Así, Quintero, *PGDP*⁴, p. 262.

³⁶⁷ Al respecto, se critica el art. 5 del CP afirmando: primero, que el precepto debería decir «no hay pena sin culpabilidad»; segundo, que en la forma en que quedó redactado el precepto lo que hace es *excluir la responsabilidad objetiva* (que aquí se ha denominado principio de responsabilidad personal subjetiva), pero no consagrar el principio de culpabilidad; tercero, que la falta de consagración del principio de culpabilidad es manifiesta por la nula referencia a la imputabilidad y en la opción metodológica por una disposición programática; y, cuarto, porque no hay precepto alguno ni puede desprenderse de esta regulación que se consagre, al menos de un modo formal, la culpabilidad como fundamento y límite de la pena. Quintero/Morales Prats, *ComCPe*⁶, t. I, pp. 83 y ss. En el mismo sentido, Quintero Olivares, Gonzalo, «Las vicisitudes del dolo y la subsistencia de la preterintencionalidad», *LH Vives Antón t. I*, pp. 1574 y ss.

³⁶⁸ Fundamental para la comprensión de la evolución del concepto de culpabilidad en la ciencia española, adoptando una posición de la imputación subjetiva (entendida en sentido amplio o tradicional), ligada a la prevención general positiva. Pérez Manzano, Mercedes, *Culpabilidad y prevención: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, Ediciones Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1986, pp. 208 y ss.

El legislador español, asume este principio como una garantía vinculada con la fundamentación lógico racional del castigo penal, con absoluta independencia de la pretendida fundamentación material de la misma y, por cierto, de la relación entre el nivel de compromiso subjetivo y la intensidad (en concreto) y proporcionalidad (en abstracto) de la pena. Esto en la medida que no hay norma alguna que permita sostener la exigencia de una relación entre el aspecto subjetivo de la conducta (en específico, las formas del dolo) y la intensidad o proporcionalidad (en concreto o en abstracto) de la pena.

Pese a lo anterior, en el sistema español el dolo constituye el fundamento y el límite de la culpabilidad en los delitos que contemplan únicamente la posibilidad de atribución de responsabilidad dolosa. Así, se afirma como principio que «sin dolo no puede haber culpabilidad», o bien, que «sin dolo no puede haber sanción», a menos que la ley contemple en esa u otra norma la subsistencia de una antinormatividad a título de imprudencia para ese hecho. En otros términos, esto equivale a decir que únicamente puede reprochársele a otro la realización de una situación prevista con anuncio de pena en una norma si existe un compromiso suficientemente racional y autónomo con la realización de dicha conducta.

Así, el dolo solo cumple la función de afirmar un desvalor puramente subjetivo –general sobre el quebrantamiento de una normas de prohibición o mandato, con absoluta prescindencia de toda cuestión relativa a la capacidad personal del autor o sus características personales, todo lo cual entra en el juicio de imputabilidad³⁶⁹.

El principio de culpabilidad, en cuanto presupuesto esencial del sistema penal, conforme a su predicamento esencial únicamente pueden ser merecedores de pena aquellos comportamientos que implican la realización de una acción que en el plano subjetivo puede ser atribuida a un sujeto a título de dolo o imprudencia. En este sentido, se consagra una ética consecuencialista de la culpabilidad, en cuanto implica la posibilidad de reprochabilidad personal por la contravención de normas de prohibición o mandato³⁷⁰.

³⁶⁹ Así, Luzón, «dolo», 1110.

³⁷⁰ Así, Luzón, «dolo», p. 1110.

Así entendido, en la concepción del dolo que aquí se defiende en cuanto fundamenta el juicio de atribución o de imputación ordinaria de contravención de normas de conducta, se desliga por completo del juicio de reproche que implica la valoración de normas de decisión que se vinculan con la imputabilidad personal.

2. Estado del debate sobre el dolo: resumen preliminar

Pese a que podría suponerse la existencia de un relativo consenso doctrinal sobre el contenido del dolo o sobre su ubicación dentro del sistema de la teoría del delito, lo cierto es que todavía subsiste en España como se verá a continuación un arduo debate en relación con el dolo eventual, en concreto, entre quienes postulan la tesis dolo natural, esto es, *conocimiento y voluntad*, quienes afirman que solo es *conocimiento* de los elementos objetivos del tipo abarcando o no el curso causal o las circunstancias que fundamentan la imputación objetiva del resultado³⁷¹ y, por último, quienes decididamente han planteado un regreso al *dolus malus*. A nivel jurisprudencial, a diferencia del consenso existente en el BGH en Alemania, el TS español se muestra vacilante y recurre tanto a las teorías de la representación como a las de la voluntad. Y, por si fuera poco, el TS se ha mostrado receptivo de la teoría de la ignorancia deliberada propia de los sistemas anglosajones.

Tal como podrá apreciarse preliminarmente de todos los sistemas jurídicos que se han analizado hasta ahora el Derecho penal español es en este punto el más abierto de todos. Si se mira la situación de Alemania la existencia de un divorcio entre la praxis y la teoría en este punto, permite a quien se aproxima desde afuera al menos saber cuál es la concepción que utiliza para decidir el Derecho de casos más o menos de un modo uniforme, desde hace más de cincuenta años. En Italia sucede que hay

³⁷¹ Si bien, resulta evidente que no es posible conocer todas las consecuencias del curso causal, al menos resultaría exigible el conocimiento que recae sobre el estar asumiendo un curso causal determinado, esto es, voluntariedad de la acción peligrosa, adecuación de la misma al tipo objetivo y realización del riesgo en el resultado. Al menos la «previsión» del curso causal entre la acción y el resultado, en cuanto «circunstancias que fundamentan la imputación objetiva del resultado». Cerezo, *Curso DPPG*⁶, t. II, p. 131.

una opción legalmente comprometida por las teorías del consentimiento o la aceptación y, por ende, ahí el asunto apenas se discute. En Estados Unidos como consecuencia del sistema de taxatividad máxima cada CP consagra las definiciones de los niveles de imputación subjetiva y, al mismo tiempo, de acuerdo al sistema del MPC (1962) estos se vuelven a mencionar en cada tipo penal, por lo que el nivel de discusión está ligado a la aplicación probatoria de las definiciones legales. En Inglaterra pese a que no se cuenta con un CP, el sistema de precedentes legales heredado del *Common Law* suple y opera otorgando un contenido más o menos definido a las categorías de imputación subjetiva.

IV. Las categorías del dolo en España

Un importante sector de la doctrina española mantiene aunque sea con fines puramente didácticos³⁷² la definición del dolo como *conocimiento y voluntad*³⁷³, que es la concepción heredada del *finalismo ortodoxo* y de las denominadas *teorías de la voluntad*, donde se distingue cada una de las formas del dolo por la intensidad en que esta se manifiesta en relación con el conocimiento. De esta aproximación resultan las tres conocidas formas de dolo: a) directo; b) indirecto; y, c) eventual.

En cuanto al dolo directo e indirecto, prácticamente, no existe debate en España en la medida que la doctrina y jurisprudencia están contestes en lo que se refiere al contenido conceptual y límites. El debate se produce en el dolo eventual donde la jurisprudencia recurre a fórmulas eclécticas, aunque cada vez con mayor frecuencia se guía por criterios de probabilidad en la medida que utiliza la fórmula del conocimiento del riesgo o peligro objetivo originado por la acción, sin embargo, todavía es posible encontrar numerosas sentencias que acogen la teoría del consentimiento³⁷⁴.

1. Dolo directo

En España se denomina como dolo directo o de primer grado a lo que en el Derecho comparado se conoce mayoritariamente como intención³⁷⁵ o propósito. Se identifica con el querer³⁷⁶ del autor en cuanto persigue o tiene como objetivo realizar o concretar una conducta que consiste,

³⁷² En la medida que la clasificación no supone asumir un concepto unitario, ni mucho menos pretender una homogeneidad de las diferentes clases de dolo. Así, Álvarez García, Introducción, p. 90.

³⁷³ Así, Quintero, *PGDP*⁴, p. 351. Mir Puig, *DPPG*¹⁰, p. 267. Álvarez García, *Introducción*, pp. 90-91. En especial, Cerezo Mir, *Curso DPPG*⁶, t. II, p. 144.

³⁷⁴ Al respecto, con referencias jurisprudenciales, Morales Prats, *ComCPE*⁶, t. I, p. 119.

³⁷⁵ Con este nombre Mir Puig, *DPPG*⁹, p. 270.

³⁷⁶ Usa en esta expresión, por ejemplo, Muñoz Conde/García Arán, *DPPG*⁹, p. 286.

precisamente, en la acción descrita en el tipo (delitos de mera actividad) o en la concreción del resultado (delitos de resultado puros).

En los delitos de omisión la intención consiste en la abstención intencional de la conducta que el autor tiene el deber jurídico de realizar en orden a la evitación resultado, expresada en la neutralización o contención del riesgo.

La voluntad exigible para el dolo coincide con el concepto ordinario de intención que diferencia a esta clase de imputación de la imprudencia³⁷⁷.

La intención o el propósito se presenta, entonces, con absoluta independencia de la potencialidad de la acción, en términos de cuantificación de riesgos, para producir el resultado, por ende, su valoración depende solo de la voluntad exteriorizada de realizar la conducta típica.

Los problemas se sitúan aquí en casos en los que pese a existir una intención evidente de producir el resultado típico, la acción realizada es ineficaz para desencadenar un peligro suficientemente elevado, en términos objetivos, de producir el resultado. En estos supuestos, no existe inconveniente en plantear la posibilidad de una tentativa, cuya idoneidad dependerá de las circunstancias del caso concreto.

La intención queda igualmente afirmada en los casos en que la posibilidad o probabilidad era relativa, pero la intención o el propósito resulta ser evidente. En este último supuesto, debería regir una valoración sobre la idoneidad del medio empleado en términos de posibilidades de representación de un sujeto corriente, sin tener en consideración los conocimientos personales del autor. Así, obra con intención de matar quien apuñala a un sujeto en el tórax o en una pierna, porque aunque un sujeto común no sepa donde se sitúa exactamente el corazón o la arteria femoral, no solo conoce que realiza una acción que tiene la potencialidad de matar, sino que resulta evidente que a esa clase de acciones en el

³⁷⁷ Así, Luzón, Peña, Diego, «Dolo y dolo eventual: reflexiones», *Libro Homenaje a Marino Barbero Santos*: “in memoriam”, Universidad Castilla la Mancha, Salamanca, 2001, p. 1113.

lenguaje ordinario se les atribuye el significado de acciones o conductas capaces de producir la muerte³⁷⁸.

En esta clase de dolo la inferencia podría ser afirmada según la regla de la tercera persona, esto es, existirá dolo directo si resulta evidente para un observador imparcial puesto en relación con la acción realizada, que el autor tenía como propósito de la acción una contravención intensa (en términos de compromiso personal) de normas de prohibición o mandato. Lo anterior, con independencia de la finalidad trascendente que pueda haber tenido el sujeto o los móviles que le condujeron a la realización del comportamiento; es decir, los móviles subjetivos que acompañan al dolo directo no lo condicionan o excluyen³⁷⁹.

En efecto, la consideración del dolo como voluntad de realización del tipo (el momento volitivo), no debe confundirse con los móviles o deseos que haya tenido el autor para efectos de probar el dolo³⁸⁰. Tal como ocurre en el Derecho alemán, el móvil de venganza, las finalidades política o religiosa, el odio racial, etc., no son determinantes en la acreditación de la existencia del querer.

2. Dolo indirecto

En España se denomina como dolo de segundo grado, indirecto o de consecuencias necesarias, a lo que en el Derecho comparado se conoce como dolo directo (Alemania), dolo de oblicuidad (Inglaterra) o conocimiento (knowledge, en Estados Unidos).

Esta categoría se define diciendo que el dolo indirecto de segundo grado consiste en la realización de una acción que supone *un resultado como una consecuencia inevitable o segura de la conducta*.

Algunos, dentro de las teorías de la voluntad estiman que es posible incluir los casos en que el sujeto advierte la realización del delito o del resultado como una consecuencia prácticamente o *casi segura* de su

³⁷⁸ Aceptando que el propósito o intención se afirman en los supuestos de elevada posibilidad o bastante probabilidad, por ejemplo, Luzón Peña, «Dolo», 1114.

³⁷⁹ Similar, Mir Puig, *DPPG*¹⁰, p. 271

³⁸⁰ En este sentido, Muñoz Conde/García Arán, *DPPG*⁹, p. 285.

comportamiento³⁸¹. Ello, permitiría diferenciar esta clase de dolo del dolo directo, sobre la base de exigir una intención débil (una advertencia) con un conocimiento fuerte (consecuencia prácticamente segura).

Aunque en realidad es difícil probar esa intencionalidad en la medida que queda suficientemente demostrada con la representación del resultado como una *consecuencia necesaria*³⁸² de la acción realizada, con independencia, o mejor, sin necesidad de una voluntad que se dirija al resultado principal, sino en dirección a los otros que *necesariamente* deben producirse como un medio para alcanzar el objetivo del autor³⁸³.

Otros entienden, tal como ocurre en el Derecho anglosajón, que el dolo directo abarca no solo los casos de intención, querer o propósito dirigido al resultado, sino que también los supuestos en que el sujeto realiza una conducta cuya voluntad, en sentido amplio, comprende las consecuencias necesarias o seguras aparejadas a la acción, como el supuesto de quien con la finalidad de reivindicar el estado islámico pone una bomba en una estación de trenes para aterrorizar a la población, comprendiendo su intención todas las muertes, lesiones y daños que retrospectivamente pueden imputarse como una consecuencia necesaria o prácticamente segura de la explosión³⁸⁴.

El conocimiento, como es evidente, debe estar presente al momento de la realización de la acción, es decir, debe actual y no potencial³⁸⁵: el sujeto debe tener capacidad personal de representación de las

³⁸¹ Aunque es suficiente con la consecuencia necesaria, algunos estiman que sería exigible no que la consecuencia sea casi segura, sino que la considere como segura, lo que implica un grado mayor de exigencia volitiva. Sobre esta polémica, brevemente, Mir Puig, Santiago, «conocimiento y voluntad en el dolo», *Elementos subjetivos de los tipos penales*, Jiménez Villarejo (dir), CGPJ, (1995), pp. 20-21.

³⁸² Así, Corcoy, Mirentxu, «Concepto dogmático y jurisprudencial de dolo», *Libertas-Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales*, nº 0 (2012), p. 107. Mir Puig, *DPPG*¹⁰, p. 271. Quintero, *PGDP*⁴, p. 358. Luzón Peña, «Dolo», p. 1116.

³⁸³ «necesariamente unida a la consecución de un fin», Cerezo Mir, *Curso DPPG*⁶, t. II, p. 147.

³⁸⁴ Muñoz Conde/García Arán, *DPPG*⁹, p. 286.

³⁸⁵ También, por ejemplo, Cobo/Vives, *DPPG*⁵, p. 619 y 623 y ss.

consecuencias seguras y necesarias de su conducta porque de no ser así puede haber concurrido un error de tipo³⁸⁶.

Estas dos modalidades de dolo podrían ser incluso tratadas como una sola, según ya se ha visto en relación con los ordenamientos anglosajones y lo indicado sobre el tratamiento que recibe esta última categoría en el Derecho alemán. Sin embargo, algunas razones de interpretación lógica de las normas penales podrían impedir esta pretensión.

En efecto, podría argumentarse que junto con los casos de intención se presentan otros que son en realidad de exclusivo conocimiento, por ejemplo: acciones como las descritas en relación al *indirect intention* u *oblique intention* del Derecho de Estados Unidos o el Reino Unido, donde lo determinante es una indiferencia frente a un resultado que es altamente probable, en términos de una seguridad rayana en la certeza. En otros términos, a la voluntad que acompaña la acción se le une como elemento característico una indiferencia frente a resultados o consecuencias prácticamente seguras.

Aunque se plantea que la diferencia entre estas dos primeras clases de dolo es puramente metodológica, alguna importancia podría tener en los delitos que exigen un compromiso especialmente intenso con la realización de la acción como, por ejemplo, los supuestos en que el CP español utiliza expresiones como: *propósito* (arts. 169: 282 bis; 357; 401; 569; 584; 598; 607; 607 bis. 1. 9º, inc. 2º), o bien, apelan a *finés* o *finalidades específicas* (arts. 159; 166; 170.2.; 172 bis 2; 172 bis. a), b), c), d), e); 183 bis; 188; 189; 197.6; 197.7 inc. final; 221.1.; 257.2; 270.1. c), d); 270.6.; 271; 273; 274; 274.1.b); 276 c); 284 2º; 286; 286 bis 4; 286 quáter 1 en relación con el apartado 4 del art. 286 bis; 304 ter 1; 318 bis 6; 361; 362 bis; 362 quáter 3ª 449; 510.1. b); 510.2.a). 554.3.a); 570.1.; 570 ter 1. a) y b); 571; 573; 574; 575; 577; 579; 611), mencionan *ánimos* (234; 237; 243; 244; 248; 270; 286; 291; 298; 318 bis; 442; 451 1º; 526); contemplan una intensificación de la intención como ocurre, con el obrar *maliciosamente* (art. 255; 346; 449; 459).

En todos estos casos, podría decirse, no sin razón que se exige el dolo como intención (dolo directo) y no sería posible comprender los resultados que sean propios del dolo de consecuencias necesarias, sin

³⁸⁶ Así, Quintero, *PGDP*^d, p. 358.

embargo, en la medida que el resultado se le presenta como indiferente, según lo expuesto, no se ve inconveniente para incluir esta forma de dolo en los tipos penales que exigen *finalidades o ánimos específicos*.

Otros casos que plantean problemas, en especial, también con el límite de estos niveles de imputación con el dolo eventual son aquellos en que el tipo exige como elemento central del aspecto objetivo conocimiento actual de la ilicitud, como ocurre en supuestos donde el lenguaje legal exige el obrar de modo ilegítimo (402, 449, 514, 522. 1º), o bien, derechamente el conocer la ilicitud (156 bis, 197. 3; 264.bis 3; 280; 301.1), situación a la que podrían también reconducirse todos los supuestos en que la ley exige otros elementos normativos del tipo.

3. Dolo eventual

Tal como ocurre en Alemania el Derecho español no cuenta con una definición legal de dolo eventual. Se trata de una categoría cuyo desarrollo corresponde a la jurisprudencia y dogmática penales. La ausencia de concepto legal posibilita la existencia de una multiplicidad de teorías que intentan «solucionar» el problema del límite entre el dolo y la imprudencia. Sin embargo, en realidad, más que otorgar una solución dogmática a la cuestión sobre la necesidad del establecimiento de un límite preciso, lo que ha ocurrido es que esta categoría se ha transformado en España en una forma de extender el ámbito de aplicación del dolo.

En la actualidad, gran parte de la doctrina española acepta la existencia del dolo eventual. Pese a todos los intentos de desterrar las teorías volitivas, lo cierto es que todavía un importante sector de la doctrina sigue aceptando el concepto unitario de dolo y defiende una fusión entre la representación y el consentimiento o aceptación.

A nuestro juicio, este punto de vista es acertado. Así, puede decirse que el dolo eventual consiste en la realización de una acción que supone un compromiso intencional con la posibilidad del resultado, lo que conlleva generalmente su aceptación. En otras formulaciones se dice que consiste en la ejecución de una conducta donde el tipo o el *resultado* es *una consecuencia posible y aceptada por el autor*³⁸⁷.

Según lo visto anteriormente, esta forma de dolo es también llamado dolo condicionado³⁸⁸ (*bedingter vorsatz*). Esta denominación se utiliza para decir que hay dolo solo a condición que no se quiera, pero se acepte el resultado como consecuencia de la realización de una conducta que implica una representación de un riesgo o una posibilidad elevada de su producción, en consecuencia, si no lo quiere y no lo acepta pero sí se lo

³⁸⁷ Mir Puig, *DPPG*¹⁰, p. 272. Quintero, *PGDP*⁴, p. 359.

³⁸⁸ Por ejemplo, Mir Puig, *DPPG*¹⁰, pp. 275 ss. Esta expresión es criticada, aunque en el sentido en que se ha indicado supra se entiende que no es así, porque puede dar a entender que existe dolo cuando la resolución de delinquir está condicionada por un acontecimiento futuro. Cerezo, *Curso DPPG*⁶, t. II, nota 97, p. 147.

representa existe imprudencia consciente. La tercera posibilidad es que lo quiera y lo acepte, en ese caso es evidente que existe dolo directo.

En España esta categoría está aceptada como un criterio de distinción entre el dolo y la imprudencia, pese a la controversia sobre su contenido y a la ausencia de una categoría intermedia expresamente reconocida en la ley.

El dolo eventual se presenta en el sistema penal español como una categoría intermedia entre el dolo y la imprudencia que permite trazar niveles de intencionalidad en la realización de la conducta y, por ello, el dolo eventual es la categoría mínima de imputación subjetiva ordinaria en relación con la categoría más intensa o cualificada intencionalidad que es el dolo directo. Es decir, constituye la forma básica o subsidiaria de atribución de intencionalidad en el sentido ordinario.

En este modelo, el dolo de consecuencias necesarias sería una categoría diferenciada de ambas clases de dolo no por la intencionalidad de la acción, sino por la intensidad en que se presenta, paradójicamente, el conocimiento de las consecuencias de una acción intencional.

A la discusión teórica sobre el dolo eventual dedicamos el apartado que sigue, considerando las aportaciones teóricas que constituyen una originalidad dentro del pensamiento dogmático español, en especial, las posiciones que han surgido, o bien, se han renovado en sus argumentos después de la entrada en vigor del CP de 1995.

V. El dolo eventual y las modernas teorías del consentimiento

1. Teoría del consentimiento o aprobación

Enmarcada en las teorías de la voluntad esta posición sostiene que existe dolo eventual si el autor actuó con conocimiento de los elementos del tipo objetivo y, en relación con el resultado, lo consiente o aprueba. De este modo, la diferencia con la imprudencia consciente está en que en esta el autor no acepta el resultado porque confía en la posibilidad de evitarlo, o bien, porque obra sobre la base de una confianza personal de que este no se verificará³⁸⁹.

Para que concurra la aceptación o aprobación del resultado el sujeto debe, al menos, haberse planteado la posibilidad de su ocurrencia, esto es, haber actuado con conocimiento de la existencia de un riesgo que tiene la posibilidad de verificarse, o bien, actuar bajo la certeza de que ese riesgo se verificará en el resultado, lo que equivale a consentir en el resultado o aprobarlo. La diferencia con la imprudencia inconsciente estaría una vez más, precisamente, en que en esta categoría junto con el conocimiento de la existencia de un riesgo verificable, el autor actúa sin aprobar el resultado, sin consentir en él, porque de alguna forma desde una perspectiva de valoración personal de su comportamiento puede deducirse que confiaba en la posibilidad de evitar el resultado o de neutralizar el riesgo para impedir que se verifique³⁹⁰.

Una fórmula más sincrética ha sido propuesta por Cerezo Mir³⁹¹ quien sostiene que el dolo eventual consiste en la realización de una acción que supone «contar con» la posibilidad resultado. Así, el dolo eventual depende exclusivamente de la cuestión del desvalor de acción; en consecuencia, no habría dolo si el sujeto pese a representarse la posibilidad del resultado realiza la acción sin esta actitud emocional de

³⁸⁹ Cerezo Mir, *Curso DPPG*, t. II, p. 147 y ss.

³⁹⁰ Sobre este punto, por ejemplo, Oneca, *DP*², p. 227.

³⁹¹ Cerezo Mir, *Curso DPPG*, t. II, p. 152. Siguiendo, claramente, la postura clásica del finalismo. Welzel, *DPA*, p. 120.

«contar con», en términos de actitud emocional, con la ejecución del tipo. Si ella no concurre, entonces, hay imprudencia.

Esta formulación es semejante al «aceptar» o «conformarse con», «tomar en serio», «contar con», pueden citarse: *asumir, aprobar, resignarse*. También, puede situarse aquí la tesis de Vives Antón originalmente formulada como un «compromiso con la lesión del bien jurídico»³⁹², que es una reformulación de la tesis de la «decisión contra el bien jurídico»³⁹³.

A esta tesis se le antepone, comúnmente, el argumento que introduce una actitud o disposición de ánimo del sujeto hacia el resultado de difícil comprobación. Al mismo tiempo, se le objeta diciendo que la aceptación, aprobación o el conformarse con la posibilidad de verificación del tipo no es un elemento del dolo. A veces, también se agrega el argumento que el actuar bajo la representación del resultado y el aceptarlo equivalen al dolo indirecto, en el sentido que el sujeto debe tener una certeza o seguridad sobre la ocurrencia, en la medida que no es posible representarse ni ponderar el actuar sin efectuar un cálculo de posibilidades³⁹⁴.

Aunque esta última objeción en realidad no tiene en cuenta que no se trata de averiguar la voluntad real de quien actúa, sino que, únicamente, establecer un criterio generalmente aceptado de lo que las personas entienden por un acto doloso. Se trata de un criterio de distinción de la imprudencia que, generalmente, es vista como una inadvertencia de un peligro o riesgo evidente y que el sujeto podía en términos racionales haber tenido en consideración. En cambio, el actuar intencional supone un compromiso intenso con la realización de la conducta, una forma de adscribir la voluntad intencional, donde la representación de la

³⁹² «Dicho de otro modo, una intención lesiva», Cobo/Vives, *DPPG*⁵, pp. 626-627. Aunque, en realidad, esta idea no puede ser calificada derechamente como una teoría del consentimiento, en la medida que los mismos autores al tratar la distinción entre el dolo eventual y la imprudencia consciente recurren a la representación de lo necesario (dolo eventual) en oposición a la representación de lo meramente probable (imprudencia consciente). De ahí, que en puridad la tesis deba ser calificada como mixta.

³⁹³ Roxin, *DPPG*, t. I, p. 427.

³⁹⁴ Por ejemplo, Córdoba Roda, Juan/García Arán, Mercedes, *Comentarios al Código Penal. Parte General*, Marcial Pons, Barcelona, 2011, p. 80.

posibilidad y su aceptación suponen un baremo para distinguirla de la mera inadvertencia. La magnitud del peligro y su advertencia en las circunstancias en la que ocurrió la acción constituyen el modo en que en el lenguaje ordinario hace referencia al acto intencional.

A esta tesis también se le critica que aparentemente confunda *querer* con *aprobar* o *conformarse* con el resultado, que no son términos semánticos identificables, ya que incluso en el lenguaje cotidiano predicar que alguien quiere el resultado no tiene el mismo sentido que afirmar que lo acepta o consiente en que tenga lugar o se resigna a su ocurrencia. Por esto, se afirma que en realidad lo que se está exigiendo es algo más que una concreción del elemento volitivo: es una disposición de ánimo del autor, una actitud interna, algo inaceptable en el Derecho penal de acto³⁹⁵. En este mismo orden, se critica que la tesis suponga negar el dolo si no se demuestra la referida disposición interna del autor en relación con la aceptación del resultado, pese a que se trataba de la ejecución de acciones con un riesgo objetivo expresado en la existencia de un peligro evidente de consumación típica. A *contrario sensu*, un peligro no significativo de lesión de bienes jurídicos podría conllevar la afirmación de la imputación dolosa si el sujeto demostró una disposición anímica a la realización de conductas contrarias a normas jurídicas, lo que está abiertamente en contradicción con el principio de ofensividad³⁹⁶.

Otra importante crítica es que el pretendido juicio hipotético sería en realidad un sofisma en cuanto daría por acreditado aquello que precisamente se debe probar, en la medida que se construye sobre la premisa no acreditable de algo (la aceptación) que es imposible saber o conocer con certeza absoluta (*ex post*). Es más, desde ahí pretendería fundar todo el juicio de atribución de responsabilidad sobre la base de la decisión que habría tomado un sujeto ordinario de haber tenido esa certeza, cuando en realidad puede ser que el resultado le sea

³⁹⁵ Incluso sostiene que es disfuncional (porque no puede probarse) e incompatible con el principio de culpabilidad. Corcoy, «Concepto dogmático», pp. 99, 102, 112 y ss.

³⁹⁶ Así, Mir Puig, *DPPG*¹⁰, p. 273.

absolutamente indiferente, caso en el que incluso tenido la seguridad de su ocurrencia, no se podría decir que lo acepta³⁹⁷.

En este punto, la crítica está referida al método. Al respecto, se sostiene que esta tesis lo que hace en el fondo es una revisión de la segunda fórmula de Frank (*teoría hipotética del consentimiento*), dado que estas variantes teóricas del consentimiento se sustentan en juicio de valoración *ex post consistente* en una prueba del dolo eventual centrada en la «forma en que se habría comportado el autor en el caso de contar con la seguridad de la realización del tipo»³⁹⁸.

A favor del consentimiento se argumenta que no se trata de una cuestión arbitraria o subjetiva, acerca de un estado de ánimo del sujeto, ni de una disposición de la voluntad, que no cae en la arbitrariedad ni el Derecho penal de autor. Esto porque, correctamente entendida otorga mayor seguridad que los criterios de probabilidad de las teorías de la representación, al centrar criterios o fórmulas probatorias del elemento volitivo.

En esta línea argumental, se sitúa la tesis de Luzón Peña³⁹⁹ quien afirma que el subjetivismo en que puede incurrir eventualmente esta teoría se superaría con la denominada teoría restringida del consentimiento, que introduce un criterio restrictivo al elemento volitivo expresado en la idea de «aceptar/confiar en la no producción». En contra de esta opinión, se ha explicado con un relativo acierto que en realidad las teorías del consentimiento –en su versión pura sin referencias a la posibilidad– fallan en este punto en la medida que no puede predicarse que el sujeto acepte el resultado, al menos no como un criterio único. Ello, porque de lo único que puede una persona tener una relativa certeza o realizar un cálculo aproximado es acerca de la posibilidad de su producción (prognosis) y, en consecuencia, toda la teoría del dolo debería tener en cuenta el desvalor objetivo de la acción realizada⁴⁰⁰.

Tampoco, solo la posibilidad puede ser un criterio suficiente en la medida que podría plantearse una distinción entre los delitos de resultado

³⁹⁷ Véase, Cobo/Vives, *DPPG*⁵, p. 629. Cerezo Mir, *Curso DPPG*⁶, t. II, p. 148.

³⁹⁸ Corcoy, «Concepto dogmático», p. 109.

³⁹⁹ Luzón, «dolo», pp. 1115 y ss.

⁴⁰⁰ Cerezo, *Curso DPPG*⁶, t. II, p. 148.

puro y los de mera actividad. En los primeros, podría ser posible imputar subjetivamente la representación de una posibilidad expresada en un peligro objetivamente considerado o inherente a la realización de la acción, pero esto no es por sí solo lo único que sirve para afirmar la imputación subjetiva en un nivel de compromiso con la acción realizada, es decir, se requiere algo más que la mera inadvertencia o el error de cálculo sobre la posibilidad del resultado; es exigible al menos la prueba de una indiferencia en relación con el resultado lesivo⁴⁰¹. En cambio, en los delitos de mera actividad en los que el tipo contiene únicamente elementos descriptivos podría ser suficiente para afirmar el dolo la constatación de un compromiso con la acción. En otros términos, en estos casos únicamente bastaría con la realización de una acción que puede ser interpretada o se puede adscribir al autor como una decisión consciente a favor del riesgo de realización de una conducta que implica el quebrantamiento de normas de prohibición o mandato⁴⁰², cuyo resultado puede imputarse subjetivamente al autor como una obra suya, en la medida que puede afirmarse que existió ex ante una capacidad personal de evitación, basada en el juicio de prognosis objetiva sobre la posibilidad de realización del tipo, teniendo en consideración la peligrosidad de su comportamiento y de las circunstancias concretas en que esta se realizó.

El Derecho comparado enseña bastante sobre el problema del límite y lo que implica aceptar una tesis puramente objetiva, fundamentada en la representación a modo de exclusiva posibilidad o probabilidad del resultado⁴⁰³, sin referencia alguna a elementos volitivos. Si uno mira el

⁴⁰¹ Apuntan también la posibilidad de una dualidad interpretativa, distinguiendo entre delitos de resultado y de peligro, todo desde las teorías de la voluntad. Muñoz Conde/García Arán, *DPPG*⁹, p. 289.

⁴⁰² En sentido similar Díaz Pita, *dolo eventual*, p. 301 y 320-321.

⁴⁰³ Originalmente, la sostenía en España, Mir Puig, Santiago, «conocimiento y voluntad», p. 24 y ss. Una férrea defensora de las citadas teorías de la probabilidad o posibilidad (utilizando indistintamente ambos términos), Corcoy, para quien lo importante es el conocimiento que tiene el sujeto sobre el riesgo que conlleva la realización de una conducta. Este conocimiento puede estar vinculado a la idoneidad de los medios, a su potencialidad en relación con el resultado. Así el dolo recae sobre la concreta posibilidad de que el resultado se realice, si se actúa con una duda sobre la posibilidad de que el riesgo se realice en la lesión

concepto de *recklessness* o desconsideración en la forma en que ha sido definida supra, cuando se trató el Derecho de Estados Unidos o la situación de Inglaterra y, sin perjuicio, de lo que se observará en relación con el capítulo siguiente, pasa más o menos lo siguiente:

El concepto angloamericano de desconsideración es una categoría que al menos en la concepción que aparece en el MPC (1962) está conceptualizada sobre la estimación de la concurrencia de un riesgo altamente probable de producción del resultado, sin referencias a un momento volitivo. Al menos no en principio. Esto ha decantado en la eliminación de la imprudencia consciente como categoría subjetiva y su reemplazo por una única forma de imprudencia o negligencia que se corresponde con la forma inconsciente del Derecho continental. En el fondo, en el ámbito angloamericano se produce la citada expansión o fusión de una categoría límite de la imputación ordinaria (dolo eventual o *recklessness*) en desmedro de la imprudencia que queda relegada solo a la forma inconsciente. Así, la imprudencia consciente en el quebrantamiento puramente objetivo del deber personal de advertencia de riesgos evidentes que una persona racional y prudente podría advertir. Este último baremo no existe en nuestro ámbito. Mientras una desconsideración evidente del riesgo fundada en la capacidad personal de advertencia, conlleva a modo de una indiferencia la imputación a título de *recklessness*, la imprudencia consiste en la inadvertencia de riesgos evidentes.

En efecto, una tesis puramente cognoscitiva que toma como fundamento exclusivo del dolo eventual la probabilidad del riesgo, tiene como consecuencia expandir esta categoría en la praxis hasta suprimir,

de bienes jurídicos, entonces, el hecho es atribuible en principio a una imprudencia consciente. Esta es la razón por la cual el Comentario en conjunto con Mir Puig sostiene esta teoría, aunque no pueda decirse que este último autor sea defensor de la misma, como se desprende de la lectura de su Manual. Corcoy, «Concepto dogmático», p. 107. *Cfr. Estimado que para afirmar el dolo es suficiente con un conocimiento de una alta probabilidad.* Corcoy Bidasolo, Mirentxu; Mir Puig, Santiago, *Comentarios al Código Penal*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 53-55.

casi por completo, a la imprudencia consciente⁴⁰⁴. Y, en este sentido, las modernas teorías volitivas más que pretender ofrecer una definición general de dolo, lo que ofrecen son criterios o medios a través de los cuales este puede probarse y diferenciarse de la imprudencia. El actuar con conocimiento del riesgo o del peligro no necesariamente implica en todos los casos «tomar en cuenta», «confiar con», o bien, «una decisión contra el bien jurídico», aunque en la generalidad de los casos pueda concurrir, no es suficiente que el autor se represente el peligro sino que debe decidirse a actuar a pesar de sus constatación⁴⁰⁵.

2. La teoría ecléctica o mixta de la naturaleza del dolo eventual

En relación con el dolo eventual predomina en la doctrina española una posición ecléctica que exige un primer nivel imputación entendido como conocimiento del aspecto objetivo del tipo, expresado en la valoración de una peligrosidad concreta típicamente relevante, lo que es la base de la teoría de la representación⁴⁰⁶. Pero, en un segundo nivel valorativo, requiere además que pueda hablarse de un «verdadero querer» que recaer sobre la *aceptación de la conducta capaz de producir el resultado lesivo*. Ahora bien, respecto del primer nivel de imputación subjetiva, no se trata de una cuantificación de la probabilidad el riesgo (en términos objetivos), sino que, por el contrario de una atribución de responsabilidad personal que se erige sobre la base de la posibilidad de advertencia que tenía el sujeto en el caso concreto. Así, la imprudencia

⁴⁰⁴ «Una teoría estricta de la probabilidad conduce a una confusión entre dolo eventual y culpa consciente». Por esta razón, «debe acogerse una tesis que incluya un momento volitivo en el dolo eventual». Gómez-Benítez, José Manuel, *Teoría jurídica del delito*, p. 211. *Cfr.* Roxin, *DPPG*, t. I, p. 447.

⁴⁰⁵ Gómez-Benítez, José Manuel, «El concepto de dolo en la moderna dogmática penal», *Nuevas posiciones de la dogmática jurídica penal*, CGPJ, VII (2006), p. 27.

⁴⁰⁶ Mir Puig, *DPPG*¹⁰, p. 275. También asume esta postura ecléctica del dolo, Quintero en la medida que afirma que «el dolo supone la conciencia y asunción de la potencia lesiva de la acción que se realiza». Quintero, *PGDP*⁴, p. 353. «Representándose el resultado como de probable producción y, aunque no quiere producirlo, sigue actuando, admitiendo su eventual realización. El sujeto no quiere el resultado pero “cuenta con él”, “admite su producción”, “acepta el riesgo”, etc.». Muñoz Conde/García Arán, *DPPG*⁹, p. 287.

consciente está dada por la posibilidad de un peligro estadístico unido a la creencia de que no se realizará en el resultado⁴⁰⁷.

El segundo aspecto de esta tesis coincide que la posición de un sector de la doctrina española que postula que el dolo es una agresión, una decisión consciente contra el bien jurídico, diferenciable de la imprudencia porque esta es solo una falta o una infracción al deber de cuidado, donde puede no haber siquiera previsibilidad de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico⁴⁰⁸.

La virtualidad de esta posición está en la circunstancia que pone de manifiesto que el dolo tiene un componente inicial de voluntad, pero que no es suficiente por sí solo, ni puede estar fundado en criterios de naturaleza psicológica, en la medida que precisa de una elaboración normativa⁴⁰⁹. Con todo, se trataría, al menos en los que respecta al dolo directo de una voluntad diferenciable de la necesaria para la concurrencia de la acción (voluntariedad); es la voluntad precisa exigida por el tipo penal concreto: es la voluntad que abarca el injusto típico⁴¹⁰.

3. Recepción de la teoría de la decisión contra el bien jurídico

Conforme explica Díaz Pita la decisión es el elemento central o núcleo de todas las formas de dolo. De esta forma, el criterio de distinción entre la imprudencia consciente y el dolo eventual, estaría dado por la circunstancia que en el primero el autor realiza una serie de comportamientos que cualitativamente pueden distinguirse de la mera representación del riesgo e interpretarse como una decisión contra el bien jurídico⁴¹¹.

⁴⁰⁷ Mir Puig, *DPPG*¹⁰, pp. 275-276.

⁴⁰⁸ Así, Muñoz Conde/García Arán, *DPPG*⁹, p. 285.

⁴⁰⁹ Aunque no es un exponente de esta tesis doctrinal, hay cierta coincidencia en que el conocimiento y la voluntad son conceptos jurídicos no psicológicos ni psiquiátricos, de que se trata de términos normativizados. Así, Quintero, *PGDP*⁴, p. 353.

⁴¹⁰ Así, Luzón Peña, «Dolo», 1112.

⁴¹¹ Díaz Pita, *dolo eventual*, p. 46. Un sector de la doctrina realiza una mezcla entre esta teoría y la de la posibilidad, al indicar que el dolo eventual es una decisión contra el bien

La decisión supone la adopción consciente de un comportamiento (conocimiento de la tipicidad objetiva), que se aparta de «lo prescrito en las normas de comportamiento típicamente relevante, o sea, una decisión que el sujeto toma de espaldas al ordenamiento jurídico»⁴¹².

La decisión se expresa, entonces, en una conducta que puede ser entendida como la consciente realización de un evento en contra de los bienes o valores protegidos por una amenaza penal. Esa decisión se daría siempre que el sujeto en vez de abstenerse de continuar su acción, sigue adelante⁴¹³. En esta perspectiva que rescata la noción de injusto personal, el dolo como decisión contra los bienes jurídicos explica de mejor forma la intensidad de la pena de las conductas dolosas, porque participa de un modo más intenso que en la imprudencia del citado injusto⁴¹⁴.

En esta tesis, el dolo es un fenómeno interno que es interpretable a través de la materialización del suceso⁴¹⁵.

Este tesis introduce un nivel diferenciado del conocimiento (entendido como representación de los elementos del tipo) y del elemento volitivo (decisión contra el bien jurídico). El citado nivel o criterio intermedio estaría dado por la peligrosidad de la acción en relación con el bien jurídico⁴¹⁶. De este modo, el dolo eventual se plantea como una decisión personal del sujeto en contra de un injusto típico y se diferencia de la imprudencia en que cualitativamente supone un riesgo de lesión significativamente más elevado para el bien jurídico, lo que al mismo tiempo, permite fundamentar la diferencia de penalidad del injusto doloso en comparación con el imprudente.

jurídico donde el sujeto se conforma con la posibilidad del resultado. Zugaldía, *FDPPG*⁴, p. 275.

⁴¹² Díaz Pita, *dolo eventual*, p. 124.

⁴¹³ Díaz Pita, *dolo eventual*, p. 186.

⁴¹⁴ Díaz Pita, *dolo eventual*, p. 193.

⁴¹⁵ Díaz Pita, *dolo eventual*, p. 195.

⁴¹⁶ Díaz Pita, *dolo eventual*, p. 197.

4. La desconsideración

En el Derecho español no es posible aceptar una categoría intermedia como la *recklessness* o desconsideración, ya que solo se reconocen dos formas de imputación subjetiva. El dolo eventual cumple en el sistema español una función diferente, en la medida que sirve de criterio de distinción en relación con la imprudencia consciente, mientras que la desconsideración o *recklessness* es una categoría que abarca esta última forma de imputación y relega en el Derecho angloamericano a la imprudencia solo a la modalidad consciente.

Pese a que esta es una observación que impide, como consecuencia del contenido de la categoría en el Derecho comparado, su asimilación en el Derecho español, un importante sector de la doctrina sostiene el dolo eventual como desconsideración (*recklessness*) entendida como una decisión en contra del bien jurídico y a favor de la realización de una conducta que implica objetivamente un elevado riesgo de producción de resultados lesivos⁴¹⁷. Así, se trata de una desconsideración bastante desnaturalizada, dado que en su origen en una modalidad objetiva, que se fundamenta en el peligro objetivo que acompaña a la acción.

De ahí que la pretendida recepción de la *recklessness* anglosajona, por un sector de la doctrina española no pueda ser estimada, porque la idea de la *desconsideración* que se defiende, no coincide prácticamente en nada el contenido conceptual original. Lo anterior, se debe a que la tesis de la desconsideración defendida por Muñoz Conde y García Arán⁴¹⁸ afirma que la indiferencia es un elemento que permite distinguir el dolo eventual de la imprudencia consciente, mientras que en el Derecho angloamericano la *recklessness* elimina, precisamente, la imprudencia consciente como categoría de imputación. Al mismo tiempo, este sector afirma que el dolo eventual es la representación de la posibilidad del resultado y la aceptación de su ocurrencia, expresada en la alternativa que esa aceptación consista en una la indiferencia del autor o una

⁴¹⁷ Muñoz Conde/García Arán, *DPPG*⁹, p. 290.

⁴¹⁸ Muñoz Conde/García Arán, *DPPG*⁹, p. 290.

desconsideración hacia el bien jurídico⁴¹⁹. Esto último, no es más que una reelaboración de la tesis de la decisión contra el bien jurídico comprendiendo, tal como lo hace un sector de la doctrina alemana, los supuestos de indiferencia y, también, la aceptación del resultado, lo que traduce este punto de vista en una teoría ecléctica⁴²⁰.

Pese a la objeción apuntada, algo se puede decir a favor de esta idea.

De conformidad a lo que aquí se sostiene, el dolo en el lenguaje ordinario significa también indiferencia frente a reglas de conducta, en el sentido de un juicio valorativo condicionado en su validez por la concurrencia de otros presupuestos, el dolo supone algo más que la inadvertencia sobre un peligro evidente, implica una disposición hacia las personas, las cosas o un suceso determinado, significa un desinterés por el otro y/o por el Derecho. Así, le atribuimos indiferencia no sólo a quien se decide derechamente contra las normas, como ocurre con quien mata con dolo directo, sino también a quien conociendo las normas no tiene voluntad de cumplirlas, o bien, a quien advirtiendo un peligro evidente y real, desde el punto de vista de un observación imparcial situado ex ante, realiza una conducta que supera el riesgo de lo permitido sin importar las consecuencia de su acción. En resumen, el dolo es también en el lenguaje ordinario el realizar una acción indiferente que se expresa en una conducta que advertida es objetivamente una indiferencia expresada en la desconsideración o en el descontrol frente a peligros o riesgos

⁴¹⁹ En el fondo, tal como explica Roxin la teoría de la indiferencia se presenta muchas veces como una variante cercana de la teoría de la aprobación. Roxin, *DPPG*, t. I, p. 432.

⁴²⁰ También se ha pretendido una reconstrucción de esta teoría al modo de un desprecio (referencia al ánimo o actitud interna del autor), para ello, se apoya en expresiones legales de los tipos penales de conducción temeraria y de los delitos contra el honor, los que contemplan la expresión «desprecio» y «temerario desprecio hacia la verdad», lo que no queda clara aquí, sin embargo, es la forma en que esta posición establece un límite entre el criterio objetivo ligado al riesgo o el conocimiento (según sea el caso), en términos por ejemplo de imputación objetiva y de tentativa. Para ello, parece recurrir la teoría a una forma de ánimo, en la medida que funda la reprochabilidad subjetiva en la importancia de la interpretación de una actitud emotiva del autor. San-Díez, Marina de Ulzurrun Llunch, *Dolo e imprudencia en el Código Penal español: análisis legal y jurisprudencial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 455-538.

evidentes⁴²¹, sobre la base de la probabilidad objetivamente considerada. De esta forma, se evita también el considerar como dolosas actuaciones en las que se existe una representación de un riesgo escaso y se actúa, conforme a la teoría del consentimiento, aceptando ese peligro. El riesgo que aquí se exige es el que cualquier sujeto ordinario, con los conocimientos del autor, podría haber advertido, debe ser evidente y no solamente probable.

El conocimiento necesario al dolo es aquel que equivale a la realización consciente de una acción que es adecuada para la producción del resultado. De ahí que la indiferencia necesaria al dolo supone que el sujeto no actuó en error sobre el peligro inherente a la acción, esto es, con una errada representación sobre la idoneidad de la misma para producir el resultado típico. Si se trata de un peligro que objetivamente considerado es irrelevante, no solo no hay dolo, ni siquiera, conforme a la teoría de la imputación objetiva puede estimarse la presencia de una tentativa inidónea.

Se suele criticar a esta teoría el estar cimentada en al idea de un sentimiento, es decir, hay indiferencia frente al resultado si puede probarse que el sujeto ha sido indiferente, en términos de un estado del ánimo, consistente en que no le importan los bienes jurídicos ajenos. Así, incluso no habría dolo si es que al sujeto más que resultarle indiferente el resultado, le disgusta su producción. Esta crítica debe ser complementada con criterios normativos, en la medida que no se trata de postular la indiferencia como como criterio único, ni referida a un sentimiento o un estado de ánimo del sujeto frente a las normas o al resultado, sino que aceptar que un actuar con indiferencia frente a la representación de un resultado que implica un riesgo o peligro altamente probable de su producción puede significar un acto adscribible a título de dolo.

En el fondo, tiene dos criterios correctivos: el primero, está dado por el concepto jurídico-normativo de riesgo o peligro, que permite vincular la imputación subjetiva con la objetiva; y, el segundo, es que la indiferencia está dada por la valoración del significado de la acción puesta en relación con las reglas de comportamiento en sede de tercera

⁴²¹ El dolo también significa peligro, Luzón, Peña, «dolo», p. 1111. Mir Puig, *DPPG*¹⁰, p. 275. Al respecto, también, Luz Peña, Diego Manuel, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 2ª. ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 245 y ss.

persona. Es decir, es indiferente aquella conducta o acción que supone más que una mera inadvertencia de un riesgo evidente, sino que implica (para nosotros) que el sujeto a tomado una decisión de actuar con una representación de peligro altamente probable, es decir, con desconsideración frente a los resultados que en el curso normal de los acontecimientos supone el asumir un riesgo determinado⁴²².

5. Tesis de la «decisión» consciente contra las normas

En un célebre trabajo Feijóo⁴²³ intenta una reconstrucción del concepto de dolo, asumiendo un punto de partida estrictamente dogmático-normativo. Para ello, declara como premisa la irrenunciabilidad del elemento volitivo, en especial, porque permite fundamentar, tal como aquí se ha indicado, una relación entre una conducta y las normas jurídicas y, en especial, en la justificación de una mayor intensidad de la respuesta penal. Sin embargo, después de negar la voluntad como elemento del dolo, afirma su rechazo a las teorías del consentimiento, porque estima que es objetable hacer depender la imputación de una actitud personal que «no es más que una consecuencia

⁴²² En relación con los elementos normativos esta idea de indiferencia podría otorgar algunos criterios de solución para casos en lo que se discute la posibilidad de apreciar un error. En los tipos penales que contemplan elementos normativos la indiferencia frente a los mismos quedaría demostrada por la adscripción de la realización de una acción que supone la ejecución consciente pero irreflexiva sobre su existencia, no se pide que el sujeto tenga, por ejemplo, una correcta representación sobre la edad de la víctima en los delitos sexuales, ni un conocimiento exacto sobre el alcance del documento que suscribe como funcionario público, se precisa un actuar indiferente irreflexivo frente a una valoración que es exigible a cualquier sujeto ordinario en la posición del autor, esto es, un actuar irreflexivo frente a la consciencia de que se es funcionario público, un actuar irreflexivo frente a la consciencia de que se realiza una acción sexual donde el consentimiento puede estar ausente o ser inválido. Aunque no es un defensor de la teoría de la indiferencia, la idea de «consciencia irreflexiva», en relación con las formas del conocimiento potencial, la he tomado de Platzgummer, *Die Bewußtseinsform des Vorsatzes. Eine strafrechtsdogmatische Untersuchung auf psychologischer Grundlage*, Springer-Verlag, Wien, 1964, pp. 55-63.

⁴²³ Feijóo Sánchez, Bernardo, «la distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. sobre la normativización del dolo», CPC, 65 (1998), p. 271.

de una visión psicologicista de la imputación que da lugar a resultados arbitrarios»⁴²⁴.

Por estas consideraciones, el elemento intelectual (relegado a la valoración del riesgo) supone únicamente una decisión que se agota solo en la acción u omisión, que a lo más podría tener alguna importancia para la prueba de la existencia del dolo⁴²⁵.

Alguna razón tiene Feijóo en la utilización del concepto de significado, al indicar que para poder imputarle a alguien una conducta en el plano subjetivo debe conocer la acción que realiza, es decir, el autor ha de conocer que su conducta tiene en el contexto social el significado de «matar, lesionar o dañar». Pero, después sostiene que el dolo no depende de que el autor quiera el resultado, o lo persiga⁴²⁶. Y, al mismo tiempo, que el solo conocimiento no puede fundar la imputación a título de dolo. Así afirma que «el fundamento del desvalor se encuentra en la decisión de realizar algo o de omitir una conducta a pesar de lo que conoce»⁴²⁷. En este punto, se acerca a la tesis de Díaz Pita. Pero, después la extiende al afirmar que actúa con dolo el que contraviene el deber general de evitación de hechos típicos⁴²⁸.

A partir de estas consideraciones, sostiene que el fundamento del dolo está en una «decisión contra el bien jurídico-penal en la forma típicamente protegida por la norma penal». Y, en este punto, coincido en que esa decisión contraria a las normas que protegen bienes jurídicos lo que justifica la mayor intensidad del reproche penal. La diferencia está en que Feijóo estima que el elemento volitivo se diluye en la representación, mientras este trabajo considera que la dicotomía no es entre la existencia o inexistencia de la voluntad, sino que en los criterios de valoración y la perspectiva que se asuma para adscribir a una persona la realización de actos intencionales (dolosos)⁴²⁹.

⁴²⁴ Feijóo «la distinción», p. 291.

⁴²⁵ Feijóo «la distinción», p. 293.

⁴²⁶ Feijóo «la distinción», p. 301.

⁴²⁷ Feijóo «la distinción», p. 302.

⁴²⁸ Feijóo «la distinción», p. 304.

⁴²⁹ El mismo Feijóo estima que «los criterios que hacen referencia a si el autor se tomó en serio el riesgo o confió en la ausencia del resultado son criterios normativos u objetivos cuya

Otras objeciones están condicionadas por el sesgo metodológico que se asuma. Una de estas es que pese a nombrar la decisión como elemento del dolo, Feijóo no le asigna ninguna función porque seguidamente niega la utilidad de lo volitivo dentro del dolo, entendiendo que la decisión se refiere a la acción. Díaz Pita⁴³⁰ indicó en su oportunidad que esta tesis caía en la contradicción de no explicar cuáles eran las consecuencias que supone el asumir un concepto de acción con tal grado de subjetividad que después no se refleja en este aspecto de la imputación penal. Otra posible crítica a esta tesis es que incurre en algunas contradicciones: la más importante es este autor sostiene que el dolo y la imprudencia son conceptos normativos donde la psicología y la ontología (lo que incluye el lenguaje) no tienen nada que decir⁴³¹. Hasta ahí no hay contradicción. Esta ocurre en un trabajo posterior donde afirma que la distinción entre representación (conocer) y el reflexionar sobre esa representación son conceptos que la moderna dogmática alemana asume desde la psicología y la filosofía del lenguaje⁴³². Parece ser que se refiere a la distinción entre significado y referencia, entre subjetividad e intersubjetividad y el problema de la referencialidad, al que se ha hecho mención al principio del trabajo.

delimitación depende de la información sobre la situación concreta de la que dispusiera el autor». Feijóo «la distinción», p. 307.

⁴³⁰ Díaz Pita, M^a. del Mar, «La presunta inexistencia del elemento volitivo y su imposibilidad de normativización», *RP* 17 (2006) pp. 62 y ss.

⁴³¹ Feijóo «la distinción», p. 271.

⁴³² Feijóo Sánchez, Bernardo, dolo eventual, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, p. 113.

VI. Teorías del conocimiento

La teoría de la posibilidad y probabilidad, denominadas comúnmente ambas en España como como teorías de la representación sostienen que el dolo eventual es solo un conocimiento de los elementos del tipo objetivo que se expresa en un elevado riesgo de realización del resultado, riesgo que de alguna forma es posible entender como advertido por el autor. En consecuencia, existirá dolo eventual si puede afirmarse la existencia de un riesgo o peligro manifiesto de concreción del resultado y, únicamente, habrá imprudencia consciente si la posibilidad del resultado advertida por el autor era lejana considerando la intensidad en que se manifiesta el riesgo o peligro.

La tesis cuenta con una amplia aceptación jurisprudencial.

En este ámbito, se ha extendido la idea del dolo como una exclusiva relación de conocimiento/desconocimiento del riesgo jurídicamente desaprobado que implica la realización de una acción típica⁴³³.

Es más, en sede jurisprudencial existe un relativo consenso sobre el aspecto subjetivo de la imputación penal, el cual se construye sobre una sola forma de dolo, pero al mismo tiempo ese consenso incurre en algunas contradicciones que se evidencia desde el momento en que el Tribunal Supremo, seguidamente de declarar que el dolo es solo conocimiento del riesgo, acepta expresamente la existencia de la dicotomía entre dolo directo, indirecto y eventual, conforme se lee en Acuerdo no Jurisdiccional de 20.01.2015, sobre la concurrencia de pluralidad de pluralidad de resultados en los ataques contra la vida de varias personas⁴³⁴.

⁴³³ Sobre el dolo como conocimiento del riesgo, entre otros, Bacigalupo, Enrique, «Problemas actuales del dolo», *LH Rodríguez Mourullo*, p. 76 y ss. Con algunos matices, Ragués i Vallès, *El dolo*, pp. 175 y ss. Laurenzo, *dolo*, p. 248. Especialmente crítico de esta tesis, Romeo Casabona, Carlos, «Sobre la estructura monista del dolo. Una revisión crítica», *LH Rodríguez Mourullo*, pp. 931 y ss.

⁴³⁴ «Los ataques contra la vida de varias personas, ejecutados *con dolo directo o eventual*, se haya o no producido el resultado, realizados a partir de una única acción, han de ser tratados a efectos de penalidad conforme a las reglas previstas para el concurso real (arts.

Ahora bien, frente a la ausencia de una regulación legal del dolo, la situación es similar al StGB. Por esta razón, siguiendo a la doctrina alemana, los partidarios de estas teorías afirman que el contenido conceptual del dolo como su límite se extrae de la regulación del error de tipo contenida en el art. 14 del CP⁴³⁵. Entonces, para esta posición el conocimiento del dolo recae en la generalidad de los tipos penales, sobre los *hechos constitutivos de la infracción penal* y, en los que exigen un conocimiento específico abarca el hecho *que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante*.

La referida doctrina jurisprudencial puede resumirse del modo que sigue: «el dolo requiere el conocimiento de los elementos del tipo objetivo; el tipo objetivo requiere una acción que supere el peligro permitido; luego el que sabe que genera un peligro concreto no permitido obra con dolo, pues conoce los elementos del tipo objetivo»⁴³⁶.

Las sentencias recaídas en el caso Bultó y el caso de la Colza centraron el debate jurisprudencial del dolo en el conocimiento, teniendo como objetivo central el desligarse del elemento volitivo como criterio diferenciador o límite con la imprudencia⁴³⁷.

1. La teoría pura del conocimiento

Esta tesis, sostenida por Laurenzo se construye sobre la base del reconocimiento a la crítica que aquí se viene sosteniendo, en relación con estos puntos de vista, esto es, la circunstancia que una teoría del dolo en exceso objetivista, en cuanto parte exclusivamente desde el conocimiento negando todo valor al aspecto subjetivo puede ser incompatible con la

73 y 76 del CP), salvo la existencia de regla penológica especial (v. gr. 382 del CP)». Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 20.01.2015.

⁴³⁵ En extenso sobre la regulación en el texto del CP de 1995 y sus alcances en relación con la reforma de 1983. Mir Puig, «artículo 14», Cobo del Rosal, *Comentarios al Código Penal*, t. I., Edersa, Madrid, pp. 657-678.

⁴³⁶ Bacigalupo, «El concepto de dolo», p. 146.

⁴³⁷ Ampliamente, Bacigalupo, «El concepto de dolo», p.144 ss. Sobre los antecedentes, Gimbernat, *Introducción*, p. 45.

existencia de la culpa consciente⁴³⁸. Esto porque según se ha indicado aquí, resulta muy complejo seguir sosteniendo esta última categoría sin referencia alguna al elemento volitivo, en particular, porque la consideración exclusiva del riesgo en la acción, unida a la representación ex ante de la potencialidad del peligro para desencadenar un resultado o curso causal lesivo, constituyen los elementos básicos de la imprudencia consciente.

Ahora bien, después de reconocer esta crítica a las teorías del conocimiento, se afirma que es posible reconstruir la citada relación sobre la consideración que todas las formas de error de tipo son equivalentes a una imprudencia⁴³⁹. De ahí, entonces, que el conocimiento exigido para el dolo parte de la consideración que la conducta lleva implícita un peligro directo de realización del tipo; el dolo sería la consciencia de un peligro concreto y directo de lesión⁴⁴⁰. Sin embargo, no en todos los casos en que concurre el conocimiento del peligro son supuestos de delitos dolosos, porque para esta tesis hay casos en los que una ponderación racional de las circunstancias puede conllevar la valoración de la posibilidad de la conclusión contraria, esto es, que hubo un error de representación sobre el peligro, error que equivale a un actuar sin conocimiento del riesgo, más bien con un error de tipo sobre la entidad, capacidad o magnitud del riesgo -objetivamente considerado- para poder desencadenar un peligro relevante en relación con el resultado⁴⁴¹.

Pese al esfuerzo, la tesis vuelve al inicio, al concluir que en realidad no tiene mucho sentido seguir distinguiendo la culpa consciente de la inconsciente, en la medida que la imprudencia es una forma de error siempre se excluiría el dolo por la equivocada representación de la concurrencia de los elementos objetivos del tipo y, en concreto, sobre la potencialidad o el riesgo que conlleva la realización de la acción⁴⁴².

⁴³⁸ Laurenzo, *dolo*, p. 287.

⁴³⁹ Laurenzo, *dolo*, p. 288.

⁴⁴⁰ Laurenzo, *dolo*, p. 289.

⁴⁴¹ Laurenzo, *dolo*, p. 291.

⁴⁴² Laurenzo, *dolo*, pp. 290-293.

Esta tesis coincide con la posición de Kindhäuser quien defiende la tesis que las teorías del peligro o riesgo pueden ser una alternativa para el desarrollo de las teorías de la posibilidad⁴⁴³.

La tesis ha sido desarrollada posteriormente por Corcoy, quien entiende que el contenido del dolo depende de la conceptualización previa de la imprudencia. Así, lo importante en elemento cognoscitivo que es propio a ambas categorías de imputación, es el conocimiento que tiene el sujeto sobre el riesgo que conlleva la realización de una conducta. Este conocimiento puede estar vinculado a la idoneidad de los medios, a su potencialidad en relación con el resultado. Así el dolo recae sobre la concreta posibilidad de que el resultado se realice, si se actúa con un la duda sobre la posibilidad de que el riesgo se realice en la lesión de bienes jurídicos, entonces, el hecho es atribuible en principio a una imprudencia consciente⁴⁴⁴.

En efecto, en la literatura se suele hacer referencia al denominado dolo de peligro como categoría propia de los delitos que requieren en su parte objetiva de la realización de un riesgo sin exigencia de resultado material. Un sector de la doctrina española sostiene derechamente que se trata de un eufemismo con la finalidad de crear una categoría intermedia entre el dolo y la imprudencia, a fin de sancionar como dolo conductas que son, a lo sumo, constitutivas de imprudencia consciente⁴⁴⁵. Estos delitos son criticados, desde un punto de vista político-criminal, por constituir un anticipo de punibilidad, en la medida que son creados para salvar el obstáculo técnico que supone la imposibilidad de sancionar tentativas imprudentes, donde lo único apreciable es el peligro objetivo para el bien jurídico en contraste con una dirección de voluntad difícilmente acreditable. Y, en este orden de argumentaciones Quintero Olivares sostiene con razón que «hablar entonces de un «dolo de peligro» es un tanto ficticio, y a poco que se medite sobre la cuestión se llega a la conclusión de que es un concepto-límite, que sirve para dar nombre a un espacio situado entre el dolo y la culpa. Pero es evidente que de no ser del todo consecuentes con el nombre de “dolo” sería difícil diferenciar el

⁴⁴³ Kindhäuser, *AT*⁷, § 14, nm. 18-19, p. 133.

⁴⁴⁴ Corcoy, «Concepto dogmático», p. 107.

⁴⁴⁵ Quintero, *PGDP*⁴, p. 368.

delito de peligro de la tentativa del delito doloso contra el bien tutelado»⁴⁴⁶.

2. Teoría de la negación consciente de normas penales

Según Ragués la imputación de comportamientos dolosos no puede depender de la prueba de actitudes o datos de contenido psicológico, porque la intencionalidad de los comportamientos, el aspecto interno es un dato no averiguable, solo podemos conocer o reconstruir la acción de conformidad a la prueba de las características externas de la misma, aquello que resulta ser perceptible, entonces, solo puede haber dolo en la adscripción de conductas valoradas socialmente como la *negación de normas penales concretas*⁴⁴⁷.

Así, puede hablarse de una conducta dolosa «cuando un sujeto actúa pese a atribuir a su conducta la capacidad de realizar un tipo penal»⁴⁴⁸.

La crítica es que este punto de vista, pese a todo el esfuerzo sigue entendiendo que es posible plantear la dicotomía entre lo interno y lo externo, al mismo tiempo que recurriría a una adscripción de la intencionalidad fundamentada en la exteriorización de la misma. En el fondo sería una valoración de ese contenido psicológico⁴⁴⁹.

La objeción es un tanto extrema, en la medida que no se puede negar que algunas formas de intencionalidad como datos psicológicos son comprobables empíricamente, incluso, a través de la simple observación o reconstitución de un evento. Lleva razón Ragués cuando afirma que en el fondo el juez lo que realiza es un proceso de adscripción o imputación de una conducta que puede ser comprendida socialmente como la negación de normas penales, en un nivel de intensidad particularmente cualitativo y merecedor de sanción a título de dolo. Pese a ello, la diferencia con nuestro trabajo está en la circunstancia que aquí no se niega que la voluntad puede seguir siendo un criterio diferenciador y fundamentador del mayor reproche que implica la realización de acciones

⁴⁴⁶ Quintero, *PGDP*⁴, p. 368.

⁴⁴⁷ Ragués i Vallès, *dolo*, p. 324.

⁴⁴⁸ Ragués i Vallès, *dolo*, p. 175.

⁴⁴⁹ Porciúncula, *Lo «objetivo» y lo «subjetivo»*, p. 306.

dolosas, en comparación con las imprudentes. Con todo, tal como se observará en los capítulos que siguen, esa voluntariedad no es entendida aquí como un fenómeno psicológico, sino que como una cuestión de significado a través del lenguaje, donde el concepto de adscripción de acciones que tienen el significado de quebrantamiento particularmente intenso de normas penales, supone el punto de partida que se propone para establecer criterios objetivos para la prueba del dolo. En el fondo, la diferencia está en que Ragués parte de un criterio sociológico y no desde el lenguaje. Ello, porque entiende que es la perspectiva social la que permite comprender la conducta como un mensaje que niega la vigencia de las normas, con ello, la pena cumple en su perspectiva puramente preventivo general positiva la función de restablecimiento de esa vigencia⁴⁵⁰. Para él, dada la ausencia de perspectiva del lenguaje, la imputación es un hecho social y no un acontecimiento fundado en la valoración de la experiencia personal del sujeto a quien se le atribuye el quebrantamiento de normas⁴⁵¹.

Además de las críticas indicadas, puede decirse siguiendo a Molina que estas teorías incurren en un error expresado en la ilusión de decir que existe «un momento mágico» en el que el sujeto penetra «el terreno del dolo típico porque conozca el peligro concreto de su acción»⁴⁵². Este autor, lleva razón al indicar que no es posible establecer un criterio diferenciador preciso entre el dolo y la imprudencia, si se parte de la consideración que se trata de categorías graduables o desde categorías escalonadas, el resultado debería ser diferente⁴⁵³. Pero, también en relación con el dolo directo alguna razón tienen las posturas que plantean la posibilidad de establecer un límite cualitativo en relación con la intensidad del riesgo o del peligro. En relación con el dolo directo entiende que pese a la existencia de un elevado nivel de voluntad resultaría inadmisibles considerar como susceptible de pena la acción solo por la consideración del querer, a menos que ese querer esté acompañado

⁴⁵⁰ Ragués i Vallès, *dolo*, p. 323.

⁴⁵¹ Ragués i Vallès, *dolo*, pp. 357, 358 y ss.

⁴⁵² Molina Fernández, Fernando, «La cuadratura del dolo: problemas irresolubles, sorites y el Derecho Penal », LH Rodríguez Mourullo, p. 736.

⁴⁵³ Molina, «La cuadratura», p. 733.

de una acción peligrosa⁴⁵⁴. Ello se debe a la circunstancia que solo pueden ser dolosas las acciones en cuanto pueden ser vistas como un compromiso personal de lesión de bienes jurídicos.

A nuestro juicio, que la intencionalidad no se pueda acreditar con un grado de certeza absoluta en el proceso penal, no quiere decir que no exista o que no se pueda inferir. Decir que no existe la intencionalidad de las acciones equivale a negar el postulado básico de un importante sector de la filosofía de la acción, en la medida que la intención racionaliza la acción con independencia de la valoración o interpretación sobre el significado que en sede de tercera persona pueda hacerse de un comportamiento.

Es evidente que al menos hay un importante cúmulo de acciones en las que de un modo objetivo puede atribuirse o adscribirse la realización de un evento intencional, con independencia de la prueba de la voluntad real, sino que sobre la base de la inferencia de aquello que resulta observable de acuerdo a la experiencia. En este sentido, el dolo está en la acción. Por ello, solo se puede imputar la realización de una conducta prohibida en conocimiento o en relación con reglas de comportamiento (que suponen una prohibición o un mandato de actuación), en ellas la voluntad se expresa en una intencionalidad que racionaliza la acción del autor otorgándole un contenido o significado doloso⁴⁵⁵.

El elemento volitivo del dolo, en especial, la denominada intención directa a la que se le une el conocimiento de los elementos del tipo penal, supone el nivel más intenso de «desvalor de acción» subjetiva y objetivamente considerados⁴⁵⁶. Si bien, el conocimiento necesario al dolo recae sobre la peligrosidad o sobre el riesgo valorado desde un punto de vista *ex ante*⁴⁵⁷, por sí solo no es suficiente para otorgar una distinción precisa con la imprudencia, a menos que se elimine o suprima, tal como ha ocurrido en el Derecho angloamericano, la modalidad consciente y se le deje relegada solo a la forma inconsciente.

⁴⁵⁴ Molina, «La cuadratura», p. 735.

⁴⁵⁵ En un sentido similar Mir Puig sostiene que «quien realiza un comportamiento humano (voluntario) conociendo los elementos que lo hacen típico, actúa ya, sin más, con la voluntad consciente que caracteriza al dolo». Mir Puig, *DPPG*¹⁰, p. 268

⁴⁵⁶ Así, Luzón Peña, «Dolo», p. 1111.

⁴⁵⁷ Similar, Cerezo Mir, *Curso DPPG*⁶, t. II, p. 131.

En este sentido, tiene razón Díaz Pita⁴⁵⁸ cuando indicaba que el elemento volitivo del dolo permite plantear una vinculación mucho más intensa, en términos cualitativos, entre la conducta y las normas, en la medida que la realización de actos intencionales supone una decisión contra las normas jurídicas, lo que incluye al bien o interés jurídico dotado de protección penal.

En relación con el concepto de riesgo o peligro, las teorías de la probabilidad –dice Álvarez García– fracasan en explicar de un modo coherente por qué no resultan ser dolosas las conductas que «superando el riesgo de lo permitido y creando un riesgo cierto de producción del resultado no alcanza las cotas necesarias para encajar en las exigencias, siempre inseguras por otra parte, de la alta probabilidad»⁴⁵⁹. A lo que habría que contestar que esto solo es predicable de las teorías puras del conocimiento, en la medida que podría afirmarse el dolo con una indiferencia frente a un riesgo que supera el límite de lo permitido para afirmar la tentativa, en términos de imputación objetiva y, en consecuencia, no se exige una alta probabilidad ni una consecuencia prácticamente segura del resultado, sino que una acción que personalmente pueda ser interpretada como un desprecio a los bienes jurídicos.

Alf Ross⁴⁶⁰ sostuvo que la voluntad como elemento del dolo es un vestigio del antiguo *dolus malus* que no tiene mayor sentido seguir exigiéndola. Esto porque salvo en los casos en los que aparece como una manifiesta es interpretable como una decisión contra las normas (como una forma de *dolus malus*), entonces, en los restantes supuestos el debería decidirse sobre la base de reglas de valoración de lo que socialmente o a través del lenguaje puede ser interpretado y, por ende, adscribirse a un sujeto como una expresión de una forma grave o especialmente intensa de quebrantamiento de normas de prohibición o mandato. Desde este punto de vista, las múltiples teorías debaten sobre los fundamentos del dolo sin tener demasiadas consecuencias prácticas⁴⁶¹. Esto, porque más que definiciones del dolo son expresiones utilizadas, a modo de

⁴⁵⁸ Díaz Pita, *dolo eventual*, p. 319.

⁴⁵⁹ Álvarez García, *Introducción*, p. 96.

⁴⁶⁰ Ross, *Über den Vorsatz*, p. 19 y ss.

⁴⁶¹ Stratenwerth, *DPPG*, p. 165.

formulaciones, para la acreditación mediante indicios del dolo, es decir, son reglas pragmáticas probatorias⁴⁶².

⁴⁶² En sentido similar, por ejemplo, Roxin, *DPPG*, p. 430.

VII. ¿Un regreso al *dolus malus*?

Sin necesariamente constituir un regreso a la doctrina causalista clásica⁴⁶³, esta tesis que cuenta con una creciente aceptación doctrinal y jurisprudencial, sostiene que existe dolo si «el sujeto conoce que están presentes los elementos objetivos del tipo y ausentes los presupuestos objetivos de las causales de justificación, y conoce además que su conducta está prohibida»⁴⁶⁴.

Entendido así, como dolo malo, comprende el conocimiento de la antijuridicidad y se ubican derechamente en la culpabilidad. En cuanto elemento intelectual, «supone representación o conocimiento del hecho que comprende el conocimiento de la significación antijurídica de la acción y el conocimiento del resultado de la acción»⁴⁶⁵.

Para este sector doctrinal, un concepto de dolo que abarque el conocimiento de la antijuridicidad podría solucionar las incongruencias que produciría a nivel de aplicación práctica, el seguir postulado un *dolo natural* que resulta incompatible con los denominados *elementos normativos del tipo penal*⁴⁶⁶. Así, sería una alternativa para los casos en que existe en el tipo una *remisión a otra norma de carácter extrapenal*, dado que se trataría de ámbitos en los que sería difícil diferenciar entre el conocimiento de los elementos del tipo y el conocimiento de la

⁴⁶³ En la medida que no supone contraponer, tal como se hacía en la doctrina clásica, el conocimiento del Derecho al conocimiento de los hechos, pero sí afirmar el dolo como una forma de culpabilidad. En este sentido, por ejemplo, Cobo/Vives, *DPPG*⁵, p. 619.

⁴⁶⁴ Molina, *Memento-PG*², § 2437. Cobo/Vives, *DPPG*⁵, p. 619.

⁴⁶⁵ Molina, *Memento-PG*², § 2437. Cobo/Vives, *DPPG*⁵, p. 620. Fakhouri, *delimitación*, pp. 453. Con matices, en la medida que afirma una *tesis dual*, dado que sostiene un dolo natural para delitos en los que solo se contemplan únicamente elementos descriptivos, donde el dolo exigiría un conocimiento de la significación del acto típico y, por el contrario, en los casos en que se confunden elementos normativos y descriptivos, se exigiría un conocimiento de la significación jurídica del acto, separada de la justificación personal de la conducta que no es otra cosa que la consciencia de la antijuridicidad. Quintero, *PGDP*⁴, pp. 356 y ss.

⁴⁶⁶ Esto en la medida que los tipos penales se nutren en la actualidad de una mayor cantidad de elementos normativos. Quintero, *PGDP*⁴, p. 357.

prohibición, teniendo como fundamento o eje el denominado conocimiento de la significación social del comportamiento⁴⁶⁷.

A nuestro juicio, este planteamiento parte de un fundamento sociológico de la acción y, en un segundo nivel, se vincula con la terminología propia de la filosofía analítica dado que hace referencia al denominado «hecho institucional» y a la teoría del *significado* en relación con un «hecho social», «de que la conducta que se lleva a cabo que *significa* «matar», «dañar» o «violar» no podría separarse del conocimiento de que tal conducta es contraria a la norma»⁴⁶⁸.

De este modo, la tesis pretende una asimilación de lo que no es más que un indicio de la antijuridicidad del comportamiento con la efectiva falta de conocimiento de la prohibición al momento de actuar, lo que resulta hasta cierto punto compatible con la idea de sentido, significado y referencia, propia de la filosofía del lenguaje en la que se fundamenta este trabajo⁴⁶⁹.

En efecto, de la lectura en sentido negativo de la regulación del error contenida en el art. 14.1, en cuanto espejo del dolo, podría resultar lo siguiente: el dolo consiste en la concurrencia al momento de realizar la acción de los elementos que pertenecen a la descripción objetiva de la conducta punible, lo que en sentido restringido es el conocimiento de los elementos del tipo. En ningún caso ese conocimiento está ligado o vinculado a la regulación abstracta en la ley (referencia) o al contenido de la formulación típica si se quiere, con todas sus referencias normativas incluidas, por cierto, las extrapenales. En consecuencia, se trata del conocimiento que tiene un sujeto ordinario sobre la realización de su comportamiento conforme a reglas (significado), con independencia de que se hallen o no descritas en cuanto normas penales. Si algún tipo de ámbito de comunicación puede usarse para fundamentar el comportamiento doloso, está dado por la realización de acciones que suponen la contravención de reglas de comportamiento que se hallan

⁴⁶⁷ Fakhouri, *delimitación*, pp. 453-454. Cobo/Vives, *DPPG*⁵, p. 621.

⁴⁶⁸ Fakhouri, *delimitación*, p. 454.

⁴⁶⁹ Sobre los elementos normativos del tipo y el objeto del dolo, Díaz y García Conlledo, Miguel, *El error sobre elementos normativos del tipo penal*, La Ley: Wolters Kluwer, Madrid, 2008, pp. 149 y ss. En relación con la tesis del *dolus malus* en la doctrina española, Fakhouri, *delimitación*, p. 454.

normativizadas (sentido) y con total independencia de si esas normas se encuentran o no conminadas con pena.

Se trata del conocimiento de la realización de una acción que contraviene, al menos potencialmente, una regla de comportamiento, que equivale al conocimiento efectivo y a la intención en sentido fuerte de querer contravenir una norma penal.

Así presentado en términos de valoración del significado de comportamientos, estimados como contravención de reglas por el lenguaje ordinario, resulta asimilable la concepción de un dolo subjetivamente malo, para los casos de tipos penales que contienen elementos normativos, en la medida que las personas en el lenguaje ordinario si bien desconocen el contenido de las normas penales, las interpretan como hechos socialmente desvalorados. Entendido de este modo, la idea de un dolo malo para estos casos, no resulta asimilable a un Derecho penal que pretende regular ámbitos morales mínimos para la convivencia social. Aunque, sin duda, alguien podría decir que esto ocurre con la prohibición de matar, donde derechamente puede plantearse que las personas actúan más que con dolo natural con malicia in se, en la medida que el sujeto conoce la desvaloración normativamente moral de su comportamiento, actuando con una deliberación consciente de que su conducta se encuentra prohibida por el Derecho.

De ahí que pueda afirmarse, aunque no en términos absolutos que quien realiza la acción de matar conoce los elementos del tipo y actúa con un dolo malo, en la medida que es poco verosímil plantear la posibilidad del desconocimiento de la antijuridicidad de regla social elemental de la convivencia humana⁴⁷⁰.

Aunque hay casos de errores de prohibición culturalmente condicionados donde, precisamente, el significado del lenguaje ordinario puesto en relación con la valoración social del comportamiento condiciona la interpretación del sentido de matar o violar⁴⁷¹. Esto sería,

⁴⁷⁰ Por ejemplo, Díaz y García Conlledo, *El error*, p. 382.

⁴⁷¹ Sin embargo, hay casos de error de prohibición culturalmente condicionado que condicionan la interpretación de esta clase de afirmación sobre la existencia de valores morales universales desde el lenguaje ordinario. Se trata del caso de sacrificios de menores en tribus indígenas con fines espirituales, o bien, las situaciones en las que se mata a la curandera

precisamente, dada la ausencia de referencias al lenguaje hasta sus últimas consecuencias, todo lo contrario a la base de la cual parten los que sostienen el *dolus malus*⁴⁷².

1. La tesis del dolo completo u objetivamente malo

Según un sector de la doctrina para estar en presencia de un dolo completo se requiere la *conciencia de la antijuridicidad*, distinguiendo tres niveles de dolo: el dolo típico (conocimiento y voluntad), el dolo típico en referencia a los presupuestos de una causa de justificación y el dolo completo, que supone la conciencia de la antijuridicidad, que equivale al *dolus malus* y que es presupuesto de la imputación personal de la antijuridicidad penal⁴⁷³. Esta posición doctrinal es seguida por el sector que junto con el autor referido se adhiere a la teoría de los elementos negativos del tipo penal, de modo que el dolo comprende la ausencia de causales de justificación. De este modo, la presencia del dolo habilita la imputación personal por la realización del aspecto objetivo de la prohibición o la contravención del mandato (en sentido, puramente positivo) y, por ende, abarca el actuar con conocimiento de la ausencia de una norma permisiva, en concreto, de un permiso fuerte que excluya la antijuridicidad del comportamiento, lo que se distingue del conocimiento de la prohibición en sí misma considerada. Así, esta tesis doctrinal que tiene por fundamento la teoría de los elementos negativos del tipo penal, estable con la ubicación del dolo en el tipo de injusto (tipicidad más antijuridicidad) una limitación al contenido del elemento volitivo del dolo dado que, desde el punto valorativo, la imputación objetiva trae como consecuencia que pese a la existencia de voluntad en la realización de una acción, si ella no supera el riesgo de lo permitido no será imputable al autor por ser completamente atípica⁴⁷⁴.

del pueblo porque está haciendo mal de ojo a una comunidad indígena, que no son vistos en ningún caso siquiera, como actos antijurídicos (en sentido moral).

⁴⁷² Fakhouri, *delimitación*, p. 454.

⁴⁷³ Mir Puig, *DPPG*⁹, p. 267. Luzón Peña, «Dolo», p. 1110 y 1126.

⁴⁷⁴ Luzón Peña, «Dolo», p. 1113.

a) **Excursus: el conocimiento de los elementos normativos**

En general, en los sistemas continentales no existe un criterio claro para tomar una decisión más o menos uniforme sobre cuáles son los elementos del tipo que son objeto del dolo y, por ende, del error de tipo. Esto a su vez, permitiría distinguir, por defecto, aquellos elementos que no son objeto del dolo. En general, se dice que la forma de diferenciar lo que importa al dolo de lo que no, es seguir una interpretación «teleológica» de la norma penal. La ausencia de normas expresas de interpretación acerca del ámbito del objeto del conocimiento que debe ser abarcado por el dolo, plantea problemas en casos en que la ley utiliza expresiones como «sin Derecho », «sin autorización», «sin permiso», en la medida que se trata de elementos normativos del tipo penal que, además, condicionan la antijuridicidad del comportamiento⁴⁷⁵.

Se trata de establecer cómo puede acreditarse en el proceso penal aquello que era conocido por el sujeto al momento de realizar la acción y, por ende, se trata de un juicio valorativo, donde se pone en relación la conducta, el evento y la norma, con la finalidad de determinar la posibilidad de adscribir un comportamiento a un sujeto concreto, en cuanto puede interpretarse o es expresión de sentido de la realización de una prohibición o mandato.

La prueba del dolo, comprende los elementos normativos del tipo. Este punto de particular importancia, dado que muchas veces el lenguaje ordinario no coincide con el técnico, lo que podría dificultar una correcta aplicación de las normas penales, en lo que al juicio de atribución de responsabilidad subjetiva tiene lugar y, por ende, precisa una valoración. Al respecto, un criterio inferencial atendible es el de Díaz y García Conlledo a quien le «parece adecuado plantearse la cuestión de si el sujeto, conociendo la prohibición general de la conducta (sabiendo que está prohibido hurtar) y el sentido o significado material auténtico de un elemento típico en abstracto (sabiendo qué es amenidad), tuvo en el

⁴⁷⁵ La ambigüedad de criterios es manifiesta, desde que se suele indicar que para dilucidar el contenido de los «auténticos elementos del tipo» se debe recurrir a reglas interpretativas sobre «el sentido o significado material auténtico. Díaz y García Conlledo, *El error*, pp. 388-389.

hecho los conocimientos suficientes para reconocer la prohibición concreta de su confuta (es decir si reconoció la concurrencia del presupuesto de prohibición) y debió inhibirse de su conducta (como habría hecho el hombre medio ideal desde el punto de vista del Derecho); si es así, es que no hubo error de tipo y, si se prueba que existió algún error sobre el elemento normativo, seguramente se trató de un error de subsunción (o bien hubo un error directamente sobre la prohibición)»⁴⁷⁶.

En relación con el art.14.1 no puede decirse que el legislador haya adoptado una opción metodológica clara en relación con los elementos normativos del tipo, en la medida que habla de «hechos» y dichos elementos no son en ningún caso «hechos», sin embargo, tal como explica Morales Prats no existe razón alguna para someter esta clase de error al tratamiento del error de prohibición, en la medida que el art. 14.1 se está refiriendo al error que recae sobre los elementos que «aprenden a la descripción típica del hecho, hipótesis en la que deberá subsumirse tanto el error sobre los elementos de hecho (fácticos) como sobre los elementos normativos, pertenecientes todos a la tipicidad»⁴⁷⁷.

El error sobre los presupuestos fácticos objetivos de una causal de justificación debería quedar enmarcado así, dentro de la tipicidad, lo que implica como puede deducirse un retorno a las teorías de los elementos negativos del tipo, así la acción en cuanto adscripción de un comportamiento contrario a normas de prohibición o mandato, solo constituye un injusto en la medida que concurre un comportamiento no solo objetiva sino que subjetivamente subsumible por dichas normas, y será un injusto completo, si se descarta la existencia o están ausentes los presupuestos fácticos objetivos de una causal de justificación⁴⁷⁸.

En el caso que el tipo contenga elementos normativos, se ha propuesto, por tratarse de normas que se encuentran fuera del tipo penal, el recurrir a diversas fórmulas para estimar o no la presencia de estos elementos, aunque la denominada valoración en la esfera de lo profano parece ser dominante⁴⁷⁹, también se ha recurrido a otras fórmulas, tales

⁴⁷⁶ Díaz y García Conlledo, *El error*, p. 390. En contra, Cerezo Mir, *Curso DPPG*⁶, t. II, p. 132.

⁴⁷⁷ Morales Prats, *ComCPe*⁶, t. I, p. 149.

⁴⁷⁸ Críticamente, Morales Prats, *ComCPe*⁶, t. I, p. 149.

⁴⁷⁹ Ampliamente, Mir Puig, *DPPG*¹⁰, p. 269.

como: el conocimiento en su sentido social o material. Según la fórmula del conocimiento en la profano, el conocimiento exigible es el del sentido común, no el que tiene o pueda tener quien dispone de cualidades especiales, o bien, el que pueda resultar de la consideración de la situación o valoración social que pueda darle el autor según la posición en que se encuentre, sin que tenga trascendencia que realice una exacta calificación jurídico-penal del comportamiento que realiza y, por ello, el error de subsunción (que recae sobre la calificación jurídica) no excluye el dolo⁴⁸⁰. Por ello, con razón se afirma que:

«el dolo para abarcar los elementos normativos de los tipos penales, no puede ser mero conocimiento de los hechos, sino que tiene que suponer conocimiento de significado, es decir, el sujeto ha de conocer no solo los presupuestos fácticos del elemento normativo, sino también el significados social del mismo, lo que conseguirá haciendo una valoración paralela en la esfera del profano o un enjuiciamiento paralelo en la conciencia del sujeto, paralelos a la valoración o enjuiciamiento legal (o legal-judicial) del elemento».⁴⁸¹

En relación con el error que recae sobre elementos esenciales o accidentales del tipo penal, diferencia que tiene únicamente por objetivo mostrar en qué casos la presencia del error de tipo excluye el dolo y determina la ausencia de relevancia penal del comportamiento si es invencible, o bien, determina la presencia de un delito imprudente si se trata de un error vencible. Y, por otro lado, establecer en qué casos pese a la vencibilidad o invencibilidad del error, este no determina la ausencia de tipicidad sino que eventualmente excluye, si es invencible, la agravación o la atenuación de la pena (elementos accidentales)⁴⁸².

⁴⁸⁰ Sin perjuicio de que pueda fundamentar el error de prohibición.

⁴⁸¹ Díaz y García Conlledo, *El error*, p. 275. De este modo, el error de subsunción puede excluir el dolo si recae sobre una significación social del comportamiento que es coincide con la calificación jurídica.

⁴⁸² Sobre esta cuestión, Mir Puig, *DPPG¹⁰*, p. 270.

2. ¿Adopta el TS la tesis del conocimiento?

Una lectura general de las recientes sentencias del TS podría arrojar como conclusión preliminar que la sala segunda adopta como criterio general las tesis del conocimiento, en especial, la que aquí se ha denominado la teoría pura del conocimiento que sostiene que existe dolo eventual en la realización de una acción que conlleva un elevado riesgo, en términos de probabilidad o posibilidad, de realización del tipo. Sin embargo, una segunda mirada más profunda muestra que la apelación a la regla de la probabilidad es más bien un argumento retórico que se mezcla, en muchas sentencias, con las tesis del consentimiento. Es decir, que para que no exista duda que hay dolo eventual, el TS declara muchas veces en la misma sentencia que junto con el elevado riesgo, hubo una aceptación del resultado o una decisión contra el bien jurídico, lo que muestra la utilización de una tesis que algo más que un eclecticismo: es el uso de la argumentación teórica para crear una jurisprudencia ad-hoc.

En efecto, según el TS el dolo sirve únicamente para fundamentar la presencia de la imputación subjetiva o para afirmar un injusto personal y, con independencia de la clase de dolo que concurra, la pena es siempre la misma. En otros términos, que en cualquiera de sus manifestaciones (directo, indirecto o eventual), fundamenta la culpabilidad pero no es medida de la misma, es decir, no determina la intensidad del reproche penal. Para justificar este punto de vista aduce una argumentación que, en realidad parece en una primera lectura una *contradictio in adiecto*, porque a diferencia del sector doctrinal que entiende que fundamenta el dolo en el exclusivo conocimiento de los elementos objetivos del tipo penal entendido como conocimiento del riesgo, postulado del cual es escindible la idea de que solo hay una forma de dolo, el TS insiste en que el dolo tiene tres modalidades pero que en realidad son una sola. En sus palabras: «el dolo admite diversas modalidades. Sin embargo no hay un dolo de primer orden, el dolo directo, y otros de menor intensidad, el de

consecuencias necesarias o el eventual. Se trata de distintas modalidades para explicar la misma forma de tipicidad subjetiva»⁴⁸³.

Es más, en numerosas sentencias el TS junto con repetir esta idea adhiere paradójicamente al dolo como conocimiento y voluntad que es, precisamente, lo que permite diferenciar en las teorías de la voluntad no solo el dolo directo del eventual, sino que también graduar el querer o momento volitivo para sostener un tratamiento diferenciado en el plano de la culpabilidad lo que se expresa en una mayor o menor intensidad de la pena⁴⁸⁴. La contradicción es evidente, desde que no puede decirse que el dolo admite diversas categorías o subcategorías que en realidad son una misma cosa y, a reglón seguido, pretender una diferenciación de esas categorías argumentado que «en realidad no existen» y, después, concluir que cualquiera sea la clase de dolo de que se trate la pena debe ser siempre la misma⁴⁸⁵.

⁴⁸³ En especial, en el caso de un sujeto que precipitó un coche al agua por un muelle, muriendo los acompañantes. STS (19/01/2015), tol.4.776.536, ponente: Andrés Martínez Arrieta.

⁴⁸⁴ Lo que a su juicio no le impide asumir un concepto normativo de dolo. Así, se desprende, por ejemplo, de la siguiente argumentación: «*el dolo, según la definición más clásica, significa conocer y querer los elementos objetivos del tipo penal. En realidad, la voluntad de conseguir el resultado no es más que una manifestación de la modalidad más frecuente del dolo en el que el autor persigue la realización de un resultado, pero no impide que puedan ser tenidas por igualmente dolosas aquellas conductas en las que el autor quiere realizar la acción típica que lleva a la producción del resultado o que realiza la acción típica, representándose la posibilidad de la producción del resultado*». "Pero ello no excluye un concepto normativo del dolo basado en el conocimiento de que la conducta que se realiza pone en concreto peligro el bien jurídico protegido, de manera que en esta segunda modalidad el dolo radica en el conocimiento del peligro concreto que la conducta desarrollada supone para el bien jurídico...En el conocimiento del riesgo se encuentra implícito el conocimiento del resultado y desde luego la decisión del autor está vinculada a dicho resultado"». STS (08.10.2010), nº 890/2010, tol. 1.979.980, ponente: Jorge Barreiro.

⁴⁸⁵ En buen ejemplo, es la siguiente sentencia del TS donde después de afirmar la imprudencia se funda en la representación del riesgo de la acción, en el peligro concreto, confía en que no se produzca el resultado. Y, después, sostiene que el dolo eventual se funda en la probabilidad, en la aceptación del resultado, en el confiar, en el aceptar y en el ser consciente del peligro. Se trata de la STS (25.03.2004), tol.365.580, ponente: Julián Sánchez Melgar, que ofrece el siguiente argumento en torno a la diferenciación entre en dolo eventual

En el dolo se adhiere a las teorías de la voluntad o del conocimiento, o bien, se asume una tesis ecléctica, pero que se hace aquí es una apertura argumentativa contradictoria que permite la justificación ad-hoc de las sentencias penales⁴⁸⁶.

En resumen: la evolución del concepto de dolo eventual y su caracterización jurisprudencial en España han conducido a una postura que más que ecléctica ha conducido mezcla de criterios que en puridad nacieron para diferenciarse, como es el caso de la dicotomía irreconciliable entre el consentimiento propio de las teorías de la voluntad y la probabilidad que se originó como una respuesta puramente normativa y desde las teorías del conocimiento. Así, el dolo eventual es caracterizado por una previsión del resultado como probable, a lo que en algunos casos, se le agrega la exigencia de que el sujeto lo acepte o lo apruebe o se conforme con él, que es una clara manifestación de la subsistencia de la teoría del consentimiento⁴⁸⁷.

y la culpa consciente. Lo que caracteriza la diferencia entre una y otra es que: «... en el caso de la culpa consciente el autor no se representa como probable la producción del resultado, porque confía en que no se originará, debido a la pericia que despliega en su acción o la idoneidad de los medios para causarlos. En otras palabras: *obra con culpa quien representándose el riesgo que la realización de la acción puede producir en el mundo exterior afectando a bienes jurídicos protegidos por la norma, lleva cabo tal acción confiando en que el resultado no se producirá; sin embargo, este se origina por el concreto peligro desplegado. En el dolo eventual, el autor también se representa como probable la producción del resultado dañoso protegido por la norma penal, pero continúa adelante sin importarle o no la causación del mismo, aceptando de todos modos tal resultado (representado en la mente del autor)*. En la primera (culpa consciente), no se acepta como probable el hipotético daño, debido a la pericia que el agente cree desplegar, o bien *confiando* en que los medios son idóneos para producir aquél, aun *previendo* conscientemente el mismo. En el segundo (dolo eventual), el agente actúa de todos modos, *aceptando* la causación del daño, *siendo consciente del peligro* que ha creado, al que somete a la víctima, y cuyo control le es indiferente».

⁴⁸⁶ Ejemplos de esta argumentación contradictoria se encuentra en muchas sentencias, pero entre las más citadas sobre el fundamento del dolo están la STS (16.06.2004), n.º. 772/2004, toI. 513.588, ponente: Martínez Arrieta. STS (25.06.2012) n.º 546/2012, toI. 2.595.621, ponente: Jorge Barreiro. STS (26.04.2012), n.º 294/2012, toI. 2.553.788, ponente: Berdugo Gómez de la Torre.

⁴⁸⁷ Ya hace mucho tiempo Bustos Ramírez había afirmado, derechamente, que no hay ninguna diferencia en la praxis en las consecuencias de la argumentación teórica que se utiliza

para afirmar las teorías del consentimiento y las de la probabilidad, en consecuencia, esta ambigüedad impide a la defensa argumentar de modo coherente en la aplicación de una u otra teoría. Bustos Ramírez, Juan, «Homicidio con dolo eventual o imprudente», *Poder Judicial*, 10 (1998), pp. 133 y ss.

Un interesante resumen de sentencias penales sobre el dolo puede verse en Morales Prats, *ComCPe*⁶, t. I, p. 120.

SEGUNDA PARTE

LOS LÍMITES DE LA IMPUTACIÓN SUBJETIVA EN EL DERECHO PENAL COMPARADO ¿OBJETIVACIÓN?

SEGUNDA EXPLICACIÓN PRELIMINAR

Según lo observado, en los sistemas jurídicos que han sido objeto de referencia existe un intenso debate sobre los criterios que han de servir para valorar los niveles de imputación subjetiva. En general, la concepción dominante, tanto en los sistemas analíticos como en los continentales, podría resumirse como *la atribución de responsabilidad por la acción a través de un juicio que debe realizarse mediante la averiguación del concreto estado mental con que obró el acusado*. En otros términos, el análisis se centra y comienza en las intenciones, propósitos y previsiones de riesgos por parte del autor.

Esta tendencia dominante debe, sin embargo, caracterizarse como una aproximación objetivada que estima que la adscripción de responsabilidad subjetiva es un juicio valorativo atributivo, construido desde el estándar de lo mínimo socialmente aceptado o tolerable. En este punto, los sistemas se separan. Así, mientras la perspectiva dogmática asume la necesidad de normativizar la noción de dolo y objetivar la imprudencia, los sistemas analíticos, derechamente, dividen la imputación en varios niveles: altamente subjetivados (*intent*), otros objetivo-subjetivos (*knowingly/recklessness*), subjetivo-objetivos (*wilfull blindness*) y, finalmente, otros puramente objetivos (*negligence*).

Si bien, no puede hablarse de un abandono absoluto de lo «subjetivo» en los sistemas analíticos, sí es factible sostener que se ha avanzado, desde mediados del siglo pasado, hacia una objetivación de la valoración de los criterios clásicos de atribución de responsabilidad subjetiva heredados del *Common Law*. Así, por ejemplo, en contraste con el antiguo Derecho común, en el moderno sistema de Derecho penal de EU,

el *contenido volitivo* de las categorías dogmáticas de la imputación subjetiva se viene normativizando progresivamente. Este fenómeno, se manifiesta con una particular intensidad en la comprensión práctico-teórica de la «desconsideración o indiferencia» (*recklessness*) y, también, en el conocimiento y la ignorancia deliberada (*knowingly/wilfull blindness*).

En estos niveles, la discusión gira actualmente, tal como se verá, sobre la forma en que puede construirse un análisis de lo subjetivo, en particular, sobre los puntos que sirven de referencia para la construcción de un juicio inferencial acerca de la conciencia de estar asumiendo un riesgo o sobre la indiferencia en relación con el riesgo y, por cierto, acerca del fracaso en la ponderación del nivel o intensidad de los riesgos que eran obvios u evidentes, según el estándar objetivo de una persona racional o prudente.

En este punto, tal como puede advertirse el método para dar por acreditado los niveles de imputación subjetiva (*mens rea*), entendidos como «estados mentales», es una de las cuestiones más controvertidas en los sistemas analíticos. Aquí, los problemas se plantean más que en los conceptos, según ha podido verse en el capítulo I, en la forma en que debe interpretarse el contenido de los elementos descritos en la ley y, en concreto, sobre la relación o vinculación entre la construcción de la definición de la concreta categoría de imputación y la reconstrucción de la realidad, esto es, la prueba del contenido subjetivo de la acción, su interpretación o significado, en relación con el resultado y las normas de conducta.

Ahora bien, en términos generales la prueba de los tres primeros tipos de *mens rea* (*intent, knowledge, recklessness*), se realiza a través de un proceso conocido como inferencia⁴⁸⁸. Proceso donde adquieren especial relevancia las instrucciones que puede dar el juez al jurado. Este método inferencial no pretende la reconstrucción de la verdad real, sino que la interpretación del sentido que puede darse a la imputación, entendida como acusación, sobre la exclusión de la duda razonable.

La renuncia a la pretensión de reconstrucción de la verdad real es un postulado irrenunciable en el mundo angloamericano, porque se asume

⁴⁸⁸ Duff, Antony, *Answering for crime responsibility and liability in the Criminal Law*, Hart Publishing, Oxford, 2007, pp. 195 y ss.

que la moderna psicología y psiquiatrías ⁴⁸⁹ han demostrado la imposibilidad científica de conocer lo que el sujeto estaba efectivamente pensando al momento de la acción. Así, para llegar a la convicción que se ha actuado con un determinado estado mental se debe acreditar desde la valoración de la acción que se imputa en el contexto en que ha tenido lugar.

En este punto, se incluye la conducta previa de los intervinientes antes y durante la ejecución de la acción, lo que ha sido denominado como principio de simultaneidad o correspondencia entre *actus reus* y *mens rea*. Dado que se asume la infalibilidad del sistema procesal en este punto, la regla de adscripción se entiende cumplida en el instante en que el jurado es persuadido, conforme a la valoración de los antecedentes incorporados al juicio adversarial, para adquirir por consenso la convicción que una determinada acción es comprensible como expresiva de un determinado estado mental. Todo ello, según el contenido procesal y material del estándar esencial del *rule of law* resumido en la máxima: «más allá de toda duda razonable», expresiva de la destrucción de la presunción de inocencia ⁴⁹⁰.

En estos sistemas, el aspecto subjetivo resulta el aspecto esencial de todo el modelo de atribución de responsabilidad. Por ello, todo el proceso gira en torno a la prueba de la relación entre alguno de los niveles de imputación y el evento que se imputa o adscribe al acusado. La prueba del nivel de compromiso subjetivo del acusado determina la intensidad de la pena, sobre la base del principio de atribuibilidad personal por el daño o perjuicio causado («*blameworthiness*»). En este sentido, la lectura que puede hacerse de estos fenómenos desde el sistema dogmático, es que aquí los modelos angloamericanos construyen la imputación subjetiva sobre la base de una relación entre el injusto personal y merecimiento de pena. En esta relación, el principio de proporcionalidad cuya versión más evidente está en la diferencia de intensidad de pena de los distintos estados mentales o niveles de imputación subjetiva, se construye en el sistema anglosajón desde una especificidad técnica de la pena como retribución, llevada hasta sus últimas consecuencias metodológicas ⁴⁹¹.

⁴⁸⁹ Taylor, George, «Concepts», p. 123.

⁴⁹⁰ Singer/La Fond, *CrimL*⁶, pp. 64-65.

⁴⁹¹ Moore, *Placing Blame*, pp. 253 y ss.

A partir de lo apuntado, se entiende no solo el porqué del desarrollo de un modelo escalonado de imputación subjetiva, sino que también la importancia de distinguir para atribuir con precisión el nivel específico de compromiso subjetivo del sujeto con la realización de *su acción*. Por este motivo, pese a que en los sistemas angloamericanos se hable de culpabilidad para hacer referencia a los referidos niveles y se utilice para ello la expresión *mens rea*, en realidad la culpabilidad como resultado de la atribución de un injusto personal (*fault*) recibe el nombre de *blameworthiness* (reprochabilidad).

La medida de la reprochabilidad en los sistemas angloamericanos queda determinada, entonces, por la intensidad del *fault* y, en concreto, por la norma de conducta lesionada (*actus reus*) y el nivel de compromiso personal subjetivo con esa infracción (*mens rea*). De ahí, la importancia de discutir sobre los límites de los niveles de imputación subjetiva en estos sistemas penales.

La importancia de aproximarse a este sistema es evidente. Un Derecho penal racional y coherentemente fundamentado ha de considerar que la pena es el resultado de la intensidad del compromiso personal con la contravención de normas de comportamiento. Esta premisa supone el uso y justificación de la pena más allá de fines puramente utilitaristas, porque exige la interpretación reconstructiva en sede procesal de la decisión personal orientada a la contravención de normas penales. Se trata de la ponderación racional de la intensidad de esa decisión personal de acción, vinculando de un modo preciso y concreto, con el mayor detalle posible, todos los niveles de expresión de esa decisión y las intensidades de la sanción penal⁴⁹². La medida de esa sanción penal, está dada por el concreto nivel de compromiso subjetivo de vulneración de la norma penal, es decir, se erige sobre la base de la consideración que las personas como sujetos de imputación se comportan con un conocimiento de lo que puede hacerse y lo que hay que hacer, considerando, a su vez que en las relaciones sociales son conscientes de los niveles de riesgo que involucra la ejecución de sus acciones⁴⁹³.

⁴⁹² Dubber, Markus Dirk, *The Sense of Justice in Penal Law. Empathy in Law and Punishment*, New York University Press, New York-London, 2006, p. 128.

⁴⁹³ Fletcher, George, *Basic Concepts of Criminal Law*, Oxford University Press, New York-London, 1998, pp. 33 y ss.

Por su parte, tal como se ha indicado, *nuestra posición* es que el dolo en cuanto nivel subjetivo precisa de un juicio atributivo fundado en una relación de adscripción entre una determinada conducta o estado de cosas y una situación descrita en la ley. Este proceso debería fundarse, necesariamente, en la constatación de una determinada disposición o estado mental interpretado o valorado objetivamente en relación con las normas. A menos que se pretenda la introducción de un Derecho penal que responsabiliza a las personas en términos puramente objetivos, sobre la base de la consideración exclusiva de la gravedad o la intensidad del riesgo, un sistema penal normativamente fundado debería tener en cuenta que lo determinante es la interpretación de las conductas humanas, de su significado en relación con las normas de conducta socialmente establecidas como criterios esenciales para la convivencia.

Únicamente, desde la relación entre conductas y reglas de comportamiento, en concreto, a partir de la forma en que estas son comprendidas en el lenguaje ordinario, es posible construir un modelo de adscripción del aspecto subjetivo de las acciones fundamentado en la valoración sobre el significado *intencional* que *nosotros* le atribuimos a esa conducta. El giro hacia un Derecho penal orientado al lenguaje ordinario exige el desarrollo de las siguientes premisas metodológicas en relación con el aspecto subjetivo de la imputación: (a) que no importa conocer lo que el sujeto realmente pensaba o quería, sino solo lo que *nosotros* podemos interpretar como actos realizados por *otros*, *atribuyendo a esos actos el ser una consecuencia de decisiones* conscientes; (b) esto se debe a que *nosotros* asociamos una conducta con reglas de conducta; (c) la valoración que *nosotros* hacemos conforme a reglas de conducta (socialmente exigibles) las conocemos por las relaciones que nacen del lenguaje ordinario, con independencia de si están o no reconocidas por el Derecho ; (d) que en el lenguaje ordinario con independencia del cuestionamiento filosófico moral sobre la libertad, objetivamos la comprensión de la posibilidad de optar, corresponder o no con reglas de conducta; y, (e) porque en el lenguaje ordinario entendemos que las acciones y los eventos (resultados) son la expresión de una intencionalidad, fundada también en las disposiciones o actitudes personales del autor.

En los sistemas angloamericanos, esa capacidad de elección solo importa si se traduce o puede ser comprendida, en relación con el aspecto

subjetivo de las acciones, a través de una valoración reconstructiva en sede procesal de los acontecimientos o eventos. El problema de la libertad en sentido de la filosofía kantiana continental y su traslación al debate del Derecho penal es algo secundario, porque más que el desarrollo de conceptos filosóficos importa la creación de reglas prácticas de atribución de responsabilidad desde la praxis que sean comprensibles a través de la lógica del lenguaje ordinario.

Según lo observado *supra* (cap. I), en relación con los niveles de imputación subjetiva ordinaria de estos sistemas penales (*intent, knowledge, recklessness*) existe, al menos en una aproximación preliminar, una «coincidencia» relativa, en la medida que estos podrían ser vistos, en paralelo con los sistemas dogmáticos, como la manifestación de intensidades diferenciadas del denominado «querer» y «conocer». Sin embargo, el denominado *intent* no es coincidente con el dolo, en realidad, solo es expresión de la imposibilidad de renunciar en el lenguaje ordinario a la atribución de responsabilidad por lo que en nuestro sistema se conoce como dolo directo (España), intención (Italia), dolo de primer grado (Alemania). El denominado, dolo indirecto (España), dolo directo o de segundo grado (Alemania), constituye en los sistemas angloamericanos una categoría propia denominada *knowledge*. Este nivel abarca, además, algunas hipótesis del dolo eventual o condicionado y la ignorancia deliberada (*wilfull blindness*).

Entonces, en el «querer (*intent*)», importa es la adscripción de lo que *nosotros* podemos comprender en sede procesal como un *propósito dirigido al resultado*, sin que importen la naturaleza de las acciones concretas que realizaba en términos de probabilidades o idoneidad en relación con el resultado.

Por su parte, el «conocimiento (*knowledge*)» ha sido dividido en diferentes categorías donde importa la adscripción de lo que nosotros podemos atribuir como una decisión en representación de la seguridad, posibilidad, probabilidad o inevitabilidad del resultado, o bien, una indiferencia que en el contexto en que tuvo lugar la acción puede interpretarse como una ceguera frente a riesgos evidentes.

CAPÍTULO III

LOS LÍMITES MÍNIMOS DE LA IMPUTACIÓN SUBJETIVA EN LOS SISTEMAS ANALÍTICOS DE DERECHO PENAL

F. El concepto de *recklessness* en Estados Unidos e Inglaterra

No existe palabra precisa en el español que pueda expresar de un modo exacto el contenido conceptual de esta categoría. En general, en Inglaterra los tribunales le suelen dar el sentido natural y obvio, conforme al uso de la palabra en el lenguaje ordinario. Una traducción literal sería «temeridad» aunque esto es equivoco porque no es equivalente a la imprudencia temeraria⁴⁹⁴. Otra posibilidad sería traducirla, sencillamente, como «imprudencia» pero como ha observado algún autor esto es todavía más desacertado si lo que se pretende es establecer una vinculación con el dolo⁴⁹⁵.

Sin embargo, algo debe decirse a favor del uso de la expresión «temeridad» o «imprudencia», en la medida que en el uso diario del inglés es común la expresión «*reckless*» que puede usarse para significar o adscribir a alguien el actuar de modo temerario, imprudente, precipitado, indiferente o desconsiderado, etc.⁴⁹⁶.

⁴⁹⁴ Así en España, por ejemplo, Torío, «Teoría cognitiva», p. 836. En Alemania tampoco es una palabra del lenguaje ordinario (*leichfertigkeit*), Weigend, «Zwischen Vorsatz», pp. 294 y ss.

⁴⁹⁵ De ahí que se diga que la traducción del término como «imprudencia» en sentido literal es equívoco, si lo que se pretende es una aproximación con el concepto de dolo eventual del sistema continental. Mañalich, «Bases», p. 624.

⁴⁹⁶ Por ello, me parece un tanto arbitraria la traducción que de este anglicismo realiza Muñoz Conde quien sencillamente la denomina «desconsideración». Al respecto, Fletcher,

Aunque, en estricto rigor técnico no hay en los sistemas dogmáticos un nivel de imputación subjetiva que pueda ser asimilable y se afirme que es una categoría propia de los sistemas angloamericanos⁴⁹⁷, algún matiz merece esta aseveración.

En efecto, al menos preliminarmente la ausencia de vinculación conceptual está condicionada por la existencia de una opción metodológica previa que decanta en la falta de correspondencia entre el dolo eventual y la *recklessness*. Este sesgo se expresa en comparar ambas categorías sobre la base de estimar que el dolo eventual exige un nivel volitivo, conforme a las modernas teorías del consentimiento, en términos de «aceptar», «conformarse», «contar con», «decidirse contra el bien jurídico», etc.⁴⁹⁸. Esta falta de identidad conceptual, estaría dada por la circunstancia que la *recklessness* sería un concepto, preferentemente, objetivo que abarca la denominada imprudencia consciente de los sistemas dogmáticos.

Pese a que alguna razón puede concederse a esta forma de aproximarse al problema comparativo, existiría una coincidencia elevada si se estima, como lo ha propuesto un sector de la doctrina alemana, que el dolo eventual debería ser considerado como un caso de representación objetiva de un riesgo cualificado. En esta forma de conceptualizar el dolo, la imprudencia queda relegada solo a la forma inconsciente, según se ha visto (*supra* capítulo II)⁴⁹⁹.

Ahora bien, esta forma de proceder prescinde de dos factores: el primero, es que las modernas teorías de la representación o del conocimiento no tienen, prácticamente, reconocimiento alguno en la jurisprudencia alemana. Aunque, alguna salvedad pueda hacerse en relación con la situación de la jurisprudencia del TS. Lo cierto, es que según lo visto, aunque se recurra a fórmulas como «la probabilidad», se hace como criterio complementario o copulativo, a veces, a la mención

George, *Gramática del Derecho Penal*, Muñoz Conde (trad.), Hamurabi, Buenos Aires, 2008, pp. 405-406 y 413 y ss.

⁴⁹⁷ Taylor, «Concepts», pp. 108 y ss. «*Note that German law has no category of mens rea that fully equals the concept of recklessness as understood in English law*». Bohlander, *Principles*, p. 63

⁴⁹⁸ Bohlander, *Principles*, p. 63.

⁴⁹⁹ Weigend, «Zwischen Vorsatz», p. 287.

de la «aceptación», aunque sea en la modalidad de la «aceptación de una elevada probabilidad del riesgo».

El segundo factor, es que las *recklessness* en los sistemas analíticos tiene una dimensión legal en Estados Unidos no del todo coincidente con la interpretación que realiza el *case law* en relación con las definiciones contenidas en los Códigos. Y, también, sucede que en Inglaterra el sistema de precedentes ha configurado un concepto que ha transitado por diferentes niveles de apreciación de lo objetivo-subjetivo exigiendo la prueba de algún nivel de decisión sobre el riesgo (*decision under risk*).

Así, la *recklessness* como categoría de imputación o atribución de acciones, aparece ligada a la idea de riesgo desde el mismo uso de lenguaje y, en consecuencia, poco tiene que ver aquí, al menos en su origen, con el concepto sociológico de riesgo o las vinculaciones que puedan hacerse con el sistema actuarial⁵⁰⁰. Al menos, en lo que al Derecho penal de Estados Unidos se refiere, desde principios del siglo pasado que pueden encontrarse referencias a esta categoría que denota su contenido en los términos indicados. Según se lee en la explicación de Hall mientras en la intención el autor realiza una decisión, resolución o elección en línea directa con la producción de un daño proscrito por las normas, en la *recklessness* no se realiza ningún tipo de elección en este sentido, sino que se *elige* o se *decide aumentar el riesgo* en términos de incremento de las posibilidades de causar un daño prohibido por las normas⁵⁰¹.

Así explicado, se trata de un nivel de atribución de compromiso subjetivo con la acción que si bien excluye la apreciación de la imprudencia consciente en los sistemas angloamericanos, no se atribuye

⁵⁰⁰ Con referencias históricas al uso ordinario de la palabra riesgo en las lenguajes romances y anglo-francas desde el siglo XI. Aven, Terje, «The risk concept—historical and recent development trends», *Reliability Engineering and System Safety* 99 (2012), pp. 33-44. Es una categoría de atribución de responsabilidad que tiene como antecedente reciente, en términos de origen filosófico, la explicación que hiciera Tomás quien realizó una división tripartita: entre intencionalidad, temeridad o precipitación como una parte diferenciada de la imprudencia (contraria a la prudencia como recta razón en el obrar). Esta división es diferente de la tradición romana que recogieron los juristas de la ilustración alemana que sobre la base de una revisión de la misma únicamente distinguieron entre *dolus* y *luxuria*, *Suma teológica*, II-IIae-c.53.

⁵⁰¹ Hall, J. *GPCrimL.*², p. 111.

o se imputa en ningún caso sobre la base de una consideración puramente objetiva de la exclusiva probabilidad o posibilidad del resultado⁵⁰².

Finalmente, otra posibilidad comparativa podría ser la de entender que la *recklessness* es el nivel mínimo de imputación subjetiva o la categoría que se atribuye por defecto. Entendida de esta forma, sería equivalente al dolo eventual de los sistemas dogmáticos o continentales. Sin embargo, este acercamiento no tiene en cuenta la circunstancia que existe un debate en los sistemas analíticos sobre cuál es el nivel que se atribuye por defecto, en especial, en los casos en que la ley no menciona ninguna categoría de imputación⁵⁰³. Al respecto, hay una tensa discusión en la praxis que contradice la indicación del MPC (1962) que estimaba la *recklessness* como categoría subsidiaria o mínima de la imputación ordinaria (en el entendido, que la extraordinaria es la imprudencia). Así, la Corte Suprema de Estados Unidos y la UKHL del Reino Unido, estiman a veces que es el conocimiento el nivel mínimo, o bien, que a falta de referencia puede atribuirse responsabilidad sin prueba de ningún tipo de compromiso subjetivo (*strict liability*).

⁵⁰² Otras opiniones aproximativas, desde la óptica de la «falta de consistencia» de esta categoría. Bernal, *Derecho penal*, p. 136. Con pretensión de correspondencia con el dolo eventual, Piña Rochefort, *La estructura*, p. 85.

⁵⁰³ Esta crítica es aplicable, precisamente, a la tesis de quienes buscan un «equivalente funcional» sobre la base de la distinción entre imputación subjetiva ordinaria (dolo) y extraordinaria (imprudencia). Pasa que en los sistemas angloamericanos la categoría básica, subsidiaria o genérica del nivel ordinario de imputación subjetiva no es necesariamente la *recklessness* y la imprudencia o negligencia (que es solo inconsciente) no es una categoría extraordinaria en sentido estricto, como en los sistemas dogmático-continentales, sino que es una situación excepcionalísima. Mañalich, «Bases», pp. 623 y ss.

I. Recklessness en Estados Unidos

1. Concepto

Conforme al MPC (1962), actúa con *recklessly* quien decide conscientemente desatender un riesgo substancial e injustificado en relación con los elementos materiales de un delito y/o el resultado delictivo. La desatención consiste en la decisión de no tomar en cuenta un riesgo grave e injustificado, lo que ha de suponer una elevada desviación del estándar de comportamiento y previsión que habría observado una persona respetuosa de las normas sociales, situada en la posición del autor⁵⁰⁴.

El MPC (1962) le atribuye a esta categoría un contenido valorativo subjetivo-objetivo, en la medida que recurre a un criterio personal de *decisión del autor de asumir (ámbito subjetivo) un riesgo (aspecto objetivo)*.

Mientras en la *recklessness* el autor está consciente del riesgo, en la medida que se decide conscientemente a ejecutar la acción, en la imprudencia lo que se imputa es el no haber previsto (en términos de advertencia) un riesgo substancial e injustificado que *se debía* prever⁵⁰⁵. La pregunta es, precisamente, si el autor debía o no haber previsto el riesgo.

El límite superior de esta categoría está puesto en el conocimiento (*knowledge*), el cual se diferencia de la *recklessness* en el nivel, grado o intensidad del riesgo. En el *conocimiento* se trata de un riesgo tan elevado que hace del resultado una consecuencia casi o prácticamente segura⁵⁰⁶.

Ahora bien, contrario a lo que podría pensarse, esta forma de entender la categoría no renuncia a la importancia de la decisión personal contra las normas. Pero, esa decisión tiene un valor relativo, en la medida que se trata de una decisión objetivada. Tal como se ha venido sosteniendo, los sistemas analíticos no tienen en cuenta solo la autoridad

⁵⁰⁴ MPC (1962) § 2.02 (2)(c). La definición completa se encuentra *supra* cap. I.

⁵⁰⁵ Fletcher, *Rethinking*, p. 442.

⁵⁰⁶ Robinson/Cahill, *CrimL*², p.158.

de la primera persona. En la medida que recurren a un proceso de inferencia que interpreta lo que *nosotros* podemos decir o predicar sobre la acción de *otros*, situándonos en la posición del autor, recurriendo a un estándar objetivo en relación con normas de comportamiento,⁵⁰⁷ dan más importancia a la tercera persona. Se trata de preguntarse si en ese contexto, la conducta *significa* una decisión ejecutada pese a la previsión de un riesgo; es acerca de cuestionarse qué decisión habríamos tomado *nosotros*⁵⁰⁸.

En efecto, contrario a lo que podría pensarse la *recklessness* como nivel de imputación no depende solo del nivel de riesgo objetivamente considerado, en términos de valoración de la probabilidad. Tampoco, tiene como una única referencia el nivel de desviación del estándar de observancia del deber de cuidado observable, sino que el criterio predominante se decide sobre la base de preguntarse si el sujeto *consideró* o no el riesgo. En tal sentido, como afirma Dressler⁵⁰⁹ es un estado mental valorado objetivamente, desde que no se renuncia a la consideración de la existencia de una decisión consciente que supone asumir o considerar el riesgo.

Por este motivo, la imprudencia dejó de ser considerada en estos sistemas como un estado mental (no es una *luxuria* o culpa), sino que una inadvertencia de riesgos también valorada objetivamente. Sin embargo, no se niega por completo lo volitivo, porque se asumió que también hay supuestos en que resultaba evidente la presencia de una voluntad expresiva de propósito o intención hacia el resultado y, por ello, junto con reconocer el intent (dolo) como nivel de imputación, se creó esta categoría que constituye el nivel básico de atribución de responsabilidad, dejando la negligencia situada en un plano excepcional o extraordinario⁵¹⁰.

⁵⁰⁷ «The action involves a gross deviation from a reasonable standard of conduct», Pollock, *CrimL*¹⁰, p. 59. La decisión de *desatención de un riesgo substancial* que supone la causa del resultado, mientras que en la *negligencia un actuar inconsciente* en relación con un riesgo substancial que el autor debía haber tenido en cuenta. Robinson/Cahill, *CrimL*², p.158.

⁵⁰⁸ «Una «decisión consciente de desatender los riesgos inherentes a la realización del hecho, los cuales eran conocidos por el autor». Singer/La Fond, *CrimL*⁶, p. 65.

⁵⁰⁹ Dressler, *UCrimL*⁶, p.135.

⁵¹⁰ Fletcher, *Rethinking*, p. 443.

En el fondo, el MPC (1962) asume este punto de partida vinculado con una desatención de la normas de mandato o de prohibición, bajo un criterio subjetivo–cualitativo, según el cual lo determinante es que desde la perspectiva de la tercera persona, se pueda afirmar la previsión de la posibilidad del resultado o de la realización de los elementos materiales del delito, previsión que ha de estar referida a un riesgo de real importancia. Para adscribir este nivel de imputación debe considerarse la conducta desplegada por el autor conforme a una interpretación valorativa, la que recae sobre si es o no posible afirmar la desatención consciente de un riesgo substancial e injustificado a través de la acción prohibida. La referida posibilidad de previsión de la gravedad del riesgo depende, según lo observado, de las circunstancias concretas que rodean la realización de la conducta prohibida.

Ahora bien, en la actualidad en Estados Unidos existe una responsabilidad escalonada que depende los niveles de advertencia del riesgo y nivel del mismo, que diferencian la intensidad de la responsabilidad (civil o penal) y la gravedad de la misma. El primer nivel, deriva de la responsabilidad civil y surge en el momento en que una persona actúa asumiendo un riesgo substancial e injustificado, en este caso se imputa *recklessness* del Derecho de daños. El segundo nivel, se presenta si ese riesgo substancial e injustificado no fue advertido pero se debía advertir, entonces, hay negligencia o imprudencia penal. El tercer nivel, se afirma si una persona asume un riesgo elevado substancial e injustificado que implica una grosera desviación del estándar derivado del deber de cuidado observable por una persona promedio, entonces, hay una *recklessness* con relevancia jurídicopenal (tercer nivel)⁵¹¹.

2. ¿Es la *recklessness* el límite mínimo?

El MPC (1962) establece una clausula general según la cual la *recklessness* es el nivel mínimo de imputación subjetiva. Recomienda a los estados el asumir un concepto que, según lo apuntado, tiene en cuenta la prueba de un *riesgo injustificado o irracional* y la *desviación del estándar de comportamiento aceptable (criterio objetivo)*, y, además, la

⁵¹¹ Al respecto, Dressler, *UCrimL*⁶, p. 135.

valoración sobre si el sujeto se decidió a actuar pese a que *consideró el riesgo (criterio subjetivo)*. Ahora bien, pese a que las legislaturas de cada estado son autónomas para fijar el contenido conceptual de las categorías de imputación en los códigos penales, la mayoría de ellas ha asumido el concepto propuesto por el MPC (1962), por lo que el contenido conceptual no se discute.

Ahora bien, a diferencia del MPC (1962)⁵¹² en muchas legislaciones la *recklessness* no constituye el nivel básico de imputación subjetiva y, además, está restringida a delitos que junto a una acción u omisión exigen *un resultado específico*⁵¹³. En varias legislaciones solo algunos delitos de tráfico contemplan la *recklessness* como nivel de imputación sin exigencia de resultado, en concreto, la denominada conducción con *reckless*, que es la forma más grave de contravención de normas de tránsito y constituye un delito penal. Con todo, el ámbito en el que recibe mayor aplicación es en el homicidio y las agresiones físicas y sexuales, en las que aparece junto con todas las categorías de imputación subjetiva.

3. ¿Riesgo injustificado e irracional?

A diferencia de las teorías de la representación o del conocimiento, propias del dolo eventual en los sistemas dogmáticos, en Estados Unidos no se hace referencia a un riesgo medido en términos de probabilidad o probabilidad cuantificable en relación con el resultado, sino que a un riesgo valorado en términos de relevancia social del comportamiento. En decir, el riesgo es injustificado si la acción u omisión es objetivamente considerada por el ordenamiento jurídico como algo prohibido. Y, ese riesgo es, además, irracional si la acción u omisión no es una actividad útil para el desarrollo de la vida social y constituye una grosera desviación del estándar de cuidado exigible, siempre que ese riesgo inútil sea además acompañado de la consciencia subjetiva de estar llevando a cabo una conducta riesgosa, en términos de desviación del estándar de comportamiento exigible a una persona promedio.

Un ejemplo propuesto por LaFave puede ilustrar mejor las diferencias con las teorías de los sistemas dogmáticos:

⁵¹² MPC (1962) § 2.02(3).

⁵¹³ LaFave, *MCrimL*⁵, p. 277-278.

«Alguien sugiere a *A* que hay 1000 pistolas sobre una mesa de las cuales sola una está cargada. *A* en conocimiento de esta circunstancia escoge al azar una pistola y dispara a *B*, causándole la muerte, la conducta de *A* constituye la creación de un riesgo de muerte, aunque ese riesgo sea muy pequeño (un décimo del 1%), porque era una conducta injustificada, irracional, en vista a su completa falta de utilidad social»⁵¹⁴.

La circunstancia que *A* pretenda defenderse diciendo que solo tenía el propósito de gastar una broma a *B* sin la intención de matarlo, importa solo en el sentido que no es posible atribuirle el primer nivel de imputación, pero no tienen la capacidad de servir para configurar una imprudencia.

Tal como puede apreciarse el riesgo es un criterio normativizado que no se mide en términos de probabilidad. La existencia de una posibilidad mínima de realización del resultado no permite afirmar una imprudencia consciente en Estados Unidos, en la medida que esta categoría no está contemplada y queda comprendida dentro de la *recklessness*.

a) *Hranicky v. State*

En el Derecho continental es altamente improbable que un tribunal impute homicidio en comisión por omisión dolosa (dolo eventual), a un padre cuya hijastra muere a consecuencia de las mordidas de su mascota exótica, aunque ese animal sea un tigre. Pues bien, precisamente, la *recklessness* sirvió en Texas para atribuirle responsabilidad penal a *Hranicky*⁵¹⁵ por la muerte de su hijo a consecuencia de las mordidas de la citada mascota. El tribunal de apelación estimó que la tenencia de esta clase de animales supone el asumir un riesgo injustificado, socialmente inútil y una grosera desviación del estándar de comportamiento que una persona respetuosa de la ley habría tolerado. Esto último, quedaría de manifiesto en el momento en que el acusado decidió omitir las medidas que servían para mitigar ese riesgo ligadas al control de animales

⁵¹⁴ LaFave, *MCrimL*⁵, p. 278.

⁵¹⁵ *Hranicky v. State*, 13–00–431-Cr (Tex. App. 2004).

peligrosos, desatendiendo así los deberes de protección que como padre le asistían. En este caso, puede observarse la forma en que la *recklessness* absorbe por completo la imprudencia consciente.

b) *People v. Hall*

A diferencia del caso anterior en este⁵¹⁶ ocurre todo lo contrario, porque más de un juez del sistema continental no tendría inconveniente alguno en sancionar estos hechos como imprudencia consciente (hipótesis que se incluye dentro de la *recklessness*). Incluso, más de alguno podría discutir que existía una alta probabilidad de causar al menos lesiones con dolo eventual, en los términos de las teorías del conocimiento. Aquí, se trataba de imputar a lesiones graves a un sujeto (Hall) que arrolló en un centro de esquí de Colorado a una mujer (Allen Cobb) que se encontraba en la parte baja del cerro. Allen Cobb resultó con un traumatismo cerebral y murió a consecuencia de la colisión. Se atribuía a Hall el realizar una conducta que suponía una indiferencia frente un riesgo evidente de causar lesiones o la muerte, dado que iba a una elevada velocidad por la colina. Sin embargo, el tribunal de apelación de Colorado estimó que no existía un riesgo substancial e injustificado que pudiera imputarse a título de *recklessness*, pese a que Hall había observado y, más bien, resultaba evidente la presencia de otras personas en la parte baja del cerro. El argumento del tribunal consistió en que esquiar velozmente en un centro de esquí no supone una conducta que contraviniera de modo grosero el estándar de comportamiento legalmente admisible. Dado que los centros para esquiar son, precisamente, para ello. Además, en este contexto no se trataba de un riesgo substancial que permitiera decir que Hall se decidió a realizar una acción injustificada.

⁵¹⁶ *People v. Hall*, 999 P.2d 207 (Colorado 2000).

II. Recklessness en Inglaterra

A diferencia de lo que ocurre en Estados Unidos, en el Derecho penal de Inglaterra el entendimiento conceptual de esta categoría, ha transitado en el sistema de precedentes hacia un abandono progresivo de un parámetro objetivo–cuantitativo que entendía que lo trascendente en la *recklessness* era la determinación, por una parte, de la existencia del riesgo y, por la otra, de su potencialidad para la producción del resultado, sobre la base de una probabilidad estadística o de factores de riesgo estandarizados⁵¹⁷.

La ausencia de definiciones legales, provoca la discusión en el Derecho de Inglaterra sobre cómo abordar los supuestos en que las personas provocan un daño sin intención, esto es, con ausencia de la voluntad directa, entendida como una decisión de realización de la acción orientada por el querer.

Esta pregunta, aparece aquí ligada al fundamento conceptual de la *recklessness*, en la medida que en ella se reduce considerablemente la importancia del elemento volitivo, para poner el acento en la atribución de responsabilidad derivada de la realización consciente de una acción que implica un riesgo o peligro de causación de lesión a intereses protegidos por el Derecho . Así, si el autor pese a conocer el riesgo decide igualmente actuar o llevar a cabo una acción peligrosa, se dice que ha previsto la probabilidad de su ocurrencia y, por ende, debe responder a título de *recklessness*⁵¹⁸.

Un ejemplo muy común podría ilustrar de mejor forma este punto: un médico inyecta un analgésico a un paciente que sufre un ataque anafiláctico con la idea de paliar su dolor. Sin embargo, el médico no se cerciora que el paciente era alérgico a los analgésicos, lo que desencadenó un incremento de la sintomatología asociada al ataque que finalmente produce la muerte del paciente.

De acuerdo a los conceptos apuntados, resulta razonable pensar que el médico no podía menos que saber de la concurrencia de esos riesgos, los

⁵¹⁷ Singer/La Fond, *CrimL*⁶, p. 78.

⁵¹⁸ Simester/Spencer/Sullivan/Virgo, *CrimLTD*⁵, p. 140.

que aparecen como inherentes a la realización de su acción. Al mismo tiempo, cualquier persona en su lugar al menos se habría preguntado sobre la posibilidad de una reacción alérgica mayor, incluso sin tener en cuenta los conocimientos especiales de la medicina. A diferencia del Derecho de Estados Unidos la pregunta no está puesta en la existencia de un riesgo injustificado o irracional, tampoco, al menos en principio la pregunta gira sobre la posibilidad que la conducta del médico no constituya una desviación grave del estándar de comportamiento de un médico en la situación del autor. Esto se debe, al hecho que durante mucho tiempo en Inglaterra la pregunta era sobre si un riesgo irracional, entendido como un riesgo que el autor nunca debió haber asumido, podía ser entendido solo por esa circunstancia como un riesgo injustificado y, por ende, resultaba ser suficiente para afirmar su responsabilidad penal bajo el título de *recklessness*.

Pese a lo expuesto, necesariamente debe indicarse que no todos los casos de previsión del daño implican responsabilidad a título de *recklessness* en Inglaterra.

En efecto, en la actualidad se ha abandonado el citado parámetro objetivo, dado que se exige que el riesgo que el autor decide correr posea una característica cualitativa: ha de ser irracional, cuestión que se determina conforme a una primera aproximación de naturaleza preferentemente subjetiva⁵¹⁹.

Lo anterior, a partir del ejemplo del médico quiere decir, por ejemplo, que si este administra anestesia con conocimiento de la existencia de un riesgo leve o mínimo que el paciente desarrolle una reacción alérgica fatal antes de llevar a cabo la operación, no será automáticamente culpable de homicidio con *recklessness* en el evento que el paciente muera, porque no podría afirmarse una irracionalidad cualitativa. Pero, la perspectiva de lo razonable se entiende aquí siempre como un asunto donde no importa que pensó el acusado, ni lo que reflexionó o consideró en relación con un riesgo que estaba presente, porque al igual que en el dolo no interesa lo que pertenece al fuero interno, sino la valoración del significado de la acción; es decir, es una cuestión sobre lo que una persona común y corriente interpreta en el contexto de comunicación que

⁵¹⁹ Bloy, Duncan/Parry, Philip, *Principles of Criminal Law*, 4^a ed., Cavendish Publishing Limited, London, 2000, p. 76.

tiene lugar al momento en que se decidió asumir ese riesgo. No se trata de lo que resultaba atendible para la persona en la situación concreta; es lo que un tercer observador colocado en la situación del autor en un momento inmediatamente anterior al hecho habría tenido siempre en cuenta⁵²⁰.

En otros términos, el Derecho de Inglaterra ha evolucionado desde un momento en el que se discutía una valoración objetiva del riesgo, al estado actual donde se trata de ponderar la existencia de una serie de factores que el autor debía haber tenido en cuenta al momento de decidir realizar una acción que implica un riesgo que, en la situación concreta, podía resultar ser o no razonable.

En este punto, se realiza una valoración en términos de pronóstico objetiva acerca de la probabilidad que el riesgo se realizara en el resultado, teniendo en consideración la naturaleza del mismo y la gravedad del daño. En contra de estas consideraciones, se pondera también la probabilidad de evaluar aquello que el acusado estaba tratando de hacer mientras decidió asumir el riesgo.

En efecto, un riesgo considerable podría ser visto como razonable en el caso de una intervención quirúrgica que se presenta como el último recurso para salvar la vida del paciente. Pero, el riesgo involucrado podría ser no aceptable si existe la alternativa de realización de un tratamiento menos riesgoso, o bien, si el propósito de la operación era meramente trivial y no se realizaron los pasos necesarios para reducir los riesgos. El estándar de una persona razonable no necesita de un umbral de probabilidad o posibilidad para ser diferenciable. Al mismo tiempo, si el riesgo es considerado mínimo o solo como un evento extraordinario, correr ese riesgo no puede imputarse si se trata de una actividad tolerada socialmente o útil. En este sentido, tal como ocurre en Estados Unidos, un riesgo leve podría ser suficiente para afirmar la presencia de recklessness si el daño que se corría el riesgo de provocar era lo

⁵²⁰ Esto se basa en la idea de que no es posible evadir la ley alegando aquello que resulta ser correcto para la persona en particular. Simester/Spencer/Sullivan/Virgo, *CrimLTD*⁵, pp. 140-141.

suficientemente serio y el acto realizado no tenía valor o interés social alguno, es decir, no se trata de actividades riesgosas toleradas⁵²¹.

1. Las tres reglas de *recklessness*

Hay dos definiciones de *recklessness* en el Derecho penal de Inglaterra.

La primera deviene de una valoración en perspectiva subjetiva conocida como *Cunningham recklessness* y, la segunda, se adscribe a una valoración en sede objetiva denominada *Caldwell recklessness*. De las dos, la perspectiva subjetiva es considerada actualmente como la más importante y coincide, en la praxis, con el Derecho de Estados Unidos.

a) *Cunningham recklessness*

Según esta regla⁵²², actúa con *recklessness* quien: a) sabe o conoce que su conducta dará lugar a un riesgo de daño; y, b) si en las circunstancias en que se ejecutó la acción resultaba ser irracional correr el riesgo que se había previsto⁵²³.

En este caso se enjuiciaba a un sujeto que adulteró un medidor de gas que funcionaba con monedas a fin de robar el dinero que contenía. El gas escapó y se filtró a una casa adjunta, resultando asfixiada una persona. La referida regla indica que para decidir si un sujeto actuó o no con *recklessness* es preciso que haya sido razonable prever el tipo específico

⁵²¹ El juego de la ruleta rusa debe ser atribuible a *recklessness* aunque las posibilidades de muerte sea de una en doscientas. *Simester/Spencer/Sullivan/Virgo, CrimLTD*⁵, p. 141.

⁵²² El jurado en este caso fue instruido por el Juez en el sentido que el acusado había obrado de un modo malicioso («*wickedly*»); sin embargo, en la apelación el fallo fue revocado, indicándose que no era suficiente con el sentido tradicional del *mens rea*, porque no se podía inferir ni dolo oblicuo ni dolo de transferencia de dañar o de producir el resultado más severo y, por ende, no podía imputársele el envenenamiento; por consiguiente, se estableció como regla de Derecho que el actuar «maliciosamente» requiere la prueba que efectivamente se había obrado bajo la convicción absoluta de la ocurrencia probable del resultado. *Regina v. Cunningham*, 41 Court of Criminal Appeal, 155, 2 Q. B. 396, 2 All. Eng. Rep. 412 (1957).

⁵²³ *Simester/Spencer/Sullivan/Virgo, CrimLTD*⁵, p.141.

de daño que se produjo y, pese a lo anterior, haya decidido asumir el riesgo. Dado que ninguno de estos dos elementos se encontraba presente, la sentencia originalmente condenatoria, fue revocada.

b) Caldwell recklessness

La regla establecida en *Cunningham*⁵²⁴ fue revocada temporalmente en 1981 por la Cámara de los Lores en el caso *Metropolitan Police Commissioner v. Caldwell* (1982), donde se asume un criterio objetivo–extensivo de valoración de la previsión del riesgo del resultado.

En este caso un sujeto prendió fuego a la habitación de un hotel mientras se encontraba en estado de ebriedad, siendo acusado, entre otras cosas, por la comisión de un delito previsto en la sección 1(1) de la *Criminal Damage Act 1971*, que consagraba la posibilidad de cometer daños a la propiedad privada con *recklessness*. En el fallo se sostiene este nivel de imputación sobre la consideración que el hecho realizado suponía la creación de un riesgo obvio y grave para la propiedad, con total independencia si en la realización del hecho se pensó o no en la posibilidad de la existencia concreta de dicho riesgo.

Tal como indican Simester y Sullivan⁵²⁵ la relevancia de esta decisión judicial es el haber creado una segunda categoría de *recklessness* en el Derecho penal del Reino Unido. Ello, porque junto a la acreditación de la previsión real del riesgo (regla de *Cunningham*) podría, además, afirmarse su presencia en los supuestos en que el acusado ha fracasado en la representación de la existencia del riesgo, en especial, si este aparece como evidente u obvio. De este modo, se desdibujaba la frontera mínima de la *recklessness* porque pasan a abarcarse tanto los supuestos de errónea inadvertencia como los de una imprudencia grosera.

Pese a que la regla de *Caldwell* ejerció como indican Simester y Sullivan⁵²⁶ una fuerte influencia en el Reino Unido durante los años ochenta del siglo pasado, actualmente ha perdido progresivamente su vigor, en particular, debido a que se aplicó casi exclusivamente como un

⁵²⁴ *R. v. Caldwell*, A.C. UKHL (1982).

⁵²⁵ Simester/Spencer/Sullivan/Virgo, *CrimLTD*⁵, pp. 143-144.

⁵²⁶ Simester/Spencer/Sullivan/Virgo, *CrimLTD*⁵, pp. 143-144.

criterio de valoración de la imputación subjetiva del delito de conducción temeraria que fue derogado en el año 1991 (se afirmaba que el delito podía ser cometido con la ausencia de la total previsión de los riesgos inherentes al tráfico rodado).

Junto a lo anterior, tampoco esta regla ha extendido su aplicación a la valoración del delito de homicidio involuntario, al robo o a la violación; en fin, su ámbito se restringe solamente al delito de daños que es precisamente el supuesto enjuiciado en el caso Caldwell⁵²⁷.

Al respecto, resulta obvio que no todos los riesgos pueden ser objeto de valoración jurídicopenal. Así, conducir un coche, bajar escaleras, realizar deportes, son conductas que involucran riesgos que, en ciertos casos, pueden provocar por mero accidente la muerte o lesiones en otras personas; pero, en la medida en que esos riesgos no superen el nivel de lo aceptable o tolerable para el desarrollo de la vida en sociedad, no deberían interesar al Derecho penal⁵²⁸. En efecto, el riesgo se transforma en inaceptable o intolerable si supera el baremo de lo necesario para el mantenimiento de las condiciones de la vida en sociedad⁵²⁹.

A modo de respuesta a esta regla, la academia penal propuso interesantes conceptos. Por ejemplo, Duff⁵³⁰ sostuvo que la *recklessness* podía ser vista como una indiferencia práctica. Para este autor la *recklessness* podría ser entendida como una conducta que incluye cualquier tipo de consciencia sobre la existencia de un riesgo, inherente u obvio que acompañe la ejecución de la acción, incluyendo cualquier creencia o actitud irracional frente al riesgo, o bien, una seria indiferencia frente a un riesgo que supone un desinterés por los intereses de otros. Un criterio más extensivo aún ha sido propuesto por Tadros⁵³¹ para quien la *recklessness* debería abarcar todos los casos en que se realizan acciones que suponen una desconsideración entendida como la creencia de que las acciones no suponen riesgo alguno.

⁵²⁷ Sobre este punto, ampliamente, Clarkson/Keating/Cunningham, *CrimL*¹⁷, pp. 158-173.

⁵²⁸ Fletcher, *Basics*, p. 119.

⁵²⁹ Bloy/Parry, *Principles*, p. 76.

⁵³⁰ Duff, Antony, *Intention, Agency and Criminal Liability: Philosophy of Action and the Criminal Law*, Basil Blackwell, Oxford, 1990, pp. 172 y ss.

⁵³¹ Tadros, Victor, «recklessness and the duty to take care», *Criminal Law Theory: Doctrines of the General Part*, Shute y Simester (dir.), Oxford University Press, Oxford, 2002, p. 248 y ss.

c) R v. G (2003)

En este caso⁵³² tiene lugar la consagración de una valoración subjetiva de la *recklessness*⁵³³. Según lo indicado *supra* (cap. I), la Cámara de los Lores abolió en la praxis en este fallo la regla objetiva de *Caldwell recklessness*⁵³⁴, en la medida que se sostuvo que era un criterio aceptable, ya que despersonalizaba en exceso el juicio de imputación subjetiva al exigir, únicamente, un actuar indiferente frente a un riesgo que resultaba ser indudable para cualquier persona racional y prudente situada en la posición del autor.

Tal como en *Cunningham* la Cámara de los Lores vuelve a decir que la *recklessness* –incluso en el delito de daños–, requiere para ser apreciada que el autor: (i) con respecto a una circunstancia (elementos del delito, *actus reus* o acción) sea consciente que el riesgo *existe o existirá*; y, (ii) que en relación con un resultado, tenga consciencia que ocurrirá el riesgo y que en las circunstancias que son por él conocidas, resultaba irracional asumirlo⁵³⁵.

2. La frontera de la *recklessness* con la imprudencia

La imprudencia o negligencia exige de una medición cuantitativa y cualitativa acerca de lo que haría una persona razonable y prudente situada en la posición del autor en un momento inmediatamente anterior a la realización del hecho (perspectiva *ex ante*). En Estados Unidos se suele decir que este nivel de imputación es un asunto «complejo» y «oscuro», porque habitualmente se hace referencia a la imprudencia con términos bastante similares a los que se utilizan para definir la *recklessness*, por lo

⁵³² *R v. G* [2003] UKHL 50, [2004] 1 AC 103

⁵³³ Hubo algunos otros casos que discutían la aplicación de la regla del *Caldwell*, por ejemplo: *Elliot v. C. (A Minor)* (1983) 77 Cr. App. R. 103 (Queen's Bench Divisional Court). *R. v. Reid* (1992) 95 Cr. App. R. 391 UKHL. Para una valoración crítica con referencias, Clarkson/Keating/Cunningham, *CrimL*¹⁷, pp. 167-170.

⁵³⁴ *MPC v. Caldwell* [1982] AC 341

⁵³⁵ *R v. G* [2003] UKHL 50, [2004] 1 AC 103.

que la jurisprudencia –en cuanto a criterios– se torna a veces indistinguible, principalmente, por cuestiones derivadas del entrelazamiento del lenguaje utilizado para conceptualizar una u otra categoría. Ahora bien, en esta cuestión subyace una controversia más profunda, vinculada al cuestionamiento de la imprudencia como categoría independiente de imputación subjetiva⁵³⁶.

Desde un punto de vista analítico, hay controversia en torno a su contenido conceptual, porque se afirma que existen al menos tres criterios que pueden operar combinadamente para atribuirle sentido terminológico. De este modo, se suele decir que para afirmar su presencia en el proceso debería al menos acreditarse: primero, que el sujeto al momento del hecho actuó con un reconocimiento subjetivo del daño (es decir, que sabía que su acción conllevaba la posibilidad de producción de un resultado lesivo); segundo, que el hecho involucre un riesgo verdaderamente serio de provocar el resultado (no cualquier riesgo, sino aquellos que en una persona común *ex ante* rechazaría asumir y, por ende, se abstendría de la acción); y, tercero, que se pruebe que la acción conllevaba un riesgo estadístico verdaderamente importante de la posibilidad de ocurrencia del daño (asunto que se acredita, generalmente, a través del sistema actuarial). La diferencia con la *recklessness* está dada por las circunstancias que la negligencia no se sitúa en un nivel de desviación grosera del estándar de comportamiento ordinario y, además, consiste esencialmente en la falta de advertencia de un riesgo que se tenía el deber de prever, en cambio, la *recklessness* es una decisión consciente a favor del riesgo⁵³⁷.

En suma, una conducta es negligente si se sitúa por debajo de lo que una persona razonable habría advertido en relación con el riesgo que involucra la acción⁵³⁸.

En este orden de consideraciones, el acusado solo será responsable por los daños causados por la inadvertencia de riesgos que supera cuantitativamente el porcentaje que es exigido para la previsión del

⁵³⁶ Singer, Richard, «The Resurgence of *Mens rea* : I-Provocation, Emotional Disturbance, and the Model Penal Code», *Boston College Law Review* 27:2 (1986), pp. 243 y ss. Robinson/Cahill, *CrimL*², p. 183.

⁵³⁷ Al respecto, Dressler, *UCrimL*⁶, pp. 130 y ss.

⁵³⁸ Ampliamente, Piña Rochefort, *La estructura*, pp. 102 y ss.

Derecho de daños. Se trata de un peligro que virtualmente cualquier persona, no sólo la persona promedio, puede ver o percibir⁵³⁹. En consecuencia, únicamente en los casos en que el sujeto fracasa en el reconocimiento de un riesgo que era cuantitativamente elevado puede ser criminalizado por el Derecho penal, cuestión que se reduce a la aplicación de un baremo objetivo conocido como el test de riesgos que evitaría una persona razonablemente prudente (*reasonably prudent person*, en adelante, test de RPP)⁵⁴⁰.

Ahora bien, generalmente la imputación a título de negligencia requiere no sólo que se trate de una imprudencia cualitativamente diferenciable de la negligencia que puede originar responsabilidad civil, sino que, además, aparece como una cuestión reservada en la mayoría de las legislaciones angloamericanas, exclusivamente, para los casos en que se comete un homicidio imprudente; sin embargo, hay una tendencia a expandir la posibilidad de incriminación a otros supuestos, particularmente, en casos de delitos cometidos contra menores de edad⁵⁴¹.

A falta de *numerus clausus*, se ha venido sosteniendo la posibilidad de incriminación penal de todo daño negligente probado por el Derecho de daños. Con todo, no hay claridad sobre cuál podría ser el estándar normativo para fundamentar, al mismo tiempo, esa responsabilidad criminal.

En tal orden de valoraciones, puede citarse el caso *United States contra Garrentt*⁵⁴² donde se discutió sobre el límite entre la negligencia civil y la responsabilidad penal. Aquí se trataba de imputar la tentativa de abordar un avión con un arma cargada en modalidad negligente. El imputado alegó haber olvidado dicha arma en un bolsillo de una chaqueta

⁵³⁹ Robinson/Cahill, *CrimL*², p. 184.

⁵⁴⁰ Dressler, *UCrimL*⁶, p. 134 y ss.

⁵⁴¹ Por ejemplo, la inadvertencia por parte de madre de los abusos sexuales que el padrastro hace sufrir a su hijo en su propia casa. La negligencia inconsciente se manifiesta en el no tomar en consideración una serie de conductas que dan cuenta de la posibilidad de que un niño esté sufriendo de un abuso sexual, unido a la negación de posibilidad que sea la pareja en común el autor del abuso, más aún si se sabe, por ejemplo, que el cónyuge ha sido condenado previamente por un delito sexual. Sobre este punto, *Santillanes v. State*, 849 P.2d 358 (N. M. 1993). Críticamente, Robinson/Cahill, *CrimL*², p. 184.

⁵⁴² *United States v. Garrett*, 471 U.S. 773 (1985).

que no utilizaba habitualmente y que había cogido la mañana en que debía abordar el vuelo porque estaba retrasado. El tribunal falló en el sentido que el sujeto podía ser imputado sólo a título de responsabilidad civil por su error negligente y no a título de responsabilidad penal por negligencia, ya que no se trataba de un supuesto de fracaso en el reconocimiento del riesgo de un modo realmente exorbitante o grosero⁵⁴³.

La justificación de la incriminación de la negligencia como modalidad de imputación subjetiva se realiza en los sistemas angloamericanos a partir de las teorías de la pena⁵⁴⁴. Desde este lugar, algunos puntos de vista retribucionistas argumentan que la persona que no ha prestado atención a la creación de un riesgo en el fondo no ha elegido libremente crear la situación que da origen al hecho dañoso y, por ende, carece de culpabilidad en sentido moral. Sin embargo, otras posturas retribucionistas, basadas en la culpabilidad por el carácter, argumentan que la persona no ha tenido la capacidad de dirigir su vida de un modo «negligente», ha desconocido el uso de esa capacidad de un modo correcto en la situación concreta y, por ende, es un sujeto responsable penalmente, por no haber perfeccionado sus habilidades pasadas a fin de poder anticiparse al riesgo cuando tenga lugar.

⁵⁴³ Que en el sistema penal de Inglaterra, como una consecuencia del Common Law, se establezca un sistema de imputación a título de negligencia con una relativa discrecionalidad de los jueces, no ha de verse como una demostración más de vulneración al principio de legalidad en comparación al Derecho Penal continental. Ello, porque la regla general sigue siendo la misma: la excepcionalidad del castigo de la imprudencia. Al mismo tiempo, si se observan algunas legislaciones pertenecientes al sistema continental es posible constatar que, por ejemplo, en Alemania el sistema sólo ha pasado a ser de *numerus clausus* desde la reforma introducida a la Parte general en 1975. En efecto, como explica Bohlander hasta ese entonces la práctica jurisprudencial en el Derecho Penal alemán se limitaba a deducir del respectivo tipo penal, recurriendo tanto a su respectiva estructura como al propósito o espíritu del legislador, la posibilidad de imputación imprudente, lo que expiró a partir de la citada reforma, que configuró la actual redacción del § 15 del Código penal alemán. Es más la diferencia entre el Derecho anglosajón y el continental radica en que en el primero únicamente puede ser punible penalmente la negligencia grosera, porque el resto sólo puede originar responsabilidad civil originada en el Derecho de daños; en cambio, en el Derecho alemán es posible criminalizar incluso una negligencia simple. Bohlander, *Principles*, p. 59.

⁵⁴⁴ Singer/La Fond, *CrimL*⁶, pp. 61-62.

Desde un punto de vista utilitarista (preventivo), tampoco existe unanimidad de fundamentos, por un lado, se afirma que la decisión de castigar penalmente las conductas negligentes puede servir para fomentar las conductas diligentes y cuidadosas, disuadiendo los futuros comportamientos criminales y, por el otro, se argumenta que quienes actúan negligentemente rara vez lo hacen de modo irracional, por lo que la pena no tendrá un efecto educativo y tampoco producirá un efecto real en la sociedad. A este argumento se responde, afirmando que en realidad la negligencia deviene en punible únicamente en los supuestos en que se ha realizado un hecho sin tener en cuenta los cuidados mínimos exigibles a todos los miembros de una comunidad organizada en Derecho, porque el baremo consiste en exigir que las personas tengan cuidado en relación a las acciones riesgosas que ejecutan, aunque la punición de tales comportamientos tenga un efecto marginal en los justiciables⁵⁴⁵.

De esta forma, se constata lo que hemos indicado, esto es, que no hay consenso sobre cuál podría ser el fundamento real de la imputación penal a título de negligencia ni desde las teorías de la pena ni desde su diferenciación cualitativa–cuantitativa con el Derecho de daños.

En la actualidad, según decíamos, más allá del aspecto teórico en la praxis se discute sobre cuál es el estándar de valoración que permite afirmar que una persona ha obrado de un modo negligente en materia penal. Al respecto, se sostiene que no es suficiente con un criterio objetivo entendido como la acreditación en el proceso de una probabilidad estadística de realización del resultado, sino que, también, surge junto con esa cuestión cuantitativa la necesidad de establecer, al mismo tiempo, en un plano cualitativo la relevancia que pueden tener las características personales del sujeto en la aplicación del denominado test de RPP. Tal como explican Singer y La Fond la tendencia actual es una mayor subjetivación del test de RPP⁵⁴⁶.

En efecto, ciertas características del sujeto pueden incrementar los deberes de cuidado originados, por ejemplo, en la valoración de un mayor

⁵⁴⁵ El problema de estos criterios está en que su excesiva inseguridad. El estándar de una persona razonable, aparentemente, normativizado y puramente objetivo, se desvirtúa con una serie de criterios valorativos generales e indeterminados que convierten el juicio de imputación en una cuestión puramente subjetiva. Bernal, *Derecho penal*, pp. 140-141.

⁵⁴⁶ Singer/La Fond, *CrimL*⁶, p. 64.

grado de experiencia, entrenamiento o estudios, que son aspectos que comúnmente se vienen adhiriendo para la calificación del test de RPP. De esta forma, no podría exigirse el mismo grado de cuidado (deber de advertir peligros) a un neurocirujano que a una enfermera o un auxiliar o una persona común respecto de los pacientes o accidentados que se encuentran a su cargo.

En este orden de apreciaciones, se afirma que incluso han de influir las particularidades físicas propias del sujeto, por ejemplo, un grado de ceguera o sordera –con independencia que eventualmente pueda operar como un excusa por déficit de motivación– son aspectos que se unen al test de RPP. Estos aspectos que deben calificarse de subjetivos, influyen de un modo particularmente significativo en el grado de reprochabilidad atribuible a las personas y se incorporan como una regla propia y exclusiva del Derecho penal angloamericano⁵⁴⁷.

En este punto, uno de los aspectos novedosos del MPC (1962) es que incluye la negligencia como un nivel de imputación subjetiva extraordinario, que exige la valoración sobre la conducta de una persona en relación con la acción, las circunstancias que rodean al hecho y el resultado⁵⁴⁸. A diferencia de Inglaterra donde es entendido como un daño provocado absurdamente, en el que la posibilidad de imputación penal, bajo un sistema abierto, depende exclusivamente de los criterios de diferenciación judicial con la responsabilidad civil, en el MPC (1962) y en Estados Unidos, en general, se propone que la negligencia pueda ser configurada como una categoría independiente de atribución de responsabilidad, reservada sólo para el caso de haberse cometido un homicidio (*numerus clausus*).

Aquí es posible efectuar otra distinción vinculada con el marco de penalidad sobre la base del cual se construye el homicidio negligente. Mientras en el Reino Unido la culpabilidad definitiva implica la imposición de una pena que en el homicidio negligente tiene en consideración el mismo marco del «*manslaughter*» (que consiste en matar a otro sin algunas las circunstancias o modalidades de comisión del delito de asesinato; en suma, un homicidio simple),⁵⁴⁹ en el MPC (1962)

⁵⁴⁷ Cfr. Fletcher, *Basics*, p. 117.

⁵⁴⁸ MPC (1962) § 2.02 (2) d)

⁵⁴⁹ Bloy/Parry, *Principles*, p. 223.

se contempla, en cambio, una pena sensiblemente menor. Ahora bien, como ya puede advertirse, en realidad más que una regla básica o subsidiaria de imputación, la negligencia en el MPC (1962) es utilizada como una regla de mitigación de la pena del homicidio que de otra forma sería considerado igualmente como un *manslaughter*⁵⁵⁰.

⁵⁵⁰ Así, Singer/La Fond, *CrimL*⁶, p.78.

G. Los límites del conocimiento (knowledge) en Inglaterra ¿dolo eventual?

En esta categoría existe una importante diferencia entre Estados Unidos e Inglaterra. En el sistema derivado del MPC (1962), el conocimiento (*knowledge*) es una categoría que los códigos penales definen en los términos indicados *supra* (cap. I) y, sobre este punto, no hay prácticamente discusión. En cambio, en Inglaterra debido a la indefinición legal a lo que se unió la circunstancia que en el *Common Law* los delitos graves contemplaban una pena superior para el caso de cometerse con *knowlege* o una sanción equiparable a la intensidad de la pena del propósito o intención, se produjo como consecuencia que el sistema decantara en una serie de reglas de prácticas (*case law*) que han creado una categoría que, en realidad, es una *forma agravada de recklessness*.

En Inglaterra este nivel de imputación subjetiva es definido como la realización consciente de una acción riesgosa respecto de la cual no se ha tenido intención de producir un resultado que, sin embargo, puede entenderse como una consecuencia prácticamente segura de la acción⁵⁵¹.

Según se ha indicado, en Inglaterra se distingue entre, por un lado, el dolo directo (intención o propósito) y, por el otro, el dolo indirecto («*indirect intention*»). El conocimiento se sitúa en este último lugar. Desde el antiguo *Common Law* se considera que en esta categoría subjetiva es determinante el conocimiento sobre las circunstancias concurrentes, en especial, la previsibilidad de las posibles consecuencias derivadas de la acción. El dolo indirecto es una construcción nacida desde la responsabilidad objetiva del tort law, que en el antiguo Derecho del *Common Law* atendía a un juicio sobre lo que el autor había o no *previsto* como una *posibilidad altamente probable* de realización del resultado prohibido con exclusión, al menos en principio, de toda cuestión volitiva. El aspecto cognitivo se analizaba sobre la

⁵⁵¹ «An intention to bring about a result may be found if it is shown that the defendant thought that the result was a virtually certain consequence of his or her action». Simester/Spencer/Sullivan/Virgo, *CrimLTD*⁵, p. 132.

consideración de la conciencia de estar realizando una conducta objetivamente peligrosa, donde el objetivo primario del autor era lograr algo diferente al resultado que cobraba importancia penal en la medida que se trataba, generalmente, de la muerte de una persona⁵⁵².

En el contexto del Derecho penal de Estados Unidos, se ofrecen ejemplos bastante ilustrativos para graficar su contenido. Así, Singer y LaFond⁵⁵³ sitúan en este plano el supuesto de una persona que con la finalidad de ayudar al término a la guerra destruye una fábrica de armamento nazi, que por su ubicación hace que sea inevitable el resultado de muerte para los numerosos niños que se encuentran en una escuela contigua.

Una asimilación conceptual desde la mera traducción, sin averiguación de su contenido, podría *prima facie* inducir a un error sobre el real alcance que tienen las categorías de imputación en el Derecho angloamericano. Es más, incluso el concepto de indirect intention es entendido dentro de estos sistemas como una terminología altamente controvertible. Tal como apunta Duff⁵⁵⁴ el concepto de «intención» acá no tiene mucho que ver con lo volitivo e induce a falacias interpretativas, porque no sólo trata de prever que un daño secundario podría haber tenido lugar como consecuencia de la acción, sino que, también se presenta como una cuestión relativa a una total indiferencia respecto del resultado; en consecuencia, así entendida es una categoría que podría abordarse como un caso límite de *recklessness*.

Otra diferencia terminológica importante entre Inglaterra y Estados Unidos es que en este último sistema el dolo de oblicuidad del antiguo Common Law⁵⁵⁵ se incluye en el concepto de *knowingly*⁵⁵⁶ y, al mismo tiempo, se diferencia totalmente del *intent*. Se sostiene que el autor actúa con *knowingly* si sabe que el resultado, aunque no haya buscado conscientemente sus causas, ocurrirá como una *consecuencia prácticamente segura de continuar en el mismo curso de acción*. La

⁵⁵² Coffey, G., «Comment: Codifying the Meaning of 'intention' in the Criminal law». *The Journal of Criminal Law* 73 (2009), p. 396.

⁵⁵³ Singer/La Fond, *CrimL*⁶, p. 58.

⁵⁵⁴ Duff, *Answering*, p. 152.

⁵⁵⁵ Singer/La Fond, *CrimL*⁶, p. 78.

⁵⁵⁶ MPC (1962) § 2.02.(2) b)

diferencia con el actuar con dolo directo o propósito es que en esta modalidad de dolo el sujeto desea la ocurrencia del resultado, mientras que en el conocimiento el autor prevé el resultado como una posibilidad altamente probable o casi segura de sus actos, porque en realidad no lo tiene verdaderamente en cuenta de un modo sincero⁵⁵⁷. Para afirmar su concurrencia, se exige la prueba que el acusado, al momento de la acción, estaba consciente tanto de la naturaleza de su conducta como de la existencia de las circunstancias que rodeaban su realización. A partir de esa prognosis, se atiende a un resultado que puede o no imputarse como una ocurrencia prácticamente certera originada en la sola intencionalidad de realización de la conducta.

El sujeto que actúa con *knowingly* no actúa con dolo en el sentido de intencionalidad en sentido estricto, pese a que el resultado se encuentra en la misma línea de progresión de su intención. Para acreditar esta categoría únicamente se requiere el conocimiento que el resultado es virtualmente seguro⁵⁵⁸, no se pide que se pruebe la real representación de la posibilidad del resultado, en cuanto esté derivada de la ejecución de la acción, porque el conocimiento, como ya se ha indicado latamente, está unido solo de un modo secundario al aspecto volitivo⁵⁵⁹. Dado que el conocimiento únicamente se vincula, para efectos de prueba, con las circunstancias concretas que rodean la realización del hecho, es suficiente acreditar que el sujeto «acepte o asuma, sin tener serias dudas, en el momento del hecho, que las circunstancias que lo rodean están presentes»⁵⁶⁰.

En ese sentido, tal como podrá advertirse de la cita anterior, en Inglaterra el conocimiento abarca en términos de reglas probatorias criterios que son similares a los elaborados en los sistemas continentales para explicar desde la teoría del consentimiento el dolo eventual. Sin embargo, al menos en principio el contenido conceptual es casi idéntico al dolo directo (*direkter vorsatz* o de segundo grado del sistema alemán, dolo indirecto o de consecuencias necesarias del sistema español), categoría que incluye los supuestos en que el autor sabe que el resultado

⁵⁵⁷ MPC (1962) § 2.02.(2) b)

⁵⁵⁸ Simester/Spencer/Sullivan/Virgo, *CrimLTD*⁵, p. 147.

⁵⁵⁹ Singer/La Fond, *CrimL*⁶, p. 60.

⁵⁶⁰ Simester/Spencer/Sullivan/Virgo, *CrimLTD*⁵, p. 147.

es una consecuencia «casi segura» de su acción y, también, los supuestos en que sujeto no tiene certeza absoluta que el hecho tendrá lugar conforme al plan de autor⁵⁶¹. Sin embargo, en los angloamericanos se reconoce que nada es absolutamente seguro y, por ende, la expresión «casi seguro» es usada para indicar únicamente que una mera certeza del mal o de la causación del daño es suficiente y, también, para decir que el autor no tiene que «desear» el efecto secundario⁵⁶².

Resumiendo: En Inglaterra, a nivel jurisprudencial, se distingue entre el dolo directo (o dolo de propósito) y el dolo oblicuo (o de previsión). El dolo directo es «intentar (querer) una particular consecuencia con la realización de un acto prohibido»⁵⁶³. El dolo oblicuo es la realización de un acto prohibido cuyas consecuencias son imputables al autor pese a que éstas no eran parte del propósito o intención (querer) original⁵⁶⁴. En otros términos, está referido a las consecuencias adicionales, que aunque el autor las previó como una consecuencia probable de la realización de un acto prohibido, no están vinculadas directamente con la intención. Se

⁵⁶¹ Taylor, «Concepts», p. 107. En igual sentido, Bohlander, *Principles*, p. 63.

⁵⁶² Tal como indica Mañalich se debe evitar equiparar la definición de dolo directo de segundo grado con la doctrina del «knowledge» como estado mental requerido para el delito de asesinato en los sistemas angloamericanos porque, a diferencia de lo que ocurre en el Derecho continental, no se exige aquí ningún tipo de representación del resultado, siendo suficiente que el sujeto tenga conocimiento de que es una consecuencia natural de su acción, cuestión que se valora desde el punto de vista de un tercer observador imparcial. Mañalich, «Bases», pp. 622 y ss. De ahí que Taylor indique que le parece un contrasentido que en el dolo de consecuencias necesarias se exija un mínimo aspecto volitivo, el llamado «querer débil». En efecto, pese a que coincide con el término «conocimiento», en el Common Law es una cuestión con un contenido conceptual diferente. Así, mientras en Derecho continental se pide un «conocimiento» sobre la potencialidad de la acción en relación con el resultado, domina en este tipo de dolo, como bien indica el citado autor, el aspecto «cognoscitivo»; pero, al mismo tiempo, se exige la representación de la posibilidad del resultado inevitable como una consecuencia necesaria del actuar, lo que ineludiblemente implica una incumbencia de voluntad manifestada en una suerte de deber general de evitación mínima de comportamientos asociados a riesgos no permitidos. Una cosa es que domine el conocimiento, pero *ello no implica la anulación total del aspecto volitivo*. En cambio, en el Derecho angloamericano, la voluntad no está presente como estándar de valoración de la concurrencia de esta categoría de imputación personal. Taylor, «Concepts», p. 116.

⁵⁶³ Coffey, «Comment», p. 396.

⁵⁶⁴ Coffey, «Comment», p. 396.

trata de casos en que el autor ha realizado una conducta objetivamente peligrosa, pero afirma que su propósito inicial era lograr algo distinto que la muerte de la víctima.

En consecuencia, pese a lo que podría deducirse en una primera aproximación meramente conceptual entre ambos sistemas jurídicos, resulta que la denominación «dolo de oblicuidad» no se condice de modo exacto con las modalidades de dolo del Derecho continental y, más todavía, dentro de los sistemas angloamericanos hay diferencias sobre su contenido según se ha apuntado. Es algo más que el caso Thomas del Derecho continental y se acerca al dolo eventual. Y, es algo más que la *recklessness* del sistema penal de Estados Unidos, sería una forma agravada de la misma.

Todavía más, sucede que esta modalidad de imputación abarca una serie de estados mentales que transitan en la frontera conceptual entre el dolo («*intent*») y la *recklessness*. En efecto, tanto la jurisprudencia, como la doctrina y el legislador a través de los tipos penales descritos en los códigos o leyes especiales, se refieren a este tipo de dolo con diferentes términos técnicos. De todos ellos, ha de hacerse una mención obligatoria y especial a la ignorancia deliberada o *willful blindness*, la que será desarrollada *infra*, porque es utilizada para explicar la forma en que se ha de acreditar el conocimiento en los casos en los que el sujeto alega desconocer que su conducta implica la realización de los elementos materiales del delito⁵⁶⁵.

⁵⁶⁵ En realidad, el término «willfully» es discutido por equivoco y se reserva más bien para el entendimiento del contenido de voluntariedad del *actus reus*. Singer/La Fond, *CrimL*⁶, p. 60.

I. El denominado dolo de oblicuidad («*oblique intent* o *indirect intention*»)

Los casos que se analizan a continuación son propios del Derecho penal de Inglaterra, ámbito en el que han surgido como una forma de excluir la posibilidad de apreciación del error e imputar un resultado más grave que aquel que se tenía intención de provocar, pero que se encontraba en la misma línea de progresión de acción y el riesgo inherente a la realización de la acción conducía necesariamente a la estimación de la posibilidad de una aceptación de las consecuencias del riesgo. Según se ha indicado, en la *praxis* se ha transformado en una forma agravada de *recklessness* y es causa de una discusión jurisprudencial sobre la legitimidad de la extensión de la regla, manifestada en la elección de criterios valorativos objetivos o subjetivos.

Lo anterior, porque pese a que al menos doctrinalmente pueda existir un relativo consenso doctrinal en la definición del dolo oblicuo, se sostiene que los jueces carecen aún de parámetros relativamente claros que permitan instruir a los jurados sobre cómo se aplica o se prueba esta forma de dolo⁵⁶⁶.

Según Kugler⁵⁶⁷ la mayoría de los delitos contienen expresamente la referencia al dolo directo y la desconsideración como categorías de imputación. Pero, son al mismo tiempo tipos de resultado, pero no de cualquier resultado, sino de uno que aparece expresamente indicado en la ley.

En efecto, la técnica más usual es la de expresar en la mayoría de los delitos, la referencia al dolo directo y la *recklessness* como posibilidades de imputación. De este modo, el «provocar un resultado típico», no es cualquier resultado, sino el que aparece abarcado por la descripción delictiva. La esencia del problema del dolo oblicuo es cómo hacer responsable a un sujeto que ha buscado provocar un resultado específico –que por supuesto consigue y aparece comprendido dentro de su dolo

⁵⁶⁶Coffey, «Comment», p. 396.

⁵⁶⁷ Kugler, I., «The definition of oblique intention», *Journal of Criminal Law* 68:1 (2004), pp. 345 y ss.

directo—, por los «otros resultados típicos» respecto de los cuales es consciente al momento de realizar el hecho, en la medida en que hay una certeza práctica de que otro u otros resultados proscritos sobrevendrán, pese a no tener dolo directo o un propósito específico de causar o provocar esos resultados concretos.

1. *DPP v. Smith (1961)*

Este es uno de los primeros casos⁵⁶⁸ en que aparece la extensión de la regla del dolo oblicuo. Aquí el problema objeto de valoración jurídica decía relación con la posibilidad de imputar dolo a quién no ha intentado directamente causar o provocar un daño, pero este puede verse como una consecuencia no solo natural, sino que *probable* de sus actos. Al mismo tiempo, esa ausencia de vinculación directa o intencional —en términos de volición— con el resultado, debe ser de cierta entidad para que pueda diferenciarse de las restantes categorías de imputación subjetiva, en concreto, de la *recklessness*.

En este caso se enjuició a Smith por conducir su coche en posesión de objetos robados y, además, —esto es lo importante— porque no se detuvo frente a un control policial que así se lo ordenó, en el instante en que un oficial se percató de unas bolsas «extrañas» (el objeto del robo) que Smith había puesto en el asiento trasero. En lugar de detenerse a un costado de la autovía, el acusado aceleró su marcha arrollando al policía que se aferró a un costado del coche que siguió un curso zigzagueante por unos metros, hasta que el policía no pudo sostenerse, por lo que fue atropellado por otro coche que conducía en sentido contrario, lo que le causó heridas mortales.

Pese a que Smith declaró no percatarse del todo del policía que se aferró al capó por varios metros, se detuvo doscientas yardas más adelante donde arrojó al costado del camino las bolsas con las cosas robadas. Además, reconoció que regresó al sitio del control policial y, según su versión, no encontró a ningún policía, menos muertos o heridos,

⁵⁶⁸ DPP v. Smith, 19.07.1960, UKHL, 3 W.L.R (Weekly Law Reports) 3 (1960) pp. 546 y ss.

alegó que no se había detenido en el control por miedo y que por la misma razón había huido del lugar⁵⁶⁹.

La Cámara de los Lores estimó que Smith era responsable de homicidio doloso (con dolo de oblicuidad y no *recklessness*) por las siguientes razones: primero, porque en este caso la muerte o el resultado más grave era previsible como una consecuencia probable de la realización de un acto prohibido; y, segundo, porque una persona razonable situada en la posición del autor habría previsto el riesgo de muerte. De esta forma, se introduce en la valoración de una cuestión de imputación subjetiva un baremo que es propio de la relación de causalidad, esto es, de la forma en que se le puede imputar objetivamente un hecho a su autor. Este criterio, es conocido como el baremo objetivo del dolo de oblicuidad⁵⁷⁰.

No hay ningún tipo de coincidencia entre este razonamiento y el Derecho continental. Aunque, alguna similitud puede haber si se va más allá de las diferencias de ubicación sistemática, en la medida que en ambos sistemas jurídicos lo que se busca es introducir correctivos para casos en los cuales no resulta clara la atribución de responsabilidad fundada exclusivamente en una relación de causa–efecto en la que resulte visible e inequívoca la imputación a título de dolo directo.

Lo importante es que aquí se incluye un criterio de valoración objetiva ligado con la probabilidad de producción del resultado, que resulta determinante para afirmar el juicio de inferencia sobre la existencia de al menos un «conocimiento» de los riesgos que implica el llevar a cabo determinadas acciones. Esta idea, no tampoco está ausente en el dolo eventual del sistema continental, donde las teorías de la probabilidad sostienen una idea de dolo que ante todo es conocimiento de la probabilidad del resultado, sin referencia a la intencionalidad.

Esta sentencia de la Cámara de Lores motivó una recomendación de la Comisión de Reforma, que está contenida en el informe de 12 de diciembre de 1966⁵⁷¹, el cual se materializó a través de la introducción de

⁵⁶⁹ AC (1961), p. 290.

⁵⁷⁰ Coffey, «Comment», p. 396.

⁵⁷¹ AAVV. *The Law Commission imputed criminal intent* (Director of Public Prosecutions v. Smith). Laid before Parliament by the Lord High Chancellor pursuant to section 3(2) of *The Law Commissions Act 1965*. British and Irish Legal Information Institute, 1965.

una norma relativa a la prueba del dolo, en el párrafo 8 de la Ley de Justicia Criminal de 1967, donde se señala lo siguiente:

«Prueba de dolo penal. La Corte o el Jurado, en la determinación sobre si una persona ha o no cometido un delito:

- (a) No estarán obligados en su Derecho a inferir el dolo o la previsión de resultado en sus acciones por la única razón de aparecer estas como una consecuencia natural o probable; pero,
- (b) Deberán decidir que el acusado ha actuado con dolo o *con previsión del resultado* con relación a todas las pruebas, adoptando sus inferencias desde la evidencia que aparece como apropiada en las circunstancias»⁵⁷².

La Comisión estimó que la introducción de una regla jurisprudencial puramente objetiva para la prueba del dolo podía traducirse en un criterio excesivamente rígido y, por ello, introduce la subsección *b)* que constituye una instrucción para el jurado en la medida en que en la deliberación sobre si una persona es responsable o no de un delito de homicidio debe considerar toda la evidencia y no sólo limitarse al baremo de adecuación. De este modo, la prueba del dolo se vincula siempre con la previsión del resultado, el criterio debe ser preferentemente subjetivo y cercano a las teorías del consentimiento propias del dolo eventual del sistema continental.

Así el jurado es libre para interpretar la previsibilidad entendida como voluntad de llevar a cabo el resultado, una vez que han sido oídas todas las pruebas en el proceso. De esta manera, se introduce un criterio aparentemente «restrictivo» –en la medida que hace más exigente el estándar de convicción al requerir la prueba del aspecto volitivo–, frente a la decisión de la Cámara de los Lores que a través del baremo de adecuación propio de la probabilidad afirmó el dolo de un homicidio agravado que autorizaba la imposición de la pena de muerte⁵⁷³.

⁵⁷² Criminal Justice Act 1967, Part I. Miscellaneous provisions as to evidence, procedure and trial. Section 8.

⁵⁷³ En efecto, la Ley de Homicidios del Reino Unido de 1957 había abolido la regla de delitos complejos calificados por el resultado, en virtud de la cual se presumía doloso el resultado posterior más grave si existía dolo directo en el delito base (por ejemplo, robo con homicidio, violación con homicidio, secuestro con homicidio, etc.), que se denominaba regla

2. *Hyam v. DPP (1975)*

El siguiente caso la Cámara de los Lores se pronuncia sobre los siguientes hechos⁵⁷⁴: La imputada Hyam (en adelante, *A*) había tenido durante algunos años un romance con un sujeto (en lo que sigue, *B*). El noviazgo terminó abruptamente cuando *B* se comprometió con otra mujer (en lo sucesivo, *C*). Entonces, *A* motivada por los celos se dirigió a la casa de *C* con un galón de gasolina. En su casa *C* vivía con sus tres hijos. Según su declaración *A* sostuvo que se dirigió a la casa de *C* con la finalidad de amedrentarle y, por eso, quería quemar el buzón de la puerta principal de la casa, previa constatación o en conocimiento que *C* no estaba dentro de su hogar.

Sin embargo, dos de las hijas de *C* se encontraban dentro de la casa en una habitación y resultaron muertas producto del incendio generado en el buzón de la puerta principal, ya que el fuego se volvió incontrolable.

Se entendió que era suficiente con probar que la acusada al llevar a cabo tales actos, sabía en términos de un conocimiento sobre un riesgo altamente probable que esos hechos podrían resultar en graves daños a terceros, aunque no se buscara lesionar o matar a una persona concreta. El juez instruyó al jurado en el sentido de que los ánimos o los motivos pasionales y la falta de intención directa no eran importantes en la prueba del *mens rea* del delito de homicidio, conforme a la regla del caso *DPP v. Smith*. La Cámara de los Lores desestimó entonces la apelación y confirmó, en fallo dividido de tres votos contra dos, la sentencia por homicidio con dolo de oblicuidad. El voto de mayoría, sostiene que el dolo puede entenderse como la «previsión de la alta probabilidad de un riesgo grave de muerte o lesiones graves». Lo anterior, porque en el caso

de *felony murder*. Sin embargo, la misma ley junto con abolir esta forma de dolo (conocida como *constructive malice*), deja hasta cierto punto subsistente la regla en el parágrafo 1 (2) el que establece que sin perjuicio de la necesidad de acreditación del dolo, tanto para el delito base como el que se realiza en el curso de este, si la muerte tiene lugar con la finalidad de resistir o evitar un arresto o una detención legal practicada por un oficial de justicia, será considerado como un asesinato con ocasión de un delito.

⁵⁷⁴ *Hyam v. DPP*, también citada como *R. v. DPP*, 21.03.1974, UKHL, WL 41913 (1975) pp. 55 y ss.

concreto la acusada conocía, sabía o no podía menos que conocer que el incendiar la puerta de una casa con bencina constituye la creación deliberada de un riesgo potencial para la vida o la integridad física de las personas.

Por su parte, el voto de minoría estimó que esta consideración de la Cámara de los Lores constituía una expansión del concepto de dolo del delito de homicidio, porque no es lo mismo la intención de causar un daño grave que actuar con la intención de realizar un acto que probablemente cause la muerte. En otros términos que el dolo del delito de homicidio no solo está dirigido a la acción misma en sentido físico, sino que, también, posee un contenido psicológico de disposición mental al resultado, el dolo es querer el resultado y no cualquier resultado, sino el que constituye o abarca la finalidad del autor. En especial, para efectos de la pena, en el delito de homicidio no puede conllevar la misma intensidad de reproche el querer matar directamente a una persona que el querer realizar un acto que puede poner en peligro la vida de personas indeterminadas, sin una aceptación fundada en la previsión de las consecuencias del riesgo.

La crítica a la decisión del caso *Hyam v. DPP* es la de haber creado una regla que supone una forma agravada de *recklessness*, valorada sobre un parámetro puramente objetivo que, al mismo tiempo, constituye una extensión del límite del conocimiento como categoría de imputación⁵⁷⁵. Lo anterior, en la medida que la jurisprudencia pasa a considerar que resulta suficiente con una acción con conocimiento de la creación de un riesgo que supone una alta probabilidad de causar muertes, lesiones o graves daños a terceros⁵⁷⁶.

⁵⁷⁵ Al respecto, Duff, *Intention*, pp. 1-3.

⁵⁷⁶ Coffey, «Comment», p. 398.

3. *R. v. Moloney (1985)*

En esta sentencia⁵⁷⁷, la regla del precedente anterior sufre una adecuación restrictiva en lo que al dolo de oblicuidad se refiere, a través de una revisión de los límites extensivos fijados en el fallo anterior.

En esta sentencia se juzgó al acusado Moloney porque mientras bebía alcohol con su padrastro cogió una escopeta con la intención expresa – según manifestó en su declaración– de gastarle una broma. Así las cosas, apuntó y jaló del gatillo sin cerciorarse previamente si el arma estaba o no cargada, resultado su padrastro muerto a consecuencia de un disparo. La defensa de Moloney argumentó que el acusado no sabía manipular armas y no había actuado con la intención exigida para configurar el delito de homicidio doloso y, por ende, el delito debía ser considerado como una forma atenuada de homicidio involuntario. Sin embargo, fue imputado por homicidio doloso, con dolo de oblicuidad, siguiendo la regla del caso Hyam.

La acusación penal sostuvo que era suficiente con la realización de una acción riesgosa que supone una representación expresada como la previsión de la probabilidad de las consecuencias derivadas de una conducta riesgosa. Durante el juicio, la acusación le insistió al jurado que debía resolver sobre el *mens rea* acudiendo a una fórmula donde para la imputación del resultado a título de conocimiento, es suficiente con que el evento (resultado) aparezca como una consecuencia no absoluta «incuestionable o indudable» sino que relativamente (algo menos que incuestionable) vinculada a la realización de un riesgo con una elevada probabilidad de producir esas consecuencias.

La UKHL acogió el recurso a tramitación en contra de la sentencia condenatoria y modificó la regla del caso Hyam. Al respecto, sostuvo que el dolo de oblicuidad no parecía probado y acogió la apelación, substituyendo la calificación jurídica a «manslaughter» (homicidio no intencional) y, además, realizó una importante indicación para los jueces en la medida que previene que debían abstenerse de realizar instrucciones al jurado sobre el contenido del dolo oblicuo.

⁵⁷⁷ R v. Moloney (Alistair Baden), 21.03.1985, UKHL 1985, WL 310895, A.C. (1985), pp. 905 y ss.

En efecto, la UKHL sostiene que ante la pregunta del jurado sobre cómo se acredita o qué se entiende por el dolo de oblicuidad, los jueces debían limitarse a realizar las siguientes dos preguntas (a modo de instrucción) que cada jurado debía contestar privadamente: ¿Es la muerte o lesiones graves una «consecuencia natural» de los actos del acusado? ¿El acusado podía o debía haber previsto el resultado como una «consecuencia natural» de sus acciones?

Únicamente, es posible afirmar el dolo de oblicuidad en el supuesto en que cada jurado conteste afirmativamente a ambas preguntas.

Así, para la UKHL prever las consecuencias de la acción y asumirlas como un resultado altamente probable no es lo mismo que inferir el propósito o el querer provocar directamente el resultado. En consecuencia, restablece el contenido tradicional del dolo indirecto, propio del antiguo *Common Law* y, con ello, afirma que solo la presencia de un dolo directo u oblicuo (conocimiento de las consecuencias seguras o necesarias, por ejemplo, el caso Thomas) puede servir para afirmar la pena del homicidio, en caso contrario debía ser atenuada⁵⁷⁸.

En esta sentencia, en cuanto al ámbito de prueba, Lord Bridge estimó que el dolo de oblicuidad debía ser probado bajo el estándar de una certeza moral, expresión que en los sistemas angloamericanos implica: (i) la aceptación que no es posible una certeza absoluta de carácter matemático, con pretensión de verdad real, acerca de la existencia de eventos empíricos, (ii) que se debe entender que, pese a ello, es posible acercarse a un cierto nivel de certidumbre que cualitativa y cuantitativamente no llegan a la certeza absoluta, pero permiten destruir la presunción de inocencia. En lo que al dolo se refiere, la certeza moral viene a ser lo que Lord Bridge denomina una probabilidad «algo menos que abrumadora». Esto es, un conocimiento y representación sobre la seguridad del resultado que pueda ser obtenido con un altísimo grado de certidumbre y que permita afirmar más allá de toda duda razonable la existencia del dolo⁵⁷⁹.

⁵⁷⁸ Coffey, «Comment», p. 398.

⁵⁷⁹ Así, se unen dos cuestiones: la certeza moral y la duda razonable. Sin embargo, el razonamiento de Lord Bridge incluye además la referencia a las «consecuencias naturales» de la acción, lo que necesariamente vuelve a incluir un baremo subjetivo en la determinación del significado del dolo en el Reino Unido.

4. *R. v. Hancock y Shankland (1986)*

Al año siguiente, la UKHL vuelve a modificar el significado del dolo oblicuo en el caso *R. v. Hancock y Shankland (1986)*⁵⁸⁰. Aquí, el foco del razonamiento se centró en si las probables consecuencias «naturales» de un daño concreto pueden o no ser imputables a la realización previa de una acción prohibida. En esta sentencia, la Cámara desestima sus propias conclusiones sobre cómo arribar a la conclusión inferencial de la existencia del dolo propuestas en el caso Moloney.

R. v. Hancock y Shankland trata sobre dos mineros que en medio de una huelga empujaron un bloque de concreto desde un puente hacia la autovía. La acción la hicieron en conocimiento que así podían bloquear la única pista por la que transitaban los obreros que eran trasladados en taxi a la mina, porque así lo había dispuesto la empresa para los obreros que no se sumaron a la huelga sindical. Al caer el bloque desde el puente golpeó a un taxi matando a su conductor.

En su defensa los acusados alegaron que solamente habían intentado bloquear el camino y amedrentar a los mineros no adherentes al movimiento sindical, sin intención de matar ni causar lesiones o daños graves. Conforme a lo dispuesto por la UKHL en el caso Moloney, el juez de instancia instruyó al jurado para que contestara las dos citadas preguntas, en especial, aquella referida a la «consecuencia natural». Así, los acusados fueron condenados, en instancia, por homicidio con dolo de oblicuidad. Sin embargo, el Tribunal de Apelación sustituyó la calificación por homicidio no intencional («manslaughter»), a partir de la argumentación que no es suficiente con la previsión de las consecuencias, ello porque el juez al instruir al jurado debía hacerle ver que ha de existir una alta probabilidad que el acusado haya previsto esas «consecuencias naturales» y, además, enfatizar la idea de una probabilidad rayana en la certeza, entendida como una «certeza moral», en cuanto requisito indispensable para afirmar el dolo de oblicuidad, propio del antiguo *Common Law*.

⁵⁸⁰ *R v. Hancock* (Reginald Dean), 27.02.1986, UKHL 1986, WL 406757, A.C. (1986), pp. 455 y ss.

Es necesario aquí hacer una pausa para explicar un poco más este punto, antes de seguir con el análisis del caso.

En relación al contenido materializado del Derecho a la presunción de inocencia (aquí, en cuanto a su dimensión material vinculada a la prueba de los elementos del delito), en particular, el estándar según el cual solo es posible condenar «más allá de toda duda razonable», se sostiene que es una regla que se construye sobre la base de algunas ideas fundamentales:

En primer lugar, todo juez debe dar a conocer al jurado que el conocimiento humano tiene un ámbito restringido y es falible en términos filosóficos. Dado que la reconstrucción de eventos depende de inferencias en las que no es posible pretender una validez absoluta de las premisas y, por ende, se carece en el proceso penal de una certeza matemática a la que se pueda llegar a partir de axiomas sobre qué es el dolo y cómo se prueba (por ejemplo, como tiene lugar con el teorema de Pitágoras).

En segundo lugar, se sostuvo que en el fondo el juez debe indicar que existe otro ámbito donde la inferencia está supeditada a los acontecimientos empíricos, aquí no es posible la certeza irrefutable. En este punto, dice Shapiro tiene lugar la siguiente idea:

«No debemos tratar todo como una mera suposición o una cuestión de opinión. Pero, si es posible establecer aquí niveles de seguridad y, sobre tal consideración, alcanzan niveles más altos de seguridad en cuanto a la cantidad y calidad de la evidencia disponible para nosotros en aumento. El nivel más alto de seguridad en este ámbito empírico en el que pese a no que hay certeza absoluta es posible lo que tradicionalmente se llama certeza moral, una certeza de la que no habría ninguna razón para dudar»⁵⁸¹.

En el caso *R v. Hancock y Shankland* la UKHL pone el acento, precisamente, en la necesidad de una prueba del dolo de homicidio al nivel de la «certeza moral»; por ello, introduce una aclaración a las dos reglas de *Moloney* mediante la distinción entre *previsión e intención*. Así, indica que *si se puede inferir que una consecuencia fue prevista por su*

⁵⁸¹ Shapiro, B., *Beyond Reasonable Doubt and Probable Cause: Historical Perspectives on the Anglo-American Law of Evidence*, University of California Press, Berkeley, 1991, p. 41.

autor, entonces, existe una alta probabilidad que esa consecuencia sea dolosa; pero, no necesariamente quiere decir que lo sea.

Ese nivel de probabilidad puede estar dado por la relevancia de la misma, en consecuencia, *entre más probable sea el resultado mayor es la posibilidad que haya sido previsto por el autor.* Sin embargo, no se expresa cuál es el nivel de probabilidad que podría servir para establecer la posibilidad de la previsión del resultado, además, se dice que no bastaría con la apreciación de este aspecto, por cuanto el jurado debe remitirse al conjunto de evidencias aportadas al juicio.

5. R. v. Nedrick (1986)

La siguiente sentencia que se pronuncia sobre el contenido del dolo de oblicuidad es *R. v. Nedrick (1986)*⁵⁸². Esta sentencia aborda un supuesto de hecho similar –con excepción de las motivaciones personales del autor– al caso Hyam.

En efecto, Nedrick fue acusado de derramar parafina en un buzón de correos situado frente a una casa y prenderle fuego con la finalidad aparente de asustar al dueño de casa. Sin embargo, el resultado fue la muerte de un niño que se encontraba al interior del inmueble producto de la propagación del incendio.

El juez instruyó al jurado en el sentido que podían estimar que el acusado era responsable de homicidio con dolo de oblicuidad si podía afirmar que la acción se ejecutó en conocimiento de una alta probabilidad que la conducta pudiera causar un grave daño a alguno de los ocupantes de la casa. Como puede verse, la instrucción coincide con la regla dada en el caso Hyam y, por ende, el jurado afirmó su convicción por homicidio.

Sin embargo, El tribunal de apelación substituyó el veredicto al mudar la calificación jurídica a homicidio involuntario indicando, además, que la orientación indicada en el caso Hyam no estaba vigente y no era correcta, porque la previsibilidad de las consecuencias de un hecho no pertenece al aspecto sustantivo de la definición de homicidio en el *Common Law*, sino que es parte de la cuestión procesal derivada de la

⁵⁸² *R v. Nedrick* (Ransford Delroy), 10.07.1986, UKHL 1986, WL 408297, 8 Cr. App. R. (S.) (1986) p. 179.

valoración de la evidencia. En otros términos, esto implicaba que la previsibilidad es un término que no puede formar parte de la conceptualización del dolo. El tribunal, sostuvo que a lo sumo, estas cuestiones podrían ser observadas como supuestos de incumplimiento del deber de previsión de riesgos, en la medida en que pueda sustentarse que el Derecho pueda exigir a las personas la evitación de posibilidades de lesión en ámbitos concretos, o bien, podrían tenerse en cuenta para la medida de la reprochabilidad penal, en razón de intereses de orden preventivo, conforme a los niveles de peligrosidad.

En opinión de Lord Lane una orientación al jurado sobre el concepto de dolo no es suficiente, porque se le debe instruir en el sentido que se debe respetar el sentido tradicional del contenido del dolo de oblicuidad y no extenderlo arbitrariamente; en consecuencia, debe decirse que no ha de dar por acreditada la intención a menos que la muerte o lesiones graves sean una consecuencia prácticamente segura (con excepción de las interferencias imprevistas de causalidad) de la acción del acusado⁵⁸³.

En otras palabras, de acuerdo a la evidencia que sea aportada al proceso, las circunstancias y hechos que sean probados, el jurado debe inferir el dolo si el resultado era previsible como una consecuencia prácticamente segura de los riesgos inherentes a la acción misma. Esta forma de inferencia del dolo en el delito de homicidio se denomina *test de la previsibilidad de las consecuencias prácticamente seguras*.

Este test es una combinación de juicios de valoración ex ante y ex post en la medida que el dolo se infiere a partir de la previsibilidad de las consecuencias prácticamente seguras de la acción, desde una aproximación a la situación en que se encontraba el autor en el momento mismo de realizar su conducta, a lo que se unen las circunstancias del hecho y sus conocimientos personales, con independencia si el acusado quería –en términos volitivos– provocar el específico resultado que se ha causado como consecuencia de su acción. Sin embargo, también se excluye la imputación dolosa si el autor ha fallado en la previsibilidad de las consecuencias de su acción, o bien, estimó que los riesgos inherentes a su conducta implicaban una probabilidad mínima de producción del resultado. En consecuencia, *excluyendo los ánimos subjetivos del autor la acción es dolosa si cualquier persona situada en la posición del autor*

⁵⁸³ R v. Nedrick, 8 Cr. App. R. (S.) (1986) p. 180.

podía prever que el resultado concreto era una consecuencia prácticamente segura de su acción.

6. R. v. Woollin (1998)

El siguiente caso que se ocupa sobre el concepto de dolo de oblicuidad es R. v. Woollin (1998)⁵⁸⁴. Este se originó en una apelación interpuesta contra la sentencia dictada por el tribunal del jurado, ratificada en la apelación. En el recurso se alegaba que el jurado había sido instruido por el juez erradamente sobre la definición de dolo. En este caso se había condenado a Stephen Woollin como autor de homicidio doloso al haber arrojado a su hijo de tres meses sobre una superficie dura, provocándole una fractura en el cráneo, lesión gravísima que desencadenó la muerte.

El acusado alegó que en realidad había perdido el temperamento pero que no había tenido intención directa de provocar la muerte de su hijo. El juez le indicó al jurado que de acuerdo a la decisión del caso Nedrick, no podía inferir el dolo de provocar una lesión grave al niño, a menos que estuviesen seguros que el grave daño era una consecuencia prácticamente segura, cuya que el acusado debería haber apreciado ex ante. Por ello, el juez le indicó al jurado que podían condenar en el evento de estar contestes en que el acusado al momento de lanzar al niño debía haber apreciado la existencia de un riesgo substancial de producción del resultado. Por el contrario, si ello no era posible, entonces, debían absolver.

La defensa de Woollin sostuvo en la casación ante la UKHL que el juez de instancia había instruido erradamente al jurado, al hablar de «un riesgo substancial» en lugar de la exclusiva indicación de una consecuencia «prácticamente segura». De este modo, tanto el juez como el tribunal de apelación habían desvirtuado la distinción entre homicidio doloso e involuntario y, por tanto, también, entre dolo de oblicuidad y *recklessness*.

En este caso, la UKHL introdujo una excepción al modelo de instrucciones que el juez podía dar al jurado, al decir que su labor más que «inferir» es «buscar o encontrar» el dolo en la *previsión de los*

⁵⁸⁴ R. v. Woollin (Stephen Leslie), UKHL, 22.07.1998, WL 1042087; 1 A.C. 1999, pp. 82 y ss. 3 W.L.R. 1998, pp. 382 y ss.

resultados prácticamente seguros como consecuencia de la acción. Lord Steyn sostuvo que el juez de primera instancia no había dado instrucciones correctas y, además, no se había ceñido de modo íntegro del precedente del caso Nedrick porque la expresión «riesgo substancial» podía tener precisamente el efecto de mermar la diferencia entre dolo y *recklessness*.

Al sostenerse en la sentencia una equiparación de la previsibilidad de los riesgos inherentes a una acción con el dolo o intención, hay una extensión de su contenido hasta hacer imperceptible su autonomía en relación con otros niveles de imputación, en particular, con la *recklessness*. Junto con esta aclaración se dictó sentencia de reemplazo, substituyendo la condena a homicidio involuntario.

Según explica Lord Hope⁵⁸⁵ aquí se intenta hacer más simple y claro el juicio de inferencia, a través de un modelo de preguntas que deben formularse al jurado, por parte de los jueces de instancia. Este proceso fue bautizado con el nombre de modelo direccional y debía ser utilizarlo del modo siguiente:

«(A) Para determinar si el acusado obró con el dolo necesario, puede ser útil al jurado preguntarse por las siguientes cuestiones:

(1) ¿Cuán probable era la consecuencia resultante del acto voluntario del acusado?

(2) ¿Podía el acusado haber previsto el resultado?

(B) Si la acusación es por homicidio y se trata de un caso dudoso donde una simple orientación al jurado no es suficiente, este puede ser prevenido en el sentido que tiene el Derecho a no inferir necesariamente el dolo a menos que estime con seguridad que la muerte o graves lesiones corporales eran un resultado prácticamente seguro (salvo alguna interferencia imprevista), teniendo en cuenta la acción y lo que el acusado apreció en el caso concreto.

(C) Si una persona realiza una conducta cuyos efectos inevitables pueden resultar en la muerte o en lesiones graves, puede ser irresistible encontrar que el acusado ha querido el resultado por poco que haya deseado o querido que ocurriera. Pero, la decisión debe ser considerada sobre la base de todas las pruebas»⁵⁸⁶.

⁵⁸⁵ Vid., el voto de Lord Hope, R v. Woollin 1 A.C. 1999, p. 97.

⁵⁸⁶ Vid., el voto de Lord Steyn, R. v. Woollin 1 A.C. 1999, p. 96.

7. *R. v. Matthews Darren John y Alleyne (2003)*

Posteriormente, en *R. v. Matthews Darren John y Alleyne (2003)*⁵⁸⁷, se juzga a dos sujetos por robar y secuestrar a una persona a la que condujeron a un cajero automático donde le hicieron girar dinero de sus tarjetas para, posteriormente, al llegar a un puente y tras detener el coche, arrojarlo al río pese a que la víctima les insistió desesperadamente que no sabía nadar, por lo que murió ahogada. Matthews y Alleyne fueron condenados por robo, secuestro y homicidio con dolo de oblicuidad, pero apelaron de la sentencia con el argumento que se trataba de homicidio involuntario con *recklessness*.

El argumento principal de la apelación se sostenía en la consideración que el juez no obró con estricta sujeción a la reglas de inferencia del dolo. En este punto, se decía que el juez había sujetado la valoración del dolo de oblicuidad a una regla diferente a la fijada desde el caso Wollin. En consecuencia, había obrado de un modo contrario a la ley al influenciar al jurado.

En este caso el juez de instancia, se había dirigido al jurado indicándole que debían dar por acreditado el dolo del homicidio si:

«1. Podían estar seguros que la específica intención de matar estuvo presente en la mente de los acusados, o si

2. a) Podían estar seguros que la muerte *era una posibilidad cierta* (con excepción de si hubo intentos de salvarlo), y

b) Si el acusado, cuyo caso ustedes han de apreciar y valorar, al tiempo en que se produjo el deceso por arrojar a la víctima desde el puente, tenían la intención de salvarle y, si sabían o se habían dado cuenta que los otros tampoco tenían intención de salvar a la víctima»⁵⁸⁸.

La apelación fue desestimada porque pese a que la realización de una acción que involucra la creación de un riesgo previsible de producción de la muerte no prueba el dolo, en este caso se observa además que los

⁵⁸⁷ *R. v. Matthews Darren John*, Court of Appeal (Criminal Division), 07.02.2003 2003 WL 117062 (2003), Cr. App. R. 2 (2003), pp. 30 y ss.

⁵⁸⁸ Coffey, «Comment», p. 403.

acusados no hicieron nada para salvar a la víctima y, por ende, es posible entender que obraron con dolo de asesinar al arrojar a la víctima desde el puente sin que ninguno de los acusados manifestara su oposición, lo que supone necesariamente la aceptación de la posibilidad cierta de la muerte.

La regla general actualmente, es la instrucción al jurado sobre la base del sentido natural y obvio del término «intención». Con todo, en los supuestos donde el acusado alega no haber querido la particular consecuencia indirecta de sus acciones, se valora – en lo que se denomina regla de Woollin/Nedrick– la previsibilidad de los riesgos que involucraba la realización de la acción sobre la base de la posibilidad cierta de producción del resultado (en especial, en los casos de homicidio y de lesiones graves).

H. Los límites de la ignorancia deliberada (*willful blindness*)

I. La discusión en el contexto angloamericano

En Estados Unidos se discute si el MPC (1962) hace o no expresamente equivalentes los términos «*knowingly*» –que es el dolo de oblicuidad o dolo indirecto del Reino Unido–⁵⁸⁹ con la denominada ignorancia deliberada («*willful blindness*»). Lo anterior, porque conforme a la idea expresada en su sección 2.02 (8): «el requerimiento de ignorancia deliberada se satisface a través del actuar con conocimiento»⁵⁹⁰.

La expresión «ignorancia deliberada» hace aquí mención a los supuestos en los cuales una persona se sitúa conscientemente en un contexto que supone no querer informarse o desconocer los alcances de un comportamiento que implica el riesgo de realización total o parcial de un delito.

Se trata, como ya se ha indicado, de un supuesto que está en la línea media entre el conocimiento actual que satisface el dolo y la *recklessness*⁵⁹¹.

La idea la expresan con claridad Simester y Sullivan:

«Esta doctrina se aplica en los casos en que el acusado intencionalmente elige no preguntar si algo es verdadero, porque no tiene la duda real acerca de cuál ha de ser la respuesta. Su efecto es atribuirle al conocimiento de esta circunstancia. En otros términos, cuando la doctrina de la ignorancia deliberada tiene lugar, la ley trata al acusado como si obrara con conocimiento y no como si lo hiciera con *recklessness* y, por ende, la intensidad del reproche es mucho mayor»⁵⁹².

⁵⁸⁹ Singer/La Fond, *CrimL*⁶, p. 78.

⁵⁹⁰ MPC (1962) § 2.02 (8)

⁵⁹¹ Simester/Spencer/Sullivan/Virgo, *CrimLTD*⁵, p.147.

⁵⁹² Simester/Spencer/Sullivan/Virgo, *CrimLTD*⁵, p. 148.

Ahora bien, el término *willful blindness* o ignorancia deliberada, es una terminología propia del antiguo *Common Law*⁵⁹³. Antes que se codificara el Derecho penal en Estados Unidos, con la expresión «willful» o «wilful» se hacía referencia a la intencionalidad, pero no a una forma neutra, sino que a una intención que denotaba una disposición anímica-valórica del sujeto frente al Derecho, un estado generalizado de «maldad» en relación con el cumplimiento de normas, un «mal propósito», «una intención malévola»⁵⁹⁴.

Desde la segunda mitad del siglo XX, debido a la influencia del MPC (1962) se discute, como se ha indicado al principio, cuál es el contenido de la escueta regulación de la sección § 2.02 (8). Efectivamente, este precepto hace mención a esta posibilidad excepcional de imputación y la controversia es si debe interpretarse como una forma de *recklessness* o *knowledge*⁵⁹⁵.

El MPC (1962)⁵⁹⁶ derechamente opta por decir que es una forma de conocimiento asimilable al dolo indirecto; por ello, actúa con *willful blindness* quien decide desatender o actuar de modo indiferente frente al conocimiento de los riesgos que involucra su acción; es una decisión de «no tomar en cuenta» riesgos que conllevan que el resultado sea visto como una consecuencia altamente probable o casi segura de la acción.

Desde mediados de los años noventa del siglo pasado, se viene extendiendo el uso de esta categoría diciendo que actúa de modo intencional todo quien decide desatender un deber legal de cuidado a través de acciones se suponen riesgos evidentes, infringiendo así un deber genérico de neutralizar peligros y cerciorarse de su no concurrencia⁵⁹⁷.

Se diferencia de la imprudencia por la circunstancia que no es una inadvertencia, sino que una consciente indiferencia, una decisión

⁵⁹³ Se trata de una categoría que es reconocida en el Derecho Penal de Estados Unidos como un sustituto del «conocimiento» o «dolo indirecto» desde fines del siglo XIX. *Spurr v. United States*, 174 U.S. 728, 738-39 (1899).

⁵⁹⁴ *Townsend v. United States*, 95 F.2d 352, 358 (1938).

⁵⁹⁵ Calcote, S., «Criminal Intent in Federal Environmental Statutes: What Corporate Officers and Employees Should Know», *American Journal of Criminal Law* 20 (1992-1993), p. 364.

⁵⁹⁶ MPC (1962) § 2.02 (8).

⁵⁹⁷ *Cheek v. United States*, 498 U.S. 192, 200 (1991).

personal de desatender el deber de neutralizar riesgos que conllevan el peligro de un resultado lesivo con una probabilidad elevada. Aquí, el resultado o la circunstancia de encontrarse en una situación o estado antijurídico es un evento casi seguro. Y, se parece a la imprudencia en que el criterio para determinar la presencia del riesgo es igualmente el test de la persona racional y prudente.

La diferencia con la *recklessness* es que esta categoría exige una medición del riesgo en términos de utilidad social (una valoración cualitativa), mientras que en la ignorancia deliberada se trata de una medición en términos de probabilidad (una valoración cuantitativa del riesgo). Además, mientras la *recklessness* significa una decisión a favor de la realización de una acción que supone un riesgo socialmente inútil, la ignorancia deliberada es un acto intencional⁵⁹⁸ contra las normas en sentido estricto, aquí el sujeto decide deliberadamente no cumplir con los deberes mínimos de conocimiento exigibles a una persona racional, esto es, decide delibera y conscientemente (conocimiento) ignorar riesgos o peligros evidentes (representación en términos de probabilidad).

La categoría se ha extendido en Estados Unidos como consecuencia del incremento del estándar de conocimiento y previsión de riesgos socialmente exigible a los ciudadanos. Su aplicación tiene además un importante efecto: conlleva la imposibilidad o negación del uso de permisos débiles, en concreto, el imputado de ignorancia deliberada no puede alegar el error sobre el conocimiento de deberes normativos (incluyendo, casos que en el sistema continental se tratan como elementos normativos del tipo o como un error de prohibición)⁵⁹⁹.

Desde un punto de vista práctico, la ignorancia deliberada se presenta como un recurso para expandir el concepto de conocimiento, aplicando la pena del delito doloso a delitos donde podría discutirse un menor nivel de imputación o incluso podría alegarse alguna forma de error.

La expansión de esta forma específica de conocimiento que más bien es un no querer conocer, un no querer representarse las circunstancias fácticas que suponen una relación de la acción con el resultado, requiere de una explicación en relación con la prueba.

⁵⁹⁸ Dressler, *UCrimL*⁶, p. 130.

⁵⁹⁹ Dressler, *UCrimL*⁶, p. 130.

Al respecto, se indica que la constatación de la ignorancia deliberada ha de realizarse mediante una prognosis objetivo-subjetiva. El aspecto subjetivo se vincula con el *mens rea* requerido por la respectiva norma: conocimiento. La valoración de la concurrencia de ese no querer conocer o decidir ignorar está referido a un reproche personal acorde con el estándar de una persona razonable⁶⁰⁰. En consecuencia, lo importante es determinar si el autor al momento de la realización de la acción podía haber tenido conocimiento de la posibilidad de estar ejecutando lo que ha decidido ignorar por completo (punto de vista de la tercera persona). En este punto, se afirma que lo importante es el reconocimiento de la existencia de deberes generales de previsión o advertencia de riesgos o peligros, concretizados aquí en la prueba de circunstancias de carácter irregular que en una persona prudente producirían la sospecha sobre la posibilidad de estar realizando una acción que vulnera el contenido de una norma⁶⁰¹.

1. *Rice v. State*

En Estados Unidos a nivel jurisprudencial este caso⁶⁰² es citado de modo recurrente para fundamentar que la ignorancia deliberada es una

⁶⁰⁰ La ignorancia deliberada se invoca de modo regular en la *praxis* del sistema penal de Estados Unidos para casos de ley de drogas, apoyándose en la circunstancia que la menciona el conocimiento como nivel mínimo de imputación (The Comprehensive Drug Abuse Prevention and Control Act of 1970), que modificó el capítulo 21 U.S.C § 841 «Prohibited act A (a) Unlawful acts (2)» que sanciona a quien con «conocimiento» posea sustancias destinadas al tráfico de drogas. A partir de una reorientación jurisprudencial que se refleja en el caso *Turner v. United States* 396 U.S. 398 (1970), la Corte Suprema adopta la definición de conocimiento del MPC (1962) que, según se ha visto *supra*, reconoce –al menos implícitamente- la ignorancia deliberada como una forma sustitutiva. De este modo, se limitan las defensas de los poseedores de drogas que hasta ese entonces, basándose en la idea tradicional del «conocimiento actual», invocaban el desconocimiento de la naturaleza de la sustancia.

⁶⁰¹ von Kaenel, F., «Willful Blindness: A Permissible Substitute for Actual Knowledge Under the Money Laundering Control Act?», *Washington University Law Review*, 71: 1189, (1993), pp. 1199-1200.

⁶⁰² *Rice v. State*, 766 A. 2d. 663, Md. Ct. Spec. App. (2000).

forma de imputación subjetiva equivalente al conocimiento (*knowingly*) y no a la *recklessness* y, por ende, conforme al MPC (1962) corresponde la aplicación de las mismas penas que la ley establece para el delito doloso, en sentido restringido⁶⁰³.

A partir de esta afirmación, la Corte de Maryland entiende que la ignorancia deliberada es un nivel de *mens rea* equivalente al conocimiento requerido expresamente por el tipo penal de conducción sin licencia de conducir habilitada. Alcance interpretativo que era objeto de la controversia en este caso.

En efecto, se trataba de enjuiciar a un sujeto que alegó no saber (ausencia de conocimiento o *knowingly*) que su permiso se encontraba suspendido, debido a que su cónyuge no le habría entregado la correspondencia de la administración de vehículos motorizados que contenía las notificaciones de suspensión de licencia.

En el juicio se acreditó que mientras su cónyuge se encontraba de viaje el acusado no había revisado, en un lapso de tres semanas, ningún tipo de correspondencia. El tribunal resolvió haciendo suyos los argumentos del juez Chassanow para sostener la parte resolutive del caso *State v. Mac Callum*⁶⁰⁴. Según esta sentencia *el situarse voluntariamente en un contexto de ignorancia* –entendido como el no querer saber–, en relación con los presupuestos fácticos de una norma de prohibición posibilita de todas formas la imputación subjetiva del hecho, con un nivel de intensidad de reproche que equivale al dolo indirecto (denominado, como se ha visto también como conocimiento o dolo de oblicuidad). Ello, porque se entendió que el autor había ejecutado actos interpretables como un propósito de evitar o desconocer las condiciones concurrentes que habilitan el conocimiento. En otras palabras, no se trata de un acto negligente ni de un error sobre los presupuestos fácticos o sobre las normas jurídicas, sino que, derechamente, es una «ignorancia deliberada como forma de conocimiento».

⁶⁰³ Otra aproximación al Derecho angloamericano, en Ragués i Vallès, Ramón, «Mejor no saber: sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en el Derecho Penal», *Discusiones XIII: Ignorancia deliberada y Derecho Penal*, Valenzuela (ed.), Buenos Aires, 2013, pp. 39 y ss.

⁶⁰⁴ *State v. MacCallum*, 583 A. 2d. 250 (1991)

2. *United States v. Jewell*

Esta es una emblemática sentencia⁶⁰⁵ de principios de los años setenta del siglo pasado, que consagró la extensión de la aplicación del *willful blindness* como categoría de imputación para los delitos de tráfico de drogas.

En este proceso la 9ª Corte de Circuito de Apelación juzgó a un sujeto acusado de transportar en un compartimento secreto de su coche cerca de cien libras de marihuana. El delito de tráfico de drogas exigía que el autor tuviese, al menos, conocimiento de la presencia de una sustancia controlada. Jewell alegó desconocer que transportaba específicamente droga. Sin embargo, había suficiente evidencia como para tener por establecido que el acusado conocía de la existencia del compartimento secreto dentro del coche. Se sostuvo que *no podía menos que saber* que usualmente tales gavetas son utilizadas para el contrabando de sustancias prohibidas. En especial, porque Jewell fue sorprendido conduciendo desde México a Estados Unidos.

La Corte razonó sobre la base de la definición de *knowledge* del MPC (1962) conforme a la cual era posible establecer una equivalencia entre la ignorancia deliberada y el conocimiento actual de los hechos⁶⁰⁶.

A esta doctrina se le objeta su inconstitucionalidad⁶⁰⁷. En efecto, se dice que existiría violación del *due process of law* porque se ha expandido la interpretación del conocimiento de modo arbitrario y en perjuicio del acusado; porque en caso de dudas sobre la concurrencia real de dolo indirecto es sencillo recurrir a la ficción de ignorancia deliberada, instruyendo al jurado⁶⁰⁸ para afirmar la culpabilidad⁶⁰⁹.

El argumento se sostiene sobre la base de una infracción al principio de legalidad por aplicación de analogía *contra legem*, puesto que en un

⁶⁰⁵ *United States v. Jewell*, 532 F. 2d 697, 9th Cir. (1976).

⁶⁰⁶ von Kaenel, «Willful Blindness», p. 1202.

⁶⁰⁷ Robbins, I., «The Ostrich Instruction: Deliberate Ignorance as a Criminal *Mens rea*», *The Journal of Criminal Law and Criminology, Northwestern University* 81:2 (1990), pp.191-234.

⁶⁰⁸ Calcote, «Criminal Intent», p. 366.

⁶⁰⁹ Así, *United States v. Ramsey*, 785 F.2d 184, 7th Cir. (1986).

sistema de taxatividad máxima como es el de Estados Unidos, en estricto rigor solo podría imputarse ignorancia deliberada en el evento que la norma penal expresamente la defina y la considere como una forma más de *mens rea*, esto es, como una alternativa de imputación en relación con el conocimiento⁶¹⁰.

Más allá del contenido conceptual, para efectos de una aproximación comparada importa la circunstancia que esta doctrina es utilizada, tal como ocurre en España, como un recurso para negar la existencia del error.

Esta forma de extender la aplicación de la regla de la ignorancia deliberada puede apreciarse en el caso *State v. Nations*⁶¹¹ donde se imputó a un sujeto por delitos asociados a la prostitución de menores, ya que contrató como bailarina de un club nocturno a una niña menor de dieciséis años. El tribunal entendió que concurre la ignorancia deliberada desde el momento en que el sujeto no había pedido información alguna a la bailarina, no se había tomado medidas para cerciorarse que se trataba de una persona mayor de edad. En el proceso, este punto se tuvo por acreditado por el hecho que el acusado no pidió ningún tipo de identificación, situándose así deliberadamente en una situación de no querer conocer ni valorar la posibilidad de estar ejecutando acciones prohibidas.

⁶¹⁰ En esta línea, *United States v. Murrieta-Bejarano*, 552 F.2d 1323, 9th Cir. (1977). Ampliamente, von Kaenel, «Willful», pp. 1204-1207.

⁶¹¹ *State v. Nations*, 676 S. W. 2d. 282. Missouri Court of Appeals, Easter District (1984).

I. ¿Renunciar a la prueba del dolo?

1. Dolo y error sobre los hechos (mistake of facts)

En los sistemas angloamericanos existe una serie de delitos en los que se viene renunciando a la prueba del dolo. Esto se manifiesta no solo en la circunstancia que se excluya la alegación de la ausencia de un concreto nivel de imputación subjetiva, sino que también por el hecho de que se impide al acusado, conforme a criterios de utilidad, alegar un error sobre los hechos.

Estas categorías de delitos no eran propias de la tradición del *Common Law*, sino que se han ido creando por el legislador y la jurisprudencia desde principios del siglo XX.

En efecto, en Estados Unidos el legislador viene renunciado con una particular intensidad a la exigencia de un contenido subjetivo en los tipos penales, consagrando delitos de responsabilidad estricta («*strict liability offenses*») que prescinden de toda posibilidad de invocar el error sobre los presupuestos fácticos de la norma y, por ende, son delitos que se colman con la sola realización del *actus reus*⁶¹².

2. El error en el Common Law (dolo genérico y específico)

Conforme se ha expuesto, existía una noción de *mens rea* calificada como «tradicional» o «histórica», según la cual el hecho era interpretado como un juicio de culpabilidad moral, sin referencias a nociones normativas, vinculadas o concretizadas en específicos estados mentales que, exigidos por las ley penal, orientasen al juzgador para entender en qué medida el hecho podía o no ser atribuible a una persona. Este asunto tiene especial trascendencia en la actualidad para comprender la evolución del tratamiento del error. En efecto, el denominado *mens rea* tradicional, posibilitaba una doble aproximación, originada en las sucesivas leyes penales en la que era posible constatar, como nueva

⁶¹² Fletcher, *Basics*, p. 398.

técnica tipificadora, la cada vez más recurrente referencia normativa a estados mentales concretos. Con ello, la interrogante paso a girar sobre la posibilidad de entender que se requería de una relación entre un «dolo específico» vinculado a la acción descrita en el tipo, o bien, si a contrario sensu debía seguirse la regla «tradicional», según la cual era suficiente con un «dolo genérico» entendido como disposición moral contraria al Derecho, desvinculado de la acción y del compromiso con la realización del resultado⁶¹³.

Esta idea originó la clasificación entre delitos de dolo genérico y delitos de dolo específico. En esta última categoría la regla jurisprudencial en el Common Law se traducía en la posibilidad, una vez negada la existencia del estado mental concreto, de imputar un tipo básico o residual que, generalmente, era este dolo genérico o culpabilidad moral (malicia). Esto implicaba que el error de tipo excluía únicamente el *mens rea* en sentido restringido, siendo posible imputar no imprudencia, sino comisión dolosa en relación al tipo residual o figura básica. De modo contrario, en los delitos de dolo genérico, sin posibilidad de reconducción a un tipo residual ni a figuras básicas, conocidos como *general intent offenses*, el error de tipo excluía la culpabilidad en sentido amplio⁶¹⁴. Al mismo tiempo, esta diferenciación era trasladada a la valoración del error de prohibición, entendido como un error de Derecho, esto es, como una contravención con el mandato general de conocimiento de la ley y, por ende, restaba toda importancia a la alegación sobre el desconocimiento de normas en los delitos específicos.

⁶¹³ En cambio, el dolo específico es el que está presente sólo en las figuras penales que incluyen la frase «*with intent to*», por ejemplo, se afirma que el delito de robo es un tipo que requiere en su aspecto subjetivo, únicamente de un dolo general, en cambio, el robo con violencia o intimidación cualificado -que en el sistema continental se conoce, generalmente, como un delito complejo-, precisa de otro tipo de dolo: uno específico. La virtualidad práctica de la distinción está referida a la carga de la prueba para el órgano persecutor, lo que opera en favor del acusado. Lo mismo ocurría con el delito de incendio realizado con la intención de cobrar un seguro. El delito de incendio, como figura básica, requiere sólo de dolo general (acreditación del *mens rea*), pero el delito de incendio con intento de cobrar un seguro, es un delito cualificado que precisa la prueba general del *mens rea* y la acreditación del específico «intento de cobrar un seguro». Singer/La Fond, *CrimL*⁶, p. 59.

⁶¹⁴ Dressler, *UCrimL*⁶, pp. 153-155.

Este problema fue objeto de consideración en el caso *People v. Hood* (1969)⁶¹⁵, donde se sostiene que el dolo genérico, que está presente en todos los delitos, en los delitos especiales requiere además de una voluntad concurrente al momento de la realización del hecho, vinculada con la realización específica del *actus reus*. De esta forma, si el imputado se encontraba bajo intoxicación alcohólica voluntaria no es posible condenarle, aún a título de obligación del conocimiento de la ley, por el dolo específico requerido por el tipo penal. Por ende, en los delitos en los cuales la acción exige un estado mental concreto, un error «razonable» sobre la concurrencia fáctica de los presupuestos de hecho suele ser suficiente para justificar una defensa⁶¹⁶.

Con todo, la distinción esbozada, conforme a la cual cada delito tiene su propio dolo con requisitos específicos para su prueba, resultó ser más bien aparente. En efecto, la virtualidad práctica de la distinción se complejizó con las ideas que, con posterioridad, pasaban a discutir si era o no posible subdistinguir para aplicar un estándar probatorio diferente dentro de los distintos elementos de la descripción delictiva. Esto conllevó la aplicación de un tipo de *mens rea* para unos elementos y otro para los restantes, cuestión que al final quedaba nuevamente entregado a la arbitrariedad del juzgador⁶¹⁷.

Ahora bien, la tendencia actual es el abandono de esta distinción debido a la dificultad que tienen los tribunales para determinar si el delito es de intención genérica o específica. En gran parte, ese abandono se debe a la influencia progresiva, en todo el Common Law del MPC (1962), el cual elimina la distinción entre delitos de dolo genérico y específico y, además, establece una regla de equiparación de valoración y efectos del error de tipo y el error de prohibición.

En efecto, en el MPC (1962) el error de prohibición y el error de tipo son considerados como una defensa, ambos excluyen el dolo y el conocimiento de la antijuridicidad, conforme a la siguiente regulación:

⁶¹⁵ *People v. Hood*, 462 P. 2d 370 (1969).

⁶¹⁶ Robinson, «*mens rea*», p. 996.

⁶¹⁷ El problema aparece en Robinson, «*mens rea*», p. 997.

«Sección 2.04. La ignorancia o el error.

La ignorancia o el error que recae sobre los hechos o la ley constituye una defensa si:

La ignorancia o error excluye el propósito, el conocimiento, la creencia, la desconsideración o negligencia exigidos para establecer el elemento material del delito; o la ley prescribe que un determinado estado mental por el cual la ignorancia o el error constituye una defensa»⁶¹⁸.

De esta regulación se desprende que hay un tratamiento unitario del error de prohibición y del error de tipo, conforme a una regla de relevancia que se conoce en el Derecho de Estados Unidos como «rule of logical relevance». Según esta regla, el error resulta ser determinante para la exclusión de la responsabilidad penal solo si es incompatible con la existencia de los requerimientos subjetivos que exige el tipo⁶¹⁹.

Ahora bien, tal como ocurre en el Derecho continental es posible distinguir en este punto supuestos en los cuales el autor actúa con dolo, pero este no abarca el resultado, o bien, este ocurre de un modo totalmente diferente al propósito del autor. Es cierto que tales situaciones pueden desglosarse en numerosas posibilidades. Sin embargo, si se asume como punto de referencia inicial un supuesto hipotético en que podría existir absoluta correspondencia de atribución de sentido a la acción como sería el caso en que *A* apunta a la cabeza de *B* con un revólver y le dispara a corta distancia produciéndose la muerte, resulta posible agrupar preliminarmente cuatro hipótesis que derivan de la progresión del defecto de correlación entre el dolo y el resultado: i) *A* actuó con el propósito de disparar a un árbol, porque se ha probado que ignoraba que *B* se hallaba en su interior escondido, y, por ende, ha faltado «el otro» exigido por la respectiva descripción legal del delito de homicidio; ii) *A* no tenía la intención de disparar *B*, porque conforme a la prueba allegada al proceso se ha acreditado que jaló del gatillo pensando que el arma se hallaba descargada; iii) *A* dispara el arma con la intención de matar a *B*, pero ha resultado la muerte de *C*; iv) *A* dispara el arma con la intención de herir a *B*, pero resulta la muerte.

⁶¹⁸ MPC (1962) § 2.04.

⁶¹⁹ Robinson, «*mens rea*», p. 997.

Las hipótesis i) y ii) en el Derecho angloamericano son supuestos que se relacionan con lo que se conoce como *mistake of fact* (error de hecho) cuya naturaleza jurídico-penal es la de constituir una excusa⁶²⁰ que excluye, al menos en principio, la posibilidad de imputación subjetiva y que puede ser definida como un supuesto en el cual, pese a que se ha provocado un daño socialmente proscrito por las normas, es posible inferir, a través de la conducta desplegada, que el autor ha incurrido en una falsa representación de la concurrencia de los presupuestos facticos de la imputación contemplados en la norma⁶²¹.

En este orden de consideraciones, es necesario realizar algunas precisiones relativas a una distinción sutil, pero trascendente para los efectos de una aproximación descriptiva, según la cual no es lo mismo la ignorancia de los hechos concretos que el error sobre la concurrencia fáctica de los hechos. La ignorancia implica una total falta de

⁶²⁰ Las *excuses* (sencillamente, excusas) constituyen una categoría de defensas legales que pueden ser invocadas por el acusado para excluir su culpabilidad. A través de ellas se reclama alguna condición o circunstancia personal concurrente al momento de la realización de la acción que inhabilita el reproche por parte de la ley penal. Ahora bien, el hecho continúa siendo contrario a la norma penal (lo injusto no desaparece), pero admite la posibilidad de exclusión de responsabilidad en virtud de circunstancias especiales de inexigibilidad o condiciones personales inherentes al sujeto que hacen sugerir que no le es atribuible el hecho en relación con la capacidad de acción. Se diferencia del error de Derecho («*mistake of law*») en que este es una mala interpretación de «lo permitido o prohibido» que resulta relevante para la situación ocurrida; la ignorancia de la ley no constituye una excusa en el Derecho anglosajón. Sin embargo, el error de Derecho puede constituir una defensa en los casos en que el delito requiere de un tipo específico de dolo, o bien, cuando el error de Derecho niega el *mens rea* requerido por la norma. A este respecto, *Ratzlaf v. United State*, (92-1196), 510 U.S. 135 (1994). Dentro de esta categoría se incluyen otros supuestos de inexigibilidad, como la defensa afirmativa de *duress* en el que el sujeto realiza una conducta coaccionado para su realización, debido a la existencia de una amenaza o de una fuerza ilegítima contra su persona o un tercero. También, se incluyen aquí los supuestos de intoxicación por introducción de una sustancia en el cuerpo sin el consentimiento del acusado, que en el caso de ser voluntaria sólo excluye el dolo directo en aquellas figuras penales en las que se pide expresamente. Además, hay otras defensas como la de minoría de edad, el *entrapment* y el *syndrome-based defense enhancements*, que no es del caso desarrollar aquí por exceder los límites de esta investigación.

⁶²¹ Dressler, *UCrimL*⁶, p. 155.

conocimiento es «un actuar con la mente en blanco en consideración a los hechos», mientras que el error supone una errónea creencia de la realidad. Según explica Dressler la diferencia no tiene efectos prácticos apreciables en el Derecho angloamericano⁶²², lo que hace que el supuesto de imprudencia inconsciente no constituya en el Common Law una categoría especial de imputación, sino que un supuesto asimilable valorativamente al error de hecho («*mistake of facts*»); y, en consecuencia, la idea básica es que quien actúa en estos supuestos tiene, tal como su nombre lo indica, una errada percepción de la realidad que, al no estar originada en una causa de demencia, intoxicación u otros factores especiales, permite exculpar al autor del daño causado.

El fundamento para excluir la imputación del autor que ha actuado con error de hecho no es otro que la imposibilidad de inferir la libertad de la voluntad en sentido pleno. Aunque se reconoce que el uso del término «voluntario» es algo controvertible debido a las numerosas acepciones que posee en el Derecho Penal anglosajón, acá se utiliza en el sentido de que el sujeto realiza un hecho sin tener ningún tipo de oportunidad de evitar un daño que podría no haberse producido de saber lo que estaba haciendo; por ende, más que con el aspecto «volitivo» (capacidad de control de la conducta) se conecta con el aspecto «cognitivo» (estar consciente de lo que se realiza)⁶²³.

De esta manera, no podría afirmarse que quien ha actuado en los supuestos i) y ii) haya obrado con dolo («intent») puesto que faltaría el aspecto cognitivo del mismo, esto es, conocer los riesgos que implica la realización del hecho. En cuanto al *mens rea*, el error de hecho («*mistake of facts*») elimina tanto la culpabilidad en sentido amplio entendida como ausencia de la libertad de la voluntad y, por ende, como incapacidad social de reprochabilidad moral por el daño causado, como también, la culpabilidad en sentido restringido, esto es, aquella disposición mental contenida en el respectivo estatuto normativo. A esta afirmación hacen excepción los delitos de responsabilidad objetiva en los cuales no es necesaria la acreditación de ningún tipo de *mens rea* y, por ende, conforme a su propia naturaleza impiden la alegación de la excusa de error sobre los hechos.

⁶²² Dressler, *UCrimL*⁶, p. 155.

⁶²³ Dressler, *UCrimL*⁶, p.156.

Acá hay otra diferencia con el Derecho continental, en particular, en un caso que es citado como un supuesto ícono de error de tipo esencial invencible en que incurre el sujeto que actúa en representación errónea sobre la edad de la persona con quien realiza un acto sexual consentido. En el Derecho angloamericano, por regla general, el delito de violación cometido contra menores de edad no admite la alegación por parte de la defensa de que conforme a las circunstancias concretas que rodean el hecho el sujeto incurrió en un error sobre la capacidad de consentimiento sexual, incluso aunque aquello pueda resultar una cuestión razonable debido a la apariencia física del sujeto pasivo, o bien, de acuerdo a la forma en que tuvieron lugar los hechos⁶²⁴. De este modo, puede verse que no todos los supuestos de la hipótesis i) admiten en ambos sistemas un idéntico tratamiento jurídico.

En el Derecho angloamericano, la cuestión sobre la razonabilidad del error se decide en el caso conforme a la estructura de cada delito. Así, por ejemplo, a partir de la reforma que ha tenido lugar en Inglaterra en el año 2003, los delitos sexuales cometidos contra menores han pasado a estructurarse básicamente como delitos de responsabilidad objetiva («*strict liability*»). Pero, fuera de esas diferencias de estructura típica interna y del hecho que no se considere en el Derecho continental al error como una defensa –en el sentido anglosajón del término–, sino como un supuesto de exclusión del dolo, lo trascendente es siguiendo a Bohlander⁶²⁵ que en el Derecho anglosajón el error sobre los presupuestos fácticos de la concurrencia del *mens rea*, en su modalidad de *intent*, es una cuestión que se reduce a la prueba en el proceso y no a fórmulas generalizadoras. Así, en relación con los delitos contra la libertad sexual cometidos contra menores de edad, la cuestión ha sido reseñada por Lord Hailsham al sostener, con ocasión del fallo del caso Morgan⁶²⁶, del siguiente modo:

⁶²⁴ Dressler, *UCrimL*⁶, p. 155.

⁶²⁵ Bohlander, *Principles*, p. 71.

⁶²⁶ *Regina v. Morgan*, UKHL, A. C. 182 (1976). Kadish, S./Schulhofer, S./Paulsen, M., *Criminal Law and its processes: cases and materials*, 4^a ed., Little Brown & Co., Boston, 1983, pp. 286-292.

«Una vez que hemos aceptado que el contenido de la prohibición del delito de violación es la realización de un acto sexual no consentido y que el estado mental exigido para afirmar la culpabilidad es el dolo; es una cuestión de lógica formal inexorable que no hay espacio para la valoración razonable y sincera del error sobre los hechos. O bien, la fiscalía prueba que el acusado actuó con el dolo requerido por la norma o no lo hace. En el primer caso, afirmará la culpabilidad y en el segundo, sencillamente, no»⁶²⁷.

En cuanto al supuesto ii) las posibles soluciones en el Derecho continental irían por afirmar que se trata de un caso de error de tipo esencial vencible que excluye el dolo y deja subsistente la culpa; y, también, sería factible aseverar derechamente la imputación a título de culpa inconsciente, debido a que el sujeto ha obrado con total inadvertencia en relación con un peligro concreto que ni siquiera se interesó en constatar. Ambas tesis, serían correctas. A su turno, en el Derecho anglosajón sucede algo, en principio, bastante similar, el caso sería tratado como un error que recae sobre los presupuestos fácticos de la realización del *actus reus* y la consecuencia más aceptada es la de imputar por defecto negligencia. Ahora bien, tal como en el Derecho continental la medida para la exclusión de la imputación subjetiva queda sujeta a un baremo que apela a la razonabilidad o irrazonabilidad de la representación de la existencia de los presupuestos fácticos de la imputación penal en el hecho concreto en que haya tenido lugar. Así las cosas, se dice que la equivocada interpretación de los hechos, por parte del sujeto, excluye la culpabilidad a menos que pueda afirmarse un merecimiento de pena por haber incurrido en el error. Ello ocurre, por ejemplo, en los casos en que una persona razonable con un mínimo de cuidado podría haber evitado incurrir en el error. Con todo, ello tampoco será posible en todos los supuestos, al menos no penalmente, porque en el Derecho angloamericano se requiere para ello que se trate de una negligencia «grosera», esto es, el realizar una acción que implique un riesgo injustificado cualitativamente más grave del que podría resultar de una mera responsabilidad civil⁶²⁸.

⁶²⁷ *Oo. Bohlander, Principles*, p. 71.

⁶²⁸ Dressler, *UCrimL*⁶, p. 124.

En esta misma línea de apreciaciones, en el Derecho continental los supuestos comprendidos en los casos iii) y iv) siguen siendo abordados como casos de error de tipo. En efecto, podría indicarse, por un lado, que el supuesto iii) es un caso de error en el golpe y, por el otro, que la hipótesis iv) es una cuestión referida a los denominados delitos preterintencionales, en aquellos sistemas en los que subsisten. No ocurre lo mismo en el Derecho angloamericano donde ambos casos pasan a constituir modalidades específicas de imputación subjetiva. En efecto, el caso iii) se estatuye como una modalidad independiente de dolo, conocido como dolo de transferencia («*transferred intent*»); y, el caso iv) es abordado como otro supuesto diferenciable de los anteriores al cual se le ha dado el nombre de dolo de oblicuidad («*oblique intent*»). A ambos tipos de dolo dedicaremos los apartados que siguen.

3. Dolo de transferencia («*transferred intent*»): error en la persona

En el Derecho anglosajón es común afirmar que esta institución es propia del Derecho de daños y que se ha transpuesto al Derecho penal a raíz de la influencia de la jurisprudencia como fuente del Derecho, resumiéndose en la curiosa afirmación que «la intención sigue la bala»⁶²⁹.

Ahora bien, aquí la responsabilidad pone su acento exclusivamente en los resultados que pueden ser vistos en la misma línea de progresión de un *actus reus* llevado a cabo con dolo. Se trata de una doctrina que se aplica en el Common Law desde el siglo XVI, adoptada también por el Derecho Penal de Estados Unidos donde conforme explica Dressler⁶³⁰ es invocada comúnmente para la solución de los casos en que una persona intenta matar a otra, pero accidentalmente el resultado lesivo previsto se realiza en un sujeto diferente. En tales supuestos, sobre la consideración de que se trata de un daño respecto del cual la sociedad no puede permanecer indiferente, si se logra acreditar la determinación dolosa en el hecho inicialmente propuesto, el acusado ha de ser juzgado

⁶²⁹ Singer/La Fond, *CrimL*⁶, p.57.

⁶³⁰ Dressler, Joshua, *Cases and materials of Criminal Law*, 3ª ed., Thomson West, St. Paul, 2003, pp. 149-150.

exclusivamente por el daño efectivamente provocado con la misma intensidad que el primer hecho que ha intentado cometer, como si verdaderamente la acción se hubiere dirigido contra quien originalmente debió haber sido un mero espectador o podría haber permanecido ajeno de toda vinculación fáctica.

Así, por ejemplo, si *A* con el propósito de matar dispara a *B*, pero en realidad no se trataba de *B* sino que de *C*, o bien, dispara a *B* con representación de la posibilidad de acertar en *C*, igualmente será responsable por el homicidio doloso de *C*⁶³¹ (sin diferencia de criterios entre el error en la persona o en el golpe, que en el *Common Law* tienen un tratamiento unitario)⁶³². Se habla entonces de dolo de transferencia («*transferred intent*»)⁶³³. Con todo, el supuesto ha de distinguirse del ejemplo donde la bala no logra llegar a *B*, sino que rompe el cristal de la tienda que está detrás, ahí no hay dolo de transferencia en relación con el delito de daños, porque en este caso la regla del *Common Law* es que se responderá sólo por el delito de daños, sin relación concursal ideal a diferencia de lo que puede ocurrir en el error de tipo del Derecho continental⁶³⁴.

⁶³¹ Dressler, *UCrimL*⁶, p.124.

⁶³² *Regina v. Latimer*, 17 Q.B.D. 359 (1886). Este caso es una antigua regla del *Common Law* originaria del Reino Unido que decidió un caso en el cual dos sujetos se trenzaron en una pelea dentro de un bar, hiriendo al acusado no sólo a quien pretendía lesionar dolosamente con un cinturón, sino que, también, de refilón golpeó además a una mujer, hiriéndola gravemente. El agresor fue acusado también de lesiones dolosas en relación a este segundo hecho, en contravención al art. 20 de la antigua ley delitos contra las personas de 1861. En el juicio Lord Coleridge fundamentó la imputación sobre la consideración que el sujeto había obrado con un «dolo general», porque es de conocimiento común que un hombre que tiene una intención contraria a Derecho y que actúa maliciosamente en contra de otro si perjudica a una tercera persona, es culpable por estar realizando de modo consciente un acto ilegal.

⁶³³ Ahora bien, ha de mencionarse que existe una tendencia jurisprudencial a rechazar la utilidad de la conceptualización diferenciada del dolo de transferencia. Se argumenta que para establecer que hubo dolo, correlación entre el *actus reus* y el *mens rea*, es suficiente con acreditar en los delitos de dolo genérico la existencia de una «voluntad maliciosa». Así, Jones, T./Christie, M., *Criminal Law*, W. Green/Sweet & Maxwell, Edinburgh, 1996, pp. 58-59.

⁶³⁴ *Regina v. Pembrilton*, LR 2 CCR 119 (1874). Es otra antigua regla del *Common Law* invocada en el Reino Unido, en la que se resolvió que no hay dolo de transferencia en un caso

De este modo, quien intenta matar a otro y lo consigue pero en una persona diferente es responsable, porque ha llevado a cabo precisamente el hecho intentado. Ahora bien, la pregunta que surge casi de modo inmediato es qué sucede en los casos en que la persona finalmente afectada no es «cualquier persona», sino un sujeto sobre la cual recae una cualidad especialmente considerada por la ley para calificar el hecho, por ejemplo, un Juez o un Fiscal. En principio, la regla es la misma que en el Derecho continental, esto es, no se aplicará el delito cualificado, sino que se imputará, en el evento que sea posible, el delito no cualificado o figura básica en el cual sea subsumible la conducta dolosa⁶³⁵. Al respecto, en el caso *Ford v. State*⁶³⁶ se estableció como criterio la regla de que el dolo de transferencia regía tanto para los delitos regulados con dolo específico como con dolo general, pero debía hacerse una distinción en relación con los delitos especiales, porque en estos –que son los que requieren de un dolo y un daño específico provocado a una persona cualificada– no es posible hablar de dolo de transferencia, para tales supuestos podría eventualmente concurrir una relación concursal. En consecuencia, en estos delitos de sujeto pasivo cualificado, lo importante en el Derecho angloamericano pasa a ser si el autor podía o no prever la posibilidad eventual que se realizara un resultado diferente. Así, por ejemplo, A lanza una piedra contra B, pero con ella lesiona a un sujeto pasivo cualificado C, que está a corta distancia, responderá por la tentativa de lesiones en grado de dolo respecto de A y por lesiones consumadas con *recklessly* o negligencia en relación con C⁶³⁷.

en que un sujeto que, en una riña callejera, lanzó a otro de los contendores una piedra no alcanzando su objetivo, pero sí a un vidrio provocando daños de un valor considerable.

⁶³⁵ En los delitos especiales el dolo se integra por una triple valoración que exige: primero, que el sujeto realice el *actus reus* descrito en todo o parte del respectivo delito; segundo, la existencia de un propósito o dolo específico de lesionar a una persona cualificada; y, tercero, la conciencia del sujeto de estar realizando una conducta criminal. Dressler, *UCrimL*⁶, p. 145.

⁶³⁶ *Ford v. State*, 333 Md. 682, 625 A. 2d. 984 (1993). LaFave, *MCrimL*⁵, pp. 124-129.

⁶³⁷ Singer/La Fond, *CrimL*⁶, p. 57.

4. ¿Strict liability?

Al principio de este apartado, indicábamos que en el Derecho penal angloamericano hay tipos penales donde no es necesario que la acusación pruebe la existencia de forma alguna de imputación subjetiva, desde el momento en que es suficiente con la acreditación de una relación de causalidad entre la acción y el resultado. Estos delitos son conocidos bajo la categoría de tipos penales de responsabilidad objetiva o *strict liability*⁶³⁸, donde puede considerarse culpable a una persona incluso en el supuesto de que haya actuado en consideración a que estimaba razonable su conducta en la situación concreta en la que tuvo lugar.

Para justificar este tipo de incriminación –que en el Derecho continental podría ser considerada contraria al principio *nullum crimen nulla poena sine culpa*–, se dice que hay un interés público comprometido en la regulación de ciertas actividades que implican acciones inherentemente riesgosas, donde es necesario introducir legislativamente deberes de prevención y aseguramiento para evitar daños en la población, particularmente, en ámbitos en que es posible la ocurrencia eventual de afectaciones de valores o intereses vinculados a espacios en los que se desarrollan actividades económicas o sociales que, siendo necesarias o permitidas dentro de cierto contexto normativo, tienen o pueden tener injerencia en la esfera individual de los ciudadanos. Es el caso, por ejemplo, de la contaminación del medioambiente, venta de alcohol, comida y medicamentos. Se trata de ámbitos de relación donde se asume como necesaria per se la significación jurídicopenal de ciertas conductas que ordinariamente no han pertenecido al Derecho Penal, pero necesitadas de refuerzo preventivo general. En efecto, como indica Herring «la amenaza de la castigo penal puede alentar a las empresas a tomar resguardos de que no están infringiendo la ley»⁶³⁹.

La técnica legislativa se traduce en tipos penales que a nivel procesal se estandarizan con un nivel probatorio que requiere únicamente de un

⁶³⁸ Herring, *CrimL*⁶, p. 63. Puede verse con referencias críticas, Varela, Lorena, «Strict-Liability como forma de imputación jurídicopenal», *InDret* 3 (2012), pp. 19 y ss.

⁶³⁹ Herring, *CrimL*⁶, p. 82.

mínimo objetivo de acreditación de los presupuestos fácticos del *actus reus*. Así, se exige solamente la prueba de la realización de un hecho voluntario y la acreditación de la participación del sujeto, sin valoración de nivel alguno de imputación subjetiva.

Se argumenta a favor de este criterio, diciendo que en ámbitos como el tráfico rodado sería políticamente inadmisibles exigir un estándar probatorio que, por ejemplo, en el delito de conducción temeraria, vaya más allá de la acreditación del hecho que el sujeto conducía a exceso de velocidad, tal como podría tener lugar si se requiriese constatar que quien ha incurrido en tal conducta sabía o conocía que sobrepasaba el límite permitido⁶⁴⁰.

Una objeción de particular relevancia se ha planteado en relación a la posibilidad de que los tipos penales de *strict liability* infrinjan el artículo 6º de la Convención Europea de Derechos Humanos. La opinión en el Reino Unido se ha resumido en los argumentos dados por Lord Hope⁶⁴¹ quien ha explicado que no existe en el Common Law la pretendida vulneración del convenio europeo, por cuanto únicamente se establece en su texto el Derecho al *due process of law* (debido proceso legal); y, en lo relativo al segundo numeral, la citada norma sólo consagra el Derecho del acusado a la presunción de inocencia hasta que la culpabilidad haya sido legalmente declarada. De este modo, la referida norma está vinculada a garantías de orden procesal, en concreto, al Derecho a un racional y justo procedimiento (*fair trial*) y no a los aspectos sustantivos de la descripción legal de la conducta punible. En suma, la norma del convenio trata sobre una regla relativa a las garantías que tienen Derecho a exigir los justiciables de la administración de justicia penal en un proceso penal adversarial, pero no se refiere a cuestiones vinculadas con el Derecho sustantivo interno.

A diferencia de lo que ocurre en el Reino Unido, en Estados Unidos se ha discutido a nivel jurisprudencial y doctrinal la constitucionalidad de esta forma de atribución de responsabilidad. Al respecto, se indica que no es posible estimar un acuerdo en la Corte Suprema sobre este punto⁶⁴², en

⁶⁴⁰ Herring, *CrimL*⁶, p. 82.

⁶⁴¹ *R v. G*, 18.05.2008, UKHL 37.

⁶⁴² Singer/La Fond, *CrimL*⁶, pp. 74-75.

los últimos pronunciamientos al respecto (en especial, *Clark v. Arizona*)⁶⁴³ se sostiene que las legislaturas de los Estados tienen la autoridad soberana, tanto para definir y limitar el *mens rea*, como las defensas que puede invocar el acusado y, todo lo anterior, sin restricción alguna.

Ahora bien, la pregunta es en qué casos puede decirse que estamos en presencia de un tipo penal de *strict liability*, porque el legislador no lo dice expresamente, ni suele agrupar estos delitos de modo expreso. Al respecto, parece ser mayoritaria la tesis que sostiene que hay algunos datos que permiten averiguarlo. En concreto, se dice, que no es suficiente que a nivel preceptivo se guarde silencio respecto al grado de *mens rea* (*intent, knowledge, recklessness*), porque es necesario que claramente⁶⁴⁴ se pueda deducir que existe tal presunción. Al respecto, se distingue entre, por una parte, los delitos que de un modo absoluto no requieren *mens rea* respecto de ninguna parte de la descripción típica (*formally strict liability*) y, por otra parte, los delitos que no conllevan prueba de culpabilidad únicamente en relación con algunos aspectos de la descripción delictiva (*substantively strict liability*). La diferenciación efectuada por Duff⁶⁴⁵, se sintetiza con el ejemplo que sigue:

«La responsabilidad penal por la posesión no autorizada de drogas reguladas en virtud de la sección 1 (1) de la Ley de Prevención del Uso Indebido de Drogas de 1964 era absoluta, en el sentido de que no

⁶⁴³ *Clark v. Arizona*, U. S. 5/5966 (2006).

⁶⁴⁴ En el caso *B v. DPP*, Crim LR 403 (2000), la UKHL indicó que las normas contenidas en la *Indecency with Children Act* 1960, guardaban claramente silencio sobre todo tipo de requerimientos de *mens rea*, en concreto, sobre el dolo o conocimiento de la edad de la víctima. El caso se trataba de un sujeto que había incitado a una joven menor de 14 años a realizarle una *felatio in ore*. El acusado alegó en su defensa un error de hecho («*mistake*») respecto de uno de los elementos del estatuto, en concreto: la edad del sujeto pasivo, indicando que al momento de realizar la propuesta se había representado, por la constitución física, que se trataba de una muchacha mayor de catorce años. El fallo estimó que no había motivos para deducir que el respectivo tipo penal requería la acreditación de conocimiento por parte del sujeto y, por ende, ninguna prueba de *mens rea* era exigible al acusador y, en consecuencia, la alegación de la defensa no podía ser acogida. Herring, *CrimL*⁶, pp. 90-91.

⁶⁴⁵ Duff, *Answering*, p. 233.

podía alegarse que la sustancia que estaba en mi poder era o no una droga ilegal. En cambio, bajo la Ley de Abuso de Drogas de 1971 la responsabilidad es estricta, porque quien está en posesión de una sustancia controlada ahora puede obtener la absolución si se demuestra que no sabía ni sospecha ni tenía motivos para sospechar que se trataba de droga»⁶⁴⁶.

Con todo, pese a que suele decirse que el recurso a esta técnica de tipificación penal es excepcional, lo cierto es que según apunta Herring⁶⁴⁷ más de la mitad de los delitos que son conocidos por la *Crown Court* en el Reino Unido corresponden a supuestos típicos en donde no es necesaria la prueba total o parcial del *mens rea*

Tal como puede ya inferirse, los delitos de *strict liability* no deben ser comprendidos como delitos de responsabilidad absoluta (*absolute liability*), porque si bien no exigen la prueba de ninguno de los estados mentales que configuran el *mens rea*, ya sea en relación con toda o una parte de los elementos de adscripción normativa, no excluyen la reclamación de la ausencia de culpabilidad, porque a menudo el mismo estatuto establece la posibilidad de invocar la defensa de diligencia debida (*due diligence*). De este modo, el acusado puede ser absuelto si demuestra haber obrado en cumplimiento del deber de cuidado objetivo que le era exigible en la situación concreta en que se encontraba al momento de realizar el hecho y, además, porque se ha establecido la posibilidad de invocar la defensa de actuación de terceros (*act third party defence*), según la cual el acusado puede exonerarse de culpabilidad probando que el *actus reus* es el resultado de la conducta llevada a cabo por otra persona que ha obrado induciéndola a error⁶⁴⁸.

No es suficiente con la ambigüedad o el silencio para entender que se está en presencia de un delito de *strict liability*. Al respecto, se dice que la interpretación de los tipos penales debe realizarse sobre la base de una

⁶⁴⁶ Duff, *Answering*, p. 233.

⁶⁴⁷ Herring, *CrimL*⁶, p. 81.

⁶⁴⁸ Tampoco se excluye la posibilidad de invocar defensas generales como la legítima defensa o el automatismo (fuerza irresistible), porque ambas no afectan el contenido del *mens rea*. Herring, *CrimL*⁶, p. 81.

ponderación de intereses de política criminal, donde la inclusión o exclusión del requerimiento de prueba del *mens rea*. En los supuestos en que no aparece del todo claro, ha de realizarse racionalmente, siempre del modo más restrictivo posible y contra la presunción de ausencia de requerimientos de estados mentales en los casos dudosos, para lo cual junto con el análisis restrictivo debe tenerse en cuenta el contexto de la ley, en especial, si dentro del mismo estatuto aparece un estado mental específico para una materia similar (*in pari materia*) que posibilita una interpretación conjunta y armónica, teniendo también presente la penalidad que ha dispuesto el legislador para dos o más conductas que versan sobre el mismo contenido de prohibición⁶⁴⁹. Este postulado encuentra sus cimientos en el principio de legalidad expresado en la regla del significado natural y obvio («*plain meaning*»), conforme a la cual los jueces en la construcción interpretativa de las normas han de aproximarse, primero, restringiendo la intromisión arbitraria del legislador en la vida de los ciudadanos y, segundo, requiriendo que el legislador sea claro particularmente cuando la libertad de los ciudadanos está en juego. Conforme a la regla de lenidad o condescendencia («*rule of lenity*»)⁶⁵⁰ los estatutos han de interpretarse a favor de la libertad del

⁶⁴⁹ Al respecto, supongamos que hipotéticamente la ley penal incriminara los siguientes supuestos: «a) El que ilegalmente vendiere cannabis será sancionado con una pena de multa de mil dólares». Como puede verse se trataría, al menos preliminarmente, de un tipo penal de *strict liability*; pero, en el contexto interpretativo aparece otro delito que contiene el mismo presupuesto de valoración, es conminado con la misma pena y, además, exige expresamente «conocimiento», como estado mental, que denominaremos supuesto b) «El que con conocimiento vendiere ilegalmente heroína será sancionado con una pena de multa de mil dólares». Conforme a los criterios de interpretación explicados *supra* no podría decirse con claridad que el tipo penal del supuesto a) sea ya un caso de *strict liability*. Ahora bien, las dudas se incrementarían en el evento que el supuesto b) estableciera como pretensión de pena consistente en la privación de libertad, porque ahí cabría inferir que el legislador ha querido exigir un *mens rea* en un nivel particularmente intenso (por ejemplo, el «conocimiento») para la venta de heroína. Singer/La Fond, *CrimL*⁶, pp. 68-69.

⁶⁵⁰ Zachary, P. «The Rule of Lenity as a Rule of Structure», *Fordham Law Review* 74: 4 (2004), pp. 889 y ss. Al respecto, La Corte Suprema de EU ha sostenido que queda reservada para las situaciones en que persiste una duda razonable acerca de lo que la norma pretendía regular, incluso después recurrir al elemento gramatical, sistemático, o bien, a la historia legislativa y motivaciones de políticacriminal. *Moskal v. United States* 498 U.S. 103 (1990).

acusado en los supuestos en los cuales el legislador no haya establecido claramente todo el contenido de la prohibición, o bien, no sea posible desprenderlo del texto legal.

A favor del establecimiento de los delitos de *strict liability*, se alega que más que una categoría de atribución de responsabilidad meramente objetiva, o bien, sin referencia a distinciones entre normas de valoración y de determinación es, simplemente, una mera técnica legislativa que eleva a la categoría de infracciones penales meras cuestiones que deberían merecer una respuesta punitiva desde el Derecho de daños, o mejor aún, desde el Derecho administrativo⁶⁵¹. Pero, las opiniones contrarias, estiman que constituyen una renuncia al principio de injerencia mínima del sistema penal en las relaciones sociales, que se traduce en una inversión del peso de la prueba, aunque no excluyan totalmente la posibilidad de invocar defensas. Con ello, se demuestra que una cuestión es que no se pida un nivel específico de imputación a modo de estado mental y otro asunto es que se excluya derechamente toda oportunidad de alegación de falta de autodeterminación en la realización del hecho. De ahí, que habría que mirar con cierta reserva la afirmación de Bohlander⁶⁵² en el sentido de que esta categoría de delitos no podría ser asumida en ningún caso por el Derecho continental, porque allí rige de modo irrestricto el mandato limitativo derivado del *nullum crimen, nulla poena, sine culpa*⁶⁵³.

⁶⁵¹ Bernal, *Derecho penal*, pp. 102-106.

⁶⁵² Bohlander, *Principles*, p. 20. En efecto, este punto de vista lo ha puesto de manifiesto Piña al indicar que es una cuestión que depende de las funciones que se le asignen al Derecho Penal. De esta forma, si se parte de la consideración de que resulta legítimo atribuir responsabilidad por infracción de normas que obligan a conducirse de un modo determinado, o bien, por el establecimiento de deberes derivados de la evitación de peligros y resultados, esta técnica legislativa resultaría ser coherente y hasta cierto punto justificable. En cambio, si se asume que el Derecho Penal no puede reprochar las conductas humanas, sino una vez que se ha materializado una decisión libre y voluntaria, no hay justificación posible. Piña Rochefort, *La estructura*, pp. 73-76.

⁶⁵³ Críticamente, Cancio Meliá, «¿crisis?», pp. 69-70.

II. Entonces: ¿Cuál es la forma básica de imputación subjetiva?

Especial relevancia en la interpretación de las normas tiene, en el Derecho angloamericano, el problema sobre cómo proceder frente a un delito que no menciona ningún tipo de *mens rea* en su descripción típica. Una primera posibilidad, es asumir de entrada que estamos en presencia de un delito sin exigencias de prueba del aspecto subjetivo, esto es, de aquellos en los que es suficiente la prueba del *actus reus* para afirmar la responsabilidad penal (*strict liability*).

Por el momento, nos corresponde averiguar qué sucede en los restantes supuestos, es decir, la forma en qué ha de procederse en los casos en los que no se está en presencia de un delito de responsabilidad objetiva, pero cuyo aspecto subjetivo no menciona ningún estado mental concreto. En otros términos, bajo qué nivel de responsabilidad han de analizarle los elementos de la respectiva descripción típica si no es posible afirmar la presunción de responsabilidad. Sobre este punto no hay acuerdo.

En efecto, a nivel jurisprudencial es posible constatar la existencia de dos importantes decisiones de la Corte Suprema de Estados Unidos en las que, una vez descartada la existencia de un delito de *strict liability*, se sostiene que la culpabilidad no puede ser afirmada a menos que se pruebe que el acusado había obrado al menos con conocimiento («*knowingly*») respecto de los elementos materiales de la descripción típica. Esta afirmación contiene dos niveles de análisis, por una parte, un aspecto relativo a la interpretación por defecto de un nivel de imputación explícitamente descrito en la norma, donde se recurre a la fundamentación de una decisión anterior (el caso *Staples v. United States*)⁶⁵⁴ y, por otra parte, en relación al conocimiento como categoría de *mens rea* exigido respecto de los elementos esenciales del aspecto objetivo de la descripción, pero no en lo referente a cuestiones accidentales, asunto que aparece en el fallo *X-Citement Video v. United States*⁶⁵⁵.

⁶⁵⁴ *Staples v. United States*, 511 U.S. 600 (1994).

⁶⁵⁵ *X-Citement Video v. United States*, 513 U. S. 64 (1994).

En el caso *Staples v. United States* se dice de modo categórico que, descartada la presunción de responsabilidad objetiva y a falta de mención expresa en el estatuto de algún tipo de *mens rea*, es necesario establecer el nivel de imputación subjetiva por defecto, entendiendo que ello se cumple con la prueba que el acusado actuó con *knowingly* respecto de cada uno de los elementos esenciales del estatuto o norma.⁶⁵⁶

El caso referido se enjuició a un sujeto por el delito de omisión del deber de informar la posesión de un rifle que podía ser modificado para disparar de modo automático, porque conforme al estatuto todos los propietarios de armas de fuego automáticas o que son susceptibles de ser alteradas para adquirir dicho carácter, tenían el deber de comunicar su posesión; el imputado reconoció que el arma se encontraba bajo su señorío, pero sostuvo que no tenía conciencia de la posibilidad de adulteración y su consecuente potencialidad peligrosa; al respecto la Corte Suprema señala no sólo que es necesario algún nivel de *mens rea* teniendo en consideración la elevada pena para este tipo de delitos, sino que, desvirtuada la presunción de responsabilidad objetiva y a falta de mención expresa se requiere además «un conocimiento actual de los hechos», así se sostuvo que:

«Una pena severa es un factor que tiende a sugerir que el legislador no tenía la intención de eliminar el requisito del *mens rea*, en tal caso debe aplicarse la regla habitual que el imputado debe conocer los hechos que hacen que su conducta sea ilegal»⁶⁵⁷.

Ahora bien, la sentencia del caso *X-Citement Video v. United States* dispone que la prueba del conocimiento sea exigible en relación con todos los elementos materiales que envuelven el contenido de la norma. De este modo, el estándar de prueba del aspecto subjetivo se eleva no sólo para aquella parte de la disposición directamente entrelazada en términos gramaticales con el tipo de *mens rea* especificado en el tipo, sino que se expande a todo el aspecto descriptivo del mismo. En el caso

⁶⁵⁶ Aunque la mayoría de las Cortes de Circuito de Apelaciones de Estado Unidos, como apuntan Singer y La Fond, además, de la mayoría de los jueces de los respectivos Estados adoptan el criterio de que la imputación penal en este caso requiere al menos la prueba de *recklessness* entendida como «previsión actual de la posibilidad de la realización del daño criminal». Singer/La Fond, *CrimL*⁶, p. 73.

⁶⁵⁷ Dressler, *Cases*, pp. 170 y 176-177.

citado se abordó la imputación por venta de material pornográfico infantil, y se dispuso, desde un punto de vista analítico, que la palabra «*knowingly*» envolvía no sólo la prueba que el sujeto sabía que vendía material pornográfico, sino que, al mismo tiempo, el requerimiento de la acreditación procesal que tenía el conocimiento que en la elaboración de dicho material habían sido utilizados menores de edad. Lo importante de todo lo anterior, es que junto con indicar que el conocimiento es el nivel base de imputación penal subjetiva señala, además, que todos los tipos de *mens rea* han de tenerse en cuenta, a nivel interpretativo, sólo en relación con los aspectos materiales de la norma.

El MPC (1962) a diferencia de lo fallado en los casos citados, establece una propuesta de imputación subjetiva por defecto que no es el conocimiento propuesto por la Corte Suprema de Estados Unidos, sino que la desconsideración o «*recklessness*» como forma básica de imputación subjetiva.

Este asunto que podríamos denominar «desacuerdo sobre los niveles mínimos de imputación por defecto», pese a la regla jurisprudencial indicada, se soluciona comúnmente en términos más prácticos sobre la base de un criterio donde, al igual que en el MPC (1962), la desconsideración debería ser la forma básica de no decir nada la ley, a menos que del contexto lógico del sistema de normas, pueda deducirse que el tipo penal admite la posibilidad de imprudencia (por efecto de llamada), o bien, derechamente supone la consagración normativa de la responsabilidad objetiva⁶⁵⁸.

Es notable como el déficit de atribución de imputación se soluciona en ambos sistemas jurídicos (continental y angloamericano) dentro de los niveles de conocimiento de la posibilidad de concurrencia cierta de un riesgo, sea con previsibilidad o aceptación del resultado. En los dos sistemas, no es sino el dolo eventual o la desconsideración (que no es más que una forma derivada de conocimiento del riesgo como forma de dolo), el nivel básico de imputación. Y, en ambos sistemas, la imprudencia o negligencia es excepcional.

⁶⁵⁸ Robinson, «*Mens rea* », p. 1001.

TERCERA PARTE

LA FUNCIÓN ANALÍTICA DEL DOLO EN RELACIÓN CON LAS NORMAS DE CONDUCTA

TERCERA EXPLICACIÓN PRELIMINAR

Según exponíamos en la introducción del presente trabajo, esta tesis pretende ir en la búsqueda de una explicación para una premisa de la concepción significativa. Esta premisa consiste en que es *el entendimiento de las acciones como seguimientos de reglas* y «no un inaprensible acontecimiento mental lo que permite hablar de acciones, al dar lugar a lo que las constituye como tales (*el significado*) y las diferencia de los simples hechos»⁶⁵⁹. Si esto es así, entonces, el dolo no sería un concepto, sino que una serie de reglas expresadas a modo de categorías diferenciadas que permiten entablar una relación entre dichas reglas, en cuanto reconducibles al quebrantamiento de normas jurídicas de prohibición o mandato, otorgando a un comportamiento significado⁶⁶⁰, esto es, la atribución de sentido a una acción como una forma *intencional* de quebrantamiento de esas normas de prohibición o mandato.

Al mismo tiempo, indicábamos que la vinculación con la teoría de las normas de conducta, en especial, con las formas renovadas de las teorías analíticas de los imperativos⁶⁶¹ suponía un camino diferente al que siguen quienes, dentro de la concepción significativa, han buscado otorgar

⁶⁵⁹ Vives Antón, *FSP*², p. 213.

⁶⁶⁰ Aquí se asume que es posible establecer una vinculación entre la intencionalidad, la acción y significado, Searle, *Rationality*, pp. 33 y ss.

⁶⁶¹ Para el punto de vista que aquí se defiende, fundamental, Raz, *Practical Reason*, pp. 15-30 y 49 y ss.

contenido al dolo, en cuanto categoría dogmática, recurriendo a la distinción *entre lo interno y lo externo*⁶⁶².

Entiendo que de este modo puede renovarse el contenido de la pretensión de ilicitud, en la medida que corresponde establecer una vinculación normativa entre la intención subjetiva, cuya afirmación posibilita el enjuiciamiento del autor por la realización de una conducta que supone un compromiso con la lesión o quebrantamiento de reglas de comportamiento. Ahora bien, la pregunta es: ¿cómo se puede afirmar esa intención subjetiva sin que ello suponga reconocer una valoración mental del dolo?

En este punto, es efectivo que el lenguaje otorga una valoración objetivable sobre aquellos estados mentales a los que no podemos tener acceso; pero, negar la existencia de tales estados, supone afirmar un conductismo lógico, difícilmente conciliable con el principio de responsabilidad personal por el hecho e incluso con la condición misma de personas.

Es evidente, que no puede seguir sosteniéndose una concepción cartesiana de la mente. Pero, tampoco puede decirse, al menos actualmente, que es posible sostener que las relaciones internas («lo mental»), «no existan» o sean asuntos ajenos a nuestro entendimiento. Si bien, el mentalismo puro es holístico y un camino donde importe solo la valoración de lo externo, afirmando que es equivalente a lo interno, o bien, que lo interno no existe, en la medida que solo tenemos la conducta observable, corre el riesgo de caer en el contrasentido de terminar negando lo que nos reconoce como seres biológicos, que no es otra cosa que nuestras propiedades mentales⁶⁶³. En una versión extrema, incluso, se

⁶⁶² Así, Ramos Vásquez, José Antonio, *Ciencia, Libertad y Derecho Penal (Aporías del determinismo y defensa de la libertad de acción como base del sistema penal)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 165 y ss. Ramos Vásquez, «Un “proceso interno” necesita de criterios externos. Algunos apuntes sobre la gramática profunda del elemento volitivo», *LH Vives Antón, t. II*, pp. 1642-1643. Orts/González Cussac, *CDPPG*⁵, p. 323.

⁶⁶³ Frankfurt, Harry G. «La libertad de la voluntad y el concepto de persona», La Importancia de lo que nos preocupa, *Ensayos Filosóficos*, Weinstabl y de Hangen (trads.), Katz, Buenos Aires, 2006, pp. 100 y ss.

terminarían confundiendo meros sucesos que son parte de la historia del cuerpo con la atribución de eventos como acciones⁶⁶⁴.

En efecto, -dice Maturana⁶⁶⁵- que solo podemos explicar la realidad a través de la racionalidad que supone el ejercicio de un proceso mental que implica la valoración del entorno, a través de la construcción de lo real por el lenguaje, la emotividad, las conversaciones guiadas por las emociones y la autoconciencia. Solo podemos conocer porque observamos y realizamos procesos mentales sobre esa observación, porque se produce una interacción biológica entre las sensaciones de la mente y nuestro cuerpo. Vivimos en sociedad porque tenemos consciencia de la necesidad biológica de coexistencia, realizamos afirmaciones porque somos seres que interactúan socialmente. Solo podemos convencer a otros a través de un proceso mental que supone una racionalidad que dota de fuerza nuestro argumento, que solo obligue a través de la objetividad no quiere decir que «lo interno» no exista o no sea, precisamente, objetivable.

La intencionalidad es el rasgo central de la mente y no es algo privado, ni subjetivo ni inmaterial, sino que es algo, precisamente, que conocemos desde el momento mismo en que hablamos de intenciones⁶⁶⁶. En suma, en relación a la cuestión de lo mental, las críticas a una concepción puramente adscriptiva de las acciones, lo que es igual a una tesis que considere solo el punto de vista del significado de las acciones, se vinculan con la circunstancia que no es posible fusionar esta forma de lenguaje con una tesis que niegue consideración a la valoración del aspecto interno de las mismas. Tal como explica Putnam el lenguaje es parte de nuestra mente y aceptar la intencionalidad aunque sea como fenómeno primitivo, implica fenómeno relacionar el pensamiento con un

⁶⁶⁴ Frankfurt, Harry G. «Identificación y externalidad», *La Importancia de lo que nos preocupa, Ensayos Filosóficos*, Weinstabl y de Hangen (trads.), Katz, Buenos Aires, 2006, pp. 100 y ss.

⁶⁶⁵ Maturana, Humberto, «Reality: The Search for Objectivity or the Quest for Compelling Argument», *The Irish Journal of Psychology* 9:1 (1988), pp. 33-70.

⁶⁶⁶ Davison, Donald, «Mental events», p. 189

objeto o una cosa, lo que equivale a vincular la mente «con el mundo externo»⁶⁶⁷.

Así, se tiene por premisa que una interpretación cualitativo-cuantitativa en sede de la tercera persona, acerca de la intensidad con que intencionalmente no se ha seguido una regla, en cuanto prohibición de causación de eventos intencionales, es un criterio que puede otorgar significado normativo y objetivable para adscribir a un sujeto la realización de una acción dolosa, en la medida que se trata de atribuir conductas que signifiquen el nivel más intenso de quebrantamiento de normas de prohibición o mandato⁶⁶⁸ (*imputación ordinaria*).

Este punto de vista, se sustenta en la idea de que, conforme a la filosofía del lenguaje «la clave no está en el *interior* de los seres humanos, sino en la realidad de nuestro lenguaje y de nuestras actividades sociales»⁶⁶⁹.

Al respecto habría que indicar que esta idea pretende afirmar que no existe ningún proceso interno «volitivo» ligado a la acción objeto de valoración ontológica. Sin embargo, indica que podríamos conocer el «proceso interno» sobre la base de la observación del lenguaje «externo». Así, seguiría importando en sede normativa la primera persona como un «dato inverificable», pero, al mismo tiempo, se afirma que para el lenguaje del Derecho únicamente sería relevante averiguar o develar el

⁶⁶⁷ Putnam, H. *Representación y realidad. Un balance crítico del funcionalismo*, Gedisa, Barcelona, 2014, p. 22.

⁶⁶⁸ Al respecto, Twining, /Miers, *How to do*, pp. 80 y ss.

⁶⁶⁹ Ramos Vázquez, «Un “proceso interno”», p. 1643. Ramos Vázquez, *Concepción significativa*, p. 255. Aquí Ramos Vázquez toma la clásica exposición de Hacker acerca del hombre, la mente y la máquina. Hacker, P. M. S, *Wittgenstein. Meaning and Mind. An Analytical Commentary of the Philosophical Investigations*, v. 3, Basil Blackwell, Oxford, 1990, pp. 147 y ss. Hasta este punto mi interpretación coincide con Ramos Vázquez. Sin embargo, me separo de su tesis, en la medida en que afirma –casi igual que Ryle– que «no existe aquí un “detrás”, lo mental, la acción y mente y comportamiento» «no como algo que existe detrás del comportamiento, sino como algo presente en el comportamiento», Ramos Vázquez, *Concepción significativa*, p. 255.

contenido de la «intencionalidad», a través de la observación de los procesos externos del lenguaje⁶⁷⁰.

Es este último punto de vista el que debe destacarse, en el sentido que para el Derecho no debería exclusivamente la primera persona y, en consecuencia, solo sobre la base de la valoración externa y objetiva de la acción, conforme al lenguaje ordinario, tendría lugar la atribución de responsabilidad penal en el plano de intenciones «subjetivas»⁶⁷¹.

Así, según hemos indicado en los capítulos anteriores, aquí no se postula una exclusión de la intencionalidad, pero tampoco se pretende volver a la valoración exclusiva de las acciones dolosas desde el punto de vista de la primera persona. Lo que pretendo introducir aquí es una revisión del concepto de adscripción de acciones sobre la base del desarrollo que, posteriormente, tuvo el concepto de significado.

Lo anterior, en la medida que la predicar que una acción es intencional, en el sentido del lenguaje ordinario, no significa atribuirle a esa acción un contenido valorativo, solo significa que una acción es intencional en relación con algo, implica querer realizar algo, tener un propósito, en cuanto estado mental. La interpretación de este estado mental conforme al lenguaje ordinario, permite vincular ese propósito o intención con el mundo exterior, atribuyéndole un determinado sentido⁶⁷².

⁶⁷⁰ Es a la vez una interpretación que del párrafo 247 de la Investigaciones, realizada Anscombe, en el sentido de que si bien Wittgenstein decía que solo la primera persona puede conocer sus intenciones, no quiere decir, como es evidente que yo no pueda saber tus intenciones, ni mucho menos que ellas no existan: «Solo tú puedes saber si tuviste la intención». Se le podría decir esto a alguien al explicarle el significado de la palabra “intención”. Pues quiere decir entonces: *así* es como la usamos.

(Y, “saber” quiere decir aquí que la expresión de incertidumbre carece de sentido)». Wittgenstein, Ludwig, *Investigaciones filosóficas*, I, García y Moulines (trads.), Crítica, Barcelona, 1988, Wittgenstein, Ludwig, *Investigaciones Filosóficas*, García Suárez y Moulines (trad.), Crítica, Barcelona, 1988, § 247. Levemente diferente en la traducción inglesa, Wittgenstein, Ludwig, *Philosophical Investigations*, Anscombe (trad.), A Blackwell Paperback, London, 1999, I, 89e, 247.

⁶⁷¹ Sobre el problema de la primera persona, Davidson, Donald, «First Person Authority», *Subjective, Intersubjective, Objective*, Oxford University Press, Oxford, 2001, pp. 3-8

⁶⁷² Kenny, *The Wittgenstein*, p. 67 y ss.

La particularidad de los estados intencionales es que producen «causaciones intencionales», son decisiones que provocan que sucedan cosas en el mundo⁶⁷³. Así, la moderna teoría del lenguaje entiende que la acción es una causación intencional de un estado de cosas o un evento, como dice Searle «la intención hace que las cosas sucedan»⁶⁷⁴.

En este punto, ello importa para efectos de tender un puente con el dolo como realización intencional de acciones que suponen un quebratamiento particularmente intenso de normas de conducta, en especial, para la valoración de la pretensión de ilicitud o la ubicación del dolo dentro de la antijuridicidad. En efecto, la filosofía del lenguaje otorga un fundamento a este punto, desde la explicación de Anscombe⁶⁷⁵ quien señalara que solo la averiguación de la intención, entendida como la afirmación de una razón para la acción, permite concebir algo como bueno o malo y, solo si esa acción intencional es racional puede ser entendida como hacer daño o hacer el bien.

En este lugar, en relación con la ilicitud del comportamiento –como explica Hattiangadi–, en el ámbito jurídico la circunstancia que podamos reconocer la intención y sus formas asimilables, depende del conocimiento del lenguaje ordinario y *del reconocimiento de reglas pragmáticas* que en una sociedad determinada se entienden como válidas.⁶⁷⁶

En consecuencia, que un evento o estado de cosas se atribuya o impute a una persona como el quebrantamiento intencional de una regla de comportamiento, no supone la negación de la valoración desde la primera persona, en otros términos: que únicamente podamos conocer la intención a través de la interpretación o la atribución de un sentido, conforme al lenguaje, no quiere decir que la primera persona no exista. La exclusión de la primera persona traería como consecuencia la eliminación de la posibilidad de entender que existe un error o que

⁶⁷³ Searle, *Rationality*, p. 39.

⁶⁷⁴ Searle, John, *Mentes, Cerebros y Ciencia*, Cátedra, Madrid, 1985, p. 75.

⁶⁷⁵ Anscombe, G. E. M. «Intention», *Proceedings of the Aristotelian Society, New Series*, Vol. 57 (1956 - 1957), pp. 321-332. Así, también, Davidson, «Actions», p. 10.

⁶⁷⁶ Hattiangadi, Anadi, *Ought and Thoughts. Rule-Following and the Normativity of Content*, Oxford University Press, Oxford, 2007, p. 154 y ss.

alguien pueda alegar el haber cometido un error⁶⁷⁷. El actuar depende de lo que pienso que estoy haciendo⁶⁷⁸, lo que es independiente de las reglas socialmente admitidas para valorar lo que estoy haciendo.

Al respecto, lo que importa en sede de tercera persona no es lo que se pueda inducir o deducir como estado mental; no se trata de mostrar que existió un estado mental determinado, sino de atribuir o imputar conforme a un contenido objetivo de significado, a un criterio en sentido gramatical del término. Es efectivo que el observador externo no puede inferir los estados mentales ex post de una persona a través de la valoración de sus acciones, pero sí puede atribuirlos conforme a un criterio en sede de tercera persona⁶⁷⁹. Así como adscribir un comportamiento depende de una comprensión de reglas conforme al lenguaje, atribuir un estado mental intencional es similar al uso del lenguaje⁶⁸⁰.

De ahí que, tal como hemos venido sosteniendo, existe una relación esencial entre la comprensión de las acciones conforme a reglas y la valoración de la intencionalidad de las mismas⁶⁸¹. En consecuencia, una teoría del delito racionalmente consecuente con la teoría del lenguaje debería mantener al menos una comprensión coherente de la acción, las normas y el dolo como realización intencional de prohibiciones. En la medida que no tenemos acceso a la mente, solo podemos interpretar conforme a normas la intención de realizar una acción y, sobre la base de determinadas reglas pragmáticas, atribuirle a una acción un determinado sentido en un ámbito concreto, esto es, en una organización en derecho, con todas sus instituciones, prácticas y costumbres⁶⁸².

⁶⁷⁷ Al respecto, Kenny, Anthony, *The Wittgenstein Reader*, Blackwell-Publishers, Oxford, 1994, pp. 189-192.

⁶⁷⁸ Así, Searle, *Mentes*, pp. 67 y ss.

⁶⁷⁹ Contra la paradoja escéptica de Kirpke, según la cual lo que imputamos aquí no sería nuestro entendimiento del significado de un comportamiento sino que la tradición de la comprensión de ese comportamiento. Véase, Hattiangadi, *Ought*, p. 158 y ss.

⁶⁸⁰ von Wright, Georg, *Explicación y comprensión*, Alinza Editorial, 1971, p. 139.

⁶⁸¹ Raz, *Practical Reason*, p. 65 y ss.

⁶⁸² La relación entre reglas del juego, acciones y la valoración intencional de las mismas aparece, como tantas veces, en Wittgenstein explicada con la analogía del jugar una partida de ajedrez. Así, si no existieran las reglas del juego del ajedrez no podría tenerse la intención de

En tal sentido, von Wright explica que es «de la misma manera que el uso y la comprensión del lenguaje presupone una comunidad lingüística, la comprensión de la acción presupone una comunidad de instituciones, prácticas y aparato técnico, en el que uno llega a introducirse mediante aprendizaje y entrenamiento»⁶⁸³.

Lo anterior, equivale a decir que solo es posible comprender, explicar y también atribuir un determinado sentido a una acción, si se tiene conocimiento de las reglas de conducta (con independencia de su reconocimiento como normas jurídicas), porque «no es posible explicar teleológicamente una conducta que no es absolutamente ajena»⁶⁸⁴ y, de ahí también, que pese a que pueda insistirse en la idea que, por ejemplo, en el homicidio el autor realizó un movimiento corporal que consistió en apuntar y disparar un arma, esa explicación fracase si no está referida a un lenguaje intencional. Lo que equivale a decir que esa secuencia de acción significa para mí y para nosotros, una acción de matar, porque *nosotros* le atribuimos un sentido que permite comprenderla por *nosotros* como *una acción* de matar, con independencia de toda cuestión relativa a lo mental, interpretamos ese acontecimiento como un acto intencional, aunque esta afirmación sea, esencialmente, derrotable en el sentido de adscripción de acciones.

Incluso, en el caso que se acepten como «verdaderas» las premisas sobre las cuales se sostiene la afirmación que la prueba de la voluntad materializada como un querer dentro del dolo (aceptando que las relaciones entre la mente y las acciones son internas o constitutivas) es incompatible con la certeza, eso no implica, que esas mismas propuestas alternativas puedan probar *eo ipso* la verdad sobre el significado doloso de los comportamientos de un sujeto. Es decir, pese a que pueda seguirse una lógica cartesiana de las acciones, o bien, una negación total de la misma –en cuanto como presupuestos deontológicos para la fundamentación ética de la imputación de acciones en el Derecho penal–, esa opción no conlleva ni siquiera implícitamente aparejada una justificación sobre la relación entre la intensidad de la sanción y la

jugarlo, ni realizarse la acción de jugar. Por eso, «la intención está encajada en la situación, las costumbres e instituciones humanas». Wittgenstein, *Investigaciones I*, § 337.

⁶⁸³ von Wright, *Explicación*, p. 139.

⁶⁸⁴ von Wright, *Explicación*, p. 139-142.

valoración sobre la acción dolosa de la persona. A contrario sensu, una lógica puramente extrínseca o externa de los estados mentales, basada en el lenguaje intencional, podría conllevar una fundamentación de las acciones humanas en relación con las reglas (en cuanto normas).

Es aquí donde la paradoja del lenguaje privado de Wittgenstein⁶⁸⁵ juega un papel fundamental para una reconstrucción no solo del dolo, sino que de la relación entre acción y norma penal. Es en la paradoja del lenguaje privado y la imposibilidad que tenemos de conocer dicho lenguaje, desde donde es posible, como decía, reconstruir la relación entre una acción y su valoración normativa⁶⁸⁶. Ello, desde que al menos por disposición del Derecho la realización de una acción dolosa tiene una consecuencia éticamente diferente a la de una acción no dolosa. Y, es aquí y no en la diferencia de lo interno y lo externo o en la idea de certeza en Wittgenstein, donde sería factible argumentar en el sentido que lo que importa es el significado que en términos objetivos puede dársele a un comportamiento en un concreto ámbito social⁶⁸⁷, lo que supone necesariamente asumir para algunas de las reglas pragmáticas del dolo una perspectiva de tercera persona⁶⁸⁸ en la valoración de los

⁶⁸⁵ «243. Un hombre puede animarse a sí mismo, darse órdenes, obedecerse, censurarse, castigarse, formularse una pregunta y responderla. Se podría también imaginar incluso hombres que hablasen sólo en monólogo. Acompañarían sus actividades hablando consigo mismos. —Un explorador que los observase y escuchase sus discursos podría conseguir traducir su lenguaje al nuestro. (Estaría por ello en situación de predecir correctamente las acciones de esas personas, pues también las oíría formar resoluciones y decisiones.)

¿Pero sería también imaginable un lenguaje en el que uno pudiera anotar o expresar sus vivencias internas —sus sentimientos, estados de ánimo, etc. —para su uso propio? — ¿Es que no podemos hacerlo en nuestro lenguaje ordinario? — Pero no es eso lo que quiero decir. Las palabras de este lenguaje deben referirse a lo que solo puede ser conocido por el hablante, a sus sensaciones inmediatas, privadas. Otro no puede, por tanto, entender este lenguaje». Wittgenstein, *Investigaciones I*, § 243.

⁶⁸⁶ En la distinción entre lo externo y lo interno, negando todo valor a la primera persona. Ramos Vásquez, *Concepción significativa*, pp. 444 y ss. En relación a los procesos de «vida psíquica interna», Busato, *Derecho penal*, pp. 238 y ss.

⁶⁸⁷ Davidson, Donald, «Actions, Reasons, and Causes», *Essays on Actions and Events*, 2ª ed., Oxford University Press, New York, 2002, p. 10.

⁶⁸⁸ En relación a la diferencia de aproximación a la filosofía de la mente en primera y tercera persona. Moya, *Filosofía*, 2004, pp. 43 y ss.

acontecimientos, esto es, un modo de adscribir un comportamiento sobre la base de un contexto institucional, contextual y significativo⁶⁸⁹.

Recientemente, otras opciones metodológicas han buscado un fundamento al dolo siguiendo este camino. Especial atención merece la tesis de Pérez Barberá⁶⁹⁰, para quien la citada paradoja y la relación entre acciones y normas, permite una fundamentación de lo que él denomina el «metaconcepto de dolo». Esta es una opción diferente a la que aquí se postula, en la medida que el autor citado no tiene como fundamentos ni la filosofía del lenguaje ni la filosofía analítica, dado que se trata de un férreo defensor de las tesis del consenso en sede sociológica y neohegeliana y, por lo tanto, cualquier tipo de diálogo es estéril. Al respecto, puede verse la introducción al presente trabajo, donde me he hecho cargo de la tesis del consenso normativo, de la valoración hegeliana y, precisamente, de la «ciencia dogmática» con pretensiones de estructurar metaconceptos jurídicos.

⁶⁸⁹ Wittgenstein, Ludwig, *Cuadernos de Azul y Marrón*, Gracia Guillén (trad.), Tecnos, Madrid, 1976, pp. 62 y ss.

⁶⁹⁰ Pérez Barberá, Gabriel, *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*, Hamubari, Buenos Aires, 2010., p. 120 y ss.

CAPÍTULO IV

EL DOLO COMO ADSCRIPCIÓN DE ACCIONES INTENCIONALES

J. La pragmática del dolo: ¿metaconceptos o reglas prácticas?

I. ¿Un metaconcepto de dolo?

Una de las premisas en que se sustenta la concepción significativa es que la averiguación sobre el contenido y límites de los conceptos de la denominada teoría del delito debería transformarse en una cuestión sobre el análisis aclaratorio de la forma en que entendemos tales conceptos en el lenguaje ordinario (denominada elucidación de la gramática profunda) y, entonces, el análisis sobre la intencionalidad subjetiva de las acciones debería recaer sobre las «reglas de toda índole (sociales y jurídicas)», «puestas en relación con las competencias del autor, esto es, con las técnicas que domina»⁶⁹¹.

Así esto es así, entonces, más que intentar definir o conceptualizar el dolo desde la «ciencia del derecho», con la pretensión de dotar a ese concepto de una aplicabilidad genérica a todos los casos idénticos (al modo tradicional de la dogmática de tradición europeo continental)⁶⁹², una concepción analítica del Derecho penal, orientada al lenguaje, debería partir de otra premisa adicional básica y radicalmente diferente: el abandono de metaconceptos elaborados desde la «ciencia jurídica», para substituirlos por una delimitación lingüística orientada desde un análisis sobre la función que cumple el concepto jurídico puesto en relación con su significado en el lenguaje⁶⁹³.

⁶⁹¹ Vives Antón, *FSP*², p. 252.

⁶⁹² Al respecto, las seis debilidades al modelo de racionalidad clásico expuestas por Searle, *Rationality*, pp. 1-33.

⁶⁹³ Esencial, Twining, /Miers, *How to do*, pp. 162-168.

Un giro lingüístico de las categorías «dogmáticas», decantaría en la substitución de los conceptos generales por una serie de reglas interpretativas prácticas y jurisprudencialmente valoradas, destinadas a la aplicación genérica de reglas de adscripción de intencionalidad que no estarían dadas por la referida creación jurídica abstracta, sino que serían el resultado de la función que cumple el lenguaje ordinario y el entendimiento de la contravención de reglas de comportamiento, puestas en relación con una descripción normativa. Así, lo importante dejaría de ser el concepto y el problema se transformaría en la elaboración de reglas de atribución o adscripción que operarían como filtros en la aclaración de la relevancia de un suceso en contradicción o cumplimiento con reglas de comportamiento. En otros términos, las reglas y su vinculación con el lenguaje ordinario posibilitarían adscribirle a una persona la realización de un acontecimiento en contravención con una norma.

En efecto, en una teoría analítica del Derecho penal los enunciados lingüístico-conceptuales están en el centro de la investigación⁶⁹⁴, en la medida que la norma delimita el objeto de análisis, establece conceptos jurídicos (por ejemplo, acción, dolo, imprudencia) cuya comprensión, es un proceso lógico de aclaración de significado, que supone un análisis de estos en cuanto fenómenos sociolingüísticos interrelacionados. En resumen, se trata de analizar los conceptos contenidos en las normas en cuanto fenómenos que tienen una materialidad social, cuya intersubjetividad se refleja en su aplicación, en cuanto el proceso penal establece una serie de precondiciones, a modo de reglas, que expresan social y lingüísticamente la legitimidad de la atribución a un sujeto determinado de la prohibición causación o contravención del mandato de abstención de causación de resultados, que puedan tener sentido en relación con una norma penal⁶⁹⁵.

⁶⁹⁴ «Los conceptos guían nuestras investigaciones, constituyen la expresión de nuestro interés y lo direccionan». Wittgenstein *Philosophical*, I, i₅₁e, 570. Parcialmente diferente en la versión castellana: «Los conceptos nos conducen a investigaciones. Son la expresión de nuestro interés, y guían nuestro interés», *Investigaciones I*, § 570.

⁶⁹⁵ Para la relación entre prescripciones legales y adscripciones, Mackie, Joan, «Responsibility and Language». *Persons and Values*. Selected Papers, v. II, Oxford University Press, Oxford, 2002, p. 35 y ss.

Esas reglas prácticas suponen, como se ha indicado, un análisis de las proposiciones jurídicas en relación con el significado que se les atribuye por el lenguaje. En la medida que este es portador de la comprensión social, se expresa y actualiza constantemente a través del habla, así se convierte en una herramienta para averiguar el lugar que ocupan los elementos contenidos en esas proposiciones jurídicas,⁶⁹⁶ porque solo a partir del conocimiento de dichos conceptos por el lenguaje es posible afirmar o negar la contravención de reglas (normas)⁶⁹⁷.

En ese sentido, las normas penales, en cuanto directivos de conducta que establecen mandatos o prohibiciones de causación no tienen vigencia por la pretendida función preventiva general, sino porque se corresponden con acontecimientos sociales conforme a los cuales se desprenden formas de conducta, usos y reglas del lenguaje que son seguidas o cumplidas y, tales reglas se hallan reconocidas por el sistema normativo.

De esto modo, aquí se parte de la idea que las normas penales si bien son proposiciones dotadas de un significado, son interpretadas por la dogmática penal con la pretensión de carencia de ambigüedad, como si de ellas pudieran desprenderse una serie de formulaciones lógicas, al modo de enunciados puramente teóricos que, basados en principios morales con pretensión de valor absoluto, le restan a esas proposiciones ambivalencia de sentido, al mismo tiempo que las dotaría de un significado, cuyo análisis permitiría mostrarlas como verdaderas, con independencia de toda consideración de la sociedad en que son aplicadas y, por cierto, sin referencia a la comprensión que a través del lenguaje se realice de ellas.

Lo anterior, pese a que en la realidad únicamente encontramos acciones en circunstancias y ámbitos concretos, interpretadas conforme a la pragmática, cuya aplicación como consecuencia de su quebrantamiento o violación otorga fuerza aplicativa a reglas constitutivas⁶⁹⁸.

⁶⁹⁶ Ross, *Directives*, p. 68 y ss.

⁶⁹⁷ «El lenguaje es un instrumento. Sus conceptos son instrumentos». Wittgenstein, *Philosophical*, I, i₅₁e, 569. Wittgenstein, *Investigaciones I*, § 569.

⁶⁹⁸ Sobre este punto, Raz, *Practical Reason*, pp. 110-111.

La premisa fundamental es, entonces, que los discursos descriptivos o indicativos contenidos en las normas se delimitan lingüísticamente, a través de la función que cumplen en relación con el uso de esas reglas (en cuanto normas)⁶⁹⁹. Por ello, la definición del contenido de un concepto jurídico no se da aquí desde el Derecho, sino que desde el lenguaje ordinario y sus reglas. El apartarse de este camino supone colmar al Derecho de proposiciones ideales, las que suponen un reduccionismo y una abstracción carente de sentido, en la medida que no tengan correspondencia con el lenguaje, con el mundo⁷⁰⁰.

En general, la teoría del delito parte de la base de que es posible reducir el Derecho penal a formulaciones lógicas y sincréticas, que operarían a modo de premisas de aplicación general, tal como ocurre con las proposiciones ideales de la matemática. Así, la teoría del delito se presenta como un conjunto de proposiciones teóricas, idealizadas, lo que constituye un reduccionismo, cuya proposición compleja podría ser

⁶⁹⁹ Así, en el contexto de la discusión entre intención y conocimiento, Hattiangadi, *Ought*, p. 161.

⁷⁰⁰ En efecto, el camino tradicional de la dogmática penal pretende ser un intento por solucionar desde la deontología del Derecho (denominada también normativización) problemas como la existencia de la libertad individual como presupuesto de atribución de responsabilidad individual; el contenido de la voluntad o de los estados mentales intencionales; la naturaleza psicológica de los estados pasionales y emocionales; la fundamentación ética del miedo insuperable o de las situaciones de necesidad; la cuestión de la causalidad en el mundo; la fundamentación ético-moral de la pena, etc. Una teoría del delito fundamentada en el entendimiento de las normas desde el lenguaje, debería asumir como premisa metodológica que tales cuestiones en cuanto no sean explicadas, precisamente, en relación con el lenguaje y no se les otorgue, además, una fundamentación práctica y empírica, pertenecen a aquello que no puede decirse, que únicamente intenta explicarse o mostrarse, pero que no puede demostrarse, pertenecerían a la metafísica. Wittgenstein, *Tractatus*, § 6522. Aunque, sobre el alcance de la última afirmación del *Tractatus* lógico-philosophicus existe una discusión, aquí se asume la interpretación según la cual las proposiciones de las ciencias que no están vinculadas a la pragmática, serían únicamente «sin sentidos», «intentos de trascender, en el lenguaje el límite del lenguaje». Fann, K. T. *El concepto de filosofía en Wittgenstein*, Editorial Tecnos, Madrid, 1975, p. 41 y ss. Están, conforme se explica en la conferencia sobre la ética «más allá del mundo». Wittgenstein, *Conferencia*, pp. 33-44.

expresada bajo el siguiente enunciado conjuntivo: «solo hay delito (P_1) si existe injusto (p) y culpabilidad (q)».

Así, podríamos formular los siguientes afirmaciones: primero, que si es posible acreditar la existencia de un injusto y también de la culpabilidad, entonces, existe un delito; segundo, que si hay injusto pero no hay culpabilidad, entonces, no hay delito; tercero, que si llegase a existir el supuesto en que no exista un injusto –al menos no uno completo–, pero si culpabilidad, entonces, no habría delito; y, cuarto, que resulta que sin injusto y sin culpabilidad no hay delito. Si la expresión no y sí, las sustituimos por falso (f) y verdadero (v), respectivamente, entonces, resulta que el valor de verdad P_1 queda descrito, en términos de una tabla elemental de función de verdad, del modo siguiente:

p	q	P_1
v	v	v
v	f	f
f	v	f
f	f	f

Hasta ahí no habría mayores problemas. Pero, el asunto es que no hay acuerdo en la dogmática penal sobre qué se entiende por p y q y, únicamente, las proposiciones son válidas si pudiéramos reducir la teoría del delito a una fórmula lógica que constituiría el resultado de la suma de todas las proposiciones elementales. Esto daría como resultado, una gran fórmula que sería la consecuencia del proceso de reducir proposiciones complejas, pasando por las básicas, hasta llegar a aquellas que son susceptibles de explicar todo el lenguaje del Derecho penal. Pero, se trataría, sin duda, de un lenguaje sin correspondencia con la realidad, ajeno al mundo⁷⁰¹.

⁷⁰¹ «La proposición es una figura de la realidad.

La proposición es un modelo de la realidad tal como nos la pensamos». Wittgenstein, Ludwig, *Tractatus lógico-philosophicus*, Alianza Editorial, Madrid, 2015, § 4.01.

Sería un lenguaje de proposiciones elementales (una concatenación de nombres)⁷⁰² sin sentido por no tener correspondencia con el mundo, en cuanto retratarían con pretensión de certeza hechos (atómicos) inexistentes, sin admitir un análisis posterior y no sujeto a verificación.

Pues bien, probablemente pueda reducirse todo el sistema penal y sus interrelaciones a fórmulas aplicativas, llegando a la gran fórmula del derecho penal. Pero, el problema es, precisamente, que esa fórmula no tendría (y, no tiene de existir) consonancia con la realidad. No existe en el lenguaje.

Incluso, si las normas penales pudiesen explicarse a través de proposiciones complejas, por cierto, que ellas podrían descomponerse en proposiciones básicas, hasta incluso podríamos llegar a una preposición elemental, pero para que ella sea verdadera debe estar en correspondencia con el lenguaje ordinario, en relación con el mundo, deben ser susceptibles de ser comparadas con la realidad porque, de otro modo, la explicación que se realice de ellas sería abstracta e irreal.

La formulación: «el que mate a otro será penado...», no tiene ningún sentido en la realidad. Alguien podría explicar qué se entiende –de hecho se hace – por «el» (q) diciendo que ha de ser otra persona (x), que esa persona ha de ser una física ($q = x + z$), en algunos ordenamientos no pueden ser ciertos parientes (d), entonces, más o menos vamos en:

$$q = x + z - d$$

Podríamos seguir descomiendo el enunciado, agregando todas las normas que entran en consideración, incluyendo, los permisos y excusas. Probablemente, ello sea posible, pero el resultado de ese proceso, no tiene sentido alguno, sino es puesto en relación con un caso.

Aunque no pueda decirse que tal procedimiento carezca de una lógica-formal, porque lo mismo que ocurre con la física, las matemáticas o la

⁷⁰² «La proposición elemental consta de nombres. Es una trama, una concatenación de nombres». Wittgenstein, *Tractatus*, § 4.22.

ética, las proposiciones de las normas representan o describen el límite del lenguaje ordinario con el mundo.⁷⁰³

Pero, las normas penales por sí solas carecen, sin embargo, de lógica porque son solo disposiciones de la autoridad, son prescripciones de acciones con carencia de valor de verdad, en otros términos: una manifestación de la voluntad por parte de quien las emite no sujeta a verificación⁷⁰⁴.

Ahora bien, en la medida que la regla general es que las normas dadas por la autoridad del Estado tengan un sentido orientador de conductas, sucede que en el Derecho penal ello se traduce en la prescripciones de mandatos de autoridad que ordenan, prohíben o permiten como «acciones»; es decir, son la consecuencia de un acontecimiento previo necesitado de regulación normativa (un caso) y no de la pretensión «científica» de solucionar abstractamente todos los sucesos futuros. El derecho es el resultado de casos que ha sido positivado como la prescripción de un modo particular de acción que, en relación con la imputación de intenciones, supone la creación de reglas que sirven para atribuirle a una persona la relación de acciones donde la intención se halla claramente en la acción y, también, de otro grupo de supuestos en que la atribución de intencionalidad a las acciones depende de la interpretación y entendimiento de la previsión de las consecuencias⁷⁰⁵.

⁷⁰³ Así, Wittgenstein sostiene que: «las proposiciones de la lógica, pues, no dicen nada», *Tractatus*, § 6.11; «la proposición muestra lo que dice; la tautología y la contradicción, que no dicen nada»; *Tractatus* § 4.461; sin embargo, pese a esa tautología muestran «las propiedades formales –lógicas– del lenguaje, del mundo», *Tractatus* § 6.12, y, al mismo tiempo, que «la mayor parte de las proposiciones e interrogantes que se han escrito sobre cuestiones filosóficas no son falsas, sino absurdas. De ahí que no podemos dar respuesta en absoluto a interrogantes de este tipo, sino solo constatar su condición de absurdos», *Tractatus* § 4003. Para una explicación sobre el límite del lenguaje ordinario. Fann, K. T. *El concepto*, p. 36.

⁷⁰⁴ A diferencia, por un lado, de las leyes de la naturaleza que pueden ser verdaderas o falsas y, por el otro, de las leyes de la lógica en la medida que estas prescriben lo que debe, puede o no tienen que pensarse de un modo que está sujeto a una verificación que no comparten las normas prescriptivas dadas por el Estado. von Wright, *Norma*, pp. 26 y ss.

⁷⁰⁵ von Wright, *The Varieties*, pp. 123 y ss.

El caso o acontecimiento supone la existencia de una comprensión previa de actividades humanas correctas u obligatorias en cuanto son reconocidas a través del lenguaje ordinario como reglas indicativas o prácticas de acción⁷⁰⁶.

El dolo se sitúa precisamente en este plano desde el momento en que, según lo visto, en sistemas tan diferentes surgen al menos dos tipos de reglas prácticas de atribución de significado a las acciones intencionales: la primera, es la regla de adscripción de intencionalidad en sentido fuerte, esto es, casos en los cuales apenas hay dudas sobre el significado intencional de la conducta; lo que podría ser denominado como el caso básico de acción intencional. Esto desde el momento que ningún sistema renuncia a la atribución o imputación de la intencionalidad o el propósito. En segundo lugar, se sitúan los supuestos de *casos difíciles* donde de lo que se trata es de crear una regla práctica para la atribución de la previsión de las consecuencias, ya se trate de consecuencias prácticamente seguras o no⁷⁰⁷.

⁷⁰⁶ La máxima según la cual la razón racionaliza una acción permite explicar la motivación normativa del autor para obrar de un modo u otro, en otros términos, determina la exigibilidad del juicio de imputación, al mismo tiempo que permite determinar el contenido de la prueba del aspecto subjetivo del hecho. Esto se debe a que existe un proceso interno denominado “racionalización” que junto con explicar el porqué de una determinada acción, al mismo tiempo, puede ser entendido como una explicación –causal o no- de esa acción. Davidson, «Actions», p. 11.

⁷⁰⁷ Esto, por ejemplo, en Kenny, Anthony, «Intention and Purpose», *The Journal of Philosophy*, 3:20 (1966), pp. 643-646 y ss.

II. Reglas de conducta y el lenguaje intencional

La gramática supone que existe un entendimiento de las reglas del lenguaje, es decir, que es posible asociar conductas humanas orientadas a la realización de determinados actos en contextos comunicativos⁷⁰⁸.

La actualización de la vigencia de esas reglas prácticas tiene lugar a través de la realización de acciones. De este modo, a través del lenguaje indicativo en cuanto prescribe –con independencia del aspecto valórico del comportamiento– la realización de actos conforme a reglas, se posibilita la comprensión semántica del acto contrario, esto es, aquel que supone contravenir la regla⁷⁰⁹.

La contravención de reglas puede estar en relación con un contenido directivo de conducta (prohibición o mandato), en cuanto se entiende *portador de un significado* conforme al cual socialmente es posible y, en un primer lugar, realizar una adscripción de sentido a ese comportamiento en cuanto contrario a una regla práctica prescriptiva de conductas (sintaxis)⁷¹⁰.

⁷⁰⁸ Al respecto, von Wright señala que las reglas de la gramática posibilitan el decir si una persona habla o no correctamente un idioma, más bien, realizar un proceso de adscripción conforme al cual decimos que una persona habla o no correctamente un idioma. Las reglas de la gramática y las reglas del juego (como sinónimo de la realización de acciones humanas), corresponden a formas fijas de lo discursivamente correcto. von Wriqth, *Norma*, pp. 26 y ss.

⁷⁰⁹ Ahora bien, no todos los comportamientos reconocibles en reglas sociales importan al Derecho, sino únicamente aquellos en que las personas además de verse obligadas tengan efectivamente la obligación jurídica, esto es, que ese deber pueda reconocerse en una norma jurídico-penal que lo contenga. Que esta norma exista no significa nada en relación a la posible predicción o motivación de comportamientos, porque en general una persona promedio, en términos de receptor normal, en situaciones de comunicación estándar puede distinguir que existen reglas (normas) que establecen la prohibición de matar o de amenazar a otro para la realización de una acción contra su voluntad, o bien, que existe o que puede existir y, por ende, de que se tiene el deber de información sobre la obligación de pagar impuestos. Esto se conoce como el resultado al que conduce un análisis sintáctico del lenguaje en relación con las normas jurídicas. Así, Ross, *Directives*, p. 68 y ss.

⁷¹⁰ Ross, *Directives*, p. 68 y ss.

Es evidente que en algunos casos simples, como el supuesto de la prohibición de matar a otro dolosamente, estamos ante un obligación que está incluso en conexión, cuando no en perfecta coincidencia entre el Derecho como normas y el uso social del lenguaje y, por cierto, también con la moral. Pero, más allá de esta coincidencia que puede ser discutible, lo cierto es que el sistema jurídico se estructura sobre la base de normas y reglas (en adelante, solo reglas), que establecen formas de conductas con independencia de si no están (reglas) configuradas bajo el anuncio de una pena (normas)⁷¹¹.

En efecto, las reglas en cuanto modelo de prescripción de conductas y de atribución de desviación, pueden ser socialmente comprendidas con independencia de la existencia de una sanción institucional.

La distinción entre reglas sociales («*social rules*») y meros hábitos de conducta convergente («*mere habits of behaviour*»), posibilita la superación del entendimiento de las normas penales como imperativos de conducta y, por ende, la negación de los fines preventivo generales y especiales de la pena, en la medida que resulta evidente que la predicibilidad del castigo es parte integrante de las reglas (normas), pero ello no explica de modo exhaustivo la razón por la cual las personas siguen las reglas de conducta, en cuanto prescripciones de comportamiento, con independencia de la existencia de un anuncio de pena institucionalizado, ni el motivo por el cual las personas comprenden a través de los enunciados del lenguaje, la diferencia entre *el mero no seguir un hábito de conducta convergente, de una regla que supone un directivo de conducta, cuya desviación se entiende socialmente como la*

⁷¹¹ En consecuencia, es posible reconocer prohibiciones o mandatos de causación de resultados lesivos a título de dolo, en cuanto formas más intensas de quebrantamiento de comportamientos entendidos como reglas, con independencia de si el quebrantamiento de la regla es una norma jurídico-penal. Lo anterior, en la medida que la existencia de una sanción no significa que la mayor parte de las personas sigan las reglas como consecuencias de anuncios institucionalizados de pena, sino que esas reglas (si son normas) se siguen porque son entendida, primero, a través del lenguaje como un «tener que» o un «deber», independiente de la predictividad que se le pueda dar al comportamiento en cuanto normativizado por una regla institucional (una ley).

*contravención de un «deber encerrado en reglas», con independencia de si efectivamente existe un reproche*⁷¹².

La razón por la que me hago cargo, de un modo general, de estos problemas es evidente, en la medida que el dolo supone el nivel más grave e intenso de vulneración de las normas penales.

a) Casos fáciles y casos difíciles

Siguiendo a Kenny⁷¹³, podríamos distinguir al menos dos grupos de casos de atribución o adscripción de acciones intencionales, en relación con normas jurídicopenales. El primero, sería el caso fácil donde un silogismo práctico elemental serviría para comprobar la intencionalidad que acompaña la acción⁷¹⁴. El segundo grupo de casos, es aquel donde la atribución del contenido intencional de las acciones se traduce en una serie de reglas prácticas generadas para la imputación del contenido subjetivo de la acción, esto es, una adscripción de intencionalidad sobre la base de la interpretación de la posibilidad de la previsibilidad de las consecuencias.

⁷¹² Si esto es así, el sistema de reglas (normas) que sirven para la atribución de comportamientos desviados, en cuanto parámetros que indican si ha existido o no un quebramiento de prescripciones sociales de conducta, existe con independencia de la pena o de la sanción institucionalizada. Hart, *The Concept*, pp. 55 y ss.

⁷¹³ Aunque, en realidad, esto es un simplismo, porque el mismo Kenny redujo arbitrariamente a doce casos los supuestos en que aritméticamente era posible explicar, al menos preliminarmente, en la atribución de acciones intencionales, Kenny, Anthony, «Intention», p. 646.

⁷¹⁴ En efecto, el mérito de Anscombe es el haber demostrado que el resultado del silogismo práctico no es una proposición, sino que una acción, donde esa acción no es sino un acto del habla, esto es, la descripción de la acción misma. Esto quiere decir que para la filosofía analítica resulta esencial el procesamiento práctico de información por parte de las personas, en la medida que no solo describimos el mundo, sino que también y, tal vez esencialmente, procesamos esa información para saber qué hacer, cómo hacer, qué se puede hacer, qué se debe hacer. El resultado del proceso es la acción. Las acciones intencionales son aquellas en que se aplica la pregunta ¿por qué? Son esencialmente adscriptivas, en la medida que explican por qué alguien actuó, sus razones para la acción. Anscombe, G. E. M. *Intención*, Mosterín (trad.), Paidón, Barcelona, 1991, pp. 51-53.

Así la adscripción de intencionalidad en la predicación por parte del hablante de un enunciado lingüístico-empírico de imputación, conforme al cual se formula una proposición de lógica óptica, donde se enuncia, por ejemplo: A disparó cinco veces a B a un metro de distancia, dependerá de la interpretación sintética de ese evento con todas las circunstancias, de acuerdo al entendimiento del dolo en el lenguaje ordinario puesto en relación con ese acontecimiento.

Desde ahí es posible recurrir a otro enunciado de naturaleza normativa, conforme al cual se adscribe valorativamente a *A* la realización de una contravención con un enunciado lógico-proposicional descrito en una norma penal en términos de prohibición de causación intencional de determinados sucesos, es decir, se pone en relación con una proposición deóntica. De este modo, tiene lugar un tercer enunciado de naturaleza lingüístico-conceptual, conforme al cual asociamos ese acontecimiento con una regla (la prohibición de matar) y reconocemos esa regla en una norma que establece un concepto (el homicidio), conforme al lenguaje⁷¹⁵.

Puede ser que en casos fáciles establecer o negar la presencia del dolo conforme a esta regla resulte evidente, incluso, con independencia de la circunstancia que el sistema jurídico establezca o no una definición, precedentes o se pueda recurrir a conceptos, que sirvan de guía al juez o al jurado para afirmar o negar su presencia. En los casos simples la adscripción o imputación de intencionalidad queda sujeta a la formulación de un silogismo práctico, construido desde la citada relación entre el enunciado de lógica proposicional, el lingüístico y las reglas del lenguaje⁷¹⁶.

Ahora bien, es evidente que el problema se presenta en los casos difíciles, que son la mayoría, esto es: en supuestos que el dolo no puede ser entendido como la adscripción de acciones intencionales, en sentido estricto, conforme a un silogismo práctico, sino que requiere de un concepto adicional: el significado conforme a la regla de la tercera

⁷¹⁵ La descripción de la realidad social se realiza conforme a la distinción entre estos tres tipos de enunciados lingüístico-conceptuales, lingüístico-empíricos y lingüístico-normativos. Ross. *Directives*, pp. 64-75.

⁷¹⁶ Aunque es evidente que es imposible una certeza absoluta en la afirmación del tipo *A* tiene la intención de *X* Anscombe, *Intención*, 46 y ss.

persona. En este lugar la construcción de la intencionalidad necesaria al dolo, supone la imputación de acciones que son asimilables al supuesto básico, por constituir casos en los que se puede afirmar que el sujeto actúo con intención, en relación con la previsión de las consecuencias.

Aquí se origina una discrepancia sobre la interpretación de la aplicación de reglas prácticas, incluso, en los sistemas que cuentan con una definición legal o donde existe un consenso jurisprudencial o doctrinal sobre el contenido del dolo. Así, en los sistemas anglosajones sucede que la interpretación de las acciones en relación con normas penales no permite un único resultado porque hay significados diferenciados de dolo. En cambio, en los sistemas continentales, el juez elegir entre varios conceptos que permitirían una deducción lógico racional sobre la base de la dogmática y aunque exista un único concepto de dolo. El problema es igualmente el de la creación de reglas para la atribución o imputación de acciones intencionales.

En otros términos, pese a la existencia de conceptos, precedentes, reglas interpretativas dadas desde la dogmática, el problema es el mismo: el juez se enfrenta a la necesidad de argumentar racionalmente la aplicación de reglas de adjudicación de responsabilidad en ambos sistemas, donde el caso difícil se decide sobre la base de la interpretación de reglas (normas) en sede lingüística-conceptual, recurriendo a la pragmática y al lenguaje ordinario, incluso, con independencia de toda relación con un conjunto de relaciones teóricas preexites⁷¹⁷.

Entonces, en esta serie de casos, de lo que se trata es sobre la base de qué reglas de adscripción de intencionalidad, se puede afirmar que una persona ha realizado una acción que supone una decidida contravención de normas penales. La solución de los casos difíciles decanta, en

⁷¹⁷ En efecto, unos de los méritos de Hart consiste en haber demostrado que la tradición continental oculta la circunstancia de que el juez tiene un ámbito de decisión institucionalizada en los casos difíciles. En efecto, la ventaja del Derecho anglosajón en este punto consiste en haber limitado la creación de un Derecho paralelo al Derecho escrito o la interpretación judicial, mediante un sistema de precedentes que se plasman, a modo de tradición y seguridad jurídica, en el Derecho escrito. «It is only the tradition that judges 'find' and do not 'make' law that conceals this, and presents their decisions as if they were deductions smoothly made from clear preexisting rules without intrusion of the judge's choice». Hart, *The Concept*, p. 12.

consecuencia, en la explicación racional del significado de una acción, respecto de la cual *nosotros* podemos afirmar que el autor tenía una razón para realizarla, que tenía conocimiento de lo que estaba haciendo, en términos de previsión de las consecuencias y, realizar la acción, era su propósito, en la medida que *nosotros* podemos interpretar su comportamiento como dirigido a un resultado o apuntando a la causación de una serie de acontecimientos⁷¹⁸.

Y, por cierto, lo mismo ocurre en casos en los que al autor tiene los “ojos abiertos y decide no saber lo que está haciendo”, pero actúa queriendo – en sentido volitivo – ignorar lo que le dicen sus sentidos. Conocer lo que se hace no requiere observación de lo que se hace (en primera persona); también, se actúa intencionalmente si se realizan acciones que suponen aplicar conocimientos no observacionales⁷¹⁹. Decidir desatender lo que se conoce, obrar precipitadamente es también un caso de acto intencional.

El caso más difícil no es, sin embargo, el que implica decidir ignorar o inadvertir aquello que se conoce, sino que aquellos en que se actúa con un conocimiento pleno y observacional, decidiendo intencionalmente actuar con previsión de las consecuencias posibles. El ejemplo del médico que extirpa un útero canceroso en una mujer embarazada, salvando su vida, pero con previsión de causalidad de la muerte del feto⁷²⁰, realiza igualmente un acto que puede adscribirse como una intencionalidad de la previsión de las consecuencias. Aunque en sede de primera persona, el médico diga que no tenía la intención de causar la muerte, esa afirmación significa muy poco para la valoración de la tercera persona.

De ahí que el actuar intencionalmente abarque no solo la acción en sí misma, sino que la causalidad, el resultado y las excusas y defensas. Entonces, afirmar o imputar a otro la realización de una acción intencional, en cualquiera de los sentidos apuntados, supone adscribirle la contravención de una norma de prohibición o mandato, con

⁷¹⁸ Al respecto, Lawrence, H. Davis, *Theory of Action*, Prentice-Hall, Inc., New Jersey, 1979, pp. 60-61.

⁷¹⁹ Lawrence, H. Davis, *Theory*, pp. 62-63. Sobre el conocimiento sin observación, Anscombe, *Intención*, 55 y ss.

⁷²⁰ Lawrence, H. Davis, *Theory*, p.63.

independencia de si esa afirmación de responsabilidad puede ser derrotada.

III. El lenguaje del dolo: sobre las reglas prácticas de adscripción o imputación de intencionalidad

La responsabilidad penal depende, a nivel subjetivo, como indica Lacey⁷²¹ de la capacidad cognitiva y volitiva de un sujeto de motivarse por las normas («*capacity*»), cuyo quebrantamiento se acredita a través de la realización o abstención de un tipo de comportamiento que se encuentra prohibido o mandado en la definición de un delito («*conduct*»); y, finalmente, por la ejecución de esos comportamientos con un concreto nivel de intencionalidad, distinguible, según la intensidad del quebrantamiento de normas: propósito, desconsideración, conocimiento y negligencia («*responsability/fault*»).

El grado de déficit en el cumplimiento de normas determina a su vez, sobre la base de criterios preventivos generales y especiales, la intensidad del juicio de reprochabilidad o la medida de la pena. Lo anterior, es denominado método analítico para el establecimiento de la responsabilidad penal subjetiva.

Esta perspectiva, en referencia a las normas de adjudicación, se construye desde la consideración de niveles de adscripción o imputación diferenciable de intención en relación con normas de conducta⁷²².

Siguiendo a Austin⁷²³ decir algo en relación con una acción, por ejemplo: «A mató a B» no es simplemente enunciar algo, en este caso no se trata de una proposición descriptiva, sino que «decir algo es hacer algo», que aquí equivaldría no a enunciar la descripción de una acción sino que a decir que A realizó la acción de matar a B (un acto realizativo y adscriptivo de responsabilidad).

⁷²¹ Lacey, Nicola, «Legal constructions of crime», *The Oxford Handbook of Criminology*, AAVV. Oxford University Press, London, 2007, pp. 186 y ss.

⁷²² Sobre este punto, Robinson/Grall, «Element», pp. 685 y ss.

⁷²³ En especial, la segunda conferencia. Austin, *How to do*, p. 12-13.

Esta idea fue desarrollada en relación a la teoría del lenguaje y su vinculación con la responsabilidad por Hart⁷²⁴, para quien a partir de las funciones que desempeña el lenguaje ordinario en relación con las acciones es posible distinguir entre, por un lado, el uso descriptivo del lenguaje referido a cosas, eventos o personas y, por otro lado, el uso adscriptivo del modo enunciativo de responsabilidad: «él lo hizo», «tú lo hiciste», «lo hice», que estaría más allá de la preliminar descripción física de una acción.

De este modo, la adscripción de una acción a una persona a través de una oración enunciativa de responsabilidad sería una afirmación sujeta a la objeción de verificación, esto es, sería defensible («defeasible») o derrotable⁷²⁵ por la concurrencia de una defensa.

Este es, sin duda, el lenguaje característico del Derecho penal, porque aquí las conductas humanas se ponen en relación con el lenguaje prescriptivo de las normas penales a través de la enunciación de la adscripción de responsabilidad que se denota en una oración del modo: «A mató a B», «A abusó sexualmente de B», «A estafó a B», etc.

Ahora bien, si se comparte esta idea solo para el resultado de la sintaxis lógico-práctica que supone la acción⁷²⁶, la relación entre el lenguaje ordinario y el que es propio de las normas penales, tal como explicara Hart, se materializa en de un modo característico de los procesos judiciales: es el resultado de una ponderación entre los sucesos probados y su vinculación con el Derecho. Incluso en la ponderación argumentativa propia de la filosofía del lenguaje, no parecen ser tan claras las objeciones que los teóricos de la acción y del lenguaje formularon con posterioridad a la aparición de *the ascription of responsibility and rights*⁷²⁷.

⁷²⁴ Hart, H. L. A. «The Ascription of Responsibility and Rights», *Proceedings of the Aristotelian Society New Series*, Vol. 49, (1948 - 1949), pp. 171-194.

⁷²⁵ Esta parece ser la traducción más literal del término y tal como ocurre en inglés no hay una palabra en el lenguaje ordinario que sirva para identificar este concepto en oposición a las razones indefeasibles de la lógica deductivista.

⁷²⁶ Anscombe, «Intention», p. 332

⁷²⁷ En especial, la crítica formulada por quienes defendían una *visión puramente cartesiana de la mente y la importancia del contenido de la voluntad como causa de los movimientos corporales en cuanto acciones*. Geach, P. «Ascriptivism», *The Philosophical*

Más aún, porque el mismo autor reconoce que en muchos casos los jueces no se encuentran especialmente vinculados, en la solución de casos concretos, por las definiciones (doctrinales, jurisprudenciales o filosóficas, incluyendo por cierto las del lenguaje ordinario). En especial, en lo que al contenido de un conceptos legales se refiere, dado que la vaguedad es la nota característica, a lo más se puede hacer un esquema sobre la aplicación del concepto, conforme a los casos en que ha tenido lugar y las opiniones existes, pero no se puede decir con certeza absoluta con pretensión de inmutabilidad, por ejemplo: «la intencionalidad subjetiva consiste en...».

En la práctica, lo que ocurre es que el juez sobre la base de la interpretación de reglas prácticas de acción, formula en lo que al aspecto subjetivo de la imputación se refiere, enunciados adscriptivo del tipo: «A mató intencionalmente a B». Sin embargo, ello no implica atribución de responsabilidad a título de merecimiento de pena y, tampoco, es una afirmación que implique responsabilidad, porque como decíamos se trata de una atribución de realización de acciones intencionales «derrotable».

En primer lugar, la derrotabilidad del enunciado adscriptivo por el cual se atribuye intencionalidad, puede devenir por la falta de acreditación procedimental del suceso o por la prueba negativa de ese acontecimiento y, en segundo lugar, porque pese a que las circunstancias que fundamentan el suceso están presentes y sean verificables, concurre alguna excusa o defensa que excluye la posibilidad o disminuye la

Review, Vol. 69:2 (1960), pp. 221-225. Ahora bien, es sabido que, posteriormente, Hart reculó parcialmente de su postura al explicar que las críticas vertidas por Geach y Pitcher le parecían justificadas y, por ende, los principales argumentos vertidos para defender el concepto de adscripción no le aparecían ya defendibles. Hart H. L. A. «Punishment and Responsibility, *Essays in the Philosophy of Law*, 2^a ed., Oxford University Press, Oxford, 2008, p. v. Al respecto, la aportación de Davidson en este sentido, esto es, la idea que toda acción supone una razón para la acción, con independencia de la interpretación que podamos hacer de esa acción, parece haber sido uno de los puntos por los cuales Hart habría abandonado, aunque no totalmente, su original idea, según se desprende –dice Feinberg– de una obra fundamental para la literatura penal, como es *Causation in the Law*. Al respecto, Feinberg, Joel, «Action and responsibility», *Essays in Theory of Responsibility*, Princeton University Press, Princeton, 1970, p. 149.

intensidad de la imposición de una sanción por el quebrantamiento intencional de normas penales.

De ahí, también, que el enunciado adscriptivo «A mató a B», puesto en relación con la prescripción normativa «El homicidio consiste en matar a otro», signifique que «A ha cometido un homicidio a menos que concurra una defensa o una excusa». Y, es evidente, que en la caracterización correcta de cualquier delito, están presentes no únicamente el concepto, sino que también al cúmulo de heterogéneas circunstancias que legalmente sirven para «derrotar» la afirmación según la cual es posible, en un caso concreto, afirmar que un determinado suceso, reconocible en una norma penal, puede ser interpretado como una *obra intencional* del autor.

El adscriptivismo de Hart tiene como mérito el asignarle al concepto de acción una función puramente negativa (derrotable) y, además, afirmar la idea de una superación de las teorías tradicionales que en el Derecho penal se han elaborado acerca de la conducta humana⁷²⁸.

Ahora bien, es evidente que el adscriptivismo en el Derecho penal se enfrenta a un problema, derivado de la subsistencia de expresiones como: «*actus non est reus nisi mens sit rea*»⁷²⁹, que distorsionan el contenido de la acción asignándole demasiada importancia a cuestiones metafísicas como la libertad, obligando a la doctrina y a la jurisprudencia a teorizar con pretensiones filosóficas sobre el (in)determinismo, cuando lo que debería importar la creación de reglas prácticas para la construcción racional de la acción imputable, a partir de la pregunta sobre si *en el caso*, puede o no adscribirse a un sujeto una acción porque ella significa la realización intencional de un delito.

⁷²⁸ «*The principal field where jurists have I think created difficulties for themselves (in part under the influence of the traditional philosophical analysis of action) by ignoring the essentially defeasible character of the concepts they seek to clarify is the Criminal Law*». Hart, «The Ascription», p. 179.

⁷²⁹ Esta frase ha sido erróneamente traducida como «no hay delito sin culpabilidad», porque en realidad es «no hay acción sin mente». En la actualidad, según se ha visto, se interpreta en sentido amplio, dado que el dolo y sus subformas asimilables «conocimiento», «desconocimiento» e «ignorancia deliberada», comprenden el aspecto subjetivo de las normas que establecen delitos en los sistemas analíticos.

En tal sentido, la afirmación que alguien ha obrado dolosamente contenida en la acusación, solo adquiere significado en la medida que se pone en relación con la prueba en perspectiva de los acontecimientos prácticos que la sustentan, donde la adscripción de intencionalidad es el resultado de un proceso penal, que reconstruye la acción sobre la base de un acontecimiento es reinterpretable⁷³⁰.

Un aspecto destacable del concepto de adscripción es que permite una valoración de la concurrencia de la tipicidad por la atribución a un sujeto determinado de la realización de su acción, con independencia de si con posterioridad concurre una defensa o una excusa que excluya la ilicitud misma o culpabilidad personal

Lo rescatable de la versión original del adscriptivismo, es que pretendía superar la teoría de la voluntariedad de las acciones en sede de culpabilidad, al desterrar por completo de tal nivel de atribución la prueba de la voluntad entendida como un «querer» asociada a la intención como nivel subjetivo de imputación de acciones en el proceso penal⁷³¹. La distinción es coincidente con el sistema que la dogmática continental elaborara desde Welzel⁷³².

⁷³⁰ Hart, «The Ascription», p. 180.

⁷³¹ Claramente, Hart tomó la distinción que realiza Aristóteles sobre las acciones que son merecedoras de reproche moral. Así, mientras las acciones voluntarias son las que tienen por objeto aprobación o reproche, las involuntarias son aquellas que son objeto de indulgencia. Estas últimas, en un primer momento, podrían aparecer como voluntarias porque al realizarse serían objeto de una elección, pero el fin de la acción dependería del momento, tales acciones recibían para Aristóteles el nombre de acciones mixtas, porque en un principio aparecen como reprochables moralmente, pero después pueden ser objeto de alabanza o son perdonadas. El ejemplo es el del sujeto que arroja la carga del barco en la tempestad para aliviar el peso. Así, una acción en principio censurable aparece, en un segundo momento, como un acto sensato en la medida que tal atribución aparece como derrotada por una excusa. Aristóteles, *Ética Nicomaquea*, III, I, 1109b, 30, 1110a, 1-20.

⁷³² Al respecto, Welzel, Hans, *El nuevo sistema del Derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, 2ª ed., Cerezo Mir (trad), B de F, Buenos Aires-Montevideo, 2004, pp. 69-106.

Así, en la tesis original la voluntariedad de las acciones es claramente distinguible de la intencionalidad de nuestras acciones⁷³³; empero, ambas están sujetas al proceso valorativo de la adscripción en sede de la tercera persona tomando como referencia el lenguaje ordinario.

1. Adscripción o imputación en sentido institucional

En el Derecho penal, afirmar que una persona realizó una acción dolosa solo tiene sentido si se realiza en un contexto institucional, implica establecer una correspondencia entre una acción, un sujeto y las normas de prohibición o mandato, como paso previo a las consecuencias que puede implicar. Según hemos indicado, el decir que alguien realizó una acción intencional no es un tipo de enunciado de culpabilidad, sin embargo, conlleva una afirmación de antinormatividad. Si esto es así, decir que *A* mató intencionalmente a *B*, es una afirmación derrotable por la presencia de permisos fuertes o débiles.

Ahora bien, afirmar que *A* mató a *B* intencionalmente, solo supone, según lo indicado anteriormente, sostener un silogismo práctico que afirma un supuesto básico de acción. Pero, en el contexto institucional del proceso penal, afirmar lo mismo no es una cuestión puramente descriptiva, sino que constituye un enunciado performativo sobre la realización de una acción en relación con normas jurídicas: enuncia así, preliminarmente, la presencia de un injusto, ilícito o antijurídico, con

⁷³³ Así en Aristóteles, *Ética Nicomaquea*, III, I, 1111b, 25. Todavía más claro aparece en Tomás de Aquino, quien separó la voluntariedad de la acción con el fin de la acción y el resultado que se obtiene. Al respecto dice «somos dueños de nuestro propios actos en cuanto que podemos elegir esto o aquello», con lo que la idea de voluntariedad como sinónima de la presunción de libertad queda afirmada. Y, posteriormente, sostiene «no se elige el fin, sino lo que lleva al fin», con lo que la *intencionalidad* contenida en la *voluntariedad de las acciones* resulta plenamente distinguible. Tomás de Aquino, *Suma de Teología*, I–I, C. 82, art. 1. O. 3^a. (746). Esta idea, subsiste en la elaboración de la teoría del delito, con independencia de la sistemática que se adopte. Así, por ejemplo, «el uso normal de la expresión voluntaria, aplicada a una acción, no hace referencia a una relación psicológica, sino a una relación de atribuidibilidad. Decimos que alguien hizo algo voluntariamente cuando se le puede atribuir lo que hizo, esto es, cuando se le puede premiar o castigar por ello». Cobo/Vives, *DPPG*⁵, pp. 554-555.

independencia de la valoración posterior que resulta de la concurrencia de una defensa o una excusa. Así, conforme a Austin en determinados contextos decir algo equivale a una expresión verbal indicativa de un enunciado performativo de una acción, esto es, que no es considerada normalmente como solo decir algo⁷³⁴.

Con estas afirmaciones, he querido ofrecer un argumento para la ubicación del dolo dentro de una sistemática analítica de la teoría del delito. Así, dado que decir que *A* ejecutó una acción con intencionalidad subjetiva suficiente para motivar un contexto institucional como un proceso penal, supone la enunciación de una declaración de antinormatividad, en la medida que solo interesan, incluso preliminarmente, al proceso penal acciones con significado jurídicopenal; es la adscripción o imputación de acciones, que no es ni falsa ni verdadera, sino que solo derrotable⁷³⁵.

Tomemos como ejemplo una reciente sentencia del Tribunal Supremo relativa al dolo, para ver cómo se expresa el lenguaje performativo que sirve para la adscripción de acciones intencionales:

«En el caso actual la sentencia de instancia en el juicio de tipicidad considera que no hay margen de duda sobre la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos reclamados por el tipo de asesinato. Así destaca que la acción no solo se presentaba del todo idónea (asestar cinco cuchilladas en la espalda con un

⁷³⁴ Austin, *How to do things with words? The William James Lectures delivered at Harvard University in 1955*, Oxford University Press, Oxford-London, 1962, pp. 6-7.

⁷³⁵ Austin describe los enunciados performativos como una forma de hablar o escribir que, en un sentido formal, contiene una declaración asertiva expresiva de un sentido (o no es un sinsentido), que no es verdadera o falsa, expresadas en un verbo conjugado en primera persona singular que, además, al pronunciarse en determinados contextos institucionales conlleva que «decir» sea «hacer». Al respecto, da como ejemplo el matrimonio, donde los contrayentes pronuncian las palabras «yo, te acepto como cónyuge», o bien, el bautizo del barco Reina Isabel II, donde pronunciar las palabras: «el nombre de este barco será...», equivale a bautizar el barco en el contexto de la ceremonia. A diferencia, de otros enunciados que conllevan el uso la forma indicativa condicional del verbo poder «podría» o su forma indicativa presente «puede». Austin, J. L. *Philosophical Papers*, Edited by J. O. Urmson and G. J. Warnock, Oxford at the Clarendon Press, Oxford, 1961, p. 222.

cuchillo de unos ocho centímetros de hoja acabado en forma puntiaguda y cortante, de un centímetro de anchura), para la producción del resultado prohibido, sino que, además, permite identificar el dolo reclamado por el aspecto subjetivo. El comportamiento previo al momento de asestar las cuchilladas, el número de incisiones en el cuerpo de la víctima, hasta cinco; la zona donde se produjeron, situadas todas ellas en la parte posterior del cuerpo, cuatro de ellas en la zona escapular y una en la lumbar; la potencialidad lesiva del arma utilizada son circunstancias, todas ellas, que denotan la concurrencia del dolo homicida»⁷³⁶.

Las expresiones relativas a la concurrencia de elementos subjetivos del tipo vertidas en esta sentencia no son puramente descriptivas. En la medida que, junto con indicar las circunstancias en que ha tenido lugar la acción, agregan uno o más verbos de acción («asestar»), que al estar referidos a un acontecimiento pasado, adquieren en relación con el lenguaje y las normas penales un sentido adscriptivo («*A* asesinó dolosamente a *B*»).

La descripción «*A* asestó a *B* cinco cuchilladas por la espalda», presupone o habilita el acto del habla performativo que suele expresarse dentro de la argumentación de las sentencias penales, al modo adscriptivo:

«*A* realizó un homicidio doloso»

Este uso del lenguaje en las sentencias, implica *referencialidad*⁷³⁷. En la medida que solo cobra sentido para *nosotros* porque entendemos que conlleva implícitamente aparejada la atribución de la realización de una acción con infracción intencional de prohibición o mandatos contenidos en normas penales.

En este contexto, la forma en que se entiende concurrente el dolo en el lenguaje adscriptivo de los casos prácticos servirá posteriormente en este

⁷³⁶ STS (25.02.2015), nº 86/2015, toI.4.761.120, ponente: Gómez De La Torre (el destacado es nuestro).

⁷³⁷ Searle, John, *Intencionalidad. Un Ensayo en la Filosofía de la Mente*, Ujaldón y Valdés (trad.), Tecnos, Madrid, 1992, 39 y ss.

trabajo para elaborar reglas operativas sobre la adscripción de intencionalidad desde su propia pragmática, es decir, para enunciar –sin perjuicio de lo que ya se ha dicho– qué clase de acciones pueden ser imputadas con significado intencional⁷³⁸.

En otros términos, lo que se ha intentado aquí es elucidar el concepto de dolo a través de su gramática profunda⁷³⁹, es decir, transformar un concepto abstracto con pretensión de generalización y, por ende, inexacto en otro aclaratorio del anterior, a través del uso de las reglas de adscripción de intencionalidad elaboradas desde el lenguaje.

Preliminarmente, la búsqueda de un concepto analítico de dolo supone, establecer cuál sería la definición que de él se daría desde el lenguaje ordinario, en otras palabras, qué diría o cómo se referiría al dolo alguien que ignorase por completo el contexto en que es utilizada esta expresión en el sistema penal⁷⁴⁰.

Pues bien, hemos visto antes que las normas penales se interpretan conforme a las reglas del lenguaje, lo que quiere decir que quien realiza el proceso de adscripción conoce una serie de reglas sociales que

⁷³⁸ «Un concepto “analítico” no denota una clase cerrada de enunciados» como es común en las definiciones de la dogmática penal, en la medida que éstas suelen ser utilizadas con pretensiones de transformarse en fórmulas abreviadas generalizadoras y con elementos específicos, al modo de una lista de elementos; son proposiciones que sin referencia a la realidad que las han originado carecen de sentido, como ocurre con las fórmulas de las ciencias exactas. Por el contrario, parece ser que un concepto analítico es una generalidad surgida desde el lenguaje ordinario con capacidad de *proyección* dinámica en relación con nuevos casos. Searle, *Intencionalidad*, pp. 17 y ss.

⁷³⁹ En general, es posible asociar palabras como símbolos expresivos de conceptos, esto ocurre con regularidad con las categorías de la teoría del delito (dolo, imprudencia, caso fortuito, imputabilidad, etc.), sería una relación asociativa (en términos psicológicos) donde únicamente a través de la palabra podemos notar un símbolo (gramática superficial). Sin embargo, entender las palabras como proposiciones que expresan términos relacionados a través de la lógica o de las reglas relativas al uso correcto de las palabras o que únicamente adquieren significado a través de las reglas y los juegos del lenguaje ordinario importa denotar un símbolo (gramática profunda). Sobre esta distinción de notar y denotar, Russell, Bertrand, «V. Denotación», *Los Principios de la Matemática. Ciencia y Filosofía* (1897-1919), Obras Completas, t. II., Aguilar, Madrid, 1973, pp. 436-446.

⁷⁴⁰ Searle, *Intencionalidad*, p. 15.

determinan el comportamiento que es *esperable o tolerable*, conforme a la observación de otras conductas o actos. En efecto, en relación a la adscripción de acciones intencionales, pese a todas las teorizaciones, parece no haber grandes diferencias, en cuando a la atribuibilidad de una conducta dolosa en la sentencia que puede redactar un juez lego en comparación con uno letrado.

Ello se debe, sin duda, a la circunstancia que solo a través del lenguaje se toma parte en conductas humanas que están gobernadas por reglas y «aprender y dominar el lenguaje es (inter alia) aprender y haber dominado esas reglas»⁷⁴¹.

Ahora bien, por el momento, volviendo a Austin habría que preguntarse: ¿Es un tipo de acto del habla la adscripción de acciones a título de dolo que realiza el juez en una sentencia penal?

El enunciado: «A obró dolosamente» (a), no solo implica describir en esta perspectiva un estado de cosas, sino que, también, presupone el poder de conferir reglas sobre la interpretación de la concurrencia del dolo (b).

Sin embargo, (a) no consiste en un acto del habla performativo, pero sí está sujeto a reglas interpretativas que determinan el modo en que es posible atribuirle a un sujeto (a) en cuanto estado de cosas. En suma, (a) cumple la función de enunciado operativo para la atribución de acciones en relación con normas penales. Con todo, tal como ocurre con los actos del habla, para poder pronunciar las palabras del enunciado (a) es preciso junto con el poder de interpretar las acciones del lenguaje ordinario y sus reglas, tener también el poder jurídico de conferir una regla sobre el sentido de las normas que describen contravenciones entendidas, en sentido amplio, como la prohibición o el mandato de no incurrir en (a) en cuanto estado de cosas. La síntesis del proceso se traduce en la adscripción derrotable de acciones, consideradas preliminarmente, al menos, como la contravención de normas jurídicospenales.

⁷⁴¹ «Mi conocimiento de cómo hablar un lenguaje incluye el dominio de un sistema de reglas que hace que mi uso de los elementos de ese lenguaje sea regular y sistemático. Reflexionando sobre mi uso de los elementos del lenguaje puedo llegar a conocer los hechos que registran las caracterizaciones lingüísticas» Searle, *Intencionalidad*, pp. 22 y 23.

De este modo, cuando el juez dice en la parte considerativa de la sentencia que el acusado obró dolosamente, conforme a la prueba de cargo, utiliza un enunciado puramente operativo⁷⁴² del acto del habla performativo que supone la declaración posterior de responsabilidad penal en la sentencia condenatoria bajo la fórmula: «A es culpable»⁷⁴³.

Que la declaración adscriptiva: «A realizó una acción dolosa», no sea un acto del habla, en sentido estricto, no impide que en su calidad de enunciado operativo pueda ser interpretado, a través de fórmulas pragmáticas surgidas con la pretensión de hacer más inteligible⁷⁴⁴ al acto del habla que supone afirmar en una sentencia penal que «A es culpable de un delito doloso».

De este modo, creo haber mostrado como el lenguaje permite establecer un puente para una vinculación entre las acciones dolosas y las antijuridicidad formal. Y, al mismo tiempo, como el lenguaje permite una vinculación entre la adscripción de acciones intencionales (enunciado operativo) y, la culpabilidad pronunciada en la sentencia (en cuanto acto de habla performativo).

En relación con este asunto, la elucidación de los conceptos penales debería partir por una explicación certera sobre el uso distintivo de las funciones del lenguaje en conjunción con las reglas prácticas donde,

⁷⁴² «Operative as used by lawyer. Lawyer when talking about legal instruments will distinguish between the preambles, which recites the circumstances in which a transaction is effected, and on the other hand, the operative part- the part of it, which actually performs the legal act which it, is the purpose of the instrument to perform. So the word "operative" is very near to what we want. I give and bequeath my watch to my brother would be an operative clause and is a performative utterance». Austin, J. L. *Philosophical Papers*, p. 223.

⁷⁴³ Un ejemplo que es calificado, por cierto, como un caso evidente de acto del habla. MacCormick, Neil; Bankowski, Z., «Speech Acts, Legal Institutions, and Real Laws», *The Legal Mind: Essays for Tony Honoré*, N. MacCormick and P. Birks (eds.), Clarendon Press-Oxford, 1986, p. 122.

⁷⁴⁴ La denominada «pragmática universal» de Habermas y sus cuatro pretensiones de validez (inteligibilidad, veracidad, verdad y rectitud), tienen su origen en la teoría de los actos del habla de Austin. Vives Antón, *FSP*², p. 512.

precisamente, están aquellas vinculadas a la intencionalidad subjetiva necesaria para afirmar el dolo⁷⁴⁵.

En efecto, el «*mens rea*» o la «imputación subjetiva» serían enunciados operativos para la determinación de niveles de relevancia de la intencionalidad en la atribución de acciones a las personas⁷⁴⁶.

La interpretación de lo anterior desde el lenguaje supone, en conformidad a la función performativa⁷⁴⁷ de la imputación, que las palabras son utilizadas en ella como una conjunción de reglas o modos convencionales que sirven de antecedente para atribuir significado más allá de la mera explicación causal.

Si esto es así, entonces, las reglas relativas al aspecto subjetivo (*mens rea* o imputación subjetiva) no desempeñan desde el lenguaje ningún papel orientador de acciones. En sentido fuerte, no tienen función motivadora en términos de prevención, porque son solo un conjunto de reglas prácticas para la atribución de significado intencional a acciones vinculadas con un estado de cosas⁷⁴⁸. Tampoco, cumplirían funciones retributivas en términos de sanciones éticas por el quebrantamiento intencional de reglas; la imputación no justificaría una ética consecuencialista por la realización de acción, sino que solo sirven, estimo, en el plano meta-ético del lenguaje, simplemente, para la creación de reglas prácticas para la adscripción o imputación de acciones intencionales en contextos institucionales; es decir, justifican la práctica de imputar y la acción que supone la declaración de responsabilidad posterior⁷⁴⁹. En tal sentido, adscribir o imputar es una práctica sobre reglas relativas al conocimiento de nuestras acciones (intencionales)

⁷⁴⁵ Hart. H. L. A., «Essay 3: Problems of the Philosophy of Law», *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 1983, p. 96. Honoré, A. M., «Real Laws», *Law, Morality, and Society: Essays in Honour of H. L. A. Hart*, P. M. S. Hacker and J. Raz (eds.); Clarendon Press, Oxford, 1977, p. 99 y ss.

⁷⁴⁶ Hart, «Problems», p. 92.

⁷⁴⁷ Hart, H.L.A., «Introduction», *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 1983, p. 4.

⁷⁴⁸ Así, Honoré, «Real Laws», p. 105.

⁷⁴⁹ Esta distinción sobre las reglas prácticas y la crítica al utilitarismo y retribucionismo, la he tomado de Rawls, «Two concepts of rules», p. 4 y 19 y ss.

exigibles a todas las personas, como consecuencia de la aplicación de una práctica institucionaliza⁷⁵⁰.

a) ¿Es la concepción significativa una tesis adscriptiva?

La concepción significativa de la acción es una teoría que sobre la base de una específica aproximación a la filosofía del lenguaje, de la mente y las normas, concibe un camino alternativo para elucidar una posible sustitución o superación del concepto tradicional de acción en el Derecho penal. Desde la importancia que tiene en sede normativa la valoración en perspectiva de reglas sociales de conducta puestas en relación con un determinado estado de cosas, la concepción significativa pretende develar cuándo un comportamiento puede ser entendido como una acción jurídico-penalmente relevante.

Dado que las personas conocen las reglas a través del lenguaje, el quebrantamiento de las prohibiciones o mandatos tiene lugar, en un primer lugar, según lo expresado anteriormente, por la valoración social de la conducta; entonces, la acción es un símbolo regido por normas⁷⁵¹ cuyas proposiciones pueden desglosarse en otras a través del significado de las reglas de conducta, es decir, la acción es una interpretación de

⁷⁵⁰ «Now by an institution I shall understand a public system of rules which defines offices and positions with their rights and duties, powers and immunities, and the like. These rules specify certain forms of action as permissible, others as forbidden; and they provide for certain penalties and defenses, and so on, when violations occur.

As examples of institutions, or more generally social practices, we may think of games and rituals, trials and parliaments, markets and systems of property. An institution may be thought of in two ways: first as an abstract object, that is, as a possible form of conduct expressed by a system of rules; and second, as the realization in the thought and conduct of certain persons at a certain time and place of the actions specified by these rules». Rawls, John, *A Theory of Justice*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1971, p. 55. pp. 55. Se trata de una actividad dentro de un sistema de reglas. Honoré, «Real Laws», p. 106.

⁷⁵¹ «la acción como un proceso simbólico regido por normas, como el significado social de la conducta, expresado lingüísticamente». Vives Antón, *FSP*², p. 221

reglas sociales que tienen sentido conforme al sistema de normas penales⁷⁵².

Por esta razón, para un Derecho penal con la teoría del lenguaje como fundamento no pueda hablar de hechos⁷⁵³, sino que de acontecimientos que tienen sentido, dotas de un significado interpretado conforme a reglas gramaticales⁷⁵⁴.

En mi opinión, la referida teoría de la acción significativa sostenida por Vives Antón se circunscribe dentro de las concepciones adscriptivas de la teoría de la conducta, en la medida que tal como lo hiciese el adscriptivismo original se niega el entendimiento de la acciones como fenómenos o hechos naturales, se prescinde de su interpretación en sede de la voluntad como causas para la realización de un movimiento corporal o para la modificación de un estado de cosas, pasando a ser acontecimientos dotados de un significado social en relación con el lenguaje⁷⁵⁵.

Esta forma de acercarse a los problemas de la teoría de la acción en el Derecho penal, cuenta con crecientes seguidores, desarrollo y crítica en la doctrina española. Aquí se la quiere situar, por cierto, al tratarse de una postura adscriptiva junto con los postulados de un sector de la doctrina alemana que, como se verá *infra*, aborda estos temas de un modo similar.

⁷⁵² «interpretaciones que, según los distintos tipos de reglas sociales, pueden darse al comportamiento humano». Vives Antón, *FSP*², p. 221.

⁷⁵³ «los hechos acaecen, las acciones tienen sentido (esto es significan); los hechos pueden ser descritos; las acciones han de ser entendidas; los hechos se explican mediante leyes físicas, químicas, biológicas, etc.; las acciones se interpretan mediante reglas gramaticales». Vives Antón, *FSP*², p. 221.

⁷⁵⁴ «no como sustrato conductual susceptible de recibir un sentido, sino como sentido que, conforme a un sistema de normas, puede atribuirse a determinados comportamientos humanos. Se opera, así, un giro copernicano en la teoría de la acción: ya no es el sustrato de un sentido; sino, a la inversa, el sentido de un sustrato». Vives Antón, *FSP*², p. 221.

⁷⁵⁵ Resulta por cierto un tanto «desconcertante» que en los recientes trabajos relativos a la acción en el Derecho penal español, no solo no se mencione la concepción significativa, más aún cuando alguna referencia se ha hecho, a las tesis adscriptivas, aunque sin indicar el origen en Hart ni sus críticas. Así, por ejemplo, Polaino Navarrete, Miguel, «¿Qué queda del concepto de acción en la dogmática actual? Sobre la naturaleza y función del concepto de acción en el Derecho Penal», *LH Gimbernat*, t. II, p. 1501.

Y, al mismo tiempo, en una visión más amplia de la concepción significativa, de cara a hacer frente a sus críticas y profundizar en sus planteamientos, se la empareja aquí con las tesis que sobre el sentido de las acciones basadas en el lenguaje y el abandono del cartesianismo, las que cuentan con la simpatía creciente de en una parte de la doctrina angloamericana, donde podría hablarse de una revisión de los conceptos tradicionales de acción en dicho ámbito y, con ello, tal vez pueda decirse que hay una superación de las ideas originales de la adscripción.

Al estar emparejada la concepción significativa con las tesis adscriptivas, es posible entender, en una perspectiva más amplia, los planteamientos de Vives Antón y relacionarlos, por ejemplo, con la tesis que sobre el contenido de la acción defendiera Hurschka⁷⁵⁶ para quien la acción es una conducta gobernada por normas, en cuanto reglas de comportamiento apreciadas por un sujeto concreto⁷⁵⁷.

De este modo, la acción no es un hecho, sino la interpretación de la aplicación de una regla del lenguaje que otorga el contenido básico para la imputación de los comportamientos humanos en una sociedad regida por normas. Así, a partir de la comunicación se genera un consenso social sobre los comportamientos rectos o incorrectos, que dan forma a una convivencia normativa, lo que para Kindhäuser tiene lugar también sobre la base del lenguaje, lo que sería un enfoque «tradicional» sociológico, donde «el sentido de las acciones humanas está en las interacciones comunicativas realizadas conforme a las reglas y a los criterios que le otorgan significado»⁷⁵⁸.

⁷⁵⁶ Para este autor el concepto de imputación o atribución, que desapareció del lenguaje del positivismo del siglo XIX, pero que se hallaba en las escuelas de Pufendorf, Wolff y Santo Tomás, al que nosotros hemos hecho alguna referencia, juega un papel de soporte previo para la comprensión de la concepción de acción, libertad y culpabilidad. Al respecto, sostiene que su concepto de imputación es similar al de atribución (adscripción), utilizado en el referido escrito fundamental de Hart (adscription and rights). Hruschka, Joachim, *Strukturen der Zurechnung*, Walter de Gruyter, 1976, pp. 3 y 4 (en especial, la nota 4a añadida con posterioridad a la impresión del texto original). p. 12 y ss.

⁷⁵⁷ El abandono de la idea de atribución o imputación personal por el hecho, habría provocado la necesidad de explicar la acción como un fenómeno puramente ontológico, cuando en realidad es un acontecimiento normativo. Hruschka, *Strukturen*, pp. 4 y ss.

⁷⁵⁸ Kindhäuser, *Intentionale Handlung*, p. 41.

En resumen, en contraste con la idea de una acción con contenido ontológico, como un hecho, pasa a ser entendida como una regla de comportamiento, no es una mera descripción, sino que un concepto adscriptivo, donde se interpreta el sentido intencional que tiene ese suceso en un ámbito concreto, no se trata de un mero percibir un movimiento corporal o un sonido, como indica Hruschka⁷⁵⁹.

El mérito de estos autores es el haber trasladado al Derecho penal la filosofía del lenguaje, abandonado las definiciones dadas por las ciencias sociales o empíricas, para pasar a conceptualizar la acción y las restantes categorías del delito, en especial, la relación de causalidad, como un proceso regido primordialmente por la atribución de comportamientos contrarios a reglas sociales⁷⁶⁰ que importan al Derecho, en la medida que están a su vez reconocidas como normas⁷⁶¹.

En este lugar el concepto de seguir una regla juega, literalmente, un rol fundamental para comprender la adscripción de «comportamientos», en la medida en que toma como referencia la valoración social o significado de las acciones, la forma en que los seres humanos se relacionan entre sí y se vinculan con la sociedad⁷⁶².

Este punto, se explica, tal como indica Winch porque «la idea de seguir una regla es inseparable de la noción de cometer error»⁷⁶³.

En efecto, a través de las reglas del juego del lenguaje comprendemos qué es correcto (qué no lo es) y qué puede ser interpretado como un error.

Sobre la base de esta premisa, tiene lugar una valoración de la tercera persona de las «conductas» que facilita el uso adscriptivo del lenguaje y, por ende, atribuir o imputar a un sujeto una acción o más bien la modificación de un estado de cosas en contravención a reglas sociales conocidas de comportamiento. Ello tiene lugar, en la medida que «si es

⁷⁵⁹ Hruschka, *Strukturen*, p. 13.

⁷⁶⁰ Sobre este punto en la teoría del lenguaje, Winch, Peter. *The idea of a Social Science and its Relation to Philosophy*, 2a. Routledge, London, 2003, pp. 10-14 y 24 y ss.

⁷⁶¹ Hruschka, *Strukturen*, p. 13, nota 12.

⁷⁶² Winch, *The idea of a Social Science*, p. 24

⁷⁶³ Winch, *The idea of a Social Science*, p. 33.

posible decir que alguien está siguiendo una regla, entonces, es posible preguntar si alguien está realizando o no lo correcto»⁷⁶⁴.

En el fondo, las actividades humanas entre las que se cuentan todas las necesarias para el mantenimiento de la vida en sociedad, pueden ser interpretadas o entendidas como acontecimientos dependientes del lenguaje⁷⁶⁵.

Lo anterior, porque a través de nuestro lenguaje sabemos qué podemos o debemos hacer, conocemos qué es necesario para que algo sea entendido o no como correcto⁷⁶⁶.

Esta premisa es fundamental para el desarrollo de la concepción significativa, pero únicamente ha sido mencionada hasta ahora de modo tangencial, cuando debería pasar a ocupar un lugar central para la reconstrucción no sólo de la acción, sino que del resto de las categorías que deben integrar un sistema de la teoría del delito construido desde el lenguaje.

En efecto, con alguna excepción, la idea general es que las acciones se interpretan conforme a normas positivas, cuando en realidad es, tal como lo indica Ramos Vásquez⁷⁶⁷ al revés. Las reglas del juego del lenguaje son esenciales para la comprensión de acciones intencionales; es más, solo hay acciones intencionales si primero suponen una contravención de reglas, importan al Derecho penal, según lo indicado, en la medida que reconocidas a su vez como normas, alguien exige procesalmente su cumplimiento (entendido como declaración de infracción).

⁷⁶⁴ Winch, *The idea of a Social Science*, p. 33.

⁷⁶⁵ Véase, Searle, John, *The construction of Social Reality*, Simons & Schuster, New York, 1995, pp. 59 y ss.

⁷⁶⁶ von Wright, *Norma y acción*, p. 24.

⁷⁶⁷ «Es en la medida que observamos el comportamiento de los demás dentro de la complejísima multiplicidad de nuestra vida en sociedad (y, consecuentemente, de nuestros juegos del lenguaje relacionados con conceptos psicológicos), que reconocemos en él las mismas características que reconocemos en nuestro propio comportamiento y que podemos tener criterios para la *adscripción de estados mentales*». Ramos Vásquez, «Una aproximación», p. 173 (el destacado en nuestro).

Es a través del lenguaje interpersonal primero e institucional después que, la sociedad reconoce los comportamientos que representan, significan o son constitutivos de «actos» contrarios reglas, porque se atribuye una contravención desde una interpretación realizada por un tercer observador sobre la base de esas reglas, con independencia de si ellas han sido o no elevadas a la categoría de normas por el Derecho.

La filosofía del lenguaje insiste en que solo es posible comprender en sede de tercera persona un comportamiento, desde que para interpretar su sentido es necesaria la comunicación, en la medida que sin el lenguaje no podría tener lugar un reproche a la acción misma y, con ello, por obvio que pueda resultar es lo mismo que sostener que las reglas se encuentran no individual sino que socialmente establecidas⁷⁶⁸.

En este punto, es recurrente la comparación entre la interpretación del sentido que se le atribuye a las acciones conforme a las reglas del juego⁷⁶⁹ y la valoración de las acciones (jugadas) utilizando como ejemplo el ajedrez⁷⁷⁰. Esta analogía supone que no puedo conocer los

⁷⁶⁸ «nadie capaz de establecer un estándar puramente personal de la conducta si nunca hubiera tenido alguna experiencia de la sociedad humana con sus normas socialmente establecidas», Winch, Peter. *The idea of a Social Science*, p. 33.

⁷⁶⁹ «Jugar un juego es una actividad humana. Esta se desarrolla con arreglo a patrones fijos, que se pueden llamar movimientos del juego. Diremos que las reglas del *determinan* estos movimientos o patrones - de este modo también al juego “mismo” y la actividad de jugarlo—. Podríamos decir que, desde el punto de vista del juego mismo, las reglas determinan cuáles son los movimientos correctos, y, desde el punto de vista de la actividad de jugar, las reglas determinan cuáles son los movimientos *permitidos*». von Wright, *Norma y acción*, p. 26.

⁷⁷⁰ «Cuando alguien le muestra a otro el rey del ajedrez y dice: “Este es el rey”, él no le está contando sobre el uso de la pieza - a menos que él conozca las reglas del juego hasta el último extremo: la forma de un rey. Puedes imaginar que él esta aprendido las reglas del juego sin que nunca antes se le haya mostrado realmente una pieza. la forma de un hombre en el ajedrez corresponde aquí al sonido o a la forma de la palabra.

Puede también imaginarse alguien que haya aprendido el juego sin haber estudiado o formulado las reglas. Él podría haber aprendido, primero, a través de la observación de juegos de tablero y, progresar bastante a otros cada vez más complejos. También se le podría dar la explicación: “Este es el rey”, si, por ejemplo, le mostrasen las piezas de ajedrez de una forma que no ha usado todavía. Esta explicación también le enseña sólo el uso de la pieza porque, como podríamos decir, ya estaba preparado el lugar donde se colocaría. O también: nosotros

planes (intencionalidad) de los juzgadores sino hasta que estos se manifiestan en el juego, lo que equivale a decir que únicamente puedo conocer la intención que es interpretada conforme a las reglas⁷⁷¹: el ataque al flanco del rey solo aparece evidente una vez que se realiza la jugada que desencadena la serie de combinaciones que le dan sentido.

En este punto, en relación con el significado y los procesos internos, Wittgenstein recurre, como tantas veces, a la analogía del ajedrez:

«¿Qué le replicaríamos si dijera que para él saber jugar ajedrez es un proceso interno? –Que a nosotros no nos interesa nada de lo que ocurre dentro de él, cuando queremos saber si sabe jugar ajedrez–. Y, si él respondiera a esto que justamente sí nos interesa: a saber, que él sepa o no jugar ajedrez, tendríamos que hacerle notar los criterios que nos demostrarían su capacidad y, por otro lado, los criterios para los “estados internos”»⁷⁷².

Y, dado que las acciones se interpretan conforme a las reglas, para poder jugar (lo que equivale a realizar acciones), se requiere conocer las reglas del juego⁷⁷³. Es más, únicamente, un tercer observador del juego de ajedrez, conocedor de sus reglas, puede valorar objetivamente, por ejemplo, el ataque al flanco del rey era una opción «correcta», teniendo en cuenta las posibilidades que el jugador tenía al momento inmediatamente anterior al realizar el movimiento que desencadena la serie combinatoria de acciones o jugadas. Al mismo tiempo, el error que en el juego equivale a la contravención de lo correcto, puede suponer la

solo diremos que se le enseña el uso, si el lugar estaba preparado. Y, aquí es así no porque a la persona que le damos la explicación ya conozca las reglas, sino porque en otro sentido él ya domina el juego». Wittgenstein, L. *Philosophical Investigations*, I,31, 15^o. *Investigaciones I*, pp. 47-48.

⁷⁷¹ «Así pues, la intención se halla referida a reglas, técnicas y prácticas, y presupone, por consiguiente, una competencia». Vives Antón, Vives Antón, *FSP*², p. 243.

⁷⁷² Wittgenstein, L. *Philosophical Investigations*, II, vi, 181^o. *Investigaciones I*, p. 183.

⁷⁷³ «seguir una regla, hacer un informe, dar una orden, jugar una partida de ajedrez son costumbres (usos, instituciones). Entender una oración significa entender un lenguaje. Entender un lenguaje significa dominar una técnica» Wittgenstein, *Philosophical Investigations*, I, 199, 81e. *Investigaciones I*, p. 201. Y, por eso, la acción es un problema de lenguaje, Vives Antón, *FSP*², p. 227.

falta de cálculo de aquella serie de combinaciones que eran posibles para lograr ganar la partida, combinaciones que, por cierto, eran también de esperable previsión por parte del jugador, teniendo en cuenta sus conocimientos sobre las reglas del juego y su experiencia.

Únicamente, el tercer observador puede valorar objetivamente si el jugador, de acuerdo a su experiencia y conocimientos, debía haber previsto que la serie combinatoria era en ese momento una opción desatendible. Es más, quien juega al ajedrez no solo conoce sino que también debe conocer que, en general, está prohibido realizar movimientos contrarios a las reglas, entre los que resulta evidente manipular la posición de las piezas sobre el tablero o adular la papeleta de anotaciones o el reloj, se trata de prohibiciones que son evidentes en cuanto su realización impide en términos absolutos el desarrollo del juego; las que, en cuanto modo de comunicación, son reglas básicas de reconocimiento⁷⁷⁴.

También, el jugador conoce que tiene ciertas obligaciones como la de permanecer sentado durante el juego o la de advertir al árbitro sobre cualquier comportamiento que pueda intervenir en el también «correcto» desarrollo del torneo de ajedrez; y, todo lo anterior, «lo sabe» o «conoce» por la experiencia que implica el jugar con otros, incluso sin haber leído el reglamento ni estar advertido o intimidado por las sanciones específicas que en este se contienen. De ahí, entonces, que la atribución de la contravención de lo correcto se encuentre en la pragmática de la acción misma⁷⁷⁵, con independencia de la función trascendente que la sanción pueda cumplir a modo de advertencia.

⁷⁷⁴ El principio del discurso de Habermas permite analizar o examinar el contenido de legitimidad de las normas de acción, en la medida que únicamente lo son aquellas que son aceptadas por los partícipes como un discurso racional. Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el Derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de teoría del discurso*, Jiménez Redondo (trad.), Trotta, Madrid, 2005, pp. 187-190.

⁷⁷⁵ «Según la concepción pragmático-formal, la estructura interna racional de la acción orientada al entendimiento se refleja en las suposiciones que los actores deben adoptar cuando entran sin reservas en esa práctica. El carácter necesario de ese “deber” tiene que entenderse más bien en el sentido de Wittgenstein que en el de Kant, es decir, no en el sentido trascendental de las condiciones universales, necesarias e inteligibles (y sin orígenes), de la experiencia posible, sino en el sentido gramatical de la “inevitabilidad” que resulta de los

b) La adscripción de acciones intenciones a través del significado

Geach ofrece un argumento en contra de las tesis adscriptivistas de las acciones⁷⁷⁶. Según su punto de vista, si bien es posible compartir algunas de las objeciones que tradicionalmente se formulan a la aproximación tradicional, conforme a la cual un acto es explicado por una relación causal o teleológica, tampoco sería factible negar de un modo absoluto (lo que sería el error del adscriptivismo), toda importancia a la voluntariedad e intencionalidad de las acciones o cualquier tipo de relación de causalidad entre una conducta y un estado de cosas.

Según Geach⁷⁷⁷ el problema de adscribir un comportamiento y no describirlo como un acto voluntario, conlleva una inaceptable declaración de responsabilidad moral. Esto ocurre, porque adscribir supone que *B* está de acuerdo con la valoración que *C* realiza del comportamiento (*p*) de *A*.

En la medida que *B* estaría asumiendo una posición moral hacia el acto realizado por *A*, lo que le parece una postura inadmisibles, porque en el lenguaje ordinario, en el sentido general del uso de las palabras, al describir una acción realizada por *A*, no se asume una posición moral o cuasimoral, ni una relación legal en términos de atribuir o imputar preliminarmente responsabilidad a menos que concurra una excusa o una defensa; simplemente, se dice que *A* realizó una acción determinada, sin usar lenguaje de imputación alguno⁷⁷⁸. Lo que Geach califica como una

nexos conceptuales internos de un sistema de comportamiento guiado por reglas que hemos socializado y que, en cualquier caso, “para nosotros es irrevisable”». Habermas, Jürgen, «Acción comunicativa y razón sin trascendencia», *Entre Naturalismo y Religión*, Paidós, Barcelona, 2006, p. 34.

⁷⁷⁶ Geach, P. T. «Ascriptivism», *The Philosophical Review* 69:2 (1960), pp. 221-225.

⁷⁷⁷ Geach, «Ascriptivism», p. 221.

⁷⁷⁸ Así, una valoración puramente objetiva o externa de una acción prescinde de la circunstancia de que no es otra cosa que la voluntariedad de las acciones, su valoración o prueba, lo que determina la legitimidad del reproche moral. En efecto, es el rescate del silogismo práctico, lo que introduce desde Anscombe, un giro radical en la moderna filosofía del lenguaje. Al respecto, sobre la relación entre intencionalidad y acción, González Lagier,

«falla radical» es pretender que «la utilización de un término *p* como la representación de alguna otra naturaleza que la descripción de la cosa». De modo, en la tesis de la adscripción «lo que se ignora con regularidad es la diferencia entre llamar a una cosa *p* y predicar de *p* una cosa»⁷⁷⁹.

Por ello, afirmar que algo ha ocurrido no quiere decir que se pueda predicar que ese algo sea verdadero o falso. En consecuencia, si *C* puede decir junto con *B* que el comportamiento de *A* es un acto intencional en relación con la producción de un determinado estado de cosas, no quiere significar que se pueda predicar en términos de veracidad que esa acción sea intencional⁷⁸⁰.

Lo que permite la superación de esta crítica, es entender que la posibilidad de adscribir a una persona la realización de una acción dolosa (intencional) en el Derecho penal supone obligatoriamente, en primer lugar, que la acción pueda ser explicada a través de la *atribución de un significado intencional*, entendido como el resultado de la racionalización de intenciones: una decisión personal de dirección de voluntad (en términos del citado silogismo práctico), construida en vinculación con normas jurídicas y, en segundo lugar, que esa explicación del significado de la intencionalidad supone que nosotros podamos atribuirle, en el contexto en que ha tenido lugar, a una acción el significado de una decisión personal de quebrantamiento de normas y, por cierto, no de cualquier tipo de quebrantamiento intencional, sino que uno del tipo de acción que significa, en el contexto en que ha tenido lugar, algo diferente a una mera inadvertencia o un error. Esa declaración al modo «*A* realizó un homicidio doloso», implica una atribución o imputación derrotable que, solo puede tener lugar en un contexto institucional, donde se imputa o adscribe una forma especial dirección de voluntad: la intención en relación con normas jurídicas⁷⁸¹.

Acción y norma, p. 149 y ss. Hierro S. Pescador, José, «En torno a la intencionalidad», *Revista de Filosofía*, 14 (1994), pp. 33 y ss.

⁷⁷⁹ Geach, P. T. «Ascriptivism», p. 223.

⁷⁸⁰ Sobre este punto, esencial, es la reciente aportación de Searle, John, *Rationality*, p. 33 y ss.

⁷⁸¹ Especialmente, González Lagier, *Acción y norma*, p. 150 y ss. También, Searle, John, *Rationality*, p. 35 y ss.

La adscripción o imputación del significado intencional de una conducta, se realiza, en el Derecho, a través de un proceso institucional que implica la formulación del enunciado performativo de responsabilidad, al modo: «A mató intencionalmente a B», sin que esa afirmación, implique, como se ha apuntado, la formulación de un reproche moral (culpabilidad en sentido estricto). Y, ese conjunto de reglas prácticas de atribución institucional de significado intencional de acciones (esto es el dolo), suponen no solo la regla del caso simple, sino que también abarcan, según lo indicado *supra*, los supuestos en que se atribuye a alguien intencionalidad al modo de actuar con previsión de las consecuencias⁷⁸².

Ahora bien, podría resultar dudoso el formular enunciados de acción en términos de atribución de responsabilidad bajo la pretensión de equiparar la descripción «A mató a B» con la adscripción «A realizó un homicidio intencional», la tesis no es del todo equivocada en la medida que ella implica, conforme explica Nino, el adherir a una postura no derrotada de filosofía del lenguaje según la cual «el uso del lenguaje, o la fuerza de las oraciones, o el tipo de acto lingüístico que se realiza al decir algo determina el significado de las expresiones empleadas»⁷⁸³.

⁷⁸² Se trata de lo que Peter Hacker denomina la *tercera posición táctica* (elaborada por Searle, Davidson y Geach), que consiste en adscribir otorgando significado intencional a acciones en contextos de lenguaje, también, por cierto, institucionales. Es una opción, que supone la no negación de la *intencionalidad* y de lo *interno*, en la medida que *lo interno*, puede ser interpretado desde la tercera persona, como la manifestación de una acción racionalizada por la intención. Otra opción metodológica, es derechamente negar toda la existencia de lo interno, como postulan actualmente otros defensores de la concepción significativa de la acción. Tal como puede verse *supra*, en relación con los metaconceptos, he tomado la teoría de la figura contenida en el *Tractatus*, para negarle validez a la pretensión de metaconceptos y postular la superación de los mismos, por la creación de reglas prácticas. La citada tercera opción táctica, aparece referida por Hacker del siguiente modo: «A third tactical option (also present in the *Tractatus*, and pursued in a different form by Grice and Searle) *ascribes the intentionality* of the signs of speech to intentions of the speakers, to his meaning what he does by the Word he utters, it being of the nature of intention and of meaning something to be intentional», Hacker, P. M. S. «Davidson on Intentionality and Externalism», *Philosophy* 73 (1998), p. 541.

⁷⁸³ Nino, Carlos, *Introducción a la filosofía de la acción humana*, Eudeba, Buenos Aires, 1987, p. 18.

Y, entonces, la objeción que realizara Pitcher⁷⁸⁴ en el sentido de que la tesis de Hart puede ser aplicable a los casos en que se trata de imputar o atribuir responsabilidad en contextos de acciones penales, pero no así en la generalidad de los casos, resulta acertada para los fines de este trabajo.

Por ello, conforme se ha indicado, una tesis adscriptiva conlleva asumir que las condiciones que derrotan el enunciado de conducta al modo «A mató a B» son siempre condiciones negativas y abiertas⁷⁸⁵.

Así, las acciones serían interpretables conforme a reglas y, por ende, el predicar que «A mató a B» es una afirmación de contravención de normas de conducta que *prima facie* habilita para el análisis de decisión

⁷⁸⁴ Según Pitcher la tesis original del adscriptivismo (sin referencias al concepto de significado) contenía una incorrección en el lenguaje, desde el momento en que solo sería posible responsabilizar y adscribir - en puro sentido negativo - una conducta si se puede entender que quien ha realizado la acción (en sentido descriptivo), tenía además un deber o una obligación de abstención o prevención de ciertas consecuencias, resultados o estados de cosas. A continuación, sostiene que de alguna forma habría que pedir una explicación para no atribuir culpabilidad de un modo puramente mecánico. Por esta razón, lleva razón en el sentido que el concepto de responsabilidad que utiliza Hart es extremadamente ambiguo, porque incluso entendiéndolo en un sentido limitado no sería aceptable; es más, sería errado entender que es posible aceptar que un enunciado de acción puede implicar adscripción de responsabilidad en sí mismo (como ocurre con el testigo que observa un homicidio y le señala a la policía el autor, utilizando un lenguaje aseverativo, diciendo: “él lo hizo”); en consecuencia, lo único que puede implicar adscripción, en sentido de responsabilidad, es la posibilidad de imputarle a un sujeto la realización de una acción entendida como la prohibición o el mandato de evitación de producción de un estado cosas. La crítica sería que no es posible entender que la formulación de una expresión del lenguaje en relación a una acción puede significar atribución de responsabilidad, porque más bien la adscripción de responsabilidad debería estar fundamentada en la realización de una prohibición o la abstención de ejecución de una acción en la medida que produce un estado de cosas antijurídico. En consecuencia, según Pitcher cuando Hart dice que el formular una expresión del tipo «Smith le golpeó», equivale a adscribir responsabilidad a Smith por su acción, tiene en realidad un valor relativo y excepcional, en la medida en que se utilice en la oración un verbo intencional de acción, pero no pasaría lo mismo con el uso de formas verbales neutras, entre las que estaría, por cierto, «A mató a B». Pitcher, G. «Hart on Action and Responsibility», *The Philosophical Review* 69, 2 (1960), pp. 226 - 235. También, puede verse: Putnam, *Representación*, pp. 23, 31 y ss.

⁷⁸⁵ Nino, Carlos, Introducción, p. 19.

(en el sentido indicado *supra*), sobre la concurrencia de una excusa o defensa⁷⁸⁶.

Únicamente se puede imputar significado intencional a una conducta si ella es puesta en relación o con referencia a reglas, por eso, solo sabemos si alguien juega un juego si sigue las reglas del juego y, es por esta razón también, que si el significado de una acción penal surge, necesariamente, de la sumisión a reglas dentro de las cuales se encuentran los imperativos de la tipicidad y, por ello, el concepto de acción solo resulta interpretable conforme a sus predicado normativo⁷⁸⁷.

El mérito de las tesis adscriptivas de la acción, consiste en haber pretendido diferenciar la atribución de significado intencional del mero movimiento corporal. Sin embargo, precisamente, en su versión original la falta de referencia al contenido de es significado, supuso la imposibilidad de la aceptación plena del punto de vista adscriptivo⁷⁸⁸.

Sin embargo, conforme explica Feinberg no hay acuerdo sobre qué ideas o errores son, específicamente, aquellos en los que habría incurrido la tesis adscriptiva de las acciones, en la medida que al menos existiría un tipo de acción descriptiva que *prima facie* ofrece un argumento a favor de esta tesis⁷⁸⁹. Con todo, la validez del argumento está condicionado a asumir la valoración de la intencionalidad en perspectiva de la tercera persona. Al respecto, Feinberg ofrece el ejemplo de los jugadores de cartas:

⁷⁸⁶ En tal sentido, aquí operaría una forma característica de intuicionismo ético, desde que la afirmación de que «A mató a B» merece el análisis sobre si de ella puede predicarse algo «bueno» o «malo».

⁷⁸⁷ Martínez Garay, *Proyecto docente*, pp. 150-151.

⁷⁸⁸ En efecto, las tesis de Davidson, Searle y Grice, suponen una interpretación del concepto de significado, al que hace referencia Wittgenstein, a propósito de la intención. «247. Solo tú puedes saber si tuviste la intención. Se le podría decir esto a alguien al explicarle el significado de la palabra “intención”. Pues quiere decir entonces: así es como la usamos.

(Y “saber” quiere decir aquí que la expresión de incertidumbre carece de sentido)». Wittgenstein, *Philosophical I*, 89e, 247.

⁷⁸⁹ Feinberg, Joel, «Action and responsibility», *Essays in Theory of Responsibility*, Princeton University Press, Princeton, 1970, p. 119-120.

Un jugador observa a los otros hacer trampa y los descubre, pronuncia el enunciado adscriptivo de responsabilidad al modo «*usted hace trampa*» y, eso constituye en su opinión «hacer algo más que la mera descripción de los movimientos corporales» y, por ende, «resulta plausible interpretar expresiones de este tipo como afirmación de que una persona es merecedora de censura o castigo por lo que ha hecho»⁷⁹⁰.

Lo mismo ocurre en los supuestos en que, de conformidad al lenguaje ordinario, se le atribuye a una persona la realización de un desempeño insatisfactorio o defectuoso, al modo «te has portado mal», lo que no solo tiene lugar si se utiliza un verbo condenatorio, sino también en el evento que se le impute a una persona la comisión de un error de cálculo («te has equivocado»). Aunque no en todos los casos, sino que solamente en aquellos en los que de alguna forma *prima facie* puede afirmarse o predicarse responsabilidad en un sentido fuerte («te has portado mal» porque no cumpliste con lo que debías y podías hacer, lo que supone volver al citado silogismo práctico aristotélico); esto es, porque conforme a la evidencia argumentativa que existe al respecto podemos decir que se ha contravenido una regla o norma de conducta. Y, solo en tales supuestos, el enunciado adscriptivo de responsabilidad es derrotable por la presencia de un permiso fuerte o débil⁷⁹¹.

Si esto es así, entonces: lo distintivo del lenguaje de la imputación es que expresa un enunciado de responsabilidad en sentido ordinario que puede ser derrotado por la presencia de permisos fuertes o débiles.

En este lugar, intentaré ofrecer un argumento para la superación de las críticas que, desde la filosofía de la acción, ha sido objeto la concepción significativa. De todas ellas, a mi juicio la más sólida y de difícil refutación es la formulada por González Lagier⁷⁹² para quien la

⁷⁹⁰ Feinberg, «Action», p. 120.

⁷⁹¹ Feinberg, «Action», p. 122.

⁷⁹² González Lagier, Daniel, *Las Paradojas de la Acción*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 71-72 y 113 y ss. Esta es la razón por la que uno de los más férreos defensores de la

concepción significativa de la acción lleva al extremo la analogía entre enunciados lingüísticos y el significado de nuestras acciones, sin especificar, primero, qué entiende por ambas cuestiones y, segundo, sin indicar cuál sería el límite entre ambos. En este plano, se dice que la citada ambigüedad consiste en que Vives Antón no expresa con claridad cuál es el concepto de significado que sigue o adopta para construir su concepto de acción.

La denominada por Hacker como *la tercera opción táctica*⁷⁹³ ofrece la posibilidad de superación de esta crítica y una reconstrucción del concepto de significado, dentro de la propia concepción significativa. En relación, a los enunciados lingüísticos ya me he referido aquí, al hacer referencia a la construcción de la adscripción desde el lenguaje, recurriendo a la valoración de la intencionalidad de las acciones, siguiendo en este punto las tesis de Searle y Davidson. El segundo argumento es, mucho más complejo, aunque implícitamente me he hecho cargo en la introducción de esta tesis doctoral, me refiero a la cuestión sobre qué puede entenderse por significado dentro de la concepción significativa.

Al respecto, siguiendo la citada *tercera opción táctica* el argumento de Grice⁷⁹⁴ y la distinción de significado atemporal y ocasional es, a mi juicio, esencial.

Sobre la base de que un enunciado preposicional puede desglosarse, hasta llegar a los objetos y los hechos atómicos, expresados en fórmulas, Grice distingue entre el significado atemporal de un enunciado preposicional y el significado ocasional. Así, por ejemplo, decir *A* disparó a *B* cinco tiros con un arma de fuego a dos metros de distancia, podría desglosarse del modo que sigue:

concepción significativa intente buscar un concepto de significado. A nuestro juicio, el intento de ser aceptable volcaría la concepción significativa, en su aspecto interno, a las tesis sociológicas originadas con y desde Harbermas, a quien hemos hecho referencia. La citada búsqueda del concepto de significado aparece en Busato, Paulo, «dolo y significado», RGDP 6 (2006), pp. 16 y ss.

⁷⁹³ Hacker, Davidson on Intentionality», p. 541 y ss.

⁷⁹⁴ Grice. H. P. «Meaning», *The Philosophical Review*, 66; 3 (1957), pp. 377-388.

- a) Puede decirse que es verdadero que disparar consiste (aproximadamente) en despedir la carga de un arma, que cinco y dos, son números que otorgan medidas cuantitativas, tal como lo hace el metro como unidad de medida. Se trata de expresiones no lingüísticas de un enunciado preposicional de naturaleza atemporal (significado atemporal).
- b) Ahora bien, el proferir un enunciado del tipo *A disparó intencionalmente a B*, es en términos de lenguaje ordinario especificar un significado ocasional.
- c) En este tipo de uso del lenguaje adscriptivo puede reconocerse *la intención de A*, aunque *A no dijese ninguna palabra*.
- d) Para ello es necesario que en la interpretación de la acción *C* pueda decir o predicar que *A* tenía la intención que se reconociera su propósito de matar a B (significado ocasional).

Para la comprensión de la interpretación de intenciones conforme a las circunstancias, puede ofrecerse el caso del hombre que juega bridge «contra» su jefe. Este caso se originó en el contexto de la discusión entre cómo distinguir o averiguar la intención en relación con los actos del habla (Strawson)⁷⁹⁵:

«Un hombre juega bridge contra su jefe. Quiere agradarle y, por esta razón quiere que él gane. Es consecuencia, quiere que su jefe sepa que él quiere que gane (a su jefe le gusta este tipo de humildad). Sin embargo, él no quiere hacer nada escandaloso, como decirle a su jefe una palabra o, en efecto, contarle a través de una alguna acción que importe una señal, por miedo a que su jefe pueda sentirse ofendido por su tosquedad. Entonces, él pone en marcha el siguiente plan: cuando tenga una buena mano, sonreirá de un modo certero; la sonrisa será muy evidente, pero no como una sonrisa espontánea de placer. Intentará que su jefe detecte la diferencia, y argumenta del modo siguiente: “Eso no era una forma genuina de regular una sonrisa, pero si la simulación de una. Este tipo de simulación podría ser un engaño o farol (o una mano débil), pero esto es bridge, no póker y, mi jefe podría no querer obtener (o mostrar) lo mejor

⁷⁹⁵ Strawson. P. F. «Intention and Convention in Speech Acts», *The Philosophy of Language*, ed. J. R. Searle, Oxford University Press, Oxford, 1977, pp. 23 y ss.

de mí, su jefe, por un error de interpretación de lo que hay que hacer (incorrección). Entonces, probablemente tenía una buena mano, y, aguardando para ganarme, esperaba que yo aprendiera que él tiene una buena mano tomando su sonrisa como un obsequio espontáneo. Siendo esto así no voy a elevar mi oferta”»⁷⁹⁶.

Según lo indicado, este ejemplo fue elaborado en el marco de una discusión que pretendía explicar cómo, desde el punto de vista de la teoría del lenguaje, podía comprenderse la intencionalidad en el tipo de acto-básico analítico: «el movimiento corporal acompañado de una intención»⁷⁹⁷ que junto con ser ilocutorio no es performativo, es decir, carece del poder de conferir o crear una regla y, además, es «informal», en la medida que se trata de propuestas indicativas a otras personas que solo pueden ser precisadas conforme al lenguaje, si se ponen en referencia con el efecto interlocutorio que producen, esto es, como decíamos al principio, con la valoración de una intencionalidad (lo interno).

Pese a que es evidente que este argumento queda condicionado por la circunstancia que Grice en realidad buscaba dar un contenido analítico a un tipo específico de actos del habla racionales, donde el hablante emite palabras con un sentido lógico sirve, sin embargo, para construir una explicación en favor de la noción de significado convencional. Al respecto:

«Una distinción en lo que ha dicho el hablante (con seguridad ha favorecido y, probablemente con algún acuerdo artificial, el sentido de lo que “él dijo”), y qué es lo que habría implicado (dado a entender, indicado o sugerido, etc.), teniendo en consideración que lo que él ha dado a entender puede ser convencionalmente comprendido (sugerido en virtud del significado de alguna palabra o frase que ha

⁷⁹⁶ Grice, H. P. «Utterer's meaning and intentions», *The Philosophical Review*, 78; 2 (1969), p. 154.

⁷⁹⁷ MacCormick/Bankowski, «Speech Acts», p. 122.

utilizado) o no convencionalmente comprendido, (sugerido a través de la en virtualidad del significado o frase que ha utilizado)»⁷⁹⁸.

De este modo, *el significado* de las acciones *no puede renunciar a la perspectiva de quien realiza la acción* o «el hablante» (para ponerlo en la célebre terminología de la discusión Grice – Davison) y, por ende, *no depende solo de quien observa* la acción o «el oyente». Y, al mismo tiempo, *se debe asumir que es factible probar* –en términos de interpretación– *que hacer o comunicar algo es una forma* a través de la cual *quien emite* o profiere unas palabras o *realiza una acción porque quiere* (en un sentido fuerte) *que su intención* (como algo interno) *sea reconocida* por otro, en términos de racionalidad⁷⁹⁹.

El ejemplo del jugador de bridge puede ser interpretado también como un acto ilocutorio en contravención a una regla del juego, es decir, que quien observa (el jefe), puede atribuirle el significado de una acción que quebranta intencionalmente la prohibición de realizar trampa, porque el empleado no se comporta de un modo correcto. Pero, para que podamos entender que esta acción significa hacer trampa, no solo el destinatario (el jefe) debe poder interpretar ese acto como un quebrantamiento de una regla del juego, sino que además quienes observan o participan del juego (un tercero u otro jugador), deben atribuirle el sentido de un comportamiento que escapa o rehúye una regla del juego.

Este ejemplo se introduce, precisamente, en un contexto donde se discutía la posibilidad de explicar el contenido de las acciones sobre la base de una intencionalidad del agente expresada en una «razón que racionaliza la acción»⁸⁰⁰, lo que permitiría ofrecer una comprensión sobre las motivaciones que habría tenido el autor para obrar de un modo u otro, su particular vinculación con las normas y una valoración subjetivada del

⁷⁹⁸ Grice, H. P. «Utterer's meaning, sentence-meaning, and word-meaning», *The Philosophy of Language*, ed. J. R. Searle, Oxford University Press, Oxford, 1977, pp. 54 y ss.

⁷⁹⁹ Entiende que la noción de intencionalidad («intensionality») puede dar significado a las acciones en contraste con su extensión, es decir, el concepto de acción en toda su extensión solo cobra sentido si se le pone en referencia con «intensionality». Grice, H. P. «Utterer's meaning», p. 69.

⁸⁰⁰ Davidson, Donald, «Actions, Reason, and Causes», *Essays on Actions and Events*, 2ª ed. Oxford University Press, Oxford, 2001, p. 3.

juicio de atribución de responsabilidad, desde que se asume que es posible explicar esa «racionalización» como un proceso interno.

Asumiendo que no sería del todo descartable la idea de que «la razón racionaliza la acción», Davidson⁸⁰¹ entiende que no es lo mismo la acción como evento o estado de cosas que las razones que ha tenido el sujeto para ejecutar la acción.

Es decir, que sería equivocado pretender equiparar el acto de encender la luz con el compromiso intencional con la acción misma de encender la luz⁸⁰² (la ausencia de referencia al significado ocasional genera la crítica a la concepción significativa), en la medida que se trata de oraciones lógicamente independientes: el estado de cosas que supone que la luz esté encendida únicamente es explicable como un acontecimiento producto de un intención que racionaliza la acción.

De este punto de vista, resulta rescatable la circunstancia de que es innegable que el explicar, interpretar y valorar una acción es siempre un proceso que supone redescubrir la acción desde el acontecimiento o evento explicable como una consecuencia de la intencionalidad de un sujeto, acontecimiento que debería colocarse en un contexto social valorativo más amplio, porque de lo que se trata es de comprender «el propósito de la acción en su contexto de reglas, costumbres, convicciones y expectativas»⁸⁰³.

De este modo, un enfoque analítico como el expuesto, conlleva una vinculación con la experiencia y la realidad. Esto supone atribuirle un sentido a la acción en referencia con las reglas y normas jurídicas, entendidas como imperativos de conducta, por ende, las definiciones legales o dogmáticas que se utilizan para interpretar el ámbito de aplicación e incidencia de una norma no tienen sentido por sí solas, sino

⁸⁰¹ Este ejemplo supone que puede resultar engañoso el pretender establecer un paralelo entre «yo encendí la luz» y «quise encenderla», porque no son lo mismo, el primero, requiere de que pueda constarse el suceso como acontecimiento real, mientras que, el segundo, precisa de que sea verdad de que quise prender la luz. Davidson, «Actions», p. 9.

⁸⁰² Este ejemplo supone que puede resultar engañoso el pretender establecer un paralelo entre «yo encendí la luz» y «quise encenderla», porque no son lo mismo, el primero, requiere de que pueda constarse el suceso como acontecimiento real, mientras que, el segundo, precisa de que sea verdad de que quise prender la luz. Davidson, «Actions», p. 9.

⁸⁰³ Davidson, «Actions», p. 10.

que lo cobran en referencia con el lenguaje, ya que «en el contexto del lenguaje una oración y, por tanto, una palabra tienen significado»⁸⁰⁴. Por ello, una acción significa interpretar un estado de cosas conforme a reglas, atribuyéndole un sentido socialmente inequívoco por parte de quien o quienes reconstruyen el acontecimiento⁸⁰⁵.

2. El dolo como adscripción institucional de acciones con significado intencional

Aunque durante la exposición de los capítulos anteriores hemos ido introduciendo de modo paulatino nuestras consideraciones sobre el dolo, corresponde aquí, a modo de resumen, exponer nuestra posición al respecto. Según ha podido observarse, adherimos a una tesis que considera que la *decisión intencional* de una persona contra las normas jurídicas, intereses jurídicos protegidos, puede atribuírsele, en un contexto institucional, un significado conforme al lenguaje. Ese *significado* está dado por la valoración en sede de tercera persona, por una adscripción que, en términos de prueba del dolo, está ligada a la valoración objetivable significado intencional ocasional de la acción, entendida como una decisión contra las normas de prohibición o mandato, conminadas con pena⁸⁰⁶.

⁸⁰⁴ Davidson, D. «Truth and Meaning», *Synthese* 17; 3, *Language in Use Including Wittgenstein's Comments on Frazer and Symposium on Mood and Language-Games* (1967), p. 304.

⁸⁰⁵ Se trata entonces de una teoría puramente empírica del significado de las acciones penales que tendría por finalidad el dar cuenta de cómo es posible construir la imputación en vinculación con el lenguaje ordinario. En otras palabras, «una teoría del significado (en un sentido ligeramente perverso) es una teoría empírica y su ambición es dar cuenta del funcionamiento del lenguaje natural. Como cualquier teoría, puede ser puesta a prueba a través de la comparación de algunas de sus consecuencias con los hechos», Davidson, «Truth and Meaning», p. 311

⁸⁰⁶ En este mismo sentido, se ha dicho que «*el dolo es una realidad normativa*, que no existe en el mundo de la naturaleza; su existencia aparece con el proceso jurídico de enjuiciamiento de un hecho, y se construye jurídicamente a partir de los fines del Derecho penal» y, «para asignar al hecho doloso una mayor pena que al hecho imprudente. El hecho doloso es un hecho institucional en el sentido que Searle le da a la expresión, de modo que las

Se trata de un elemento volitivo normativizado en términos de significado conforme a normas. Ese significado está dado por la adscripción derrotable de un contenido de intencionalidad conforme al lenguaje. Ese contenido intencional permite la adscripción de acciones en una modalidad especialmente intensa de compromiso personal con la realización de acciones contrarias a las prohibiciones o mandatos conminados con pena (el dolo)⁸⁰⁷. Esto en contraste con los supuestos en que puede atribuirse a una persona la realización de una acción que, en el lenguaje ordinario, es entendida como una inadvertencia o error de cálculo acerca de los peligros que una persona racional y prudente, situada en la posición del autor, tenía el deber de advertir (imprudencia).

El curso de este trabajo, hemos dado cuenta de los fundamentos filosóficos en los que se sustenta esta tesis. Por el momento, puede aquí indicarse lo siguiente, a modo de resumen, sobre los puntos que han sido objeto de nuestra discusión:

a) Un Derecho penal racionalmente fundado debería renunciar a la pretensión de construir una naturaleza de lo mental y una explicación de su relación con las acciones humanas, exclusivamente, desde la perspectiva de la primera persona⁸⁰⁸.

reglas conforme a las cuales se decide jurídicamente que un hecho es dolo son reglas constitutivas». Se trata de sustituir «lo interno subjetivo» por «indicios objetivos», Pérez Manzano, «dificultad», p. 1462.

⁸⁰⁷ En este punto, la tesis que aquí se sostiene coincide con la posición de Carbonell Mateu quien afirma que de lo que se trata es de «afirmar un cierto grado de voluntad: la intención, que supone un compromiso de actuar. Si, por otra parte, la acción es significado, el dolo significa compromiso con ese significado. El dolo, pues, supone intención, y puede ser definido como el compromiso del agente con el significado de su actor. E implica, por tanto, una absoluta coincidencia entre el aspecto objetivo y lo que este implica de una parte y el compromiso con esa significación lesiva de otra», Carbonell Mateu, «sobre tipicidad», p. 150.

⁸⁰⁸ Aunque las modernas teorías del lenguaje han decantado en una perspectiva que supone el reconocimiento de la voluntad de las acciones, entendida como una intencionalidad valorable en sede de tercera persona, en oposición a la idea original que negaba todo valor sobre la base de la distinción entre lo interno y lo externo. Acerca de la negación del elemento «volitivo» y, en especial, la discusión en torno a este en Alemania, Kindhäuser, Urs, «Der Vorsatz als Zurechnungskriterium», *ZStW*, 96 (1984), p. 96 y ss.

b) Lo anterior, porque, conforme a una opinión nada menos atendible, constituiría un *error categorial*, enunciado peyorativamente con la metáfora del «*fantasma dentro de la máquina*», pretender afirmar que: (i) es posible conocer de alguna forma la voluntad de las personas. Si esto es así, todo lo que se diga en relación con ello, no es más que conjeturas. Al mismo tiempo, según la misma posición teórica (ii) toda pretensión de explicación lógico-racional de la vinculación entre la voluntad humana, entendida como causa de las acciones y la realización o modificación de un estado de cosas, está basada en una conexión, por así decirlo «misteriosa» o «incomprobable»⁸⁰⁹.

c) Que el lenguaje privado no pueda conocerse⁸¹⁰, no quiere decir que no pueda interpretarse, ni que no tengamos acceso a la exteriorización de la voluntad, pero la única forma de obtener algún grado de certeza es que en la valoración de la misma debería importar el significado que en términos objetivos puede dársele a un comportamiento en un concreto ámbito social comunicativo⁸¹¹.

d) Esto supone necesariamente asumir una perspectiva de tercera persona⁸¹² en la valoración de los hechos externos, esto es, un modo de adscribir un comportamiento sobre la base de un contexto institucional, contextual y significativo⁸¹³. Así, más allá de si el dolo es o no querer, lo cierto es que ese querer solo puede ser acreditado en el proceso penal (en términos de significado de la voluntad, pero no de voluntad real) y, por ende, para efectos de un Derecho penal de acto (que proscribire la sanción

⁸⁰⁹ Ryle, Gilbert, *The Concept of Mind*, Hutchinson's University Library, London, 1951, pp. 11-23).

⁸¹⁰ Wittgenstein, Ludwig, *Investigaciones filosóficas*, I, 243, García y Moulines (trads.), Crítica, Barcelona, 1988, p. 219. Para una aproximación a la teoría de la acción significativa. Ramos Vásquez, José Antonio, *Concepción significativa*, pp. 444 y ss. En relación a los procesos de «vida psíquica interna», Busato, *Derecho penal y acción significativa*, pp. 238 y ss.

⁸¹¹ Esta idea en Davidson, Donald, «Actions, Reasons, and Causes», *Essays on Actions and Events*, 2ª ed., Oxford University Press, New York, 2002, p. 10.

⁸¹² En relación a la diferencia de aproximación a la filosofía de la mente en primera y tercera persona. Moya, Carlos, J. *Filosofía de la Mente*, PUV, Valencia, 2004, pp. 43 y ss.

⁸¹³ Véase, Wittgenstein, Ludwig, *Cuadernos de Azul y Marrón*, Gracia Guillén (trad.), Tecnos, Madrid, 1976, pp. 62 y ss.

de los pensamientos y deseos internos)⁸¹⁴: el dolo debe exteriorizar una intencionalidad en dirección al conocimiento de realización objeto de la acción prohibida, lo que puede ser interpretada como la decisión contra las normas, o bien, como una indiferencia frente a las mismas que pueda ser objetivamente entendida como la exteriorización de una voluntad entendida conforme a reglas conocimiento, donde también lo que resulta indiferente supone e implica un nivel de conocimiento.

Por estas razones, la idea de «no querer conocer» que es la esencia de la tesis del TS sobre la cual se describe el contenido de la ignorancia deliberada está lejos de una objetivación del dolo porque no es un juicio de adscripción sobre la base de la valoración de una conducta externa⁸¹⁵, sino que la descripción de un estado o disposición mental «interno e inaccesible» del sujeto⁸¹⁶.

⁸¹⁴ Fundamental, en especial, porque intenta precisamente esta reconstrucción desde las modernas teorías del lenguaje que no niegan valor a la posibilidad de interpretar lo mental, apartándose de la idea radical que suponía en un principio interpretar a Wittgenstein hasta el extremo de caer en un conductismo lógico, al modo de Ryle. Pérez Manzano, Mercedes, «dificultad de la prueba de lo psicológico y naturaleza normativa del dolo», *LH Gimberntat, t. I*, pp. 1459-1461 y 1476 y ss.

⁸¹⁵ Hruschka, Joachim, «Sobre la difícil prueba del dolo», *Imputación y Derecho Penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, Sánchez-Ostiz (trad.), Thomson-Aranzadi, 2005, pp. 145 y ss. El significado de «adscripción» a que se hace referencia aparece – según ya se ha indicado– en Hart, H. L. A. «The Ascription», pp. 171-194. Esto es coincidente con la concepción significativa de la acción, pero con el matiz que nosotros no negamos toda relevancia al aspecto volitivo del dolo, en la medida que no negamos su existencia como «causa de las acciones» (en perspectiva de la teoría de la acción). Aunque, desde la valoración adscriptiva en sede de tercera persona. *Cfr.* Martínez-Buján Pérez, Carlos., «El concepto “significativo” de dolo: un concepto volitivo normativo», *LH Díaz Pita*, pp. 324 y ss. También, intenta una valoración del hecho externo. Ramos Vásquez, «Un “proceso interno”», pp. 1651-1652. Vives Antón, *FSP*², pp. 625 y ss. Vives Antón, Tomás Salvador, «Reexamen del dolo», *LH Díaz Pita*, pp. 369 y ss. En este sentido, por ejemplo, González Cussac, José Luis, «Dolus in re ipsa», *LH Vives Antón, t. I*, pp. 818 y ss.

⁸¹⁶ Hruschka, «Sobre la difícil prueba», p. 146 y ss. Entre los criterios atendibles se encuentra por ejemplo la opinión según la cual Al respecto, se ha dicho que la solución de la distinción entre el dolo y la imprudencia puede hallarse en un parámetro normativo, ligado a la valoración de las condiciones en las que se encontraba el autor, la características de la situación concreta, lo que permitiría la formulación de juicios hipotéticos sobre la

3. La adscripción de acciones que suponen intencionalidad en cuanto previsibilidad de las consecuencias

a) El dolo como previsión de las consecuencias

En particular, se ha propuesto un criterio donde la previsión de las consecuencias es valorada sobre un proceso estándar de atribución de responsabilidad de naturaleza perspectiva de un juicio *ex ante* de adecuación. De esta manera, en los casos en los que, por ejemplo, existe duda sobre si el sujeto ha realizado el hecho con el «conocimiento necesario sobre el carácter nocivo de la sustancia para la salud», se propone que el juez infiera el deber de previsión situándose en el lugar del autor, conforme a los conocimientos que le son exigibles un sujeto corriente, para así determinar si era o no posible en la situación concreta que el sujeto conociese el carácter nocivo de la sustancia. De este modo, resulta posible imputar a título subjetivo la realización del hecho no sólo en los supuestos en los cuales se constata de modo evidente la existencia de la exigencia del conocimiento, sino también en los casos que un sujeto corriente, con al menos un mínimo de disposición hacia la realización de comportamientos no riesgosos debía conocer.

Esta valoración en perspectiva implica la posibilidad de considerar aspectos personales del acusado, dado que la relación de conocimiento y desconocimiento debería basarse en una ponderación conforme al estándar de una persona media, racional o prudente, sin perjuicio de considerarse los aspectos personales del autor, entendidos aquí como los conocimientos con los que contaba al momento inmediatamente anterior a la realización de la acción que permiten afirmar que ha negado lo que para él resultaba o debía resultar evidente.

Esta idea supone una aproximación objetiva sobre la base de un deber de conocimiento mínimo socialmente esperado, lo que conlleva la

previsibilidad del riesgo o peligro. Ente otros, Gimbernat Ordeig, Enrique, «Algunos aspectos», p. 428. Queralt, Joan, J. «El dolo y el conocimiento de la antijuridicidad», Elementos subjetivos de los tipos penales, Jiménez Villarejo (did), CGPJ, (1995), p. 42-43.

exigencia de una medición cuantitativa y cualitativa de lo que haría una persona situada en la posición del autor en un momento inmediatamente anterior a la realización del hecho⁸¹⁷.

En esta línea, para Hart⁸¹⁸ la distinción entre el dolo e imprudencia no se puede fundamentar únicamente en la idea de intención o el propósito en oposición a la previsión de las consecuencias. Lo anterior se debe a que es preciso objetivar el análisis introduciendo criterios cuantificables de valoración que, al mismo tiempo, permitan superar la distinción entre lo «objetivo» y «subjetivo» del delito. En especial, en ámbitos de realización de acciones que suponen un riesgo prohibido, lo importante es las posibilidades concretas que ese riesgo de daño y lesión conlleva.

En condiciones normales todas las personas deberían poder advertir los riesgos de resultados lesivos. Por ello, decía Hart que la exigencia de cualquier tipo de prueba de la voluntad del acusado al momento de ejecutar la acción es un elemento, al menos en principio y si se utiliza de modo exclusivo, dudoso para el sustento de la imputación penal a nivel subjetivo, en la medida que deberían ser atendibles en casos límite el conocimiento de las circunstancias y la previsibilidad de las consecuencias de la acción⁸¹⁹.

En efecto, existen reglas de reconocimiento de carácter secundario de las que se desprende la posibilidad de identificación de normas primarias de obligación, las que constituyen las condiciones mínimas de comportamiento exigible a los ciudadanos⁸²⁰. Por estas consideraciones Hart criticaba la existencia de la intención o dolo como categoría de imputación subjetiva construida, primordialmente, desde la exigencia de acreditación de un elemento volitivo. Ello en la medida que sostenía,

⁸¹⁷ En relación con estos problemas, Duff explica que la tendencia hacia un abandono progresivo de los criterios clásicos de atribución de responsabilidad subjetiva, en la medida que el contenido de las categorías dogmáticas de imputación en este plano se viene normativizando progresivamente. Duff, Antony, «Subjectivism, Objectivism and Criminal Attempts», *Harm and Culpability*, Simester y Smith (eds.) Clarendon Press Oxford, Oxford, 2003, pp. 18 y ss.

⁸¹⁸ Hart, H. L. A., «Negligence, *Mens rea*, and Criminal Responsibility», *Punishment-R.EPL*², p. 154.

⁸¹⁹ Hart, H. L. A., «Acts of Will and Responsibility», *Punishment-R.EPL*², p. 90.

⁸²⁰ Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, 2ª, Oxford University Press, New York, 1994, p. 100.

desde un razonamiento derivado de la existencia de las citadas reglas de reconocimiento, que el Derecho penal debería abandonar el propósito y los ánimos como elementos del juicio de atribución de responsabilidad para pasar a construir la imputación subjetiva exclusivamente desde una acción que supone una decisión con conocimiento y previsión de los riesgos o consecuencias. Esta fórmula es un baremo objetivo exigible, desde un punto de vista de prevención especial a cualquier ciudadano razonable⁸²¹.

La negación de la voluntad (querer) como elemento de interpretación de los niveles de imputación subjetiva, suponía para Hart⁸²² la posibilidad de admitir, de un modo más generalizado, el reproche penal de las acciones que pese a ser involuntarias, se ejecutan con un elevado margen de desviación del deber de cuidado que razonablemente podría haber evitado el daño⁸²³.

De acuerdo a lo que veníamos indicando, la pena solo puede tener algún sentido social e individual si es posible imputar al autor en plano subjetivo el hecho como una obra personal, es decir, como expresión de una conducta que objetivamente considerada puede ser estimada como un compromiso con el injusto. El error modifica, precisamente, esa vinculación individual.

Ahora bien, la valoración externa y objetiva del error no puede implicar, en caso alguno la supresión de *lege data* del principio de prohibición de responsabilidad objetiva, sino que debe operar como un criterio de valoración de la relación entre el autor y la realización de su

⁸²¹ Hart, H. L. A. «Intention and Punishment», *Punishment-R.EPL*², pp. 124-125.

⁸²² Hart, «Negligence, *Mens rea* », p. 136.

⁸²³ Este es, sin duda, el caso de la alegación del error en el tráfico de drogas, ya sea que el error sea sobre la acción misma de tráfico o sobre la entidad de la sustancia, aquí la excusa: «de no haber tenido la intención de hacerlo» no debería significar nada en el Derecho penal frente a tales presupuestos. Esto es, frente a casos que son interpretables como una decisión de participar o tomar parte en acciones que pueden involucrar, desde el estándar de una persona promedio, el asumir un riesgo inútil, que aquí se traduce en una indiferencia o desconsideración contextos que una persona racional podría haber advertido, con un estándar mínimo de diligencia o cuidado, que se trataba de acciones que suponían el tomar parte en un tráfico de drogas.

acción⁸²⁴. Por eso, el juicio de valoración sobre la existencia de una contravención de normas de conducta supone necesariamente la constatación en perspectiva de la acción de la realización de un hecho que exteriormente interpretado puede ser considerado objetiva e inequívocamente como un compromiso del sujeto con asumir el riesgo en desprecio de los intereses o Derechos ajenos⁸²⁵.

La ignorancia respecto de un elemento constitutivo de la infracción penal, al momento de la realización de la acción, o bien, un conocimiento falso o equivocado podría configurar un error. Sin embargo, aquí se trata de supuestos en que existe algo más que la «mera ignorancia o el conocimiento falso», en la medida que se constata un compromiso del sujeto con la realización de una acción riesgosa que externamente interpretada constituye un desprecio o indiferencia significativa por las normas de prohibición o mandato.

Aunque en otro contexto, la siguiente frase de Vives Antón puede clarificar este punto:

«Lo que el autor sabe no es, pues, lo que se ha representado, lo que ha calculado, lo que ha previsto: para conocer si esos procesos han ocurrido en su mente habríamos de tener un acceso a ella del que no disponemos. Solo podemos analizar manifestaciones externas; pero, a través de esas manifestaciones externas podemos averiguar el bagaje de conocimientos del autor (las técnicas que dominaba, lo que podía y lo que no podía prever o calcular) y entender, así, al menos parcialmente, sus intenciones expresadas en la acción»⁸²⁶.

El conocimiento necesario para afirmar un hecho doloso exige que el sujeto actué con consciencia de la efectiva existencia del riesgo que conlleva la realización de su conducta en un determinado contexto. Esto supone, por cierto, algo más que el fracaso en la ponderación de las

⁸²⁴ Por eso, «la intervención del Estado sobre los Derechos de un individuo solo puede explicarse en cuanto el injusto es su obra», Bustos Ramírez, Juan, «el tratamiento del error en la reforma de 1983: art. 6 bis a», *ADPCP*, 38:3 (1985), p. 703.

⁸²⁵ Similar, Hassemer, Winfried, «Los elementos característicos del dolo», *ADPCP*, 43:3 (1990), pp. 930-932.

⁸²⁶ El subrayado es nuestro, Vives Antón, *FSP* ², p. 252.

consecuencias futuras, es decir, no sería suficiente con que el sujeto fallara en la valoración de las circunstancias que crean o incrementan un riesgo atendible. Es necesario que se decida personalmente a favor de ese riesgo.

Así, el hecho es doloso si en el momento en que ha tenido lugar (contexto presente) puede afirmarse con una certeza moral que el autor ha asumido el riesgo como suyo. Esto, por cierto, con independencia que en un momento posterior aparezca que el riesgo era previsible (*ex post*), o bien, que cuantitativamente al observar el hecho desde el resultado pueda decirse que el riesgo era mínimo (*ex post*).

Lo que resulta trascendente para afirmar el dolo es la realización por parte del autor de un hecho que, desde un punto de vista *ex ante*, puede estimarse como un compromiso relevante con un riesgo que, cualitativamente considerado puede ser estimado como algo socialmente inútil, al momento de realizar la acción. La diferencia con la imprudencia estaría en que en esta modalidad de imputación subjetiva, el autor conoce la existencia de las circunstancias que crean un riesgo atendible, pero *ex ante* no puede decirse que objetivamente haya actuado con una indiferencia que cualitativamente considerada pueda ser considerada, desde el momento de la decisión por la acción, como una conducta que implica la realización de un riesgo socialmente inútil. El hecho puede ser interpretado como un fracaso en la realización de una acción neutralizadora del riesgo⁸²⁷.

⁸²⁷ Aceptan que hay casos de indiferencia que deben valorarse como un dolo eventual, Miró, «Dolo» p. 222. Aunque desde la negación de todo lo volitivo, Ragués, *La ignorancia*, p. 184 y ss. También, en el Derecho argentino se reconoce que la ignorancia deliberada obliga a revisar el contenido básico del dolo. Al respecto en un sugerente trabajo, publicado recientemente, se dice que: «No es correcto, a nuestro juicio, el punto de vista según el cual todo caso de ceguera ante los hechos es consecuencia invariable de una falta de interés del autor por los bienes de los otros. La falta de representación de un determinado estado de cosas no tiene por qué derivarse necesariamente de una falta de interés o indiferencia en los bienes de los otros. Ello es posible, pero también lo son otros motivos, como, por ejemplo, la convicción (objetivamente equivocada) de tener razón respecto a la corrección normativa de una acción propia (esta actitud, de hecho, es muy común en el tránsito vial en Argentina); o el no querer saber la verdad para contar luego con una excusa en caso de incriminación - supuestos de auténtica "ignorancia deliberada" (...); o el no querer saber la verdad pese a ser

Independiente que es innegable que los hechos riesgosos sólo son ciertos en el futuro, introducir criterios relativos al resultado o la previsibilidad del riesgo implica una valoración sobre su relevancia ex post, cuando en realidad únicamente deberían importar los riesgos que estaban presentes al momento de la realización de la acción, los que podían ser inferidos por el autor, aquellos que decidió asumir e incluso los que se abstuvo de ponderar o averiguar, en términos de utilidad o inutilidad social.

Un ejemplo podría servir para clarificar este punto: en el delito de blanqueo de capitales⁸²⁸ puede distinguirse entre el sujeto que realiza la conducta en conocimiento efectivo de que se trata de dinero que proviene de un fraude (conocimiento), de aquél cuya conducta tiene lugar bajo el conocimiento que puede existir un riesgo considerable que el dinero provenga de un fraude: ¿cómo tratamos al que se abstiene de averiguarlo? ¿No preguntar es suficiente?

Claramente, no preguntar la procedencia del dinero es diferente a fallar en advertir la presencia del riesgo. Abstenerse de averiguar o preguntar si el hecho puede ser interpretado, en algunos casos, inequívocamente como una indiferencia consciente frente un riesgo presente que, además, sólo debería generar responsabilidad en quien tenía el deber de averiguar o preguntar; por ende, si únicamente se podía haber indagado la certeza de un riesgo existiendo múltiples posibilidades alternativas en la valoración de los hechos presentes al momento de la acción, la conducta debería ser calificada como un hecho imprudente.

No ocurre lo mismo con la indiferencia consciente de quien tiene el deber de saber si lo que recibe es efectivamente producto de un fraude, porque conoce que el abstenerse en la comprobación de la existencia de un riesgo presente puede implicar un descontrol equivalente, en algunos casos, a la certeza casi absoluta de que el dinero o los bienes que se reciben son producto de acciones socialmente inútiles, en cuanto implican una lesión a la propiedad o el patrimonio, con independencia de

muy fácil su averiguación porque se intuye que ese conocimiento traerá consigo un efecto desagradable», Pérez Barberá, *El dolo eventual*, p. 139.

⁸²⁸ Así, Moore, Michael, *Act and Crime: the Philosophy of action and its Implications for Criminal Law*, Oxford University Press, 2010, pp. 211.

si estaba o no seguro de las posibles consecuencias de los actos en que participa.

Ello, porque como se ha indicado, solo pueden imputarse aquellos acontecimientos susceptibles de interpretación, en la medida en que estaban presentes y formaban parte de la esfera de conocimiento y deberes del sujeto al momento en que se decidió personalmente a realizar la acción.

Así los casos de ignorancia deliberada *pueden ser reinterpretados como la decisión de asumir una indiferencia frente a riesgos que objetivamente considerados puede ser interpretados como acciones respecto de las cuales resultaba previsible ex ante la producción de riesgos relevantes*. En la medida que esos riesgos más que probables son socialmente inútiles, en relación con la infracción personal de normas de conducta. Un riesgo es socialmente inútil si existía un deber de advertencia, neutralización o abstención de la conducta que lo desencadena, en la medida que puede ser comprendido como un peligro objetivo para intereses o Derechos ajenos.

Así, el MPC (1962)⁸²⁹ al regular la denominada literalmente como «ceguera voluntaria» («*willful blindness*») en el § 2.02 utiliza para la medición de los riesgos un lenguaje relativo al conocimiento actual cualitativa y cuantitativamente presentes al momento de la acción⁸³⁰; lo que se opone a la previsibilidad o previsión del nivel de riesgos como criterio exclusivo, en términos de advertencia de consecuencias futuras (que es un criterio utilizado para el dolo eventual de nuestro sistema).

Pero más allá de una fórmula genérica, lo trascendente es que en este ámbito cultural se introducen criterios para la prueba de esta indiferencia frente a los hechos desde la referida perspectiva ex ante.⁸³¹

⁸²⁹ MPC (1962) §§ 1.01 a 2.13.

⁸³⁰ Moore, *Act and Crime*, p. 212.

⁸³¹ En este punto, destaca la tesis de Chang para quien requiere al menos un conocimiento expresado como indiferencia frente a la interpretación de los delitos de tráfico de drogas (acción de tráfico y entidad de la sustancia), puede ser considerada si es posible interpretar que el autor al momento inmediatamente anterior a la realización de su acción: (a) podía haber tenido la sospecha de que algo no iba bien, (b) que tomó la decisión de actuar con conocimiento, porque tuvo la oportunidad y los medios para determinar que los acontecimientos eran verdaderos; y, (c) que tuvo algún motivo para no realizar esa ponderación. Chang, «Culpability», p. 119.

Se trata, como puede verse de exigencias precisas y copulativas, elaboradas por la jurisprudencia del sistema anglosajón que resultan más objetivables que la genérica referencia al «no querer conocer» y el «situarse voluntariamente en una posición de no querer saber», que son las fórmulas a las que recurre la jurisprudencia del TS y que más bien dan cuenta de procesos que implican una reformulación del aspecto volitivo del dolo⁸³². Ahora bien, la propuesta exige una doble carga para la acusación y tiene la virtualidad de situar el problema en sede de destrucción de la presunción de inocencia, en un primer nivel, referido a la concurrencia de los presupuestos de la figura delictiva básica y, en segundo nivel, siempre sobre la base de una valoración de adscripción – en los términos indicados *supra*- sobre la posibilidad de estimar la concurrencia objetiva de la agravante de «notoria importancia».

b) Indiferencia frente a riesgos evidentes ¿un caso de ceguera ante los hechos?

En España se ha pretendido asimilar por el Tribunal Supremo la tesis de la ignorancia deliberada, pero afirmando sorprendentemente que ella sirve para fundamentar tanto el dolo eventual como la imprudencia, cuestión que como se ha visto nada tiene que ver con el sentido que se le atribuye al *willful blindness* en el sistema penal angloamericano, donde es una modalidad de conocimiento que supone una extensión del concepto de dolo indirecto, propio del Derecho español.

Sucede que según lo visto hasta ahora, tanto el dolo eventual como la imprudencia consciente son formas abarcadas por la *recklessness*, al menos en Estados Unidos. Mientras que en el sistema penal de Inglaterra el dolo de oblicuidad o indirecto podría ser visto como un dolo eventual fundamentado en las teorías de la representación y la *recklessness* un dolo eventual entendido como teorías del consentimiento. La imprudencia en Estados Unidos se reserva, conforme se ha indicado, a la

⁸³² «Esta última forma de utilizar la idea de la “ignorancia deliberada”, probablemente la más usual en nuestro país, podría calificarse, cuanto menos, de técnicamente disfuncional, dada la contradicción entre la afirmación en las citadas sentencias de que puede haber dolo sin conocimiento y el posterior empeño en las mismas en argumentar acerca de lo que el sujeto probablemente sabía». Miró, «Dolo» p. 216.

modalidad inconsciente de nuestro sistema. Es de aplicación excepcionalísima, reservada tal como en Inglaterra al delito de homicidio y lesiones, no así para supuestos de delincuencia patrimonial,⁸³³ que son casos en los que por excelencia el Tribunal Supremo aplica esta doctrina.

De ahí que Ragués⁸³⁴ tenga, hasta cierto punto, razón al indicar que no puede valorarse positivamente la introducción de esta categoría anglosajona en la jurisprudencia española, porque se ha hecho de modo irreflexivo y sin valorar su compatibilidad con el dolo del sistema continental. Según lo apuntado por nosotros, habría que agregar que se ha introducido sin tener en cuenta las incompatibilidades entre el dolo eventual y el conocimiento (incluyendo el dolo de oblicuidad), la *recklessness* y la imprudencia, como categorías de imputación.

En efecto, el TS español alejado de cuestiones dogmáticas va más allá que los sistemas angloamericanos en el uso de la ignorancia deliberada, en la medida que la utiliza para excluir toda forma de error de tipo y prohibición, además, la considera a veces una manifestación más del dolo

⁸³³ Con referencias jurisprudenciales, Ragués i Vallès, *La ignorancia*, pp. 45 y ss. A modo de ejemplo, el Tribunal Supremo ha asimilado esta tesis para afirmar la responsabilidad del cooperador necesario en la estafa informática, afirmando que «el dolo del partcipe requiere el conocimiento del plan de autor, representándose mentalmente las líneas básicas, pero sin que se requiera el conocimiento de las particularidades del hecho principal». STS (19.07.2007), nº 258/2007, toI.1.138.381, ponente: Bacigalupo Zapater. Desde este lugar, la citada STS indica que es posible argumentar la existencia de dolo eventual en la ignorancia deliberada, porque en supuestos de delincuencia económica de tipo informático internacional «la ignorancia del resto operativo no borra ni disminuye la culpabilidad porque quienes ocupan un nivel inferior en las organizaciones son conscientes de la antijuridicidad de su comportamiento, 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». En este sentido, la STS (12.06.2007), nº 533/2007, toI.1.156.731, ponente: Francisco Monterde Ferrer, agrega que «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, y al respecto, hay que recordar que los recurrentes vivían en Madrid y no consta en los autos nada que pudiera ser sugestivo de un desconocimiento de la ilicitud de la colaboración que se le pedía, 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».

⁸³⁴ Ragués i Vallès, *La ignorancia*, p. 61.

eventual y, con ello, lo que ha sucedido es que pese a los intentos del mismo tribunal por afianzar las tesis de la representación, termina aceptando la ignorancia deliberada como una forma renovada y, por cierto, encubierta de las teorías del consentimiento. Es más, en algunos supuestos recurre a la ignorancia deliberada para afirmar la imprudencia consciente.

Con estos alcances se convierte en una categoría independiente, diferenciada del contenido conceptual que tiene la *willful blindness* y, por cierto, también absolutamente alejada de la denominada indiferencia frente a las normas del sistema alemán, por los motivos que se desarrollan en los párrafos siguientes⁸³⁵.

c) La indiferencia frente a riesgos evidentes: ¿Un caso de dolo indirecto?

Un sector de la doctrina alemana argumenta a favor del denominado dolo indirecto, que sería una supraforma de dolo, distinguible de la intención, del dolo directo o de consecuencias necesarias y del dolo eventual, susceptible de abarcar todas las demás⁸³⁶. Conforme a ella, para entender que existe dolo, sería suficiente con una indiferencia frente a las normas (*Gleichgültigkeit*), entendida como un actuar irreflexivo (*unreflektiert*) frente a los datos que son determinantes para tomar una decisión en Derecho, es una ceguera jurídica frente a la infracción penal, en un actuar inconsciente frente a las normas⁸³⁷. Con ello, el aspecto negativo del dolo, esto es, el error no se sitúa ya en el plano del error de tipo, sino que en el §17 del StGB que regula el error de prohibición. Esto

⁸³⁵ Al respecto, Ragués i Vallès, Ramon, «La doctrina de la ignorancia deliberada y su aplicación al Derecho penal económico-empresarial», *La teoría del delito en la práctica penal económica*, Silva Sanchez/Miró Llinares (dirs.), La Ley, Madrid, 2013, pp. 289 y ss.

⁸³⁶ Así, Puppe, Ingeborg, § 15, nm. 17-19, *NomosKommentar-Strafgesetzbuch*, Band 1, 4. Auflage, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2013, pp. 653-654.

⁸³⁷ Jakobs, «Altes und Neues», p. 306. Jakobs, Günther, «Indiferencia como dolo indirecto», *LH Bacigalupo*, t. I., pp. 346-347. Hsu, Yu-An, *Doppelindividualisierung und Irrtum. Studien zur strafrechtlichen Lehre von der Erfolgszurechnung zum Vorsatz*, Dunker & Humboldt, Berlin, 2006, pp. 196 y ss.

trae como consecuencia un tratamiento más severo del espejo del dolo que es el error.

En efecto, en la medida que el dolo deja de cumplir las funciones que lo son propias dentro del tipo, como explica Kindhäuser⁸³⁸, el asunto se traslada al ámbito del dolo malo, entendido como una indiferencia frente a las normas, que es la esencia de la definición de dolo indirecto. Dado que el dolo deja de ser un conocimiento de los elementos constitutivos de la infracción penal, el error evitable no conlleva la sanción como delito imprudente, conforme al § 16 (1), sino que el error evitable es siempre una representación errónea sobre el contenido de las normas y, en consecuencia, esta clase de error tiene el régimen de penalidad del error de prohibición evitable conforme al §49 (1) del StGB, mucho menos benigno, porque no excluye la responsabilidad como ocurre con el error de tipo no reconducible a la imprudencia. Así, dado que el asunto se resuelve a nivel del error de prohibición evitable, quien se sitúa conscientemente en una posición de desconocimiento frente a las normas ya no puede ser beneficiado con la rebaja o exclusión de penalidad que suponía el error de tipo (el error sobre los hechos constitutivos de la infracción penal). En el Derecho español, la situación de quien ha actuado de un modo irreflexivo frente a las normas trae aparejadas consecuencias, a nuestro juicio, irreconciliables con esta doctrina, en la medida que de aceptarse que el dolo es un actuar irreflexivo frente al Derecho, todo error es un error de prohibición (*dolus malus*) y, en el caso de ser error evitable, a diferencia del sistema alemán que tiene rebajas escalonadas de pena, la consecuencia sería probablemente en algunos casos más beneficiosa que la prevista por esta doctrina, en la medida que supone una rebaja de penalidad obligatoria de hasta dos grados, conforme se lee del art. 14.3 del CP. A contrario sensu, la aceptación de esta tesis implicaría que en todos los casos, hasta ahora tratados como un error de tipo evitable no reconducibles a una imprudencia y, por ende, impunes,

⁸³⁸ Kindhäuser, Urs, «Gleichgültigkeit als Vorsatz?», *Menschengerechtes Strafrecht*, Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag, Verlag C. H. Beck, München, 2005, p. 348. En contra, Hsu, Yu-An, «Indiferencia como dolo indirecto», *El sistema Penal Normativista en el Mundo Contemporáneo*, LH Jakobs, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008, pp. 418-420.

pasarían a ser tratados como un error de prohibición evitable y punible con una rebaja obligatoria de pena.

Esta posición es absolutamente incompatible con un Derecho penal que entiende que lo fundamental a nivel de imputación subjetiva es la vinculación o una relación personal del autor con su injusto⁸³⁹. En este sentido, únicamente, puede responsabilizarse al autor por el nivel de decisión personal y, aunque no podamos saber qué fue lo que él había decidido realmente, sí podemos interpretar conforme a reglas de comportamiento su conducta, atribuyéndole un determinado significado, primero, en el lenguaje ordinario y, después, a través de una relación de adscripción sobre el significado de la acción del autor con las normas jurídicas⁸⁴⁰. Este punto de vista, se fundamenta tal como se indicó en la introducción general, en una visión analítica del Derecho. En cambio, la posición de los autores que defienden esta tesis del dolo como *pura contravención de normas*, tiene un fundamento sociológico y neohegeliano⁸⁴¹, irreconciliable con la tesis que aquí se desarrolla.

El terrorista que rompe una barrera policial y atropella al policía, comete un acto que es interpretable por *nosotros* como un acto intencional cometido por *otro*, incluso en el evento que *nosotros* no tengamos conocimientos jurídicos que nos permitan realizar un juicio jurídico-valorativo de esa acción y, esto se debe, a que será siempre un acto intencional, asimilable sí se quiere a una indiferencia frente al riesgo de lesionar a otro o a un agente de policía y, no cualquier clase de riesgo, sino que uno que el autor ha decidido correr pese a que es socialmente inútil y que, además, tiene una elevada probabilidad de lesionar o matar, que el autor no lo tenga en cuenta, como dice Jakobs⁸⁴² para sustentar el

⁸³⁹ Así, Kindhäuser, «Gleichgültigkeit», p. 355. Opina que estas consecuencias son incompatibles con el sistema jurídico español, Feijóo Sánchez, Bernardo, «La teoría de la ignorancia deliberada en Derecho Penal: Una peligrosa doctrina jurisprudencial», *InDret* 3 (2015), pp. 16-17.

⁸⁴⁰ La adscripción de consecuencias intencionales de la acción. Kindhäuser, «Gleichgültigkeit», p. 354.

⁸⁴¹ Así, por ejemplo, Pawlik, Michael, *Person, Subjekt, Bürger. Zur Legitimation von Strafe*, Duncker & Humbolt, Berlin, 2004, p. 75-97. También, Hsu, «Indiferencia», pp. 415-417.

⁸⁴² Jakobs, Günther, «Indiferencia», p. 347.

argumento, es un dato apenas relevante en términos de significado de ese comportamiento.

d) ¿El dolo eventual como indiferencia?

Para que tenga cabida dentro del ordenamiento jurídico español, la ignorancia deliberada debería ser comprendida, entonces, como una categoría ligada al desconocimiento de los elementos constitutivos de la infracción penal. En la medida que el desconocimiento implica un error de tipo, ha de tratarse de una decisión expresada en una indiferencia consciente frente a riesgos o peligros evidentes, cuya advertencia resultaba ser exigible al autor. Así entendida no difiere en demasía de la teoría de la indiferencia sobre los hechos para el dolo eventual⁸⁴³. Si esto es así, entonces, su ubicación sistemática en la teoría del delito sería la de una categoría que se mueve dúctilmente entre la frontera de la imputación ordinaria (dolo) y la extraordinaria (imprudencia)⁸⁴⁴. En otros términos, la ignorancia deliberada podría ser considerada como una forma de dolo entendida como un compromiso personal con una acción que supone una indiferencia consciente ante riesgos constitutivos de una infracción penal.

Sin embargo, esta no es la naturaleza y ámbito de aplicación que la jurisprudencia del Tribunal Supremo le atribuye. En la práctica la ignorancia deliberada se ha convertido en una fórmula genérica para afirmar no solo el dolo sino que en algunos casos también la imprudencia. Además, ha venido a ocupar un lugar preferente en la motivación de sentencias que recaen sobre algunos delitos de mera actividad, comisión por omisión y omisión propia y, también, en los denominados delitos de peligro. De esta forma, en la praxis opera un reduccionismo del entendimiento del aspecto subjetivo, cuyo efecto práctico es excluir toda alegación de las formas de error, en la medida

⁸⁴³ En la forma de la *Gleichgültigkeitstheorie*, revisada por Engisch, «BGH, 22, 4, 1955», pp. 1688-1690. Al respecto, como se ha indicado *supra*: dolo eventual e ignorancia deliberada poseen la misma estructura. Así, también, Manrique, María Laura, «Ignorancia deliberada y responsabilidad penal», *Insomía* 40 (2014), p. 175.

⁸⁴⁴ Esta distinción en Fletcher, George, *Rethinking*, pp. 455 y ss. Hruschka, Joachim, «Imputation», *Brigham University Law Review* 669 (1986), pp. 677 y ss.

que se ha convertido en una relación binaria entre conocimiento/desconocimiento de riesgos jurídicamente desaprobados⁸⁴⁵.

Dada la extensión con que se pretende aplicar en España, la recepción de este nivel de imputación no ha estado exento de críticas y controversias⁸⁴⁶. Sin embargo, correctamente entendida, tal como se aplica en el ámbito angloamericano, no debería ofrecer problemas en relación a la función que cumplen las categorías de la imputación subjetiva en el Derecho penal continental.

En efecto, en los sistemas analíticos la ignorancia deliberada es una categoría ampliamente aceptada como forma ordinaria de contravención de normas de conducta que exige al menos *un conocimiento de los hechos* («*actus reus*») y, en el plano subjetivo («*mens rea*»),⁸⁴⁷ exige algo más que una indiferencia consciente sobre las consecuencias futuras del riesgo (*recklessness*) y algo menos que la consciencia cierta de los riesgos que conlleva la acción (*knowingly*)⁸⁴⁸.

En resumen: la ignorancia deliberada es utilizada por el TS como una categoría dúctil que le permite afirmar tanto el dolo eventual como la imprudencia⁸⁴⁹, desvirtuando así todo un sistema de atribución de

⁸⁴⁵ Sobre el dolo como conocimiento del riesgo, entre otros, Bacigalupo, «Problemas actuales», p. 76 y ss. Con algunos matices, Ragués i Vallès, *dolo*, pp. 175 y ss. En el sentido indicado supra, Laurenzo, *dolo*, p. 248. En especial, sobre la idea de un único concepto de dolo como riesgo y sin subcategorías, Frisch, *Vorsatz*, pp. 27-32.

⁸⁴⁶ A favor, en el entendido que el dolo eventual sirve para abarcar al menos la mayoría de los casos. Ragués, *La ignorancia*, pp. 130 y ss. En contra, Flores Mendoza, Fátima, «La responsabilidad penal del denominado mulero o *phisher-mule* en los fraudes de banca electrónica», *CPC* 110:2 (2013), pp. 173 y ss. Miró Llinares, Fernando, «La respuesta penal al ciberfraude. Especial atención a la responsabilidad de los muleros del phishing», *RECPC* 15-12 (2013), pp. 44 y ss. En igual sentido, sostiene que la aceptación de la ignorancia deliberada supone la negación del elemento «volitivo» del dolo y la sustitución de conocimiento actual y efectivo por uno potencial. Martínez-Buján, *DPEPG*⁴, p. 398.

⁸⁴⁷ Robinson, Paul, «Rules of Conduct and Principles of Adjudication», *University of Chicago Law Review* 57:3 (1990) pp. 730 y ss. Robinson, «*Mens rea*», p. 996.

⁸⁴⁸ Ashworth/Horder, *PCrimL*¹⁷, p. 181.

⁸⁴⁹ Así, se aplica en los tipos penales de blanqueo de capitales en los que se dice que no es posible alegar el desconocimiento de la procedencia delictiva o ilegal de bienes o dinero, tanto en los supuestos de dolo eventual como de imprudencia. De esta forma, se responderá a título de ignorancia deliberada (dolo eventual), si existe «representación, considerando el sujeto la

responsabilidad subjetiva que hasta ahora se fundamentaba en la búsqueda de una distinción precisa de esas dos categorías.

Así, aparecen algunas importantes diferencias sistemáticas con los sistemas analíticos. La más importante, a nuestro juicio, es que en este último ámbito la ignorancia deliberada constituye una categoría subjetiva autónoma y más próxima a una extensión de la regla de aplicación del dolo de consecuencias necesarias, en la medida que supone la decisión consciente de ignorar riesgos que suponen una consecuencia prácticamente segura de ocurrencia de un resultado prohibido⁸⁵⁰.

e) ¿Ignorar es intencional?

Mientras la pretensión del TS es objetivar la valoración de los niveles de imputación subjetiva negando todo el «psicologismo» asociado a la prueba de la intención real, en los sistemas analíticos, se reconoce que la ignorancia deliberada es un estado mental⁸⁵¹ que puede adscribirse desde el punto de vista de la tercera persona. Así, obra con ignorancia deliberada quien decide actuar con conocimiento de la probabilidad de la existencia de un riesgo prohibido, respecto del cual se abstiene de comprobar o descartar su presencia⁸⁵².

En la práctica procesal angloamericana esto se conoce metafóricamente como la regla de la «instrucción del avestruz»⁸⁵³ al jurado, porque la

posible procedencia delictiva de los bienes, actuando pese a ello, porque confía en que no se producirá la actuación o encubrimiento del origen» y, a título de imprudencia (inconsciente), «cuando no hay tal representación, no previendo la posibilidad de que se produzca un delito de blanqueo, pero debiendo haber apreciado la existencia de indicios reveladores del origen ilegal del dinero. Existe un deber de conocer que impide cerrar los ojos ante las circunstancias sospechosas». STS (27.01.2009) nº 758/2008, toI.1.438.893, ponente: Berdugo Gómez de la Torre.

⁸⁵⁰ En realidad, la ignorancia deliberada podría recibir el tratamiento de una forma de dolo indirecto o de consecuencias necesarias y no como una forma de dolo eventual. Así, Blomsma, *Mens rea*, p. 99.

⁸⁵¹ Esta expresión en el Derecho anglosajón se asume desde la filosofía de la acción y de ahí se traslada al Derecho penal. Sobre la discusión, por todos, Moore, *Placing*, pp. 251 y ss.

⁸⁵² Con referencias, Blomsma, *Mens rea*, p. 38 y ss.

⁸⁵³ Robbins, Ira P., «The Ostrich Instruction: deliberate ignorance as a criminal *mens rea*», *Journal of Criminal Law and Criminology*, 81:2 (1990), pp. 81 y ss.

prueba del aspecto subjetivo de la imputación recae sobre la posibilidad que el acusado actué con la inobservancia del deber de advertir riesgos que resultaban evidentes. Así, nosotros no podemos saber qué era lo que quería el avestruz, pero sí podemos interpretar ese querer como un estado mental desde la adscripción de la tercera persona. Así, el avestruz esconde su cabeza porque *no quiere* saber nada de lo que sucede en el mundo, pero a la vez nosotros sabemos que el avestruz esconde su cabeza porque interpretamos que ella conoce previamente lo que sucede en el mundo.

En efecto, pese a la pretensión de «objetivación» y negación de todo lo volitivo que subyace al concepto de ignorancia deliberada, lo cierto es que en la práctica opera como un estado mental intencional, con claro contenido teleológico de relaciones entre medios y fines. Esto porque el TS recurre en las sentencias a la fórmula de la «voluntad de no querer saber». Y, no puede negarse que la voluntad de no querer saber y querer saber están en el mismo status (en términos de reproche moral), y desde el momento «que obrar *por* ignorancia no es lo mismo que obrar *con* ignorancia»⁸⁵⁴, no puede decirse que sea «involuntario» ni un error sobre las circunstancias concretas o sobre el objeto de la acción el desconocer lo que conviene no querer conocer si se tiene el deber de hacerlo⁸⁵⁵. Este es por lo demás el punto de origen de la distinción entre error e ignorancia.

En este último punto, el efecto práctico que pretende producir las tesis de la ignorancia deliberada (y, por cierto, la versión alemana de la ignorancia frente al Derecho) es la superación de la barrera de distinción del error según su naturaleza⁸⁵⁶ y, con ello, también, una modificación del principio general según el cual un error sobre los hechos constitutivos de la infracción penal o la ilicitud del hecho, pueden generar una descarga diferenciada de responsabilidad⁸⁵⁷ expresada en una rebaja de

⁸⁵⁴ Aristoteles, *Ética Nicomáquea*, 1110b, 25.

⁸⁵⁵ Aristoteles, *Ética Nicomáquea*, 1111a, 5.

⁸⁵⁶ van Weezel, Alex, *Error y mero desconocimiento en Derecho Penal*, Legal Publishing, Santiago, 2008, pp. 49 y ss.

⁸⁵⁷ Se ha criticado que esta tesis conduce a un «objetivismo extremo» que pretende afirmar la existencia del dolo independiente de si el autor se había o no representado la posibilidad de realización del tipo, lo que llevaría a que los hechos no dolosos y los

pena derivada de la imputación a título de imprudencia o una responsabilidad atenuada, según sea el caso⁸⁵⁸.

Así, tal como se ha indicado, se afirma que la indiferencia frente a las normas puede constituir una forma de dolo que no permite sostener una rebaja de pena ni la exclusión de la imputación a título de error, porque quien no quiere conocer no puede alegar desconocimiento⁸⁵⁹. Con ello, al afirmar el dolo se excluye la posibilidad de apreciar un error sobre los hechos constitutivos de la infracción penal en la medida que bastaría la exigencia de un deber de conocer y no un conocimiento exacto de los hechos, con ello, se impide una descarga de responsabilidad a título de imprudencia (error de tipo evitable) y, al mismo tiempo, se descarta la posibilidad de considerar la impunidad en los tipos penales que no contemplan la citada alternativa de imputación extraordinaria (imprudencia)⁸⁶⁰.

imprudentes se castiguen como dolosos si el autor obró como un conocimiento equiparable a la irrelevancia en la decisión. Vogel, Joachim, «dolo y error (1)», *CPC*, 95 (2008), pp. 9-11.

⁸⁵⁸ Esto es así en el sistema descrito en los arts. 14.1. y 14.3. del CP. En otros ordenamientos como el alemán el error de tipo tiene una atenuación obligatoria, mientras que el error de prohibición –a diferencia del sistema español– contempla una rebaja únicamente facultativa de pena. Vid., Felip i Saborit, Felip, *Error iuris: el conocimiento de la antijuridicidad y el art. 14 del Código Penal*, Atelier, Barcelona, 2000, pp. 261 y ss. Sobre la crítica al hecho que el actuar sin reflexión alguna frente al Derecho tenga un aparente tratamiento privilegiado conforme al 14.3. del CP. Manso Porto, Teresa, «El error de prohibición en la reciente jurisprudencia del tribunal supremo español desde la perspectiva de la actual discusión doctrinal», *LH Bacigalupo*, t. I, pp. 451 y ss.

⁸⁵⁹ Resultaría determinante, en esta tesis, para efectos de la prueba la indiferencia del sujeto frente al Derecho y no la prueba del conocimiento sobre los hechos. Jakobs, Günther, «Gleichültrigkeit als dolus indirectus», *ZStW*, 114:3 (2002), pp. 587 y ss. En contra, Kindhäuser, «Gleichgültigkeit», pp. 345 y ss.

⁸⁶⁰ Por eso, se ha dicho que el autor del delito doloso «no puede ver atenuada la gravedad del hecho aludiendo a su ignorancia o desconocimiento de la realidad». Feijóo, «La distinción», p. 301. Este punto no ha estado exento de polémica, en especial, por parte del sector doctrinal que crítica los efectos jurídicos que produce la indiferencia que recae sobre un hecho, en contraste, con el Derecho. Si bien, ambos casos podrían recibir un tratamiento equivalente sobre la base de la significación social de la conducta, los ordenamientos jurídicos suelen distinguir según la naturaleza del error asignando consecuencias penológicas diferencias, según la clase de error. Bacigalupo, Enrique, «Los fundamentos de la teoría del

Resulta sorprendente que la situación sea similar en el Derecho angloamericano, donde se afirma que la denominada ignorancia deliberada («*willful blindness*») es un concepto que permite explicar la forma en que se debe acreditar el conocimiento en los casos en los que el sujeto alega desconocer que su conducta implica la realización de los elementos materiales del delito⁸⁶¹.

Este ámbito de incidencia es coincidente también con las consecuencias que en la jurisprudencia del TS le asigna a esta categoría de imputación subjetiva en los delitos de tráfico de drogas. En la medida que este es, sin duda, el efecto más representativo de la doctrina en la práctica y en la jurisprudencia, le dedicamos el párrafo que sigue.

f) ¿Exclusión del error?

De los múltiples supuestos en los que se puede recurrir a la posibilidad de imputar ignorancia deliberada, nos interesa abordar los casos en que el autor ha realizado un hecho que puede significar un «cerrar los ojos ante lo evidente»⁸⁶², en concreto, situaciones donde el sujeto es sorprendido en posesión de drogas tóxicas, estupefacientes o psicotrópicos (en los términos del art. 368 del CP) ocultas en un compartimiento de vehículos de motor, maletas, mochilas, paquetes, bolsas, etc., y, además, tales sustancias son de una cierta entidad que supone –conforme al baremo jurisprudencial– la posibilidad de estimar que dicha posesión estaba orientada al tráfico y, con ello, conlleva también –en la mayoría de los supuestos prácticos– la aplicación automática de la figura cualificada de «notoria importancia» en relación a la cantidad de droga (369. 5ª. CP)⁸⁶³.

error en el Derecho penal europeo actual», *LH Cobo del Rosal*, Carbonell Mateu, *et. al* (coord.), Dykinson, Madrid, 2005, pp. 35-47.

⁸⁶¹ Singer/La Fond, *CrimL*⁶, p. 60.

⁸⁶² La expresión puede encontrarse en Chang, Wing Cheong, «Culpability in the Misuse of Drugs Act. Willful Blindness, the Reasonable Person and a Duty to Check», *Singapore Academy of Law Journal*, 25 (2013), p. 111.

⁸⁶³ Entre otros, sobre el contenido conceptual que le asigna la jurisprudencia a la «notoria importancia». Véase, Orts Berenguer, Enrique, «Delitos contra la seguridad colectiva (II): delitos contra la salud pública», *Derecho Penal. Parte especial*, Vives Antón, Tomás *et al.* 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. pp. 609-610. 4. López Ortega, Juan José, «delitos

Al respecto, el TS recurre a una fórmula que le sirve para fundamentar la imputación subjetiva en la referida modalidad cualificada y, además, consecuentemente excluir el error de tipo en estos casos. Así, estima que la ignorancia deliberada es aquí para el autor un «no querer saber aquello que se puede y debe saber, asumiendo y aceptado con ello todas las consecuencias del ilícito actuar en el que voluntariamente participa»⁸⁶⁴.

Este argumento que se extiende al cooperador necesario donde sería posible afirmar el aspecto subjetivo del hecho si este «podía y debía conocer la naturaleza del acto de colaboración que se le pide y se mantuvo en situación de no querer saber, prestando no obstante su colaboración, se hace acreedor de las consecuencias penales de su ilícito actuar»⁸⁶⁵.

Lo mismo sucede en hipótesis en que el acusado alega no conocer ni saber la verdadera naturaleza ni entidad de lo que transportaba, en la medida que el TS ha excluido el error de tipo, por ejemplo, en el supuesto de un sujeto que al percatarse de la presencia policial, arrojó al suelo un paquete y huyó del lugar, en la medida que ello daría «idea del nivel de conocimiento que tiene, y con respecto a su peso y entidad, el paquete en cuestión era perfectamente reconocible en su masa»⁸⁶⁶.

En algunas sentencias se alude a la imposibilidad de alegar el error sobre la base de la fórmula del «consciente desconocimiento de la

contra la salud pública (2). El delito de tráfico de drogas», *Derecho Penal. Parte especial*, vol. III, Javier Boix Reig (dir.), Iustel, Madrid, 2012, p. 59. Esquemas jurisprudenciales en relación con el principio de significancia de la figura básica y la referida notoria importancia, Corcoy Bidasolo, Mirentxu, *Derecho Penal. Parte especial: doctrina y jurisprudencia con casos solucionados*, t. I., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 628 y 631. Especialmente, Jaén Vallejo, Manuel, «El nuevo criterio de determinación de la circunstancia de agravación de “cantidad de notoria importancia” del art. 369.3º CP (nota sobre el acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2001)», *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 04-j02 (2002), pp. 1-4. El cuadro completo remitido al Tribunal Supremo para la confección del citado Auto de 19 de octubre 2011, puede verse en Corco/Mir Puig, *Comentarios*, pp. 808-809.

⁸⁶⁴ Por ejemplo, STS (12.02.2007), nº1175/2006, ponente: Julián Artemio Sánchez Melgar.

⁸⁶⁵ STS (02.07.2008), nº 2286/2007, ponente: Julián Artemio Sánchez Melgar.

⁸⁶⁶ STS (02.07.2008), nº 2286/2007, tol.1.353.120 ponente: Julián Artemio Sánchez Melgar.

naturaleza o entidad de la droga», lo que le sirve al TS para sostener que en tal caso se actúa con ignorancia deliberada, debiendo responder quien se sitúa en una posición de ceguera ante los hechos. Así tendría lugar, por ejemplo, si se colabora en el transporte, custodia o posesión de objetos que pueden contener sustancias nocivas para la salud pública (una bolsa, maleta, mochila, etc.), en la medida que pueda exigirse el deber de haberse cerciorado sobre el contenido, con posibilidades de acceso a la revisión tales objetos, o bien, que del conjunto de circunstancias no se quepa más que inferir que no se podía menos que conocer que participaba en una actividad de tráfico de sustancias prohibidas. Sobre la base de este razonamiento, por ejemplo, se imputa coautoría e impone la referida figura cualificada a una mujer que al regresar a España, después de un viaje de algo más de dos semanas por Argentina, es detenida junto a su novio en el aeropuerto de Barajas en Madrid debido al hecho que ambos transportaban en una única maleta dos juegos de sábanas que, al ser inspeccionadas por los agentes, contenían en su interior 2.469,3 gramos de cocaína con una pureza del 72,1 %, lo que totaliza 1.780,3 gramos de cocaína pura⁸⁶⁷.

En situaciones como las indicadas, el problema se traduce en la relevancia que puede dársele a la alegación de desconocimiento de estar realizando el tipo de tráfico de drogas, o bien, lo que es igual a la posibilidad de invocar un error de tipo por ignorancia o conocimiento equivocado de los hechos⁸⁶⁸.

En estos supuestos, la jurisprudencia entiende que la ignorancia deliberada se corresponde por su naturaleza a *un supuesto de dolo eventual*. Así, el contenido conceptual de esta categoría de imputación estaría dado por la posibilidad que un sujeto, con conocimiento de estar realizando un hecho concreto, decida situarse en una posición equivocada en relación con las posibles consecuencias de ese hecho, con lo que

⁸⁶⁷ STS (23.05.2008), nº 10515/2007, ponente: José Ramón Soriano Soriano.

⁸⁶⁸ Así, en doctrina se reclama desde hace un tiempo que los tribunales rechazan casi automáticamente cualquier posibilidad de invocación del error. Por ejemplo, Muñoz Conde, Francisco, *Derecho Penal, Parte especial*, 20ª ed., Tirant lo Blanch, 2015, p. 68 y ss. García Albero, Ramón, «delitos contra la salud pública», *Comentarios al Código penal español*, t. II., 6ª ed., Gonzalo Quintero Olivares (dir.), Fermín Morales Prats (coord.) Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona, 2010, pp.931-933..

actuaría respecto del hecho constitutivo de la infracción penal con al menos la previsibilidad de su ocurrencia⁸⁶⁹.

Se trata, sin duda, de una indiferencia frente al riesgo. En tales casos, sería correcto estimar que no es posible argumentar que el autor había obrado con una interpretación errada de los hechos y previsión de las consecuencias accesorias (imprudencia) y, por ende, no sería posible alegar un error de tipo, porque de algún modo le sería exigible una interpretación completa del hecho constitutivo del injusto⁸⁷⁰. De esta forma, se evita la posibilidad de considerar la atipicidad por concurrencia del nivel de imputación subjetiva extraordinaria (imprudencia), en la medida que la forma básica de tráfico de drogas supone la exigencia del nivel mínimo de imputación ordinaria (dolo eventual)⁸⁷¹.

Ahora bien, lo que resulta un tanto ambiguo no es la exclusión del error y la argumentación a favor de la ignorancia deliberada como una categoría asimilable al dolo eventual, sino que es el criterio jurisprudencial que sirve para inferir la posibilidad de evitabilidad del error. En otros términos, no queda claro sobre qué parámetros normativos se excluye la posibilidad de apreciación de una imputación extraordinaria (imprudencia) por la no concurrencia de la regla general, según la cual la ignorancia de las normas de conducta no implica responsabilidad en los casos en que se constate una imposibilidad de evitación de la situación que fundamenta el error⁸⁷².

Este problema es, en realidad, tal como se ha visto a la largo del trabajo, una manifestación más de la creciente tendencia hacia la

⁸⁶⁹ Esto en directa referencia al problema del contenido del dolo eventual y su «querer débil». Ampliamente, Taylor, «Concepts», pp. 102 y s.

⁸⁷⁰ Sobre este punto, ampliamente, Fakhouri, *Delimitación*, pp. 191-223.

⁸⁷¹ Así, también esta tesis más que intentar una reconstrucción del concepto de dolo eventual en sede psicológica, busca un criterio normativo ligado al grado de responsabilidad. Sobre este punto, Miró Llinares, Fernando, «Dolo y Derecho Penal Empresarial: Debates Eternos, Problemas Modernos», *CPC*, 113:2 (2014), pp. 212 y ss.

⁸⁷² Sobre estos problemas en relación con la jurisprudencia española, con referencias a casos de delitos sexuales, Jaén Vallejo, Manuel, «Dolo, error y prueba del dolo: análisis crítico de jurisprudencia», *CPC*, 100 (2010), pp. 205 y ss.

objetivación de la valoración y prueba de la concurrencia de las formas de imputación subjetiva, tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial⁸⁷³.

IV. La distinción entre reglas de conducta y reglas de decisión como bases teóricas para la reconstrucción de una teoría comparativa

1. Las reglas de conducta y las normas jurídicopenales

Tal como se indicará en las conclusiones, el resultado de la aproximación comparativa –en lo que a la comparación entre los sistemas analíticos y dogmáticos se refiere– es que las categorías conceptuales de imputación subjetiva no coinciden y son totalmente diferenciales, incluso, dentro de cada uno de esos modelos, hay distinciones que hacen compleja una equiparación desde los conceptos o el nomen iuris. Por ello, estimo que una aproximación entre sistemas jurídicos debería al menos preguntarse, en primer lugar, qué identifica a las normas penales en relación con el resto de las ramas del ordenamiento jurídico y si tales notas distintivas –en el evento de existir–, son similares en los sistemas jurídicopenales que han sido objeto de análisis a los largo del trabajo.

Desde este punto de vista, habría que partir por indicar que, en general, no es sino la naturaleza particularmente intensa que asume el reproche penal la característica más significativa y lo que le diferencia del resto de los controles formales que existen en el Derecho⁸⁷⁴. Esta particularidad de la responsabilidad penal que la distingue, por ejemplo, de la civil, se justifica por las funciones que cumplen las normas penales en la sociedad. Estas funciones son según Herring⁸⁷⁵ las siguientes: primero, determinar las formas en que las personas pueden realizar o abstenerse de ejecutar acciones que lesionan o ponen en peligro intereses

⁸⁷³ Fakhouri, *Delimitación*, pp. 265 y ss. También, en relación con la imprudencia, Pérez del Valle, Carlos, *La imprudencia en el Derecho Penal*. El tipo subjetivo del delito imprudente, Atelier, Barcelona, 2012, p. 75 y ss.

⁸⁷⁴ Así, por ejemplo, Ashworth/Horder, *PCrimL*¹⁷, pp. 2-3.

⁸⁷⁵ Herring, *CrimLB*, p. 4.

necesarios para el funcionamiento del sistema social; segundo, indicar cuáles son las condiciones en que una persona que realiza actos voluntarios puede ser penada; y, tercero, establecer una guía sobre qué tipos de comportamientos son vistos como aceptables en una sociedad determinada.

Antes de indagar en los alcances comparativos que esta distinción tiene en relación con el Derecho continental – aunque la similitud con la teoría de los imperativos es de entrada evidente–, es necesario poner el acento en el entendimiento de los roles y funciones que denotan la esencia del Derecho Penal en el contexto angloamericano, donde se expresa que este es en esencia una contradicción con normas que establecen ex ante que es lo correcto y lo incorrecto (en términos de prohibición o mandato, en cuanto reglas de conducta vinculadas con la prevención de riesgos o resultados lesivos), además, constituyen preceptos que ex post habilitan la persecución penal y, por ende, suponen la posibilidad de adjudicación de responsabilidad penal personal. A ello, se le suman finalmente normas que establecen la eventualidad de convicción de reprochabilidad penal, esto es, la imposición de una pena o medida de seguridad⁸⁷⁶.

Lo anterior, puede complementarse con la mirada que realizan Simester y Sullivan⁸⁷⁷ sobre la descripción del contenido concreto de la norma penal, ámbito donde se distingue entre, por un lado, un primer aspecto que es la parte del precepto que describe conductas en términos de prohibiciones o mandatos de evitación de daño o lesión y, por el otro, un segundo nivel que es caracterizado por las consecuencias especialmente intensas, en términos de sanciones o medidas, esencialmente, privativas o restrictivas de Derechos que contienen las normas penales. En su dimensión fáctica las normas penales así descritas, se complementan con una serie de reglas de convicción que constituyen la materialización en el proceso de las consecuencias derivadas de la atribución de responsabilidad por reglas de contravención.

Delimitadas estas cuestiones básicas sobre la naturaleza del Derecho Penal en la literatura de Inglaterra y Gales –extensiva, por cierto, al

⁸⁷⁶ Simester/Spencer/Sullivan/Virgo, *CRIMLTD*⁵, pp. 7-10.

⁸⁷⁷ Simester/Spencer/Sullivan/Virgo, *CRIMLTD*⁵, pp. 1-6.

Derecho Penal de Estados Unidos⁸⁷⁸—, no deja de sorprender la similitud del lenguaje con la teoría de las normas del Derecho continental⁸⁷⁹ y, en especial, en la doctrina española donde tal aproximación ha sido desarrollada con claridad por Gimbernat⁸⁸⁰ quien explica que el Derecho Penal expresa reglas de conducta a través de proposiciones jurídicas que, plasmadas en la ley penal, constan de dos elementos: un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica que es una pena o una medida de seguridad. Así, en ambos ordenamientos —angloamericano y continental— aparece esta estructura común de la norma penal y, también, en los dos sistemas se dice que no es sino esta característica la que otorga al Derecho Penal su naturaleza diferenciadora en relación con otras ramas del ordenamiento⁸⁸¹, donde la infracción del supuesto de hecho acarrea consecuencias de intensidad cuantitativa y cualitativamente más leves en comparación con las penas (el pago coactivo o el cumplimiento forzado de una obligación, la nulidad o inexistencia de los vínculos jurídicos, deberes de indemnización, multas, etc.).

En el contexto del Derecho angloamericano, la sugerencia a esta función distintiva de las normas penales, aparece de un modo claro en Hart quien sostuvo que la naturaleza imperativa de esta clase de reglas se diferencian del resto del ordenamiento en que «la norma penal consiste en una declaración certera de las conductas que constituyen delitos y especifican el castigo para el delincuente responsable»⁸⁸². El punto de partida, que no es otro que la definición de la naturaleza de las normas penales, no se diferencia morfológicamente del ámbito continental, donde

⁸⁷⁸ Así, Robinson, «Rules», pp. 730 y ss.

⁸⁷⁹ En el plano de la teoría del Derecho esto aparece en el análisis clásico sobre la estructura de la norma jurídica. Véase, Larenz, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, 2ª ed. Gimbernat (trad.), Ariel, Barcelona, 2001, pp. 242 y ss.

⁸⁸⁰ Gimbernat Ordeig, Enrique, *Concepto y método de la Ciencia del Derecho Penal*, Tecnos, Madrid, 1999, pp. 17 y ss.

⁸⁸¹ Gimbernat, *Concepto*, p. 18. También, en relación con la estructura lógica o formal de la norma penal, Luzón Peña, Diego, «Alcance y función del Derecho Penal», *ADPCP*, 42:1 (1989), pp. 9 y ss. En relación con la dogmática alemana, Kaufmann, *Teoría*, pp. 15 y ss.

⁸⁸² Hart, *The concept*, p. 7.

la doctrina alemana, por ejemplo, Binding⁸⁸³ planteó la distinción entre el delito como contravención con la norma y el crimen como juicio de atribución de responsabilidad, porque para el citado autor la esencia de las normas penales es la de establecer qué es el delito –afirmación de contravención de prohibiciones o mandatos– y cómo debe ser la medida de responsabilidad, esto es, la pena.

En suma, tanto en el contexto jurídico penal del Derecho angloamericano como en el continental, constituye un punto de partida conceptual, ampliamente aceptado, el entendimiento del Derecho Penal como un sistema de normas jurídicas de imputación cuyo contenido se integra por un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica que puede consistir en una pena o una medida de seguridad.

La clase de normas que se han descrito, en la terminología del ámbito continental se califican de secundarias, porque dependen –en relación con las funciones subyacentes a su contenido– de otras reglas de naturaleza abstracta (denominadas normas primarias), que configuran dentro del propio ordenamiento lo que para una sociedad determinada resulta como correcto o incorrecto en términos de necesidad de pena⁸⁸⁴. En el Derecho angloamericano, dice Robinson⁸⁸⁵ que las disposiciones de esta clase son una consagración ex ante de reglas de conducta relativas a las preguntas sobre qué acciones son criminales en términos de opción para los ciudadanos y, al mismo tiempo, sobre qué criterios imputación y adjudicación de responsabilidad amparan una imposición racional de la pena. En consecuencia, las similitudes en las estructuras normativas, pese a las cuestiones epistemológicas propias del Derecho continental (por ejemplo, lo relativo al problema de los destinatarios de la norma

⁸⁸³ Esencial es el capítulo sobre Derecho penal objetivo (Das objektive Strafrecht) en Binding, Karl, *Grundriss des Deutschen Strafrechts Allgemeiner Teil*, Verlag von Felix Meiner, Leipzig, 1913, pp. 64-69. Sobre las normas y su fundamento, con detalles, Binding, Karl, *Die Normen und Iher Übertretung. Eine Untersuchung über Die Rechtmässige Handlung und Die Arten des Delikts*. III Auflage, I-Band: Normen und Strafgesetze, Verlag von Felix Meiner, Leipzig, 1916, pp. 35-96. Kaufmann, *Teoría*, p. 19.

⁸⁸⁴ Luzón Peña, Diego, «La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito», *ADPCP*, 46:1 (1993), pp. 23 y ss.

⁸⁸⁵ Robinson, Paul, «A Functional», pp. 857 y ss.

secundaria, o bien, a la naturaleza de la norma primaria)⁸⁸⁶, resultan ostensibles y abren posibilidades de análisis comparativo no desde las instituciones particulares de cada sistema, sino a partir de la estructuras y funciones de las categorías, aunque existan diferencias en la terminología y el lenguaje.

a) Reglas de conducta (criminalización: ex ante) y de decisión (censura: ex post)

De acuerdo a lo indicado, el ordenamiento penal se estructura a partir de la prescripción de normas de comportamiento orientadas hacia la limitación racional de la libertad para el aseguramiento de las condiciones mínimas que hacen posible el sistema social. Esta afirmación remite al problema sobre la forma en que el legislador selecciona las conductas que eleva a la categoría de penalmente relevantes y, también, conlleva la interrogante sobre la proporcionalidad de las consecuencias que acarrea la infracción⁸⁸⁷. Sin duda, que ello plantea diversas posibilidades de análisis que pasan por los límites al poder punitivo, la cuestión sobre la legitimidad de la norma dentro del propio sistema penal, hasta las dudas sobre los fines y funciones de la pena y sus relaciones con las medidas de seguridad⁸⁸⁸.

Ahora bien, aquí nos interesa destacar únicamente un aspecto: la cuestión básica referida a la autonomía individual. Pero, no en todo el espectro que ella puede plantear (en especial, el cuestionamiento del

⁸⁸⁶ Silva Sánchez, Jesús María, *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, 2ª ed., B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2010, pp. 505 y ss.

⁸⁸⁷ En efecto, la cuestión sobre la norma penal se refiere al ámbito de la libertad, como posibilidades de cálculo entre lo que está prohibido y lo que se permite; es una ponderación y relación en perspectiva ex ante sobre las consecuencias de las conductas. Véase, Vives Antón, Tomás Salvador, «Principios penales y dogmática penal», *Estudios sobre el Código Penal de 1995*, Vives Antón y Manzanares (dirs.), *CGPJ*, Madrid, 1996, pp. 40 y ss.

⁸⁸⁸ Sobre esta perspectiva, Roxin, Claus, «¿Qué puede reprimir penalmente el Estado? Acerca de la legitimación de las conminaciones penales», *Problemas Actuales de Dogmática Penal*, Abanto (trad.), Ara, Lima, 2004, pp. 20 y ss.

determinismo)⁸⁸⁹, sino sólo en lo que concierne al Derecho de opción individual de comportamiento y las normas penales⁸⁹⁰.

Este aspecto de las normas penales en el Derecho angloamericano suele fundamentarse con referencias a la relación que, entre las normas y el Derecho de opción, plantea la autonomía individual. Ello, en la medida que la sociedad junto con limitarse al fomento del autocontrol de las personas, al mismo tiempo, establece prohibiciones y mandatos que circunscriben el ámbito de la libertad. Por ello, Moore indica que la naturaleza de la responsabilidad penal y lo que la distingue es en esencia la conjugación de las propiedades del sistema de imputación del injusto antijurídico («wrongdoing») y la culpabilidad («culpability»)⁸⁹¹. De esta forma, se conjuga en las leyes penales de un modo indirecto lo que legalmente son comportamientos aceptables para la sociedad y, por ende, tales normas han de ser especialmente cuidadosas en lo limitar de un modo exagerado la capacidad de autodeterminación, porque aquello que prima facie aparece como justificado –en términos de criminalización– en la práctica puede suponer la instrumentalización de la persona⁸⁹². El sistema jurídicopenal se completa con la existencia de otro tipo de normas que describen la responsabilidad penal sobre la base de la relación entre decisión y atribución. Este tipo de normas están dirigidas a los órganos de administración de justicia penal y ex post facto establecen la medida de la pena en el caso concreto, a partir de una relación de imputación básica que puede resumirse del modo que sigue:

«Un sujeto (x) es responsable de un determinado estado de cosas o situación (e) solo sí:

(x) voluntariamente a realizado una acción (a)

⁸⁸⁹ Andenaes, J., «Determinism and Criminal Law», *Journal of Criminal Law and Criminology* 47:4 (1957), pp. 406 y ss. Acerca del determinismo y el principio de culpabilidad. Cfr. Vives Antón, Tomás Salvador, «El principio de culpabilidad», *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. LH a Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2002, pp. 213 y ss.

⁸⁹⁰ Sobre este punto, ampliamente, Vives Antón, Tomás Salvador, «La ley, lenguaje y libertad: (sobre determinismo, libertades constitucionales y Derecho Penal)», *Teoría y Derecho: Revista de Pensamiento Jurídico* 11 (2012), pp. 169 y ss.

⁸⁹¹ Moore, *Placing Blame*, pp. 36 y ss.

⁸⁹² Simester/Spencer/Sullivan/Virgo, *CRIMLTD*⁵, p. 7.

(a) es la causa (e) de lo que ha ocurrido; y
Que la causa de (e) por (x) sea intencional»⁸⁹³.

Con esta referencia, puede observarse que más allá de las cuestiones relativas a la imposibilidad de acreditar la existencia de las acciones voluntarias y la intencionalidad, esto es, lo relativo al ejercicio del Derecho de opción, entendido como la esencia de un sistema de atribución de responsabilidad reducido a la máxima «podría haberse obrado de otro modo», en el ámbito angloamericano las normas penales son reglas de conducta y de imputación que suponen una relación entre quebrantamiento y atribución, en cuanto asumen la existencia del binomio actos voluntarios e involuntarios, con independencia de la intencionalidad concreta con que se ejecuten las acciones (lo que es un asunto relegado al plano del principio de *mens rea*)⁸⁹⁴.

En este ámbito, resulta obligatoria la referencia al cuestionamiento de la libertad de la voluntad y la imposibilidad de demostrar el libre albedrío, lo que ha sido manifestado por el determinismo clásico,⁸⁹⁵ pero también, en el último tiempo por las ciencias empíricas y por la filosofía de la mente⁸⁹⁶. Además, en el ámbito continental es una idea ampliamente divulgada lo indemostrable del principio de culpabilidad y su sustitución por criterios puramente preventivo generales y especiales⁸⁹⁷.

Por su parte, el Derecho Penal angloamericano no escapa de idénticos cuestionamientos. Así, Denno señala que en Estados Unidos sólo se distingue entre acciones voluntarias e involuntarias, pero que debido a las cuestiones relativas a las neurociencias –que cuestionan la legitimidad de los estados mentales de imputación subjetiva–, propone una categoría nueva denominada «acciones semivoluntarias»⁸⁹⁸.

⁸⁹³ Moore, *Placing Blame*, pp. 40 y ss.

⁸⁹⁴ Moore, *Placing Blame*, pp. 249 y ss.

⁸⁹⁵ Andenaes, «Determinism», pp. 409 y ss.

⁸⁹⁶ Moya, *Filosofía*, pp. 17 y ss.

⁸⁹⁷ Gimbernat, «¿Tiene futuro?», pp. 144-145.

⁸⁹⁸ Denno, D. W., «Crime and Consciousness: Science and Involuntary Acts», *Minnesota Law Review* 269 (2002), pp. 269 y ss.

Probablemente, más que una persistencia por parte de los teóricos del Derecho Penal en negarse a asumir conceptos dados por las ciencias empíricas del comportamiento,⁸⁹⁹ el problema esté en la legitimidad de un Derecho Penal que asume un «concepto preteórico de lo mental» y no uno científico⁹⁰⁰. En efecto, en su amplia y específica dimensión teórica esta rama del Derecho le atribuye preteóricamente –en sentido filosófico– unos rasgos definitorios a lo mental que le son propios y distintivos. En especial, esto se expresa en las construcciones de relaciones de imputación entre conducta y resultado, o bien, entre conducta y riesgo. A su turno, por ejemplo, en los delitos de omisión lo anterior se traduce en las posibles interpretaciones sobre «el dejar de hacer lo que el Derecho ordena ejecutar en situaciones preestablecidas». Tal exigencia «preteórica» vendría dada por la necesidad de instituir y conjugar un Derecho Penal racional y lógicamente fundamentado sobre la base de reglas de imputación, en especial, en lo que respecta a la atribución personal del hecho como un «injusto», en la medida que debe ser una demostración de un concreto estado o disposición mental hacia el hecho, lo que también se expresa como una relación de motivación con el Derecho en cuanto conjunto de normas⁹⁰¹.

⁸⁹⁹ Gimbernat, «¿Tiene futuro?», p. 147.

⁹⁰⁰ Davison, Donald, «Mental events», *Essays on Actions and Events*, Clarendon Press, Oxford, 1982, p. 211 y ss. Moya, *Filosofía*, pp. 189-228.

⁹⁰¹ Sobre estas observaciones en relación a las teorías de la libertad de Mill y la concepción de la moral en Kant y sus vinculaciones con el Derecho Penal. Moore, *Placing Blame*, pp. 104 y ss. La libertad para efectos de la culpabilidad no es lo que se entiende en términos de determinismo antropológico, sino el concepto que se asuma por el contexto social y como tal se traduce en un estándar de prueba dentro del proceso penal. Vives Antón, *FSP*², pp. 864 y ss. Así, desde un punto de vista normativo, el concepto de culpabilidad se construye sobre la base de la interpretación de la libertad en ámbito social concreto, conforme a la atribución de sentido que tengan las acciones según el ordenamiento jurídico. Kindhäuser, Urs, «Culpabilidad jurídica penal en el Estado democrático de Derecho », *Revista de Derecho de la Universidad de Piura* 10 (2009), pp. 137 y ss.

b) Ámbitos concretos de las reglas de conducta y las reglas de decisión

Conforme explica Dan-Cohen⁹⁰² es posible en el Derecho Penal distinguir dos tipos de normas, por una parte, están las reglas de conducta que seleccionan a través del proceso de criminalización los comportamientos que son prohibidos u ordenados por el Derecho, en términos imperativos cuyos destinatarios son los ciudadanos. Y, por otra parte, están las reglas de decisión como un sistema de imputación y de atribución de responsabilidad penal cuyos destinatarios, al menos en principio, son los jueces. Esta distinción apareció en el ámbito anglosajón con Bentham («Introducción a los principios de la moral y de la legislación»), quien sostuvo lo siguiente:

«Una ley que se limita en sí misma a la creación de delitos y otra ley que ordena la imposición de la pena que ha de ser administrada para el caso de la comisión de un delito de esa clase, son normas diferentes; no son partes de una misma ley (como al parecer vienen entendiéndose, generalmente, hasta ahora)»⁹⁰³.

Posteriormente, Austin⁹⁰⁴ asumió esta diferenciación para caracterizar a las normas imperativas como las que establecen prohibiciones o mandatos de cumplimiento general y obligatorio («commands»), que se estructuran sobre la base de sanciones, imponen deberes y una correcta aceptación (social e individual) de sus términos.

⁹⁰² Dan-Cohen, M., «Decisions Rules and Conduct Rules: On Acoustic Separation in Criminal Law», *Harvard Law Review* 97 (1984) fasc. III, pp. 625 y ss.

⁹⁰³ Bentham, *An Introduction*, p. 241.

⁹⁰⁴ Austin, J. L., *Providence of Jurisprudence determined*, John Murray, Albemarle Street, Londres, 1832, pp. 7 y ss.

Esta idea de configuración del Derecho y de sus normas sorprende por su «simpleza» (que es el calificativo usado por Dworkin⁹⁰⁵ para esta teoría), en la medida que, claramente, necesita de ciertos correctivos en lo relativo a los límites de las reglas primarias o reglas de conducta. Ello, para evitar los excesos del *ius puniendi*, porque la autoridad de las normas ha de estar supeditada en el reconocimiento de sus prescripciones; es decir, en la aceptación que en términos de lenguaje asuma sobre ellas la sociedad y, también, porque como indicara Hart⁹⁰⁶ requieren de una cierta correlación de vigencia sobre la base de las vinculaciones entre la justicia y la moral, toda vez que la transgresión de las normas de comportamiento supone el ejercicio de la autonomía individual por sujetos con capacidad de contravención voluntaria de tales reglas de conducta; en consecuencia, su vigencia no se fundamenta exclusivamente en la medición cuantitativa de la fuerza coercitiva de la autoridad a quien se le ha delegado su cumplimiento, sino porque en ellas aparece de modo claro un reconocimiento social sobre la innegable utilidad de su existencia.

Esta vinculación entre moral y Derecho supera el ámbito de lo interno y lo externo, para situarse en el reconocimiento de cierta capacidad de motivación expresada en la imposibilidad de imputación a sujetos que realizan hechos sin tener la posibilidad cierta de obrar conforme a las prescripciones de conducta. Por eso, en el plano de las reglas de imputación –que es el lugar donde se materializa el entendimiento del ámbito interno– Hart indicaba que es posible que todos los ordenamientos jurídicos modernos afirmen la ausencia de responsabilidad penal para quienes obraron contra el mandato o la prohibición, en la medida en que no lo han hecho inconscientemente o «en condiciones de carencia de capacidad física o mental para ajustar su conducta al Derecho»⁹⁰⁷.

Si se extrapolan estas conclusiones a la sistemática de la teoría del delito del ámbito anglosajón, aparece el fundamento para la distinción bipartita entre afirmación y negación de una contravención. En efecto, se

⁹⁰⁵ Dworkin, Ronald, *Los Derechos en serio*, 2ª ed., Guastavino (trad.), Ariel, Barcelona, 1995, pp. 69 y ss.

⁹⁰⁶ Hart, *The concept*, op. cit., p. 18 y ss.

⁹⁰⁷ Hart, *The concept*, op. cit., p. 178.

diferencian causales de justificación y exculpación (negación de contravención «negative fault requirements»), como también, niveles de compromiso mental con la acción voluntariamente realizada (afirmación de la contravención «positive fault requirements»), y todas son cuestiones que suelen explicarse desde la conceptualización del principio de autonomía individual y su relación con las reglas de comportamiento⁹⁰⁸.

A su turno, la reglas ex post o secundarias deciden un conflicto jurídico en el plano institucional. Lo que en el plano ontológico supone la realización de un hecho en contravención con una norma primera o de conducta se decide en el ámbito de la aplicación del Derecho, pero no sólo en el sentido de relación contradicción–confirmación en la versión más pura de las teorías neorretribucionistas⁹⁰⁹ o de las versiones de la prevención general positiva en el funcionalismo radical⁹¹⁰, sino que en vinculación con toda la complejidad que supone la declaración de contradicción en un ordenamiento constitucional y con los principios⁹¹¹ que le son propios. De ahí que una comprensión de esta relación como una mera cuestión de declaración o confirmación de la vigencia norma, tenga eficacia limitada o un ámbito relativo de validez, en la medida en que supone volver a la teoría de los imperativos en su versión más pura⁹¹². Por ello, tal como indica Muñoz Conde⁹¹³ una visión sesgada de la teoría de las normas puede conducir a legitimación de la instrumentalización del uso de la pena, en la medida que la referencia a

⁹⁰⁸ Ashworth/Horder, *PCrimL*¹⁷, pp. 25 y ss.

⁹⁰⁹ Una opinión fundamental en este sentido es, por ejemplo, Mañalich, Juan Pablo, «Norma e imputación como categorías del hecho punible», *Revista de Estudios de la Justicia* 12 (2010), pp. 172 y ss.

⁹¹⁰ Jakobs, Günther, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional*, Cancio Meliá M.; Feijoó Sánchez B., (trads.) Civitas, Madrid, 1996, pp. 37 y ss.

⁹¹¹ En especial, sobre la dudas de la influencia del llamado «imperativismo analítico anglosajón» en el ámbito continental; además, de la referencia a la concepción constitucional en el ordenamiento penal, Vives Antón, *FSP*², pp. 679 y ss.

⁹¹² Álvarez García, Francisco, *Sobre la estructura de la norma penal: la polémica entre valorativismo e imperativismo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 35.

⁹¹³ Muñoz Conde, Francisco, *Derecho Penal y control social*, 2ª ed. Temis, Bogotá, 2004, pp. 9-18.

las «funciones de las normas» implica la pérdida de la capacidad crítica de la dogmática en relación con el Derecho positivo.

En relación con esta observación, Robinson sostiene que las normas de conducta cumplen una función comunicativa⁹¹⁴, caracterizada por las exigencias de claridad, precisión y racionalidad que se exigen a las prohibiciones y los mandatos que emanan de las leyes penales. En el ámbito de las reglas de conducta es posible distinguir los elementos objetivos y subjetivos, solo los primeros pertenecen a las reglas de conducta en sentido estricto y son: la acción, las circunstancias y el resultado. Ahora bien, dentro de las «circunstancias» los elementos del delito que están referidos a los estados mentales (dolo, conocimiento, desconsideración), no pertenecen a las reglas de conducta, sino que forman parte de las reglas de adjudicación, desde donde se construye el sistema de imputación, como criterios orientativos para los operadores del sistema penal, vinculados con la determinación de la culpabilidad del autor y la imposición de una pena en concreto⁹¹⁵. Un aspecto relevante de la descripción del contenido estructural de las normas penales que realiza el autor referido, es el hecho de que indique que dentro de las reglas de conducta se hallan las defensas (entre otras, legítima defensa, ejercicio de un Derecho, la ausencia de voluntariedad de la acción). Al mismo tiempo, que sostiene que si bien es cierto que las reglas de conducta contemplan dentro de las descripciones de sus circunstancias los estados mentales, estos pertenecen a las reglas de adjudicación en la medida en que permiten la estructuración del sistema de imputación penal⁹¹⁶. Ahora bien, la culpabilidad como sistema de imputación, esto es la constatación de la existencia de estados mentales concretos (el principio de *mens rea*), es propio de las reglas de adjudicación, pero todo lo relativo a las causales de exclusión o atenuación de la responsabilidad por inexigibilidad de otro comportamiento, no pertenece en estricto sentido a las reglas de adjudicación, sino a las reglas que determinan la intensidad e incluso la exclusión de la pena sobre la base de criterios de prevención general o especial («grading»).

⁹¹⁴ Robinson, «Rules», op. cit., p.732.

⁹¹⁵ Robinson, Paul, *Structure and function in Criminal Law*, Calderon Press, Oxford, 1997, pp. 142 y ss. Dan-Cohen, «Decisions», pp. 630 y ss.

⁹¹⁶ Robinson, *Structure*, pp. 148 y ss.

Este punto de partida, es coincidente con las ideas ampliamente extendidas en el ámbito continental sobre la teoría de las normas penales y la teoría de la imputación. En especial, con las versiones de la teoría de los imperativos que atribuyen a las normas funciones de prevención general y especial, además, de un contenido comunicativo en la medida en que las mismas normas establecen prohibiciones y mandatos orientativos de las conductas de los ciudadanos⁹¹⁷.

En efecto, en la literatura alemana constituye un punto de partida ampliamente aceptado el estructurar el sistema penal desde la distinción que realizara Binding⁹¹⁸ entre normas primarias (mandatos y prohibiciones) y normas secundarias o leyes penales propiamente tales, en cuando preceptos dirigidos a los encargados de solución de un conflicto en el plano institucional. De este modo, las reglas de comportamiento o normas primarias se deducen de los preceptos destinados a la aplicación del Derecho Penal, las que pertenecerían al Derecho público en general, mientras que las normas primeras serían proposiciones jurídicas habilitadoras en la medida en que autorizan a la imposición de consecuencias jurídicas. Asimismo, la verificación de la norma primaria habilita la imposición de la pena prevista en la norma secundaria. En el mismo sentido, Mayer⁹¹⁹ sostuvo que tales normas primarias en realidad no son preceptos de naturaleza jurídicopenal, sino que pertenecen a las normas de cultura porque imponen coactivamente el mantenimiento de un determinado orden social; es decir, se trata de mandatos o prohibiciones de conducta que la sociedad exige en el interés de su propia configuración.

Ahora bien, partir de la normativización de determinados estados intencionales como parte integrante de la interpretación de las normas

⁹¹⁷ Kaufmann, *Teoría*, p. Gimbernat, *Concepto*, p. 27. Bajo Fernández, Miguel, «Algunas observaciones sobre la teoría de la motivación de la norma», *Estudios Penales y Criminológicos* 1 (1976-1977), pp. 11 y ss. Álvarez García, *Sobre la estructura*, pp. 51 y ss. Hruschka, Joachim, «Reglas de comportamiento y reglas de imputación», *ADPCP*, 46:3 (1994) pp. 343 y ss. Mir Puig, Santiago, «Norma y determinación, valoración de la norma y tipo penal», *LH Gimbernat*, t. II, pp. 1307 y ss. Silva Sánchez, *Aproximación*, op. cit., p. 512.

⁹¹⁸ Kaufmann, *Teoría*, pp. 135 y ss.

⁹¹⁹ Mayer, Max Ernest, *Derecho Penal. Parte general*, Politoff, (trad.), *B de f*, Buenos Aires, 2007, pp. 47 y ss.

primaras, se introduce en el ámbito anglosajón, una importante distinción entre, por un parte, el concepto de delito como injusto («*wrongdoing*») y, por otra parte, la atribución o imputación subjetiva de ese hecho a una persona en particular⁹²⁰.

Esta distinción adquiere relevancia en relación a los fines y funciones de la norma penal, en la medida que aparece la necesidad de estudiar las cuestiones vinculadas a la asunción por parte del autor de concretos déficits de motivación normativa, al mismo tiempo, que se constatan intensidades de «determinación de la libertad», como de «conocimiento» de la norma en la situación concreta, asunto cuya interrelación permite constatar diferentes niveles de atribución de responsabilidad por el hecho⁹²¹.

c) A modo de cierre

Al principio de este trabajo afirmábamos que es una premisa generalmente aceptada que toda teoría del Derecho penal se estructura sobre la base de una relación entre una determinada lógica de las normas y una precisa concepción de la conducta humana en cuyos fundamentos se construye todo el sistema de imputación penal.

En efecto, esta interrelación permite explicar la vinculación entre, por una parte, el discurso prescriptivo de las normas –en términos de lenguaje– y, por otra parte, la realización de un proceso de adscripción –

⁹²⁰ Ampliamente, Fletcher, *Rethinking*, pp. 455 y ss. Se trata de una distinción con un fuerte arraigo en la filosofía de Kant, en especial, en la distinción entre «mérito» y «demérito». Sobre esto, por todos, Hruschka, «Imputation», pp. 677 y ss. Hruschka, Joachim, *Imputación y Derecho Penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, Pablo Sánchez-Ostiz (ed.), Thomson-Aranzadi, 2005, pp. 19-26 y 27-54. Para una aproximación a ambos sistemas jurídicos basada en esta perspectiva de Hruschka que distingue entre reglas de comportamiento y reglas de imputación, Mañalich, Juan Pablo, «Bases para una teoría comparativa del hecho punible», *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico* 75 (2006) 2, pp. 568 y ss.

⁹²¹ Para esta distinción, Hart, H. L.A., «Legal Responsibility and Excuses», *Punishment-R.EPL*², pp. 33 y ss.

en el sentido de atribución o correlación– de una conducta con una norma penal.

Esta distinción está sustentada a su vez en una concepción epistemológica que entiende que es posible separar las facultades cognoscitivas de la razón. Así, desde el lenguaje descriptivo de las normas puede desprenderse un significado gramatical expresivo de un enunciado de conducta, en términos de prohibición o mandato.

Estas prescripciones cuya función es orientar comportamientos, tienen en lo que al Derecho penal se refiere, un rasgo distintivo caracterizado por la circunstancia que el proceso de adscripción en este ámbito supone, dada la que estructura de la norma penal se diferencia del resto por las consecuencias particularmente intensas que supone la atribución a un sujeto determinado de las conductas descritas en ellas⁹²².

A su turno, el proceso de adscripción de intencionalidad consiste aquí, en la concepción significativa, en interpretar las conductas a partir del sentido que pueda dárseles a los procesos de comunicación intersubjetiva en que han tenido lugar, donde cobran especial relevancia los significados objetivos que se confieren a los comportamientos en los contextos sociales específicos en la medida en que solo pueden ser interpretados y comprendidos conforme a ellos. De acuerdo con esta concepción, la atribución de un comportamiento a un sujeto en cuanto proceso de imputación en el que se decide institucionalmente si este tiene o no relevancia jurídica para el Derecho penal, viene dado por el significado que se le otorgue a las acciones en un ámbito social determinado, en otros términos, que para poder afirmar que existe una acción que cumple con la pretensión de relevancia penal, es preciso que esa acción pueda ser conceptualizada inequívocamente como tal – en términos de racionalidad – en un contexto de comunicación.

Si esto es así, entonces, el significado del dolo en cuanto forma ordinaria de atribución de responsabilidad por la materialización de un estado de cosas, dependería también de la teoría de las normas que sea elegida como punto de partida y, desde tal perspectiva, el resultado queda condicionado en términos de coherencia discursiva, por la relación entre

⁹²² «el concepto de acción de cada sistemática se halla condicionado por el concepto de norma que se adopte y viceversa», Vives Antón, *FSP*², p. 356.

la atribución de sentido a una conducta, con el fundamento de la imposición y cuantía de la pena.

CONCLUSIONES

A lo largo de esta investigación se han mencionado varias conclusiones cuya repetición aquí no resultaría del todo apropiada. Sin embargo, con fines de sistematización general me parece que este es el lugar para destacar algunas aportaciones y novedades principales que he dividido del modo que sigue: los numerales I al VIII se refieren a temas que son de interés general en términos de sistemas de Derecho penal comparado. Y, el numeral IX ofrece una síntesis de la aportación y conclusión a la que llega el trabajo desde la filosofía del lenguaje, sin perjuicio de que ella no puede comprenderse sin la lectura del texto.

I

A la luz de la complejidad del sistema angloamericano de imputación subjetiva, su grado de especificidad y separación, en términos de evolución propia, respecto al sistema del *Common Law*, resultan inapropiadas las críticas que se dirigen en contra del mismo, en particular, por algunos sectores de la dogmática penal continental que afirman que se trata de un sistema «menos desarrollado» y que carece del refinamiento derivado de la lógica del pensamiento racional continental.

El MPC (1962) consagra un sistema de imputación subjetiva apegado al principio de legalidad y seguridad jurídicas que debería ser objeto de mayor atención y estudio, en especial, en el ámbito continental. Esto, en la medida que el sistema penal de Estados Unidos define de modo preciso las categorías de imputación subjetiva, las dota de contenido material, establece elevadas exigencias probatorias y las vincula con la intensidad del reproche, cumpliendo así con la pretensión de correlación entre el compromiso subjetivo personal del autor y el merecimiento de pena.

II

Los tres niveles de imputación ordinaria del MPC (1962), esto es, intención, conocimiento e indiferencia (*recklessness*), se corresponden

con el entendimiento que de ellas se tiene en el lenguaje ordinario; no son categorías técnicas creadas al amparo de la racionalidad del pensamiento dogmático.

La razón de la ausencia de largas discusiones teóricas en Estados Unidos, es evidente: no se necesita discutir sobre aquello que está en la ley, tampoco, se requiere de grandes ejercicios mentales para la comprensión de las categorías de imputación, porque son palabras que se corresponden con el lenguaje común (Robinson). Esto posibilita que tanto el jurado como los justiciables sepan con claridad qué es la intención, el conocimiento o la indiferencia, sin necesidad de recurrir a criterios teóricos (Ross). Así, los requerimientos de la imputación subjetiva se entienden cumplidos en estos sistemas, si conforme a una estándar procesal puede decirse que una persona es culpable porque resulta evidente que una persona racional y prudente situada en la posición del autor, con sus conocimientos (Popper), habría «querido, sabía o le daba igual» realizar una acción que supone asumir una decisión personal intencional a favor de las consecuencias seguras y probables, de un evento o resultado (Dubber).

III

Mientras el problema de la necesidad de marcar una frontera o límites se restringe en el derecho continental a los criterios dogmáticos para distinguir el dolo de la imprudencia (generalmente, a través de la atribución de contenido al dolo eventual), en los sistemas anglosajones la dificultad es doble: no se trata de diferenciar solo la intención del conocimiento, sino que el conocimiento de la recklessness y la recklessness de la ignorancia deliberada.

Entonces, ocurre algo paradójico: pese a toda la especificación y la existencia de definiciones legales o criterios jurisprudenciales para dotar de contenido a cada categoría, el problema sigue siendo el límite entre la imputación subjetiva ordinaria que permite la aplicación de penas más graves y la exclusión o excepcionalidad de la atribución de responsabilidad penal.

IV

Lo anterior, se debe a que los sistemas del mundo anglosajón establecen penas diferenciadas o graduadas según el tipo o nivel de imputación subjetiva que concurra, en consecuencia, la acreditación de un nivel más alto, en particular la intención o propósito, desencadena en varios casos (en el asesinato esto es paradigmático) una pena más intensa.

Por estas razones, la extensión del contenido de la intención o propósito en relación con el conocimiento como forma de imputación es la razón por la cual se ha expandido el dolo de oblicuidad en Inglaterra hasta crear una categoría similar al dolo eventual de los sistemas continentales, en sede de teoría del consentimiento.

El problema del dolo de oblicuidad no tiene lugar en Estados Unidos, sin embargo, en substitución de esta categoría extensiva, la jurisprudencia recurre a una forma asimilable al conocimiento: la decisión de una ceguera consciente frente a los hechos constitutivos de un riesgo, que es la ignorancia deliberada.

V

Esto produce el mismo efecto que el dolo de oblicuidad de Inglaterra porque permite imputar casos de *recklessness* como conocimiento (la ignorancia deliberada se asimila a este nivel).

El *recklessness* en Inglaterra ha pasado a ser comprendido como una teoría mixta del dolo eventual, en la medida que exige la representación de la posibilidad del resultado y la aceptación del riesgo (criterio objetivo/subjetivo). Actualmente, se entiende superada la doctrina que pretendía excluir el aspecto subjetivo del debate, imputando a título de *recklessness* la realización de acciones que suponen un riesgo altamente probable del resultado, que es un criterio coincidente con algunas de las tesis de la doctrina alemana (Puppe).

En Estados Unidos ocurre todo lo contrario: no ha existido desde el MPC (1962) dudas sobre el contenido del *recklessness*. En principio, se trata de una forma ecléctica de dolo eventual, donde la aceptación del riesgo es un criterio determinante. La diferencia está en que el riesgo en Estados Unidos no se mide en términos de probabilidad, sino que está ligado a criterios de utilidad social de la acción riesgosa. Si el contexto en que se realiza la acción que supone asumir personalmente un riesgo de un

resultado probable, hay *recklessness* si la acción misma es, en todos los casos posibles, socialmente inútil.

La imprudencia en ambos sistemas es un criterio excepcional, vinculado exclusivamente con lo que se conoce como imprudencia inconsciente del sistema continental. Con excepción de los casos de homicidio y lesiones, no tiene prácticamente ninguna aplicación.

VI

Pese a todos los esfuerzos de objetivación, en los sistemas angloamericanos de Derecho penal el elemento volitivo sigue siendo determinante en lo que aquí se denomina: adscripción intencional de acciones en sentido institucional.

Tanto en Inglaterra como en Estados Unidos, sigue existiendo la intención y el propósito como niveles superiores de atribución de responsabilidad, sin que se haya renunciado a esta forma de imputación subjetiva como podría ser, por ejemplo, una substitución generalizada por un único nivel con una aparente menor intensidad de exigencia probatoria del elemento volitivo.

Lo anterior, se debe a que en estos modelos de imputación subjetiva es precisamente la intencionalidad lo determinante en la atribución de responsabilidad. En este sentido, cada uno de los niveles de *mens rea*, representa una específica exigencia de intencionalidad, conocimiento de las circunstancias que rodean la realización de la acción y, por cierto, del riesgo que implica la ejecución de una conducta.

En otros términos, podría decirse que el modelo de imputación, a diferencia de la teoría del delito continental es: *subjetivo-objetiva*. Así, lo importante es que se realice una acción intencional que supone una dirección de voluntad hacia un evento, un resultado o el riesgo.

VII

Pese a todos los esfuerzos de la dogmática alemana por desterrar el elemento subjetivo de la teoría de la imputación, el BGH no asume ninguna de las formas de las teorías de la probabilidad. Es más, la propuesta del AE-1969 constituye, en la praxis, el contenido definitorio de cada una de las categorías de dolo.

Es más, la definición de dolo eventual propuesta en el AE-1969 ha sido asimilada por StGB de Austria. Así, los criterios de las modernas doctrinas dogmáticas, que niegan todo valor al elemento volitivo, tienen no una escasa sino que una nula incidencia en la praxis.

Pese a ello, el BHG se decanta, recientemente, por una teoría que podría denominarse ecléctica, en la medida que ha introducido referencias a la probabilidad, pero siempre considerando que el elemento volitivo es lo determinante para la atribución de responsabilidad a título de dolo. Sin embargo, mayoritariamente, en la praxis el sistema alemán sigue apegado a las teorías del consentimiento.

El sector doctrinal que niega el elemento volitivo del dolo recurre a la regulación del error de tipo, dentro del StGB, como una forma de otorgar contenido al conocimiento; sería una definición de dolo en sentido negativo. Sin embargo, es curioso que esto sea así, en la medida que, como apuntan algunos autores angloamericanos (Taylor) el error es en términos de teoría del lenguaje una consecuencia, precisamente, no de la atribución de conocimiento como representación de las consecuencias, sino que de la imposibilidad de atribuir voluntariedad a las acciones (Anscombe).

En Italia, en cambio, pese a la breve exposición que hemos hecho de este sistema, sucede que existe una definición que condiciona y se decanta, precisamente, por dotar al dolo de un contenido de la voluntad. Siendo este aspecto el que interesa destacar con fines comparativos.

VIII

En España ocurre algo especial, a diferencia de Alemania donde las tesis de la representación no tienen cabida en la praxis y, en cambio, se declara según lo visto una tibia victoria de las teorías del consentimiento, la doctrina se decanta en su mayoría por asimilar las tesis de un específico sector de la doctrina alemana que niega valor al elemento volitivo. Este sesgo metodológico produce importantes consecuencias en la praxis, más bien una confusión conceptual o una fusión teórica difusa, como puede observarse de la exposición de las doctrinas del TS.

Es más, el mismo TS ha buscado una salida argumentativa recurriendo a la práctica la teoría de la ignorancia deliberada, que es una renovada teoría del consentimiento, cuyo antecedente inmediato se encuentra no en

la doctrina alemana, sino que en la praxis de los sistemas angloamericanos.

Esta forma de entender la ignorancia deliberada no coincide, según lo expuesto, con las tesis alemanas del dolo indirecto. Más bien es al revés, las tesis alemanas del dolo indirecto ya existían en el derecho anglosajón.

En lo que si se parecen, solo hasta cierto punto, es en la pretensión de exclusión del error. Tanto la teoría de la ignorancia deliberada angloamericana como la tesis del dolo indirecto, limitan la aplicación de ambas clases de error. La diferencia está en que en Alemania la tesis pretende un retorno al *dolus malus* en sede de conocimiento de la antijuridicidad, con una específica consecuencia en la intensidad de pena en el StGB, mientras que la teoría de la ignorancia deliberada de los sistemas angloamericanos tiene como consecuencia excluir el error sobre los hechos (*mistake of facts*).

IX

En relación con la tesis que aquí se postula, ha de indicarse lo siguiente:

- i. He pretendido sobre la base del lenguaje intencional reconstruir el contenido del dolo, siguiendo los criterios de lo que se ha denominado como la tercera opción (Hacker), es decir, desde la filosofía del lenguaje que es también una filosofía de la voluntad de las acciones (Searle).
- ii. En ese sentido, aquí se defiende que la voluntad racionaliza la acción (Davidson), con independencia del significado que pueda dársele a esa acción en sede de la tercera persona.
- iii. En este punto, se ha renunciado a la pretensión de entender la imputación subjetiva como un conjunto de conceptos, al modo de la filosofía continental, para pasar a substituir su contenido por un conjunto de reglas prácticas institucionales que suponen la adscripción de acciones intencionales.
- iv. El contenido de la adscripción de acciones intencionales está dado, en primer lugar, por las normas de conducta: el dolo es así la forma más intensa de contravención intencional de normas de prohibición o mandato (acto básico).

- v. La extensión de las reglas prácticas de adscripción de intencionalidad en sentido ordinario, depende del significado contextual (Grice), puesto en referencia con las normas penales de prohibición o mandato (von Wright), permite la construcción de un silogismo práctico como presupuesto genérico de imputación (Anscombe).
- vi. En este lugar, la adscripción o imputación de acciones en sentido intencional, tiene como regla de exclusión significados respecto de los cuales solo pueda predicarse – en sede de la tercera persona– una inadvertencia o un error (Anscombe).
- vii. Así, el dolo entendido como adscripción de contravención de reglas en un contexto institucional, supone el establecer una vinculación entre la conducta realizada por el autor y su significado *ocasional*. Lo que implica que el tercer observador debe tener en consideración para imputar intencionalidad, el contexto en el que ocurre la acción, los conocimientos del autor, su capacidad personal para tener en cuenta los riesgos (criterio objetivo). Además, La intencionalidad se afirma en este contexto no solo por la realización de una acción que supone inequívocamente la contravención de reglas de conducta (prohibiciones o mandatos), como es el caso en que A dispara a B a menos de dos metros de distancia. Sino que, también, la intencionalidad queda afirmada en los casos en que el tercer observador puede interpretar el quebrantamiento de las citadas reglas de conducta, sobre la base del contexto social en que se realiza la acción, en especial, teniendo en consideración la intensidad del riesgo y la utilidad social del comportamiento. Esto implica que, necesariamente, afirman la tipicidad subjetiva las acciones que en el contexto ocasional en el que tienen lugar significan socialmente: primero, la creación de un riesgo que supera el estándar de lo permitido (probabilidad); y, segundo, que ese riesgo sea socialmente inútil (valorativo) en el sentido que el tercer observador no tenga dudas que ni siquiera una persona prudente situada en la posición del autor habría estimado, en un contexto de inutilidad absoluta, que el riesgo era socialmente admisible. Y, en el caso de dudas sobre la utilidad de correr ese riesgo (el significado ocasional es siempre cualitativo), esto es, meros supuestos de conocimiento del peligro, no puede afirmarse

el dolo si la acción en sí misma considerada no constituye una forma de quebrantamiento intencional de normas de prohibición o mandato. La diferencia con la imprudencia esta dada, según se ha visto por la atribución a un comportamiento de conductas que significan en el contexto ocasional en que tienen lugar una ausencia de intencionalidad, esto es, se trata de casos en los que el tercer observador no puede entender en términos inequívocos en tal sentido y, por ende, se trata de supuestos de inadvertencia o de error. De ahí, que la intencionalidad también abarca –según lo visto– los supuestos en que la tercera persona puede estimar que el autor ha decidido no prestar atención u obrar de modo indiferente frente a riesgos o peligros evidentes e inherentes a su comportamiento (valoración cuantitativa).

- viii. Así no es posible predicar del dolo un metaconcepto o un único concepto general, sino que únicamente es posible establecer un conjunto de reglas prácticas de interpretación del dolo conforme al lenguaje ordinario puesto en relación con las normas. Se trata de la creación progresiva de reglas de imputación ordinaria a título de dolo en función del significado ocasional como criterio para darle un sentido a la acción, para imputar a la primera persona (porque es la única forma de conocer una intención que racionaliza la acción). La valoración en sede de tercera persona es una adscripción que en términos de prueba del dolo expresa un significado intencional objetivable de la acción. Puesto en relación con reglas sociales de conducta y normas penales de prohibición o mandato, ese significado ocasional cobra un sentido de contravención, adscribible por una declaración institucional.

BIBLIOGRAFÍA

AAVV. *Código Penal Tipo para Latinoamérica*, Santiago Grisolia (coord.), Jurídica de Chile, Santiago, 1973

AAVV. *Philosophy and the Criminal Law. Principle and Critique*, Duff, Antony (ed.), Cambridge University Press, 1998

Adlerstein, Anne, «Felony-Murder in the New Criminal Codes», *American Journal of Criminal Law*, 4: 3 (1975-1976)

Allen, Michael, *Criminal Law*, 12ª ed. Oxford University Press, London, 2013

Álvarez García, Francisco, «art. 6», *Código Penal Comentado*, López barja de Quiroga y Rodríguez Ramos, Akal, Madrid, 1990

Álvarez García, Francisco, *Sobre la estructura de la norma penal: la polémica entre valorativismo e imperativismo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001

Álvarez García, *Introducción a la teoría jurídica del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999

Ambos, Kai, «100 años de la teoría del delito de Beling. ¿Renacimiento del concepto causal de delito en el ámbito internacional?», *RECPC* 09-05 (2007)

Ambos, Kai/Dutte, Gunnar/Erb, Volker/Freund, Georg/ Joecks, Wolfgang, *et al.*, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1*, §§ 1-37 StGB. 2. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2011

Andenaes, J., «Determinism and Criminal Law», *Journal of Criminal Law and Criminology* 47:4 (1957)

Anscombe, G. E. M. «Intention», *Proceedings of the Aristotelian Society*, New Series, Vol. 57 (1956 - 1957)

Anscombe, G. E. M. *Intención*, Mosterín (trad.), Paidón, Barcelona, 1991

Aristoteles, *Ética Nicomáquea*, Pallí Bonet (trad.), Gredos, Madrid, 2011

Ashworth, Andrew/Horder, Jeremy, *Principles of Criminal Law*, 17ª ed., Oxford University Press, Oxford-New York, 2013

Ast, Stephan, *Normentheorie und Strafrechtsdogmatik. Eine Systematisierung von Normarten und deren Nutzen für Fragen der Erfolgszurechnung, insbesondere die Abgrenzung des Begehungs-vom Unterlassungsdelikt*, Dunker & Humboldt, Berlin, 2010

Austin, J. L. *How to do things with words*, The William James Lectures delivered at Harvard University in 1955, Oxford and the Clarendon Press, Oxford, 1962

Austin, J. L. *Philosophical Papers*, Edited by J. O. Urmson and G. J. Warnock, Oxford at the Clarendon Press, Oxford, 1961

Austin, J. L. *Providence of Jurisprudence determined*, John Murray, Albemarle Street, London, 1832

Aven, Terje, «The risk concept—historical and recent development trends», *Reliability Engineering and System Safety* 99 (2012)

Bacigalupo, Enrique, «El concepto de dolo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Jurisprudencia Penal* (2005-2007): Análisis Crítico», Saavedra Ruiz (dir.), *Estudios de Derecho Judicial*, N° 120, CGPJ, Madrid, 2007

Bacigalupo, Enrique, «La distinción entre el error de tipo y error de prohibición en el proyecto de Código Penal de 1980», *LL*, n° 1, (1981)

Bacigalupo, Enrique, «la función del concepto de norma en la dogmática penal», *Libro Homenaje a Jiménez de Asúa*, RFDUCM, número especial, (1986)

Bacigalupo, Enrique, «Los fundamentos de la teoría del error en el Derecho penal europeo actual», *Libro Homenaje a Cobo del Rosal*, Carbonell Mateu, et al. (coord.), Dykinson, Madrid, 2005

Bacigalupo, Enrique, «Problemas actuales del dolo», *Libro Homenaje a Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, Madrid, 2005. Bacigalupo, Enrique, «Problemas del error», *LL*, n° 3, 1429-1430, (1996)

Badar, Mohamed, *The Concept of Mens rea in International Criminal Law. The case for a Unified Approach*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2013

Bajo Fernández, Miguel, «Algunas observaciones sobre la teoría de la motivación de la norma», *Estudios Penales y Criminológicos* 1 (1976-1977)

- Barnes, Jonathan/Burnyeat, Myles/Geuss, Raymond, *et al.*, «Modes of philosophizing», *Eurozine*, (2008)
- Baumann, Jürgen/Brauneck, Anne-Eva/Hanack, Ernst-Walter/Kaufmann, Arthur/Klug, Ulrich/Lampe, Ernst-Joachim, *et al.* *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Allgemeiner Teil*, 2. verbesserte Auflage, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1969
- Baumman, Jürgen/Weber, Ulrich/Mitsch, Wolfgang, *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Lehrbuch, 11 Auflage, Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 2003.
- Beck, Christel, *Die vorsätzliche Tötung im englischen Strafrecht*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1973
- Bello Landrove, Federico, «El dolo eventual en España» *Jueces para la Democracia*, 32 (1998)
- Bentham, Jeremy, «General View of a Complete Code of Laws», *The Works of Jeremy Bentham*, v. III, Published under the Superintendence of his Executor John Bowring, London, 1838
- Bentham, Jeremy, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, 2^a ed., Oxford at the Clarendon Press, London, 1983
- Bernal del Castillo, Jesús, *Derecho penal comparado: la definición del delito en los sistemas anglosajón y continental*, Atelier, Barcelona, 2011
- Binding, Karl, *Die Normen und Iher Übertretung. Eine Untersuchung über Die Rechtmässige Handlung und Die Arten des Delikts*. Band I, II-II, und Band III Auflage, Normen und Strafgesetze, Verlag von Felix Meiner, Leipzig, 1916
- Binding, Karl, *Grundriss des Deutschen Strafrechts Allgemeiner Teil*, Verlag von Felix Meiner, Leipzig, 1913
- Bingham, Lord Justice, «A Criminal Code: Must We wait forever?» *Crim. L. R.* (1998)
- Blomsma, Jeroen, *Mens rea and Defences in European Criminal Law*, Intersentia, Cambridge, 2012
- Bloy, Duncan/Parry, Philip, *Principles of Criminal Law*, 4^a ed., Cavendish Publishing Limited, London, 2000

Bohlander, Michael, «Volver a Radbuch. La necesidad de retomar de raíz el diálogo entre Common Law y derecho continental, en atención al ejemplo de la justicia penal internacional», *InDret* 2 (2012)

Bohlander, Michael, *Principles of German Criminal Law, Studies in International & Comparative Criminal Law*, v. 2 Hart Publishing, Oxford and Portland, 2009.

Borja Jiménez, Emiliano, «algunas reflexiones sobre el objeto, el sistema y la función ideológica del Derecho penal», *ADPCP*, vol. LI (1998)

Bretano, Franz, *Psychologie vom empirischen Standpunkt*, Felix Meiner, Hamburg, 1925

Brewer, John/Styles, John, *An Ungovernable People: The English and Their Law in the Seventeenth and Eighteenth Centuries*, Hutchinson, London, 1980.

Burkhardt, Bjöm, «Geglückte und folgenlose Strafrechtsdogmatik», *Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende Rückbesinnung und Ausblick*. Dokumentation einer Tagung, vom 3.-6. Oktober 1999, in der Berlin-Brandenburgischen Akademie der Wissenschaften, herausgegeben von Eser, Hassemer, Burkhardt, Verlag C. H. Beck, München, 2000

Burnham, William, *Introduction to the Law and Legal System of the United States*, 5ª ed., West Thomson Reuters, 2011

Busato, Paulo, «bases de una teoría del delito a partir de la filosofía del lenguaje», *REJ* (2010)

Busato, Paulo, «dolo y significado», *RGDP* 6 (2006)

Busato, Paulo, «Una crítica a los delitos de posesión a partir del concepto de acción significativa. Conexiones entre el civil y el Common Law en las tesis de Tomás Vives Antón y George Fletcher», *Revista Penal*, 35 (2015)

Busato, Paulo, *Derecho penal y acción significativa. Un análisis de la función negativa del concepto de acción en Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007

Busato, Paulo, *La tentativa del delito. Análisis a partir del concepto significativo de acción*, Editorial Juruá, Curitiba, 2011

Bustos Ramírez, Juan, «el tratamiento del error en la reforma de 1983: art. 6 bis a», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 38:3 (1985)

- Bustos Ramírez, Juan, «Homicidio con dolo eventual o imprudente», *Poder Judicial*, 10 (1998)
- Bustos Ramírez, Juan, *Manual de Derecho Penal. Parte general*. 4ª ed. PPU, Barcelona, 1994
- Bustos Ramírez, Juan/Hormazábal, Hernán, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Ed. Trotta, Madrid, 2006
- Calcote, S., «Criminal Intent in Federal Environmental Statutes: What Corporate Officers and Employees Should Know», *American Journal of Criminal Law* 20 (1992-1993)
- Cancio Meliá, Manuel, «¿crisis del lado subjetivo del hecho?» Libro Homenaje a Bacigalupo, t. I, *Dogmática y Ley Penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*, Marcial Pons, Madrid, 2004
- Carbonell Mateu, Juan Carlos, «Sobre tipicidad e imputación: reflexiones básicas en torno a la imputación del dolo y la imprudencia», *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Octavio de Toledo y Ubieto, Gurdíel Sierra, Cortés Bechiarelli, (coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2004
- Card, Richard/Cross, Rupert/Jones, Philip, *Criminal Law*, 20ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2012.
- Carnap, Rudolf, «The Elimination of Metaphysics through Logical Analysis of Language», *Erkenntnis* (1932)
- Casas, Jordi, *El desvalor material de la acción: una revisión del injusto a la luz de la concepción significativa de la acción*, tesis doctoral de la Universidad Autónoma de Barcelona, 2014
- Cerezo Mir, José, «Informe sobre el Anteproyecto de bases del Libro I del Código Penal», *ADPCP*, t. III, 1972
- Cerezo Mir, José, «La doble posición del dolo en la ciencia del Derecho penal española», *ADPCP*, t. 1 (1982)
- Cerezo Mir, José, «La influencia de Wezel y el finalismo, en general, en la Ciencia del Derecho penal española y en la de los países Iberoamericanos (1)», *ADPCP*, v. LXII (2009)
- Cerezo Mir, José, *Curso de Derecho Penal español*, t. II, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 2005.

- Chang, Wing Cheong, «Culpability in the Misuse of Drugs Act. Willful Blindness, the Reasonable Person and a Duty to Check», *Singapore Academy of Law Journal*, 25 (2013)
- Christie, George, *Law, Norms and Authority*, Duckworth, London, 1982
- Clarkson, CMV/Keating, HM/Cunningham, SR, *Criminal Law*, 17ª ed., Sweet & Maxwell, Thomson Reuters, London, 2010.
- Cobo del Rosal, Manuel/Vives Antón, Tomás, *Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- Coffey, G., «Comment: Codifying the Meaning of 'intention' in the Criminal law». *The Journal of Criminal Law* 73 (2009)
- Cook, Joseph/Malone, Linda/Marcus, Paul, *Criminal Law*, 6a ed., Lexis Nexis, San Francisco, 2008
- Corcoy Bidasolo, Mirentxu, *Derecho Penal. Parte especial: doctrina y jurisprudencia con casos solucionados*, t. I., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011
- Corcoy Bidasolo, Mirentxu; Mir Puig, Santiago, *Comentarios al Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015
- Corcoy, Mirentxu, «Concepto dogmático y jurisprudencial de dolo», *Libertas-Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales*, nº 0 (2012)
- Córdoba Roda, Juan, «la producción del resultado de muerte en los delitos contra la salud pública», *Estudios Penales: Libro Homenaje a Antón Oneca*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1982
- Córdoba Roda, Juan/García Arán, Mercedes, *Comentarios al Código Penal. Parte General*, Marcial Pons, Barcelona, 2011
- Córdoba Roda, Juan/Rodríguez Mourullo, Gonzalo, *Comentarios al Código Penal*, t. I. (arts. 1-22), Ariel, Barcelona, 1972
- Crespi, Alberto; Zuccalà, Giuseppe; Forti, Gabrio, *Commentario Breve al Codice Penal*, 12ª ed. Cedam, Milán, 2011
- Cuerda Arnau, María Luisa, «Dogmática, derechos fundamentales y justicia penal: análisis de un conflicto», *Teoría y Derecho: Revista de pensamiento jurídico*, 8 (2010)
- Cuerda Arnau, María Luisa, «Límites constitucionales de la comisión por omisión», *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal*

(*Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón*), Tomo I, Carbonel Mateu/González Cussac/Orts Berenguer (dir.), Cuerda Arnau (coord.) Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

D'Agostini, Franca, *Analíticos y continentales: guía filosófica de los últimos treinta años*, Cátedra, Madrid, 2000

Dan-Cohen, M., «Decisions Rules and Conduct Rules: On Acoustic Separation in Criminal Law», *Harvard Law Review* 97:3 (1984)

Davidson, D. «Truth and Meaning», *Synthese* 17; 3, *Language in Use Including Wittgenstein's Comments on Frazer and Symposium on Mood and Language-Games* (1967)

Davidson, Donald, «Actions, Reason, and Causes», *Essays on Actions and Events*, 2ª ed. Oxford University Press, Oxford, 2001

Davidson, Donald, «First Person Authority», *Subjective, Intersubjective, Objective*, Oxford University Press, Oxford, 2001

Davison, D., «Mental events», *Essays on Actions and Events*, Clarendon Press, Oxford, 1982

De Búrca, Gráinne/Gradner, Simon, «The Codification of the Criminal Law», *Oxford Journal of Legal Studies*, 10:4 (1990)

Dean Meryll, *Japanese Legal System*, 2ª ed. Cavendish Publishing, London, 2002

Denno, D. W., «Crime and Consciousness: Science and Involuntary Acts», *Minnesota Law Review* 269 (2002)

Díaz Pita, M^a del Mar, «La presunta inexistencia del elemento volitivo y su imposibilidad de normativización», *RP* 17 (2006)

Díaz Pita, M^a del Mar, *El dolo eventual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.

Díaz y García Conlledo, Miguel, *El error sobre elementos normativos del tipo penal*, La Ley: Wolters Kluwer, Madrid, 2008

Dressler, Joshua, *Cases and materials of Criminal Law*, 3ª ed., Thomson West, St. Paul, 2003

Dressler, Joshua, *Understanding Criminal Law*, 6ª ed., Lexis Nexis, San Francisco, 2012

Dubber, Markus Dirk *The Sense of Justice in Penal Law. Empathy in Law and Punishment*, New York University Press, New York-London, 2006.

Dubber, Markus Dirk, «The Promise of German Criminal Law: A Science of Crime and Punishment», *German Law Journal*, 7 (2005)

Dubber, Markus/Hörnle, Tatjana, *Criminal Law. A Comparative Approach*. Oxford University Press, Oxford, 2014

Duff, «Intention Legal and Philosophical», *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 9:1 (1989)

Duff, Antony, «Law, Language and Community: Some Preconditions of Criminal Liability», *Oxford Journal of Legal Studies*, 18: 2 (1998)

Duff, Antony, «Subjectivism, Objectivism and Criminal Attempts», *Harm and Culpability*, Simester y Smith (eds.) Clarendon Press Oxford, Oxford, 2003

Duff, Antony, *Answering for crime responsibility and liability in the Criminal Law*, Hart Publishing, Oxford, 2007

Duff, Antony, *Intention, Agency and Criminal Liability: Philosophy of Action and the Criminal Law*, Basil Blackwell, Oxford, 1990

Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, 2ª ed., Guastavino (trad.), Ariel, Barcelona, 1995

Engisch, Karl, «BGH, 22.4.1955 - 5StR 35/55: Zum bedingten Vorsatz; Urteilsverkündung» *NJW*, 44 (1955)

Engisch, Karl, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, 2. Neudruck der Ausgabe (Berlin 1930), Scientia Verlag, Aalen, 1995

Fakhouri Gómez, Yamila, *Delimitación entre error de tipo y de prohibición. Las remisiones normativas: un caso problemático*, Thomson Reuters, Pamplona, 2009

Fann, K. T. *El concepto de filosofía en Wittgenstein*, Editorial Tecnos, Madrid, 1975

Feijóo Sánchez, Bernardo, «la distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo», *CPC*, 65 (1998)

- Feijóo Sánchez, Bernardo, «La teoría de la ignorancia deliberada en Derecho Penal: Una peligrosa doctrina jurisprudencial», *InDret* 3 (2015)
- Feijóo Sánchez, Bernardo, *dolo eventual*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002
- Feinberg, Joel, «Action and responsibility», *Essays in Theory of Responsibility*, Princeton University Press, Princeton, 1970
- Felip i Saborit, Felip, *Error iuris: el conocimiento de la antijuridicidad y el art. 14 del Código Penal*, Atelier, Barcelona, 2000
- Fernández, Gonzalo, *Teoría de las normas en el Derecho Penal*, Fundación Cultura Universitaria, Montevideo, 2010
- Fitzjames, James, *A History of the Criminal Law*, v. I, MacMillan, London, 1983
- Fletcher, George, «Aproximación Intersubjetiva al concepto de acción», *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal (Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, Tomo I y II, Carbonel Mateu/González Cussac/Orts Berenguer (dir.), Cuerda Arnau (coord.) Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- Fletcher, George, «The Theory of Criminal Negligence: A Comparative Analysis», *University of Pennsylvania Law Review*, 119: 3 (1971)
- Fletcher, George, *Basic Concepts of Criminal Law*, Oxford University Press, New York-London, 1998
- Fletcher, George, *Gramática del Derecho Penal*, Francisco Muñoz Conde (trad.), Hamurabi, Buenos Aires, 2008
- Fletcher, George, *Rethinking Criminal Law*, 2ª ed. Oxford University Press, New York: London, 2000
- Fletcher, George, *The Grammar of Criminal Law, American, Comparative, and International*, v. I: *Foundations*, Oxford University Press, 2007
- Flores Mendoza, Fátima, «La responsabilidad penal del denominado mulero o phisher-mule en los fraudes de banca electrónica», *CPC*, 110:2 (2013)

Frankfurt, Harry G. «Identificación y externalidad», *La Importancia de lo que nos preocupa*, Ensayos Filosóficos, Weinstabl y de Hangen (trads.), Katz, Buenos Aires, 2006

Frankfurt, Harry G. «La libertad de la voluntad y el concepto de persona», *La Importancia de lo que nos preocupa*, Ensayos Filosóficos, Weinstabl y de Hangen (trads.), Katz, Buenos Aires, 2006

Frege, Gottlob, «El pensamiento: una investigación lógica», *Pensamiento y Lenguaje. Problemas en la Atribución de Actitudes Proposicionales*, trad. Valdés, Ed. Universidad Autónoma de México, México, 1986

Frege, Gottlob, «sobre sentido y referencia», *Estudios sobre Semántica*, trad. de Moulines, Ed. Orbis, Barcelona, 2002

Freund, Georg, *Strafrecht Allgemeiner Teil: personale Straftatlehre*, 2. Auflage, Springer, 2009

Frisch, Wolfgang «Geglückte und folgenlose Strafrechtsdogmatik (Kommentar)», *Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende Rückbesinnung und Ausblick*. Dokumentation einer Tagung, vom 3.-6. Oktober 1999, in der Berlin-Brandenburgischen Akademie der Wissenschaften, herausgegeben von Eser, Hassemer, Burkhardt, Verlag C. H. Beck, München, 2000

Frisch, Wolfgang, *Vorsatz und Risiko: Grundfragen des tatbestandsmaessigen Verhaltens und des Vorsatzes. Zugleich ein Beitrag zur Behandlung aussertatbestandlicher Moeglichkeitsvorstellungen*, Carl Heymanns, Colonia, 1983

Geach, P. T. «Ascriptivism», *The Philosophical Review* 69:2 (1960)

Gimbernat Ordeig, Enrique, «¿Tiene futuro la dogmática jurídicopenal?», *Estudios de Derecho Penal*, 3a ed. Tecnos, Madrid, 1990

Gimbernat Ordeig, Enrique, «Algunos aspectos de la reciente doctrina jurisprudencial sobre delitos contra la vida (dolo eventual, relación parricidio-asesinato)», *ADPCP*, t. XLIII: 2 (1990)

Gimbernat Ordeig, Enrique, *Concepto y método de la Ciencia del Derecho Penal*, Tecnos, Madrid, 1999

Gimbernat, Enrique, *Introducción a la Parte General del Derecho Penal español*, Universidad Complutense, Madrid, 1979

Gómez Benítez, José Manuel, *Teoría Jurídica del delito: Derecho Penal. Parte General*, Civitas, Madrid, 1984

Gómez-Benítez, José Manuel, «El concepto de dolo en la moderna dogmática penal», *Nuevas posiciones de la dogmática jurídica penal*, CGPJ, VII (2006)

González Cussac, José Luis, «Alcance del control constitucional sobre el dolo y los elementos normativos», *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Octavio de Toledo y Ubieta, Gurdíel Sierra, Cortés Bechiarelli, (coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2004

González Cussac, José Luis, «Dolus in re ipsa», *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal (Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, Tomo I, Carbonel Mateu/González Cussac/Orts Berenguer (dir.), Cuerda Arnau (coord.) Tirant lo Blanch, Valencia, 2009

González Cussac, José Luis, *Teoría General de las Circunstancias Modificativas de la Responsabilidad penal*, Universidad de Valencia: Valencia, 1988

González Lagier, Daniel, *Acción y norma en G. H. von Wright*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995

González Lagier, Daniel, *Las Paradojas de la Acción*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2013

Górriz Royo, Elena, «Presunción de inocencia y delitos de sospecha: ¿otra vuelta de tuerca al delito del art. 166 CP en la reforma penal de 2013?», *Teoría y derecho: Revista de pensamiento jurídico*, 14 (2013)

Górriz Royo, Elena, *Proyecto docente e investigador (inédito)*, Valencia, 2005

Grice, H. P. «Utterer's meaning, sentence-meaning, and word-meaning», *The Philosophy of Language*, ed. J. R. Searle, Oxford University Press, Oxford, 1977

Grice, H. P. «Utterer's meaning and intentions», *The Philosophical Review*, 78; 2 (1969) Grice, H. P. «Meaning», *The Philosophical Review*, 66; 3 (1957)

Gropp, Walter, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. Auflage, Springer, Berlin, 2015

- Habermas, Jürgen, «Acción comunicativa y razón sin trascendencia», *Entre Naturalismo y Religión*, Paidós, Barcelona, 2006
- Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Jiménez Redondo (trad.), Trotta, Madrid, 2005
- Habermas, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa. Crítica de la razón funcionalista*, t. II., Taurus Humanidades, Madrid, 1992
- Hacker, P. M. S, *Wittgenstein. Meaning and Mind. An Analytical Commentary of the Philosophical Investigations*, v. 3, Basil Blackwell, Oxford, 1990
- Hacker, P. M. S. «Davidson on Intentionality and Externalism», *Philosophy* 73 (1998)
- Hall, Daniel, *Criminal Law and Procedure*, 5^a ed., Delmar Cengage Learning, New York, 2008
- Hall, Jerome, *General Principles of Criminal Law*, 2^a ed. The Bobbs-Merrill Company Inc, Indianapolis-New York, 1960.
- Hallevy, Gabriel, *A Modern Treatise on the Principle of Legality in Criminal Law*, Springer, Berlin, 2010
- Hart, H. L. A. «Acts of Will and Responsibility», Punishment and Responsibility, *Essays in the Philosophy of Law*, 2^a ed., Oxford University Press, Oxford, 2008
- Hart, H. L. A. «Intention and Punishment», *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*, 2^a ed. Oxford University Press, Oxford, 2008.
- Hart, H. L. A. «Introduction», *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 1983
- Hart, H. L. A. «Legal Responsibility and Excuses», Punishment and Responsibility. *Essays in the Philosophy of Law*, 2^a ed. Oxford University Press, Oxford, 2008
- Hart, H. L. A. «Negligence, *Mens rea*, and Criminal Responsibility», *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*, 2^a ed. Oxford University Press, Oxford, 2008
- Hart, H. L. A. «The Aims of the Criminal Law», *Law and Contemporary Problems*, 23 (1958)

- Hart, H. L. A. «The Ascription of Responsibility and Rights», *Proceedings of the Aristotelian Society New Series*, Vol. 49, (1948 - 1949)
- Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, 2ª, Oxford University Press, New York, 1994
- Hart, H. L. A/Honoré, Tony, *Causation in the Law*, 2ª. ed. Clarendon Press, Oxford, 1985
- Hart, H. L. A., «Essay 3: Problems of the Philosophy of Law», *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 1983
- Hassemer, Winfried, «Los elementos característicos del dolo», *ADPCP*, 43:3 (1990)
- Hattiangadi, Anadi, *Ought and Thoughts. Rule-Following and the Normativity of Content*, Oxford University Press, Oxford, 2007
- Heller, Kevin/Dubber, Markus «Introduction», *The Handbook of Comparative Criminal Law*, Stanford Law Books, Stanford, 2011
- Herring, Jonathan, *Criminal Law: The Basics*, Routledge, London, 2010.
- Herring, Jonathan, *Criminal Law. Text, Cases, and Materials*, 6a. ed. Oxford University Press, Oxford, 2014.
- Hierro S. Pescador, José, «En torno a la intencionalidad», *Revista de Filosofía*, 14 (1994), pp. 33 y ss.
- Honoré, A. M., «Real Laws», *Law, Morality, and Society: Essays in Honour of H. L. A. Hart*, P. M. S. Hacker and J. Raz (eds.); Clarendon Press, Oxford, 1977
- Hoyer, Andreas, *Strafrechtsdogmatik nach Armin Kaufmann. Lebendiges und Totes in Armin kaufmanns Normentheorie*, Dunker & Humbolt, Berlin, 1997
- Hruschka, Joachim, «Imputation», *Brigham University Law Review* 669 (1986), pp. 677 y ss.
- Hruschka, Joachim, «Reglas de comportamiento y reglas de imputación», *ADPCP*, 46:3 (1994)
- Hruschka, Joachim, «Sobre la difícil prueba del dolo», *Imputación y Derecho Penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, Sánchez-Ostiz (trad.), Thomson-Aranzadi, 2005

- Hruschka, Joachim, *Imputación y Derecho Penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, Pablo Sánchez-Ostiz (ed.), Thomson-Aranzadi, 2005.
- Hruschka, Joachim, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode. Systematisch entwickelte Fälle mit Lösungen zum Allgemeinen Teil. 2.*, überarbeitete und ergänzte Auflage, Walter de Gruyter, Berlin, 1998.
- Hruschka, Joachim, *Strukturen der Zurechnung*, Walter de Gruyter, 1976
- Hsu, Yu-An, «Indiferencia como dolo indirecto», *El sistema Penal Normativista en el Mundo Contemporáneo*, LH Jakobs, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008
- Hsu, Yu-An, *Doppelindividualisierung und Irrtum. Studien zur strafrechtlichen Lehre von der Erfolgzurechnung zum Vorsatz*, Dunker & Humboldt, Berlin, 2006
- Husak, Douglas, *Overcriminalization: The Limits of the Criminal Law*, Oxford University Press, 2008
- Jaén Vallejo, Manuel, «art. 1», *Código Penal Comentado*, López barja de Quiroga y Rodríguez Ramos, Akal, Madrid, 1990
- Jaén Vallejo, Manuel, «Dolo, error y prueba del dolo: análisis crítico de jurisprudencia», CPC, 100 (2010)
- Jaén Vallejo, Manuel, «El nuevo criterio de determinación de la circunstancia de agravación de “cantidad de notoria importancia” del art. 369.3° CP (nota sobre el acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2001)», *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 04-j02 (2002)
- Jaén Vallejo, Manuel, «Normas Jurídicas del Derecho Penal», *Cuestiones Básicas del Derecho penal*, Depalma, Buenos Aires, 1998
- Jahn, Matthias, «Strafrecht BT: Deliktsspezifische Absicht bei Raub und räuberischer Erpressung», *Jus* (2011)
- Jakobs, Günther, «Altes und Neues zum strafrechtlichen Vorsatzbegriff», *Rechts Wissenschaft. Zeitschrift für rechtswissenschaftliche Forschung*, Heft 3 (2010)
- Jakobs, Günther, «Gleichültrigkeit als dolus indirectus», *ZStW*, 114:3 (2002)

Jakobs, Günther, «Indiferencia como dolo indirecto», *Dogmática y Ley Penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*, t. I, Marcial Pons, Madrid, 2004.

Jakobs, Günther, *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, Cuello Contreras J. y Serrano González de Murillo, J. L. (trad.), 2ª ed. Marcial Pons, Madrid, 1997

Jakobs, Günther, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, trad. de Cancio y Feijóo, Civitas, Madrid, 2000

Jakobs, Günther, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre Lehrbuch*, Walter de Gruyter, Berlin, 1991

Jefferson, Michael, *Criminal Law*, 11ª ed. Pearson, London, 2013

Jescheck, Hans-Heinrich, «The doctrine of *mens rea* in German Criminal Law – its historical background and present state», *Comp. & Comp. & Int'l L. J. S. Afr.* 8: 112 (1975)

Jescheck, Hans-Heinrich, «The significance of Comparative Law for Criminal Law Reform», *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.* 1:5 (1981-1982)

Jiménez Redondo, Manuel, «Estudio preliminar», Vives Antón, Tomás Salvador, *Fundamentos del sistema penal. Acción significativa y derechos constitucionales*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

Jones, T., Christie, M., *Criminal Law*, W. Green/Sweet & Maxwell, Edinburgh, 1996

Kadish, S./Schulhofer, S./Paulsen, M., *Criminal Law and its processes: cases and materials*, 4ª ed., Little Brown & Co., Boston, 1983

Kaufmann, Armin, «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», *ADPCP*, 13:2 (1960)

Kaufmann, Armin, *Teoría de las normas. Fundamentos de la Dogmática penal moderna*, trad. Bacigalupo y Garzón, Depalma, Buenos Aires, 1977

Kenny, Anthony, «Intention and Purpose», *The Journal of Philosophy*, 3:20 (1966)

Kenny, Anthony, *The Wittgenstein Reader*, Blackwell-Publishers, Oxford, 1994

Kindhäuser, Urs, «Culpabilidad jurídicopenal en el Estado democrático de Derecho», *Revista de Derecho de la Universidad de Piura* 10 (2009)

Kindhäuser, Urs, «Der Vorsatz als Zurechnungskriterium», *ZStW*, 96 (1984)

Kindhäuser, Urs, «Gleichgültigkeit als Vorsatz?», *Menschengerechtes Strafrecht*, Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag, Verlag C. H. Beck, München, 2005

Kindhäuser, Urs, *Intentionale Handlung. Sprachphilosophische Untersuchungen zum Verständnis von Handlung im Strafrecht*, Duncker & Humboldt, Berlin, 1980

Kindhäuser, Urs, *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 7. Auflage, Nomos, Baden-Baden, 2015

Kindhäuser, Urs, *Teoría de las normas y sistemática del delito*, Ara Editores, Lima, 2008

Krey, Volker, *Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil. Tatbestand des vorsätzlichen Begehungsdelikts (Dreistufiger Deliftsaufbau, Handlung, Kausalität, objektive Zurechenbarkeit, Vorsatz)*. Teil II, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart, 2003

Kugler, I., «The definition of oblique intention», *Journal of Criminal Law* 68:1 (2004)

Lacey, Nicola, «In Search of the Responsible Subject: History, Philosophy and Social Sciences in Criminal Law Theory», *The Modern Law Review*, 64: 3 (2001)

Lacey, Nicola, «Legal constructions of crime», *The Oxford Handbook of Criminology*, AAVV. Oxford University Press, London, 2007

Lacey, Nicola, «Obligations, Sanctions, and Obedience», *The Legal Mind: Essays for Tony Honoré*, N. MacCormick and P. Birks (eds.), Clarendon Press-Oxford, 1986

Lachmayer, Fridrich, *Grundzüge einer Normentheorie. Zur Struktur der Normen dargestellt am Beispiel des Rechtes*, Duncker & Humboldt, Berlin, 1977

LaFave, Wayne, *Modern Criminal Law: cases, comments and questions*, 5^a ed. Thomson/West, St. Paul–Minnesota, 2011

- Larenz, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, 2ª ed. Gimbernat (trad.), Ariel, Barcelona, 2001
- Laurenzo Copello, Patricia, «Los componentes del dolo: respuestas desde la teoría del conocimiento», *Revista Peruana de Ciencias Penales*, v. 11-12, (2002)
- Laurenzo Copello, Patricia, *Dolo y conocimiento*, Tirant lo Blanch, 1999
- Lavery, Jenny, «Codification of the Criminal Law: An Attainable Ideal?», *The Journal of Criminal Law*, 74 (2010)
- Lawrence, H. Davis, *Theory of Action*, Prentice-Hall, Inc., New Jersey, 1979, pp. 60-61.
- López Ortega, Juan José, «delitos contra la salud pública (2). El delito de tráfico de drogas», *Derecho Penal. Parte especial*, vol. III, Javier Boix Reig (dir.), Iustel, Madrid, 2012
- Luz Peña, Diego Manuel, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 2a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2012
- Luzón Peña, Diego, «Alcance y función del Derecho Penal», *ADPCP*, 42:1 (1989)
- Luzón Peña, Diego, «La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito», *ADPCP*, 46:1 (1993)
- Luzón, Peña, Diego, «Dolo y dolo eventual: reflexiones», *Libro Homenaje a Marino Barbero Santos: "in memoriam"*, Universidad Castilla la Mancha, Salamanca, 2001
- MacCormick, Neil, *Practical Reason in Law and Morality*, Oxford University Press, Oxford, 2008
- MacCormick, Neil; Bankowski, Z., «Speech Acts, Legal Institutions, and Real Laws», *The Legal Mind: Essays for Tony Honoré*, N. MacCormick and P. Birks (eds.), Clarendon Press-Oxford, 1986
- Mackie, Joan, «Responsibility and Language», *Persons and Values. Selected Papers*, v. II, Oxford University Press, Oxford, 2002
- Maihold, Harald, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Fragen, Fälle un Lösungen zur Prüfungsvorbereitung*, 3 Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2013
- Manrique, María Laura, «Ignorancia deliberada y responsabilidad penal», *Insomía* 40 (2014)

- Manso Porto, Teresa, «El error de prohibición en la reciente jurisprudencia del tribunal supremo español desde la perspectiva de la actual discusión doctrinal», *Dogmática y Ley Penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*, t. I., Marcial Pons, Madrid, 2004
- Mantovani, Ferrando, *Diritto Penale. Parte Generale*, 8ª ed. Cedam, Milán, 2013
- Mañalich, Juan Pablo, «Bases para una teoría comparativa del hecho punible», *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico* 75: 2 (2006)
- Mañalich, Juan Pablo, «el concepto de acción y el lenguaje de la imputación», *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 35 (2013)
- Mañalich, Juan Pablo, «Norma e imputación como categorías del hecho punible», *Revista de Estudios de la Justicia* 12 (2010)
- Mañalich, Juan Pablo, *Norma, Causalidad y Acción. Una teoría de las normas para la dogmática de los delitos de resultado puros*. Marcial Pons, Madrid, 2014
- Martínez Garay, Lucía, *Proyecto docente e investigador (inédito)*, Valencia, 2004
- Martínez-Buján Pérez, Carlos, «El concepto “significativo” de dolo: un concepto volitivo normativo», *Problemas actuales del Derecho Penal y de la Criminología. LH a María del Mar Díaz Pita*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- Martínez-Buján, Carlos, «Acción, norma y libertad de acción en un nuevo sistema penal», *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, t. I, García Valdés, Cuerda Riezu, Martínez Escamilla, et al (coords.), Editorial Edisofer Madrid, 2008
- Martínez-Buján, Carlos, *Derecho Penal económico y de la empresa. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- Martínez-Buján, Carlos, *El Contenido de la Antijuridicidad (un estudio a partir de la concepción significativa del delito)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- Martos Núñez, Juan Antonio, «El principio de responsabilidad penal subjetiva. Análisis dogmático de su consagración en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del nuevo Código Penal», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 6 (1996)

- Maturana, Humberto, «Reality: The Search for Objectivity or the Quest for Compelling Argument», *The Irish Journal of Psychology* 9:1 (1988)
- Matus, Jean Pierre, *La Transformación de la teoría del delito en el Derecho penal Internacional*, Atelier, Barcelona, 2008
- Mayer, Lux, *Die konkludente Täuschung beim Betrug*, Bonn University Press, Bonn, 2013
- Mayer, Marx Ernst, *Normas jurídicas y normas de cultura*, Guzmán Dálbora (trad.), Hamurabi, Buenos Aires, 2000
- Mayer, Max Ernest, *Derecho Penal. Parte general*, Politoff, (trad.), *B de f*, Buenos Aires, 2007
- Mayer, Max Ernst, *Die schuldhaftige Handlung und ihre Arten im Strafrecht*, Verlag von C. L. Hirschfeld, Leipzig, 1901
- Millar, Alan, *Undertanding People. Normativity and Rationalizing Explanation*, Oxford University Press, Oxford, 2004
- Mir Puig, Santiago, «conocimiento y voluntad en el dolo», Elementos subjetivos de los tipos penales, Jiménez Villarejo (dir.), CGPJ, (1995)
- Mir Puig, Santiago, «El error como causa de exclusión del injusto y/o de la culpabilidad en el derecho español», *LL*, t. I (1991)
- Mir Puig, Santiago, «Norma y determinación, valoración de la norma y tipo penal», *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, t. II, García Valdés, Cuerda Riezu, Martínez Escamilla, et al (coords.), Editorial Edisofer Madrid, 2008
- Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal. Parte general*, 10ª ed. Reppertor, Barcelona, 2015
- Miró Llinares, Fernando, «Dolo y Derecho Penal Empresarial: Debates Eternos, Problemas Modernos», *CPC*, 113:2 (2014)
- Miró Llinares, Fernando, «La respuesta penal al ciberfraude. Especial atención a la responsabilidad de los muleros del phishing», *RECPC* 15-12 (2013)
- Molina Fernández, Fernando, «dolo, imprudencia y error», Molina Fernández, Fernando, (coord.), *Memento Penal. Parte General*, 2ª ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2016
- Molina Fernández, Fernando, «Error de tipo derivado de anomalías o alteraciones psíquicas: un difícil desafío para la teoría del delito», *Revista*

cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales, nº 74, (2008)

Molina Fernández, Fernando, «La cuadratura del dolo: problemas irresolubles, sorites y el Derecho Penal», *Libro Homenaje a Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, Madrid, 2005

Molina Fernández, Fernando, (coord.), *Memento Penal. Parte General*, 2ª ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2016

Moore, Michael, *Act and Crime: the Philosophy of action and its Implications for Criminal Law*, Oxford University Press, 2010

Moore, Michael, *Placing Blame. A general Theory of the Criminal Law*, Calderon Press, Oxford, 1997

Morillas Cueva, Lorenzo, «La doble posición del dolo y de la imprudencia en la perspectiva de una teoría unitaria del delito», *CPC* 91: 1(2007)

Moya, Carlos, J. *Filosofía de la Mente*, PUV, Valencia, 2004

Muñoz Conde, Francisco, «prólogo», *Fundamentos del sistema penal. Acción significativa y derechos constitucionales*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011

Muñoz Conde, Francisco, *Derecho Penal y control social*, 2ª ed. Temis, Bogotá, 2004

Muñoz Conde, Francisco, *Derecho Penal, Parte especial*, 20ª ed., Tirant lo Blanch, 2015

Muñoz Conde, Francisco, *El error en Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999

Muñoz Conde, Francisco/García Arán, Mercedes, *Derecho Penal Parte General*, 9ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015

Nauke, Wolfgang, «An Insider's Perspective on the Significance of the German Criminal Theory's General System Analyzing Criminal Acts; Foreign Law», *BYU Law Review*, 3:2 (1984)

Nielsen, Greg, *The Norms of Answerability Social Theory between Bakhtin and Habermas*, University of New York Press, New York, 2002

Nino, Carlos, *Introducción a la filosofía de la acción humana*, Eudeba, Buenos Aires, 1987

Oneca, José Antón, *Derecho Penal*. 2ª ed. Akal, Madrid, 1986

- Orts Berenguer, Enrique, «Delitos contra la seguridad colectiva (II): delitos contra la salud pública», *Derecho Penal. Parte especial*, Vives Antón, Tomás et., al., 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010
- Orts Berenguer, Enrique/González Cussac, José Luis, *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- Otto, Harro, *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre, 7 Auflage, De Gruyter Recht, Berlin, 2004.*
- Pacheco, Joaquín Francisco, *El código penal: concordado y comentado (1848-50)*, Edisofer, Madrid, 2000
- Palazzo, Francesco, *Corso di Diritto Penale. Parte Generale*, 5ª ed. G. Giappichelli Editore, Torino, 2011
- Paredes Castañón, José Manuel, «Caso del aceite de colza», *Casos que hicieron historia*, Sánchez-Otiz, (coord.), La Ley–Wolters Kluwer, Madrid, 2011
- Pawlik, Michael, «Teoría de la Ciencia del Derecho penal», *CPC*, 106 (2012)
- Pawlik, Michael, *Person, Subjekt, Bürger. Zur Legitimation von Strafe*, Duncker & Humboldt, Berlin, 2004
- Pérez Barberá, Gabriel, *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*, Hamubari, Buenos Aires, 2010
- Pérez del Valle, Carlos, *La imprudencia en el Derecho Penal. El tipo subjetivo del delito imprudente*, Atelier, Barcelona, 2012
- Pérez Manzano, Mercedes, «dificultad de la prueba de lo psicológico y naturaleza normativa del dolo», *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, t. I, García Valdés, Cuerda Riezu, Martínez Escamilla, et al (coords.), Editorial Edisofer Madrid, 2008
- Pérez Manzano, Mercedes, *Culpabilidad y prevención: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, Ediciones Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1986
- Philipps, Lothar, «Dolus eventualis als Problem der Entscheidung unter Risiko», *ZStW* 85:1 (1973)

- Phillips, Lothar, *Der handlungsspielraum. Untersuchungen über das Verhältnis von Norm und handlung im Strafrecht*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1974
- Piña Rochefort, Juan Ignacio, *La estructura de la teoría del delito en el ámbito jurídico del «Common Law»*, Comares, Granada, 2002
- Pitcher, G. «Hart on Action and Responsibility», *The Philosophical Review* 69: 2 (1960)
- Platzgummer, Winfried, *Die Bewußtseinsform des Vorsatzes. Eine strafrechtsdogmatische Untersuchung auf psychologischer Grundlage*, Springer-Verlag, Wien, 1964
- Polaino Navarrete, Miguel, «¿Qué queda del concepto de acción en la dogmática actual? Sobre la naturaleza y función del concepto de acción en el Derecho Penal», *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, t. II, García Valdés, Cuerda Riezu, Martínez Escamilla, et al (coords.), Editorial Edisofer Madrid, 2008
- Polaino, Ruiz Antón, Luis, «La acción como elemento del delito y la teoría de los actos de habla: cometer delitos con palabras», *ADPCP*, 51 (1998)
- Pollock, Joycelyn, *Criminal Law*, 10^a ed., Elsevier, Waltham, 2013
- Porclúncula, José Carlos, *Lo «objetivo» y lo «subjetivo» en el tipo penal. Hacia una exteriorización de lo interno*, Atelier, Barcelona, 2014
- Puppe, Ingeborg, §15, nm. 17-19, *NomosKommentar-Strafgesetzbuch*, Band 1, 4. Auflage, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2013
- Puppe, Ingeborg, *Strafrecht Allgemeiner Teil: im Spiegel der Rechtsprechung*. 2. Auflage, Nomos, Baden-Baden, 2011
- Puppe, Ingeborg, *Vorsatz und Zurechnung*, Decker & Muller, Heidelberg, 1992
- Putnam, Hilary, «Fact and Value». *Reason, Truth and History*, Cambridge University Press, Cambridge, 1981
- Putnam, Hilary, «valores y normas», *Normas y Valores*, Habermas-Putnam, introducción y notas de Escabo y Gil, ed. Trotta, Madrid, 2008
- Putnam, Hilary, *Representación y realidad. Un balance crítico del funcionalismo*, Gedisa, Barcelona, 2014
- Queralt, Joan, J. «El dolo y el conocimiento de la

- antijuridicidad», Elementos subjetivos de los tipos penales, Jiménez Villarejo (dir.), CGPJ, (1995)
- Quintero Olivares Gonzalo (dir.), Morales Prats Fermín (coord.), *Comentarios al Código penal español*, t. II., 6ª ed., Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona, 2010
- Quintero Olivares, G. (dir.), *Comentarios al Código Penal Español*, t. I. (arts. 1 a 233), 6ª ed., Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2011.
- Quintero Olivares, Gonzalo, «Las vicisitudes del dolo y la subsistencia de la preterintencionalidad», *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal (Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, Tomo I y II, Carbonel Mateu/González Cussac/Orts Berenguer (dirs.), Cuerda Arnau (coord.) Tirant lo Blanch, Valencia, 2009
- Quintero Olivares, Gonzalo, *Parte General del Derecho Penal*. Aranzadi, Navarra, 2010
- Ragués i Vallès, Ramon, «La doctrina de la ignorancia deliberada y su aplicación al derecho penal económico-empresarial», *La teoría del delito en la práctica penal económica*, Silva Sanchez/Miró Llinares (dirs.), La Ley, Madrid, 2013
- Ragués i Vallès, Ramon, «Mejor no saber: sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en el Derecho Penal», *Discusiones XIII: Ignorancia deliberada y Derecho Penal*, Valenzuela (ed.), Buenos Aires, 2013
- Ragués i Vallès, Ramon, «Überlegungen zum Vorsatzbeweis», *GA* (2004)
- Ragués i Vallès, Ramon, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 1999
- Ragués i Vallès, Ramon, *La ignorancia deliberada en Derecho Penal*, Ariel-Libros Jurídicos, Barcelona, 2007
- Ramos Vásquez, «Un “proceso interno” necesita de criterios externos. Algunos apuntes sobre la gramática profunda del elemento volitivo», *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, t. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

Ramos Vásquez, José Antonio, «Una aproximación wittgensteiniana al Derecho penal», *Temas actuales de investigación en ciencias penales: memorias I Congreso Internacional de Jóvenes Investigadores en Ciencias Penales*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2014

Ramos Vásquez, José Antonio, Ciencia, *Libertad y Derecho Penal (Aporías del determinismo y defensa de la libertad de acción como base del sistema penal)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013

Ramos Vásquez, José Antonio, *Concepción significativa de la acción y teoría del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008

Rawls, John, «Two concepts of rules», *The Philosophical Review*, 64:1 (1955)

Rawls, John, *A Theory of Justice*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1971

Raz, Joseph, *Practical Reason and Norms*, 3ª Oxford University Press, Oxford, 1999

Robbins, I., «The Ostrich Instruction: Deliberate Ignorance as a Criminal *Mens rea* », *The Journal of Criminal Law and Criminology, Northwestern University* 81:2, (1990)

Robbins, Ira P., «The Ostrich Instruction: Deliberate Ignorance as a Criminal *Mens rea* », *Journal of Criminal Law and Criminology*, 81:2 (1990)

Robinson, «*Mens rea* », *Encyclopedia of Crime & Justice*, Macmillan Reference, New York, 2002

Robinson, Paul, «A Functional Analysis of Criminal Law», *Northwestern University Law Review* 88:3 (1994)

Robinson, Paul, «Rules of Conduct and Principles of Adjudication», *University of Chicago Law Review* 57:3 (1990)

Robinson, Paul, «United States», Heller/Dubber (coord.), *The Handbook of Comparative Criminal Law*, Stanford University Press, Stanford, 2011

Robinson, Paul, *Structure and function in Criminal Law*, Calderon Press, Oxford, 1997

Robinson, Paul/Dubber, Markus, «American Model Penal Code: A Brief Overview», *New Criminal Law Review* 10:3 (2007)

- Robinson, Paul/Grall, Jane, «Element Analysis in Defining Criminal Liability: The Model Penal Code», *Stanford Law Review*, 35 (1983)
- Robinson/Cahill, *Criminal Law*, 2ª. ed. Cahill, Michael, Wolters Kluwer, New York, 2012.
- Romano, Mario, *Commentario Sistematico del Codice Penale*, t. I. 3ª ed. Dott. A Gufrè Editore, Milano, 2004
- Romeo Casabona, Carlos, «Sobre la estructura monista del dolo. Una revisión crítica», *Libro Homenaje a Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, Madrid, 2005
- Ross, Alf, *Über den Vorsatz. Studien zur dänischen, englischen, deutschen und schwedischen Lehre und Rechtsprechung*, Nomos, Baden-Baden, 1979.
- Ross, Alf, *Directives and Norms*, Routledge & Kegan Paul, London, 1968
- Ross, Alf, *On Guilt, Responsibility and Punishment*, Stevens & Sons Limited, London, 1975
- Ross, Alf, *On Law and Justice*, University of California Press, Berkeley, 1974
- Roxin, Claus, «¿Qué puede reprimir penalmente el Estado? Acerca de la legitimación de las conminaciones penales», *Problemas Actuales de Dogmática Penal*, Abanto (trad.), Ara, Lima, 2004
- Roxin, Claus, «Unterlassung, Vorsatz und Fahrlässigkeit, Versuch und Teilnahme im neuen Strafgesetzbuch», *JuS*, Heft 4 (1973)
- Roxin, Claus, *Derecho Penal. Parte General*, t. I. Diego Luzón Peña; Miguel García Conlledo, et al. (trads.), Civitas, Madrid, 2003.
- Russell, Bertrand, «V. Denotación», *Los Principios de la Matemática. Ciencia y Filosofía (1897-1919)*, Obras Completas, t. II., Aguilar, Madrid, 1973
- Russell, Bertrand, «words and meaning», *The Analysis of Mind*, Pennsylvania State University, Pennsylvania, 2001
- Ryle, Gilbert, *The Concept of Mind*, Hutchinson's University Library, London, 1951
- Safferling, Christoph, *Vorsatz und Schuld. Subjektive Täterelemente im deutschen un englischen Strafrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008.

- Samaha, Joel, *Criminal Law*, 10^a ed. Cengage Learning, Wadsworth, 2011.
- San-Díez, Marina de Ulzurrun Llunch, *Dolo e imprudencia en el Código Penal español: análisis legal y jurisprudencial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007
- Scheb, John M./Scheb II, John, M. *Criminal Law*, 6^a ed., Cengage Learning, Wadsworth, 2012.
- Schmidhäuser, Eberhard, «Strafrechtlicher Vorsatbegriff und Alltagsprachgebrauch», *Festschrift für Dietrich Oehler zum 70. Geburtstag*, Herausgegeben von Herzberg, Carl Heumanns Verlag KG, Berlin, 1985
- Schünemman, Bernd, «Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana», *ADPCP*, 49:1 (1996)
- Schünemman, Bernd, «Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal», *El Sistema Moderno de Derecho Penal: cuestiones fundamentales*. Estudios en Honor de Claus Roxin en un 50^o Aniversario, Schünemman (coord.), Silva Sánchez (trad.), Tecnos, Madrid, 1991
- Searle, John, *Intencionalidad. Un Ensayo en la Filosofía de la Mente*, Ujaldón y Valdés (trad.), Tecnos, Madrid, 1992
- Searle, John, *Intentionality, An essay in the philosophy of mind*, Cambridge University Press, Cambridge, 1969.
- Searle, John, *Mentes, Cerebros y Ciencia*, Cátedra, Madrid, 1985.
- Searle, John, *Rationality in Action*. A Bradford Book: The MIT Press, Massachusetts, 2001
- Searle, John, *Speech Acts: An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge University Press, London, 1976
- Searle, John, *The construction of Social Reality*, Simons & Schuster, New York, 1995
- Seebass, Gottfried, *Wollen*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1993
- Shapiro, B., *Beyond Reasonable Doubt and Probable Cause: Historical Perspectives on the Anglo-American Law of Evidence*, University of California Press, Berkeley, 1991

Shönke/Schröder, *Strafgesetzbuch-Kommentar*, 27. Auflage. Verlag, C. H. Beck, München, 2010

Sieber, Ulrich/Susanne, Forster/Javers, Konstanze, *National Criminal Law in a Comparative Legal Context: Defining criminal conduct*, v. 3:1. Max Planck-Institut für ausländisches und Internationales Strafrechts, Duncker & Humboldt, Berlin, 2011

Silva Sánchez, Jesús María, «¿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» *InDret* 3 (2014)

Silva Sánchez, Jesús María, *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, 2ª ed., *B de F*, Montevideo-Buenos Aires, 2010.

Silva Sánchez, Jesús María, *Normas y acciones en Derecho penal*, Hammurabi, Depalma, 2003

Simester/Spencer/Sullivan/Virgo, *Simester and Sullivan's Criminal Law: Theory and Doctrine*, 5ª, ed. Hart Publishing, Oxford, 2013

Singer, Richard, «The Resurgence of *Mens rea*: I-Provocation, Emotional Disturbance, and the Model Penal Code», *Boston College Law Review* 27:2 (1986)

Singer, Richard/La Fond, John, *Criminal Law*, 6ª ed., Wolter Kluwer, Austin–Boston, 2013

Smith, A., «Codification of the Criminal Law: the case for a Code», *Crim. L. R.* (1986)

Spencer, J. R. «The Drafting of Criminal Legislation: Need it be so impenetrable?» *The Cambridge Law Journal*, 67:3 (2008)

Stratenwerth, Günter, «Dolus eventualis und beweiserte Fahrlässigkeit» *ZStW*, 71.1.38 (1959)

Stratenwerth, Günter, *Derecho Penal. Parte General I. El hecho punible*, Sancinetti y Cancio (trad.), Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2000

Strawson. P. F. «Intention and Convention in Speech Acts», *The Philosophy of Language*, ed. J. R. Searle, Oxford University Press, Oxford, 1977

Struensee, Eberhard, «consideraciones sobre el dolo eventual», *Indret*, 4 (2009)

- Stvenson, Kim/Harris, Candida, «Comment: Breaking the Thrall of Ambiguity: Simplification (of the Criminal Law) as an Emerging Human Rights Imperative», *The Journal of Criminal Law*, 74: 6 (2010)
- Tadros, Victor, «recklessness and the duty to take care», *Criminal Law Theory: Doctrines of the General Part*, Shute y Simester (dir.), Oxford University Press, Oxford, 2002
- Tännsjö, Torbjörn, *From Reasons to Norms. On the Basics Question in Ethics*, Springer, Heidelberg, 2010
- Taylor, George, «Concepts of intention in German Criminal Law», *Oxford Journal of Legal Studies*, 24:1 (2004)
- Tomás de Aquino, *Suma de Teología*, t. I –I, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1994.
- Torío López, Angel, «Acción peligrosa y dolo. Perspectivas jurisprudenciales y legales», *Elementos subjetivos de los tipos penales*, Jiménez Villarejo (dir.), CGPJ, (1995)
- Torío López, Ángel, «Teoría cognitiva del dolo y concepto de temeridad (recklessness)», *Universitas Vitae, Libro Homenaje a Ruperto Núñez Barbero*, Pérez Álvarez (dir.) Universidad de Salamanca, 2007.
- Twining, William/Miers, David, *How to do things whit rules*, 5ª ed. Cambridge University Press, Cambridge, 2010
- van Weezel, Alex, *Error y mero desconocimiento en Derecho Penal*, Legal Publishing, Santiago, 2008
- Varela, Lorena, «Strict-Liability como forma de imputación jurídicopenal», *InDret* 3 (2012)
- Vives Antón, Tomás Salvador, «El principio de culpabilidad», *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje a Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2002.
- Vives Antón, Tomás Salvador, «La ley, lenguaje y libertad: (sobre determinismo, libertades constitucionales y Derecho Penal)», *Teoría y Derecho: Revista de Pensamiento Jurídico* 11 (2012)
- Vives Antón, Tomás Salvador, «Principios penales y dogmática penal», *Estudios sobre el Código Penal de 1995*, Vives Antón y Manzanares (dirs.), CGPJ., Madrid, 1996

Vives Antón, Tomás Salvador, «Reexamen del dolo», *Problemas actuales del Derecho Penal y de la Criminología. Libro Homenaje a María del Mar Díaz Pita*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

Vives Antón, Tomás Salvador, *Fundamentos del sistema penal. Acción significativa y derechos constitucionales*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

Vogel, Joachim, «dolo y error (1)», *CPC*, 95 (2008)

von Frank «Vorstellung und Wille in der modernen Doluslehre», *ZStW*, 10 (1890)

von Frank, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich: nebst dem Einführungsgesetz*, 18 Auflage, Verlag von Mohr, Tübingen, 1931

von Hippel, Robert, *Die Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit. Eine dogmatische Studie*, Verlag von S. Hirzel, Leipzig, 1903

von Kaenel, F., «Willful Blindness: A Permissible Substitute for Actual Knowledge Under the Money Laundering Control Act? », *Washington University Law Review*, 71: 1189, (1993)

von Wright, Georg, «¿Hay una lógica de las normas?», *Doxa*, 26 (2003)

von Wright, Georg, «Valor, norma y acción en mis escritos filosóficos. Un epílogo cartesiano», *Doxa*, 26 (2003)

von Wright, Georg, *Explicación y Comprensión*, Alianza, Madrid, 1987

von Wright, Georg, *Norma y acción. Una investigación lógica*, García Ferrero (trad.) Editorial Tecnos, Madrid, 1970

von Wright, Georg, *The Varieties of Goodness*, Routledge & Kegan, London, 1972

Vrombaum, Thomas, *Moderne deutsche Strafrechtsdenker*, Springer, Heidelberg, 2011

Weigend, Thomas, «Zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit», *ZStW*, 93 (1981)

Weinberger, Ota, «Beyond positivism and natural law», *An Institutional Theory of Law, New Approaches to Legal Positivism*, Weinberger/MacCromick, Reidel Publishing Company, Dordrecht, 1992

Weinberger, Ota, «the norm as Thought and as Reality», *An Institutional Theory of Law: New Approaches to Legal Positivism*, Weinberger/MacCromick, Reidel Publishing Company, Dordrecht, 1992

- Wells, Celia/Quick, Oliver, *Reconstructing Criminal Law Text and Materials* (Lacey, Wells and Quick), 4ª ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2010
- Welzel, Hans, «Positivismo y neokantismo», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 2:2 (1962)
- Welzel, Hans, *Derecho Penal alemán*, 4ª ed., traducción de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Jurídica de Chile, Santiago, 2011
- Welzel, Hans, *El nuevo sistema del Derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, 2ª ed., Cerezo Mir (trad.), B de F, Buenos Aires-Montevideo, 2004
- Wessels, Johannes; Beulke, Werner; Satzger, Helmut, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau*, 44. Auflage, C. F. Müller, Heidelberg, München, 2013
- Winch, Peter, *The idea of a Social Science and its Relation to Philosophy*, 2ª ed., Routledge, London, 2003
- Wittgenstein, Ludwig, *Conferencia sobre la ética, con dos comentarios sobre la teoría del valor*, introducción de Cruz y trad. de Birulés, Paidós, Barcelona, 1989
- Wittgenstein, Ludwig, *Cuadernos de Azul y Marrón*, Gracia Guillén (trad.), Tecnos, Madrid, 1976
- Wittgenstein, Ludwig, *Investigaciones filosóficas*, I, García y Moulines (trads.), Crítica, Barcelona, 1988
- Wittgenstein, Ludwig, *Philosophical Investigations*, Anscombe (trad.), A Blackwell Paperback, London, 1999
- Wittgenstein, Ludwig, *Tractatus lógico-philosophicus*, Alianza Editorial, Madrid, 2015
- Zachary, P. «The Rule of Lenity as a Rule of Structure», *Fordham Law Review* 74: 4 (2004)
- Zugaldía Espinar, José Miguel/Moreno Torres, María Rosa/Pérez Alonso, Esteban, et al., *Fundamentos de Derecho Penal. Parte General*, 4ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010
- Zugaldía Espinar, José, «artículo 6 bis a)», *Código Penal Comentado*, Barja de Quiroga, Rodríguez Ramos, Akal, Madrid, 1990

SENTENCIAS DEL REINO UNIDO

- B v. DPP*, Crim LR 403 (2000), UKHL
- DPP v. Smith*, 19.07.1960, UKHL, 3 W.L.R (Weekly Law Reports) 3 (1960), AC (1961), 290
- Elliot v. C. (A Minor)* (1983) 77 Cr. App. R. 103 (Queen's Bench Divisional Court)
- Haughton v. Smith* [1975] AC 476
- Hyam v. DPP* [1974] UKHL 2, [1975] AC 55
- MPC v. Caldwell* [1982] AC 341
- R v. G* [2003] UKHL 50, [2004] 1 AC 103
- R v. Hancock* (Reginald Dean), 27.02.1986, UKHL 1986, WL 406757, A.C. (1986)
- R v. Hyam* [1975] AC 55 House of Lords
- R v. Moloney* (Alistair Baden), 21.03.1985, UKHL 1985, WL 310895, A.C. (1985)
- R v. Muhammad* [2002] EWCA Crim 1856.
- R v. Reid* (John Joseph) [1992] 1 W.L. R. 816, House of Lords
- R v. Woollin* [1999] 1 AC 82
- R v. Nedrick* (Ransford Delroy), 10.07.1986, UKHL 1986, WL 408297, 8 Cr. App. R. (S.) (1986) 179
- R v. Nedrick*, 8 Cr. App. R. (S.) (1986)
- R v. Caldwell*, A.C. UKHL (1982)
- R. v. DPP*, 21.03.1974, UKHL, WL 41913 (1975)
- R v. Matthews Darren John*, Court of Appeal (Criminal Division), 07.02.2003 2003 WL 117062 (2003), Cr. App. R. 2 (2003), pp. 30 y ss.
- R. v. Reid* (1992) 95 Cr. App. R. 391 UKHL
- R. v. Woollin* (Stephen Leslie), UKHL, 22.07.1998, WL 1042087; 1 A.C. 1999, pp. 82 y ss. 3 W.L.R. 1998, pp. 382 y ss.
- Regina v. Cunningham*, 41 Court of Criminal Appeal 155 2 Q. B. 396, 2 All. Eng. Rep. 412 (1957) [1957] 2 QB 396, CCA
- Regina v. Latimer*, 17 Q.B.D. 359 (1886)

Regina v. Morgan, UKHL, A. C. 182 (1976)

Regina v. Pembrton, LR 2 CCR 119 (1874)

SENTENCIAS ESTADOS UNIDOS

Cheek v. United States 498 U.S. 192, 200 (1991)
Clark v. Arizona U. S. 5/5966 (2006)
Ford v. State, 333 Md. 682, 625 A. 2. 2d. 984 (1993)
Hranicky v. State, 13–00–431-Cr (Tex. App. 2004)
Linehan v. State, 476 So. 2d 1262 (1985)
Moskal v. United States 498 U.S. 103 (1990).
Myers v. State, 422 N. E. 2d. 745, 750. Ind. App. (1981).
People v. Hall, 999 P.2d 207 (Colorado 2000).
People v. Hood, 462 P. 2d 370 (1969).
Ratzlaf v. United State, (92-1196), 510 U.S. 135 (1994).
Rice v. State, 766 A. 2d. 663 Md. Ct. Spec. App. (2000).
Sandstrom v. Montana, 442 U.S. 510, 99 S. Ct. 2450, 61 L. Ed. 2d 39 (1979).
Santillanes v. State, 849 P.2d 358 (N.M. 1993).
Spurr v. United States 174 U.S. 728, 738-39 (1899)
Staples v. United States 511 U.S. 600 (1994).
State v. Bridgeforth 156 Ariz. 60, 750 P.2d 3, Ariz. (1988)
State v. MacCallum 583 A. 2d. 250 (1991)
State v. Nations 676 S. W. 2d. 282. Missouri Court of Appeals, Easter District (1984)
Supreme Court of Alabama v. Burnett 807 So. 2d (1999) 573
Townsend v. United States, 95 F.2d 352, 358 (1938)
Turner v. United States 396 U.S. 398 (1970)
U.S. v. Bailey 444 U.S. 394 (1980)
United States v. Garrett 471 U.S. 773 (1985)
United States v. Jewel 532 F. 2d 697, 9th Cir. (1976).
United States v. Murrieta-Bejarano 552 F.2d 1323, 9th Cir. (1977)
United States v. Ramsey 785 F.2d 184, 7th Cir. (1986)

US. v. Bailey 444 U.S. (1980)

X-Citement Video v. United States 513 U. S. 64 (1994)

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 20.01.2015.

STS (01.02.1986), tol23.141, ponente: Gil Sáez.

STS (28.11.1986), tol2.323.534, ponente: Soto Nieto.

STS (23.04.1992), tol30.647, ponente: Bacigalupo.

STS (05.05.1995), nº 1324, tol5.103.850, ponente: Martínez-Pereda Rodríguez

STS (25.03.2004), tol365.580, ponente: Julián Sánchez Melgar

STS (16.06.2004), nº. 772/2004, tol. 513.588, ponente: Martínez Arrieta.

STS (12/02/2007), nº1175/2006, ponente: Julián Artemio Sánchez Melgar.

STS (12.06.2007), nº 533/2007, tol.1.156.731, ponente: Francisco Monterde Ferrer

STS (19.07.2007), nº 258/2007, tol.1.138.381, ponente: Bacigalupo Zapater.

STS (23.05.2008), nº 10515/2007, ponente: José Ramón Soriano Soriano.

STS (02.07.2008), nº 2286/2007, tol.1.353.120 ponente: Julián Artemio Sánchez Melgar.

STS (27.01.2009) nº 758/2008, tol.1.438.893, ponente: Berdugo Gómez de la Torre.

STS (08.10.2010), nº 890/2010, tol. 1.979.980, ponente: Jorge Barreiro.

STS (26.04.2012), nº 294/2012, tol 2.553.788, ponente: Berdugo Gómez de la Torre.

STS (25.06.2012) nº 546/2012, tol 2.595.621, ponente: Jorge Barreiro.

STS (19/01/2015), tol.4.776.536, ponente: Andrés Martínez Arrieta.

STS (25.02.2015), nº 86/2015, tol.4.761.120, ponente: Gómez De La Torre

SENTENCIAS ALEMANAS

BGH, Beschluß vom 7. 7. 1999 - 2 StR 177-99 (LG Gera) NStZ 10 (1999), 507

BGH, 22.02.2000 - 5 StR 573/99. *NStZ-RR* (2000), 165.

BGH, 23. 2. 1961-4 StR 7/61. *NJW* 1961, 1172.

BGH, Urteil vom 22.03.1994 - 1 StR 21/94 (LG Schweinfurt)BGH NStZ (1994)

BGHSt 19, 295, *NJW* (1964)

BGHSt 21, 283 *NJW* (1967)

BGHSt 36, 1, 9. *NJW* (1989)

DOCUMENTOS

- AE- 1969: Baumann, Jürgen/Brauneck, Anne-Eva/Hanack, Ernst-Walter/Kaufmann, Arthur/Klug, Ulrich/Lampe, Ernst-Joachim, *et al.* *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Allgemeiner Teil*, 2. verbesserte Auflage, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1969
- Anteproyecto (1972): *Exposición y estudio para el anteproyecto de bases del Libro I del Código penal*, ADPCP, 3 (1972).
- Law Commission N° 177 (1989): *Criminal Law. A Criminal Code for England and Wales Report and Draft Criminal Code Bill*, v. 1 London.
- Law Reform Commission N° 87 (2008): Report Homicide: Murder and Involuntary Manslaughter, London
- LCCOAP 1993: *Legislating the Criminal Code. Offenses against the Person and General Principles*, London.
- MPC (1962): *Model Penal Code Official Draft and Explanatory Notes*. Part I, General Provisions §§ 1.01 to 2.13, The American Law Institute at Washington, D.C., 1985.
- Nathan (1989): Report of the Select Committee on Murder and Life Imprisonment: House of Lords Paper, London.
- The Law Commission N° 143 (1985): *Criminal Law: Codification of the Criminal Law. A Report to the Law*

Commission. Laid before Parliament by Lord High Chancellor present to section 3(2) of the Law Commission Act 1965. London.

The Law Commission N° 218 (1993): Criminal Law. Legislating the Criminal Code. Offenses against the Person and General Principles. London.

The Law Commission N° 237 (1996): Legislating the Criminal Code. Involuntary Manslaughter. Item 11 of the Sixth Program of Law Reform: Criminal Law. London.