

**UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO**

**ESCUELA DE POSTGRADO**



**“FUNDAMENTOS PARA QUE LOS DELITOS CONTRA LA VIDA, EL CUERPO Y LA SALUD, DERIVADOS DE ACCIDENTES DE TRÁNSITO, SEAN IMPUTADOS A TITULO DE DOLO, A QUIEN CONDUCE EN ESTADO DE EBRIEDAD”.**

**TESIS  
PARA OBTENER EL GRADO DE MAESTRO EN  
DERECHO PENAL**

**AUTOR :**

**LI GARCIA JAIME JESUS**

**ASESOR :**

**CRUZ VEGA, GUILLERMO**

**Fecha de sustentación: 2019/11/21**

**Trujillo – Perú  
2019**



***DEDICATORIA***

***A mi hija Victoria Luciana Li Osorio***

## RESUMEN.

El presente trabajo de Tesis aborda una problemática latente en la sociedad, aquellos delitos originados por accidentes de tránsito provocados por quien conduce un vehículo en estado de ebriedad, implica el aumento excesivo de un riesgo que está permitido; siendo la finalidad de la presente investigación verificar si esos delitos en el estado en el que el agente los ocasiona, le pueden ser atribuidos a título de dolo y ya no de culpa; frente a ello se hace necesario optar por un concepto moderno de dolo, que solamente se encuentra y se sustenta en la moderna concepción del dolo como concepto normativo, dentro del funcionalismo normativista, como tendencia modificadora y superadora de las viejas concepciones, puramente naturalísticas y finalistas; el dolo entonces se halla conformado solamente por el conocimiento, es decir para reafirmar categóricamente su existencia debe verificarse que ese conocimiento, debe implicar las circunstancias de riesgo que rodean al hecho y que deben ser conocidas por el sujeto, tanto como las normas que regulan su actuación en dichas circunstancias.

## ABSTRACT

*The present work of thesis approach a latent problematic in the society, those crimes originated by traffic accidents, provoked by who drives a vehicle in a drunk state, involves the excessive increase of a risk that is allowed; for these reasons, the present investigation has a purpose verify if these crimes in the state in which the agent causes them, can be attributed to him as "dolo" or "culpa" ; against this, it is necessary to opt for a normative concept within normativist functionalism, as a modifying and overcoming tendency of the old naturalistic and finalists conceptions, "dolo" then, It is made up only of knowledge, that is to reaffirm categorically its existence, it must be verified that this knowledge must imply that of the risk circumstances that surround the fact and that must be known by the subject, as well as the rules that regulate their performance in these circumstances.*

# ÍNDICE.

DEDICATORIA	3
RESUMEN y ABSTRACT	4
INDICE	5
I.CAPÍTULO I. EL PROBLEMA DE LA INVESTIGACIÓN	12
1. REALIDAD PROBLEMÁTICA.	13
2. ANTECEDENTES DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN.	15
3. JUSTIFICACIÓN DE LA REALIDAD PROBLEMÁTICA.	15
4. ENUNCIADO DEL PROBLEMA.	18
5. HIPÓTESIS.	18
6. OBJETIVOS.	19
a. General.	19
b. Específicos.	20
7. TIPO DE INVESTIGACIÓN.	21
7.1. De acuerdo a la Orientación o finalidad.	21
7.2. De acuerdo a la técnica de contrastación.	21
8. MÉTODOS, TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN.	22
8.1. METODO DE INVESTIGACIÓN.	22
8.1.1. MÉTODO CIENTÍFICO.	22
8.1.2. MÉTODO LÓGICO.	22
8.1.2.1. MÉTODO ANALÍTICO SINTÉTICO.	22
8.1.2.2. MÉTODO HISTÓRICO.	22
8.1.2.3. METODO INDUCTIVO-DEDUCTIVO.	23
8.1.3. MÉTIDOS JURÍDICOS.	23
8.1.3.1. METODO DOCTRINARIO.	23

8.1.3.2. METODO INTERPRETATIVO.	23
9. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS.	24
9.1. TÉCNICA DE RECOPIACIÓN DOCUMENTAL.	24
9.2. OBSERVACIÓN Y ANÁLISIS DE DATOS.	24
10. DISEÑO Y CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS.	24
11. TÉCNICAS DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN.	26
12. DISEÑO DE PROCESAMIENTO.	27
13. PRESENTACIÓN DE DATOS.	27
14. JUSTIFICACIÓN.	27

## **CAPITULOS**

CAPITULO II. MARCO TEÓRICO.	29
<b>SUB CAPITULO I: LA TEORIA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA.</b>	30
1. INTRODUCCIÓN.	31
2. PRINCIPALES SISTEMAS DE IMPUTACIÓN.	32
2.1. La imputación objetiva en la obra de Claus Roxin.	32
2.2. Aproximación al Pensamiento de Jakobs.	34
3. LA RENORMATIVIZACIÓN DE LOS CONCEPTOS PENALES.	36
4. INSTITUCIONES DOGMÁTICAS DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA.	38
4.1. Deber Jurídico de Cuidado.	38
4.2. Creación del Riesgo superior al permitido.	40
4.3. Teoría del Fin de protección de la norma.	41
4.4. Prohibición de Regreso.	43
4.5. Protección de la Víctima.	44

5. LA IMPUTACIÓN OBJETIVA DENTRO DE UNA CONCEPCIÓN NORMATIVA	
DE LA TEORIA DEL DEITO.	46
5.1. Tópicos de relevancia	49
1. Riesgo Permitido.	50
2. Principio de Confianza.	50
3. Principio de Prohibición de Regreso.	51
4. Principio de Imputación a la Víctima.	52

**SUB CAPÍTULO II. EL DOLO COMO CONCEPTO NORMATIVO: EL DOLO COMO CONOCIMIENTO Y SU IMPUTACIÓN**

1. EL DOLO.	54
1.1. Breve repaso de la evolución del dolo.	54
1.2. El dolo solamente como conocimiento.	55
1.3. La imputación a título de dolo.	57
1.4. Conocimiento actual y potencial.	63
1.5. Conocimiento del Tipo Objetivo	65
2. EL CASO DEL CINTURON.	67

**SUB CAPITULO III. EL DOLO EVENTUAL: TEORIAS QUE INTENTAN EXPLICARLO.**

1. EL DOLO EVENTUAL.	79
2. TEORIAS ACERCA DEL DOLO EVENTUAL.	80
2.1. Las Teorías Volitivas.	80
2.2. Las Tesis de la Aprobación o del Consentimiento.	87
2.3. La Tesis de Armin Kaufman.	88

2.4. Las Teorías Eclécticas.	95
2.4.1. La Tesis de Stratenwerth.	104
2.4.2. La Tesis de Roxin.	107
2.5. Las Teorías de la Representación.	119
2.5.1. La Tesis de Mayer.	119
2.5.2. La Tesis de Sauer.	120
2.5.3. La Tesis de Welzel.	120
2.6. La Tesis de la Posibilidad.	122
2.6.1. La Tesis de Schroder.	122
2.6.2. La Tesis de Schmidhauser.	124
2.7. La Tesis de Zielinski.	126
2.8. La Tesis de la Representación. (Aspecto Subjetivo)	128
2.8.1. La Tesis de Schmidhauser. (Segundo periodo)	128
2.8.2. La Tesis de Frisch.	132
2.9. Las Tesis basadas en el Riesgo – II Periodo de las Teorías de la Probabilidad.	
2.9.1. La Tesis de Herzberg.	140
2.9.2. La Tesis de Jakobs (Riesgo Habitual).	144
2.9.3. La Tesis de Jakobs (Segundo periodo)	148
2.9.4. La Tesis de Ingerborg Puppe.	150
2.9.5. La Tesis de Pérez Barberá.	154



2.10. Teorías Integradoras.	161
2.10.1. La Tesis de Prittwitz.	162
2.10.2. La Tesis de Philipps	163
2.10.3. La Tesis de Schroth.	168
2.11. Las Tesis de Índole Procesal.	174
2.11.1. La Tesis de Hruschka.	174
2.11.2. La Tesis de Hassemer.	178
2.11.3. La Tesis de Ragués I Vallés.	182
<b>SUB CAPITULO IV. CONCEPTO DE DOLO.</b>	188
1. POSICIÓN RESPECTO AL CONCEPTO DE DOLO.	189
1.1. EL CONCEPTO DE DOLO DESDE UN PUNTO DE VISTA SINTACTICO.	189
1.2. EL CONCEPTO DE DOLO DESDE UN PUNTO DE VISTA SEMANTICO.	190
1.2.1. ¿Qué debemos entender por dolo e imprudencia?	191
1.2.2. Sobre el conocimiento, creencias y representaciones.	193
1.2.3. Graduación como elemento diferenciador entre dolo e imprudencia.	194
1.2.4. El reproche objetivo.	195

1.2.5.	Previsibilidad objetiva en relación a los conocimientos especiales.	196
1.2.6.	Previsibilidad objetiva, privilegiada o atenuada.	197
2.	METODO OPERACIONAL PARA LOS CONCEPTOS DISPOSICIONALES.	199
3.	EL METODO OPERACIONAL DE PEREZ BARBERA – METACONCEPTO DE DOLO.	204
4.	LA PROBABILIDAD.	206
4.1.	EL CONCEPTO OBJETIVO, EL CONCEPTO SUBJETIVO y EL CONCEPTO LOGICO DE PROBABILIDAD.	207
4.2.	ANTECEDENTE, CONSECUENTE EN UN ENUNCIADO DE PROBABILIDAD- PROBABILIDAD EN SENTIDO LOGICO.	208
<b>SUB CAPITULO V. EI DOLO EVENTUAL EN LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL.</b>		
1.	EL CASO COLOMBIANO.	211
1.1.	DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS.	
1.2.	OBSERVACIONES y CRÍTICAS A LA CASACION N° 32964 DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE COLOMBIA.	212
1.3.	POSTURA.	222
<b>III.</b>	<b>CAPÍTULO III.</b>	227
	DISCUSIÓN DE RESULTADOS.	228

CONCLUSIONES.	245
RECOMENDACIÓN.	248
PROYECTO DE LEY.	249
<i>BIBLIOGRAFIA.</i>	253

## **CAPITULO I**

### **EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN**

*1. REALIDAD PROBLEMÁTICA; 2. ANTECEDENTES DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN; 3. JUSTIFICACIÓN DE LA REALIDAD PROBLEMÁTICA; 4. ENUNCIADO DEL PROBLEMA; 5. HIPÓTESIS; 6. OBJETIVOS; 7. TIPO DE INVESTIGACIÓN; 8. MÉTODOS, TÉCNICAS, INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN; 9. DISEÑO DE CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS; 10. TÁCTICAS DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN; 11. DISEÑO DE PROCESAMIENTO; 12. PRESENTACIÓN DE DATOS; 13. JUSTIFICACIÓN.*

## CAPITULO I

### EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

#### 1. REALIDAD PROBLEMÁTICA:

El avance de la tecnología, ha traído como consecuencia, no solo el desarrollo de la ciencia, sino también a través de ella, el riesgo de los peligros que conlleva, se puede apreciar con mayor claridad en el aumento de vehículos automotores, que trae consigo el incremento de accidentes de tránsito, apreciándose de nuestra jurisprudencia, que en los casos de los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud, son sancionados a título de culpa, delimitando aquellos en los que el agente, actúa bajo los efectos del alcohol, o mejor dicho con presencia de alcohol en la sangre, solo para delimitar el marco de investigación, puesto que como bien señalan los artículos 111° -tercer párrafo, y 124° (cuarto párrafo) del Código Penal, existen otros supuestos que desarrollan la tipicidad de los tipos contenidos en estos delitos -homicidio culposo, y lesiones culposas, respectivamente.

El conducir en estado de ebriedad vehículos automotores se ha convertido en un grave peligro para la salud pública produciendo en ocasiones, pérdida de vidas humanas, secuela de heridos y daños materiales, de allí que en el 2009 se produjo un cambio en la legislación tratando de establecer condiciones más apropiadas de represión penal a través de la Ley N° 29439. El tercer párrafo del artículo 111° del Código Penal, que desarrolla la tipicidad del delito de homicidio culposo, establece que se impondrá pena privativa de libertad entre 4 y 8 años e inhabilitación según corresponda, conforme al artículo 36 -incisos 4, 6 y 7- si la muerte se comete utilizando vehículo motorizado o arma de fuego, estando el agente bajo el efecto de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o sintéticas, o con presencia de alcohol en la sangre en proporción mayor de 0.5 gramos/ litro, en el caso de transporte particular, o mayor de 0,25 gramos/ litro, en el caso de transporte público de pasajeros, mercancías o carga en general, o cuando el delito resulte de inobservancias de reglas técnicas de tránsito.

Sin embargo la normativa establecida por esta ley parece haber quedado desfasada rápidamente dado el alarmante número de hechos de muerte y

lesiones causados por conductores, bajo los efectos del alcohol, por lo cual debería analizarse posibles cambios en la regulación de estos hechos.

Se debe partir del supuesto de hecho, en base al cual, se debe determinar si se está frente a un caso de homicidio o lesiones, doloso o culposo. Ello se contrae a la colisión de vehículos automotores en la que pierden la vida determinadas personas o en su caso, sufren lesiones como consecuencia del impacto, es decir, no hay ninguna duda sobre el tipo objetivo al que se adecuan las conductas imputadas al sujeto agente.

El problema está en determinar el tipo subjetivo, es decir la diferencia radica en la imputación subjetiva, que deba atribuírsele al sujeto causante del accidente, y que de acuerdo al supuesto normativo, ha de adecuarse los hechos (constitutivos de un evento de culpa con representación, o constitutivos de un evento de dolo eventual). Es decir, la decisión se circunscribe a la forma del tipo subjetivo (tipicidad subjetiva) a la que deben adecuarse esos hechos, o lo que es lo mismo, debe determinarse si se trató de un caso de infracción de deber objetivo de cuidado seguido de la producción de resultados antijurídicos, o en lugar de ello; de un evento de previsión y aceptación de una probable infracción penal dejando su no producción librada al azar, lo que significaría una imputación a título de dolo eventual. Para ello la presente investigación, debe tener, como meta, determinar que en el caso planteado, el agente debe responder a título de dolo, para ello se desarrollara, entre otros aspectos que han de sustentar esta posición, la valoración integral de todas las circunstancias que concurren en el hecho, como las condiciones personales del agente, sus antecedentes como conductor, su irresponsable decisión de conducir en estado de ebriedad, la manifiesta inobservancia de las normas de tránsito y el evento sucedido solo momentos antes de que se produzca la colisión, han de evidenciar con toda claridad la altísima probabilidad de que en razón de su comportamiento se presentara un resultado antijurídico, y no obstante ello, a pesar de esa situación, obrando con total indiferencia por el respeto que le merecen las normas jurídicas y los derechos de terceros, mantiene su forma de obrar, comportamiento indicativo de que aceptó la probable producción de la infracción penal y no hizo nada para evitar ello. Teniendo en ese contexto, la producción del resultado (muerte o lesiones), es que han de satisfacerse los presupuestos para su imputación a título de dolo eventual.

Con ello finalmente poder, con el debido sustento normativo, a su vez doctrinal, hacer más eficiente, -bajo el prisma de una técnica legislativa, modificando este tipo de circunstancias, e imputárselas como dolosas a su autor-, la normatividad que rige los delitos ya precisados, derivados de accidentes de tránsito.

## **2. ANTECEDENTES DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN:**

Habiendo revisado en las principales bibliotecas locales y de la ciudad de Lima, no encontramos estudios anteriores publicados relacionados con nuestro tema de investigación.

## **3. JUTIFICACIÓN DE LA REALIDAD PROBLEMÁTICA.**

La presente investigación se justifica, en tanto que a través de ella pretendemos innovar el pensamiento jurídico, dando un aporte en el quehacer jurídico en lo que al tema respecta; el sólo hecho de la conducción de vehículo automotor genera un riesgo permitido que la sociedad asume como normal y necesario, pero quien conduce vehículo automotor en estado de ebriedad aumenta excesivamente ese riesgo permitido. El presente trabajo tiene como fin analizar si es posible imputar como homicidio o lesiones por dolo eventual y no a título de homicidio culposo, la muerte o la lesión ocurrida como consecuencia de la conducción de vehículo automotor por parte de un conductor ebrio. Con ello se pretende sentar las bases para una posible modificación de la legislación penal, para la circunstancia especial -agravante- que se describe en el tercer párrafo del artículo 111° y cuarto párrafo del artículo 124°, ambos del Código Penal; concretamente cuando el agente ha cometido los delitos de homicidio y lesiones, respectivamente, estando en estado de ebriedad, a efectos que no sean considerados dentro de la tipicidad descritos para estos delitos como culposos, sino, como dolosos; por ello su inclusión como circunstancias agravantes, pero desarrolladas dentro de la tipicidad, que describe los artículos 106° y 121° del Código Penal; todo ello en términos de una política criminal eficiente, logrando formar una consciencia más acorde con la persuasión que puede generar penas más gravosas, en los casos de estos delitos si es que

se considerase no como culposos, sino dolosos, los que se derivasen de accidentes de tránsito.

#### **a. Justificación Teórica.**

El presente trabajo de investigación es relevante, porque a través de él se va a poder determinar que con la imputación a título de dolo, al agente que conduce en estado de ebriedad y ocasiona un accidente, originando la muerte de una persona o lesiones; las penas deben ser más graves, motivando con ello a la toma de consciencia más meditada, en relación a la realización de ese tipo de circunstancia. (Conducir en estado de ebriedad, un vehículo automotor).

#### **b. Justificación Metodológica.**

El trabajo de investigación ayudará a conocer los diferentes criterios que se han desarrollado acerca del dolo eventual y culpa consciente, como doctrinas clásicas, y su evolución a considerarlas bajo criterios de cognoscibilidad para poder diferenciarlas, hoy en día, con fundamentos en base a la evolución social, política y tecnológica, dentro de parámetros funcionalistas normativistas.

#### **c. Justificación Práctica.**

Este trabajo de investigación contribuirá a resolver la problemática, que se presenta hoy en día, relacionada al aumento de los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud, derivados de accidente de tránsito en donde el agente conduce en estado de ebriedad, originando la muerte de una persona o lesiones; en tanto, que al ser sancionadas a título de dolo eventual, y a ya no de culpa –como hasta ahora-, las penas, con que se deba sancionar, estas conductas ha de ser mayor, motivando con ello, un mayor internamiento o toma de consciencia de la gravedad del injusto penal, implicando ello, una mayor motivación por la norma; pues en términos de una política criminal eficiente, debe lograrse formar una



consciencia, en el ciudadano, más acorde con la persuasión que puede generar penas más gravosas, en los casos de este tipo de delitos, si es que se considerase no como culposos, sino dolosos.

#### **d. Justificación jurídica.**

El presente trabajo de investigación tiene por finalidad pormenorizar un estudio acerca del dolo eventual y culpa consciente, como doctrinas clásicas, y su evolución a considerarlas bajo criterios de cognoscibilidad para poder diferenciarlas; hoy en día, con fundamentos en base a la evolución social, política y tecnológica, dentro de parámetros o teorías funcionalistas normativistas.

#### **e. Desde el punto de vista social e institucional.**

Radica en que posee una gran importancia tanto en el ámbito social como institucional. En el ámbito social, permitirá que el Estado direcciona su rol tuitivo hacia las potenciales víctimas de los delitos contra la vida el cuerpo y la salud, derivados de accidentes de tránsito cuando el agente actúe en estado de ebriedad; y, en el ámbito institucional contribuirá al mejoramiento de la Administración de Justicia, que engloba que en este tipo de casos, sean sancionados con penas, que a través de ellas pueda comunicarse a la sociedad, que si el agente incurre en este tipo de delitos, las sanciones a imponerse han de ser ejemplares; repercutiendo en favor de la imagen de todo el sistema de administración de justicia; con lo que a su vez contribuiría a lograr recuperar la seguridad jurídica, en el ámbito de todo el tráfico rodado.

- **Resultados esperados:**

Validar la hipótesis planteada y, segundo, plantear la propuesta legislativa correspondiente, para que se vea materializada en la legislación penal.

#### 4. ENUNCIADO DEL PROBLEMA.

¿Cuáles son los fundamentos para que los delitos derivados de accidente de tránsito, cuando el agente conduce en estado de ebriedad, le sean imputados a título de dolo eventual, y no a título de culpa?

#### 5. HIPÓTESIS.

Los Fundamentos fácticos y jurídicos, para que los delitos derivados de accidentes de tránsito (homicidios y lesiones), por conducción en estado de ebriedad, le sean imputados al agente que los provoca, a título de dolo eventual, son: la valoración integral de todas las circunstancias que concurren en el hecho, como las condiciones personales del agente, su irresponsable decisión de conducir en estado de ebriedad, la manifiesta inobservancia de las normas de tránsito y sus reglamentos, así como las sanciones pecuniarias que éstas establecen, -a pesar que quien conduce un vehículo automotor, tiene suficiente conocimiento de ellas; las campañas de cultura ciudadana difundidas permanentemente a través de los medios masivos de comunicación con el fin de prevenir el consumo de alcohol; no hacen sino esgrimir fundamentos suficientes de ese conocimiento de carácter privilegiado, que nos lleva a sostener a su vez que quien conduce un vehículo en estado de ebriedad, y origina accidente de tránsito, provocando lesiones o muerte de la víctima, lo hace a título de dolo eventual, y que como fundamento jurídico, ha de estructurarse a través del “concepto objeto”, formulándose éste, como el enjuiciamiento objetivo (de valoración ex-ante), con alto grado de probabilidad, que hacen previsible de manera objetiva, el riesgo de realización del resultado lesivo, definitivamente de

concreta representación cuando se decide continuar, sin ningún tipo de precaución, no haciendo nada para evitarlo; siendo ese conocimiento privilegiado, el que se hace exigible través de circunstancias objetivas, datos constatables empíricamente (dese lo externo a lo interno), de la probabilidad de producción del resultado, y que, por tal, se haga verificable -en el sujeto-, que éste tuvo la previsibilidad objetiva del acontecimiento o peligro concreto, o que juzgó objetivamente el riesgo de realización del resultado lesivo; y aun si, decidió por continuar.

## 6. OBJETIVOS.

### a. General.

- Determinar que es totalmente procedente, que el agente que conduce un vehículo en estado de ebriedad y ocasiona un accidente de tránsito en el cual resulte la muerte de la víctima o sufra ésta lesiones; deberá imputársele el resultado a título de dolo eventual y no de culpa.

### b. Específicos.

- Identificar los factores que influyen para que se dé un cambio en las teorías clásicas del instituto del dolo y la culpa, hacia concepciones más modernas de corte funcionalista normativista, y de esa forma determinar que alcanza fundamento suficiente que el agente que comete un delito contra la Vida El Cuerpo y la Salud, encontrándose en estado de ebriedad, le sea imputable responsabilidad penal a título de dolo eventual.
- Analizar las distintas posturas doctrinales acerca del dolo y la culpa, y su evolución, con la finalidad de llegar a establecer un concepto de dolo eventual que permita aplicarse a aquellos casos en que una persona

conduce en estado de ebriedad, y produce un accidente de tránsito, ocasionando lesiones o la muerte de las víctimas.

- Analizar y profundizar en el estudio de la evolución de aquellas tendencias dogmáticas que concebían al dolo eventual a partir de las teorías volitivas, cognitivas, del consentimiento, asentimiento y conformidad con el resultado, hasta su postura como factor sustentatorio en la doctrina de la cognoscibilidad.
- Sentar las bases para un reforma de la legislación penal que aun concibe los delitos de homicidio y lesiones, como culposos, cuando el agente conduce un vehículo automotor en estado de ebriedad y genera un accidente de tránsito; debiendo incluir ese tipo de circunstancias como generadora de tipos dolosos, para esos delitos.

## **7. TIPO DE INVESTIGACIÓN.**

### **De acuerdo a la orientación o finalidad.**

La presente investigación es Básica, toda vez que pretende ampliar los conocimientos del Derecho Penal formulando un aporte esencial, para concebir el concepto de dolo, desde un postura normativa, basada fundamentalmente en el aspecto de la cognoscibilidad. Tiene característica mediata; pues, no permite lograr objetivos inmediatos en el ámbito jurídico.

### **De acuerdo a la técnica de contrastación.**

Por la técnica de contrastación, la presente investigación es de tipo DESCRIPTIVA EXPLICATIVA CAUSAL, debido a que luego de describir la problemática existente en torno a la concepción del dolo y la culpa -como factores de atribución en el actuar del agente dentro de la tipicidad, la concepción funcionalista normativista del dolo y el elemento esencial de la “cognoscibilidad”, como factor delimitante de la culpa- se explicará la relación existente entre la participación del agente en los delitos Contra la Vida, el Cuerpo y la Salud cometidos en hechos de tránsito bajo los efectos del alcohol y las categorías del dolo.

Además, es una investigación NO EXPERIMENTAL, o también denominada como investigación ex post facto, término que proviene del latín y significa después de ocurridos los hechos, debido a que no se tiene control sobre la variable independiente dado que sus estipulaciones y regulación ya ocurrieron, limitándonos a la observación de situaciones ya existentes dada la

incapacidad de influir sobre la variable independiente, solamente restando al investigador determinar los efectos jurídicos y plantear soluciones al respecto.

## **8. METODOS, TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN.**

### **8.1. METODO DE INVESTIGACIÓN.**

#### **8.1.1. METODO CIENTÍFICO.**

La presente investigación ha sido desarrollada a través del método científico, comprendiéndose a éste como el conjunto de procedimientos destinados a verificar o refutar proposiciones referentes a hechos o estructuras de la naturaleza.

#### **8.1.2. METODO LOGICO.**

##### **8.1.2.1. METODO ANALITICO.**

Método utilizado en la presente investigación, al momento del procesamiento de la información recopilada a través de una variada documentación e información, la que seleccionada, se especializó, determinó y precisó los puntos primordiales, teniendo a lo largo del proceso la hipótesis a comprobar; de igual manera se utilizó para analizar los resultados obtenidos en la investigación, y sus conclusiones. A través del cual en la investigación se efectuó con un criterio pormenorizado y acucioso, para efectos de la obtención de toda la información requerida, con el fin de enriquecer el marco teórico.

##### **8.1.2.2. METODO HISTORICO.**

Método se ha emplear al momento de realizar la búsqueda de antecedentes referentes al tema materia de investigación,

consistente básicamente en investigaciones que guarden relación con el tema.

### **8.1.2.3. METODO INDUCTIVO – DEDUCTIVO.**

Métodos a utilizarse tanto en la recolección de la información, como en la elaboración de los cuatro marcos que comprenden la fundamentación teórica al establecerse las categorías jurídicas desde lo general a lo particular tomando como esencia a la doctrina, y el aspecto penal.

Método usado en la recolección de información, así como en la elaboración del marco teórico al establecerse las categorías jurídicas desde lo general a lo particular.

De igual modo, el método fue empleado en la elaboración de las conclusiones, y recomendaciones, para determinar de manera más precisa los resultados de todo el proceso de investigación, aplicándose el método Deductivo a partir de verdades previamente establecidas como principios generales que se aplican a casos individuales, comprobando su validez.

### **8.1.3. MÉTODOS JURÍDICOS.**

#### **8.1.3.1. METODO DOCTRINARIO.**

Método empleado para seleccionar información con bases doctrinarias, seleccionando y extrayendo las diferentes posiciones y corrientes relacionadas al tema investigado, tanto de autores nacionales como extranjeros.

#### **8.1.3.2. METODO INTERPRETATIVO**

Método empleado para lograr procesar, analizar y explicar lo prescrito por las normas penales, relacionados al tema materia de investigación

## 9. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS

### 9.1. TÉCNICA DE RECOPIACIÓN DOCUMENTAL.

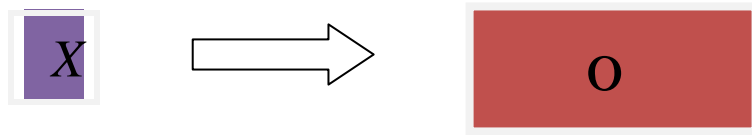
Se analizará la legislación y doctrina nacional y comparada, en relación a la concepción del dolo, y el factor diferenciador con la culpa, utilizándose el análisis de la dogmática penal, en relación al tema, así como las posturas o teorías de los diferentes autores, tanto nacionales como extranjeros; a través de bibliotecas especializadas.

### 9.2. OBSERVACIÓN Y ANALISIS DE DATOS.

Técnica empleada para observar atentamente el fenómeno, hecho o caso, tomar información y registrarla para su posterior análisis. Permitió advertir los datos e incidencias de los asuntos propios de la investigación, permitiendo un acceso directo a los hechos que suceden en la realidad.

## 10. DISEÑO Y CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS.

Para el diseño de nuestra hipótesis emplearemos el método cuasi experimental de **una sola casilla, con una sola medición** u observación del grupo o individuos cuya representación gráfica es la siguiente:



*Donde:*

**X: Muestra**

- **Población universal:** Conjunto total de elementos objeto de estudio, también se denomina universo colectivo. En sentido, nuestra población está conformada por muestreo probabilístico por expertos dogmáticos en la materia que nos ocupa, en la que este investigador elegirá a los más destacados en base al reconocimiento profesional,



tomando como indicador la calidad de su producción literaria en el tema que nos ocupa; recurriendo directamente al desarrollo dogmático que han desarrollado y plasmado en sus diferentes compendios, tratados, artículos y libros sobre el tema.

- **Unidades de Análisis.** Unidad seleccionada de la población para la aplicación de la técnica de investigación. Puede ser un elemento poblacional único o un conjunto de elementos. Por ende se utilizará un muestreo no probabilístico por casos tipo, en la que este investigador seleccionará la doctrina y resoluciones judiciales expedidas por los tribunales extranjeros, donde se pueda verificar la toma de postura en relación a la moderna concepción del dolo.

Para ello se utilizara:

- Un procedimiento lógico de elaboración: Que implicara que a partir del análisis de ciertas relaciones observadas (observa realidad empírica, advierte ciertas tendencias entre los hechos y fenómenos, se planteará “X” para explicar situación observada). Utilizando método deductivo partir de supuestos que se derivan por deducción de la teoría (hechos ya conocidos).
- CONTRASTACION DE LA HIPOTESIS. La hipótesis debe ser contrastada a través del modelo inductivo-deductivo, que sirve para plantear a su vez un modelo empírico de contrastación.
- Si la hipótesis propuesta es verdadera, entonces la consecuencia es verdadera. Esto quiere decir, que si se prueba empíricamente la verdad de la consecuencia se estará probando la verdad de la hipótesis propuesta.
- Consiste en proponer cómo se va a proceder para demostrar la verdad de la consecuencia lógica.

## **Q: Información.**

- Medición u observación del grupo o población universal; obteniendo el resultado de contrastación, verificando la validez de la hipótesis de nuestro trabajo.

## 11. TÉCNICAS DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN.

Con la finalidad de recabar la información necesaria para el desarrollo de la investigación, se empleó las siguientes técnicas y pasos:

- **Técnica de Lectura:** Se procederá a realizar la lectura de las unidades de análisis seleccionadas con la finalidad de depurar su contenido y elegir al conocimiento que servirá para desarrollar la presente investigación; todo ello mediante el instrumento del raciocinio.
- **Técnica de recopilación documental:** Se analizará la legislación y doctrina nacional y comparada, en relación a la concepción del dolo, y el factor diferenciador con la culpa, utilizándose como instrumentos guías de observación con los ítems predeterminados en el análisis de la doctrina, como de la posición de los diferentes autores, tanto nacionales como extranjeros; a través de buscadores en línea y las bibliotecas especializadas.
- **Fotocopiado:** Luego de recopilada la información antes indicada se procederá a realizar el fotocopiado correspondiente, con la finalidad de dar más facilidad y acortar costos en el desarrollo de la investigación; siendo el instrumento idóneo para tal fin el empleo de fotocopadoras.

### PASOS:

**Primer paso:** Se recurrió a las principales bibliotecas de la ciudad, pero fundamentalmente a mi biblioteca personal, a fin de recabar la información materializada, comprendida por libros, artículos en la mayor cantidad posible sobre el tema materia de investigación; y una vez localizada se procedió a su reproducción en copia fotostática.

**Segundo paso:** Contando con la información bibliográfica obtenida, procedí a construir los instrumentos.

**Tercer paso:** Aplique las técnicas que permitieron obtener los resultados a fin de realizar la contrastación y comprobación de la hipótesis.

## 12. DISEÑO DE PROCESAMIENTO.

Respecto al procesamiento de los datos recabados en la investigación, procedimos de la manera siguiente:

1. Recogida la información acopiada, resultante de aplicar las técnicas de investigación a las unidades de análisis, definidas por el tamaño de la muestra, se procedió a ordenarlas empleando carpetas, las que permitieron desarrollar la tesis de manera organizada.
2. Luego se depurará la información, empleando criterios selectivos que se reflejan en la presente investigación.

## 13. PRESENTACIÓN DE DATOS.

La presentación de la información recabada en el transcurso de la investigación, se revelan y presentan en 3 Capítulos, los mismos que forman parte de la tesis y son los siguientes:

**Capítulo I:** Conteniendo la Realidad problemática, Antecedentes del problema de investigación, Justificación de la Realidad Problemática, Enunciado del problema, Hipótesis, Objetivos, Tipo de investigación, Métodos, Técnicas, Instrumentos de investigación, Diseño de contrastación de la hipótesis, Técnicas de recolección de información, Diseño de procesamiento, Presentación de datos, Justificación.

**Capítulo II:** Marco Teórico: Sub Capítulo I, Subcapítulo II, Sub Capítulo III, Subcapítulo IV, Sub Capítulo V.

**Capítulo III:** Resultados y Discusión. Conclusiones. Sugerencias o Recomendaciones. Referencias Bibliográficas.

## 14. JUSTIFICACIÓN

- **Punto de vista Jurídico:**

Resulta esencial en la elaboración de la presente investigación en la medida que permitirá estudiar, analizar e interpretar las distintas posiciones

que se tiene del dolo y la culpa, desde su desarrollo a nivel dogmática jurídico penal, tanto nacional como internacional; para finalmente llegar a la conclusión válida, que permita comprobar y sustentar científicamente nuestra hipótesis.

***CAPÍTULO II***  
***MARCO TEÓRICO***

## **SUB CAPITULO I**

### **LA TEORIA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA**

*1. INTRODUCCIÓN; 2.PRINCIPALES SISTEMAS DE IMPUTACIÓN: 2.1.LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN LA OBRA DE CLAUS ROXIN; 2.2.ALGUNAS APROXIMACIONES A LA OBRA DE GÜNTHER JAKOBS; 3.LA RENORMATIVIZACIÓN DE LOS CONCEPTOS PENALES; 4. INSTITUCIONES DOGMATICAS DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA: 4.1.DEBER JURIDICO DE CUIDADO, 4.2.LA CREACIÓN DEL RIESGO SUPERIOR AL PERMITIDO, 4.3.TEORÍA DEL FIN DE PROTECCIÓN DE LA NORMA, 4.4.PROHIBICIÓN DE REGRESO, 4.5.PROTECCIÓN DE LA VÍCTIMA; 5.LA IMPUTACIÓN OBJETIVA DENTRO DE UNA CONCEPCIÓN NORMATIVA DE LA TEORIA DEL DELITO: 5.1. TOPICOS RELEVANTES.*

## 1. INTRODUCCIÓN.

La corriente dogmática que hoy es denominada “funcionalista” o “teleológica” no es más que el producto de la acentuación de los aspectos teleológicos –valorativos ya presente en la concepción dogmática penal dominante.

La novedad del criterio teleológico-funcionalista en la dogmática jurídico penal se halla, más bien, en la voluntad, en la voluntad de esa intervención de aspectos teleológicos y axiológicos en la construcción del sistema.

En la actualidad cabe distinguir con cierta claridad al menos dos corrientes funcionalistas: una “moderna” denominada así por el profesor García Pablos (García Pablos, 1995, pág. 379), y otra radical, cuyas conclusiones en no poca medida son diferentes.

La base del planteamiento de la tesis moderada (cuyo representante por excelencia es el profesor Roxin, a quien, en gran medida se han adherido sus discípulos), está en la necesidad de superar la contraposición tradicional entre los dogmáticamente correcto y o político criminalmente satisfactorio, y se denomina “sistema abierto” de orientación teleológica.

Frente a la preocupación “práctica” de Roxin, el interés de Jakobs es, fundamentalmente metodológico. Se trata de ofrecer una sistematización del derecho penal vigente que resulte plenamente “explicativa” del mismo, lo cual no sucede con el método ontológico de construcción de los conceptos ante el supuesto “agotamiento” de tal método de vinculación del legislador y la ciencia a estructuras lógico-objetivas, se propone una “re-fundamentación normativa” de la teoría jurídica del delito y del método dogmático en general. En conclusión, si bien cabe calificar al funcionalismo de Jakobs como “Funcionalismo radical”, mientras que el de Roxin y sus discípulos será “moderado”, lo decisivo en la distribución de ambas corrientes no es, pese a todo, el aspecto metodológico, sino que aparece constituido por la concepción acerca de la misión del Derecho Penal.

El razonamiento sistemático teleológico, afirma Schünemann “ha sentado a lo largo de un decenio, las bases para una profunda modificación del sistema” (Schünemann, 1991, pág. 67). Este se caracteriza por un total alejamiento del razonamiento lógico objetivo del finalismo y debe completarse como un desarrollo ulterior del neokantismo; además, el funcionalismo moderado de Roxin orienta las categorías del sistema del Derecho penal a las finalidades de Política criminal que son varios y diversos entre si

y pueden limitarse recíprocamente. Esto es mientras para Jakobs solo son decisiones las necesidades “sistemáticas”, orientadas al principio supremo de la “función del derecho penal” –como función preventiva integral-, Roxin da cabida a valores y principios garantísticos en el momento de configurar el sistema de derecho penal y la dogmática jurídico-penal que interpreta sus categorías.

En la discusión actual sobre los alcances de la teoría de la imputación objetiva, existe consenso acerca de que una conducta sólo puede ser atribuida a un sujeto cuando éste ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado, que se concreta en la producción del resultado dentro del alcance del tipo objetivo. También hay coincidencia en la solución de casos problemáticos (por ejemplo, los casos de autoprotección de la víctima, es decir que es ella la que origina el riesgo jurídicamente desaprobado, llamado también “acciones a propio riesgo”). Las diferencias principales están en la fundamentación que la doctrina expone para sustentar la teoría. Son diversos los puntos de partida filosóficos de algunos de los exponentes, y por ende la explicación del porqué no debe imputársele a alguien un determinado comportamiento, o su resultado.

A continuación se expondrá los rasgos centrales de dos de los sistemas más importantes que existen en la actualidad, relacionados con la estructura de la imputación: el sistema de la escuela de Múnich, liderada por el profesor Claus Roxin; y la nueva escuela de Bonn, liderada por el profesor Günther Jakobs; lo que a su vez no permitirá ir centrándonos en lo que es materia de nuestra investigación, permitiéndonos entender mejor, dentro de una estructura típica, el rol que juega la imputación subjetiva, y el factor de atribución: Dolo, concebido, justamente dentro de estas modernas teorías del funcionalismo normativista, y con ello poder verificar la hipótesis planteada, materia del presente trabajo.

## **2. PRINCIPALES SISTEMAS DE IMPUTACIÓN.**

### **2.1. La imputación objetiva en la obra de Claus Roxin.**

Todo empieza, cuando se centraron los esfuerzos en el rediseño de la teoría del delito a partir de la noción de intencionalidad, que poco después fue reemplazada por la de finalidad y que, con el paso de los años permitió el surgimiento de una concepción del delito que hoy se conoce con la denominación de finalismo. En el



delito doloso es justamente la finalidad la que marca la diferencia entre aquellas conductas que interesan al derecho penal y aquellas que escapan a su ámbito de acción. Ello finalmente tuvo como resultado, el nacimiento de una doctrina, que con el transcurso del tiempo fue concibiendo ciertos principios, que pasaron a ser estudiados y analizados por la doctrina bajo el rubro de “imputación objetiva”, que puede ser definida como una serie de principios surgidos al interior de la tendencias finalistas de la teoría del delito para intentar solucionar los problemas que dentro de ellas presentaba el ilícito imprudente. Por razones de espacio tiempo y los fines de este trabajo, en lo que siguen de estas líneas vamos a dar cuenta cómo nace la teoría de la imputabilidad objetiva, de una manera sencilla pero muy ilustrativa a través de la casuística, que es finalmente, donde de manera vívida en el caso de los delitos imprudentes, va naciendo ésta teoría, con el fin de dar mucho mayor corrección a las soluciones que se iban ensayando al resolver la casuística en ese tipo de delitos, que al irse diferenciado un caso de otro encontraba en los tribunales dificultades a la Luz de las teorías que se habían desarrollado o concebido hasta entonces que es finalmente donde alcanza su mayor desarrollo; y lo haremos desde los albores del Derecho Penal cuando, surgieron los primeros trabajos sobre las tesis causalistas, para desembocar en la Teoría finalista, y su dificultad para sistematizar en ésta los delitos imprudentes, siendo que de esa forma empiezan a nacer los primeros trabajos que finalmente se convertirían en lo que hoy conocemos como “la teoría de la imputabilidad objetiva”. Véase: (JAKOBS, Gunther, *La imputación objetiva en Derecho penal*, 1ª reimpr., traducción de Manuel Cancio Meliá, Grijley, Lima, 2001; CANCIO MELIÁ, Manuel, *Líneas básicas de la teoría de imputación objetiva*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2001; FEIJOO SANCHEZ, Bernardo José, *Imputación objetiva en el derecho penal*, Grijley, Lima, 2002; CARO JOHN, José Antonio, *La imputación objetiva en la participación delictiva*. Grijley, Lima, 2003; GARCIA CAVERO, Percy, *Derecho penal económico. Parte general*, Ara, Lima 2003).

Claus Roxin puede ser considerado como el científico que dio, en la década de 1960, un impulso decisivo a la teoría de la imputación objetiva. En 1962 aparece un trabajo de gran importancia “Infracción del deber y resultado en los delitos imprudentes”, en el cual resuelve el problema de las llamadas “conductas alternativas conforme a derecho (también llamados “cursos regulares hipotéticos), con base en la “elevación del riesgo” (Roxin, *Infracción del deber y resultado en*

los delitos imprudentes-Problemas básicos del Derecho penal, 1976, pág. 149 ss.); así como otros trabajos de gran importancia que han servido de influjo en la dogmática penal alemana, y sus ideas han sido desarrolladas fundamentalmente por tres de sus discípulos más distinguidos: Rudolphi, Schünemann y Wolter.

A través de ROXIN en su monografía *Política Criminal y sistema del Derecho Penal* que sacara a La luz en 1970, se inicia una vertiente dogmática que pretende superar la polémica existente hasta aquel entonces entre causalistas y finalistas que tanto había generado, a su vez superar los inconvenientes prácticos a los que había conducido la dogmática tradicional. Es decir, hasta el momento dogmática y realidad se encontraban ubicadas en planos distintos e incomunicados, y en no pocas ocasiones las soluciones dogmáticas —adoptadas al margen de la realidad social— producían resultados insatisfactorios desde una perspectiva práctica. ROXIN trata de que dicha incomunicación sea orientada a un Derecho penal cuya sistemática, se conceptualizada como un sistema abierto, a aquellas valoraciones Políticos Criminales. En realidad lo que desea Claus Roxin, es un sistema ordenado metódicamente que abarque el Derecho Penal y Política Criminal. Esto implicará un a normativización de los conceptos, lo que a su vez significará una menor graduación del desarrollo ontológico de cada uno de los niveles propios del sistema en particular de los conceptos y la realidad, que era propugnada por los finalistas. En suma las categorías del delito -tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, deben ser reconstruidas, bajos los fines de su función político criminal. Así, a manera de ejemplo la categoría de la imputación objetiva planteada por Claus ROXIN no deberá sustituir a la causalidad, más por el contrario deberá complementarla para perfeccionar en el marco del tipo objetivo la concepción de imputación. Todas las categorías dogmáticas deberán ser explicadas desde los fines de la pena, que vienen dadas por el propio sistema social.

## **2.2. Aproximación al pensamiento de Jakobs.**

Günther JAKOBS intenta superar el relativismo que acoge la construcción de ROXIN y sus discípulos, otorgándoles un funcionalismo particular a todos los conceptos jurídico-penales al que cree fin último del Derecho penal, es decir, a la prevención general positiva. Para Jakobs, será el propio ordenamiento jurídico-penal, el que tenga la misión de velar por la subsistencia de sus propias normas,

porque esta es la base misma de la sociedad, por ende esta se apoya en ellas, y del orden social conformado, a su vez los individuos que conforman la sociedad se verán preservados por el Derecho Penal, en tanto que si la sociedad en si misma se ve protegida por el Derecho Penal, también lo serán las personas que la conforman.

En tal sentido la funcionalización realizada por JAKOBS no sólo se extiende a los conceptos jurídico-penales, sino que llega a funcionalizar al sistema jurídico-penal mismo, en el marco de una teoría funcionalista-sistémica de la sociedad construida en base a las formulaciones de Niklas LUHMANN. Para LUHMANN el Derecho no es otra cosa que un sistema social; se trata, según su formulación, de la estructura de un sistema social vinculada a la generalización congruente de expectativas normativas de comportamiento. Para JAKOBS cuando se violan las normas jurídicas se produce una decepción que exige la reafirmación de las expectativas defraudadas, y congruentemente con ello, considera que el fin del Derecho penal es la estabilización del mismo sistema social mediante la estabilización de las normas en el referido sistema, de manera que la imputación derivará de la infracción de la norma en cuanto que infracción de las expectativas sociales. La pena es así, para JAKOBS, la demostración de la vigencia de la norma a costa de un sujeto competente, y como señala el profesor de Bonn, la misma no repara o no tiende a evitar lesiones de bienes jurídicos, sino que, según su concepción, la misma «confirma la identidad normativa de la sociedad. Por ello, el Derecho penal no puede reaccionar frente a un hecho en cuanto lesión de un bien jurídico, sino sólo frente a un hecho en cuanto quebrantamiento de la norma». Bajo la construcción de JAKOBS, de manera similar a la formulación de LUHMANN, todos y cada uno de los individuos que forman la sociedad tienen atribuidos unos determinados papeles que generan a su vez determinadas expectativas en los demás.

De esta suerte, cada uno de los sujetos que conforman la sociedad son garantes de que las expectativas existentes acerca de ellos no se vean frustradas. De alguna manera, para JAKOBS, lo importante no son los individuos sino lo que simboliza su comportamiento en relación con la vigencia de la norma. De esta suerte, tanto el cumplidor de la norma, como el infractor, tienen una comunicación con la sociedad mediante su diferente forma de actuar, que adquiere sentido diferente. JAKOBS diferencia dos ámbitos de competencia de los sujetos: la

competencia organizacional y la competencia institucional, y las frustraciones en que pueden incurrir los sujetos en esos diferentes ámbitos será lo que determine, a su vez, la diferencia entre delitos por competencia organizacional y delitos por competencia institucional. El planteamiento de JAKOBS, atribuyendo la posición de garante a todos los individuos en la sociedad en relación con las expectativas que derivan de los papeles que desempeñan socialmente —sin hacer distinciones en relación a su comportamiento activo u omisivo—, producirá que la trascendental diferencia que desde una perspectiva ontologicista se evidencia entre delitos de comisión y delitos de omisión, bajo esta perspectiva, se vea sensiblemente diezmada, y casi podríamos decir sustituida, por la diferenciación entre delitos por competencia organizacional y delitos por competencia institucional.

### **3. LA RENORMATIVIZACIÓN DE LOS CONCEPTOS PENALES**

El Derecho penal para JAKOBS cumple capitalmente una función de reestabilizar expectativas previamente defraudadas, y para ello precisará una auténtica y completa renormativización de los conceptos jurídico-penales. De esta suerte, la teoría del delito del profesor de Bonn es una auténtica teoría de la imputación. Para la concepción jakobsoniana, el aspecto nuclear se centrará así en la eficiencia de la pena en orden a la reafirmación de la validez de la norma y la reestabilización del sistema. Para JAKOBS la relación entre delito y pena deriva del significado simbólico de ambos conceptos: el delito es la negación objetiva de la norma, pero no con un significado empírico, sino comunicativo, y la pena es, también simbólicamente, la respuesta que confirma la norma. Es decir, la conducta criminal, el delito, presupone un comportamiento que significa el poner en cuestión la validez y vigencia de la norma, conducta frente a la que se erige la sanción con la que se responde no al daño a un determinado bien jurídico, sino a un daño a la vigencia de la norma infringida. Las normas penales no son así, según esta concepción, mandatos imperativos dirigidos a los individuos, sino que contendrán, de manera significativa y de forma generalizada, la previsión de la reacción simbólica a la conducta, también significativa, de los sujetos. Las normas son, en palabras de LESCH, «estructuras simbólicas generalizadas» (LESCH, 1995, pág. 85). De esta forma, la norma penal, mediante la previsión de la sanción, refuerza las expectativas contempladas para el caso de defraudación. En estos casos, la expectativa se reafirma. Una de las principales críticas que recibe la construcción de JAKOBS es precisamente la de su pretensión

de hacer pivotar toda la concepción del Derecho penal en el fin de la prevención general positiva, ya que si bien es cierto que el Derecho penal cumple una función estabilizadora y de reafirmación de la colectividad —a largo plazo—, de y en las normas sociales, las costumbres y las expectativas, parece exagerado atribuir a dicha función la misión única y principal del Derecho penal, que se convertiría, de esa suerte, en un instrumento directo y principal del fomento del consenso social y de evitación del disenso. En esta misma línea, y de ahí otra de las críticas que se formulan a la construcción jakobsoniana, la pretensión de consenso que se propugna salvaguardar con el Derecho penal pugnaría con la legítima pretensión de cambio de la realidad social actual, y además, en la medida en que JAKOBS no es capaz de definir racionalmente las características del sistema social hacia el que funcionaliza toda su teoría, formula sus concepciones en base a un sistema social abstracto, y por tanto compatible con múltiples hipótesis de sociedad y de opciones político criminales diferentes. Crítica a la formulación sistemática de JAKOBS lo ha sido también el que, partiendo éste de la teoría sistémica de LUHMANN, ha incurrido en una formulación patentemente contradictoria en relación con determinados postulados de tal teoría, en especial por lo tocante con la posición ocupada por el sujeto en relación con el sistema social. Así, mientras que para LUHMANN el sistema social o la sociedad se compone tan sólo de comunicaciones y no de conciencias individuales, JAKOBS, sin embargo, parece dar entrada en el sistema a la misma conciencia individual, por ejemplo, al considerar el delito como la conducta que, en virtud de la motivación subjetiva del individuo y de su conciencia, incurre en contradicción a la norma; o como sucede, por ejemplo, con su concepción de la culpabilidad, en la que da entrada a la responsabilidad del sujeto con un contorno de conciencia autónoma y libre que le produce incurrir en el riesgo de ser incoherente de nuevo con los presupuestos luhmannianos que dejarían estos aspectos fuera del sistema mismo —si bien es cierto que la alternativa supondría caer en una incontrovertida instrumentalización rechazable de tal concepto, situándolo completamente al margen de la dignidad de la persona—; JAKOBS y su Escuela, por otra parte, se quedan a medio camino de la que sería la posición de LUHMANN cuando en múltiples ocasiones no les queda otro remedio que tomar en consideración al hombre desde una perspectiva naturalística a la hora de reconocer que el sistema se comunica con el mismo a través de la pena y del delito, los cuales, siendo comunicación, tienen que comunicar, precisamente, con los sujetos reales y libres y no con el sistema mismo, en tanto que en otras ocasiones

parecen referirse a una comunicación del sistema con el propio sistema y no con los individuos.

#### 4. INSTITUCIONES DOGMATICAS DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA.

##### 4.1. Deber Jurídico de Cuidado.

El reconocimiento que toda conducta humana es final acarreó entre otras importantes consecuencias el desplazamiento del dolo desde el ámbito de la culpabilidad (lugar que le correspondía dentro de la concepción causalista del delito) al de la tipicidad, ubicándolo de manera concreta en lo que desde entonces se denominó el tipo subjetivo. Pese al buen funcionamiento del sistema en relación con los delitos dolosos, claramente caracterizados por la existencia de una intencionalidad dirigida a la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, pronto enfrentaron los finalistas problemas en el ámbito del delito imprudente; pues al ser su principal característica la producción de un resultado no querido, el factor de la intencionalidad de la conducta no prestaba ninguna utilidad para explicar la razón de ser de la punibilidad en el caso de los delitos imprudentes, lo cual suponía un serio inconveniente sistemático.

De esa forma se intentaron dar soluciones al problema, y se ensayó aquella de orden sistemático, la primera de las cuales consistió en hacer referencia a, una “finalidad potencial” del autor, afirmando que si bien quien comete un delito imprudente carece de voluntad de causar un resultado nocivo, su conducta es penalmente reprochable en cuanto podía y debía haberse comportado en forma diversa a como lo hizo, para poder evitar la sobrevenida del resultado”, pese a que esa “finalidad potencial” debería estar referida a esa posibilidad concreta de actuación del autor, era forzoso reconocer que esta propuesta suponía para el finalismo la aceptación de que los delitos imprudentes, el resultado es producto de esa “causalidad ciega” que con tanto empeño combatieron. Esta incompatibilidad, hizo que pronto “Welzel” abandonara, ese intento de solución reemplazándolo por uno diverso que descansa sobre el concepto de “infracción al deber objetivo de cuidado”, de acuerdo a esta tesis, lo que en el delito se reprocha es la no observancia del deber de cuidado exigible en el desarrollo de la acción generadora del resultado lesivo. Pese a que la “objetividad” de este concepto pudiera parecer incompatible con una teoría final del injusto de

marcada tendencia subjetiva, la aparente inconsistencia podía ser obviada recurriendo a la afirmación complementaria del propio autor, en el sentido de que la acción descuidada omitida debió ser intencional, de manera que mientras en los delitos dolosos es necesario el examen de la condición de final de la acción, en los imprudentes la atención debe centrarse en la indebida ausencia de la conducción final de una acción encaminada a evitar el resultado, lo cual supondría que, en todo, caso, lo determinante dentro de esta concepción del delito seguiría siendo de ese modo la forma como la acción final es conducida por el autor.

Pese a los esfuerzos realizados por los partidarios de esta corriente doctrinal, lo evidente esta última precisión no se logra ocultar que el finalismo se vio forzado a abandonar la intencionalidad de la conducta como fundamento de la punibilidad del delito imprudente, lo cual puso en evidencia un gran problema sistemático al verse abocados a bifurcar la teoría del hecho punible, edificando el reproche del delito doloso sobre la intencionalidad de la conducta y la sanción de delito imprudente a partir de la lesión del deber jurídico de cuidado. No obstante lo trascendental de esta dicotomía dentro de lo que pretendía ser una concepción unitaria de delito, la aparente solidez teórica de la infracción al deber jurídico de cuidado como razón de ser de la intervención del Derecho Penal frente al delito imprudente, llevó a que la doctrina ampliamente mayoritaria la acogiese sin vacilación.

Es de esta forma como va naciendo y apareciendo los primeros esbozos si bien de manera teórica y/o académica como una suerte de corrección, a efectos de ubicar dentro de un esquema finalista, la búsqueda de la solución correcta- en términos de ubicación- para el caso del delito imprudente. (No está demás señalar la predilección de los alemanes en esquematizar todos los conocimientos que iban obteniendo a medida que el derecho iba evolucionando, y que la doctrina y la jurisprudencia iban concibiendo a partir de dicha evolución; a través de la graficación de cuadros rigurosamente organizados, como sucede en el ámbito civil también a partir de la labor de los pandectistas en la elaboración de la teoría de los actos jurídicos en sentido estricto y la del negocio jurídico).

Poco después a partir de la experiencia judicial, a través de la casuística, se encargaría de demostrar pronto que, la lesión al deber jurídico de cuidado, no

era suficiente como correctivo de la relación causal-acción-efecto-consecuencia-resultado-daño, para delimitar aquellos eventos en los que el Derecho Penal debe intervenir, de aquellos otros que deben permanecer por completos ajenos a su ámbito de aplicación.

A medida que se sucedían los casos en los tribunales, se fue advirtiendo que la observancia del deber jurídico de cuidado no era suficiente en determinados casos para darle una solución correcta y adecuada, es decir darle el correctivo justo a la relación de causalidad para determinar quién debía ser considerado finalmente como autor de acuerdo a los principios fundamentales en que se estructuraba las bases ontológicas del derecho mismo.

Así ocurría en el caso en que, un conductor de un camión que en carretera sobrepasó un ciclista a una distancia inferior a la permitida por el Código de Circulación, durante la imprudente maniobra de sobrepaso, el ciclista perdió el equilibrio y murió arrollado por las ruedas traseras del vehículo. Los médicos legistas como consecuencia de la necropsia determinaron que el ciclista había estado conduciendo en alto grado de alicoramiento. En este caso al ser sometido al examen de la infracción del deber jurídico de cuidado, para poder darle solución, se llegaba a la conclusión, que no solo el conductor del camión lo había infringido con su comportamiento al haber adelantado al ciclista a una distancia inferior a la permitida por el Código de Tránsito, sino que este último también lo había lesionado al guiar su bicicleta en estado de ebriedad, contraviniendo de esa forma los preceptos precisos del Código de Tránsito. Las discrepancias no se hicieron esperar, dado que los fundamentos que sirvieron como soporte, haciendo referencia a la inevitabilidad del resultado aún en el caso en que el conductor se hubiese comportado conforme a derecho, no conseguía explicar de manera satisfactoria y correctamente, la ausencia de responsabilidad.

#### **4.2. Creación del Riesgo superior al permitido.**

Con la no muy satisfactoria solución que encontraba la casuística en la aplicación del concepto de lesión o infracción al deber jurídico de cuidado, en casos determinados como el descrito; es que en el año 1962 Claus Roxín -Uno de los más importantes precursores en el desarrollo de la Teoría de la Imputabilidad



Objetiva, que hace suyo o se le atribuye en mayor medida haber sido el creador del Principio del Riesgo Permitido, que sustenta esta teoría. Entre sus más sobresalientes trabajos en el tema tenemos: “ROXIN, Claus. La Teoría del Delito- En la discusión actual. Traducción de Manuel Abanto Vásquez. Edit. Grijley, Lima, 2007. pp. 113 y ss.”; donde aborda con mucha brillantez y razonamiento impecable el principio en mención así como las muy fundamentadas críticas que hizo a la solución de casos reales a través del Principio de Prohibición de Regreso en cuanto a la lógica y razonamiento utilizados para ello, llegando a una mejor solución a través de una mejor y muy elaborada tesis que se sustenta en la aplicación correcta de tal principio.

Allí propuso que el resultado debería imputársele a una persona cuando ella con su conducta, hubiera creado un riesgo que fuera superior al permitido para la ejecución de la conducta respectiva. Como este planteamiento supone la imputación de un resultado cada vez que alguien despliegue una conducta con la cual eleve el riesgo por encima del límite permitido, esta tesis fue conocida finalmente con el nombre de “Teoría de la evaluación del riesgo” o “teoría del incremento del riesgo”. Finalmente esta teoría permitió a las concepciones de corte finalista contar con un instrumento o mecanismo adicional para la solución de los problemas que planteaba el delito imprudente, y para cuya solución no resultaban suficientes la mera referencia la relación causal, ni la remisión a la figura de la infracción del deber objetivo de cuidado.

#### **4.3. Teoría del Fin de protección de la norma.**

Sin embargo, a pesar de la utilidad que presentaba en la práctica forense el principio de la elevación del riesgo, poco a poco la casuística ofrecía otros supuestos de hecho, que hacían dificultoso el quehacer judicial al momento de encontrar una solución a los casos que aparecían en la realidad, relevante es el que sucede con una señora que conducía su vehículo dentro del perímetro urbano de una pequeña población alemana, a una velocidad superior a la permitida por el código de Circulación, razón por la que no pudo evitar atropellar a un hombre que intentaba cruzar la calle; debido al impacto, el peatón sufrió algunas heridas de consideración que hicieron necesaria una intervención quirúrgica y su permanencia en un centro hospitalario durante un período relativamente prolongado. El paciente que inicialmente debió ser alimentado por

medio de sonda, recibió después de algunos días la autorización médica para consumir alimentos por vía oral, por lo que una empleada de la clínica le suministró una sopa, durante cuya ingestión el paciente se atoró con un trozo de comida que finalmente se alojó en uno de sus pulmones, sin que el procedimiento de lavado pulmonar al que fue sometido de manera inmediata consiguiera evitar su fallecimiento a consecuencia de una neumonía.

Para la solución de este problema no resultaba útil lo estudiado hasta aquí, pues resultaba innegable que la conducta de la procesada (conductora del vehículo) no sólo fue causa del resultado de la muerte, sino que además su conducta fue claramente violatoria de las normas de tránsito que regulaban la velocidad dentro del perímetro urbano; por consiguiente, implicó una lesión al deber jurídico de cuidado, pero incluso la remisión del principio y la elevación del riesgo resultaba poco útil para la correcta solución al caso, pues siendo claro que con su conducción por encima de los límites de velocidad legalmente autorizados, por lo que no puede negarse que la señora incrementó el riesgo, ante lo cual debería concluirse que era responsable de un homicidio imprudente; sin embargo tal resultado, por lo demás, parecía inaceptable en las condiciones dentro de las cuales, finalmente se produjo el fallecimiento de la víctima.

En el intento de solucionar casos como este, es que los estudiosos del derecho penal tuvieron que finalmente recurrir a un antigua pero alentadora teoría desarrollada en el seno del Derecho Civil alemán, conforme a la cual sólo debía de responder por las consecuencias nocivas de una conducta, cuando la norma que con ella se infringiera tuviera como finalidad la prevención del resultado dañoso. Nuevamente Roxín, introduce una solución ante esta situación como un mecanismo de solución para los casos de delitos imprudentes, que desde entonces es conocido con el nombre de “teoría del fin de protección de la norma” y que, en el ejemplo propuesto, permitiría liberar a la acusada de la responsabilidad penal por la muerte del atropellado, sobre el supuesto que las normas que regulan el límite de la velocidad dentro del perímetro urbano no tienen como finalidad el evitar que las personas fallezcan atoradas con residuos de comida.

Sin embargo frente a la especialidad de los supuestos de hecho en los que debía de aplicarse, trajo como consecuencia la división en la doctrina, resultando relevante la necesidad que dentro de un esquema finalista se tuvo de recurrir a

la creación de un nuevo principio que les permitiera solucionar algunos de los inconvenientes prácticos que seguía planteando el análisis del delito imprudente; por eso no debe sorprender que el propio Roxin haya señalado que el fin de protección de la norma debe ser utilizado como un complemento necesario de la teoría de la elevación del riesgo.

A lo largo de los años la doctrina se ha esforzado por sistematizar el estudio de estos principios a través de la distinción entre dos elementos que habrían de componer la noción de imputación objetiva, los cuales serían la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y la realización de dicho riesgo en el resultado, como elementos de la imputación objetiva, dentro del primer requisito se ocupa de la disminución del riesgo y el empleo de los cursos causales hipotéticos, mientras como parte del segundo desarrolla lo relacionado con los principios del fin de protección de la norma, la conducta alternativa conforme a derecho y el incremento del riesgo.

#### **4.4. Prohibición de Regreso.**

A medida que se iban generando más casos en la sociedad, con relación a los delitos imprudentes, en particular suscitó interés a nivel doctrinal el caso siguiente: Un sujeto que asistía como espectador, a una obra de teatro, entregó su abrigo a uno de los empleados de la recepción sin antes advertirle que dentro de él se hallaba un revolver cargado y desasegurado, durante el transcurso de la función uno de los acomodadores del teatro encontró el arma dentro del abrigo y pensando que se encontraba descargada, la accionó dando de esa forma muerte a un tercero.

Frente a la pregunta si el dueño del abrigo podía ser responsabilizado como autor de un homicidio imprudente, la referencia a la relación de causalidad no arrojaba mayores luces, ante el evidente vínculo causal entre la conducta del propietario del abrigo y la muerte de la víctima, tampoco mediante el deber jurídico de cuidado se conseguía avanzar demasiado, pues no podía dejar de desconocerse la forma descuidada como el arma de fuego fue dejada en el abrigo al ser entregado éste en la recepción del teatro, ponía de manifiesto una infracción al deber jurídico de cuidado; también resultaba insatisfactorio el recurso a la teoría de la elevación del riesgo, en cuanto los hechos materia de

análisis dejaban de ver con su conducta, que el propietario del abrigo había elevado el riesgo por encima de lo permitido, finalmente, de recurrirse a la teoría del fin de protección de la norma, los resultados seguían siendo poco satisfactorios, pues resultaba imposible desconocer que las disposiciones legales que regulan la manipulación de armas de fuego tienen como una de sus más claras finalidades, el impedir que con su inadecuado manejo se causen lesiones o muertes a terceras personas.

Con la convicción que casos como estos el autor de la conducta debería ser liberado de responsabilidad penal por el daño finalmente acaecido, alguna parte de la doctrina recurrió a la reformación de un antiguo principio denominado “prohibición de regreso”, que había sido expuesto a comienzos del siglo XX en Alemania por el profesor Reinhart Frank como un mecanismo para impedir que la responsabilidad penal se extendiera de manera ilimitada; conforme a este planteamiento original de la prohibición de regreso un garante no debe responder por todas las posibles afectaciones que pueda sufrir el bien jurídico cuya custodia le ha sido encomendada. En términos generales puede entonces afirmarse, que con la prohibición de regreso se pretendió exonerar de responsabilidad penal a quien con su conducta posibilita la ejecución del hecho delictivo, equiparando así el comportamiento de esa persona con el de quien despliega una conducta socialmente adecuada (Günther, 1991).

Hasta el momento actual han sido muchas las fundamentaciones y desarrollos que de él se han expuesto, bien sea planteándolo como un mecanismo de interrupción del nexo causal, o exponiéndolo a partir de la noción de previsibilidad, o mencionándolo como un ejemplo de participación impune, o bien señalándolo como una limitación al principio de dominabilidad del hecho.

#### **4.5. Protección de la Víctima.**

Con el tiempo, se demostró que ni siquiera se lograba dar adecuada solución a los supuestos de hecho que se iban presentando en la compleja realidad a través de la casuística, en la práctica judicial, en materia de delitos imprudentes en otro grupo de casos del que extraemos el siguiente, perteneciente a la jurisprudencia austríaca: Durante una acalorada discusión en una taberna, la víctima insultó reiteradamente al acusado, éste finalmente decidió agredirla

lanzándole un vaso de vino contra la cara. Como consecuencia de este golpe, la víctima recibió o sufrió una cortada en el arco superciliar derecho y además una perforación en el globo ocular con sangrado interno en la antecámara del ojo. A las pocas horas de ocurrido el incidente, en un centro de atención médica le fue saturada la herida del arco superciliar y se le recomendó una práctica inmediata de una intervención quirúrgica para subsanar la herida interna del ojo, recomendación que fue rechazada por el interno. Dos semanas más tarde cuando la víctima acudió a un centro clínico para que le fueran retirados los puntos de la sutura, fue aconsejado por los médicos en el sentido que debía buscar un oculista para que le examinara la herida interna del ojo, consejo que también fue desatendido por el herido, quien prefirió seguir tratando la herida con remedios caseros. Cuatro meses después, cuando la víctima decidió acudir a un centro hospitalario, para que le fuera tratada la herida interna del ojo, este tuvo que serle quirúrgicamente retirado, debido a lo avanzado del proceso infeccioso.

Ahora bien, la posible existencia de una relación causal entre la conducta del agresor quien lanzó el vaso de vino contra el rostro de la víctima y la pérdida del ojo que ésta sufrió la respuesta debía de ser naturaleza afirmativa. De profundizarse un poco más en el análisis de los elementos hasta ahora utilizados para el estudio del delito imprudente, tendría que aceptarse que cuando el autor de la conducta lanzó un objeto contundente contra la víctima, no sólo infringió el deber objetivo de cuidado sino que, además, incrementó el riesgo de lesión al bien jurídico de la integridad personal, con un comportamiento que, sin lugar a dudas, puede ser considerado como propio del ámbito de protección de las normas con las que a nivel social se pretende regular la conducta de los ciudadanos frente a los demás. Ahora en cuanto al análisis del caso a la Luz del principio de prohibición de regreso, entendido de manera general como la imposibilidad imputar un resultado a quien de manera culposa da lugar a la producción dolosa del mismo, no podría disculparse la responsabilidad penal del autor. Así las cosas con el recurso a estos instrumentos de que disponía el finalismo para analizar los delitos imprudentes, debería concluirse que el autor de la conducta aquí analizada debería ser penalmente responsabilizado por el resultado “pérdida del ojo” sufrido por la víctima, solución que no resulta del todo satisfactoria.

Para dar solución a casos como estos, la doctrina recurrió a un nuevo principio que suele ser conocido con la denominación de “ámbito de protección de la víctima”, conforme al cual no deben ser atribuidos al autor de la conducta aquellos resultados que correspondan a la esfera de protección de la víctima. De manera general podemos establecer que el resultado no debe serle imputado al primer autor cuando él pueda ser tenido como consecuencia del comportamiento equivocado de la víctima-considerados como errores graves de ésta.

Finalmente frente a la complejidad de los casos prácticos relacionados con la comisión de delitos imprudentes, la doctrina siguió viéndose impelida a la creación de nuevos criterios destinados a la correcta solución de esos complejos supuestos de hecho.

Finalmente cabe señalar que lo destacable es que con el transcurso del tiempo esos principios comenzaron a ser analizados por la doctrina bajo el rubro de “imputación objetiva”.

## **5. LA IMPUTACIÓN OBJETIVA DENTRO DE UNA CONCEPCIÓN NORMATIVA DE LA TEORÍA DEL DELITO.**

Una concepción normativa del delito empieza por admitir que el delito o que el hecho punible no es un fenómeno natural, sino producto de la vida del ser humano en sociedad; de esa forma el derecho penal, no es nada diverso de un mecanismo de control social, regulador de la conducta del hombre en sociedad, y por consiguiente perteneciente al mundo del deber ser; en tanto ello su estructura no puede ser considerada, diseñada y construida por concepciones tomadas de las ciencias naturales. No se niega que las conductas no pertenezcan al mundo de lo natural, sino que, el eventual reproche que esas conductas merezcan, no resulta de su apreciación como meras manifestaciones ontológicas del intelecto humano, sino de la comparación del comportamiento efectivamente realizado con aquel que socialmente se esperaba del autor. (Observancia del deber jurídico de cuidado).

Ahora bien la existencia de cualquier asociación presupone la existencia de normas que regulen el comportamiento de cada uno de los individuos que la componen, lo que en términos más precisos significa que a cada persona le es exigible el desarrollo de determinadas actividades, las mismas que se encuentran regidas bajo ciertas normas, cuya inobservancia, implica para él consecuencias negativas.

Para utilizar términos propios de la sociología, se diría que el derecho es un generador de expectativas a nivel social, cuya inobservancia puede ser catalogada como una defraudación. Dentro de estas concepciones, es relevante destacar entonces, que no todas las personas están sujetas a determinadas obligaciones, y que éstas incluso varíen en la misma persona, dependiendo de la actividad concreta que en un momento determinado desarrolle, de acuerdo al rol social que desempeña cuando realiza la misma. Así por ejemplo los deberes de comportamiento que a nivel social tiene quien labora como salvavidas en una playa, son diversos de los que posee un turista, así como las obligaciones radicadas en cabeza de un cirujano difieren de las asignadas a una obstetra; con la misma lógica, debe admitirse que cuando un persona guía un vehículo automotor debe cumplir con los deberes propios de un conductor, pero cuando la abandona para recorrer las calles a pie, debe atender las obligaciones propias de un peatón. Esta es la diferencia en cuanto a los deberes que se imponen a cada individuo dependiendo de la actividad social que realiza en determinado momento; así de esa forma encuentra corrección, aquel salvavidas que nada hace por salvar la vida de una persona bañista que se ahoga, resulte ser responsable penalmente como autor de un homicidio, de aquel turista que frente a la misma situación se abstiene de emprender una maniobra de rescate, no se le pueda reprochar, por el mismo hecho.

Consecuentemente, es conforme al rol, que cada persona o individuo desarrolla al interior de la sociedad o a nivel social, y la correcta ejecución de las actividades propias de cada uno de esos roles, que supone el cumplimiento de determinadas expectativas de comportamiento; y cuya inobservancia generan defraudación social, entendida como imperfecta ejecución de un rol; esas obligaciones que bajo determinadas circunstancias debe cumplir el individuo constituyen el ámbito de competencia de cada individuo, pues sólo a quien respecto de determinadas actuaciones posee una posición de garante puede serle reprochado su comportamiento desviado.

De esa forma podemos deducir porque el interés del Derecho Penal no ha reaccionado por la existencia de una mera lesión causal e intencional del bien jurídico, sino justamente por la forma como ha sido atacada ese bien jurídico; en tanto el boxeador lesione o incluso de muerte a su oponente, durante el desarrollo de un combate reglamentario de boxeo, se tratará de una conducta valorada como correcta en cuanto el autor se ha mantenido dentro del riesgo permitido. Por el contrario

cuando el asaltante ataca a su víctima con la pretensión de despojarlas de sus bienes, de lesionarla o incluso de producirle la muerte si bien es la causa de ese daño al bien jurídico protegido y lo ha provocado de manera intencional, la intervención del Derecho Penal no obedece a esos factores al hecho de que el comportamiento desplegado por el autor o por ese sujeto puede ser considerado como creador de un riesgo jurídicamente desaprobado que se realizó en el resultado.

En una concepción normativa de la teoría del delito, la diferencia entre las esferas objetivas y subjetivas, no depende que los elementos que la componen se encuentren fuera o dentro de la mente del ser humano, como si ocurría en las concepciones causalista y finalista. Por el contrario, mientras lo objetivo será el estudio de la conducta del hombre en cuanto a ser social, lo subjetivo hará referencia al análisis del comportamiento del hombre en cuanto individuo, desde el punto de vista nominal, el primero de dichos aspectos recibirá el nombre de imputación objetiva, al paso que el segundo será denominado imputación subjetiva.

A efectos de ilustrar mejor la diferenciación, en la doctrina se suele explicar el caso de un cirujano que viene siendo investigado por la posible comisión de un delito de homicidio imprudente, en cuanto el paciente que intervenía quirúrgicamente falleció en el transcurso de la operación. En un primer nivel de análisis, el de la imputación objetiva, debe analizarse la conducta del hombre en cuanto ser social, en este caso concreto significa evaluar la actuación del cirujano, para determinar si ella se desarrolló dentro del riesgo permitido o si, por el contrario, con ella se creó un riesgo jurídicamente desaprobado que se realizó en el resultado. El primer interrogante tendrá que ver entonces con la cuestión de si la intervención quirúrgica se desarrolló conforme a la *Lex artis* (lo que supondría que el médico e mantuvo dentro del riesgo permitido) o sin con ella se desconocieron los parámetros trazados por la ciencia médica (en cuyo caso el cirujano habrá creado con su conducta un riesgo jurídicamente desaprobado), en este primer nivel de valoración resulta importante tomar en consideración la “representación de la realidad”, entendida como el conocimiento que de la situación competía al portador de roles, de tal manera que sólo podrá imputarse objetivamente un resultado a quien en un determinado rol social le era exigible la comprensión de los elementos de su conducta y el conocimiento de la prohibición que con ella infringía. En el ejemplo propuesto si se llegara a la conclusión de que la operación fue realizada conforme a la *Lex artis*, la conducta del cirujano carecerá de interés para el Derecho Penal por encontrarse dentro del riesgo



permitido, con absoluta independencia de que ella haya sido o no causa del fallecimiento de la víctima y sin importar siquiera si el médico actuó con intención de causarle la muerte.

Si por el contrario la respuesta fuere negativa en cuanto se demostrara que no sólo la conducta del cirujano fue contraria a la técnica médica (creación de un riesgo jurídicamente desaprobado), sino que además esa incorrecta intervención quirúrgica determinó el fallecimiento del paciente (realización del riesgo en el resultado). Ese resultado le sería objetivamente imputable al cirujano y, en consecuencia, debería procederse a la elaboración al juicio de imputación subjetiva, en desarrollo del cual se analizarán las circunstancias individuales que determinaron el comportamiento del autor, lo que supondrá, entre otras cosas fundamentalmente, si su conducta fue intencional, o imprudente y si en su favor puede predicarse la existencia de una causa individual de exención de responsabilidad. Una destacada ventaja de esta forma de distinguir los aspectos objetivos y subjetivos del delito, es la de que el Estado no está facultado para examinar el fuero interno del individuo (juicio de imputación subjetiva), sino sólo en cuanto su comportamiento constituya un indebido ataque al bien jurídico (juicio de imputación objetiva); pero mientras un ciudadano se mantenga dentro del riesgo permitido, al Estado le está vedado incursionar en el fuero interno del individuo para intentar establecer la intención con que se desplegó su conducta, o para averiguar la finalidad que con ella perseguía.

### **5.1. Tópicos de relevancia (a manera de resumen).**

De una manera muy sencilla, que la teoría de la imputación objetiva, busca verificar la perspectiva de la imputación de la conducta a través de determinados parámetros que se definen como conceptos que funciona como filtros, los mismos que tiene la finalidad de determinar si una conducta es susceptible de ser considerada típicamente objetiva o no, además debemos señalar que: no se haya sobrepasado un solo filtro para establecer la atipicidad objetiva de la conducta, lo que conlleva a la no atribución del término delito respecto de la conducta investigada. (Exp. N° 142-06, Res. Sup., 2 abr. 2007, 3ª S. P. Reol. En: *CD Jus-Data Jurisprudencia 1*).

Sistematizando los principios que acabamos de exponer de una manera muy didáctica y sencilla, tenemos:

## 1. **Riesgo Permitido:**

1. **Observancia del Deber Jurídico de Cuidado.** La persona, actúa dentro del riesgo permitido, cuando observa el deber de cuidado, es decir se comporta de acuerdo al rol social que le toca desempeñar cuando realiza determinada actividad, observando y cumpliendo con todo lo que le es exigible, de acuerdo a las normas, protocolos, reglas de la ciencia, (lex artis) que regulan, reglamentan, tal actividad. Cumple con los estándares permitidos objetivamente por la sociedad.
2. **Rol Social.** Es el papel, que cada persona en determinado momento y de acuerdo a la actividad que realiza, le toca desempeñar.

Ejemplo:

- El médico, cuando le toca desempeñarse o le es exigible se desempeñe como tal (cuando interviene en una operación quirúrgica, cuando atiende a un paciente y prescribe determinado medicamento, etc.) está obligado a observar todos los protocolos, doctrina, reglas, leyes, etc, de la ciencia médica, de la profesión; no puede excusarse argumentando que no las conocía; justamente si así lo hiciera, estaría incurriendo en culpa; está obligado a conocerlas y a realizarlas, cuando desarrolla el rol de la profesión.
- El conductor de vehículo y el peatón, están obligados a observar todas las normas y reglas de tránsito.
- Así, por el estilo se pueden citar más ejemplos, en los que el sujeto actúa dentro del riesgo permitido, cuando cumple con la observancia de los deberes que lo son exigibles de acuerdo al desarrollo de determinada actividad teniendo en consideración el contexto social se realiza, o el desempeño de determinado rol social. Cumple lo estipulado por su rol.

## 2. **Principio de Confianza.**

Se refiere, al grado de autorresponsabilidad con el sujeto se conduce de acuerdo al rol social desempeñado en la realización de determinada actividad, es el grado de confianza permitido que, en determinada

circunstancia o contexto social, permita inferir que es el grado normal, más allá de lo cual se estaría sobrepasando el grado de confianza permitido. Tenemos una expectativa-más allá de lo cual la sociedad no nos puede exigir que actuemos de otra manera, actuamos en la creencia que el resto de personas están actuando también lícitamente; de no ser así se estaría vulnerando la confianza misma, o la buena fe, como deber de corrección en nuestro actuar, que razonadamente permite que ya no estemos pendientes del comportamiento de los demás, y en consecuencia, hace que nos avoquemos a nuestras conductas (este filtro se da a consecuencia de la división del trabajo, donde la especialización hace que cada trabajador confíe en su superior o inferior, respecto del trabajo que esté realizado).

Ejemplo:

- Como es el caso que la persona arrendataria de un inmueble, sabía que sus inquilinos se estaban dedicando a la micromercialización de droga, por lo cual no existe el espacio de autorresponsabilidad.
- O, en la buena fe en los negocios o desarrollo de la actividad laboral, el caso de los negocios en el trabajo, el caso de la arrendataria que al ser propietaria del inmueble donde se arrendaban cuartos no supone participación en la conducta de sus inquilinos, lo que debe estar corroborado.
- El caso del conductor que desarrolla su actividad de acuerdo a los parámetros de su rol de transportista de carga – chofer, existía en él la expectativa normativa de que su empleador había tramitado correctamente las tarjetas de propiedad falsas.

### 3. **Principio de Prohibición de Regreso.**

Quien obra en el marco de un rol social estereotipado o inocuo, sin extralimitarse de sus contornos, no supera el riesgo permitido, su conducta es neutra y forma parte del riesgo permitido, ocupando una zona libre de responsabilidad jurídico-penal, sin posibilidad alguna de alcanzar el nivel de una participación punible. En términos generales puede entonces afirmarse, que con la prohibición de regreso se pretendió exonerar de responsabilidad penal a quien con su conducta posibilita la ejecución del hecho delictivo,

equiparando así el comportamiento de esa persona con el de quien despliega una conducta socialmente adecuada, de manera que si dicha conducta es empleada por terceras personas con finalidades delictivas, la neutralidad de la conducta adecuada al rol prevalece, no siéndole imputable objetivamente al portador del rol estereotipado la conducta delictiva de terceros, **ya que quien conduce su comportamiento del modo adecuado socialmente, no puede responder por el comportamiento lesivo de la norma que adopte otro;**

4. **Principio de Imputación a la Víctima (Ámbito de Protección de la Víctima).**

- La Víctima crea el riesgo jurídicamente desaprobado. Autopuesta en peligro, la propia víctima se auto-expone, y crea el resultado dañoso.
- Tiene total autodominio de su propia esfera de protección.
- Competencia de la víctima. La competencia de la víctima se aplica cuando la actividad permanece en el ámbito de lo organizado conjuntamente por autor y víctima, Mediante ésta se pone de relieve la relevancia que tiene la figura de la víctima.

Ejemplos:

- El accidente de en el cual se produjo la muerte de una persona que tiene como factores preponderantes el estado ético en que éste se encontraba,
- La muerte de una persona que ocurrió cuando esta ingresó de modo imprudente a la calzada por un lugar no autorizado, luego de saltar una baranda metálica que divide el corredor vial y sin tomar las medidas de precaución y seguridad tendentes a salvaguardar su integridad física

## **UB CAPITULO II**

### **EL DOLO COMO CONCEPTO NORMATIVO: EL DOLO COMO CONOCIMIENTO Y SU IMPUTACION.**

*1. EL DOLO: 1.1.BREVE REPASO DE LA EVOLUCIÓN DEL DOLO, 1.2.EL DOLO SOLAMENTE COMO CONOCIMIENTO, 1.3.LA IMPUTACIÓN A TÍTULO DE DOLO, 1.4.CONOCIMIENTO ACTUAL Y POTENCIAL, 1.5.CONOCIMIENTO DEL TIPO OBJETIVO.  
2.EL CASO DELO CINTURON.*

## 1. **EL DOLO.**

### 1.1. **Breve repaso de la evolución del concepto de dolo.**

La sola exposición respecto de la ubicación sistemática del dolo, ya sea que fuese en la culpabilidad, tal como lo sostenía el sistema tradicional del derecho penal, bajo la escuela el Causalismo naturalista, o en el tipo como lo sostiene el finalismo, no interesa tanto como el hecho que se tenga una definición concreta de lo que ello significa o debe entenderse como tal. Tal vez como concepto objeto, pues como señala el profesor Gimbernat Ordeig “lo que importa al que quiera estudiar Derecho Penal es que el dolo (con sus distintas clases) se lo expliquen alguna vez; y esto -antes o después- los dos sistemas lo hacen. Y por lo que al aspecto didáctico se refiere, creo que tanto como uno como otro modelo estructural se puede enseñar derecho penal: lo supo enseñar muy bien Mezger (tradicional), y lo sabe Jescheck (finalista). Por consiguiente y resumiendo:

EL Finalismo no abandona la tradicional tripartición: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. Ni siquiera introduce o suprime nuevos datos; mantiene los mismos pero los separa y los redistribuye de otro modo entre los tres estrados de la teoría del delito (GIMBERNAT ORDEIG E., 1990, pág. 164).

La exposición del dolo requiere de una revisión histórico sistemática de casi la totalidad de la teoría del delito, particularmente del concepto de acción, el tipo y la culpabilidad, así de una manera resumida podemos decir que en el Causalismo Naturalista, escuela liderada por Von Litz, que identificaba la acción como voluntad, entendida esta como un simple componente inherente a la persona humana, como característica fundamental propia del ser humano, no le emitía ningún juicio de valorabilidad, llegando a ubicar la parte subjetiva en la culpabilidad, bajo el fundamento que allí debía establecerse la relación existente entre el hombre y la producción del resultado típico, relación por lo demás de carácter psicológico, estructuralmente formada por el dolo y la culpa, era allí donde se emitía el juicio de valoración respecto de la relación subjetiva entre la acción y el resultado típico, teñida de algunos componentes de carácter volitivo; sin embargo esta forma de estructuración y de ubicación de la parte subjetiva en la culpabilidad, fue criticada a partir de los primeros rezagos que se presentó para dar solución a aquellos comportamientos culposos de manera inconsciente, -en donde obviamente no concurría el elemento volitivo- y en los que por tal naturaleza, esta corriente naturalista no supo explicar; lo que llevó por muchos años a que su evolución finalmente fuera evocada en la escuela Finalista de Hans Welzel, quien a partir de darle a la voluntad un normativo y

ya no naturalístico, erigido por dotarlo de un juicio de valoración, es que logra ubicar a la parte subjetiva del delito, dentro de la tipicidad, sosteniendo en relación al dolo que una voluntad no puede ser una “voluntad ciega”, un “simple impulso nervioso del ser humano”, que no esté dotado de un propósito, sino que dicha voluntad, cumple un fin en el comportamiento humano, el cual está dado por el hecho que aquella se orienta a buscar un objetivo, planteado por el autor, hacia un fin, el cual es perseguido por el agente para lograr un propósito determinado; ese juicio de valorabilidad que le da este autor, convierte a esta teoría en la estructura fundamental de la escuela finalista; y claro está todo ello evidentemente trajo influencias y connotaciones importantes en la configuración y conceptualización del dolo, que tienen como evolución un punto cumbre, donde posteriormente, el dolo solamente se hallaría estructurado por el conocimiento.

## 1.2. **El dolo solamente como conocimiento.**

Ya hace algún tiempo atrás se ha venido postulando que el dolo está conformado solamente por: “...*el conocimiento, lo que significa que, para afirmar su existencia, bastará con imputar al sujeto el necesario para que reconozca los riesgos implícitos a su conducta y las consecuencias lesivas que ella acarrea, las mismas que defraudan las expectativas sociales esenciales para la convivencia pacífica*” (Jakobs, 1997, núm. Marg.). Por el contrario en un Sistema Penal cuyo sistema normativo, estructurado en normas destinadas a la prohibición de creación de riesgos no permitidos, y garantizar que se mantengan como vigentes aquellas expectativas sociales que los individuos de una sociedad persiguen, de hecho que aquellas actuaciones consideradas desde un punto subjetivo, como más gravosas, serán aquellas en las que el sujeto tuvo pleno conocimiento de la creación o incremento de los riesgos no permitidos; descartando de esa forma, la necesidad de verificar la existencia de un elemento volitivo orientado a ese fin. Sería un despropósito, exigir una «voluntad de creación de riesgos prohibidos», cuando existe ex ante el deber jurídico de evitarlos o en su caso de poder neutralizarlos. Ahora bien conceptos en el ámbito de la dogmática penal se determinan en función a la evolución de la configuración de la sociedad, esta última concepción del Derecho penal es la que se presenta con la más coherente.

Los defensores de las tesis volitivas acaban aceptando que, quien simplemente *acepta, asume, se conforma, se toma en serio o se resigna*, con la producción del resultado - contenida en el tipo objetivo-, para el Derecho Penal quiere dicho resultado, en

consecuencia actuaría con dolo; por ejemplo el sujeto que sabe que su enemigo se encuentra en un edificio que está plagado de gente, y que para él le es totalmente ajena esa situación, lanza una bomba, con lo cual termina matando a varias personas que en ese momento se encontraban en dicho edificio; el elemento volitivo se desvanece al punto, que quien quiera fundamentarlo no tendría como hacerlo, pues alguien podría sustentar que el sujeto del ejemplo tuvo la voluntad de matar a las personas que se encontraban en ese momento en el edificio; por ende para los volitivistas, aquel sujeto que “acepta”, “asume”, “se conforma” “se toma en serio” o “asume”, resignación respecto del hecho “delictivo” (en su tipo objetivo), postulan que para el Derecho Penal, ese sujeto quiere su realización; por ende el concepto de dolo tendría que ampliarse, de lo contrario supuestos como el mencionado tendría que ser sancionado a título de imprudencia. “Lo que prácticamente nadie defiende en la actualidad es que, ante ejemplos como el expuesto, baste con castigar a los sujetos como autores de simple homicidio imprudente” (Ragués I Valles, 1999, p. 49). La jurisprudencia nacional -a pesar de lo señalado- no ha dejado de aplicar la doctrina de corte psicologista, que se fundamenta en la clasificación clásica tripartita (del dolo) que se fundamenta en grados -de probabilidad- del resultado lesivo (dolo directo, dolo de consecuencias necesarias y dolo eventual).

No se trata de un conocimiento que se adquiere en situaciones específicas, es decir que frente a determinadas circunstancias el sujeto evidencie con suma claridad la producción de un “posible” resultado antijurídico, y aún así, deje librado al azar la producción de ese resultado. No!!, el conocimiento tiene que, ser ex ante, como regla generalizada, la misma que se constituye en base al rol que se desempeña cada individuo en determinadas circunstancias, significando un rol social, y lo que este rol le exige como determinado comportamiento, en determinadas circunstancias, el mismo que está estandarizado, o normativizado, y que el sujeto debe conocer, no prever, sino conocer de antemano, antes del suceso, porque es así que la propia sociedad se lo exige, de acuerdo al rol desempeñado en la circunstancia dada; por ello bajo esta tesis el dolo no necesita ser probado, sino imputado; cognoscibilidad de las circunstancias en que actúa, y de acuerdo a ello, que es lo que se exige en el sujeto en cuanto a su actuación, en relación a las reglas que rigen el comportamiento en esa circunstancia. Por ejemplo, el sujeto que conduce un vehículo, sabe la circunstancia en la que se encuentra al ponerse al volante, sabe que el significado de conducir, y si lo hace por una calle altamente transitada, sabe de toda esa circunstancia, consecuentemente, sabe que el



comportamiento que ello le exige, debe estar adecuado a lo que establece las reglas que rigen la actividad de conducción de vehículos automotores, o sea no se puede excusar señalando que no sabía que debía conocer las reglas de tránsito, para poder conducir un vehículo automotor. En el momento de la comisión del hecho la indiferencia, ha sido una de las teorías a través de las cuales, se ha explicado el dolo eventual. A mayor incremento de riesgo mayor es la previsibilidad, que se le debe exigir al agente; sin embargo, resulta difícilmente explicable que el convencimiento del juez pueda garantizar la identidad del contenido de esa convicción y lo que efectivamente pasó por la psiquis del autor, teniendo en cuenta que los conocimientos científicos y la experiencia solamente alcanzan a estimar *probable* la existencia de un hecho. Como recalca Ragués I Valles: «una aplicación coherente de la concepción psicológica no es imaginable si no se acompaña de la práctica renuncia a la posibilidad de una condena por delito doloso» (RAGUÉS I VALLES, 1999, pág. 272). Cognoscibilidad de las circunstancias que rodean el hecho (conocer el incremento del riesgo jurídicamente desaprobado, o crearlo), y cognoscibilidad de las normas que rigen esas circunstancias; adecuar u observar en el actuar esas normas, si no lo haces se sustenta una actuación dolosa. En el otro extremo se encuentran las tesis *normativistas*, que parten de una premisa totalmente distinta; éstas sustentan que el conocimiento que importa al Derecho Penal no es aquel “dato psíquico” que se halla en la psiquis (mente) del autor, sino, el “resultado de una atribución de sentido normativo a una forma del conocimiento humano” (conocimiento que debe tener el sujeto por ser un ciudadano que forma parte de un estado de derecho).

### 1.3. **La imputación a título de dolo.**

A decir del profesor Frisch “El injusto doloso se caracterizaría por una persona que toma la decisión de realizar un hecho a pesar de conocer (abarcando intelectualmente), todas las circunstancias fácticas que convertirían ese hecho en un hecho típico” así mismo concibe al conocimiento de la siguiente manera: “registro de la materia relevante de la consciencia” (En: DIAZ PITA, 1994, pág. 291), por otro lado la profesora citada lo define (conocimiento) como: “aprehensión correcta del sujeto agente” (DIAZ PITA, 1994, pág. 291). En el injusto doloso el sujeto se determina con conocimiento de lo que comprende su decisión por una actuación que para el Derecho Penal es relevante. Todo ciudadano que “tiene la realización del hecho típico ante sus ojos”, se le impone el deber de evitar la producción del resultado. “En los delitos de resultado lesivo, el autor evidentemente no podría conocer el resultado, ya que cuando éste se produce el

ordenamiento no le puede exigir que planifique nada” (SILVA SÁNCHEZ, 1992, pág 401), en el mismo sentido depone Zielinski (ZIELINSKY, 2003, pág. 15-31).

Sólo el posible conocer el pasado y el presente mas no el futuro, éste sólo se puede calcular, prever, predecir. Antes de la realización del tipo, sólo se puede pronosticar que el resultado se producirá o que se podrá producir. Para imputar una conducta a título de dolo basta con que una persona tenga la información de que va a realizar lo suficiente para poder explicar el resultado lesivo. Es decir el conocimiento de las circunstancias en que desarrolla su actuar, y de acuerdo a las mismas, adecuarse a las normas que rigen esas circunstancias, a mayor conocimiento de la situación en la que se desenvuelve de acuerdo al rol específico que cumple en determinada circunstancia, ajustara necesariamente ese comportamiento a la observancia de esa normativización que rige el actuar en dicha circunstancia, de tal forma que al actualizar el conocimiento que le es exigido en la situación dada, y que está obligado a poseerlo, deberá reconducir su actuación a esa cognoscibilidad; para poder explicar el resultado lesivo. Se hace exigible que el sujeto abarque de forma intelectual el peligro que permite explicar el posterior resultado (CORCOY BIDASOLO, 1989, pág. 268) o el riesgo suficientemente idóneo o adecuado verificable para provocar el resultado lesivo. “En el conocimiento del peligro se encuentra implícito el conocimiento del resultado” (CORCOY BIDASOLO, 1989, pág. 270), y, desde luego lo que decida el autor debe estar vinculado con el resultado. Actúa con dolo quien conociendo el peligro, y que por la circunstancia concreta en la que se desenvuelve de acuerdo al rol que eventualmente le toca desempeñar en la sociedad, le viene exigido el conocimiento del peligro, que puede generar; y que habiéndolo generado o incrementado, y teniendo la capacidad de evitarlo, no hace nada para evitar el resultado lesivo; y ello no se necesita averiguarlo en la esfera interna del sujeto, sino objetivamente se determina a partir que el sujeto está obligado a conocer cuáles son aquellas circunstancias en las que se encuentra y que tiene que actuar de todas formas en observancia de las normas que rigen la actividad que encierran esas circunstancias; y aun así omite. Aquí no se refiere al conocimiento que tenga el autor en relación al acaecimiento del resultado lesivo, es decir que tenga la seguridad de la realización de un hecho futuro, sin embargo de lo que se trata es del cálculo que se pueda hacer en base a, que el agente tenga al alcance al momento que, ha de crear el riesgo jurídicamente desaprobado, estando en juego incluso el azar, y que además se hará lo necesario para neutralizarlo y de esa forma evitar el resultado. Entonces el autor doloso, es un sujeto quien tiene conocimiento de las circunstancias objetivas que como elementos

pertencen al tipo objetivo; es decir esas circunstancias concretas del hecho que pertenecen a la hipótesis abstractamente desarrollada en el tipo penal; prescindiendo - entonces- del componente volitivo, que configura el dolo.

El profesor Feijoo Sánchez, al hacer el análisis de la tesis de FRISCH, opina lo siguiente: "...no llega hasta las últimas consecuencias en su posición de negar el dolo en los supuestos de autores irracionalmente optimistas que conocen el riesgo típico pero confían en una salida no lesiva. Frisch le dedica un tratamiento extenso a esta cuestión debido a que es consciente de que supone una laguna en su exposición y una fractura en su concepto, que le acerca a las posiciones tradicionales. Pero el derecho, que marca la medida racional del aspecto subjetivo, no tiene por qué vincularse a decisiones irracionales. En este apartado del autor, irracionalmente optimista, Frisch hace depender la imputación a título de dolo no del conocimiento sino de la posición emotiva del autor frente a la consumación del tipo". La crítica de Feijóo, gira en torno a la cuestión, que si el autor elucubró un juicio correcto en relación al riesgo, o su optimismo le dificultó abarcar correctamente el riesgo jurídicamente relevante. "El carácter optimista del autor puede influir en su valoración de hecho, pero si lo representa correctamente, el optimismo no debe influir en la imputación dolosa" (FEIJÓO SÁNCHEZ, 2002, pág. 26). Se han manifestado en contra de la erradicación del elemento volitivo; la profesora Diaz Pita (DIAZ PITA, 1994, pág. 99 y ss.), Rodríguez Montañés (RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, 1994, pág.. 60 y ss., y pág. 141), quien a su vez afirma lo siguiente:

Entre el dolo y la imprudencia existe una diferencia cualitativa esencial, un diferente contenido de injusto que justifica su diferente penalidad: en el dolo estamos frente a una realización de planes; en la imprudencia ante un simple descuido(...), la frontera viene dada por la decisión de la posible lesión de bienes jurídicos o, lo que es lo mismo, por la decisión consciente en contra del bien jurídico (RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, 1996, pág. 279).

Es por ello que la dogmática viene haciendo denodados esfuerzos por prescindir, del "querer" la realización del tipo, del "desear" el mismo; pues resulta irrelevante para la realización del ilícito, por ende su imputación. ¿qué es lo que conoce el autor de la realidad?, allí radica la distinción, lo cual determina, en relación al dolo, su existencia (la realidad como materia de referencia del dolo), el que "confie", "desea" es irrelevante. Se puede señalar que al hacer que la imputación a título de dolo, necesariamente se haga depender de información basada en datos psíquicos, incurriría en arbitrariedad obligando a valorar de manera desigual supuestos iguales valorativamente. Es de

precisar que lo que el sujeto “espere” o “confie” o tenga el “deseo de que tel resultado lesivo no acontezca, aún sabiendo que se ha relizado absolutamente todo para causar un daño, deviene en no racional, que a nivel intersubjetivo no se le puede dar valorabilidad; más por el contrario, cuando el sujeto tiene ese conocimiento, lo que el agente “confie”, “espere”, no resulta relevante en nada al proceso de valorabilidad de un hecho como injusto de carácter doloso. Por ejemplo para el profesor Corcoy Bidasolo señala que:

Para que sea posible de “querer” es necesario que se reconozca la existencia de los factores de riesgo que hacen posible la realización típica”, “si el sujeto no conoce el riego inherente a su conducta, no es posible hablar de voluntad de realización típica (CORCOY BIDASOLO, 1989, pág. 262).

Así “las teorías de la voluntad” conducen a privilegiar de forma injustificada al autor especialmente temerario frente a otros más prudentes; así para JAKOBS “el dolo no consiste en querer producir el resultado sino en no querer evitar la conducta típica” (JAKOBS, 1997, pág. 227), “Quien “toma en serio” el peligro de su conducta y la quiere llevar necesariamente acepta dicha peligrosidad en el sentido de que, por lo menos, “se conforma” con ella (...) El “conformarse con la peligrosidad en el sentido de que, por lo menos, “se conforma” con ella (...) El “conformarse con la peligrosidad de la conducta es una consecuencia necesaria de querer dicha conducta tomando en serio su peligrosidad. Por tanto, no es necesario exigirlo como un elemento adicional”. De una postura distinta, es Rodríguez Montañés cuando afirma: “El sujeto que conoce ese nivel de riesgo y, pese a todo, actúa, lo hace de forma dolosa: necesariamente consiente, acepta o se resigna con la eventual realización del tipo” (RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, 1994, pág, 63 y ss.). “A partir de cierto nivel de riesgo la conducta es valorada normativamente como dolosa” (RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, 1994, pág, 64). Lo mismo cabe decir de Luzón Peña (LUZÓN PEÑA, Curso de Derecho penal. PG, Universitas, Madrid, 1999, pp.426 y ss), quien ha nombrado a su postura como “teoría restringida del consentimiento o aceptación”, ésta, pretende de los datos psicológicos, que se tengan que entender en base a posturas normativas, si es que realmente no se quiere incurrir en la presunción de dolo, en la que el autor haya previsto el resultado, lo haya “aceptado”, o desde una postura racional, no lo acepte.

El que “tiene un hecho típico ante sus ojos” ya no podrá exonerar su responsabilidad por “haber confiado” (RODRÍGUEZ MONTAÑEZ, 1994, pág. 263) se exige entonces “una

confianza “razonable”, debe ser algo mas que una esperanza “ciega”, “supersticiosa” o “no racional”. Entonces para que pueda quedar excluida de dolo eventual, y sea relevante penalemente:

Es necesario un mínimo de fundamento o base racional, ha de ser una confianza razonable, lo que nos lleva al establecimiento de limitaciones objetivas a la posibilidad de confiar, limitaciones que vienen dadas fundamentalmente por el grado o magnitud del peligro que la acción representa y por las posibilidades del control del mismo (RODRÍGUEZ MONTAÑEZ, 1994, pág. 62).

En todo caso el derecho solamente puede asumir de manera racional como relevante la confianza en la ausencia de resultado cuando el autor emprende las medidas de evitación mínimas o carece de información suficiente sobre la lesividad de su comportamiento, pero no cuando a pesar de saber que va a crear un riesgo o peligro se limita a confiar en el azar o que el resultado no se producirá por razones que ya no tienen que ver con su actuación

Así mismo el profesor Silva Sánchez señala:

Si la confianza tiene un fundamento racional de hecho nos hallamos frente a una situación de error, pues el sujeto toma nuevos elementos de conocimiento (aunque erróneos) que incorpora a su conocimiento dela realidad. Si los fundamentos son irracionales, en cambio, la cosa es diferente, pues en tal caso, el sujeto conoce perfectamente la realidad, lo que difícilmente permite hablar de error (SILVA SÁNCHEZ, 2000, pág. 109),

Por otro lado lado la profesora Diaz Pita, arguye la exclusión del dolo:

No puede estar basada en creencias supersticiosas o en una confianza irracional del sujeto. Antes bien, su base deben construirla datos objetivos de la realidad que pudieran haber llevado racionalmente al sujeto a estimar que la situación para el bien jurídico no implicaba ningún riesgo o, a lo sumo, un riesgo abstracto de lesión (DIAZ PITA, 1994, pág. 312 y ss.). En contra de estos autores, Mir Puig (MIR PUIG, 2005).

En la Sentencia del T.S.E., del 23 de Abril de 1992 (M.P.: BACIGALUPO), (caso del aceite de colza), precisa que no es posible fundar el dolo en una esperanza infundada en la no producción del resultado, pues esta situación lo que en realidad revela de parte del autor es su indiferencia, pero jamás puede ser fundamento para poder alegar que el

dolo sea excluido. En caso de dolo eventual, solamente se podría excluir, cuando el autor haya tomado las medidas para evitar el resultado, y estas le hubieren generado un error acerca del real peligro y la peligrosidad concreta de su acción, pues en esos casos, el autor habría carecido del conocimiento de los mismos. Así se verifica, en la segunda parte, considerando decimoctavo, cuando precisa la admisión de dolo en los casos en que el autor, en relación a la víctima la someta a situaciones eminentemente peligrosas, en las que evidentemente no tiene la posibilidad de poder controlar, aún no persiguiendo el resultado típico; por tanto el dolo eventual, no podrá excluirse por el simple hecho que el sujeto tenga la “esperanza” de que el resultado no se producirá, o que no haya sido “deseado” por el autor; ese tipo de confianza en no producción del resultado no es un fundamento, lo suficientemente racional para excluir el dolo. Por tanto en los casos de dolo eventual, éste no se excluye por la simple “esperanza” de que el resultado típico no se produzca, o por el hecho que el sujeto no lo haya deseado.

Por ejemplo, quien conduce un automóvil “ya se apartarán los que vienen en el mismo sentido” se está comportando de manera dolosa. Si el autor conoce o calcula la situación concreta de peligro que le es imputable, él ya no puede excluir su accionar en argumentos tales como: “confíe en la ausencia del resultado” o “no lo tome en serio”, respecto a la aprehensión del peligro concreto. No se trata de que el autor se tome en serio un peligro por él conocido, sino que conozca que el peligro se lo tiene que tomar en serio.

Sin embargo HERZBERG, quien es partícipe de esta postura, es criticado por RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, cuando señala que la delimitación objetiva -en su forma pura- como lo plantea HERZBERG, no podría ser aceptada, pues el tipo subjetivo carecería de contenido y lo desnaturalizaría; haciéndose necesario establecer límites de naturaleza objetiva a aquellas vinculaciones “subjetivas” de confianza que muestra el sujeto, lo que marca la pauta, es el conocimiento real y lo que el sujeto adopta en relación al peligro.

Que el sujeto sea consciente de que con su acción pone en concreto peligro un bien jurídico, sin poder confiar ya en la evitación del peligro mismo, pero que no se conforme con el eventual resultado lesivo, sino que confíe fundadamente en poder controlar el peligro y evitar la lesión (RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, 1994, pág. 103).

“Son varios los criterios de distinción que se han planteado hasta la actualidad sobre lo problemático que resulta las distinciones categoriales entre el dolo eventual y la imprudencia consciente” (BUSTOS RAMÍREZ, 2004, pág.238 y ss.).

Existen actualmente en la doctrina planteamientos teóricos que tratan de explicar la problemática que presenta actualmente la concepción del dolo eventual y su diferenciación en relación a la culpa consciente, basándose en el elemento cognitivo del dolo quitándole relevancia al elemento volitivo, así como posiciones que aún mantienen al elemento volitivo pero en un plano que dista de la concepción clásica de la intención; y aquellos que tratan de explicar la diferenciación de ambas categorías sólo en sus diferencias estructurales difíciles de situarlos en un sistema determinado. En palabras de Hassemmer “no se puede concebir una voluntad vacía de contenido” (HASSEMER, Los elementos característicos del dolo, 1990, PÁG. 927). Hruschka Sostiene que: “...el elemento volitivo del dolo debe ser absorbido por el elemento intelectual, desde el punto de vista hermenéutico” (HRUSCHKA, 2009, 2da.ed., pág. 155-179). Por esa razón, la pauta que debe marcar la neutralidad de la decisión, es la creación del peligro concreto determinado, siendo suficiente para marcar la diferencia entre el peligro conocido y saber, y estar en la obligación de que el peligro que está por venir es uno que alcance una entidad suficiente, que amerite tomárselo en serio. En consecuencia una conducta podrá imputársele como dolosa al autor, cuando éste tenía un conocimiento bastante (suficiente) en relación a las circunstancias que rodean a un hecho que se encuentra abstractamente desarrollado como descripción típico de un delito.

En esa misma línea, mientras el Código Penal prevé una atenuación de la pena cuando falta el elemento cognitivo, no establece ninguna consecuencia jurídica en caso de ausencia de voluntad o intención para realizar el tipo objetivo, lo que evidencia inequívocamente la irrelevancia que tiene este elemento para la ley penal (Caro John, 2010, p. 45).

#### 1.4. **Conocimiento actual y potencial.**

Están relacionados con los grados máximos y mínimos de consciencia -conocer o ser consciente. “El conocimiento potencial debe entenderse como aquel contenido de la memoria que normalmente permanece inconsciente pero que puede hacerse consciente a través de un particular proceso de actualización” (DIAZ PITA, 1994, pág. 68). Este grado mínimo de consciencia viene siendo considerado por la doctrina como suficiente si

se refiere a la antijuridicidad. El conocimiento de la antijuridicidad basta con que sea potencial. Sin embargo, para afirmar la existencia de dolo, se exige que este conocimiento sea actual. Según Welzel, ya hace algún tiempo, la doctrina viene considerando en relación al conocimiento, como uno de carácter potencial con relación a la antijuridicidad, así según el profesor Hans Welzel. “el dolo y el conocimiento del injusto requieren psicológicamente dos formas distintas de consciencia: aquél exige necesariamente la representación o la percepción, actual en el momento del hecho; el segundo se conforma con un saber inactual” (WELZEL, El nuevo sistema de Derecho Penal. Traduc. Cerezo Mir, 1964, pág. 106).

A nivel doctrinal el “conocimiento actual” como parte de lo intelectual del dolo, lo hace en relación a “volver a ser consciente” de aquellos datos que permanecían en la memoria, de manera inconscientes. El segundo significado, hace alusión a un proceso de carácter intelectual, de la percepción que hace el sujeto de aquellos elementos que estructuran el tipo objetivo.

Con esta doble acepción se está de algún modo presumiendo que este proceso de percepción y la suma de objetos exteriores que el sujeto realiza es sinónimo de actuación dolosa, es decir se está presumiendo, que la suma de los contenidos psíquicos que se refieren a cada uno de los elementos del tipo dan como resultado el dolo, cuando estos contenidos psíquicos han alcanzado un grado suficiente de consciencia (DIAZ PITA, 1994, pág.69).

Según Hassemer:

Solo la situación de peligro contiene datos observables. La representación del agente sobre esa situación (...) solo es deducible a través de indicadores (...). En el nivel cognitivo de la representación del peligro se determina por ejemplo, la verificación del suceso por el agente (su presencia en el lugar del hecho, proximidad espacial del objeto), su capacidad de percepción (perturbación pasional o drogas de esa capacidad, aumento de las capacidades innatas o adquiridas profesionalmente) complejidad versus simplicidad de la situación, tiempo necesario para realizar observaciones relevantes, etc. (HASSEMER, Los elementos característicos del dolo, 1990, pág. 929).



El efecto valorativo de los datos llamados por Hassemer “indicadores externos”, permite siquiera enjuiciar mejor una conducta en aras de imputar una conducta dolosa o no. Entonces, lo que el sujeto “desee, confíe o espere” es irrelevante para el Derecho Penal, a efectos de una imputación subjetiva como juicio de valorabilidad de la conducta, dentro de un esquema jurídico positivo. Entonces puede que se avizore la intención o voluntad del autor al momento de la realización de tipo en su estructura objetiva, pero aquella es inherente a la acción misma, siendo no necesario para conformar a título de dolo, la imputación. Por ende el conocimiento en relación a la existencia del riesgo típico que genera un deber de evitabilidad (que tiene como antecedente la capacidad de evitación en el sujeto) o neutralización, fundamentan el dolo; en otras palabras, quien tiene conocimiento del riesgo que genera su propio comportamiento, actúa con dolo. De este modo, no puede tener relevancia alguna para la imputación subjetiva que el sujeto «no haya querido» ocasionar el resultado lesivo, «haya confiado» en que el resultado no se iba a producir o que no se «haya tomado en serio» la realización de dicho resultado. Lo que importa a la imputación a nivel subjetivo -antes bien-, es que la persona deba conocer la situación concreta del riesgo creado por él mismo, esto es, que enjuicie correctamente el riesgo que ha originado con su actuar, de acuerdo a los datos y circunstancias que se encuentran a su alcance. Cuando el conocimiento abarque en su totalidad la situación de riesgo creada por el sujeto, está obligado en relación al resultado (lesivo), tomarlo en serio, lo que la situación pueda producir, no pudiendo dejarlo al azar, ni tampoco postular su eximición de responsabilidad (a título de dolo) por ese resultado. “El que ‘tiene el hecho típico ante sus ojos ya no es digno de verse exonerado de responsabilidad por haber confiado” (Feijóo Sánchez, 2002, pág.32). En definitiva cuanto se mayor la capacidad de prever el resultado lesivo, es porque el sujeto tiene mayor conocimiento de las circunstancias que rodean al hecho criminoso.

### 1.5. **Conocimiento del Tipo Objetivo.**

Los autores que defienden esta teoría afirman (irrazonablemente) que son todos los elementos del tipo objetivo los que deben ser tenidos en cuenta por el agente en su conocimiento. “El dolo es conocimiento y voluntad de la realización del tipo (...) El dolo tiene un aspecto intelectual y otro volitivo, el aspecto intelectual abarca el conocimiento actual de todos los elementos objetivos que conforman el tipo legal” (WELZEL, El nuevo sistema del derecho penal, 2004, pág. 76 y ss.). Según Jeschek:

Dolo debe hacer referencia al conocer y querer los elementos de la estructura típica objetiva del tipo penal, la persona ha de verificar los elementos futuros, sobre todo los referentes al resultado lesivo y la relación de causalidad. Los objetos del mundo real externo en cuanto resultan rápidamente accesibles a su observación, devienen en los más fáciles de aprehender (animal, silla, persona, puente, arma de fuego, autopista, vehículo motorizado, etc.). Tratándose de elementos descriptivos del tipo que presupongan un conocimiento espiritual, habrá de aprehenderse su sentido natural (por ejemplo, “dañar”). Por lo que se refiere a los elementos normativos del tipo es preciso pleno conocimiento de su significado. (...) Sin embargo, no ha de entenderse por conocimiento del significado una exacta subsunción jurídica sino que es suficiente la “valoración paralela en la esfera del profano” (JESCHECK, 2002, pág. 328 y ss.)

Cerezo Mir por su parte, sostiene que: “El elemento intelectual del dolo, comprende la consciencia de los elementos objetivos del tipo que concurren en el momento de dar comienzo a la acción típica y la previsión de la realización de los restantes elementos objetivos del tipo y, por tanto, de la producción del resultado, en los delitos de resultado material. En estos delitos, el dolo comprende, asimismo, la previsión del curso causal entre la acción y el resultado” (CEREZO MIR, 1984, pág.347). Complementa esta postura el profesor español, Muñoz Conde cuando señala que:

El elemento intelectual del dolo se refiere, por tanto, a los elementos que caracterizan objetivamente la acción como típica elementos objetivos del tipo): sujeto, acción, resultado, relación causal, o imputación objetiva, objeto material, etc. Así, por ejemplo, el tipo subjetivo de homicidio requiere el conocimiento (...) de que se realizan los elementos objetivos del tipo de homicidio: que se mata, que la acción es adecuada para producir la muerte de otra persona, que la víctima es una persona y no un animal, etc. (MUÑOZ CONDE, 1990, pág. 61).

Bustos Ramírez, afirma: “el dolo, al recaer sobre las características objetivas de la tipicidad, no sólo abarca las puramente descriptivas sino también las normativas” (BUSTOS RAMIREZ, Manual de Derecho Penal español- Parte General, 1984, pág. 209).

Se exige entonces que la imputación de la acción a título de dolo (dolo directo o dolo eventual), precise del conocimiento por parte del autor de los elementos en su totalidad que confirman el tipo objetivo del tipo objetivo; y en cuanto al objeto que es materia de conocimiento está conformado por los elementos descriptivos, en tanto de ellos se exige un conocimiento actual, dada su accesibilidad empírica, como así también con los elementos normativos, que por su naturaleza, no debe exigirse una exacta subsunción jurídica, bastando con la fórmula de la: “valoración de la esfera del profano”.

En cuanto al resultado, entendido como elemento integrante del tipo objetivo de los delitos de lesión (y de peligro), éste ha de incluirse también dentro de la esfera cognitiva del sujeto, si bien los autores, como hemos podido demostrar, exigen tan sólo la previsión del mismo con distintos grados de probabilidad (DIAZ PITA, 1994, pág. 79).

## **2. EL CASO DEL CINTURÓN.**

Resuelto en 1955 por el Tribunal Supremo Federal de Alemania (BGH), supuso el punto de partida de un complicado debate que hasta la actualidad persiste, el referido al “límite del dolo”. “Transcurridos más de cincuenta años de la sentencia que resolvió este caso, las posiciones mayoritarias en torno al concepto de dolo – y particularmente de dolo eventual- tanto en la doctrina como en la jurisprudencia son a grandes rasgos las mismas que fueron perfilándose tras la decisión del BGH tanto en Alemania como, por extensión, en otros sistemas penales de influencia germánica. “Por ello puede afirmarse, sin temor a exagerar, que la discusión hoy vigente en torno al dolo se inicia con este caso”. (RAGUÉS I VALLES, 1999, pág. 193).

“Con anterioridad a 1955 en la discusión científica y en la jurisprudencia sobre el concepto de dolo habían predominado las llamadas teorías de la voluntad, según las cuales para poder sostener que alguien había actuado dolosamente era necesario que su voluntad hubiera abarcado los elementos que configuran el tipo delictivo, incluido el resultado típico. Desde esta perspectiva, era precisamente este elemento volitivo el que permitía diferenciar el dolo de la imprudencia y, en una época en la que el dolo todavía se ubicaba en la culpabilidad, la razón que justificaba un tratamiento punitivo más severo para los delitos dolosos. La teoría de la voluntad, sin embargo se encontraba con serios problemas en aquellos supuestos en los que el sujeto activo, pese a no tener el propósito directo de ocasionar un determinado resultado, llevaba a cabo una conducta

siendo consciente de la existencia de un elevado riesgo de que tal consecuencia se produjera. Según algunos autores -agrupados- en torno a la “teoría de la probabilidad”- en tales casos resultaba superfluo exigir un elemento volitivo; sin embargo la opinión mayoritaria entendía que era absolutamente necesaria la concurrencia de dicho elemento para poder hablar de dolo, aunque se aceptaba en estos supuestos -abarcados por la expresión “dolo eventual”- la voluntad apareciera debitada en forma de aprobación o consentimiento” (RAGUÉS I VALLÉS, 2011, pág. 195).

Frente a este panorama, a decir del profesor Ragués I Vallés (RAGUÉS I VALLÉS, 2011, pág. 196), “las dificultades para determinar en la práctica la concurrencia de estos elementos subjetivos habían propiciado desde finales del s. xix el éxito de planteamientos como el de Reinhard Frank, quien había propuesto varias “fórmulas que debían auxiliar al juez para decidir en cada caso acerca de la presencia del elemento volitivo en las citadas modalidades de aprobación o consentimiento. Entre las propuestas de este autor más extendidas era aquella según la cual el juez debía preguntarse qué habría hecho el acusado en el caso de haber sabido con seguridad que el resultado lesivo iba a producirse: si llegaba a la conclusión que el sujeto habría actuado igualmente, debía sostenerse que el sujeto habría actuado igualmente, debía sostenerse que aprobó el resultado y, por tanto, actuó con dolo; en caso de pensarse que habría desistido de su conducta, en cambio, sólo cabía sostener la realización de una conducta imprudente” (FRANK, 1890, pág. 211 y 217).

En ese contexto es que “una aplicación consecuente de la teoría del consentimiento, en los términos en que lo había hecho hasta entonces la jurisprudencia, parecía inevitablemente llevar a condenar por un mero homicidio imprudente, al faltar en los sujetos la aprobación interna con que se había caracterizado hasta entonces el dolo eventual; esta situación rápidamente devino en controversial en tanto que, es evidente que en este caso los sujetos crean un considerable riesgo pero el resultado les desagrada, que no encuentra una salida acorde con la teoría del consentimiento a la luz del caso en comento, que a pesar que los sujetos consienten el desenlace, a pesar que no lo desean, no se le podía castigar como dolo eventual, por el hecho que no deseaban o le desagradaba el resultado, lo que conlleva a una crisis hasta no entonces la teoría el consentimiento, críticas que fueron rápidamente advertidas y se ponen de manifiesto por Gimbernat Ordeig (GIMBERNAT ORDEIG E. , Algunos aspectos de la reciente doctrina jurisprudencial sobre los delitos contra la vida, 1990, pág. 424). De esta forma el BGH, para no llegar a dar una solución basada en la imprudencia, justificó el concepto de dolo

en tanto que: “El elemento cognitivo del dolo quedaba, por tanto, acreditado...Es cierto que el conocimiento de las posibles consecuencias de una determinada acción y el consentimiento sobre dichas consecuencias son dos requisitos independientes del dolo eventual, algo que no ha ignorado el Tribunal del Jurado. Con esta afirmación no se parte de que el autor quiera en sentido jurídico un resultado cuando solamente lo haya advertido como posible [...]. De las circunstancias reseñadas, se puede deducir sin lugar a dudas que los acusados no deseaban en modo alguno la muerte de M. [...]. El consentimiento del resultado, que según la jurisprudencia del tribunal del “Reich” y del “BGH constituye el elemento decisivo para distinguir el dolo eventual de la culpa consciente, no significa que el resultado deba satisfacer los deseos del autor. Puede darse dolo eventual incluso cuando el acaecimiento del resultado sea algo que resulte indeseable para dicho autor. Sin embargo, éste aprueba el resultado en sentido jurídico cuando de acuerdo con el objetivo que persigue, necesariamente, esto es, por no poder alcanzar dicho objetivo de otra manera, se conforma con que su acción cause el resultado en sí mismo no deseado y, por todo ello, para el caso concreto lo quiere.[...]. También en el dolo incondicionado [“unbedingter Vorsatz, esto es, dolo directo en segundo grado] el resultado puede resultar desagradable al autor, lo que ocurre, en todo caso, cuando alguien que quiere conseguir un determinado objetivo emplea de mala gana un método, porque sabe que sólo mediante ese método puede alcanzar el resultado que persigue. El dolo eventual se diferencia del dolo no eventual en que el resultado indeseado no se prevé como necesario, sino tan sólo como posible. Se diferencia de la imprudencia consciente en que el autor que actúa con imprudencia consciente confía en que el resultado previsto como posible no va a acaecer y por ello acepta el peligro, mientras que el autor que actúa con dolo eventual acepta precisamente dicho peligro porque, en la medida en que no puede conseguir su objetivo de otra manera, no renuncia a conseguirlo mediante el método indeseado”.

Con estos argumentos -que pueden resumirse en la idea de que para que el dolo eventual basta con un “aprobar en sentido jurídico” equivalente a la conformidad o aceptación de resultados no necesariamente deseados –el BGH ratificó la condena por asesinato impuesta en primera instancia por el Tribunal del Jurado (RAGUÉS I VALLÉS, CASO DEL CINTURÓN., 2011, pág. 199).

Bien al respecto debemos señalar que quien realiza una conducta tenida como altamente peligrosa, y es consciente de tal circunstancia actúa con dolo eventual; sin

embargo en el aspecto o vertiente subjetiva o esfera interna del individuo, terminológicamente, se discute las palabras que encierren un concepto más cercano posible a esa descripción conductual, sobre todo que se describa de componentes pseudovolitivos, que podrían concretarse en expresiones como “aceptar” “conformarse” “hacer suyo”.

En dicha sentencia se puede observar que en ella se utilizan de manera similar posturas que siguen exigiendo para el dolo un elemento volitivo, como las que lo consideran como innecesario, siendo que el “aprobar en sentido jurídico” que emplea el BGH para caracterizar el elemento volitivo del dolo eventual queda al margen de toda explicación racional –lejos de lo que se entiende por “querer”, como sucede en el dolo directo- y si bien la mezcla de estas connotaciones de corte emocional (“aprobar en sentido jurídico”), se decanta en un argumento que sustenta las teorías cognitivas, es decir aquellas que consideran que para que el dolo eventual basta con que el sujeto se represente la probabilidad o el riesgo de acaecimiento del resultado sin necesidad de adoptar al respecto ninguna posición emocional, lo cierto es que esta sentencia da pie para que diversas teorías puedan sustentar holgadamente sus diversos postulados en que se fundan.

Para algunos de los principales representantes del finalismo, la ubicación del dolo en el tipo y su exclusión de la culpabilidad comportaba la necesidad de construir una noción de dolo lo más depurada posible de elementos emocionales como los que exigía las teorías del consentimiento en sus diversas versiones. En el traslado del dolo de la tercera planta (la reprochabilidad) a la primera (la tipicidad) el mobiliario de la teoría del consentimiento debe quedarse en el piso superior porque no es aprovechable para la delimitación en el tipo del delito doloso y el tipo imprudente”, afirmaríase expresamente en 1958 Armin Kaufman. [Citado por: (RAGUÉS I VALLÉS, CASO DEL CINTURÓN., 2011, pág. 200)]

Según el profesor Wolfgang Frisch, en su célebre obra “Vorsatz und Risiko”, págs. 324-326, señalaba que: “(...) el consentimiento desempeñaba el papel de filtro que permitía excluir de lo doloso las conductas valoradas positivamente pero creadoras de peligro que hoy se reconducen a categorías como el riesgo permitido o la adecuación social”, en consecuencia:

La Progresiva de ideas como la adecuación social o el riesgo permitido como causas de exclusión de la tipicidad objetiva o la antijuricidad

permitían adicionalmente prescindir del elemento emocional para solucionar casos como el del médico que acomete sin éxito una operación quirúrgica muy arriesgada, motivo por el cual buena parte de la doctrina seguía exigiendo un elemento de aprobación del resultado diferenciado de la mera representación de peligro para negar en tales supuestos la existencia de un homicidio doloso (En: RAGUÉS I VALLÉS, 2011, pág. 200).

Sin embargo es valioso el aporte de la evolución de la dogmática hacia criterios de imputación objetiva, entre cuyas categorías como el riesgo permitido permite de la mera representación del peligro, pasar a estándares de verificación de disvalor de las conductas, en base a supuestos más objetivizados basándose en la posición del rol social, y la obligación del agente de actuar de acuerdo a la normativización que delimita el desempeño de dicho rol, en su actuar dentro del riesgo permitido.

“Los actuales partidarios de concepciones meramente cognitivas sobre el dolo, continuadores de la antigua teoría de la probabilidad, han visto siempre en el “Lederriemenfall”, una confirmación de sus planteamientos: “el aprobar en sentido jurídico”, con independencia de lo que diga el BGH, carece de contenido propio, de tal modo de que quien actúa voluntariamente siendo consciente de la posible realización del tipo, necesariamente la “aprueba en sentido jurídico”. Esta afirmación puede hacerse extensiva a otros requisitos pretendidamente volitivos con los que la jurisprudencia suele caracterizar también el dolo eventual, como son el “aceptar”, “resignarse” o “conformarse”, con la realización típica. “La deducción automática de estos elementos a partir del hecho de que un sujeto haya actuado pese a contar con un determinado nivel de representación del riesgo hace que éstos tengan un sentido autónomo y, en tal medida, pueda prescindirse de ellos sin que las soluciones cambien” (Weigend), para este autor la teoría de la voluntad y la teoría de la posibilidad no se hayan alejadas, “puesto que el autor “quiere todas las consecuencias accesorias que prevé como posibles y que está dispuesto a aceptar al querer otro objetivo”. “En todo caso los partidarios de esta teoría sólo lamentan que no acabe de darse el último paso y en el plano terminológico se prescinda definitivamente de un elemento que ha perdido todo su contenido” (RAGUÉS I VALLÉS, 2011, pág. 201).

“Por lo que respecta a aquellos casos en lo que pese a ser consciente de la concurrencia de un riesgo importante el sujeto obra en la confianza de que el resultado no acabará produciéndose, los partidarios de estas teorías consideran que dicha

confianza ha de excluir el dolo, pero no por eliminación del elemento volitivo, sino porque quieren confiar que todo acabará bien, elimina mentalmente su representación del peligro. Los casos verdalmente problemáticos se plantean, sin embargo, cuando el grado de riesgo representado es tal la confianza en el no acaecimiento del resultado merece ser considerada como irracional. “La distinción en estas situaciones entre auténtica confianza (que excluye el dolo) y meras esperanzas (que no eliminan la imputación dolosa) se antoja a menudo arbitraria y depende de criterios que no tienen precisamente una naturaleza subjetiva”. (RAGUÉS I VALLÉS, 2011, pág. 202).

“Aunque con ciertas diferencias en la terminología empleada, estos planteamientos han sido acogidos por autores como Günther Jakobs o Wolfgang Frisch en Alemania y Enrique Gimbernat, Enrique Bacigalupo o Jesús María Silva Sánchez en España” (RAGUÉS I VALLES, 1999, pág. 88 y ss.). En la Jurisprudencia cabe destacar, por su parte la sentencia dictada en 1992 por el Tribunal Supremo Español a propósito del llamado “caso de la colza”, si bien el planteamiento estrictamente cognitivo empleado en esta resolución convive aún hoy en la jurisprudencia con el enfoque volitivo defendido en muchas otras resoluciones, “El dolo eventual se consciente o acepta la posible producción del resultado; en tanto que en la culpa consciente se confía en que el mismo no se producirá”.

En los años que siguieron a la sentencia del “caso del cinturón”, los partidarios de exigir un elemento volitivo para cualquier forma de dolo –incluido el dolo eventual- mantuvieron en apariencia su postura. Sin embargo, en la terminología empleada estos autores fueron aproximándose cada vez más a los argumentos de la BGH: así de forma ampliamente mayoritaria se abandonó la “fórmula de Frank” como criterio válido de determinación del dolo y el elemento volitivo dejó de caracterizarse con expresiones como “aprobación” o “consentimiento” –con las que quería indicarse que el sujeto con agrado las consecuencias de su hecho- para dar paso a otras emocionalmente más neutras como “conformarse”, “aceptar” o “resignarse” (RAGUÉS I VALLES, 1999, pág. 103 y ss.). Así mismo los defensores de estos puntos de vista consideraban entonces y siguen considerando hoy –al igual que los partidarios de las teorías cognitivas- que la posible confianza del sujeto en un desenlace favorable debe excluir el dolo, si bien en este caso no por eliminación del conocimiento, sino por exclusión del aspecto volitivo específico del dolo eventual. Así Jescheck sostiene que: [ “conformarse”, y “actuar en la confianza son conceptos complementarios del aspecto anímico: quien no actúa con la confianza de la ausencia del resultado se conforma con él; quien se conforma con la



producción del resultado, no actúa confiando en su ausencia” (Jescheck, 1962, pág. 486), se entiende que el dolo eventual, además del conocimiento, requiere que el sujeto “acepte el resultado”. A decir de Ragués I Valles “El éxito de estos planteamientos ha sido tal que actualmente constituye la postura dominante entre la doctrina y la jurisprudencia alemanas, con partidarios como Jescheck o Claus Roxin, y en España, su peso específico es más que notable en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y en la ciencia penal, donde la acogen , entre otros autores, Santiago Mir o Diego-Manuel Luzón. Posiblemente el principal motivo de tan noble éxito deba atribuirse a que estas perspectivas consiguen, aparentemente mantenerse fieles a la definición general del dolo como conocer y querer, así como conjurar el riesgo de un crecimiento desmesurado de los doloso a costa de la culpa consciente que a menudo se asocia a las propuestas netamente cognitivas. Sin embargo como señalan sus críticos, es sumamente dudoso que fenómenos como la “resignación” puedan equipararse –tanto psíquica como valorativamente- a una auténtica voluntad”, así Herzberg critica estas posiciones: Véase: (RAGUÉS I VALLÉS, 2011, pág. 203).

En suma, los planteamientos, en suma de todas estas teorías son en general los mismos: “En primer lugar , no resulta sencillo decidir que tratamiento conviene dar a determinadas situaciones caracterizadas como de confianza irracional, ya sea porque el sujeto tiene la expectativa totalmente infundada que un resultado no va a acaecer o bien porque no aprecia riesgo alguno allí donde cualquier persona mínimamente juiciosa lo habría visto; y en segundo término, otro problema común es que todos estos planteamientos hacen depende el dolo de la existencia de un cierto grado de representación sobre los elementos del tipo objetivo, quedando fuera del ámbito doloso los casos de desconocimiento provocado, que en la discusión angloamericana se caracterizan con la expresión “willful blindness” y cuyo merecimiento de pena parece más cercano al del dolo que al de la imprudencia” (RAGUÉS I VALLÉS, La ignorancia deliberada en Derecho penal, 2007) “Con todo, el principal problema de las teorías del dolo eventual hoy mayoritarias es, seguramente, que acaban legitimando la imposición de consecuencias jurídicas de muy distinta gravedad en función de la concurrencia de una serie de elementos psíquicos de realidad muy dudosa y compleja acreditación procesal, haciendo depender a menudo la imposición de muchos años de prisión de variaciones prácticamente imperceptibles en la psique del acusado.

Una complicada situación de que las principales no son tales teorías, sino la propia Ley, que contempla un sistema de imputación subjetiva que sólo

es capaz de distinguir entre dolo e imprudencia y que pasa por alto las muy diversas configuraciones psíquicas –desde la intención hasta la inconsciencia absoluta- que puedan presentarse en el sujeto activo en el momento de llevar a cabo su conducta así como la distinta valoración que deberían merecer todas ellas (RAGUÉS I VALLÉS, 2011, pág. 204).

Debe ser más apasionante que seguir discutiendo mucho más sobre entelequias como el “aprobar en sentido jurídico” de la sentencia del “caso del cinturón”. Ahora, cabe señalar que frente a este panorama en la dogmática jurídico penal se han planteado múltiples teorías para explicar y dotar de contenido a la faceta subjetiva que completa el juicio de tipicidad. Así, de un lado, tenemos las teorías *psicologicistas*, que parten de tesis naturalistas (concepción naturalística del mundo) y llevan esa forma de razonamiento a la circunscripción del Derecho Penal, para concluir que la imputación subjetiva ha de constatarse en la psique del sujeto y verificar la existencia de determinadas representaciones mentales para configurar el fundamento de una vinculación meramente de carácter subjetivo como si se pudiese entrar realmente en la mente del ser humano; en ese sentido no faltan quienes sostienen –en el fuero forense- que el dolo es conocimiento y voluntad de causar un daño al bien jurídico protegido por el Derecho Penal, así sea a título de probabilidad o azar, sosteniendo además que frente a determinadas circunstancias se esgriman postulados basados en fundamentos probalísticos, ello encaja en situaciones de previsibilidad, cuando en realidad lo que se está pretendiendo es ingresar de cualquier modo a la psiquis del individuo, como si se tratase de un ejercicio estadístico de probabilidades. La indiferencia en el momento de la comisión del hecho, es la marca que caracteriza esta corriente para explicar el dolo eventual, prever como muy probable la producción del resultado, y frente a ello asentir con el resultado, y la culpa con representación, hacer lo necesario para evitarlo; entonces cuándo hay dolo eventual y cuando culpa consciente, ya que en la primera -al igual que en la segunda- el probable resultado se libera al azar aunque confiando que no se produzca, en el caso de la imprudencia.

El dolo y la imprudencia no deben ser entendidos ya no como conceptos meramente ontológicos, sino como conceptos normativos que deben ser determinados por la dogmática penal y por la jurisprudencia.

Esto no significa sino que el orden de análisis más congruente desde una perspectiva social es el de determinar en primer lugar la tipicidad objetiva

y, sólo una vez superada esta fase de la imputación, proseguir con el análisis de la tipicidad subjetiva (FEIJOO SÁNCHEZ, 2002).

De esta forma, el juicio respecto de la tipicidad debe iniciarse analizando si una conducta determinada ha sobrepasado los límites de lo jurídico-socialmente permitido (o aceptado por la sociedad), y luego -recién- abordar la imputación subjetiva. Un orden inverso, en la estructura típica del delito, es decir anteponer el fuero interno al del aspecto externo de la conducta, traería -sin más- consecuencias totalmente absurdas y arbitrarias en la práctica.

“Todo lo contrario, sucede con las concepciones normativas, que postulan que los datos psíquicos por sí mismos no tienen ninguna relevancia para el Derecho pena” (CANCIÓ MELIÁ, 2004). Antes bien, “lo que le interesa al Derecho penal es atribuir un sentido normativo a ese dato subjetivo, es decir, atribuir externamente una determinada actitud al agente” (CANCIÓ MELIÁ, 2004, pág. 61), a partir de determinados elementos del contexto de actuación del autor, “lo cual supone una operación inversa a la de las tesis psicologicistas, pues mientras según éstas la determinación de lo subjetivo va desde el fuero interno (psíquico) del autor a la conducta (y así determinar si actuó con dolo o culpa), la visión normativista parte de lo externo de la conducta para llegar a la mente del autor” (CARO JOHN, 2010). “En ese sentido, habida cuenta de la evidente falta de una definición legal de dolo o culpa, es tarea de la dogmática jurídico-penal perfilar los contornos y contenido conceptual de tales elementos” (CARO JOHN, 2010, pág 40), haciendo a un lado criterios que no se condicen con el Derecho y que lo único que hace es complicar el juicio de imputación subjetiva generando márgenes de inseguridad jurídica, en tanto que encargarle al juez la tarea de probar un acontecimiento psíquico, lo que se hace es confiar a la convicción judicial la decisión final sobre su prueba, haciendo depender la resolución de un caso, de un criterio en sustancia puramente subjetivo; lo cual resulta inconcebible. Como señala el profesor Ragués I Vallés:

La capacidad de convicción puede variar de una persona a otra y, si se la convierte en criterio decisivo, se admite ya en el plano teórico que un mismo caso puede tener, en función de quien lo resuelva, dos soluciones distintas y, también, que ambas soluciones pueden y deben ser consideradas correctas siempre que alguna de ellas no sea absolutamente irracional (RAGUÉS I VALLES, 1999, pág. 270).

Por ende el conocimiento penalmente relevante es el que debe de estar regido por criterios normativos, por la importancia que tiene la imputación subjetiva. Imputar de

buenas a primeras que un sujeto posee determinados conocimientos por el hecho de desempeñar cierto rol, estandarizar esta situación implicaría una arbitrariedad debiendo en todo caso aun permanecer el aspecto subjetivo y no estandarizado; una completa estandarización de la imputación significaría afirmar el conocimiento de dichos aspectos subjetivos y no estandarizados; una completa estandarización de la imputación significaría afirmar el conocimiento de dichos aspectos únicamente por tener la titularidad del rol, lo cual constituiría de cierta manera, una arbitrariedad dentro de un estado de derecho, lo que además resultaría incompatible con el criterio de evitabilidad, puesto que al estandarizar los comportamientos de acuerdo a un rol, se eliminaría cualquier posibilidad que el agente haya tenido ciertamente la posibilidad de prever el resultado y evitarlo pero por circunstancias x comete el delito no teniendo la posibilidad de ampararse en toda evitabilidad que pudo haber tenido para evitar el resultado, pues del saque se le tendría que imputar el resultado por el rol que desempeñó, permitiendo contrario sensu, aun cuando el autor no se encuentre en posición de evitar individualmente el resultado. La personalización de la imputación obliga a establecer además si la competencia de conocimientos impuestos por el rol puede exigírsela a la persona del autor, y, por tanto, si este ha estado en situación de evitar la infracción; es decir si su circunstancia personal permite atribuirle los conocimientos exigidos, entonces tendrá lugar la tipicidad subjetiva. En otras palabras la tipicidad subjetiva consiste en atribuir a la persona del autor, en atención a sus circunstancias personales, el conocimiento necesario para evitar la defraudación de expectativas penalmente relevantes (GARCIA CAVERO P., 2012).

Entonces el conocimiento que interesa al Derecho Penal, en relación al dolo, es aquel conocimiento concreto que el sujeto debía de tener, o que se espera que tenga dentro de una circunstancia específica, denomínese contexto social determinado de su comportamiento. Por ende desde una perspectiva normativista, lo que importa es lo que el sujeto actuante debía de saber, -la obligación de saber-, y no simplemente lo que “sabía” o “podía conocer”, en el instante de su actuación Aquí radica el carácter *normativo* de concebir la imputación subjetiva, pues lo que resulta relevante para el Derecho Penal, en el aspecto subjetivo, es la atribución de cierto conocimiento al sujeto que actúa, y que estaba obligado a conocer (no constatarlo en su interior, en su mente). Se trata también de determinar si era competente para conocer la relevancia jurídica de su proceder (*Competencias de conocimiento*)

**La diferencia entre el dolo y la imprudencia consciente no se fundamenta en índices cualitativos.**

Encontrar una diferenciación de carácter cualitativa entre el dolo eventual e imprudencia consciente, deviene en imposible, sin embargo entre ambas categorías si resulta verificable encontrar una diferencia de *plus- minus*, ello en relación a que todos los delitos tienen como común denominador la misma estructura. En todos ellos el agente realiza una acción/omisión que con sus conocimientos y/o capacidades resulta *ex ante* peligrosa para la eventual producción del resultado lesivo. Si el peligro se verifica en el resultado, estaremos frente a un delito consumado, por el contrario si aquel no se verifica, estaremos frente a la infracción de una norma que será punible en la medida en que la tentativa, delito de peligro esté expresamente sancionada.

## SUB CAPITULO III

### EL DOLO EVENTUAL: TEORIAS QUE INTENTAN EXPLICARLO.

1. EL DOLO EVENTUAL. 2. TEORÍAS ACERCA DEL DOLO EVENTUAL: 2.1. LAS TEORIAS VOLITIVAS. 2.2 .LAS TOERIAS DE LA APROBACION O DEL CONSENTIMIENTO. 2.3. LA TESIS DE ARMIN KAUFMAN. 2.4. LAS TEORIAS ECLÉCTICAS: 2.4.1. LA TESIS DE STRATENWERTH, 2.4.2. LA TESIS DE ROXIN. 2.5. LAS TEORIAS DE LA REPRESENTACION: 2.5.1. LA TESIS DE MAYER, 2.5.2. LA TESIS DE SAUER, 2.5.3. LA TESIS DE WELZEL. 2.6. LA TESIS DE LA POSIBILIDAD: 2.6.1.LA TESIS DE SCHRÖDER, 2.6.2. LA TESIS DE SCHMIDHAÜSER. 2.7. LA TESIS DE ZIELINSKI. 2.8. LAS TESIS DE LA REPRESENTACION (ASPECTO SUBJETIVO): 2.8.1. LA TESIS DE SCHMIDHAUSER (SEGUNDO PERIODO), 2.8.2. LA TESIS DE FRISCH. 2.9. LAS TESIS BASADAS EN EL RIESGO – II PERIODO DE LAS TEORIAS DE LA PROBABILIDAD: 2.9.1. LA TESIS HERZBERG, 2.9.2. LA TESIS DE JAKOBS – RIESGO HABITUAL, 2.9.3. LA TESIS DE JAKOBS (SEGUNDO PERIODO), 2.9.4. LA TESIS DE INGEBORG PUPPE, 2.9.5. LA TESIS DE PEREZ BARBERA. 2.10. TEORIAS INTEGRADORAS: 2.10.1. LA TESIS DE PRITTWITZ, 2.10.2. LA TESIS DE PHILIPPS, 2.10.3. LA TESIS DE SCHROTH. 2.11. LAS TESIS DE INDOLE PROCESAL: 2.11.1. LA TESIS DE HRUSCHKA, 2.11.2. LA TESIS DE HASSEMER, 2.11.3. LA TESIS DE RAGUES I VALLES.

## 1. EL DOLO EVENTUAL

“El dolo y la imprudencia no son conceptos ontológicos sino normativos” (ZIELISNKY, 2003, pág. 23) que deben ser determinados por la dogmática penal y por la jurisprudencia, mediante la interpretación del derecho positivo. Dolo e imprudencia son en definitiva, conceptos cuya determinación depende de las normas penales, “Dolo e imprudencia no son solo fenómenos descriptivos sino también normativos” (HASSEMER, 1982). “La distinción tiene gran relevancia práctica, ya que no sólo la imprudencia tiene una pena menor, sino que en caso de no concurrir dolo, o sea su falta o inexistencia, en muchos casos determina la impunidad de la conducta” (FEIJÓO SÁNCHEZ, 2002, pág. 16). “El fundamento de la distinción entre ambas categorías radica en la infracción de deber, aquella que no es un elemento que diferencie al injusto del delito imprudente del doloso, sino que caracteriza a ambos” (PUPPE I., 2010, pág. 88-108) (BACIGALUPO, Derecho penal, PG, 2004, pág. 304-327); (CORCOY BIDASOLO, 1989, pág. 282). Por lo cual debería dejarse de lado la idea que el hecho doloso no es antijurídico; a decir de Münzberg “El incumplimiento de un deber no es ningún criterio especial del hecho imprudente sino un criterio del hecho antijurídico” (En: FEIJOO SÁNCHEZ, 2002, pág. 18), sin embargo en contra de esta tendencia hay quienes siguen considerando que el dolo es un concepto psicológico y la imprudencia un concepto ético, así por ejemplo se muestra Mir Puig: “El dolo y la imprudencia no tienen la misma naturaleza, es un contenido fundamentalmente psicológico, y la imprudencia, un fenómeno básicamente normativo” (MIR PUIG, 2005, pág. 11-15). Ello alcanza explicación en el hecho que, aún hoy en día se concibe que en los delitos imprudentes, no concurre la voluntad de realización del tipo, y ello porque se utiliza este elemento como diferenciador del dolo con la culpa, a su vez eso sucede así porque aún se concibe al dolo como conocimiento y voluntad. Es evidente que cuando el legislador define una conducta como típica establece el deber de evitar su realización. En el delito imprudente, en sentido contrario, se hace referencia al deber de cuidado como un deber menos evidente que, además, sirve, como criterio para delimitar el injusto específicamente penal. El autor doloso tiene el saber directo de evitar un hecho típico, mientras que el autor imprudente se ve afectado por un deber de evitación más indirecto o mediato: el deber de cuidado. Tal afirmación se concuerda con lo establecido por nuestro código penal, en el que el injusto doloso es el prototípico y el imprudente aparece como excepcional (*numerus clausus*). Esta diferenciación de carácter sintáctico (lógico) y a su vez normativo, es posible gracias al artículo 12º que prescribe lo

siguiente: “Las penas establecidas por la ley se aplican siempre al agente de infracción dolosa. El agente de infracción culposa es punible en los casos establecidos por ley”.

## **2. TEORIAS ACERCA DEL DOLO EVENTUAL.**

### **2.1. Las Teorías volitivas.**

Desde los planteamientos de la teoría causalista, se distinguen dos conceptos de voluntad. En primer lugar, la voluntad entendida como mera voluntad de causar, y en segundo lugar, el contenido de esa voluntad. Desde la perspectiva de la teoría causalista, la voluntad en la acción se entiende como “simple inervación causal, impulso de la voluntad, ciega puesta en marcha de un curso causal, voluntad de causar, en suma”. Esta separación tajante de la voluntad (causación) y su contenido implicó una consecuencia fundamental para la teoría del delito: la separación entre lo externo-objetivo, es decir aquello que corresponde a la investigación y desvaloración penal del proceso causal iniciado por una acción y que concluye con un resultado, y lo interno-subjetivo, es decir, todo lo concerniente a la investigación y desvaloración penal del contenido de la voluntad. En la teoría jurídica esta bipartición (...) se plasmó en la división entre la tipicidad y la antijuridicidad, por un lado, y culpabilidad por otro. Las dos primeras categorías se ocupaban de lo externo-objetivo o causal, y la tercera de lo interno subjetivo, es decir, el contenido de la voluntad.

El contenido de la voluntad, entonces se comprende en el ámbito de la culpabilidad, como la relación psicológica entre el autor y el hecho. Dicha relación puede ser dolosa, si la voluntad del sujeto se dirigió precisamente a causar el resultado típico, o imprudente, si la voluntad del sujeto no se dirigía a causar el resultado típico, pero este se produjo debido a la acción causal del sujeto. Esta doble vertiente de la voluntad como mero impulso causal, por un lado, y como dirección de la misma a un objetivo determinado, se suaviza levemente con el concepto causal- neokantiano de acción. Su precursor define la acción como “realización de la voluntad del ser humano (Mezger *Tratado de Derecho penal*, trad. y notas de Rodríguez Muñoz, Madrid, 1935, pp. 28 y ss.)

La voluntad ya no es concebida en su aspecto mecánico-natural, es decir, como característica humana que se manifiesta en la producción de un movimiento corporal, que de causa a su vez, una modificación perceptible, por los sentidos, sino como una



característica que dota de cierto sentido al actuar humano. Este “cierto sentido” es el que puede afirmar que un ser humano realiza un comportamiento determinado. Desde esta perspectiva, se abandona, la interpretación de la voluntad en la acción como mera inervación para pasar a un concepto de voluntad como característica del comportamiento humano. Sin embargo, los defensores de la misma teoría mantuvieron la escisión entre voluntad en sí misma considerada (característica de un comportamiento humano) y en un plano diferente, el contenido de la voluntad, seguiría conformando la culpabilidad en sus dos formas de aparición: como dolo o culpa.

Desde la perspectiva de la teoría finalista, la voluntad es entendida como “(...) actividad final es una actividad dirigida conscientemente en función de un fin, mientras que el acontecer causal no está dirigido en función del fin, sino que es resultante causal de la constelación de causas existentes en cada momento” (WELZEL, El nuevo sistema del derecho penal, 2004, pág. 25). Welzel, explicó así el punto fundamental de la teoría de la acción finalista, que defendió en contra de la perspectiva causal-naturalística de sus predecesores.

La voluntad en la teoría final constituye un elemento básico de la acción: Dado que la finalidad se basa en la capacidad de la voluntad de prever, dentro de ciertos límites las consecuencias de su intervención en el curso causal y de dirigir, por consiguiente, éste, conforme a un plan, a la consecución de un fin, la espina dorsal de la acción final es la voluntad, consciente del fin, rectora del acontecer causal. Ella es el factor de dirección que configura el suceder causal externo y lo convierte, por tanto, en una acción dirigida finalmente, sin ella quedaría destruida la acción en su estructura y sería rebajada a un proceso causal ciego. La voluntad final, como factor que configura objetivamente el acontecer real, pertenece, por ello, a la acción (WELZEL, El nuevo sistema del derecho penal, 2004, pág. 26)

“La distinción es verificable en dos niveles, entre voluntad observada desde una perspectiva psicológica, como proceso interno de formación de la voluntad, y la concepción de voluntad que interesa al Derecho penal (como objetivo o contenido de esa voluntad con el mundo exterior), se aúna en la teoría final, en un solo concepto, la dirección final de la acción, desarrollado en dos fases: la primera, que transcurre en el plano del pensamiento, y la segunda, que tiene lugar en el mundo real. La voluntad, pues, se expresa, como una unidad que rige la acción humana, compuesta por dos

fases: formación interna de la voluntad y desarrollo de la misma en el mundo real. La primera fase, es decir el proceso interno de formación de la voluntad, abarca, a su vez tres pasos: 1. La anticipación del fin que el autor quiera realizar, 2. La selección de los medios de realización, 3. La consideración de los efectos concomitantes que van unidos a los factores causales elegidos, como la consecución del fin”. En cuanto a la segunda fase, se desarrolla en el mundo real:

Es un proceso causal en la realidad, dominado por la determinación del fin y los medios en la esfera del pensamiento. Si no se logra el dominio final en el mundo real- por ejemplo, el resultado, no se produce por cualquier causa- la acción final queda sólo intentada (WELZEL, El nuevo sistema del derecho penal. 2004, pág. 27)

Así, la acción final sintetiza una doble connotación, aquella que es presidida por la planificación, a nivel interno del sujeto de la consecución del fin que éste persigue; y la otra, la materialización en el mundo externo de ese fin, atendiendo a la planificación que el sujeto ha llevado a cabo en su mente. “Es preciso tener en cuenta (...), que sólo han sido producidas finalmente aquellas consecuencias a cuya realización se extendía la dirección final” (WELZEL, El nuevo sistema del derecho penal, 2004, pág. 28)

La consecuencia de tal afirmación es la siguiente: “Todos los demás efectos concomitantes, que no estaban comprendidos en la voluntad final de realización, porque el autor no había pensado en ellos, o había confiado en que no se produjeran, se realizan de un modo puramente causal” (WELZEL, El nuevo sistema del derecho penal, 2004, pág. 28 y ss.). Welzel hace referencia a la voluntariedad con el siguiente significado:

La voluntariedad significa que un movimiento corporal y sus consecuencias pueden ser reconducidos a algún acto voluntario, siendo indiferente que consecuencias pueden ser reconducidas o algún acto voluntario, siendo indiferente qué consecuencias quería producir el autor. Es decir, mera intervención de la voluntad que pone en marcha un proceso causal (WELZEL, El nuevo sistema del derecho penal, 2004, pág. 28 y ss.).

Para el finalismo, por el contrario, tratar el tema de la voluntad, necesariamente exige, hacer referencia a su contenido, que es justamente lo que separa a los actos humanos, de aquellos hechos -por ejemplo producidos por una causa natural: “A la finalidad le es esencial la referencia a determinadas consecuencias queridas, sin ella sólo queda

voluntariedad, que es incapaz de caracterizar una acción de un contenido determinado”. “Una acción final de matar” afirma WELZEL “se da no sólo cuando la muerte fuera el fin de la conducta voluntaria, sino cuando era medio para un fin ulterior (ejemplo, para heredar el muerto), o si era un efecto concomitante comprendido por la voluntad de realización”. Welzel denuncia la existencia de la confusión entre los defensores de las teorías causalistas, en donde aún no se avizora una diferenciación diáfana entre “voluntariedad”, “finalidad” o “voluntad final”. Para estos últimos, al sustraer del concepto de voluntad el contenido de la misma, todas las acciones puestas en marcha por un sujeto son voluntarias, en tanto no exista un impedimento exterior o interior que impida la realización de dichas acciones. Este concepto vendría a coincidir con lo que Welzel llama “voluntariedad”

En la teoría negativa de la acción, la voluntad es reconducida a la acción, así lo explica Schmidhäuser: “Lo que no se puede negar, por lo menos a lo que se refiere a los delitos de acción (en contraposición a los delitos de omisión) un hacer no sólo es conocido sino también querido, es decir, una voluntad, pertenece a la estructura de un hecho delictivo (...). Esta voluntad, no obstante, no abarca esquemáticamente todo el tipo objetivo, sino sólo el suceso a cuya consecución tiende el sujeto, es decir en la acción” (DIAZ PITA, 1994, pág. 157).

Los autores que postulan la teoría negativa de la acción, lo hacen reconduciendo el componente volitivo como esencia de su concepto de acción. De esta manera explica Herzberg, explicita lo que a su entender conforma el concepto negativo de acción: “El lector debe hacer un experimento mental: hemos de imaginarnos la realización activa de un tipo y tachar mentalmente el proceso de la finalidad, de la dirección voluntaria del proceso que emana del cuerpo humano, de manera que lo demás, especialmente la inevitabilidad del suceso, la fuerza para detenerlo, permanezca. Por ejemplo, se produciría el daño de la cosa ajena cuando alguien reposa en un sofá extraño y, dándose cuenta de que sangra por la nariz, no se levanta para evitar que la sangre manche la tapicería; o se produciría una perturbación en un funeral cuando uno de los asistentes molestara a los demás con su carcajada no querida y en vano reprimida, aunque podría haber evitado tal molestia yéndose del funeral rápidamente”. La consecuencia que Herzberg extrae del ejemplo es la siguiente: “De inmediato se ve que sucesos corporales de esta naturaleza, no queridos, son suficientes para la realización de un tipo. El “dejarse ir”, la no evitación consciente del resultado, a pesar de tener capacidad para ello no basta”. “La voluntad- continúa Herzberg- es, pues, un elemento

esencial de la acción humana y, con ello, un elemento esencial de los delitos de acción. Sin embargo, la voluntad no es esencial para la realización del tipo”. Lo que sucede es que hay tipos penales que para su consecución no requieren de la acción, se trata de los delitos de omisión.

Es decir: “la voluntad forma parte del delito, si bien su localización en el dolo no es acertada”. Aunque la tesis de Herzberg, va aún más allá al afirmar: “si bien la voluntad forma parte de la acción, no es esencial para la realización del tipo”.

La capacidad de realización del resultado lesivo, según Herzberg, junto a la posición de garante, constituye, los elementos comunes que aparecen en todo delito. La capacidad de evitación aparece en la tesis de Armin Kaufmann, precisamente en una posición contraria a la de Herzberg: en efecto, para Kaufmann:

La capacidad de evitación de un resultado lesivo constituye el criterio utilizado por este autor para diferenciar los comportamientos dolosos (en caso de dolo eventual) de los comportamientos imprudentes. Este criterio pertenece, pues, en exclusiva a los delitos realizados con dolo eventual (distinguiéndose así de los delitos imprudentes) (KAUFMAN, 1960, pág. 185 y ss.)

De allí se puede colegir en los delitos de omisión en donde supuestamente no hay acción, por lo tanto voluntad, según estas teorías, y dado que el peligro desprotegido, aparece como elemento de conocimiento para fundamentar el dolo, y aquí no interviene la voluntad, se concluye que no necesariamente tenga que existir este elemento, para que se configure el delito, así Armin Kaufmann en sentido contrario concluye que es la capacidad de evitación de un resultado lesivo y que constituye el criterio diferenciador de los comportamientos dolosos de los imprudentes, y que nace con la Tesis de Herzberg, quien, tiene a bien diferenciar la voluntad como el proceso de la finalidad, de la dirección voluntaria que emana del cuerpo humano, de manera que la evitabilidad permanezca. De allí que concluya que la voluntad orientada a un fin no es necesaria para la verificación del delito. “Desconoce que toda acción es una obra (más o menos lograda), mediante la cual la voluntad humana configura, es decir, dirige al suceder causal. “El hombre, al actuar, inicia un proceso impulsado por la voluntad, pero no una voluntad ciega, sino una dirigida hacia un fin determinado” (Welzel, 2004, pág. 32). La teoría de la acción causal desconoce este acontecer:

El contenido de la voluntad, que anticipa mentalmente las consecuencias posibles de un acto voluntario y que dirige, conforme a un plan sobre la

base del saber causal, el suceder externo, se convierte en un mero “reflejo” del proceso causal externo en el alma del autor”. “...Con ello la doctrina de la acción causal invierte completamente la relación entre voluntad y acción (WELZEL, El nuevo sistema del derecho penal, 2004, pág. 191).

Herzberg por su parte, relega la voluntad a un mero impulso que pone en marcha una acción humana, sino que, además considera irrelevante para afirmar la realización de un tipo penal. Y la voluntad, que no se precisa para la realización de un tipo, sólo es componente necesario de la acción (no de la omisión) y, por tanto, de los delitos de acción; sin embargo la presencia de la voluntad “sólo nos garantiza la capacidad de evitación del sujeto, que es de lo que realmente se trata” (DIAZ PITA, 1994, pág. 161. En los ejemplos propuestos por el autor de esta teoría, incluso las acciones no regidas por la voluntad son aptas para realizar el tipo descrito en el tipo penal.

“En el seno de la doctrina alemana, esta postura ha sido criticada por Brammsen” (Vease: DIAZ PITA, 1994, pág. 161-165), los ejemplos propuestos por Herzberg distan mucho de ser ejemplos de delitos de omisión, son, en cambio ejemplos de delitos de acción. “Así en los ejemplos propuestos por Herzberg el sujeto activo no configura la realidad, sino que este es visto “como una víctima desamparada implacable de los hechos”-acota Brammsen, “el sujeto activo no realiza de ningún modo un proceso causal para un bien jurídico, antes bien deja con su hacer que algo suceda”. Con ello se aprecia al sujeto activo como un figurante de un acontecer extraño para él. La realidad sin embargo, es distinta pues es el sujeto activo el que configura el acontecer, además de ello Herzberg parece desconocer que formas de comportamiento: como reír o llorar no son “sucesos corporales queridos”, que puedan compararse, por ejemplo con acciones automáticas o actos reflejos. Aun así Brammsen- acota con propiedad- en este tipo de acciones el sujeto no omite sino que actúa: “Desde luego es posible omitir la risa o el llanto, pero reír o llorar por omisión es una formas desconocida hasta ahora de expresión corporal”.

“Si el sujeto, volviendo al ejemplo propuesto por Herzberg, pudiendo dominar su risa en un funeral, no lo hace estará cometiendo una falta de respeto al difunto”. “Pero es su acción (el reír) lo que justificaría la aplicación en su caso del correspondiente tipo penal pero no la omisión de su risa”. En cuanto al segundo ejemplo como acota Brammsen: “sangrar es un suceso corporal que rara vez- probablemente los faquires puedan hacerlo-será controlable por la voluntad humana”. Es por ello que el sangrar suele ser imprevisible y escapa de cualquier tipo de control. En esta clase de situaciones, se

puede afirmar la casi incompleta capacidad del sujeto para tomar medidas tendentes a la lesión de un bien jurídico determinado (como sería el manchar un sofá donde se sienta). El principio básico de la capacidad de evitación del resultado lesivo por parte del sujeto falta, en estos casos, con lo cual la exigencia de responsabilidad penal se torna inexigible. “En cuanto la ley no prohíbe los sucesos corporales susceptibles de control y sus repercusiones; lo que prohíbe la utilización de dichos sucesos corporales como para provocar la lesión de un bien jurídico protegido” (DIAZ PITA, 1994, pág. 164).

Frisch concluye:

La afirmación de que el tipo objetivo, incluido el resultado, constituye el objeto de conocimiento como elemento del dolo es errónea, por un lado, porque es imposible que físicamente el autor hipotético pueda conocer algo, que todavía no se ha producido en la realidad (resultado); y, por otro lado, porque es inconciliable con la ratio de la más grave penalidad del dolo frente a la imprudencia (DIAZ PITA, 1994, pág. 78).

Mir Puig (quien tiene una concepción similar a la de Frisch respecto a la teoría de las normas), y ello porque el Derecho penal se torna incapaz de impedir resultados. Acota Mir Puig: “En Derecho penal esto significa que la prohibición de delinquir sólo tiene sentido si se entiende dirigida al ciudadano antes de que haya delinquir (ex ante), puesto que llegaría tarde si se refiriese al delito ya producido” (MIR PUIG, 1982, pág. 49-50). ¿Por qué razón, se ha mantenido durante largo tiempo, la tesis del tipo objetivo en su totalidad como objeto de conocimiento del dolo sin apenas haber sido cuestionada? A esta pregunta Frisch responde:

La razón de ello es que el objeto acertado del dolo sería un elemento del tipo que guarda un acentuado parecido con el propio tipo, ya que conceptos que poseen una determinada importancia dentro del tipo subjetivo nos sirven también para la delimitación del elemento que constituye el verdadero objeto del dolo (DIAZ PITA, 1994, pág. 84).

A continuación se desarrollará de manera sucinta las principales teorías que han tratado de conceptualizar el dolo eventual, dando relevancia a datos basados en la actitud interna (aspectos psíquicos), donde el elemento volitivo prevalece; y otras que toman como objeto de dolo “la entidad del peligro creado por el sujeto actuante”. También se analizarán teorías que han tratado a los elementos definidores como “indicadores y/o contra-indicadores”. En la última parte se desarrollará las tesis procesalistas, para dar

solución a la problemática del dolo eventual y su delimitación con la imprudencia consciente.

## **2.2. Las Tesis de la aprobación o del Consentimiento.**

Es a partir del caso de la correa de cuero, hubo autores que se adscribieron a los fundamentos de la sentencia. Así Baumann y Weber sostuvieron que “el dolo es el saber y querer la comisión de hecho, es decir la realización del tipo antijurídico”. De esa forma la persona que mata pero en el fondo no quiere matar, no obraría con dolo, no obstante esta conclusión devendría en relativa señalando que el dolo no desaparece, ya sea el elemento cognitivo o volitivo, cuando en el caso se trate de un simple no desear, pues según lo que se sustenta en la correa de cuero, el no desear es equivalente a la ausencia de “querer”. En relación al dolo eventual e imprudencia consciente, el profesor Baumann se adhiere a la tesis del caso de la correa de cuero, precisando que “existe dolo eventual si el autor se representa el resultado típico y lo aprueba internamente, o lo consciente, o lo acepta resignadamente, en cambio la imprudencia consciente, existe cuando el autor se representa el resultado, pero aunque sea temerariamente confía en que “todo irá bien””. Resalta Baumann que “la representación del resultado es común a ambos elementos de la culpabilidad (desde una perspectiva causalista que es la que asume el autor, dado que para el autor dolo e imprudencia son elementos de la culpabilidad) y que la distinción entre ambos elementos sólo puede lograrse a través del elemento volitivo”. También es de anotar que Maurach, es un decidido partidario de la teoría de la aprobación o del consentimiento. Considera al dolo como voluntad de acción: “el dolo es...la voluntad, dominada por el conocimiento, de realización del tipo objetivo...El dolo constituye la voluntad de acción referida al resultado. En el delito doloso, voluntad de acción y dolo son idénticos: “el dolo no es otra cosa que la finalidad dirigida a la realización del tipo objetivo...Todo lo que rige dentro de la teoría de la acción para el concepto de voluntad de realización...vale también para el dolo” (MAURACH & ZIPF, 1995, Nro. 22.nºm.1 y ss.).

Welzel al momento de caracterizar al dolo eventual toma partido por la teoría de la probabilidad de Mayer, lo cual en absoluto significa que coloque al elemento volitivo en segundo plano; la conocida expresión: “dolo como voluntad de realización” proviene de él (WELZEL, Derecho Penal alemán-Parte General, 1976, pág 79 y ss.). Para este autor, “tanto la voluntad como el conocimiento, con el mismo grado de importancia, conforman

el concepto de dolo” (WELZEL, Derecho Penal alemán-Parte General, 1976, pág. 77 y ss.).

La teoría de la voluntad, es también llamada como de la aprobación o del consentimiento, en el caso del dolo eventual, lleva el tinte de lo que se pretendió originalmente, esto es reducir de manera unitaria toda la problemática conceptual del dolo a un único denominador común, y en éste ubicar un simple dato psíquico: “la voluntad, o en determinadas actitudes anímicas, que vendrían a actuar como reflejos de la voluntad: aprobación, consentimiento, etcétera”. Ello motivaría indefectiblemente a que sus partidarios propongan “significados amplios de voluntad”, inclusive opuestas a las convenciones lingüísticas. Normativizar la voluntad bajo el “término, objetivo-psicológico” (PUPPE, 2010, pág. 112 y ss.), otorgándole un significado normativo, resulta contrario a su real significado lingüístico, por ende dicho intento no solamente no explica, sino que “confunde más las cosas”. Sin embargo debemos señalar que a pesar de ello, no es que la “voluntad” quede exenta del ámbito del dolo, y que solamente el conocimiento sea lo que lo prepondera. La “voluntad” tanto como el “conocimiento” son “datos empíricos”, que pueden resultar de utilidad al momento de establecer cuando el comportamiento de una persona es doloso y cuando imprudente.

### **2.3. La Tesis de Armin Kaufman.**

Kaufmann precisa que “para la doctrina de la acción final, el dolo es un caso particular de la voluntad de realización final” (KAUFMAN, 1960, pág. 185 y ss.). Esta afirmación es el eje central desde donde el profesor alemán parte para delimitar el “dolo eventual” de la “imprudencia consciente”. Esta definición del dolo como “caso particular de la voluntad de la realización final”, en palabras de Kaufmann, tiene el siguiente significado: “el nexos final es acuñado por la dirección final hacia un objetivo apetecido; pero él no comprende sólo el logro del fin mismo, sino todo el curso causal puesto en movimiento por la acción dirigida, en cuanto es abarcado por la voluntad dirigente” (KAUFMAN, 1960, pág. 186). Se parte de un esquema de acción finalista: “objetivo perseguido por la acción- medios utilizados- consecuencias concomitantes). En la tesis de Kaufmann “prima la relación intencional entre el sujeto y la causación del resultado”, en tanto que en la tesis de “Philippus” existe una relación teleológica, introduciendo un concepto de acción como la “elección entre varias alternativas de comportamiento”.

Kaufmann, no es partidario de todos los residuos de “*dolus malus*”: “Todo recurso a la consciencia del injusto o partícula de la misma y toda valoración del proceso de



motivación debe ser evitado” (KAUFMAN, 1960, pág. 192). Esto tiene sustento en el hecho de concebir al dolo como una forma de culpabilidad en el que se inserta la “consciencia de antijuridicidad”, que viene motivado por “razones de tipo ontológico y por argumentos dogmáticos”.

La inclusión de criterios que se remitan a la actitud interna del sujeto, bien sea ante la lesión del bien jurídico, o a los hechos mismos (aprobándolos, consintiendo ellos, siéndole al sujeto indiferente, entre otros criterios) nos llevaría a resultados insatisfactorios tanto en el aspecto teórico, como la inclusión de la consciencia de antijuridicidad en el dolo, equiparación de la aprobación del sujeto al deseo de la producción del resultado, como en el aspecto práctico ( en casos de error de prohibición, ampliación, o, por el contrario, reducción excesiva del ámbito del dolo) (KAUFMAN, 1960, pág. 193 y ss.)

Kaufmann sostiene que efectos de una correcta delimitación entre “dolo eventual” y “culpa consciente”:

Se debe partir de que la voluntad de realización se puede extender a todas las consecuencias y modalidades de obrar, si el autor cuenta con la posibilidad de su existencia o de su producción (...). No se trata de investigar lo que el autor no quiere que se produzca, a pesar de actuar teniendo en cuenta la posibilidad de materialización de unas consecuencias accesorias delictivas, sino plantear la pregunta a la inversa”: “de si acaso la voluntad de realización del autor fue dirigida precisamente a no dejar producir la consecuencia accesorias tenida en cuenta como posible, esto es dirigida más bien a impedirla” (KAUFMAN, 1960, pág. 194). “Es decir, si partimos de que un sujeto le es dado conocer todas las posibles consecuencias accesorias que su acción puede acarrear, entre ellas, la lesión del bien jurídico, y aun así, actúa causando dicha lesión, nuestra indagación no debe dirigirse a que es lo quiso causar o no el sujeto, es decir, a la relación intencional del sujeto con el resultado” (KAUFMAN, 1960, pág. 194).

La emisión del juicio debe estar en función de lo que: “el sujeto pretendía al poner en marcha su acción para alcanzar su objetivo propuesto, pero, a la vez, impedir la producción del resultado lesivo para el bien jurídico” (KAUFMAN, 1960, pág. 194).

“¿Qué ocurre, sin embargo, cuando el sujeto yerra sobre la verdadera eficacia de los medios por él elegidos para evitar la lesión?” “¿Qué sucede cuando el sujeto duda de dicha eficacia?” (KAUFMAN, 1960, pág. 200). La respuesta a estas interrogantes es contundente: aun cuando el sujeto yerre sobre este extremo o dude “esto no modifica en nada que su voluntad final de realización sea dirigida a la evitación de la consecuencia accesoria y se hayan puesto medios para el logro de ese objetivo” (KAUFMAN, 1960, pág. 200). “Sólo existe una eficaz voluntad de realización respecto a la evitación de las consecuencias accesorias-continúa Kaufmann-si el autor, a la puesta de su dirección, y a su propia habilidad, atribuye una posibilidad real de evitar al resultado” (KAUFMAN, 1960, pág. 197). Con ello se logra un criterio objetivo para la delimitación entre el dolo y la imprudencia, sin necesidad de acudir a otros criterios valorativos que no se encuentran dentro de la voluntad de realización. “La elección de unos determinados medios para llevar a cabo la acción que, a su vez, sean adecuados para evitar las consecuencias accesorias no deseadas se encuadra dentro de la voluntad de realización y se encuentra ínsito en el curso de la acción misma”. De esta manera queda configurada la delimitación objetiva del dolo. En cuanto se refiere al grado de representación del sujeto sobre la posibilidad de producción de las consecuencias accesorias en orden a elegir los medios que faciliten la evitación de las mismas. Afirma el autor: “De antemano se excluyen aquellas dudas (acerca de la posibilidad de producción de las consecuencias accesorias que amenazan la integridad del bien jurídico protegido) que más tarde han sido nuevamente eliminadas, ya sea por una reflexión objetiva, ya por un inocente autoengaño, pues aquí falta ya el presupuesto más elemental de toda voluntad de realización, a saber, la existencia real de una representación de que es posible que exista una circunstancia o de que posiblemente se produzca. Por lo demás, para admitir el dolo no basta cualquier duda ligera (...) Si la duda no es aún seria, entonces no existe dolo eventual; si ya ha pasado de ser seria, entonces no hay dolo eventual sino dolo directo” (KAUFMAN, 1960, pág. 201).

Kaufmann nos orienta a través de las siguientes directrices para aquellos casos en los que existe la posibilidad de realizar intentos de evitación del resultado lesivo, de la siguiente manera: “la voluntad de realización no comprende la producción de la consecuencia accesoria porque faltan componentes intelectuales de la voluntad de realización” (KAUFMAN, 1960, pág. 200). Aquí la “voluntad de realización” excluye al dolo ya desde el punto de vista de su contenido. La exclusión del dolo se mantiene incluso cuando el sujeto “abandona”, la estrategia de evitación de un tercero o la propia

víctima” (Véase: DIAZ PITA, 1994, pág. 267), propone el siguiente ejemplo: “en casos de relaciones sexuales de un infectado de SIDA con una persona sana, el primero no contará ya con el riesgo de infección a su pareja, puesto que lo considera excluido con la utilización de preservativos”. Si estuviera en pésimas condiciones el preservativo utilizado y ocurriera la transmisión de la enfermedad, no sería a título de dolo la acción del sujeto, puesto que en el desarrollo de su “voluntad de realización” habría usado un medio efectivo para evitar la lesión de la salud de la víctima.

En los casos en que el individuo mantiene la duda, tanto antes como después de emprender la acción, de si las “medidas adoptadas”, en orden de evitar la producción de las consecuencias accesorias lesivas serán suficientes para este fin. En aquellos supuestos en los que el peligro es advertido por el agente, de que la consecuencia accesoria se produzca, quedara excluido la actuación dolosa del sujeto, cuando existiendo aún la duda, atribuye sus propios esfuerzos a una existencia de “posibilidad real de evitación”. Aquí, la exclusión del dolo, se fundamenta en la “convicción subjetiva” de que el resultado no se va a producir aún sin tener una absoluta certeza de la “bondad de las medidas adoptadas para impedir que la lesión se materialice”.

En las situaciones en las que “el sujeto pese a reconocer la posibilidad de que la consecuencia accesoria se produzca al igual que la posibilidad de impedirla, no lleva a la práctica las medidas adecuadas para la evitación del resultado”. En estos casos concurriría dolo, en tanto que el peligro a pesar que es reconocido por el sujeto y teniendo bajo su dominio las medidas necesarias y adecuadas para impedir la realización del resultado no deseado o, al menos, “reducir de modo esencial que el resultado se produzca”, no las pone en práctica. Por ende, el simple deseo del sujeto o la mera esperanza de que el resultado no se produzca, no resulta “suficiente” para excluir la concurrencia de dolo. En el mismo modo el sujeto a pesar de verificar de lo extremadamente peligroso que resulta su accionar, y no hace nada o no pone en práctica ninguna forma de precaución para evitar la producción del resultado, sino que lo abandona al azar, actúa con dolo.

En el ejemplo propuesto por Hillenkamp (En: DIAZ PITA, 1994, pág. 267), “el sujeto que rechaza el preservativo, a pesar de conocer lo necesario y eficaz para la prevención del SIDA, actúa de forma dolosa, pues el hecho, que confíe que todo saldrá bien, no es suficiente para excluir el dolo”. En este grupo de casos devienen en conflictivas aquellos supuestos en los que el individuo, a pesar que reconoce la realización del riesgo típico, omite cualquier medida de seguridad que estuviera dirigida a la evitación del resultado

lesivo, debido a que él, de forma descuidada las tiene por no necesarias. En la tesis de Armin Kaufmann “Las razones por las cuales la dirección de la voluntad no se orienta a la evitación del resultado típico son irrelevantes”, la concurrencia del dolo tendrá que ser considerada. En aquellos casos en lo que la “omisión de la acción lesiva”, sea la única forma de e evitación del resultado lesivo, el profesor alemán propone algunas soluciones, como estas: Aquellas en las que “deviene en imposible configurar la acción de una manera distinta, pero donde el objetivo de la misma resulta para el sujeto, importante como para abandonarlo a fin de evitar la consecuencia accesoria”. Aquí la “representación del sujeto de la posibilidad de la producción del resultado” sin poner en práctica ninguna medida de seguridad que pueda paliar tal producción, bastaría para Kaufmann, aceptar la imputación a título de dolo, dado que la pura esperanza de que el resultado no se lleve a cabo, no resulta relevante para excluir el dolo, con menor razón, - en la misma situación- en la que el sujeto advierte el peligro para la “integridad del bien jurídico” y ni siquiera alberga la esperanza de que no se vaya a producir el resultado lesivo.

En las situaciones en las que el sujeto renuncia desde un inicio a una configuración de la dirección final de su acción hacia la evitación de las consecuencias representadas como posibles debido a las particularidades del objeto del hecho y las modalidades de la acción”. En estos casos, se aceptará la imputación a título de dolo, solamente cuando el sujeto se representó como muy seria la posibilidad de producción de las “consecuencias accesorias lesivas” para un bien jurídico protegido. En aquellos casos donde la “voluntad activa de evitación” alberga dudas, tanto al inicio como al final de haber emprendido la acción, en relación si las “medidas de seguridad” adoptadas por el sujeto son las más adecuadas y eficientes para evitar el resultado; ante estos supuestos se advierte una contradicción en la tesis de Armin Kaufmann: “siempre que en estos casos el sujeto atribuya a sus esfuerzo una posibilidad real de evitación, aun cuando se produzca el resultado lesivo no habrá dolo (KAUFMAN, 1960, pág. 197).

En esta situación, el individuo se plantea una situación de riesgo para el “bien jurídico”, siendo el caso que ese riesgo es reconocido por él, en tanto que ante la eventualidad que se produzca, adoptará las medidas a efectos de evitar la producción del resultado lesivo para el bien jurídico; sin embargo frente a ello el sujeto tiene duda acerca de que

aquellas medidas sean las más adecuadas para conseguir su objetivo (“la evitación del resultado lesivo”), aunque existe la consideración que sus intentos de evitar dicho resultado tienen posibilidades reales de conseguirlo. ¿Habría aquí imprudencia?. En palabras de Hassemer:

Contra esta teoría se objeta que conduce a resultados inaceptables, dependientes además de las peculiaridades de cada caso, quien realiza una voluntad de evitación, que desde un punto de vista suprime cualquier riesgo adicional, no actúa ya de forma dolosa (y queda desde el principio fuera de esta teoría delimitadora), porque no toma en consideración la posibilidad de un daño; quien a pesar de una voluntad activa de evitación, observa un riesgo adicional y, sin embargo, actúa, tiene por ello un dolo referido a ese riesgo adicional (lo cual contradice la teoría delimitadora) (HASSEMER, los elementos característicos del dolo, 1990, pág. 911).

Por ende, nos encontramos ante dos situaciones diferenciables: situaciones de peligro en las cuales el individuo atribuye de forma errónea a sus intentos de evitar el resultado lesivo, una eficacia, de la que en el fondo carece, y situaciones en las que se plantee: “puede que mis intentos de evitar la producción del resultado lesivo, tengan éxito, o puede que no, de todo modos yo actúo”. Aquí la similitud con la segunda fórmula de FRANK. “suceda si, o de otro modo, en cualquier caso actúo”.

En la teoría de Kaufmann, se verificación contradicciones de carácter interno: “esta tesis defiende el criterio de la -voluntad activa de evitación- como línea divisoria entre el dolo eventual y la imprudencia consciente. Pero esta voluntad de evitación no puede reducirse a un simple deseo de que el resultado lesivo no se produzca. Esta voluntad de evitación ha de ser activa y, a la vez, capaz de dominar el transcurso de los hechos”. Si se admite que “el dolo queda excluido aun en los casos en lo que esa voluntad ya no es capaz de dominar el hecho, es decir, cuando el sujeto no sabe con certeza la eficacia de las medidas por él adoptadas, por mucho que se les atribuya una posibilidad real, y aun así actúa, entonces, según esta teoría, lo que en realidad determina la exclusión del dolo no es un criterio objetivo, sino la falta de consentimiento por parte del sujeto en la producción del resultado o el mero hecho de que esa producción de ese resultado no le es del todo indiferente”. Siendo esta tesis, no! la más adecuada por sí sola para diferenciar el dolo eventual y la imprudencia consciente, nada impide atribuirle su “valor indicativo como criterio de exclusión del dolo”.

Veamos el siguiente ejemplo con el cual se puede verificar los problemas de las denominadas: “teorías de la voluntad” desde la perspectiva normativa o valorativa: “un empresario deteriora los frenos de un camión en el que viajan dos trabajadores suyos, porque es el amante de la esposa de uno de ellos y quiere librarse del marido de su amante”. ¿Ha de haber un homicidio doloso y otro imprudente porque “quiere” que sólo muera el marido de su amante y “desea” fervientemente que al otro le pase lo menos posible?.

Cuando varios objetos son atacados mediante una misma modalidad de conducta con una posición interna distinta por parte del autor frente a cada uno se pone en evidencia lo arbitrario que resulta, desde la perspectiva del título de imputación, el tomar en consideración elementos volitivos(o, quizás emotivos) (JAKOBS, 1997, pág. 8-26)

La cuestión a resolver es: “¿Por qué unas veces el elemento volitivo cumple un papel decisivo y otras no?”. Un intento para explicar estas consideraciones constituye que la tesis de Kaufmann consideró que:

No puede haber dolo cuando la voluntad de realización, se ve contrarrestada por una voluntad de evitación, se puede apreciar que la cuestión tratada por este autor no tiene que ver directamente con el contenido de la voluntad, sino con la manera de configurar el hecho. Si las medidas que adopta el sujeto son suficientes, la conducta será atípica al no incrementar el peligro general ante una situación típica. Y si las medidas no son idóneas, la cuestión se reduce a averiguar si el autor conocía el alcance lesivo de su conducta, puesto que, si el sujeto no conocía, no se puede afirmar la concurrencia del dolo. No se trata de lo que el sujeto quería o no quería, sino como configura este su conducta (KAUFMAN, 1960, pág. 185-206).

Por ejemplo, si alguien está en un establo lleno de paja con un quinqué que pierde combustible y de él saltan chispas, y es consciente de ello, realiza un incendio doloso; por el contrario, si coloca el quinqué en una bandeja para que el aceite no se derrame, de tal manera que no resulte más peligroso que la utilización de un quinqué normal, la conducta será atípica (adecuación social, riesgo permitido, cuidado necesario en el tráfico), si tal medida resulta insuficiente, la bandeja no tiene el diámetro para retener el aceite, el incendio ocasionado será imprudente. Engarzando el ejemplo propuesto con la tesis de Kaufmann, opina lo siguiente:

La delimitación de la voluntad de realización no se hace depender del motivo de la acción ni del punto de vista ni de la representación del autor, sino de un criterio objetivo; pues la voluntad de realización que persigue la evitación de la consecuencia secundaria y con ello excluye la producción de dicha consecuencia como contenido posible de la voluntad de realización, tiene que consistir en la voluntad configuradora que se manifieste en un suceso exterior (KAUFMAN, 1960, pág. 196-197).

#### **2.4. Las Teorías Eclécticas.**

Si alguien configura su acción de forma atípica y “espera”, “consiente o aprueba internamente”, “asume”, “aprueba”, acepta”, “ratifica”, “tomar en consideración”, “ansía”, “está de acuerdo con” (El dolo como disposición - Al ser el dolo, configurado, en la esfera más íntima del sujeto, su observación y descripción se torna imposible, y ello, porque el dolo refleja una disposición o tendencia anímica por parte del sujeto. El dolo- para HASSMER- es un concepto dispositivo, estrictamente considerado-afirma HASSEMER- “conceptos como intención, dolo, voluntario, buena fe, etc., no son casos de ambigüedad, sino complicaciones de la prueba en el proceso, que se apoyan en el simple hecho de que los objetos imaginados están ocultos detrás de una pared- generalmente en el cerebro de alguien. Sólo con la ayuda de un instrumental, y no a simple vista, se puede conocer, qué es lo que hay detrás de esa pared”. Se denomina a tales conceptos, “conceptos que reflejan una tendencia anímica” (no objetos del mundo exterior, como relojes, árboles, etc.); es decir, aspiraciones humanas, lo que en lenguaje jurídico se denomina: “aspecto interno del hecho”- en suma- “disposiciones”. Para superar las dificultades antes descritas, HASSEMER, recurre al recurso de los “indicadores” que son “indicios suministradores sobre la existencia de la disposición, la denuncian y posibilitan su deducción”. Estos indicadores, que nos facilitan la deducción de una disposición, han de reunir, tres requisitos: “deben ser observables; si no lo son, no pueden allanar las dificultades que plantean estos conceptos; deben ser completos; si falta en el ámbito de los indicadores un elemento importante, los factores restantes, serán necesariamente sesgados y falsos; deben revelar disposición; si no lo hacen, podrían revelar cualquier otra cosa, pero no lo que se quiere saber de ellos”. Como se ha podido apreciar del párrafo, antes citado, HASSEMER, no opta por la renuncia del

elemento volitivo del dolo, sino más bien, “sirve como criterio dilucidador para saber si estamos frente a un injusto doloso o imprudente. Sin embargo, el conocimiento, la representación y la decisión, están además, en función con la peligrosidad de una situación para el bien jurídico protegido” (HASSEMER, 1990). Se diferencia, por tanto, “tres planos: uno objetivo, el peligro para el bien jurídico; el segundo, referente al elemento cognitivo, la representación del sujeto; y el tercero, que es conformado por el elemento volitivo, donde se presenta la decisión contra el bien jurídico”. De estos tres planos, sólo el primero permite una investigación empírica, pues aquí se contienen los datos observables; los otros dos, por el contrario, permanecen en la psique del sujeto y sólo pueden ser extraídos a través de los indicadores. “Advirtiéndose que los indicadores frente a figuras delictivas diversas serán distintos.”. “Se decide a” (LA TESIS DE ROXIN: ROXIN parte de dos premisas básicas. “En primer lugar, una nueva formulación del concepto de dolo, en sus tres formas: dolo directo o de primer grado, dolo directo de segundo grado y dolo eventual; y, en segundo lugar, un dato común en las nuevas tendencias de carácter volitivo en torno al dolo eventual: el punto de partida para lograr la correcta delimitación entre el dolo eventual y la imprudencia consciente y el dolo eventual deberá ser la razón por la que el legislador castiga con mayor severidad los hechos dolosos en comparación con los hechos imprudentes”. El dolo es conceptualizado por ROXIN como la “realización del plan del sujeto”: “Un resultado podrá ser valorado como dolosamente producido cuando dicho resultado, valorado objetivamente, cumple exactamente el plan del sujeto” (ROXIN, 1976, pág. 276).

Todo ello porque las teorías tradicionales: “consentimiento e indiferencia, basan la afirmación de la concurrencia de dolo en una actitud determinada del sujeto frente al resultado, así, por ejemplo, si el sujeto se sitúa frente al resultado lesivo aceptándolo o siéndole indiferente, habrá dolo”. “Por otra parte, las teorías cognitivas cifran la presencia del dolo en la valoración que hace el sujeto del previsible desarrollo de los hechos” (ROXIN, 1976, pág. 276). Así, en las teorías de la representación o de la probabilidad estimarán como doloso un hecho en que el sujeto valoró como probable, en su gradiente superior, la producción de un resultado lesivo a un bien jurídico. ROXIN niega las tesis de las teorías tradicionales pues, a su parecer, “la afirmación de dolo no presupone una actitud determinada del sujeto frente al resultado, como defienden las teorías volitivas ni es suficiente en la valoración que el mismo pueda hacer del previsible desarrollo de los hechos, como propugnan las teorías cognitivas”. “El punto de partida ha de situarse allí donde el diferente grado de culpabilidad, que responde al distinto al tratamiento que reciben los hechos que han sido cometidos de forma dolosa a



diferencia de los imprudentes”. “Este punto de partida se podrá enunciar a partir de la siguiente cuestión: ¿reside la razón por la que el legislador no castiga o castiga con una pena notablemente más leve al sujeto imprudente por el hecho de que, a pesar de haber reconocido la posibilidad de que el resultado se produjera, confió en una salida airosa? ¿o la más leve penalidad de los hechos imprudentes se basa en que el sujeto valoró mal la posible producción de las consecuencias accesorias y por ello creyó innecesario tomarlas en consideración?”. ROXIN parte de dos premisas básicas.

En primer lugar, una nueva formulación del concepto de dolo, en sus tres formas: dolo directo o de primer grado, dolo directo de segundo grado y dolo eventual; y, en segundo lugar, un dato común en las nuevas tendencias de carácter volitivo en torno al dolo eventual: el punto de partida para lograr la correcta delimitación entre el dolo eventual y la imprudencia consciente y el dolo eventual deberá ser la razón por la que el legislador castiga con mayor severidad los hechos dolosos en comparación con los hechos imprudentes (ROXIN, 1976).

El dolo es concebido por ROXIN como la “realización del plan del sujeto”: “Un resultado podrá ser valorado como dolosamente producido cuando dicho resultado, valorado objetivamente, cumple exactamente el plan del sujeto” (ROXIN, 1976, pág. 269). Todo ello porque las teorías tradicionales: “consentimiento e indiferencia, basan la afirmación de la concurrencia de dolo en una actitud determinada del sujeto frente al resultado, así, por ejemplo, si el sujeto se sitúa frente al resultado lesivo aceptándolo o siéndole indiferente, habrá dolo”. “Por otra parte, las teorías cognitivas cifran la presencia del dolo en la valoración que hace el sujeto del previsible desarrollo de los hechos. Así, en las teorías de la representación o de la probabilidad estimarán como doloso un hecho en que el sujeto valoró como probable, en su gradiente superior, “la producción de un resultado lesivo a un bien jurídico”; “se resigna a”, “se conforma” o “cuenta con”.

Roxin, niega las tesis de las teorías tradicionales pues, a su parecer, la afirmación de dolo no presupone una actitud determinada del sujeto frente al resultado, como defienden las teorías volitivas ni es suficiente en la valoración que el mismo pueda hacer del previsible desarrollo de los hechos, como propugnan las teorías cognitivas (ROXIN, 1976).

“En la doctrina abunda el argumento circular de que el dolo exige un: “querer” además de un “conocer”; pero se redefine el “querer” “como aquél criterio que determina la existencia del dolo”. “La descripción del elemento volitivo que se exige al lado del

elemento intelectual en el dolo es un tema poco claro y controvertido”. “La idea de que el elemento volitivo, entendido, como consentimiento, se ha distorsionado hasta tal punto, para poder encajar en los supuestos de casos donde converge el dolo eventual, que su significado se ha tornado inicial se ha tornado irreconocible”. (Vease: DIAZ PITA, 1994, pág. 289 y 322). “El resultado no se le podrá imputar a esa persona. En muchas ocasiones las actitudes internas frente al resultado más que determinar la infracción de deber desvaloran los motivos de esa infracción”, de opiniones similares son: Sancinetti (SANCINETTI, 2001, pág. 201), Zielinsky (ZIELINSKY, 1990, pág. 162), Kaufmann (KAUFMAN, 1960, pág. 196 y ss.).

El profesor FEIJÓO, opina lo siguiente:

En este sentido es más coherente la “teoría de la doble posición del dolo”, sobre todo en la variante que se mantiene el elemento intelectual del dolo en el injusto y tiene en consideración la culpabilidad los elementos emocionales o volitivos que fundamentan una mayor responsabilidad penal (FEIJOO SÁNCHEZ, 2002, pág. 41).

Toda posición que se pueda entender comprendida dentro de las teorías del consentimiento o del asentimiento” o “aquellas, que hagan depender la imputación dolosa de la actitud interna del autor frente al resultado lesivo es rechazable, en vista de que no es más que la consecuencia de una visión que obedece en demasía a criterios psicologicistas de la imputación que da lugar a resultados arbitrarios”. “Lo mismo se puede afirmar de las “teorías de la voluntad” más eclécticas, cercanas en muchos aspectos a la “teoría de la representación”, que basan la imputación a título de dolo en consideraciones, tales como: que el autor “tome en serio” o no el riesgo de su acción” (en opinión de: FEIJÓO, *El dolo eventual...* pág.43) se trata de la doctrina mayoritaria en Alemania.

“Las teorías de tomarse en serio el peligro coinciden con las teorías de la voluntad en que se determina la diferencia entre el dolo e imprudencia de forma psicológica y descriptiva, como diferencia en la posición interna del autor con respecto al peligro que conoce”. “Ya quedan de por sí descartadas las “teorías hipotéticas del consentimiento”, por la imposibilidad de saber lo que el autor hubiera hecho, ello porque el reproche jurídico penal deber ir dirigido a lo que el autor efectivamente ha realizado y no tener como punto de referencia lo que el autor quizás hubiera hecho en otras circunstancias”. “Este método hipotético es conocido sobre todo mediante la primera fórmula de FRANK”,

que luego modificó ante las múltiples objeciones que recibió, y que se conoce como: “la segunda fórmula de FRANK” o “teoría positiva del consentimiento”, la cual consiste en: “Si el autor dijo: sea así o de otra manera, suceda esto o lo otro, en todo caso yo actúo, entonces su culpabilidad es dolosa”.

La primera fórmula de FRANK tiene el grave inconveniente no sólo de conducir a soluciones arbitrarias en algunos supuestos, sino también de basar realmente el reproche culpabilístico más en el desvalor del carácter del autor que en el desvalor del hecho. Todo ello es (autoritario) derecho penal de autor y no (democrático) derecho penal de hecho; es culpabilidad por el carácter y no culpabilidad por el hecho (GIMBERNAT ORDEIG, 1990, pág. 253). En ese sentido es de la misma opinión los profesores Bustos (BUSTOS RAMIREZ, Obras Completas. Tomo I, 2004, pág. 819) y Díaz Pita (DÍAZ PITA, 199, pág. 171 y ss.).

“Por ello, la diferencia entre el dolo e imprudencia, se puede basar en el elemento intelectual o cognitivo” (CORCOY BIDOSLAO, 1989, pág. 247 ) (siendo los datos psíquicos prioritarios para la conformación del concepto de dolo); en detrimento de las nuevas tendencias que reconducen al elemento volitivo en criterios tales como: “tomar en serio” o “contar con” donde el resultado es siempre dolo, mientras que “confiar en” su ausencia o “no tomar en serio” el resultado sólo es imprudencia. “Si el dolo es la decisión de realizar un hecho típico, donde el autor tiene datos suficientes para calcular dicha posibilidad, la imprudencia supondrá una decisión de realizar el hecho típico sin que el autor tenga todos los datos relevantes de la norma pero que su decisión sea desvalorada por suponer una falta de cuidado”. “Actúa dolosamente aquel que opera sobre un juicio válido y serio para él con respecto a la producción del resultado o con respecto a la realización del tipo” (CORCOY BIDOSLAO, 1989, pág. 247)

El autor doloso es alguien que ya no puede ver atenuada la gravedad de su hecho aludiendo ignorancia o desconocimiento de la realidad.

Desde luego, el error que excluye el dolo puede consistir en que el autor ni siquiera se ha representado el peligro típico, por ejemplo, el médico que se olvida de los efectos secundarios que puede ocasionar un medicamento para su paciente, o aquél que actúe en la creencia errónea que las circunstancias y los medios empleados se encuentran bajo su control, como, por ejemplo, el conductor que cree que dispone de espacio suficiente para adelantar, en ese sentido desde el punto de vista de la

realidad típica como referencia como objeto de referencia es siempre un supuesto de error sobre la realidad fáctica (CORCOY BIDOSLAO, 1989, pág. 289).

La total carencia de representación del hecho tiene la misma relevancia normativa que la representación no conforme con la realidad. “la interpretación mayoritaria desconoce también la diferencia entre representación y anticipación”. “Es preciso señalar la tesis que la imprudencia consciente consta de un elemento intelectual común con el dolo y que imprudencia consciente e inconsciente se dejan diferenciar de esa manera” (Cfr. FEIJÓO, 2002, pág. 56).

En la imprudencia consciente el autor tampoco ha percibido, en virtud de su anticipación errónea, la realización del tipo. La imprudencia consciente se diferencia de la inconsciente, en definitiva, en que la primera se refiere a una anticipación errónea de las consecuencias, y la segunda, a una representación errónea de la situación objetiva (Cfr. FEIJÓO, 2002, pág. 56).

En referencia al carácter cualitativo del conocimiento para que sea racional debe partir de una base nomológica y ontológicamente acertada. De acuerdo con la doctrina mayoritaria que no exige para la imputación a título de dolo que el autor disponga de conocimientos seguros o altamente probables, sino que basta con la disposición de conocimientos inseguros. No cabe en el dolo sólo la seguridad de la lesión sino que se admite que el dolo eventual el conocimiento puede ser inseguro”. (Cfr. FEIJÓO, 2002, pág. 56, 57).

De manera distinta, opina Mir Puig (MIR PUIG, 2005, 10/100 y ss.) “Si el tipo exige una conducta creadora de un riesgo típicamente relevante, el tipo subjetivo depende de si tal riesgo ha sido conocido por el sujeto”. “Este planteamiento no atiende a la actitud interna emocional del sujeto ante el hecho, si lo ve con agrado o con indiferencia, etc.”; sí es decisivo, en cambio, que el sujeto “tome en serio” el riesgo, en el sentido de que “no lo descarte”, puesto que de otro modo no puede decirse que el peligro lesivo para el bien, sea concretamente advertido por el individuo.” Para esto no basta con saber que la conducta entraña un peligro estadístico, si el sujeto llega a la conclusión de que en su caso concreto no va a producir el resultado”. “Esto es lo que sucede en la culpa consciente: en ella el peligro estadístico es conocido pero descartado y, por tanto, no tomado en serio en el caso concreto”. “Para el autor el peligro estadístico que reconoce

no existe como peligro concreto en su caso. Falta la verdadera consciencia del peligro de la acción concreta”. Considera MIR PUIG, que la concepción defendida tradicionalmente por las teorías de la voluntad: “Tomar en serio” el peligro es, pues, imprescindible para el dolo eventual. Pero, “¿hace falta además algún otro elemento voluntativo, como el “conformarse”?”.

Es evidente que para la realización del tipo no basta con advertir el peligro para la realización de la conducta, sino que hace falta algún acto de voluntad que la ponga en marcha y la dirija-por lo menos esto es innegable en los delitos de acción positiva-; cabe responder que cuando esta voluntad, necesaria para toda acción, va acompañada del conocimiento de que se realiza el tipo, se convierte en voluntad consciente que sólo caracteriza el dolo”. Prosigue MIR PUIG: “Ni el tomar en serio el peligro, ni el no descartarlo o no confiar en su realización son elementos emocionales, sino expresivos de una apreciación intelectual del peligro que efectivamente existe en el caso concreto: no dicen nada de la actitud de agrado desagrado o indiferencia del autor frente al hecho o su peligrosidad. “Lo mismo puede decirse de la convicción o de la creencia”, “de que en su caso concreto no va a producirse el resultado, que entiendo como un pronóstico concreto de carácter intelectual y bien alejado de la actitud emocional del deseo, de la aprobación, rechazo o indiferencia, que exigen las teorías de la voluntad” Mir Puig, utiliza el criterio de “tomar en serio” en el sentido que el autor opere sobre un juicio válido y serio para él con respecto a la realización del tipo”. (Véase: MIR PUIG, 2005, 10/100 y ss.).

El profesor Feijóo afirma que: “...el resultado forma parte del injusto, es precisamente esta consideración lo que lo separa de la concepción de MIR PUIG, por tanto dolo e imprudencia, se extienden- para FEIJÓO- hasta el resultado” (FEIJÓO SÁNCHEZ, 2002, pág. 58 y ss.). “De acuerdo con Mir Puig, Silva Sánchez”:

El objeto del dolo viene constituido por la conducta penalmente típica en tanto que ésta contiene un riesgo relevante para bienes jurídico-penales; ni el proceso causal, ni la relación de imputación objetiva del resultado en sentido estricto, ni el resultado, quedan dentro de su ámbito; sí, en cambio, todos los elementos de la conducta que hacen de esta conducta ex ante penalmente relevante (SILVA SÁNCHEZ, 1992, pág. 401).

Opina Feijóo:

Que estas diferencias no tienen que ver con la distinta concepción del dolo, sino, con la distinta ubicación dentro de la teoría jurídica del delito. “El que toma la decisión de crear un riesgo o de no evitarlo siendo garante toma una decisión ex ante a favor de la eventual producción del resultado”. “La única posibilidad de diferenciar el conocimiento de posibilidad abstracta o estadística (saltarse un stop, no desinfectar el material para una intervención quirúrgica, no colocar barandillas en una obra para proteger a los obreros, etc.) que no es suficiente para el dolo de la peligrosidad concreta (...) es la referencia al resultado (al objeto material concreto)”. Por tanto, sin referencia al eventual resultado no se dan todos los requisitos de la imputación a título de dolo porque el sujeto no llega a conocer el tipo objetivo de un delito puro de resultado”-prosigue Feijóo “Creo que las diferencias también vienen dadas por una concepción distinta del carácter normativo del dolo y de los criterios de imputación desde esa distinta perspectiva. No se trata de que el autor “quiera” el resultado en sentido psicológico”. “Una persona-entendida en sentido normativo-(no meramente psicológico)-que sabe que está haciendo lo necesario para producir el resultado (crea el riesgo o no lo evita como garante) es responsable por no querer evitarlo como era su deber. Su decisión de realizar o no realizar algo es una decisión en la que se encuentra (que abarca) la producción del resultado (aunque este posteriormente no se produzca)” (FEIJÓO SÁNCHEZ, 2002, pág. 59 y ss.).

“El dolo es una decisión consciente de realizar el hecho típico. Las normas no estabilizan conocimientos, salvo cuando así lo contemplan de forma expresa, sino voluntades o motivaciones que evitan el apartamiento de las normas directivas de conducta” (FEIJÓO SÁNCHEZ, 2002, pág. 59).

Por lo tanto, el dolo no sólo consiste en un elemento intelectual que no es más que su base fáctica, sino que además ha de tener un elemento que tiene que ver con la voluntad del sujeto, con las intenciones que tenga de realizar un resultado o crear un peligro jurídicamente desaprobado, estas actitudes internas cuentan para la configuración de un concepto de dolo basado en la previsibilidad objetiva del conocimiento que pueda tener el sujeto de las circunstancias típicas (tanto descriptivas como normativas) (Cfr. FEIJÓO SÁNCHEZ, 2002, pág. 60 y ss.).

Tampoco las “teorías de la representación” “no pueden ofrecer un fundamento válido para la imputación a título de dolo si consideran que el dolo sólo está constituido por un elemento intelectual o cognitivo”, en esa opinión es concordante lo manifestado por Diaz Pita: (DIAZ PITA, 1994, pág. 101). “Una concepción normativa de la imputación a título de dolo sí puede ofertar dicho fundamento”. “En los supuestos dolosos el autor, debido al conocimiento del hecho típico, tiene el deber de evitar la realización del tipo”. “Si no lo hace infringe directamente la norma que establece el deber de evitar los hechos típicos recogidos en la parte especial (norma de conducta que caracteriza al delito doloso); por el contrario, el autor imprudente, sólo deja de evitar una conducta que puede dar lugar al hecho típico si se dan una serie de circunstancias que el autor no conoce pero con las que debería haber tenido mayor cuidado o un cuidado debido (norma de conducta que caracteriza al delito imprudente)” (FEIJOO SÁNCHEZ, 2002, pág. 60 y ss.).

Esta diferencia en la infracción del deber, pues en la norma de conducta imprudente se crea un deber “atenuado” respecto del delito doloso; es lo que justifica un diferente tratamiento normativo del injusto doloso e imprudente (no sólo referente al merecimiento de pena, sino también referente al carácter excepcional de la imputación a título de imprudencia) (FEIJOO SÁNCHEZ, 2002, pág. 60 y ss.). Ello justificaría la mayor punibilidad para las distintas clases de dolo: el dolo de primer grado o intencional o de segundo grado o de consecuencias necesarias, no es más que una manera de infringir una norma, con mayor intensidad o de manera más reprochable (FEIJOO SÁNCHEZ, 2002, pág. 60 y ss.).

“Estas características de índole material tienen una clara consecuencia procesal. Lo que hay que demostrar, directamente o por indicios, es que el autor conocía o no el riesgo que él creó; y en la omisión impropia pudo evitar, empero, no evitó el resultado desvalorado que le competía en su posición de garante. Los datos psíquicos deben ser probados en el proceso, porque conforman el concepto de dolo entendido como un reproche de carácter objetivo, debido a la presencia de las normas de sanción, y que el sujeto pudo prever objetivamente, la realización típica. El problema de la prueba del dolo es en la práctica siempre un problema de los datos psíquicos, de lo que se representó el autor”.

#### **2.4.1. La Tesis de Stratenwerth.**

Este autor resumió la idea básica de todas las teorías de la actitud interna, en una fórmula que pronto sería adoptada por la mayoría de autores. Se trata de la denominada “tomarse en serio”. “La posibilidad de que se realice el tipo; la cual ha servido para rechazar las tesis unilaterales que fundan la distinción entre dolo e imprudencia en argumentos exclusivamente cognotivistas” (STRATENWERTH, 2005, N° 8, n°m. 61). Este autor plantea que las soluciones respecto a la delimitación entre el dolo eventual e imprudencia, parece moverse en círculos, centrándose o bien en el querer o bien en el saber del sujeto, y ello es precisamente lo que torna irresoluble el problema en cuestión. En su Manual se hace la pregunta: “si merece de acuerdo a la definición de dolo, como saber y querer la realización del tipo”, respondiendo de manera afirmativa, pues “para definir el dolo, no basta con el elemento cognitivo, éste debe ser complementado por el elemento volitivo, cuyo contenido es justamente lo que tiene que delimitarse con precisión”. “Ese elemento volitivo consiste en: una determinada actitud interna, que, en tanto no se deje de ser consciente de la imperfección de la expresión, puede seguir señalándose, de acuerdo con la tradición, como la voluntad de realización del hecho”. (STRATENWERTH, 2005, N° 8, n°m. 61)

Stratenwerth opina que:

Es perfectamente posible que una persona sea consciente de un riesgo concreto y no obstante, al mismo tiempo, asuma al respecto de él una actitud interna que impida la imputación a título de dolo. Para este autor, lo que sucede con el sujeto que arroja al bosque la colilla encendida es que él, en un sentido preciso, no toma en serio el peligro de que el bosque se incendie (RAGUÉS I VALLES, 1999, pág. 99 y ss.).

Que el sujeto se tome en serio el peligro que ha previsto es, pues la actitud interna que debe presentarse en él para que pueda imputársele dolo. Si el autor no toma en serio el riesgo del cual es consciente, aunque sea por motivos irracionales actúa a lo sumo con imprudencia”. Stratenwerth defiende que esa posible representarse la peligrosidad concreta de la acción y a pesar de ello no tomársela en serio diciendo que el: “no tomar en serio, consiste, como se ha visto, en que el peligro es conocido pero no reconocido y por lo tanto no se toma en consideración.



En tales casos es como si el peligro fuera puesto entre paréntesis por el autor” (RAGUÉS I VALLES, 1999, pág. 99)

“Actúa en esas condiciones, quien tomando en serio el peligro que se ha representado, se comporta temerariamente, pero en un sentido doloso. Ahora bien, ese actuar temerario, presume precisamente la consciencia de peligro”. “Quien carece de tal consciencia puede ser un necio o un atolondrado, pero no una persona temeraria. Y a la vez, no tomar en serio un peligro no significa no ser consciente de él” (STRATENWERTH, 2005, N° 8, n°m. 65)

No obstante, señala Stratenwerth, que la cuestión que se tome el peligro en serio o de manera somera, está en una dimensión diferente de la mera consciencia, pues al momento de decidirse a actuar, el sujeto, tiene distintas posibilidades, que por referirse a bienes o intereses, tienen un carácter valorativo, de lo cual resultan determinadas pretensiones del sujeto en lo que respecta a la corrección de su conducta”. De allí que Stratenwerth coincida con Puppe, en el sentido que: “lo que justifica que una conducta dolosa sea castigada con más pena que una imprudencia, se funda en el hecho de la actitud del autor doloso, indica que para él, está permitido que el resultado contrario a Derecho ocurra, es decir, queda claro que en alguna medida, el resultado para esa persona es correcto (PUPPE I., 2010, pág. 35).

El criterio de tomarse en serio el peligro, no es sólo un elemento que caracteriza al dolo eventual, sino a todas las formas de dolo, es decir, para este autor es posible un “concepto unitario de dolo”. Sin embargo, Stratenwerth, en las últimas ediciones de su Manual, relativiza su tesis, aduciendo que “la discusión de los últimos años, ha dejado como saldo nada más que una profusión confusa de criterios cuya diferencia se agota en ese nivel lingüístico de la formulación, sin repercusión en los resultados prácticos” (STRATENWERTH, 2005, N° 8, n°m. 112.).

“Lo importante es enfatizar que un concepto de dolo adecuado, debe partir de la idea que se trata siempre de una decisión en contra de la norma jurídica de conducta” (STRATENWERTH, 2005, N° 8, n°m. 100.), lo cual implica:

Aceptar tanto una parte cognitiva como una volitiva, y que está última, a los efectos de la delimitación con la imprudencia, consiste en una actitud interna del autor, según la cual más allá de cómo se formule, queda claro

que aquél está dispuesto a admitir que la realización de un tipo penal sea consecuencia de su conducta” (STRATENWERTH, 2005, N° 8, n°m. 100.).

“Bien porque se conformó con la realización del tipo” (STRATENWERTH, 2005, N° 8, n°m. 117), o “porque toma en serio el peligro de esa realización, o porque cuenta con ella” (STRATENWERTH, 2005, N° 8, n°m. 117)

A pesar de ello en el seno de la doctrina alemana Puppe, ha criticado la tesis de Stratenwerth, señalando: “todas las teorías de actitud interna, cualquiera sea su formulación, premian una actitud (el desinterés frente a la integridad ajena) que difícilmente merezca recompensa, y castigan otra (el tomarse en serio esa integridad del prójimo) que difícilmente merezca reproche” (PUPPE I., pág. 72-82).

De la misma forma que sucede con la teoría de la posibilidad, aquella donde se castiga al escrupuloso. Así como esta teoría sostiene que quien es realmente escrupuloso no actúa si percibe la posibilidad de que se realice un riesgo prohibido, y si actúa es porque dejó de percibir ese riesgo, así también puede argumentarse que la persona realmente escrupulosa se abstiene de actuar si toma en serio el peligro que puede derivarse de su acción, y que si no obstante actúa es porque, en el momento exacto del hecho, por algún motivo dejó de tomarse en serio ese peligro (PUPPE, La distinción entre dolo e imprudencia...pp. 74.)

En la tesis de Stratenwerth, lo preponderante es:

La entidad objetiva del peligro, la cual tiene que ser reconocida por el autor, y no en la actitud interna que éste asuma”. “La característica objetiva del peligro es la que nos permite una adecuada delimitación entre dolo e imprudencia, así como lo que el autor subjetivamente concluye respecto a ese peligro”. “La teoría del tomarse en serio el peligro dota de importancia, sólo al conocimiento del autor, y en ello estriban sus déficits principales”. Por su parte las tesis de autores “objetivistas” como Puppe y Herzberg, sólo prestan atención a la entidad objetiva del peligro, lo cual crea dificultades (Sobre la superación de estas dificultades, a través del “metaconcepto” de dolo) (PÉREZ BARBERÁ, El dolo eventual...pp.635 y ss.).

Lo que decide la cuestión, es la presencia o ausencia de conocimiento adecuado, el cual puede faltar, en virtud de una actitud interna del sujeto o de cualquier otra índole. Así el

“tomar en serio el peligro y otras actitudes internas similares (contar con la producción del resultado, conformarse con él, etc.) serían nada más uno de los muchos indicios posibles de la ausencia o presencia de dolo, según sea el caso” (FEIJÓO, El dolo eventual...p.35., señalando los innumerables criterios de actitud interna: “espera”, “consiente o aprueba internamente”, “asume”, “aprueba”, “acepta”, “ratifica”, “toma en serio o en consideración”, “ansía”, “está de acuerdo con”, “se resigna a”, “se conforma con”, o “cuenta con”, etc.).”En realidad las tesis del tomar en serio no representa una diferencia sustancial respecto a la teoría de la aprobación o del consentimiento, ya que entre ambos criterios hay una relación de identidad, y ambos también son actitudes internas individuales del sujeto frente al resultado o al riesgo, que muestran que el autor está dispuesto a asumir como parte de su acción una consecuencia que prevé como posible, lo cual ocurriría si el autor, aprueba el resultado o lo consiente, o está de acuerdo con él, o lo toma en serio, etc”.

#### **2.4.2. La Tesis de Roxin.**

En relación al dolo eventual, Roxin propone la siguiente definición: “decisión ante la posible lesión de bienes jurídicos” (ROXIN, 1997, pág 425). Para llegar a ella parte el autor del caso límite de la correa de cuero (ROXIN, 1997, pág. 424). Roxin confronta este caso con todas las teorías sobre el concepto de dolo eventual y su delimitación con la imprudencia propuestas hasta entonces, y su conclusión es que “ninguna de esas teorías idónea para lograr una solución satisfactoria según su punto de vista, esto es, una solución que permita imputarles dolo a los autores”. Roxin entiende que

Dichas teorías pueden subdividirse en dos grupos principales, y que uno de esos grupos se acerca más que el otro a una solución adecuada del problema: el primer grupo estaría conformado por aquellas teorías que fundan el concepto de dolo eventual e imprudencia consciente, en una actitud interna del autor respecto al resultado, teorías del consentimiento, de la aprobación; y el segundo, por aquellas que centran el concepto en la estimación que realiza el autor acerca del curso del suceso que prevé, teorías de la probabilidad, teorías de la posibilidad (ROXIN, 1997, pág 425 y ss.).

Roxin rechaza las teorías del primer grupo, pues, según su opinión: “el derecho penal se orienta fundamentalmente a la protección de bienes jurídicos”. “Por ende, a aquél “no

puede interesarle en primer término que se dañe un bien jurídico, en virtud de una especial actitud censurable; antes bien debe evitarse que ese daño simplemente no se produzca” (ROXIN, 1997, pág. 424). De allí que para Roxin, lo que fundamentalmente diferencia a la culpabilidad dolosa de la imprudente es: “si el autor, sin que interesen sus sentimientos, esperanzas o deseos, se ha decidido o no en favor de una posible realización del tipo” (ROXIN, 1997). “Las diferencias en el plano del ánimo del autor, no repercuten en el dolo, sino a lo sumo en la determinación de la pena”. A las teorías del segundo grupo, por el contrario, Roxin, las considera más a su punto de vista. “Lo decisivo para decidir si el comportamiento del autor refleja una decisión a favor de la violación del bien jurídico, es necesario saber cómo él ha estimado que se desenvolverá el suceso que se representó” (ROXIN, 1997). Ello como lo ha puesto en relieve Puppe:

Implica aceptar cierta objetivación y hasta una normativización del concepto de dolo, no es el autor sino el Derecho, el que decidirá, conforme a la representación concreta del sujeto, si éste se ha decidido o no a favor de la lesión del bien jurídico (PUPPE I., 2010, pág. 55,86 y 103).

Este aspecto normativo, es manifestado por Roxin, cuando señala: “el concepto de decisión, como todos los conceptos jurídicos, no ha de enjuiciarse como un puro fenómeno psicológico, sino según parámetros normativos” (ROXIN, 1997, pág. 429). De tal forma, que no es relevante que la “*decisión* en cuestión se dé como un acto reflexivo, en forma de resolución psíquica” (ROXIN, 1997, pág. 429). De allí que Roxin afirme también que: “su posición en este punto sería compatible con la finalista, si se parte de un concepto normativo de finalidad” (ROXIN, 1997, pág. 426), es decir si por finalidad se entiende, “la realización del plan como objetiva”.

Roxin entiende que: “con el concepto de dolo eventual y la consiguiente delimitación material entre dolo e imprudencia por él propuestos se consigue solucionar con acierto, en favor del dolo, el caso de la correa de cuero” (ROXIN, 1997). “Pues los sujetos no actuaron de manera descuidada e irreflexiva, sino que se dieron perfecta cuenta que su actuación podía conducir fácilmente a la muerte de la víctima, y precisamente por eso renunciaron a ese plan” (ROXIN, 1997).

Cuando después al fracasar el plan sustitutivo, volvieron al proyecto original, se arriesgaron conscientemente a la muerte de la víctima, por muy desagradable que les resultara tal consecuencia”. “Incluyeron en su

cálculo, la eventual, muerte de la víctima, la hicieron parte integrante de su plan y, en esa medida, la quisieron (ROXIN, 1997, pág. 425).

A fin de demostrar “la eficacia de su criterio de la decisión, de peligro sobre el bien, del peligro de dolo, pone como ejemplo, el caso del karateka” (BGH, NStZ 1988, 175). En esta jurisprudencia alemana, “el padre se había quedado a cuidar al hijo. El padre se encontraba hablando por teléfono, cuando el niño empezó a llorar, ante la desesperación de ver que éste no se callaba, él que era karateca le dio un golpe de karate con la mano a la altura de la cabeza, ocasionando la muerte del niño.)”. Puppe señala en ese caso que: “se vería forzada a afirmar dolo, pues en dicho supuesto no puede negarse la entidad del peligro inherente a la acción es elevado”. Precisa Roxin: “Si se toman en cuenta todas las circunstancias del caso, y no sólo la entidad del peligro, resulta que el autor no tenía ningún motivo para cometer el hecho, y de ello cabe inferir la ausencia de dolo” (PÉREZ BARBERÁ, 2010, nota 345). “Esta visión integral, que no toma en cuenta sólo el peligro creado, sino también otras circunstancias, como, por ejemplo, las características personales del autor y su relación con la víctima” (PÉREZ BARBERÁ, 2010, nota 345)”.

Por esta razón, Roxin, sostiene que “su punto de vista se encuentra más próximo a las tesis desarrolladas por Hassemer y Schünemann, fundadas ambas teorías en el contraste de distintos indicadores y contraindicadores empíricos, propios de cada caso y que tienen la operatividad de complementarse o cancelarse entre sí”. “Entiende el autor que la tesis de Puppe forma parte de un: “normativismo cognitivo”, mientras que la de él forma parte de un “normativismo volitivo”, a juicio del autor:

Esta tesis parte de tomar en cuenta la diferencia de culpabilidad que existe entre dolo e imprudencia, que es precisamente lo que legitima la mayor punición del primer grupo de casos, o sea los dolosos; es importante considerar además, que para el concepto de dolo, “todas las circunstancias relevantes para la culpabilidad”, como por ejemplo: “las motivaciones y razones del autor, y no conformarse únicamente con la entidad del peligro inherente a la acción, circunstancia ésta sin duda importante, pero no suficiente para enjuiciar a una conducta como dolosa” (PÉREZ BARBERÁ, 2010, pág. 333, nota 348).

Se trata de verificar indicadores relevantes que nos informe que el autor estaba decidido a atentar contra el bien jurídico, entre otros, a los siguientes: “la peligrosidad

objetiva de la acción, el motivo para la acción, la capacidad de percepción de la situación de peligro, la habituación al riesgo del autor, la experiencia previa del autor en situaciones peligrosas, la posibilidad de control del curso del suceso según el punto de vista del autor, la puesta en práctica de una voluntad de evitación, la cercanía emocional entre autor y víctima, entre otros”.

En contra de esta tendencia, Puppe, afirma lo siguiente:

Hay que precaverse de la tendencia recientemente fortalecida de querer resolver el problema de la distinción entre dolo e imprudencia mediante un conglomerado de criterios de valoración intercambiables sobre el hecho o incluso el autor en una forma de visión en conjunto, por consideración al principio de culpabilidad por el hecho y a la seguridad y claridad jurídicas (PUPPE I., 2010, pág. 109).

El criterio de la “decisión a favor de la lesión del bien jurídico”, “es en el marco de la dogmática del dolo, un principio rector normativo, de la misma índole que lo son sus conceptos de conformación central para la dogmática de la autoría y de retorno a la legalidad para la dogmática del desistimiento voluntario”.

En tanto que lo importante es considerar aspectos empíricos dentro de un marco normativo, sostiene además que su punto de vista coincide con el de Schünemann, en el sentido que constituye una combinación entre el pensamiento normativista y el de las estructuras lógico - objetivas (PÉREZ BARBERÁ, 2010, pág. 334, nota 351).

En la tesis de Roxin, “también es posible observar algunos rezagos de las teorías del consentimiento, pues para fundamentar el concepto de dolo eventual, recurre a la normativización de la decisión, y que por tanto no depende de la existencia fáctica de una auténtica decisión psíquica de parte del sujeto; así concluye que el autor se ha decidido eventualmente a favor de la lesión del bien jurídico. De modo similar “la teoría del consentimiento, sostenía que en dichos casos el autor ha querido eventualmente el resultado, o que el resultado era co-querido para el autor” (ROXIN, PG, pp. 85.). Por ello su tesis linda con la teoría de la actitud interna, de fuerte influencia psicológica.

El concepto básico de dolo de Roxin, adolece de algunas contradicciones, en tanto que parte de la “teoría de la voluntad”, “es la forma del denominado dolo directo de primer grado, la que proporciona el concepto básico de dolo, de la cual el dolo indirecto o de segundo grado, y el eventual describen un debilitamiento gradual sustancial” (ROXIN, 1997, pág. 425, nota 25.).

En relación a la solución del caso de la correa de cuero, “la solución ofrecida por Roxin, es insatisfactoria, porque no se explica por qué es forzoso concluir que, al momento de utilizar el cinturón de cuero, los ladrones se decidieron favor de la muerte de la víctima, y por qué no es posible, por el contrario, concluir que, precisamente en ese momento confiaron en que dicha muerte no se produciría, sobre todo teniendo en cuenta que de ninguna manera deseaban que la víctima muriera”. “No se explica esta solución, especialmente si se acepta que para Roxin, un automovilista que conoce las posibles consecuencias de su violación a las reglas del tránsito, aun sabiendo que su conducta es extremadamente temeraria, sí puede actuar de manera imprudente, pero no un ladrón que conoce las posibles consecuencias de su acción contra la víctima, al cual sólo cabe imputarle dolo; o que un automovilista sí puede representarse y dejar de representarse súbitamente y de un momento para el otro la posibilidad concreta de producción de un resultado típico no deseado, pero a un ladrón se le niega tal posibilidad”. “¿No importa esto una “justicia de clase”, como denunciaron algunos autores del período clásico? La salida para la diferenciación no puede residir en criterios de utilidad social de la acción cuando la probabilidad de realización del peligro es alta, como se puede apreciar, y puede ser alta o muy alta en ciertos casos de tránsito vial, por lo que no resulta correcta una diferenciación a priori entre diversos ámbitos del derecho penal, como los delitos de propiedad y los delitos ocurridos en el tránsito vial”. “El recurso al argumento de la poena naturalis al que acude Roxin” (ROXIN, 1997, pág. 425) “tampoco permite explicar de manera satisfactoria, la diferencia de tratamiento para la constelación de casos de tránsito vial en contraste con los de robo”. “En el caso del automovilista se admite la confianza en que nada malo le ocurrirá porque de lo contrario: el mismo será la primera víctima de su conducta” (ROXIN, 1997, pág. 425), lo cual no ocurre en el caso de la correa de cuero. “¿Vale este argumento como criterio general?”. “Si valiese como argumento general, entonces en el caso de la correa de cuero, y siendo consecuentes con la tesis de Roxin, los ladrones serían víctimas de su accionar, ello se traduce en una poena naturalis para ambos, y por esta razón sólo se les imputaría imprudencia consciente, pues los ladrones tenían la confianza de que nada malo ocurriría, no creemos que Roxin estaría dispuesto a aceptar sólo imprudencia en este caso”. “Una cuestión debatible y en este sentido la idea de la poena naturalis presta su utilidad como indicador de dolo, es que el autor que se ve perjudicado por peligro que el mismo crea o que no evita utilizando -máximas de riesgo- iguales para sí mismos como para otros, y por ello es más fácil constatar la inexistencia de dolo, ya que todo el mundo actúa por móviles egoístas o de supervivencia”.

“Exceptuando, claro está, ciertos supuestos evidentes: conductores suicidas, atentados terroristas suicidas; la existencia de resultados inesperados y nocivos para el autor supone un indicador bastante fiable” (FEIJOO SÁNCHEZ, 2002, pág. 137-138).

### **La relación del dolo con la teoría de la imputación objetiva.**

“La correspondencia que existe entre el dolo y la teoría de la imputación objetiva, viene referida a que, sin un desarrollo del tipo objetivo en los delitos de resultado lesivo, establece mejores filtros que delimitan relación de causalidad en los tipos penales” (ENGISCH, 2008, pág. 83 y ss).

“Las teorías de la voluntad utilizaban tradicionalmente el correctivo del elemento volitivo debido a las insuficiencias de la teoría de la representación en su variante de las teorías de la probabilidad”. En el marco de la “teoría de la imputación objetiva algunos autores han desgajado del criterio amplio de “fin de la protección de la norma””. El criterio más restringido de “alcance o fin de protección de la norma penal”. Sobre esta cuestión la denominada “Imputación objetiva planteada por JAKOBS, CANCIO, ROXIN y con mayores referencias en FEIJÓO (FEIJÓO SÁNCHEZ, 2002, pág. 84, nota 117). “El representante más genuino de esta teoría es MAYER”: “Probabilidad significa algo más que una simple posibilidad y menos que una probabilidad” (DIAZ PITA, 1994, pág. 89), (FEIJOO SÁNCHEZ, 2002, pág. 84, nota 118), y sobre las “teorías de la probabilidad” en sentido crítico; Corcoy Bidasolo (CORCOY BIDASOLO, 1989, pág. 273 y ss), Jescheck/Weigend, (JESCHECK, 2002, pág. 329,330), Köhler (KÖHLER, 2000, pág. 71-90).

“En los últimos tiempos la formulación más interesante reside en los trabajos de PUPPE..., que con su idea del peligro cualificado pretende des-subjetivizar el dolo y normativizar la tradicional teoría de la probabilidad”. Para esta autora: “dolo es el conocimiento del peligro cualificado, considera que hay una diferencia cualitativa entre el propio peligro del dolo y el peligro propio de la imprudencia y, mantiene frente a la posición mayoritaria, que el autor no es el competente para decidir sobre la relevancia jurídica del peligro de realización del tipo que conoce, sino que el competente es el derecho”. PUPPE, parte de la idea que las “teorías de la probabilidad han triunfado *de facto* en los fundamentos teóricos de la ciencia jurídico-penal y en una gran parte de las decisiones judiciales”. Esta autora, sin embargo, no pretende determinar la cualificación del dolo como lo hacían las “teorías tradicionales de la probabilidad”, sino con una medida normativo-racional. Según, PUPPE: “si el autor realiza algo (estrangular con



una pañoleta a otra persona) que para una persona racional o respetuosa con las normas supone una máxima que el resultado lesivo se tiene que producir o se puede producir habrá dolo”. “Se imputa el resultado a título de dolo cuando una persona que piensa y actúa racionalmente, situada en el lugar del autor sólo podría haber actuado así si hubiera querido realmente el resultado o lo hubiera asumido”. “En su intento de objetivización y de normativización a título de dolo de PUPPE existe un fondo correcto. Lo que sucede es que el tipo objetivo no es una mera cuestión de cantidad y calidad del peligro, sino de la configuración del tipo”. “La imputación a título de dolo no depende de la entidad del peligro, sino de su relevancia típica. Y dicha relevancia tiene la misma importancia para el dolo y la imprudencia. Por ejemplo, no se puede decir que el contagio del SIDA por vía sexual sea siempre un supuesto de imprudencia al tratarse de un peligro muy pequeño, pero se convierte en dolo si se mantiene un determinado número, de relaciones sexuales con la persona. Se trata siempre de un riesgo típico, cuya imputación a título de dolo o imprudencia depende del conocimiento que el autor tenga de los factores de riesgo”. PUPPE vuelve a plantear los problemas que tiene la “teoría de la adecuación” con los “grados de tendencia” y vuelve, a caer, en consecuencia, en los mismos problemas. Los problemas de PUPPE se encuentran en “la falta de un desarrollo del tipo objetivo”. “Lo importante es saber lo que sabe o podía conocer el autor en esa situación concreta. No se puede prescindir de la representación del autor ante un hecho, que va a realizar asignándole un conocimiento ficticio”. En un sentido similar Roxin (ROXIN, 1997, pág. 12 á 45), Rodríguez Monatañés (RODRÍGUEZ MONTAÑEZ, 1994, pág. 102).

Por la misma razón, también se exigía desde posiciones más modernas que el autor “se tomara en serio” la realización del resultado lesivo. Pero “con una correcta visión y determinación del tipo objetivo como materia de referencia de la psique del autor no es preciso que el autor persiga si su postura emocional ante el hecho o espere como criterio regulador arbitrario”. De acuerdo con “la teoría de la imputación objetiva”, que considera que: “al menos cierto tipo de delitos de resultado consisten en la creación de un riesgo que se realiza en un resultado, el autor debe representarse el riesgo típico. No es suficiente con que el autor se represente de alguna manera la posibilidad o la producción del resultado o cualquier tipo de peligro, sino que debe representarse la concurrencia de los elementos o circunstancias que configuran cada supuesto típico”. “Debe representarse el hecho penalmente relevante para el tipo penal”. “Si el tipo objetivo de los delitos puro de resultado exige algo más que la relación de causalidad (delitos de peligro), la imputación a título de dolo como objeto de conocimiento exige

algo más que la mera posibilidad de causar el resultado”. “Sólo se puede hablar de dolo de lesión cuando el autor prevé un riesgo típico que crea, o que, por otras razones, es cosa suya y que tal como lo prevé se puede realizar en un resultado”. Aquí radica la diferencia entre las “teorías tradicionales de la representación” y una “teoría intelectual del dolo”, ésta última presupone “la imputación objetiva del hecho al autor basado en criterios no exclusivamente causales”. “Si se determina de forma correcta el alcance del tipo objetivo y se exige la representación o prognosis racional del hecho típico (tipo subjetivo), y que no basta algún tipo de pensamiento de referencia mental al resultado, no se puede aceptar ninguna crítica que se extiende en demasía al ámbito del dolo en detrimento de la imputación por imprudencia, y, por ello, no hace falta una referencia a lo que el autor quiera como determinante de la imputación jurídico- penal”. “Por ello, es innecesario recurrir al elemento volitivo referido a la consumación del tipo en los denominados delitos de mera actividad”, Rodríguez Montañés, defiende “la necesidad de la existencia de un elemento volitivo para imputarle a título de dolo, al autor de un delito” (RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, 1994, pág. 165 y ss.). (el elemento volitivo en el dolo de peligro), “al ocuparse de los delitos de conducta tasada como los delitos de peligro concreto, éste pierde su importancia y opera como un adorno” (RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, 1994 pág. 168 y ss.) “Para afirmar el dolo de peligro basta con que el sujeto decida seguir actuando, pese a la representación del peligro concreto. Ello no significa que se prescindiera del elemento volitivo, sino tan sólo que su mínimo exigible viene implícito en la actuación pese a su representación, lo cual puede ser de gran utilidad en la práctica, sobre todo a efectos probatorios”. “Sólo en los supuestos de dolo directo de primer grado o intención-por otra parte excepcionales-, en los que el sujeto persigue como fin de cómo fin de actuación precisamente la creación de la situación de peligro concreto, adquiere entidad propia”. Llega también a la conclusión de que: “no obstante y pese a las afirmaciones anteriores, no cabe duda de que el aspecto volitivo o de decisión-el desvalor subjetivo de la acción- en el dolo de peligro es mucho menos relevante, tiene un menor peso en el injusto frente al desvalor objetivo, que en el dolo de lesión”. “Incluso en el capítulo cuarto, que se ocupa del tipo subjetivo de los delitos de peligro abstracto, desaparece toda referencia al elemento volitivo necesario, para afirmar la existencia del dolo” (RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, 1994 pág. 168 y ss.). “Por lo tanto, si el elemento volitivo resulta menos necesario para Rodríguez Montañés cuánto más descrita se encuentre la conducta típica, con el elemento volitivo se quieren resolver cuestiones que no tienen que ver directamente con el tipo subjetivo, sino con el tipo objetivo.” “En estos casos para hablar de dolo basta el conocimiento de

los elementos típicos, mientras el error sobre alguno de ellos elimina siempre el dolo". "La supuesta confusión entre dolo eventual e imprudencia consciente que se le ha reprochado a las, teorías tradicionales de la representación, parte de una todavía insuficiente determinación del tipo objetivo que ha ido intentando superar la denominada, teoría de la imputación objetiva". "Según esta teoría la probabilidad de producción del resultado no es lo que determina el alcance del tipo sino los criterios normativos extraídos de una interpretación teleológica de los diversos tipos de la parte especial. Por esta razón las, teorías de la probabilidad de corte subjetivista resultan rechazables". "Han resultado insatisfactorios los intentos de la, teoría de la probabilidad, pudieran dar un criterio delimitador para el dolo e imprudencia, conceptos como probabilidad y posibilidad o su determinación en base a porcentajes resulta indeterminable en la práctica". "Además, las teorías de la probabilidad operan sobre datos ficticios; los seres humanos no toman decisiones en base a un cálculo probabilístico que se asemeje al cálculo matemático". "De otra parte, hay que reconocer en esta teoría cuando la probabilidad de lesión no es sólo alta sino evidente, por lo que el autor no puede excusarse en una percepción errónea de la realidad. La mayor virtud de las teorías de la imputación objetiva, podría residir en su acervo crítico hacia los aspectos volitivos y emotivos del injusto, como parámetros constitutivos del injusto doloso. A partir de estas críticas es posible desarrollar una alternativa que se puede construir a partir de: las teorías de la probabilidad".

"El tipo objetivo se muestra como la referencia del tipo subjetivo. Así en los delitos de resultado lesivo, el riesgo típico (peligro típico) permite explicar aquél que ha de ser siempre el objeto de referencia del dolo y de la imprudencia".

"De esta manera resulta abarcable y planificable el resultado para el autor doloso o para el autor imprudente". Por ende, "si el resultado es consecuencia de un riesgo o de una parte del riesgo no abarcado por el dolo sólo se podrá imputar a lo sumo por imprudencia".

El traslado de la, teoría de la imputación objetiva, del delito imprudente al delito doloso supone una revolución metodológica del injusto doloso. Un importante hito en esta evolución es la contribución de Roxin al libro homenaje de Honig con el título "***Reflexiones sobre la problemática de la imputación en el derecho penal***" (ROXIN, Problemas básicos del Derecho Penal. Traduc. Luzón Peña, 1976, pág. 128 y ss.).

Sobre ello opina Feijóo (FEIJÓO SÁNCHEZ, 2002, pág. 94), acerca del paralelismo entre Roxin Honig en la aparición de sus artículos ambos en los libros homenaje (*Festsgabe für Honig* y *Festsgabe für Frank*) respectivamente, señalando: “El paralelismo y la importancia de ambos aportes, se dan en el contexto de su aparición donde imperaba, la teoría de la causalidad adecuada”. “La ventaja de estas dos posiciones frente a la idea de la adecuación es que diferenciaban mejor la causalidad y la tipicidad. El principal aporte de Roxin, supone el traspaso de la teoría de la imputación objetiva, al ámbito del delito doloso. En especial para los tipos de resultado que son los que plantean mayores problemas, ya que en los otros la idea de bien jurídico protegido contribuye a desarrollar la interpretación teleológica de los tipos”.

“La idea de que el riesgo permitido (o adecuación social) limita también el ámbito del tipo doloso es compartida por los siguientes autores”: Bacigalupo (BACIGALUPO, 2004), Martínez (MARTÍNEZ ESCAMILLA, 1992, pág. 153 y ss.), Gimbernat (GIMBERNAT ORDEIG E., Delitos cualificados por el resultado. En: Estudios de Derecho Penal. 3ra. ed., 1999). En contra, PORTILLA CONTRERAS, (*Relación entre algunas tendencias de la filosofía y la sociología y el derecho penal: la influencia de las teorías funcionalistas y el discurso de Habermas en la selección de valores penales*, en La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo, L-H, a José Cerezo Mir, primera edición, reimpresión, Tecnos, Madrid, 2003, pp. 716 y ss.).

La “teoría de la imputación objetiva, empezó así a adquirir madurez como teoría global del tipo. De esta manera aunque no se dijera de forma expresa, la idea antes formulada por Gimbernat de utilizar el criterio del ámbito de protección de la norma, tanto para el delito imprudente como para el delito doloso (GIMBERNAT ORDEIG E., Delitos cualificados por el resultado. En: Estudios de Derecho Penal. 3ra. ed., 1999, pág. 145-147).

De conformidad con este criterio del “fin de la protección de la norma” es de aplicación a los delitos dolosos (CORCOY BIDASOLO, 1989, pág. 61). De acuerdo con esta nueva perspectiva, “en los tipos dolosos el tipo objetivo tampoco se reduce a la causalidad”. “Aunque un autor sepa y quiera causar el resultado, y en efecto lo cause, no existe una realización del tipo si no ha creado un riesgo jurídicamente relevante. Al igual que no es suficiente una relación causal con un resultado y una conducta imprudente para que quede constituido el tipo imprudente, tampoco es suficiente causar un resultado queriendo causarlo para construir un tipo doloso”. (CORCOY BIDASOLO, 1989, pág. 62 y ss.)

“El objeto del dolo no es causar un resultado queriendo causarlo para constituir un tipo doloso. El objeto del dolo no es la causalidad sino un riesgo desaprobado por una norma penal. El riesgo permitido desempeña, por consiguiente, un papel no sólo en los tipos de resultado imprudentes sino también en los dolosos”. “Roxin plantea con un ejemplo, de forma gráfica, las consecuencias de su posición para el delito doloso: el cirujano que realiza una operación irreprochable, de acuerdo con la *lex artis* en la que muere un paciente no lleva a cabo una acción homicida, aunque la muerte sea querida” (ROXIN, Problemas básicos del Derecho Penal. Traduc. Luzón Peña, 1976, pág. 231 y ss.). Roxin desarrolla mediante esta traslación, “la comprensión del tipo objetivo del delito doloso en una serie de límites normativos que se pretendieron establecer antes mediante la idea de la adecuación”. “No se trata sólo de supuestos en los que se no se crea un riesgo. Hay supuestos en los que se crea un riesgo que realiza en un resultado, y aun así no se realiza un tipo de forma dolosa. Tampoco se trataba de supuestos relacionados con la errónea representación del autor doloso (error in persona, dolus generalis, error in objeto, desviación de cursos causales, etc.)”. “En el delito doloso el método teleológico valorativo propio de **la teoría de la imputación objetiva** se ha desarrollado el *topos* restringiendo en forma gradual el alcance del tipo objetivo”.

Roxin ha expuesto de modo convincente-frente a la “doctrina final de la acción”- la idea de “delimitación de lo típico no tiene que ver directamente con la finalidad o intención del autor” (ROXIN, Problemas básicos del Derecho Penal. Traduc. Luzón Peña, 1976, pág. 148 y ss.). “La conclusión de estas ideas son las críticas que ha recibido el finalismo en el ámbito del delito imprudente pasaron a extenderse al delito doloso”. “En los conocidos ejemplos del familiar rico que es convencido por su heredero para que realice abundantes viajes en avión o en tren con la finalidad de que muera en un accidente, o, de la persona que es enviada en medio de una tormenta para que sea fulminada por un rayo” (CEREZO MIR, *Obras completas*, Tomo I, pág. 101, 137. y ss.; (CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente...*pág. 302, 443); (ZIELINSKY, *Disvalor de acción...*pág. 124, notas 152 y 161); (MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva...*pág.109); o el “de mantener contactos sexuales con una mujer tuberculosa para que pueda quedar embarazada y fallezca en el parto, se podría motivar a los autores mediante la intimidación para no realizar esas conductas o se podría exigir otra dirección de la finalidad del autor. Si se trata de comportamientos atípicos, como nos indica la intuición, es por razones valorativas relacionadas con el tipo objetivo”.

“En sentido contrario, en el finalismo y algunos defensores del injusto personal, se defiende estos supuestos mediante la argumentación de que el resultado queda fuera

del dominio del hecho” (HIRSCH, *Acerca de la teoría de la imputación objetiva*, en *Obras Completas*, Tomo, I, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 1998, pág. 37-64), “solucionan estos supuestos a través de la: “doctrina social de la acción”, con referencia, a una imposibilidad objetiva de dominar el suceso, de acuerdo con el criterio general de la “susceptibilidad objetiva de ser tomado con finalidad”, como criterio de objetivo de imputación.), o que: “no hay dolo como voluntad de realización porque semejantes sucesos sólo se pueden desear y no se puede confundir el dolo con el simple deseo”. “Pero el dominio sobre un hecho puede consistir no sólo en el dominio de un curso lesivo natural y conducirlo hacia donde uno quiere sino también conducir en conducir a una persona sobre ese curso hacia ese curso lesivo natural”. “El problema radica en que este criterio es puramente valorativo (alcance del tipo), no de dolo. Se trata de un problema propio previo de la dogmática del dolo o de la imprudencia”. “En realidad nos encontramos ante una limitación objetiva de la imputación camuflada Y esta limitación objetiva tiene la misma validez con relación al dolo que con relación a la imprudencia del autor. Cuando en muchas ocasiones se afirma que el autor no infringió su deber de cuidado, en realidad se está afirmando que el riesgo que ha creado es objetivamente permitido o que falta algún elemento característico de los delitos de resultado”.

La argumentación de Roxin sólo convierte a la doctrina final de la acción en una explicación sistemática del derecho penal que fue útil en el pasado, sino que supera, en definitiva: “la teoría de la causación adecuada”. Este autor “evidencia con su argumentación que los problemas del tipo no tienen nada que ver con la causalidad o con la, interrupción del nexo causal, ya que en cosas como estos la relación causal es evidente”. “Tampoco tiene que ver con la insignificancia o inexistencia del riesgo, aunque, es evidente siempre que el riesgo no sea mensurable (facilitarle un cigarrillo a un menor de 16 años), no se puede considerar realizado el tipo correspondiente”. “El problema del riesgo permitido no tiene nada que ver con la medida ontológica del riesgo, sino con su relevancia con la norma penal. No se trata de que falte una situación de peligro, sino que en los ejemplos citados las creaciones o favorecimientos de riesgos no se ven desaprobados por razones específicamente derivadas del ordenamiento jurídico” (ROXIN, *Problemas básicos del Derecho Penal*. Traduc. Luzón Peña, 1976).

## **2.5. Las Teorías de la representación (Teoría de la Probabilidad)**

### **2.5.1. La Tesis de Mayer.**

Lo más resaltante en la tesis de Mayer, es que “desarrolla la teoría de la probabilidad en el seno de la teoría de la voluntad, cuando todas las versiones de la teoría de la probabilidad se caracterizaron por constituir una variante de la teoría de la representación”.

Para este autor “la teoría de la imputabilidad subjetiva trata de los presupuestos subjetivos en virtud de los cuales el hecho se manifiesta como voluntad del autor” (RAGUÉS I VALLES, 1999, pág. 66-81).

Este autor define el dolo como:

La voluntad consciente, la misma que es continente tanto del momento del saber y de la decisión. En relación con el dolo eventual, Mayer condice con los fundamentos de la “teoría de la probabilidad”, para efectos de diferenciarla de la imprudencia. Pero sin que ello implique el abandono de su punto de partida, desde esta especial perspectiva Señala: “Sólo faltaría dolo si el autor se representara como totalmente improbable a la auténtica consecución de su meta. Dicho de otro modo, el autor tiene que representarse el resultado como si éste fuese de alguna manera calculable. Pues se sigue del concepto de voluntad que nadie quiere poner el azar a su servicio (RAGUÉS I VALLES, 1999, pág. 67).

De aquí se extrae la conclusión relevante e invariable, en relación a la “teoría de la probabilidad”, así: “Siempre tiene que afirmarse dolo si el autor se ha representado como probable el resultado prohibido o las circunstancias concomitantes decisivas. (la llamada teoría de la probabilidad)”(RAGUÉS I VALLES, 1999). “Probabilidad significa más que simple posibilidad y menos que preponderante probabilidad” (PUPPE I., 2010, pág. 87). Esta definición le es de suma relevancia y utilidad al autor, para fundamentar la diferenciación entre dolo de lesión y dolo de puesta en peligro, “ambos se diferencian según el grado de posibilidad representada”. Así: “existe dolo eventual de lesión si el autor se representó a la realización del peligro como probable, y existe dolo de puesta en peligro, si el autor se representó ello sólo en grado menor” (PUPPE I., 2010).

**2.5.2. La Tesis de Sauer.**(RAGUÉS I VALLES, 1999, pág. 68 y ss.), (PÉREZ BARBERÁ 2010, pág. 367-368).

Este autor a diferencia de Mayer, arriba a la formulación de la “teoría de la probabilidad” desde el ámbito de la “teoría de la representación”. “La concepción de Sauer es disímil con la teoría de la probabilidad en sentido subjetivo, así como con los postulados de la teoría de la probabilidad atribuida objetivamente, en tanto se refiere a una probabilidad subjetivamente; pero, por el otro rechaza uno de los principales postulados de esa teoría, según la cual, mediando intención, aunque la probabilidad representada sea ínfima, igualmente debe afirmarse dolo”. Así Sauer se aproxima a la “teoría de la probabilidad” atribuida objetivamente; “si la probabilidad objetiva de que el tipo se realice es muy baja, debe negarse el dolo aun si el autor quería esa realización”. En relación a la diferenciación del dolo con la imprudencia, señala que: “el conocimiento seguro es algo que casi nunca ocurre, así se refiere a un dolo de probabilidad al que considera: el tipo básico de dolo, y lo equipara con el dolo eventual”. El “dolo de certeza” (dolo directo de segundo grado) “constituye una forma calificada de aquél, y el dolo directo de primer grado una calificación anterior”. De esta forma, llega a la conclusión, que “el elemento diferenciador entre dolo e imprudencia es: la probabilidad o, como mínimo, la posibilidad rayana con la probabilidad”. “Entonces sólo si el autor se representa al resultado típico o las circunstancias típicas concomitantes como probables o como prácticamente probables puede hablarse de dolo”. “Los casos de posibilidad remota, sólo entran en consideración para la imprudencia”. Interpreta que las fórmulas de la “teoría de la aprobación” o de la “teoría del consentimiento no son más que expresiones de la “teoría de la probabilidad”, pues “quien tiene ante sus ojos a un resultado como probable y no obstante actúa, sin duda que lo aprueba o lo consiente”. Dándole así, tal determinación a la “teoría de la probabilidad” como criterio de distinción.

**2.5.3. La Tesis de Welzel.** “(WELZEL, Derecho Penal alemán-Parte General. Traduc. 6ta. edición: A. Finzi de Conrado, 1976, pág. 77 y ss)”.

Fue Welzel quien acuñó, la afirmación: “delimitar el dolo eventual de la imprudencia consciente es uno de los problemas más difíciles y discutidos del derecho penal” (WELZEL, Derecho Penal alemán-Parte General. Traduc. 6ta. edición: A. Finzi de Conrado, 1976, pág. 83). El concepto de dolo es referido a la voluntad de realización



donde el elemento volitivo y el cognitivo (WELZEL, Derecho Penal alemán-Parte General. Traduc. 6ta. edición: A. Finzi de Conrado, 1976, pág. 77 y ss.), resultan esenciales. En lo que respecta al dolo eventual además de la representación como posible del resultado por parte del autor, la concurrencia de una determinada actitud interna del sujeto como componente volitivo.

Para Welzel, “si el autor se ha representado una consecuencia accesoria como posible, en la apreciación de aquella actitud, habrá que distinguir si cuenta con que se produzca o si, por el contrario, confía en que no acontezca” (WELZEL, Derecho Penal alemán-Parte General. Traduc. 6ta. edición: A. Finzi de Conrado, 1976, pág. 81). El “contar con” la posibilidad de realización del tipo, es el criterio usado para distinguir dolo de imprudencia.

Welzel sostiene, siguiendo a Mayer, que “habrá que admitir que “el contar con” se inicia cuando el autor otorga a la realización del resultado “más que una simple posibilidad y menos que una preponderante probabilidad” (WELZEL, Derecho Penal alemán-Parte General. Traduc. 6ta. edición: A. Finzi de Conrado, 1976, pág. 82). De esta forma en relación al dolo eventual sintoniza con la “teoría de la probabilidad”.

Welzel entiende que “la voluntad de realización no es simplemente una función de la probabilidad representada de producción de un resultado. Quien actúa puede...convertir en objeto de su voluntad de realización también algo cuya realización estima como posible, pero no probable” (WELZEL, Derecho Penal alemán-Parte General. Traduc. 6ta. edición: A. Finzi de Conrado, 1976, pág. 84). “La delimitación del querer del simple desear, o respecto a las consecuencias accesorias, es donde debe aplicarse el criterio de “contar con” y con él la teoría de la probabilidad” (WELZEL, Derecho Penal alemán-Parte General. Traduc. 6ta. edición: A. Finzi de Conrado, 1976, pág. 84).

Se ha criticado estas teorías, basándose en porcentajes de probabilidad suficiente, es decir: “es necesario para poder hablar de dolo; ¿un 50, 65, 70% de probabilidad? Cualquier porcentaje sería arbitrario, ello, en virtud de que el destinatario de la norma de conducta, no rige su vida en función de porcentajes de probabilidad” (PUPPE, *La distinción entre dolo e imprudencia...*p.88.).

A pesar de ello, esta crítica no es del todo acertada, cuando Mayer sostiene que “probabilidad” significa “algo más que simple posibilidad y menos que preponderante probabilidad”, “no emplea el término probabilidad en sentido cuantitativo, sino que éste en su teoría es de índole comparativo, con lo cual permite una utilización maleable, si se

quiere plástica del concepto, que es donde reside su utilidad” (PUPPE, *La distinción entre dolo e imprudencia...*p.85.).

Sobre la teoría de la probabilidad, acerca de los autores analizados, tienen una falencia, pues todas ellas optan por la teoría de la “probabilidad subjetiva”, atiende básicamente a “lo que el sujeto se representa como probable”, la misma que se sustenta en la mediación de intención por parte del sujeto en la vulneración del bien jurídico, y la probabilidad representada sea ínfima, existe dolo. Como se puso de manifiesto en la crítica a la tesis de Kaufmann, “la representación del sujeto, puede y debe resultar en sí misma cuestionable respecto a un baremo objetivo. De allí que sea necesario un juicio objetivo de probabilidad”.

Como lo pone de manifiesto Mayer: “en la literatura actual se entiende que el problema de la delimitación entre dolo e imprudencia o es de grado (*plus-minus*) o de índole (*aliud*)”. “La crítica de Sauer, en el sentido que todo lo relacionado al dolo e imprudencia debería analizarse en términos de la probabilidad; debe señalarse lo siguiente: Lo decisivo es establecer la relación de un sujeto con acontecimientos inciertos, idea que ha servido de inspiración para uno de los mayores especialistas en esta materia (Nos referimos a Frisch, que en ninguna parte de su trabajo cita a Sauer, además de rechazar de plano la “teoría de la probabilidad”. Éste es el parecer de PÉREZ BARBERÁ (PÉREZ BARBERÁ *El dolo eventual...*p.372, nota 469.). Esta teoría también ha sido utilizada por uno de los autores de mayor prestigio en la historia del derecho penal, Welzel. El binomio conceptual “posibilidad” y “probabilidad” constituyen nada más que distintos grados, respecto a previsiones sobre el futuro o creencias sobre el presente y esa continua gradualidad es lo que la ciencia denomina “probabilidad” (WELZEL, Hans, PG, p.84.).

## **2.6. LAS TESIS DE LA POSIBILIDAD.**

Esta teoría sostiene que dolo es conocimiento, e imprudencia es desconocimiento o error. Sus principales representantes son Schröder y Schmidhäuser.

### **2.6.1. La Tesis de Schröder**

Sostiene el autor que: “dolo e imprudencia son realidades psicológicas claramente diferenciadas y que constituyen el objeto de reproche de culpabilidad”.

El dolo, se presenta como un estado psíquico, como una relación subjetiva entre autor y hecho que debe valorarse de acuerdo a los puntos de vista de la culpabilidad”. Aclara, además que: “esto no implica tener que aceptar las tesis finalistas de que el dolo, en tanto objeto del reproche de culpabilidad, pertenece al tipo; el dolo es una forma de culpabilidad (ROXIN, PG, pp.433-435.).

Simpatiza con la “teoría de la representación”, pues: “tanto en el dolo de consecuencias necesarias como en el dolo eventual, lo que decide la imputación dolosa es la representación del sujeto; éste no puede “querer” todos los elementos del tipo” (BACIGALUPO, 2004, pág. 321). Sin embargo: “no es la representación del autor en sí lo que fundamenta el reproche de culpabilidad propio del delito doloso”, “sino un acto de voluntad “querer pese a la representación”. Lo decisivo en su opinión:

No es lo que el autor se represente, sino el hecho “que al autor no reaccione frente a esa representación, y actúe de modo contrario a las expectativas del orden jurídico”. Tal como fuera sostenido en el período clásico, el hecho que el autor no atienda a los motivos inhibidores del hecho, surgen del carácter prohibido de su acción es lo que decide el reproche de culpabilidad (JAKOBS, Estudios de Derecho Penal, 1997, pág, 73-99).

En cuanto a la delimitación entre dolo e imprudencia, “no entre dolo eventual e imprudencia consciente”, pues este autor rechaza la existencia de esta última categoría:

En primer lugar, lo que debe considerarse es si la representación del autor de ciertas consecuencias como posibles, y no como seguras, es suficiente para afirmar dolo. La norma jurídico-penal de los llamados delitos de lesión contiene no sólo una prohibición de lesión, sino también de una posible puesta en peligro, es decir junto a la lesión, la posibilidad de lesión está plenamente interdicta. Siempre será el grado de probabilidad, o en su caso, la seguridad, de realización de las consecuencias de la acción que se represente el autor, y no el grado objetivo de probabilidad o seguridad objetiva. Ello conduce irremediabilmente a la “equiparación entre dolo de puesta en peligro y dolo eventual de lesión”. En palabras del autor: “el dolo de peligro es, al mismo tiempo, dolo eventual de lesión. Ambos son conceptualmente idénticos, porque puesta en peligro es igual a posibilidad de lesión” (RODRÍGUEZ MONTAÑEZ, 1994, pág. 135 y ss.).

“La mayoría de la doctrina se opone a esta identidad, y buena parte de ella justifica la necesidad de un elemento voluntativo en el dolo eventual”. Así, por ejemplo “si los conceptos de voluntad e imputación subjetiva...se toman en serio, no puede ser suficiente para el dolo de lesionar que el autor conociera la posibilidad o el peligro del resultado descrito en el tipo, pues ello significa en el mejor de los casos dolo de peligro”. Entonces “el criterio de delimitación entre dolo e imprudencia, radica en que el autor se haya representado o no como posible la consecuencia de su acción”.

La distinción no puede fundamentarse en actitudes emocionales, como postulan las “teorías del consentimiento o la aprobación”: “todo ámbito de duda acerca de la posibilidad de realización del tipo pertenece al dolo”. Ahora bien: “si el autor confía en que el resultado no se realizará, entonces falta directamente una auténtica representación de la posibilidad de causación del resultado, falta el juicio que dice, el resultado puede producirse, y ya en ese momento falta dolo (PÉREZ BARBERÁ, 2010).

En consecuencia de ello, toda imprudencia es siempre imprudencia inconsciente, pues toda imprudencia es un caso de error”. En síntesis: “dolo es culpabilidad consciente, y el punto de partida para su comprensión sólo puede ser la consciencia de obrar ilícitamente; la imprudencia, por el contrario, según su esencia está caracterizada por falta de conciencia de obrar ilícitamente” (PÉREZ BARBERÁ, 2010, pág. 379)

### **2.6.2. La Tesis de Schmidhäuser (PÉREZ BARBERÁ, 2010, pág. 379-384)**

Coincide con la tesis de Schröder en relación a la “inexistencia de la imprudencia consciente”. Así “el sujeto que actúa de manera imprudente desconoce la peligrosidad concreta de su acción, o a lo sumo conoce una peligrosidad abstracta”. En su opinión: “el fenómeno conocido como “imprudencia consciente”, no es otra cosa que el actuar en conocimiento de la peligrosidad abstracta, en contraposición, del actuar con conocimiento de la peligrosidad concreta, que es el característico del actuar doloso”.

De esta manera:

Quien piensa que es posible que el resultado típico se realice, pero luego, por la razón que sea se niega a esa posibilidad, sea porque confía en que el resultado no se producirá y actúa, en rigor obra sin conocimiento de dolo, que es el conocimiento de la peligrosidad concreta de su acción; en tal sentido, sólo obra con conocimiento de la peligrosidad abstracta, y ello

no es suficiente para fundamentar el dolo”. Distinto sería el supuesto, en el cual: “el autor piensa en la posibilidad del resultado y luego, sin dejar de tener a éste por posible, actúa esperando que de todos modos nada ocurrirá”. En este supuesto si se puede afirmar el dolo, pues “el autor conscientemente ha dejado el resultado librado al azar (PÉREZ BARBERÁ, 2010).

En este “primer período” de Schmidhäuser, “el dolo” o la “dolosidad” (como la denomina) “se agota en el tener por posible la realización del tipo, lo cual ocurre solo si el autor es consciente de la peligrosidad concreta de su acción. Si lo que conoce es una peligrosidad abstracta de su conducta, o no advierte peligrosidad alguna, entonces el dolo queda excluido, y se podrá afirmar imprudencia si es que se dan los requisitos de manera copulativa, es decir, si queda excluida la irrelevancia jurídico penal del hecho”.

En síntesis, la teoría de la posibilidad se fundamenta en que: “el dolo es conocimiento, e imprudencia falta de conocimiento o error, respecto de la realización del tipo”. “La definición de conocimiento y su infinitivo conocer es comprendido en esta tesis como tener por concretamente posible la realización del tipo”.

Una de las objeciones contra esta teoría es la identidad del dolo de puesta en peligro, con el dolo (eventual) de lesión, el concepto-objeto de ambas clases de dolo es distinto, además de ello el dolo de puesta en peligro concreto empieza en un nivel mucho más bajo que el peligro de dolo. Un peligro concreto en el sentido de los delitos de puesta en peligro existe ya cuando se puede decir que la lesión de un objeto de bien jurídico no está fuera de toda probabilidad. Así, por ejemplo, quien desconsideradamente deja de respetar la prioridad de paso de otro conductor o que, al adelantársele, le corta el paso de tal manera que este tiene que frenar o desviarse, causa en peligro de lesión concreto para su salud y para su vehículo. Pero no aplica un método apto para lesionar la integridad corporal o dañar una cosa, en tanto otro una chance real de impedir la colisión frenando o desviándose (PUPPE I., 2010, pág. 110-11). Lo cual se condice con lo expresado en nuestro derecho positivo (Art. IV.- **Principio de Lesividad.**- *La pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por ley.*). En el seno de la doctrina mayoritaria, la teoría de la posibilidad, ha sido rechazada, señalando que esta teoría amplía en demasía el ámbito del dolo, en un margen que les correspondería al ámbito propio de los delitos imprudentes. En sí los resultados prácticos de la teoría de la posibilidad en comparación con las demás teorías

son los mismos, por lo que consideramos que la misma crítica se puede hacer a las teorías de la aprobación o del consentimiento.

## **2.7. LA TESIS DE ZIELINSKI**

Zielinski parte de un “derecho penal de la culpabilidad”, en donde culpabilidad, en sentido material es “reprochabilidad de la motivación del autor” (ZIELINSKY, 1990, pág. 165 y ss.), en consecuencia, expresa: “un juicio de motivación del autor” (ZIELINSKY, 1990, pág. 165). Sostiene, en base a estos presupuestos que: “el concepto de ilícito de un derecho penal de la culpabilidad no puede, ni debe contener nada que no pueda ser integrado en una relación de culpabilidad” (ZIELINSKY, 1990, pág. 165). “Las normas de derecho penal de culpabilidad, por consiguiente, han de ser normas de motivación, destinadas a regular, la conducta humana”: “ninguna norma puede prohibir la producción de resultados, sino exclusivamente acciones finales” (ZIELINSKY, 1990, pág. 156).

Las normas fundamentan deberes de acción o de omisión, y el ilícito, en tanto no realización de estos deberes, tiene siempre el carácter de la acción, o sea su disvalor...constituye el ilícito...Ilícito es el acto final contrario al deber” (ZIELINSKY, 1990, pág. 161 y ss.). “Entre el disvalor de acción y disvalor de resultado no existe relación alguna, pues el resultado, frente al ilícito, es pura casualidad”. Por ende, el autor afirma: “el disvalor del resultado no puede fundar ni la norma ni el deber” (ZIELINSKY, 1990, pág. 161 y ss.).

Zielinski afirma que: “Quien actúa conscientemente de modo imprudente, prevé la posibilidad de producción del resultado. Ello sugiere la cuestión de si él no actúa propiamente con dolo de puesta en peligro” (ZIELINSKY, 1990, pág. 180). Y esto es efectivamente lo que sostiene, “la identidad en el aspecto intelectual, entre el dolo de puesta en peligro y el de la imprudencia consciente, también hay una relación de identidad conceptual entre delito doloso de puesta en peligro y el delito de imprudencia consciente” (ZIELINSKY, 1990, pág. 183).

En razón de ello fundamenta lo siguiente: “es factible la interpretación del delito conscientemente imprudente como delito doloso de puesta en peligro” (ZIELINSKI, 1990, pág. 274).

En síntesis: “imprudencia consciente es dolo de puesta en peligro. ¿Qué ocurre entonces, entre el dolo de puesta en peligro y el dolo de lesión?”. Es decir, en el sistema de Zielinski, ¿cabría hacer la equivalencia entre dolo eventual de lesión e imprudencia consciente?” Zielinski afirma lo siguiente: “la imprudencia consciente es dolo eventual, no hay ninguna posibilidad de diferenciar, entre ambas formas de ilícito” (ZIELINSKY, 1990, pág. 187).

La sola representación de la consecuencia típica como posible, fundamenta, el dolo. Imprudencia sólo es imprudencia inconsciente. Así a la objeción hecha a este autor, según la cual no puede comprenderse el delito imprudente sin el resultado como constitutivo del ilícito correspondiente, es válida sólo para la imprudencia inconsciente, pues, para él, imprudencia consciente equivale a dolo (Véase: ZIELINSKI, 1990, pág. 187, 194).

Zielinski, sostiene que el resultado no forma parte del ilícito; parece referirse al resultado en sentido empírico, y al ilícito en sentido conceptual, cree que está diciendo que el ilícito en tanto concepto se constata mediante el resultado en tanto existencia de un suceso. “¿Significa esto que es correcta la conclusión más reciente de Zielinski, y de Frisch, entre otros, según el cual el resultado en tanto suceso empírico no es objeto de dolo?” (ZIELINSKI, 1990, pág. 55 y ss.). Si bien tal como lo conceptúan estos autores, no tienen que referirse al suceso-resultado, si tiene que referirse al concepto-resultado, lo cual no solamente integra el ilícito de resultado, sino que, es el ilícito mismo. Esto es correcto, porque de lo contrario el dolo, que es un concepto referencial y que está referido a un objeto determinado, quedaría vacío de contenido por la indeterminación de su objeto, pues el objeto empírico de referencia carecería del punto de referencia conceptual, es decir del concepto-resultado. Parece que el presupuesto de culpabilidad del que parte ha sido objeto de fuertes críticas, basar la culpabilidad en el reproche individual, es insuficiente, pues la culpabilidad no es solamente reproche individual sino también necesidad de prevención, tal como la conciben desde diferentes fundamentos Roxin y Jakobs, respectivamente. Es a través de la mejor definición del concepto de culpabilidad, y en esa categoría, donde se explica por qué el resultado es importante para ella.

## 2.8. LAS TESIS DE LA REPRESENTACIÓN (ASPECTO SUBJETIVO).

### 2.8.1. La Tesis de Schmidhäuser (Segundo Periodo).

El autor es defensor de la “teoría del dolo en materia de error de prohibición”, en consecuencia, debe tenerse claro, de entrada, que para él “la conciencia de antijuridicidad, forma parte de la culpabilidad” (ROXIN, Derecho penal - Parte General. Traduc. Luzón Peña, 1997, pág. 433-435). No obstante, Roxin considera que: “en verdad, para Schmidhäuser el dolo no pertenece ni al ilícito ni a la culpabilidad, sino en parte a aquél y a éste última, pues el elemento volitivo del dolo pasa a formar parte del ilícito, mientras que el cognitivo permanece en la culpabilidad”. Con ello, dice Roxin, cree haber alcanzado una síntesis (cuyos fundamentos se remontan a Gallas) entre la teoría final de la acción y la antigua doctrina. Cabe apuntar, sin embargo, que esta interpretación de Roxin parte de “presumir implícitamente como correcta la tesis según la cual el dolo es un complejo de elementos volitivos y cognitivos, lo cual no es necesariamente acertado”. Así:

Los autores que sostienen que el dolo se agota en el elemento cognitivo no podrían afirmar como Roxin, que Schmidhäuser disgrega el dolo en dos partes. Por lo demás Schmidhäuser, deja claro que la dolosidad (en sus propios términos) pertenece de manera estricta a la culpabilidad”. “Sobre la doble posición del dolo” (Véase: SILVA SÁNCHEZ, ADPCP, 1987, pp.544 y ss.). Brevemente para Schmidhäuser “la falta de conciencia de antijuridicidad excluye el dolo”.

En este segundo período el autor se centra de manera sistemática a la diferenciación entre “dolo e imprudencia” (El artículo al que hace referencia es: SCHMIDHÄUSER, *Vorstazbegriff*, 1968, según nota 919 de la tesis doctoral de PÉREZ BARBERÁ (PÉREZ BARBERÁ, 2010, pág. 500 y ss.).

Ello implica reemplazar el término dolo por dolosidad, dado que dolo se emplea en la dogmática penal de manera errónea o polisémica, entendiéndose en el mejor de los términos al dolo como una creación jurídico conceptual abstracta, es decir el concepto se emplea en la práctica jurídica no es el mismo que aquel que en esa misma práctica dice que se emplea”. Por tanto, considera que: Es una mala costumbre aferrarse de



manera tan amplia al concepto usual de dolo como “saber y querer”, a pesar que: “tal concepto, con ése significado, de ningún modo es tomado en serio, y no es un buen signo para una ciencia el no expresarse con los conceptos que realmente se usa (PÉREZ BARBERÁ, 2010 pág. 502).

“El método más adecuado para determinar el concepto de dolo es el teleológico”, este autor entiende que: “el método teleológico, en ésa época ya usual para analizar los tipos de la parte especial, debería aplicarse del mismo modo para la parte general” de tal manera señala: “también el concepto de dolo debe determinarse teleológicamente” (PÉREZ BARBERÁ, 2010, pág. 503).

Pues:

Es fin inmediato de todo precepto de la parte especial la imposición de una pena determinada, de allí que sea usual interpretar los tipos penales particulares partiendo de la clase y entidad de una pena amenazada, es decir, se interpreta la norma de conducta teniendo muy presente la norma de sanción, de forma tal de lograr una interpretación homogénea que integre lo más posible con sus condiciones de aplicación; por ello considera un error del concepto mayoritario de dolo, anclado en concepciones que, por tomar como punto de partida, la idea coloquial de dolo en lugar de atender a su específica función jurídico penal, ponen en primer plano el elemento volitivo, el cual, en rigor resulta jurídico penalmente irrelevante (Ver: PÉREZ BARBERA, 2010, pág. 504 y ss.)

De esta manera entiende que: “la voluntad como tal forma parte de la acción, éste es precisamente el paso decisivo de su propuesta”. Según este criterio, entiende que: “en todo caso, en lo ilícito, el hecho punible imprudente no se diferencia necesariamente del doloso” (Ver en relación a la postura de SCHMIDHÄUSER: (PÉREZ BARBERÁ, 2010, pág. 504 y ss.), pues: “lo ilícito es siempre la acción contraria a deber, tanto en el hecho doloso como en el imprudente”.

“En este segundo período ya no resulta relevante el conocimiento de la posibilidad de un peligro objetivamente concreto (y antijurídico), ahora el criterio de interés es el conocimiento de la posibilidad concreta de un peligro antijurídico” (PÉREZ BARBERÁ, pág. 504 y ss., nota 931.- SCHMIDHÄUSER, *Vorsatzbegriff*, 1968, pp.16 y ss., 36 y s; ídem, “Jus”, 1987, pp. 506.).

“El autor doloso tiene que actuar con conciencia actual de la antijuridicidad (según la concepción de Schmidhäuser), destaca que tal conciencia no debe ser entendida como un pensar, un reflexionar, empleando internamente el lenguaje, como un diálogo del sujeto consigo mismo”, ello implica: “pensar en medio del lenguaje, sino de una conciencia o un pensar que se dirige al objeto directamente, es decir no por medio del lenguaje, sino espontáneamente”.

Así de acuerdo con la tesis de este autor: “la conciencia actual respecto del hecho que se exige dolo es, precisamente una conciencia espontánea; la cual se caracteriza por relacionarse directamente con las cosas mismas, libre de todo lenguaje que opere como mediador” (Ver: PÉREZ BARBERA, 2010).

En relación al dolo eventual, o en palabras del autor, en “la conciencia insegura del hecho y del ilícito”, es donde ve el concepto básico de dolo o de dolosidad:

Habrá dolosidad siempre que el autor tenga a las circunstancias del hecho o al proceso fáctico futuro por concretamente posible (no importa si lo considera poco probable); y hay imprudencia siempre que el autor no tenga por posible a las circunstancias de hecho o al proceso fáctico futuro, sea porque ni siquiera ha pensado en ello- ésta es la imprudencia inconsciente inequívoca (PÉREZ BARBERÁ, 2010 pág. 504 y ss).

En resumen: “el estado de cosas de la doctrina tradicional enmarca en la categoría de imprudencia consciente es subsumido por Schmidhäuser en la categoría de imprudencia a secas, o sea una imprudencia que sólo es consciente en apariencia, pero que en rigor es tan inconsciente como la del supuesto del autor en ningún momento se representa la posibilidad concreta”.

En los ejemplos reseñados por el autor con el fin de demostrar que corresponde la exclusión del dolo, en la mayoría de los casos relacionados con el tráfico vial, su tesis parece funcionar sin mayores problemas.

Schmidhäuser los describe de la siguiente forma: “en el momento en que un automovilista decide conducir cuidadosamente es porque en ese preciso instante tiene conciencia de la posibilidad concreta de un resultado disvalioso; y en el momento en que decide conducir violando determinadas reglas de cuidado es porque en ése preciso instante deja de tener esa conciencia. Frente a este grupo de casos, puede decirse que la tesis, en sí misma conduce a resultados aceptables”.

Pero, el concepto propuesto no se aplica de manera coherente para efectos de resolver el caso de la correa de cuero.

Los ladrones no desean de ninguna manera la muerte de la víctima”. Si se adopta el modelo teórico de Schmidhäuser, nada impide sostener que: “cuando los ladrones planifican el robo y deciden no emplear el cinturón de cuero para estrangular a la víctima, obran de este modo porque son conscientes de la posibilidad concreta de su muerte”. “Cuando, de todos modos, deciden llevar consigo el cinturón, es porque en ese momento ya no tienen ese resultado como concretamente posible. Cuando golpean a la víctima en lugar de utilizar el cinturón de cuero, actúan de ese modo porque vuelven a pensar en la posibilidad concreta de la muerte. Y cuando, finalmente, deciden emplear el cinturón de cuero sobre el cuello de la víctima, es porque, en ese preciso momento, no tienen la muerte de aquella como concretamente posible; de todo lo contrario, ya que el resultado de muerte les es altamente indeseable, no hubieran actuado, por tanto, el dolo queda excluido como en el caso de la correa de cuero (Ver: RAGUÉS I VALLES, 1999, pág.83-88), PÉREZ BARBERÁ (PÉREZ BARBERÁ, 2010, pág. 263-264).

En tanto ello, las cuestiones a resolver, serían las siguientes: “¿qué justificaría la diferencia en la conciencia del autor según sea este un participante del tráfico vial o un partícipe de un robo? ¿Cuáles serían las razones para aceptarse que sólo el conductor, pero no el ladrón deja de ser consciente de la posibilidad concreta del peligro en el momento decisivo del hecho? ¿Qué autoriza, en fin, sostener que el primero en el momento del hecho reprime su conciencia de peligro y por eso actúa, mientras que el segundo, en cambio, al momento del hecho mantiene esa conciencia y no obstante actúa?”.

No alcanza justificación por qué Schmidhäuser está dispuesto a aceptar que existe una suerte de represión de la conciencia de acerca de la posibilidad concreta de un resultado disvalioso en los cálculos de un automovilista y, sin embargo, excluye esa posibilidad de represión psicológica en los cálculos de los ladrones (PÉREZ BARBERÁ, 2010).

“Esto no es coherente y muestra que la solución a una determinada constelación de casos, pasa por distinciones de carácter empírico respecto a la psique de las personas” (ROXIN, Derecho penal - Parte General. Traduc. Luzón Peña, 1997, pág. 435).

Al hacer depender que la diferenciación entre “dolo e imprudencia”, está en el sustrato psíquico del autor cognoscente, queda claro que éste resulta insuficiente, pudiendo habersele hecho una corrección al método del autor dirigido a las diferencias que existen en el objeto a conocer.

“Precisamente Herzberg quien, mediante una interrogante sencilla, pone de manifiesto lo inadecuado que resulta ubicar en el plano estrictamente subjetivo y el problema de la distinción entre dolo e imprudencia”. Herzberg, plantea el problema de la siguiente manera: “¿qué sucede si en un caso de tránsito vial se comprueba que el autor en ningún momento reprimió su consciencia acerca de la posibilidad concreta del peligro?”

¿Debería entonces, por ejemplo, imputársele homicidio doloso al conductor que, sin dejar en ningún momento de pensar en la posibilidad concreta del resultado fatal, no respeta la distancia mínima de seguridad en una autopista y finalmente embiste al automóvil que marcha delante de él, lo cual provoca la muerte del conductor de éste último? Herzberg considera, con razón, que ningún tribunal estaría dispuesto a emitir una condena de esa naturaleza. (Ver: RAGUÉS I VALLES, 1999, pág. 92)

### **2.8.2. La Tesis de Frisch.**

Para este autor “el sustrato psíquico del dolo, por un lado, y por el otro, el del objeto de referencia del sustrato psíquico, debe ser establecido conforme a un método teleológico funcional, que tome como punto de partida aquello que ha de considerarse la razón (ratio) del castigo doloso”.

“El sustrato psíquico se infiere del derecho positivo alemán (Art.16. 1.- No actúa dolosamente quien, al cometer el hecho, no conoce una circunstancia integrante del tipo legal. Ello no afecta la punibilidad por comisión imprudente..., Apéndice Legislativo” (PUPPE I., 1999, pág. 152).

El dolo contiene como mínimo un momento intelectual-el conocimiento- que constituye un elemento específico de este concepto, pues la ley así lo requiere, quien no conozca alguna circunstancia del tipo penal actúa sin dolo, por tanto, que dolo es actuar conociendo esas circunstancias típicas”. “Se identifica dolo con conocimiento. Respecto al objeto de dolo, éste no debe ser identificado con el tipo objetivo, o la realización del tipo objetivo, o el resultado; objeto del dolo no es ni el tipo objetivo, ni su realización, ni el

resultado típico, sino un comportamiento caracterizado por constituir una determinada clase de riesgo (FRISCH W., 2004, pág. 51-54).

En relación al método utilizado por el autor “teleológico funcional”, desecha aquellas concepciones que sostienen que:

La razón del castigo más intenso del dolo, en comparación con la imprudencia, se asienta en la mayor culpabilidad que el autor manifieste en tales casos”. Su opinión se describe así: “de ninguna manera puede ser fructífero un parámetro que se basa en uno conceptos de la teoría del delito más necesitados de precisión (culpabilidad), y sobre cuya naturaleza se han propuesto las más diversas interpretaciones (FRISCH W., 2004, pág. 546-548).

Para él, “lo decisivo es entender el problema del dolo como una cuestión plenamente normativa” (RAGUÉS I VALLES, 1999, pág. 93 y ss.), (PÉREZ BARBERÁ, 2010, pág. 525).

La teoría de la imputación objetiva, es la estructura básica del tipo objetivo del delito doloso y del delito imprudente, en ambos casos se trata de conductas peligrosas. La diferencia estriba en que el autor doloso conoce la dimensión de la conducta: “El autor debe haber comprendido su conducta en su dimensión de riesgo relevante; él debe saber que su conducta objetivamente es apropiada para la producción del resultado. De allí que el objeto del dolo sea la conducta en su dimensión típicamente relevante, esto es, un riesgo concreto ya no tolerado por la norma (FRISCH W., 2004, pág. 55); Pérez Barberá (PÉREZ BARBERÁ, 2010, pág. 536).

Así mismo, Frisch se pregunta: “si ese juicio objetivo *ex ante* debe efectuarse de acuerdo a los conocimientos ontológicos y nomológicos disponibles para la generalidad, o si debe tener relevancia los conocimientos concretos del autor” (ROXIN, 1997). Se trata de la conocida “polémica, tratada especialmente con relación a la imprudencia, sobre la generalización o individualización del juicio objetivo *ex ante*” (ROXIN, Derecho penal - Parte General. Traduc. Luzón Peña, 1997 pág. 103.). Luego de ponderar las ventajas y desventajas de una y otra tesis, Frisch opta por una toma de postura intermedia:

Para aquellas conductas de sujetos que desempeñan un rol especial (profesionales, por ejemplo), sobre los cuales se tienen determinadas expectativas, debe efectuarse un juicio objetivo conforme al estándar

objetivo de ese rol. Para las personas que no desempeñan un rol específico les corresponde un rol general, o sea por el sólo hecho de vivir en sociedad (FRISCH W., 2004, pág. 374-382.).

Frisch, explica que: “si bien por la naturaleza propia del elemento típico, resultado, como acontecimiento futuro resulta sencillo explicar que él no puede ser objeto de dolo (pues éste no puede abarcar un suceso que todavía no ha ocurrido), no sería, en principio, tan intuitiva la fundamentación de por qué otras circunstancias típicas ya existentes al momento de la acción ( como la edad de la víctima en ciertos delitos contra la libertad sexual, o falta de consentimiento por parte de la mujer para el acceso carnal en esos mismos delitos, o la falsedad del documento en el delito de uso de un documento de esta clase, entre otras) no pueden ser objeto de dolo”. “Ya que, según el sistema de este autor, lo relevante es el riesgo ya no tolerado por la norma, y dado que el objeto del dolo no es el tipo, pues resultaría imposible trabajar al momento de la acción, en función de posibilidades, probabilidades, o riesgos, y por consiguiente, respecto de las circunstancias arriba aludidas, no sería necesario un auténtico conocimiento”, sino que bastaría con: “tener como posible” la existencia de esas circunstancias.

“Y por otra parte dado que el Derecho se dirige a todos, cuando se postula una norma de conducta, esta tiene el deber de informar al destinatario de la norma acerca de la necesidad de que éste tome distancia frente a la simple posibilidad de que la circunstancia en cuestión tenga lugar”.

Es frente a esa posibilidad que la norma le indica al destinatario si le está permitido actuar o no. Y, en segundo lugar, resalta que la decisión del derecho positivo alemán de considerar punible la tentativa inidónea ratifica este punto de vista, pues si la posibilidad de vulneración del bien jurídico según la mera representación del autor justifica la punibilidad, tanto más ha de justificarla el actuar frente a la posibilidad de realizar una circunstancia objetivamente cierta (PÉREZ BARBERÁ, 2010, pág. 538).

Pero el conocimiento (o el saber) no se contenta con eso: “Quien conoce un estado de cosas, quien sabe algo sobre un estado de cosas se ha conformado respecto de él un juicio” (PÉREZ BARBERÁ, 2010, pág. 543). “Y en ese sentido sostiene que todas las teorías que se han ocupado del problema del conocimiento coinciden en que existe un elemento al cual no se puede renunciar, para que pueda hablarse de conocimiento o saber” (PÉREZ BARBERÁ, 2010)

Es justamente en base de este aparato conceptual, que le sirve al autor para sustentar algunas de sus conclusiones en relación a la diferenciación entre dolo e imprudencia.

De esta manera un autor sólo podría actuar contra lo establecido en la ley si, respecto de la realidad del estado de cosas prohibido, una persona, se dice para sí: esto es así. Si falta ese “esto es así”, si falta conocimiento, no se puede afirmar que ésa persona actúo en contra de la ley, salvo que ese no-conocimiento sea también objeto de punición, o sea imprudencia: el autor se representa las circunstancias que conforman un peligro concreto, pero no se dice para sí: esto es un peligro concreto, sino que se dice para sí, por cualquier motivo: nada puede pasar; en tal caso el merecimiento de pena será menor (FRISCH W., 2004, pág. 57).

Lo que caracteriza al dolo y lo diferencia de la imprudencia es:

Si el autor percibió las circunstancias fácticas conformadoras de un riesgo concreto relevante para la norma, pero aquella toma de postura personal de: ver ese peligro para sí; falta, sea porque el autor niega el peligro: esto no puede pasar; sea porque confía en que el peligro no se realizará: esto no pasará; entonces el dolo queda excluido; en cambio “quien confía en un buen desenlace del suceso no se decide en contra del bien jurídico, y esta decisión es el elemento característico de la conducta dolosa” (FRISCH W., 2004, pág. 47-51).

Frisch admite que esta concepción presenta evidentes paralelismos con la tesis mayoritaria del “tomarse en serio el peligro”. Entiende, además, que, al requisito de tomarse en serio el peligro, es muy similar al de “ver el peligro concreto así para sí”, como “manifestación del elemento volitivo”, lo cual implica pasar por alto que dicha toma de postura personal es un elemento que conforma el conocimiento y no la voluntad. En su opinión: “la tesis mayoritaria exige un elemento volitivo adicional, se origina en una imprecisa descripción del objeto de conocimiento. Si, en cambio, se tiene claro que ése objeto tiene que ser un peligro concreto relevante para la norma, y no tan sólo la posibilidad de peligro, incluso peligro fácticamente concreto, entonces su solo conocimiento es suficiente para el dolo, y por ende, no es necesario acudir a un elemento volitivo adicional”, dejando en claro que el conocimiento para el sistema de Frisch, no debe ser “una especie de conocimiento aprehensible de un objeto”, sino que este implica “una toma de postura por parte del autor”. Con este concepto, Frisch, da por superadas una de las objeciones contra las tesis cognotivistas, según la cual, “estas son

inaceptables porque premian al que no conoce, por inescrupuloso, y castigan al que conoce, es decir al cuidadoso”.

La diferenciación entre dolo e imprudencia:

Ha de hallarse en el ámbito objetivo entre el riesgo tolerado y riesgo concreto, es decir ya no tolerado por la norma, con este criterio se distingue, según el autor lo que es una conducta dolosa y la que no lo es. De esta manera, no es necesario remitirse o dar precisiones al conocimiento a algún elemento subjetivo. Del lado subjetivo sólo queda establecer si el autor conoció ese riesgo en su dimensión relevante. Por tanto, la particularidad reside no en el concepto sino en el objeto (FRISCH W., 2004, pág. 54-57), (PÉREZ BARBERÁ, 2010, pág.523 y ss.), (RAGUÉS I VALLES, 1999, pág. 295 y ss.).

Frisch reconoce que aquello que tradicionalmente se conoce como “dolo eventual” en rigor es la “auténtica forma básica de dolo”. “En el dolo eventual se encuentra comprendido qué constituye, el actuar doloso”. Frisch comenta que:

Una de las principales críticas que sus interlocutores hacen, es que su tesis no permitía distinguir entre dolo de lesión y dolo de puesta en peligro (concreto). Dado que, en su tesis, para la imputación dolosa es suficiente que el autor conozca un riesgo (peligro) concreto, típicamente relevante y ya no tolerado por la norma, entonces quien actúa con dolo de puesta en peligro concreto, actúa también, necesariamente con dolo de lesión. Con ello se violentaría uno de los principios básicos admitidos desde siempre por la doctrina tradicional: que el dolo de lesión comprende al dolo de puesta en peligro, pero no a la inversa. Esta teoría tradicional lograba fundar ello con la exigencia de un elemento volitivo, que se daba respecto del dolo de lesión, pero no respecto del dolo de puesta en peligro (Ver: PÉREZ BARBERÁ, 2010, pág. 550-551)

Con ello, advierte que al menos “verbalmente los objetos de ambos tipos de dolo no coinciden. Tampoco la coincidencia es de índole material, según este autor, es imaginable que una persona parta para sí del conocimiento de la situación crítica que configura el peligro concreto y, sin embargo, aunque sea por motivos irracionales, confíe en que esta situación, no derivará en la producción de un resultado, esto último es necesario para que haya dolo de lesión”, pues: “El autor debe partir para sí de una



posibilidad objetivamente ya no tolerada, de producción de un resultado” (PÉREZ BARBERÁ, 2010, pág. 551). De esta manera Frisch supone haber superado la última objeción que podía requerir en su tesis un elemento volitivo junto al intelectual para caracterizar al dolo. “Con esta distinción en el objeto del dolo de puesta en peligro y del dolo de lesión, tampoco es necesario remitirse a un elemento volitivo o de carácter emocional”.

Por más que Frisch, afirme que su concepto-objeto de dolo, no debe ser identificado con la realización del tipo objetivo, implícitamente reconoce esta operación, pues para el autor:

Dolo es la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y éste se da precisamente en el tipo objetivo, para lo cual es de utilidad la imputación objetiva. La reducción del ámbito de conocimiento que supone limitar éste a los presupuestos de la imputación objetiva. Entre el tipo objetivo como objeto del dolo y la limitación de éste a los presupuestos de la imputación objetiva quedaría una laguna sin aclarar (PÉREZ BARBERÁ, 2010).

“Hacer de los presupuestos de la imputación objetiva el objeto del dolo es equivalente a sostener que el conocimiento ha de estar supeditado al tipo objetivo en su totalidad. Puesto que, la imputación objetiva lo que resuelve en esencia es si un resultado puede ser imputado a un agente (como consecuencia de su comportamiento)”.

En la moderna teoría del delito se acepta esta imputación del resultado cuando éste represente la realización o materialización de un riesgo creado por el mismo agente. Por lo tanto, el núcleo de la imputación objetiva lo constituye el momento de la materialización del riesgo. Si en rigor este el punto central de la imputación objetiva nos encontramos ante la misma situación que con el tipo objetivo. Por una cuestión de carácter temporal, el agente en el momento de su accionar no puede reconocer, si el riesgo creado se va a materializar o no. Ello, no puede ser en consecuencia abarcado por el sujeto (Cfr. DIAZ PITA, 1994, pág. 112 y ss.).

Por otra parte:

El objeto del dolo en esta tesis encierra los mismos inconvenientes que encierra la cognoscencia o capacidad de conocer el tipo objetivo en su globalidad, como objeto adecuado del conocimiento: no puede ser conocido: ex ante, por el sujeto y en su esencia, estructura y función se

dirige antes al intérprete del Derecho que al agente (DIAZ PITA, 1994, pág. 112, nota 132.).

“En este sentido hay autores que próximos a la tesis de Frisch, han tratado de sacar provecho para sus propias tesis, por cuanto, por distintas razones tienden a afirmar que el resultado no forma parte del ilícito” (Véase: ZIELINSKY, 2003, n°m.30 y ss.), (SILVA SÁNCHEZ, 1992, pág. 401).

En efecto Frisch, afirma que: “quien obra con dolo de lesión conoce un riesgo concreto ya no tolerado de lesión, y quien obra con dolo de puesta en peligro conoce un riesgo concreto ya no tolerado de puesta en peligro. Sin incluir el resultado que se trate, sea de lesión o de puesta en peligro, como punto de referencia del conocimiento, el dolo” “esta distinción no resulta posible”. “La tesis de Frisch respecto a que el resultado no es punto de referencia del concepto-objeto de dolo, aplicada de manera consecuente, implicaría la identidad entre dolo de lesión y dolo de puesta en peligro”.

La conclusión que dentro de su tesis la distinción es posible, es correcta, pero también es contradictoria. El problema de la distinción entre dolo de lesión y dolo de puesta en peligro, no es privativa de la tesis de Frisch, sino de todas aquellas tesis que pretendan excluir el resultado como punto de referencia del dolo. (Hay autores que partiendo de presupuestos similares han negado la posibilidad de distinción entre dolo de lesión y dolo de puesta en peligro), así, por ejemplo: (ZIELINSKY, 1990, pág. 180 y ss.) (ZIELINSKY, 2003, pág. 48 y ss.).

Otro problema radica en que Frisch toma como punto de referencia: “la representación del autor”; en el seno de la doctrina alemana.

La representación también fue tomada como punto de partida de las teorías de la voluntad, para explicar el dolo directo de segundo grado e inclusive el dolo eventual. Pérez Barberá, nos informa que Sauer en 1955, sostuvo una tesis idéntica a la de Frisch, pues éste autor indirectamente defendió la representación como óptima, así el dolo eventual es un: conocimiento de algo inseguro (PÉREZ BARBERÁ, 2010, nota 1194).

Como se ha visto, Frisch,

No deja de tomar en cuenta elementos volitivos o emocionales; no significa, con todo, que su teoría no apunte fundamentalmente a la representación del autor. En la historia de la dogmática del dolo, casi

ninguna teoría de la representación ha abandonado absolutamente el elemento volitivo o emocional, por ello no es del todo incorrecto continuar señalando a la teoría de Frisch como una nueva teoría de la representación. Sin embargo, es una teoría que se basa estrictamente en la representación (DIAZ PITA, 1994, pág. 114 y ss.).

Otro de los criterios que utiliza Frisch para seleccionar los comportamientos peligrosos que pueden ser imputados a título de dolo es: el de la “escala relevante de riesgo”.

Estas escalas relevantes del riesgo, a las que ha de atender el sujeto a la hora de enjuiciar su comportamiento objetivamente peligroso, se refiere a dos tipos determinados de acciones: aquellas que encuadran en un rol determinado y aquellas que tienen lugar fuera de cualquier rol. Para las primeras no basta con el conocimiento de las normas que rigen las acciones propias de los portadores de ese rol, sino que se hace necesario, también acudir a otros conocimientos y facultades del sujeto, cuando las normas estandarizadas de ese rol resultan insuficientes a la hora de hacer un pronóstico de riesgo. Estas exigencias son también propuestas por PHILIPPS (Ver: DIAZ PITA, 1994 pág133, nota 157).

La cuestión que se plantea en qué momento las normas estandarizadas de un rol dejan de ser suficientes y es necesario acudir a otras fuentes que nos den la medida exacta de la peligrosidad de su acción; o, por ejemplo, quien ha de realizar esa valoración, el sujeto en el momento de actuar o el Juzgador al momento de enjuiciar el caso; o cuáles son esas otras fuentes a las que el sujeto debe recurrir para saber el grado exacto de peligro de su acción para el bien jurídico que se trate”. “El criterio encierra demasiadas interrogantes como para poder un criterio de delimitación segura de los supuestos dolosos. También se encuentran problemas respecto a los casos referidos a acciones realizadas fuera de un rol determinado. Lo criticable: es la demarcación de los comportamientos que conforman estos casos: las acciones arriesgadas que se producen en el contexto de cualquier plan delictivo (DIAZ PITA, 1994, pág.133).

## **2.9. LAS TESIS BASADAS EN EL RIESGO – II PERIODO DE LAS TEORIAS DE LA PROBABILIDAD.**

EL agente considera la probabilidad de la producción del resultado dañoso, muy seriamente- “lesión al bien jurídico protegido”-, advirtiéndola y aceptando necesariamente dicha probabilidad como cercana o muy probable, y el resultado, a través de la realización de la conducta peligrosa; y la imprudencia consciente como: “cuando el sujeto no haya tenido la intención de ocasionar el resultado y viera solamente un peligro mediano o un peligro relativamente mínimo de que se produzca, se admite que ha confiado en un desenlace feliz”, por tanto “no hay dolo, a no ser que pueda deducirse de los hechos que le era totalmente indiferente la cuestión de si el resultado se iba a producir o no”.

### **2.9.1. La Tesis de Herzberg. (Conocimiento del peligro protegido).**

HERZBERG precisa en relación al dolo eventual y la imprudencia que, “en ambos casos nos encontramos ante peligros no tolerados por el ordenamiento jurídico, es decir, peligros concretos para un bien jurídico normativamente relevantes”. “La distinción entre peligro tolerado y peligro no tolerado por el ordenamiento penal no es, por tanto, un criterio válido a seguir para lograr esta delimitación”. Esta distinción, es el fundamento de sus consideraciones.

“Se trata de encontrar un criterio cualitativo capaz de calificar una acción como peligrosa o arriesgada para un bien jurídico como merecedora de la penalidad prevista para los comportamientos dolosos en comparación con los imprudentes”. “Este criterio cualitativo se aleja así de la usual división de naturaleza cuantitativa entre peligro próximo y peligro lejano y nos podrá conducir a una ordenación tipológica fiable en cada grupo de casos”. “Para una exposición clara de lo que entiende Herzberg entre peligros protegidos y los no protegidos”. El propio autor propone el siguiente ejemplo:

En una construcción en obras, el capataz P ordena al aprendiz de albañil L que suba a un andamio para realizar un trabajo urgente. El andamio al que ha de subirse L no reúne las condiciones prescritas por las normativas referentes a la seguridad en el trabajo. P, por lo tanto, está creando un peligro, que puede ser fatal para la vida e integridad física de L, no tolerado, además por la normativa vigente (DIAZ PITA, 1994, pág. 230).

Si analizamos el caso detenidamente-nos dice Herzberg- vemos que se perfila una particularidad del peligro creado, no permitido por la norma vigente.

Este peligro, por muy alarmante que nos parezca, aparece de cierto modo tamizado puesto que el aprendiz lo ve y todas las expectativas de lesión derivadas de la falta de protección de carácter técnico se verán compensadas con éxito gracias a un cuidado más elevado. Se hace innecesario resaltar que este cuidado no puede ser un sustitutivo de igual valor. Pero, de todos modos, constituye una reserva altamente eficaz (DIAZ PITA, 1994, pág.230).

Quiere ello decir, que:

El hecho de que un peligro pueda ser calificado como protegido no obsta, para que, al mismo tiempo, no sea un peligro tolerado: “la protección de un peligro con una atención más elevada que el titular del bien jurídico presta, es dato fáctico y, por tanto, no interfiere en los datos valorativos al momento de enjuiciar un peligro desde la perspectiva del ordenamiento (DIAZ PITA, 1994).

“La confianza del sujeto que: todo saldrá bien; constituye para la doctrina partidaria de las tesis volitivas, una confianza ciega e irracional con la que el sujeto deja, en manos del azar la producción o no del resultado lesivo” (Vid: JESCHECK, 2002, pág.404 y ss.).

Para Herzberg:

Por el contrario, en este supuesto de casos, el sujeto ha reconocido el peligro y su confianza “en que todo saldrá bien”: no se puede calificar de “irracional o infundada”. Esta “confianza”, “se encuentra racionalmente fundamentada: en el ejemplo propuesto, si el aprendiz de albañil lleva a cabo su tarea y desciende del andamio sano y salvo, ello, no será una feliz casualidad, sino: la superación del peligro gracias al esfuerzo humano (En: DIAZ PITA, 1994, pág.231).

Así: “lo que tradicionalmente fue calificado como una feliz casualidad en la salvación del sujeto pasivo, es atribuible no al azar, sino al propio titular del bien jurídico, que se esforzó en impedir el resultado. Como fuere que el sujeto activo era consciente de esta reacción del sujeto pasivo, su confianza en la feliz resolución de la situación no es ni mucho menos ciega e irresponsable u optimista, sino que se funda en la experiencia”.

Ahora bien, puede que la situación termine mal, es posible, que la atención más elevada del sujeto pasivo, titular del bien jurídico amenazado, o de un tercero, no sea suficiente para evitar la efectiva producción del resultado lesivo. Este dato, sin embargo, carece de relevancia para Herzberg, puesto que no tiene que ver con la calificación de un peligro como protegido o desprotegido: el infortunado desarrollo de la situación no influye en la calificación de peligro protegido o desprotegido (Herzberg). (En: DIAZ PITA, 1994, pág. 231).

El hecho de que el resultado lesivo se produzca, nos indica que ya desde un principio faltaba esa especial protección y si el causante del peligro era consciente de ello. Si el sujeto que ha creado el peligro no tiene ya la posibilidad de evitar el resultado lesivo, entonces estaremos frente al fracaso de la “reserva de protección” que supone la mayor atención del titular del bien jurídico amenazado o de un tercero, en situaciones como estas, nos encontraremos ante un peligro desprotegido. Las situaciones de peligro desprotegido son aquellas en las que nada, ni el sujeto que crea el peligro, ni el esfuerzo personal del titular del bien jurídico en peligro ni el de un tercero representan una “reserva” en cuanto la evitación de un resultado lesivo. En este supuesto de casos, por tanto, no hay cabida para la confianza, un cuidado orientado a la evitación del resultado lesivo, ésa confianza será considerada como irracional.

Dentro de este grupo de casos, por ejemplo, se podría plantear el siguiente: “la violación de un menor de 12 años, en la que el sujeto agente actúa bajo la sospecha de que tenga 11 años”. En este supuesto de casos, en palabras de Herzberg:

El sujeto actúa siendo consciente del peligro desprotegido de producción del resultado. “La edad de la víctima no puede cambiarla nadie. Y si el sujeto confía en que sea mayor a doce años, su esperanza es irracional. Como es de apreciar, peligro desprotegido no es equivalente a peligro lejano (abstracto). Por tanto, la entidad y la proximidad objetivas del peligro no están ligadas a su desprotección” (DIAZ PITA, 1994, pág. 232).

“Los primeros problemas de esta teoría aparecen ya en lo que ha de entenderse como peligro “protegido” y “desprotegido”. No es clara la delimitación, si esta clase de peligros deben tener una entidad objetiva o subjetiva. Si se parte de un concepto de peligro objetivo, este tendría que ser un presupuesto antes de la acción, lo problemático de ello surge en sí el sujeto puede aprehender dicho peligro configurado de manera objetiva. Aplicando la tesis de Herzberg al siguiente ejemplo se denotará su inconsistencia: “X, en

su fábrica de productos químicos, a pesar de las insistentes peticiones de los operarios y de ordenar su actividad de acuerdo a la normatividad, no les procura las correspondientes mascarillas, debido a lo cual, Y adquiere una enfermedad pulmonar que le incapacita para toda actividad laboral”. En el ejemplo propuesto, dicho peligro entraría bajo los supuestos de casos, donde existe un peligro protegido, pues tanto X como Y lo han aprehendido. El peligro es normativamente relevante, no tolerado por el ordenamiento jurídico, ya que la provisión de mascarillas es impuesta por la normativa reglamentaria. Siguiendo la tesis de Herzberg, X confía de modo racional en Y (o cualquiera de sus operarios), tomará las medidas necesarias para evitar cualquier quebranto de su salud derivado de la manipulación constante de sustancias tóxicas, estará actuando de manera imprudente, puesto que el peligro creado o aumentado por X tiene la entidad de ser protegido. El resultado no puede estar más alejado de la tesis de Herzberg.

Basar la diferencia entre el dolo eventual y la imprudencia consciente en la propia capacidad evitación del sujeto activo, del titular del bien jurídico amenazado o de un tercero no resulta sostenible. Puesto que el sujeto activo puede tener, quizás, el control sobre su capacidad para evitar el resultado lesivo o para disminuir el riesgo de lesión que con su acción ha creado”. Si el peligro está protegido, entendido este en su entidad objetiva, entonces es aceptable, racional, que el sujeto pasivo, intente evitar la producción del resultado lesivo, en vista de que se trata de su propia “vida” o “integridad física”. “Si aceptamos la premisa, mediante la cual la capacidad de evitación provendrá, del sujeto activo, o del sujeto pasivo o de un tercero, entonces la imputación tendrá que ser imprudente”. “La defensa de la imputación a título de imprudencia también es compartida por Herzberg, pero si el supuesto es visto, desde la perspectiva de quién originó el peligro corresponde una imputación a título de dolo, ello porque desde el ámbito en estricto jurídico, este accionar se torna intolerable”. “Todo ello, nos deja márgenes amplios de inseguridad, puesto que no sabremos, si el sujeto pasivo pudo o no aprehender la situación de peligro en la que se ve inmerso a causa del sujeto activo”. “Por tanto, la acepción de peligro como una entidad objetiva es más operativa. Sin embargo, de faz a delimitar los supuestos dolosos e imprudentes, la incertidumbre parece perennizarse. Si un sujeto adelanta en una curva de escasa

visibilidad, señalizada como peligrosa, y en la que está prohibido adelantar, ese peligro está protegido en cuanto avisado y es también desde el punto de vista normativo, relevante”. “Pero en este caso, aun interpretando, la señal de prohibido como protección del peligro. ¿Qué medidas puede adoptar el conductor, que, conduciendo por su carril, se ve sorprendido por la presencia intempestiva de otro automóvil? ¿Qué puede esperar el sujeto que ha creado la situación de peligro? (DÍAZ PITA, 1994)

Con estos cuestionamientos se pueden plantear las siguientes cuestiones: ¿A quién va dirigida la protección del peligro?, ¿es un peligro protegido para el sujeto activo, o lo es para el titular del bien jurídico amenazado?”. “Si hemos de concebir el peligro en su entidad objetiva, se tornará entonces irrelevante, el aspecto subjetivo, con lo cual no se podrá extraer criterios seguros a la vez que valederos para la distinción entre el dolo y la imprudencia”.

“La tesis que clasifica al peligro, en protegido y desprotegido, adolece en el fondo de las mismas limitaciones correspondientes a las teorías de la probabilidad, frente a la delimitación del dolo y la imprudencia, porque conserva el carácter cuantitativo de su predecesora, la decisión entre imputación a título de dolo e imprudencia, ya no se adopta en base a una probabilidad lejana o próxima de lesión, sino partiendo de la protección de la efectividad de la protección” (Coincidentes con esta opinión PUPPE y DÍAZ PITA).

### **2.9.2. La tesis de Jakobs: El riesgo habitual.**

Según Jakobs el elemento volitivo como integrante de la definición de dolo, debe quedar excluido; propugnando la “suficiencia del elemento intelectual o cognitivo”. “Este elemento cognitivo no consiste sólo en la percepción intelectual del riesgo, sino un juicio que el sujeto realiza sobre la peligrosidad situacional con la ayuda de las reglas contenidas en el ordenamiento jurídico. En este juicio de peligrosidad, el dato más relevante, es el bien jurídico amenazado, es decir la importancia y el peso específico que a cada bien jurídico le otorga el ordenamiento penal. Con esta tesis lo que se busca es normativizar el concepto de dolo eventual, intentando basar su contenido en las normas jurídico penales, y serán criterios que nos permitirán imputar una conducta a título de dolo o imprudencia”.



Para llegar a este propósito Jakobs parte de los fines de la pena: “la realización del fin de la pena, entendiendo como fin de la pena el mantenimiento de la vigencia normativa, es decir, de la prevención general positiva” (JAKOBS, *Sobre el tratamiento de las alteraciones volitivas y cognitivas...*p.213.). “La prevención general positiva a diferencia de la prevención general negativa se dirige “al ciudadano fiel al Derecho” (JAKOBS, *Sobre el tratamiento de las alteraciones volitivas y cognitivas...*p.214). Es decir:

Excluyendo toda conducta contraria a Derecho como susceptible de una sanción penal. De aquí se derivan algunas cuestiones: en primer lugar, los inimputables no recibirán respuesta en forma de pena, porque, el conflicto que una persona de este tipo produce con su hecho, no afecta la vigencia de la norma, sino a la seguridad de los bienes (JAKOBS, *Sobre el tratamiento de las alteraciones volitivas y cognitivas...*p.217).

Es decir: “el comportamiento de los inimputables no constituye una infracción de las normas penales en el sentido que estas personas son incapaces de comprender dichas normas y la transgresión de las mismas”. “En segundo lugar, los supuestos de no exigibilidad de una conducta distinta no necesitan tampoco una respuesta penal, puesto que ningún ordenamiento jurídico puede esperar de los ciudadanos que por él se rigen una conducta heroica en casos extremos (Este es el tratamiento, que se da en los supuestos del estado de necesidad, como causa de justificación, y esto conforma la base de las apreciaciones de JAKOBS, lo que en el fondo subyace: el ordenamiento penal no puede esperar que un ciudadano normal, en condiciones extremas, lleve a cabo una acción heroica si no está obligado, en función de su cargo u oficio, a sacrificarse)”.

En tercer lugar, Jakobs, afirma que: Los grupos de casos que vienen constituidos por los comportamientos imprudentes y por los casos de error de prohibición. En este grupo de casos si se produce la respuesta por parte del ordenamiento en forma de pena, pero esta respuesta aparece atenuada frente a la pena prevista para los delitos dolosos. La explicación que esboza Jakobs es la siguiente: “De acuerdo con las condiciones de funcionamiento de la norma para explicar la diferente gravedad de la pena que llevan aparejadas las acciones dolosas e imprudentes. Para que la norma funcione, deben darse unas prestaciones de carácter cognitivo y volitivo por parte del sujeto, último destinatario de la norma; o sea, el sujeto debe en primer lugar conocer la norma y en segundo lugar, querer

cumplirla, o lo que es lo mismo, procurarse una motivación adecuada en sus comportamientos basada en el respeto al ordenamiento vigente”. Prosigue Jakobs: “la norma convencional de levantarse del asiento para saludar a una señora únicamente puede ser observada si el sujeto, no sólo puede conocer dicha norma, la situación en la que se encuentra frente a la señora y la posibilidad de levantarse, sino también cuando quiere observarla, es decir, cuando no le es completamente indiferente o no le da mayor importancia a quedarse sentado. Lo mismo ocurre con las normas jurídicas”. Resumiendo, lo afirmado por Jakobs, “subyace en el sujeto, en su esfera más íntima, el conocimiento de la norma y la voluntad para acatarla”.

“En caso de que fallará esta motivación, se debe a una alteración de carácter cognitivo, esta alteración produce una atenuación de la pena (como puede ser el caso de la imprudencia o el error de prohibición), mientras que una alteración volitiva, no excluye la pena, sino que ni siquiera la atenúa”. Esta negativa viene a expresar la imperfección y la inestabilidad del orden de convivencia establecido por el ordenamiento jurídico, siendo, la única vía para restablecer la estabilidad amenazada por la comisión de un delito, la imposición de una pena (JAKOBS, *Sobre el tratamiento...*pág. 221).

Quien se define como persona que vive en sociedad, debe también definirse como persona competente cuya voluntad es suficiente para observar las normas. Esta competencia generalmente aceptada e interiorizada es la que suministra la base para la exigencia de una responsabilidad a la que usualmente se llama culpabilidad en caso de incumplimiento voluntario del mandato normativo (JAKOBS, *Sobre el tratamiento...*pág. 223-224).

Acerca del dolo eventual, “el primer criterio, vendrá dado por el conocimiento por parte del sujeto entendido no sólo como acto intelectual de aprehensión sino también como juicio válido, sobre la posibilidad de producción del resultado; el segundo, la mayor o menor dificultad objetiva de impedir el resultado lesivo; el tercero, la importancia y amplitud que al bien jurídico amenazado otorga el ordenamiento penal, y, por último, las características del riesgo, si es que este puede considerarse un riesgo suficiente, o al que el sujeto se encuentre habituado”.

A efectos de la distinción entre dolo eventual e imprudencia consciente, siguiendo la tesis de Jakobs, “se prioriza el elemento cognitivo”.

En los supuestos de dolo eventual, la situación es la siguiente: “respecto de una acción no querida sin condiciones para el sujeto, aparecen una serie de efectos concomitantes cuya materialización, sí es eventual. En este supuesto de casos no se trata de determinar lo que el sujeto quería o no, o lo que exactamente aspiraba, lo que es relevante, es si el sujeto podía o no controlar la situación, dirigiendo su acción, para lo cual cualquier especulación sobre la actitud interna del sujeto resulta irrelevante”. “Las teorías tradicionales de carácter cognitivo han defendido la premisa de la suficiencia del conocimiento, entendido éste, como una alta probabilidad de producción del resultado lesivo para poder imputar tal acción a título de dolo. Jakobs no niega dicha premisa, pero la considera insuficiente. Se hace necesario además del conocimiento un juicio válido por parte del sujeto”. “Este juicio válido, forma parte de la aprehensión de la situación, es decir, engloba, la probabilidad de producción del resultado lesivo. Este juicio se forma en el momento de la acción: si el juicio sobre la probabilidad de producción del resultado en el momento de actuar era afirmativo, es decir, si el sujeto, tiene la certidumbre de que el resultado se puede producir, entonces habrá actuado con dolo eventual: se da dolo eventual cuando el sujeto juzga, en el momento de la acción, que la producción del resultado lesivo como consecuencia de su acción es probable (JAKOBS, Derecho Penal - Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación, 1997, pág. 271).

Consecuente con este postulado:

La dificultad o facilidad para evitar la producción del resultado lesivo, no ha de analizarse desde la subjetividad del agente, es decir, la dificultad o facilidad para evitar el resultado no ha de tratarse como una motivación subjetiva del sujeto para actuar o para omitir la acción que conlleva el resultado lesivo. Por el contrario, la cuestión se centra en determinar si la mayor o menor dificultad de evitación del resultado podía o no actuar como motivación del sujeto” (JAKOBS, Derecho Penal - Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación, 1997, pág. 270).

Lo fundamental es: “lo que el sujeto conoce de la situación o lo que cree conocer, y ello es una actividad intelectual en la que no tiene importancia la actitud interna del mismo o su voluntad” (JAKOBS, 1997).

### **2.9.3. La tesis de Jakobs - Segundo período.** (JAKOBS G., 2009)

El autor deja de lado las supuestas barreras que operan dentro del derecho positivo alemán, donde “una concepción rígida para el error de tipo, dentro de su ordenamiento, por desconocimiento, obliga a atenuar las consecuencias positivas, y una regulación elástica del error de prohibición, facultaría, en caso de desconocimiento a atenuar de las consecuencias punitivas” (JAKOBS G., 2009, pág. 4-5). Art. 16.1.- Error sobre las circunstancias de hecho, 1) “No actúa dolosamente quien, al cometer el hecho, no conoce una circunstancia que integra al tipo legal”. “Ello no afecta la punibilidad por comisión imprudente”. “Art.17.- Error de Prohibición. - Si el autor, al cometer el hecho, no comprende que realiza un ilícito, actúa sin culpabilidad, si no puede evitar ese error. Si el autor podría evitar el error, la pena podrá ser atenuada según el art. 49, párr. 1. Tomado del apéndice legislativo de: Puppe” (PUPPE I., 1999, pág. 152).

Actualmente Jakobs entiende, que:

El conocimiento no es más que un indicador de la presencia de indiferencia jurídica, y que la culpabilidad no se afirma nunca porque haya conocimiento del tipo de ilícito, sino por la ausencia de fidelidad al derecho. A nivel de teoría del error esto importa, tal como el mismo Jakobs afirma, ahora expresamente retomar la tesis de la teoría del dolo, “*dolus malus*” (JAKOBS G., 2009, pág. 7).

“A nivel procesal, esto significa, que no es el conocimiento lo que hay que probar sino la indiferencia jurídica” (JAKOBS G., 2009, pág. 8). “Quien desconoce por indiferencia resulta beneficiado, y ello importa un psicologismo inapropiado, que en su opinión el derecho penal arrastra desde Feuerbach: ¿Por qué la teoría de la imputación tendría que ser sirvienta de la psicología?, se pregunta” (JAKOBS G.,2009, pág. 8 y ss.). De ello, infiere Jakobs, que:

No es posible preguntarse primero por el dolo sin antes plantearse la cuestión de la culpabilidad”: “el dolo de un hecho delictivo siempre bajo la condición siempre bajo la condición de la culpabilidad ya dada. Hechos justificados o hechos inculpables no son hechos cometidos con dolo

delictivo”. El nivel específico del derecho penal entra en consideración sólo a partir de la culpabilidad (JAKOBS G., 2009, pág. 18).

A partir, de este artículo, el autor, considera al “dolo e imprudencia como formas de culpabilidad”; a partir de allí sostiene que:

El conocimiento no es relevante para el delito, *per se* sino únicamente como indicador de la indiferencia jurídica, resta averiguar si todo conocimiento ha de indicar una indiferencia jurídica. La respuesta, a esta cuestión, es negativa, los conocimientos que no corresponden con un rol, por ejemplo los conocimientos especiales, no pueden indicar, indiferencia jurídica, al menos si el derecho no quiere transformarse en una institución total (JAKOBS G., 2009, pág. 19 y ss.)

La separación conceptual entre dolo e imprudencia es en esencia:

La separación de determinante para la cuantía de culpabilidad pasa no entre el conocimiento de la realización del tipo y su desconocimiento, sino entre la falta de relevancia para la decisión subjetiva de una realización típica cognoscible; en síntesis: se trata de la relevancia para la decisión de una realización típica al menos cognoscible versus error al respecto (JAKOBS G., 2009, pág. 19).

Jakobs, a pesar del esfuerzo notable que realiza en los fundamentos precedentes, no se ha desafiado de las corrientes psicologicistas, “porque la indiferencia no es más que un estado mental o del conocimiento, y que a lo sumo puede comprenderse como un dato empírico a la hora de afirmar la concurrencia del dolo en un caso concreto”.

Es correcta la afirmación de Jakobs, en el sentido que “la falta de conocimiento o representación no tiene por qué excluir el dolo”. “El problema de ella, es que como reflejo de la teoría del *dolus indirectus*, resulta muy amplia; al identificar el dolo con la indiferencia respecto a la realización del tipo, puede considerar dolosos incluso casos que tal indiferencia tiene lugar, pero no puede decirse de este criterio que es irracional”. “La indiferencia no tiene que ser jurídico-penalmente relevante, sino porque consiste, en tomar en cuenta aquello que no interesa al autor”. “El criterio de la indiferencia en Jakobs, quedaría enriquecido, mediante pautas rectoras conforme a las cuales ciertas indiferencias resultarían reprochables en un sentido empírico, el reproche que permite calificar a una acción como dolosa o imprudente” (PUPPE I., 1999, pág. 152 y ss.). En esas pautas de enjuiciamiento ha de estar, pues, la clave del concepto de dolo, y no el

objeto psíquico a enjuiciar”. Si, se verifican indiferencias reprochables no es porque haya indiferencias “sentido normativo” como Jakobs lo ha sostenido, sino porque en determinadas circunstancias no es correcto asumir esa actitud. “Una actitud interna, siempre conformará un dato psíquico”. “Lo normativo es el criterio a partir del cual se valora dicho dato; y esas pautas rectoras provienen del Derecho” (JAKOBS G., 2009, pág. 20 y ss.).

#### **2.9.4. La Tesis de Ingeborg Puppe.**

Denominada como la “normativización del elemento volitivo”, “esta autora critica las teorías de la -actitud interna-, tal como ella las ha denominado” (PUPPE I., 2010, pág.89 y ss.). “Todas ellas premian una actitud (el desinterés frente a la integridad ajena) que difícilmente merezca recompensa alguna, y castigan otro (el tomarse en serio es integridad del prójimo) que difícilmente merezca reproche” (PUPPE I., 2010, pág.89 y ss.).

Por tanto, las teorías del consentimiento como las de la voluntad cometen el mismo error: “ambas se embarcan en la cuestión de cómo el autor elabora psíquicamente la resolución falsa de un conflicto entre sus objetivos y la integridad ajena jurídicamente protegida. Pero ello es nada más que un asunto que hace a su fuero interno y que no le concierne al derecho...Lo decisivo no es, por tanto, si el autor de hecho a consentido o reprimido la puesta en peligro o la lesión de la integridad ajena, sino si su comportamiento, interpretado como el de un ser racional, constituye la exteriorización de dicho consentimiento” (PUPPE I., 2010, pág.70-72)

La teoría de la voluntad ha estado siempre marcada por una dificultad que no ha podido superar, su ambigüedad. En efecto como pone en relieve la autora tanto en el lenguaje jurídico como en el coloquial, el término voluntad puede entenderse en un sentido estrictamente -descriptivo general- y, también en un sentido: normativo- imputativo (PUPPE I., 2010, pág. 72).

“En sentido descriptivo psicológico “voluntad” equivale a querer, o a tener la intención, mientras que en sentido normativo-imputativo, voluntad, significa que el autor, no puede alegar en su descargo que él no quiso el resultado en sentido psicológico” (PUPPE I., 2010, pág. 73).

La distinción entre dolo eventual e imprudencia consciente ha de partir de la distinción cualitativa entre el peligro de dolo y peligro de imprudencia. Por tanto, no se puede entender el peligro sólo como una medida cuantitativa susceptible de ser mensurable en porcentajes en forma continua desde una probabilidad del 100% hasta casi el 0% (PUPPE I., 2010, pág.89).

De esa manera la profesora Puppe señala: “Herzberg fue el primero en intentar dejar sentado conceptualmente de forma prolija, una distinción cualitativa entre el peligro de dolo y el peligro de imprudencia, y fundamentarlo normativamente, aunque su idea básica aparece ya en Kindhäuser”. “En torno a esto, Herzberg se expone innecesariamente a que sea criticado, cuando precisa que el peligro de dolo y el peligro de imprudencia es un problema del tipo objetivo”. Eso no puede ser correcto, ya por el hecho de que el ámbito causalmente determinado, el peligro objetivamente creado es de 100% o bien es de 0%”. “Se debe partir del conocimiento de los hechos del autor. Un peligro es un peligro de dolo, cuando considerado en sí mismo, constituye un método idóneo para producir el resultado”, en las consecuencias de modo similar, Ragués I Vallés (RAGUÉS I VALLES, 1999, pág. 357 y ss.). “Este criterio entre peligro de dolo y peligro de imprudencia lo puso en discusión Müller” (MÜLLER, 2009, pág. 74), quien parte de las siguientes premisas a fin de imputar una conducta como dolosa o imprudente: “1) el grado de puesta en peligro del fin perseguido en la norma; 2) la medida de la lesión posible; 3) el fin que persigue la acción a juzgar. Este autor considera que la entidad del peligro como base para la atribución del título de imputación, trabajo en el que se distingue entre la relación causal y la contrariedad objetiva a la norma jurídica de manera muy similar a la actual teoría de la imputación objetiva” sin haberle dado un mayor desarrollo teórico”. “La idea que subyace ya en la teoría del *dolus indirectus*. No es asunto del autor evaluar si una representación que efectivamente él tiene sobre el peligro es suficiente como peligro de dolo. Esta es una cuestión jurídica” (PUPPE I., 2010, pág. 94). “Sin embargo, él tiene que ser consciente de que en sí existe un peligro de que se realice el tipo” (PUPPE I., pág. 94).

Sólo se puede hablar de un método para producir el resultado si, según los conocimientos que él aplica, la chance de alcanzar la meta es relativamente alta. Mas no se puede decir de modo general sobre la cantidad de peligro del dolo; especialmente no se puede ofrecer cuotas de probabilidad. Pero eso, no es ningún defecto, pues tampoco en el actuar

práctico nos orientamos según cuotas de probabilidad, sino según un conjunto de métodos de experiencia para alcanzar todas las metas posibles (PUPPE I., 2010, pág. 95-101),

Es autora ejemplifica a través de sentencias del BGH, los “métodos idóneos” para ser calificados como peligro de dolo. Sostiene que:

Con la voluntad de dolo tiene alguna relación, sólo en la medida en que el autor cree voluntariamente un factor necesario para el peligro de dolo reconocido por él. Esta creación voluntaria es la finalidad en el sentido final de la acción (PUPPE I., 2010, pág. 101).

Con referencias Welzel: “quien insistía en la equiparación entre esta finalidad y el dolo”, precisa que:

El dolo del delito no es idéntico a una voluntad del autor en el sentido descriptivo-psicológico, pero está ligado también a la imprudencia (a una voluntad del autor). Por tanto, la creación del peligro de dolo depende de una voluntad real del autor y esta dependencia es reconocida y experimentada por el autor. Si el autor carece de la representación de un peligro de resultado que fundamente el dolo, la voluntad de que se cause el resultado en el sentido natural, es decir la intención, no puede sustituir ése déficit. Ante esta consecuencia de una concepción de dolo como conocimiento se adscribieron incluso algunos autores partidarios de la teoría de la probabilidad (PUPPE I., 1999, pág. 102).

Constituye una objeción contra una teoría del dolo dado por el conocimiento, la que se puede hacer responsable sólo por imprudencia incluso al autor que actúa intencionalmente, si según su representación, sólo existe una chance muy pequeña de que se realice el tipo. En consecuencia “no todo comportamiento objetivamente arriesgado sirve para fundamentar una imputación dolosa, y, segundo no hace falta que el autor valore el peligro de la realización típica, sino que basta con que conozca los factores que lo integran” (Cfr. PUPPE I., 1999, pág. 104).

Puppe, llega a la conclusión que:

Es la negación de del dolo en los casos en que la probabilidad objetiva de causación de resultado es mínima, prescindiendo de la voluntad o de los conocimientos del sujeto: “El infectado con virus VIH que, una única vez y sin protección, mantiene contacto sexual consentido, actúa sin duda



desconsideradamente con respecto a la vida de su pareja, pero no aplica un método de homicidio, pues existe la posibilidad de contagio inferior al 2%". Por este motivo, no actúa dolosamente, aunque este motivado a actuar por la representación de la posibilidad de infección de su pareja, aunque quiera en un sentido corriente que está comporta su mismo destino (Cfr. PUPPE I., 2010, pág.107).

Entonces para la autora: "la concurrencia de la intención por parte del sujeto sólo tiene relevancia cuando se plasma en factores objetivos de peligro": Así: "Cuando un buen tirador a una distancia media con un arma dirigida dispara contra una persona con la intención de matar, crea un peligro propio de dolo, pero no por sus malas intenciones", "sino porque apunta a una zona del cuerpo en la que éste es mortalmente vulnerable" (PUPPE I., 1999, pág. 137).

Por el contrario, cuando la intención actúa sobre el peligro inadecuado para conseguir la causación del resultado por mucha voluntad de sentido psicológico-naturalista que concurra en el fuero interno del autor, no puede afirmarse dolo. El hecho de que la intención psicológica deje de tener sentido en el ámbito de la imputación subjetiva lleva a Puppe a abandonar explícitamente la tradicional clasificación tripartita de dolo (PUPPE I., 1999, pág. 138).

Según la autora "la principal ventaja de su teoría radica que con ella se consigue una gran uniformidad en la resolución de casos, dejando a un lado los supuestos-límite" (Cfr. PUPPE I., 1999, pág. 140). "Un punto débil de una perspectiva como ésta se encuentra en el establecimiento de reglas claras para determinar en qué casos un hecho puede valorarse como una estrategia adecuada". PUPPE, aplica su teoría en la resolución de diversos casos: por ejemplo: "lanzar un cóctel Molotov en un espacio cerrado es un método de homicidio que se dirige contra personas o si para éstas resulta difícil la salida del inmueble" (Cfr. PUPPE I., 1999, pág. 107 y ss). Sin embargo, deviene en difícil aportar un catálogo general de reglas que nos permita emitir un juicio de valor de todas las conductas humanas como posibles formas apropiados o de no causación del resultado lesivo.

Finalmente se debe señalar que a falta de establecer esta autora un método diferenciador para establecer el método idóneo para diferenciar la producción del resultado en el delito doloso, con el imprudente; cabe precisar que el parámetro que permitiría diferenciar ello, sería el grado de probabilidad de realización del peligro,

criterio que es aceptado por la autora como diferenciador, pero a su vez es relativizado debido al énfasis que pone la profesora Puppe en el aspecto cualitativo a la hora de distinguir entre dolo eventual e imprudencial, dado que es consciente que ese carácter cualitativo no es compatible con cualquier propuesta que coloque en el centro de la cuestión de la entidad o probabilidad de realización del peligro de producción del resultado.

La inviabilidad de la distinción cualitativa es reconocida implícitamente por PUPPE, que acude a parámetros comparativos, como el grado de probabilidad, donde afirma que los conceptos basados en cantidades, como “alto” como “alto”, bajo”, etc., la autora reconoce también que la distinción entre dolo de lesión y dolo de peligro, ha de llevarse conforme a parámetros cuantitativos-comparativos.

Puppe señala de forma indistinta “método” o “estrategia” idóneos para la producción de resultados. Entendemos que para rechazar la crítica relativa a la definición de imprudencia, que los conceptos “métodos” y estrategia” solamente pueden referirse al dolo, pues un resultado imprudente es incompatible con las ideas de método y estrategia, que presuponen una deliberación—ausente de todo supuesto imprudente – a favor de la meta concreta que se persigue.

#### **2.9.5. La tesis de Pérez Barberá (PÉREZ BARBERÁ, 2010).**

Tiene como inspiración: las teorías que se sustentan en la:

Objetivación del concepto de dolo”, “introduciendo en él restricciones normativas al conocimiento y la voluntad como puros estados mentales, o en aquellas teorías que partiendo del *dolus indirectus*, afirman que puede existir dolo sin una representación objetiva del sujeto. También en las teorías que brindan preponderancia a la prueba del dolo (HRUSCHKA, 2009, pág. 181-197).

O a la “irrupción de la ignorancia deliberada, importada del *common law*” (RAGUÉS I VALLÉS, Lima, 2012, pág. 151-181), y en especial, sobre la ignorancia deliberada, (RAGUÉS I VALLÉS, Lima, 2012, pág. 165-173). Todas estas teorías tienen como común denominador consistente en quitarle importancia a los fenómenos que puedan ocurrir en la psiquis del sujeto, para luego establecer una definición del dolo asignando especial importancia al ámbito procesal, que es el espacio en donde se forma o adquiere connotación –el dolo.

Una de las tesis más completas en nuestra lengua es la de este autor, en relación a la reconstrucción histórica de las diferentes teorías aparecidas en Alemania “(Muestra de ello es la extensión que les dedica, así como la crítica a cada una de ellas)” (Ver: PÉREZ BARBERÁ, 2010, pág. 151 á 631). El autor desarrolla la tesis de Roxin, que:

Afirma, que existe un amplio consenso acerca de la necesidad de perfilar el dolo, a partir de finalidades que se desprenden del Derecho penal, y en concreto con la sanción de los hechos dolosos. En tal sentido, puede afirmarse, que ha quedado a atrás, la búsqueda de un concepto ontológico del dolo, previo al Derecho penal y cuyo concepto la ciencia no puede disponer. Ello ha llevado a cambiar el método, el cual pretende inducir este concepto por medio de la identificación de rasgos comunes de aquellos hechos merecedores de la pena de dolo, renunciando al método de las teorías volitivas, a través de definiciones apriorísticas de lo que es dolo (PÉREZ BARBERÁ, 2010, pág. 29 y 33)

El autor partiendo de esta perspectiva, señala que: “no existe un -dolo ajeno- al Derecho penal, sino que todo concepto de dolo es normativo”. Afirma: “el dolo es siempre una tarea normativa y, en todo caso, será misión de cada intérprete, determinar la relevancia que en dicha definición deba darse a ciertos estados mentales” (PÉREZ BARBERÁ, 2010, pág. 817). En palabras del autor: “dolo no es propiedad empírica, es propiedad normativa, porque es en función de ella que una conducta penalmente relevante se enjuicia como más o menos disvaliosa, y que, además, el autor resulta obligado a actuar conforme a estándares objetivos” (PÉREZ BARBERÁ, 2010, pág. 817).

La tesis de Pérez Barberá, parte de que: “en su trabajo de investigación no se llevará a cabo la distinción entre dolo e imprudencia desde la perspectiva de la ratio legis” (PÉREZ BARBERÁ, 2010, pág. 87.); ante todo porque el autor prefiere desarrollar los conceptos-objetos de dolo e imprudencia, así como el “metaconcepto de dolo”.

La tesis de Pérez Barberá presenta similitudes con el sistema de Jakobs, así considera que:

Todo hecho punible es ante todo comunicación de una regla, quien comete el hecho punible, se aparta de la regla establecida en el tipo penal, siendo necesaria la intervención punitiva, cuando dicho hecho alcance una determinada intensidad comunicativa, suficiente para desestabilizar las expectativas de la regla cuestionada” ante todo porque el autor “prefiere

desarrollar los conceptos-objetos de dolo e imprudencia, así como el metaconcepto de dolo (PÉREZ BARBERÁ, 2010, pág. 127-130).

“La mayor o menor intensidad comunicativa, explica la diferencia del tratamiento punitivo entre dolo e imprudencia” (PÉREZ BARBERA, 2010, pág. 131).

Aquellas conductas que tienen por base representaciones epistémicamente racionales y ontológicamente acertadas, si se apartan de una regla jurídico-penal, lo hacen con un efecto comunicativo contrario a ella, pues comunican una toma de postura, que atento a la existencia de una correlación objetivamente adecuada entre sujeto epistémico y mundo, debe ser interpretada desde un punto de vista objetivo, como intensamente contraria a la regla (PÉREZ BARBERÁ, 2010, pág. 133.).

En tales casos: “el sujeto, comunica una regla con pretensión de validez contraria a la regla violada” (PÉREZ BARBERÁ, 2010, pág.134). Para corroborar este aserto, Pérez Barberá “ejemplifica, con casos que han sido tradicionalmente abarcados por los conceptos de dolo directo y dolo eventual” (PÉREZ BARBERÁ, 2010, pág.134)

También considera el autor, que:

Desconocimientos o ausencias de representaciones epistémicamente irracionales, poseen la misma intensidad comunicativa de contrariedad a una regla jurídico penal, esto parte de la necesidad de otorgar un tratamiento equivalente a casos de: ceguera ante los hechos; donde el sujeto parte de una ignorancia deliberada (PÉREZ BARBERÁ, 2010, pág. 139-140.).

*En opinión del autor, “esta orientación arbitraria, grava al sujeto de forma dolosa pese a la amenaza de poena naturalis”.* “Esta cuestión de la pena natural marca claramente diferencias respecto al planteamiento de Jakobs” (JAKOBS G., 1995, pág. 313)

Pérez Barberá define:

El “concepto-objeto” de dolo como: “Reproche objetivo a la acción que se aparta de una regla jurídica-penal, mediando ex ante una posibilidad objetivamente privilegiada de que su autor prevea este apartamiento”, por el contrario, la imprudencia es: “reproche objetivo de la acción que se aparta de una regla jurídico-penal, mediando ex ante una posibilidad objetivamente atenuada de que su autor prevea este apartamiento” (JAKOBS G., 1995, pág. 648). En síntesis: “si el sujeto ha tenido la

capacidad de prever, y apartarse del hecho, se puede afirmar dolo” (JAKOBS G., 1995, pág. 674).

De acuerdo a lo expuesto, para Pérez Barberá:

La capacidad de evitación o el grado de evitabilidad conforman el eje de su tesis. Prosigue el autor: Las definiciones son coherentes con sus puntos de partida sobre el tratamiento punitivo del dolo: tanto quien actúa conociendo racionalmente, como quien lo hace no conociendo irracionalmente, se encuentran objetivamente, en mejores condiciones de poder prever el apartamiento de la regla de quien actúa no conociendo racionalmente o quien lo hace conociendo irracionalmente. Por eso, el primer y segundo supuesto deben calificarse como dolosos y el tercero y el cuarto, a lo sumo, como imprudentes (PÉREZ BARBERA, pág. 650).

El dolo, dentro del sistema de Pérez Barberá, es “un juicio objetivo de reproche o un juicio de valor fundado en un estándar general y referido a un hecho, no a un sujeto” (PÉREZ BARBERÁ, 2010, pág. 663-664); en la entidad de este juicio:

Los datos psíquicos como el conocimiento y voluntad constituyen únicamente indicios de mayor o menor capacidad de poder prever el apartamiento de una regla infringida, a ponderar, con otros indicios, como pueden ser el peligro creado, sus características, o en general, cualquier circunstancia constitutiva de la acción (Véase: PÉREZ BARBERA, pág. 65).

Esta tesis, sólo en lo que se refiere a este planteamiento, se parece a las de Hassemmer o Díaz Pita, “los hechos psíquicos son indicadores, de la decisión a favor de la lesión del bien jurídico” (HASSEMER, Los elementos característicos del dolo, 1990, pág.925), (DÍAZ PITA, 1994, pág.321). La diferencia, parte, de la tesis de Pérez Barberá, en que:

Para acentuar el dolo, se hace necesario que haya una vinculación de carácter psíquico con el hecho, que en algunos casos pueden ser prescindibles, como en los supuestos de ceguera ante los hechos. E inclusive sostiene que algunos datos psíquicos podrán ser relevantes para la culpabilidad que es definida por el autor, como el posicionamiento del autor respecto a lo comunicado por él en su acción (PÉREZ BARBERÁ, 2010, pág. 683).

Pérez Barberá, refiere, que:

El dolo se refiere a un hecho y culpabilidad del sujeto, pero no siempre resulta separar a uno del otro en determinados juicios: después de todo es el hecho el que comunica la contrariedad al Derecho y por ello se aleja de la teoría de la doble posición del dolo (PÉREZ BARBERÁ, 2010, pág. 685).

El autor propone una serie de reglas para la subsunción del dolo: “la subsunción de un caso individual en un caso genérico de dolo” (PÉREZ BARBERÁ, 2010, pág. 747-751). Dichas reglas se basan en: “la hipótesis de relevancia según la cual, respecto de los datos físicos, deben ser considerados todos aquellos que contribuyeron a formar el caso; respecto de datos psíquicos (estados mentales), solamente deben ser considerados aquellos que quepa reputar epistémicamente racionales” (PÉREZ BARBERÁ, 2010, pág. 752). De esta premisa, le siguen dos reglas específicas: “a) Para que un dato empírico, psíquico o físico, pueda ser relevante en este contexto, es necesario que sea posible considerarlo idóneo para influir, en más o en menos, en el grado de probabilidad objetiva de previsión del apartamiento de una regla jurídico-penal (...) así por ejemplo, la entidad de peligro inherente a la acción, su inminencia, el hecho que no esté cubierto o asegurado, son datos empíricos que, llegado el caso, pueden influir para determinar la posibilidad de previsión del apartamiento de la regla es privilegiada o atenuada” (PÉREZ BARBERÁ, 2010, pág. 752-754). “b) Si un estado mental es epistémicamente racional, entonces él es relevante y debe tomarse en cuenta para la formulación de la hipótesis objetiva de probabilidad, en el que se funda, el reproche, doloso o imprudente, según sea el caso” (PÉREZ BARBERÁ, 2010, pág. 755). Desde esta perspectiva:

Lo racional o irracional se determina por el criterio según el cual es irracional aquella génesis de un estado mental o explicación de una determinada relación entre sujeto y mundo que supone una pretensión o manifestación objetivamente extravagante en relación con el contexto empírico y epistémico que se trate (PÉREZ BARBERÁ, 2010, pág. 767). “no pudiendo identificarse sin más confianza excesiva como confianza irracional (PÉREZ BARBERÁ, 2010, pág. 758).

Lo señalado precedentemente, permite al autor, arribar a una conclusión relevante respecto del dolo: “en los casos de riesgos cuantitativamente escasos, no hay dolo por más que haya intención (o cualquier otro estado mental) que el autor ponga de su parte; y a la inversa, en casos de riesgos muy elevados, la ausencia de representación no puede excluir el dolo”: “frente a tales niveles de probabilidad o improbabilidad, pretensiones contrarias a esas prognosis objetivas han de aparecer, forzosamente,

como objetivamente extravagantes, aunque, a la vez, sean compatibles con una base epistémica o afectiva individual” (PÉREZ BARBERÁ, 2010, pág. 768-769), “si, por ejemplo, la entidad del peligro inherente a una acción, que importa la creación de un riesgo no permitido es mínimo o insignificante (=prácticamente probabilidad 0), debe descartarse sin más relevancia la intención del autor de realizar ese peligro, si la entidad del peligro inherente a la acción es elevada (=prácticamente probabilidad 1), debe descartarse sin más falta la intención de realizarlo” (PÉREZ BARBERÁ, 2010, pág. 769). Ello permite sostener que en los casos del “tirador inexperto o del portador de SIDA que mantiene un contacto sexual sin protección, existe únicamente una conducta imprudente; y en casos como: ruleta rusa o de la correa de cuero, las intenciones no importan para afirmar el dolo” (PÉREZ BARBERÁ, 2010, pág. 774-791). Ahora bien en los casos que plantea el autor como el de la ruleta rusa, o el caso de la correa de cuero, la actuación propia de los sujetos, no pone en evidencia lo que están haciendo, y por ello cuentan con una altamente elevada capacidad de evitación del resultado lesivo, “¿realmente se puede sostenerlo lo mismo, de una persona, que se encuentra distraído de manera irremediable, que sin advertir numerosos avisos, lanza un cigarrillo en un contenedor de gas inflamable?”

Roxin, en el prólogo, hecho al trabajo de investigación de Pérez Barberá, advierte, que: “la afirmación de que en los casos llamados de ceguera ante los hechos donde la ignorancia de riesgos elevados y evidentes para cualquier observador medio devendrían en dolosos” (PÉREZ BARBERÁ, 2010, pág. 33). Es cierto que: “En los últimos años se han elaborado propuestas teóricas que existen supuestos en que la falta de representación, no excluye el dolo, pero para ello es necesario que la falta de representación se explique a través de la indiferencia hacia el objeto lesionado, como lo sostiene Jakobs, o la búsqueda intencionada de este estado de desconocimiento, en la teoría angloamericana de la *willful blindness*” (RAGUÉS I VALLÉS, Lima, 2012, pág. 151-181 – En: *Imputación subjetiva*,, en especial, sobre la ignorancia deliberada, pp.165-173.). “Lo que sucede, en este supuesto de casos, es que el déficit de representación se ve complementado por una determinada motivación especialmente disvaliosa que justifica el tratamiento más severo”; en cambio en los casos de “ceguera”, si no es la falta de interés, sino un “descuido gravísimo” que genera un riesgo elevado, entonces corresponde fundar el dolo.

En la tesis de Pérez Barberá, en relación a ignorancia deliberada, no queda del todo claro, cual es su propuesta: “por un lado, la idea de desvincular el dolo con los hechos

psíquicos resulta una base teórica idónea para sostener la posible equiparación de estas situaciones, o alguno de ellas, con el dolo” (PÉREZ BARBERÁ, 2010, pág. 791). Sin embargo:

Cuando el autor alude a la cuestión, distingue tres posibles situaciones con diversas respuestas: 1) En los casos de completa falta de representación, argumenta que “no es inimaginable una deliberación para ignorar”; 2) si el sujeto cuenta con algo de representación de conductas típicas indeterminadas a su juicio es correcto que no se impute dolo; 3) si hay algo de representación de una conducta típica indeterminada, ya existirá dolo o imprudencia en sentido clásico, por lo que la categoría es superflua (PÉREZ BARBERÁ, 2010, pág. 798-799).

Sobre la propuesta del caso 2:

Cuando de manera evidente, concurre una capacidad privilegiada de evitación del hecho en el que se basa el tratamiento jurídico de los hechos dolosos, por ejemplo, el testaferro que acepta administrar formalmente cientos de sociedades de las que ni siquiera recuerda el nombre, pero de las que se representa que pueden ser utilizadas por verdaderos administradores para cometer conductas ilícitas indeterminadas, está en una condición privilegiada para evitar su acto de cooperación en los delitos que a través de dichas sociedades puedan cometerse por quienes realmente lo controlan (Ejemplo tomado de: RAGUÉS I VALLÉS, Lima, 2012, pág. 151-181. En: *Imputación subjetiva*, Ara, Lima, 2012, en especial, sobre la ignorancia deliberada, pág. 165-173).

En relación a “la prueba del dolo”, para afirmar su concurrencia: “capacidad de evitación del resultado lesivo”:

El juez está obligado a valorar cualquier medio que pueda resultar significativo para detectar los correspondientes indicadores, entre ellos, unos fenómenos psíquicos, que son de carácter disposicional, y aun no siendo observables, son el resultado de un procedimiento de atribución empírica en que el juez pueda recurrir a cualquier disciplina científica, y en qué en todo caso, todo dato empírico sea este psíquico, físico, es potencialmente relevante (PÉREZ BARBERÁ, 2010, pág. 732 a 750).



Pérez Barberá, es de la opinión que: “los datos psíquicos en el proceso penal se atribuyen como resultado de un juicio empírico, y no como consecuencia de una adscripción normativa, empero, reconoce que la formulación teórica de una serie de criterios de racionalidad a respetar por el juez en el momento de pronunciarse sobre la concurrencia o no, de los estados mentales” (PÉREZ BARBERÁ, 2010, pág. 744). “Una teoría sobre qué medios probatorios, y, más en concreto, sobre qué indicios, deben ser tenidos en cuenta en el proceso penal a la hora de afirmar o rechazar que alguien ha actuado con determinados conocimientos o intenciones.” (PÉREZ BARBERÁ, 2010, pág.708 y ss.). Como se ha visto, de esa manera, el autor concluye, afirmando, la decisión sobre “qué debe tener en cuenta, y que no”, el juez en el momento de considerar “probados hechos psíquicos” es también una cuestión sobre la cual la ciencia penal debe pronunciarse” (PÉREZ BARBERÁ, 2010, pág.708 y ss.

En las páginas finales del libro, concluye el autor: “para una postura que entiende que la afirmación del dolo se basa en un juicio objetivo no tiene ya ningún sentido la distinción entre tipo objetivo y tipo subjetivo o imputación objetiva e imputación subjetiva”. “En el trabajo se propone sustituir esta tradicional partición por la que distingue, tipo de explicación y tipo de imputación, el primero consiste en la selección de los datos empíricos relevantes para explicar el suceso, y en el segundo conformado por los criterios de dolo y culpa, que permiten atribuir, un suceso determinado, a un determinado individuo. Se trata, en todo caso, de una propuesta que excede los límites de la investigación, y que Pérez Barberá apunta. (PÉREZ BARBERÁ, 2010, pág.813-814).

## **2.10. TEORIAS INTEGRADORAS.**

Bajo este rótulo se consignan las teorías de aquellos autores que sostienen que no es posible brindar un concepto de dolo si sus características se reducen a uno o dos elementos: sólo conocimiento, o solo conocimiento y voluntad. Según esta opinión, otros datos psíquicos como la indiferencia ante la realización del tipo, el representarse a éste como probable, son criterios esenciales para lograr una correcta definición. Sus tesis pueden ser calificadas como integradoras, pues tratan de superar los defectos de las tesis “unicistas”, más allá que los matices de estas tesis se acerquen más a criterios materiales o procesales.

### **2.10.1. La tesis de Prittwitz**

Este autor entiende que: “la principal dificultad reside, en que la mayoría de estas teorías, también en la jurisprudencia, se conforman con lograr una delimitación jurídico material entre dolo e imprudencia, descuidando en cambio casi completamente, de qué forma pueden ser utilizadas procesalmente”. “Esta es la razón por la cual la ciencia penal alemana elabora distinciones conceptuales cada vez más sutiles, sin embargo, no se plantea los problemas de aplicabilidad de los enunciados, por ello es que algunos conceptos pueden perder legitimación o en el peor de las cosas carecerán de fuerza de convicción”. Cualquiera sea la forma o el método utilizado para efectos de delimitar el dolo eventual de la imprudencia debe ocuparse forzosamente de dos cuestiones fundamentales: por un lado, tiene que determinar, en qué reside el núcleo conceptual en que se funda la delimitación y, dentro de ello qué papel le corresponde al elemento volitivo; pero además debe establecer, por otro lado, si el dolo es algo comprobable (probado) o si él debe ser imputado al autor. En esta segunda cuestión se aborda en toda su dimensión el problema de la prueba. Con respecto a la primera cuestión, según la opinión del autor, no se puede renunciar al elemento volitivo, pero advierte que esa volición no consiste en un “querer” o en un “desear”, sino en una determinada actitud interna respecto a la realización típica.

Respecto a la segunda cuestión, según el autor, el dolo no se comprueba, sino que se imputa. Aclaradas estas dos cuestiones fundamentales, el autor describe su denominada: “teoría en base a indicios orientada procesalmente”, en donde enfatiza la dificultad de probanza de los elementos subjetivos del hecho, los cuales no deben ser negados, sino antes bien integradas al concepto material de dolo. Y para llevar con éxito esta integración es necesario apoyarse en cada una de las teorías que se han dado para la distinción entre ambas categorías. Pues, a criterio del autor, todas las teorías del dolo tienen no un criterio conceptual excluyente, sino un indicio relevante de la prueba del dolo. Así las cosas, la entidad del riesgo no sólo tiene importancia para la imputación objetiva, sino también para el nivel de la imputación subjetiva, pues lo cierto es que la aceptación de un riesgo de escasa entidad, sea por la muy baja probabilidad de su realización o por el daño insignificante que este produce, puede y debe ser imputado a título de imprudencia y no de dolo.

Prittwitz, señala los siguientes indicadores: la probabilidad de la realización del riesgo, en contraposición, del peligro inherente en la acción del autor para el bien jurídico; también es un indicador fiable, la teoría de la aprobación o del consentimiento, dado que

esta es un indicio fiable, para tomar en cuenta el rechazo interno que le produce al autor la realización típica del resultado; y finalmente los criterios de la existencia de una voluntad de evitación, y el hecho de que el peligro pueda ser calificado como cubierto o descubierto. “Todas estas circunstancias pueden ser utilizadas como indicios siempre que se les contraponga con otros datos indiciarios” (FEIJÓO SÁNCHEZ, 2002, pág. 134-142)

### **2.10.2. La Tesis de Philipps.**

El esquema tradicional es materia de objeción, por este autor, señalando que: “objetivo de la acción- medios-consecuencias concomitantes”, reformula para ello, el contenido de acción entendida como: “decisión entre alternativas de comportamiento”. La razón por lo cual hace esta reformulación es explicada del siguiente modo: “se ha de interpretar esa relación intencional del sujeto hacia el resultado como un componente más de la situación global de decisión con todos los aspectos fácticos y normativos, situación en la que se encuadra la determinación que el sujeto adopta de llevar a cabo la acción” (DIAZ PITA, 1994, pág.199).

La teoría que plantea el autor es el de la “sustitución del inoperante modelo de acción: “objetivo de la acción-medios empleados-consecuencias concomitantes y el rechazo estricto al elemento volitivo, es decir, a la relación intencional entre el sujeto y el resultado delictivo, como paradigma delimitador entre dolo eventual e imprudencia consciente”.

Si utilizamos de forma exclusiva la relación intencional entre el sujeto y el resultado delictivo como criterio calificador de un hecho doloso, nos encontraremos ante casos en los que el carácter delictivo de la motivación que lleva al sujeto a actuar no es tan claramente aprehensible y susceptible de valoración como en aquellas acciones dirigidas de modo inmediato y agresivo a la lesión de un bien jurídico protegido. “Por ejemplo, en un homicidio cometido con dolo directo o de primer grado, el sujeto persigue directamente la muerte de su víctima: objetivo de la acción y el resultado coinciden; la relación intencional del sujeto respecto a la muerte es clara y no plantea ningún problema castigar dicha acción con la pena prevista para el homicidio doloso”. “En una apuesta aceptada para conducir por el carril contrario de una autopista, con el compromiso de no apartarse si se encuentra un coche de cara, la muerte del ocupante de dicho

automóvil como resultado de la acción, no coincide con el objetivo buscado por el que acepta la apuesta; su relación intencional respecto de este resultado muerte no presenta la claridad del caso anterior, es en estos casos donde se problematizan las diferencias entre el dolo y la imprudencia” (DIAZ PITA, 1994, pág.199 y ss.).

“La inclusión en uno u otro grupo condiciona no sólo la gravedad a imponer sino, incluso (lo que es aún más grave), la propia aplicación de la misma”.

El criterio volitivo, interpretado como relación intencional entre el sujeto y el resultado lesivo, se muestra como insuficiente en los casos límite, es decir, en aquellos supuestos en los que se da la posibilidad y no la certeza de que el resultado se produzca, pero en lo que, a la vez, el sujeto espera que no se produzcan; “En este punto se plantea con frecuencia la duda, de qué es lo que en verdad el sujeto consciente quiso: ¿cómo averiguar su voluntad (DIAZ PITA, 1994, pág. 200).

Según este autor, la “teoría del consentimiento” carece de consistencia: “los defensores de estas teorías no prueban de modo positivo la existencia del consentimiento por parte del sujeto, sino que siguen en un proceso de exclusión hasta llegar a la siguiente decisión: los casos en los que el resultado puede ser no querido, desde la perspectiva de la motivación del sujeto, quedan excluidos del ámbito de lo previsible. En los demás casos, se acepta la concurrencia del dolo eventual”.

Es decir para los partidarios de la teoría del consentimiento, habrá dolo sólo cuando el objetivo de la acción del sujeto y el resultado lesivo producido coinciden; si, por el contrario, esta coincidencia no se produce, el sujeto se encontrará ante un resultado que escapa de lo previsible y, por tanto, queda excluida la calificación como hecho doloso. “La inconsistencia de la teoría del consentimiento se muestra insuficiente en aquellos supuestos de casos en los que el objetivo inmediato al que se dirige la acción se ve frustrado por la producción del resultado delictivo”. “Por ejemplo: A rodea con sus manos el cuello de B para obligar a éste a proporcionarle una información; B muere estrangulado. La muerte de B era no querida por A, puesto que el fin inmediato era la obtención de la información, fin que queda frustrado por la producción del resultado no deseado. ¿Podemos afirmar, sin embargo, que la muerte de B, aun no

siendo deseada por A, era previsible? ¿Es la acción de A una acción imprudente? (DIAZ PITA, 1994, pág. 200 y ss.).

El problema se anida, según Philipps, en: “la utilización de un modelo insuficiente de acción”: “objetivo de la acción-medios-consecuencias concomitantes”. Y esto debido a que: “el hecho de que el resultado delictivo suponga un fracaso del objetivo perseguido por el sujeto (y, por tanto, según los defensores de la teoría del consentimiento, no querido por él, es decir, no doloso), no puede bastar para justificar la atenuación de la responsabilidad del mismo que supondría calificar el hecho como imprudente en lugar de doloso” (DIAZ PITA, 1994).

La relación intencional del sujeto respecto al resultado como criterio de delimitación entre el dolo eventual y la imprudencia consciente, al calificar de imprudentes aquellos supuestos en los que el sujeto no desea la producción del resultado, espere o no la exclusión del mismo, y aun así actúe. Y ello, porque el resultado no corresponde al objetivo al que el sujeto realmente aspira. Sin embargo, el decidirse a realizar la acción que puede llevar aparejada la lesión de un bien jurídico. Puede haber sido considerado, de tal manera que el resultado aparezca como la consecuencia de un comportamiento racional (DIAZ PITA, 1994).

Para ilustrar de una mejor manera la propuesta de PHILIPPS, es preciso recurrir al ejemplo de los mendigos rusos:

Unos mendigos mutilan a unos niños para mejor llamar la caridad, y a consecuencia de la mutilación mueren algunos, a pesar de lo cual repiten las mutilaciones y muere otro niño. “El objetivo de los mendigos rusos fracasará en el supuesto que otro niño se les muera. Y también, es cierto que los mendigos rusos no se representan el resultado unido a la mutilación”. A pesar de ello, y en opinión de PHILIPPS: “al decidirse a realizar la lesión puede haber sido considerado el resultado lesivo, de manera tal que el resultado no deseado aparezca como la consecuencia de un comportamiento racional”. No hay que comprender este ejemplo de la siguiente manera: Si la muerte que-en el momento de mutilar- nos parece posible, fuese una consecuencia segura de la acción, se abstendrían de actuar; sino de otro planteamiento: -Vamos a actuar-se dicen para sí los mendigos- de modo que tengamos que lamentar el daño posible. “Desde luego puede ser que nuestro plan fracase, si el niño

muere; la posibilidad que esto ocurra es difícil de ser estimable. Pero en caso de que salga bien nuestra ganancia será mayor que la pérdida, en el supuesto de que nuestro plan falle”. Para Philipps: “el individuo no parte, de especulaciones ficticias como la primera, sino que acepta la incertidumbre de la situación, y la racionalidad de su comportamiento, reside, en intentar lo mejor para sí”. PHILIPPS ahonda más en su interpretación de los ejemplos de los mendigos: “El sujeto puede incluso, intentar evitar el fracaso objetivo de su plan llevando a la práctica una estrategia más amplia: los mendigos compran muchas víctimas haciendo la siguiente consideración: Incluso uno de cada dos niños muera-y, según nuestra experiencia, no serán más-aún obtendremos ganancia” (En: DIAZ PITA, 1994, 20, nota 134).

“En su plan, por lo tanto, la muerte de, por lo menos un niño, está prevista. Pero en cada caso en particular, este resultado no es querido y pondrán en ello todo su empeño para que esto no ocurra” (En: DIAZ PITA, 1994, 20, nota 134).

Según la concepción de las teorías tradicionales de delimitación entre ambas figuras, “la inclusión de un comportamiento a una u otra categoría depende de la actitud del sujeto ante el peligro que lleva implícita la acción por él realizada para alcanzar su particular objetivo propuesto”. “Y ello puede ser predicado tanto de las teorías volitivas como cognitivas. Los defectos de las teorías cognitivas son criticados por Hassemmer” (HASSEMER, Los elementos característicos del dolo, 1990, pág. 922).

La relación intencional del sujeto agente hacia la consecución del posible resultado, su voluntad, su actitud interna, resulta ser un criterio demasiado estrecho para poder calificar una conducta como dolosa o imprudente. Solamente con el abandono de aquel esquema tradicional de acción y el rechazo de esa concepción podremos avanzar en la búsqueda de un criterio incuestionable, delimitador que nos proporcione un menor margen de error. Para ello Philipps, propone un nuevo esquema de acción entendido como la consecuencia de una alternativa de comportamientos: “Un sujeto se encuentra en una situación dada en la cual se encuentra entre varias alternativas de comportamiento, de las cuales, a su vez, se derivarían una serie de consecuencias”. Estas consecuencias se pueden clasificar siguiendo un orden de valores. Además, se debe contar con “unas reglas determinadas que manifiesten la posición del sujeto agente

respecto al riesgo para el bien jurídico amenazado, puesto que algunas de las citadas consecuencias no pueden ser previstas 185 con completa seguridad, sino sólo como de posible producción o con un cierto grado de probabilidad” (DIAZ PITA, 1994, pág. 204).

“El comportamiento del sujeto se interpreta como una elección entre diversas alternativas, un comportamiento que no se agota en la realización de un solo acto, sino que se sitúa en el contexto de las demás alternativas que no han sido ejecutadas”. “Esta elección se rige por la escala de valores y la posición del sujeto frente al riesgo para el bien jurídico amenazado. Su valoración y su crítica se realizarán en base al orden de valores y las máximas de riesgo. Por tanto, un comportamiento se podrá enjuiciar según el orden de valores y las máximas de riesgo, o de acuerdo a lo prescrito por el ordenamiento jurídico”. “El primer presupuesto para la imputación dolosa está constituido por una situación en la que el sujeto puede elegir entre varias opciones o alternativas. Esta elección se basará en un orden de valores o máximas de riesgo, las cuales nos darán la medida para evaluar correctamente el comportamiento del sujeto en cuestión”. Este esquema se reproduce en todos los ámbitos de nuestra vida y dependiendo del rol de cada persona, que realiza en cada circunstancia y la regulación del mismo; ello constituirá el baremo que servirá, para juzgar, si un sujeto actuó o no con corrección. El orden de valores a seguir y las máximas de riesgo a las que acudir no son otras que los contenidos de las normas penales. Por ende, la valorabilidad de un comportamiento de un sujeto habrá de ser enjuiciada en torno a las prescripciones contenidas en el ordenamiento jurídico-penal.

Partiendo de todos estos presupuestos, Philipps, define al dolo eventual como: “se da dolo cuando el sujeto se decide conscientemente por un comportamiento incompatible con el ordenamiento jurídico. Se da dolo eventual cuando el sujeto se decide conscientemente por un comportamiento incompatible con las máximas de riesgo vigentes en el ordenamiento jurídico-penal” (DIAZ PITA, 1994, pág. 205. “El dolo se basa en tres presupuestos fundamentales: • La decisión entre distintas alternativas. • Las máximas de riesgo contenidas en el ordenamiento jurídico penal por las que ha de regirse el sujeto. • La consciencia del sujeto de todas las alternativas posibles”.

“Si algunos de estos presupuestos no convergen se dará por excluido el dolo. Admite el autor, la equiparación del dolo eventual con la previsión de la producción del resultado, sólo en aquellos supuestos en los cuales se dan presupuestos fácticos y normativos que indican que el sujeto se encontraba en una situación en la que podía decidir entre varias

alternativas de comportamiento en el momento de llevar a cabo la acción. Estas pautas analíticas, en un primer momento estarán a cargo del sujeto agente y en un momento ulterior a cargo del juez”. Philipps propone el siguiente ejemplo:

“La imputación a título de dolo eventual de la muerte de un paciente a un médico que llevo a cabo una operación arriesgada depende, en primer lugar, de si las distintas posibilidades de tratamiento del paciente y las previsiones de éxito de cada una de ellas estaban claras para el médico. Si este se decide por la utilización de un método porque, por ejemplo, resulta más lucrativo, o porque así puede ejercitar una determinada técnica, habrá actuado dolosamente, pues habrá aceptado un riesgo para un bien jurídico atendiendo a valoraciones que, según nuestro ordenamiento jurídico, no justifican tal riesgo. Si, por el contrario, la operación estuviera objetivamente justificada (en el sentido de que era objetivamente adecuada para el tratamiento del paciente), la motivación psicológica del médico es indiferente y este quedaría libre de reproche” (DIAZ PITA, 1994, pág. 206).

La última cuestión que se plantea es la siguiente: ¿qué ocurre?, ¿cuándo el sujeto no era consciente, o sólo era parcialmente, de las distintas formas de comportamiento? En estos supuestos, se ha de acudir a lo que Philipps denomina “predecisión” a recabar información, información que puede referirse a normas jurídicas y reglas de la “lex artis” o a preparar diversas modalidades de reacción para el caso de que la acción por él emprendida no se desarrolle de modo favorable, entonces estará actuando dolosamente. Si, por el contrario y volviendo al ejemplo del médico, éste abandona sus conocimientos a la rutina de su profesión o si no tuvo tiempo de analizar su comportamiento en el caso concreto (por ejemplo, en el caso de catástrofes, entonces habrá actuado de manera imprudente. (DIAZ PITA, 1994, pág. 206).

### **2.10.3. LA TESIS DE SCHROTH.**

Antes de pasar revista a la tesis de Schroth concebida como: “asunción de las condiciones constitutivas del injusto”. Se hace necesario contextualizarla dentro del ámbito de otras teorías. Al igual que Hassemer, parte este autor, desde una perspectiva



normativa en lo que se refiere al dolo eventual. Su teoría se encuadra, al igual que la de Hassemer, en una tendencia que reconoce al dolo, como entidad empírica a investigar.

Acorde con esta perspectiva “(...) si alguien ha actuado de forma dolosa o imprudente no constituye un juicio teórico, sino un juicio práctico. Estas respuestas no se refieren a la cuestión de cómo hemos de interpretar adecuada y mesuradamente el comportamiento de nuestros conciudadanos” (DIAZ PITA, 1994, pág. 208”. “Dolo eventual e imprudencia consciente no constituyen, pues, realidades específicas susceptibles de investigación y de constatación empírica. Ambas figuras son formas de imputación con ayuda de las cuales se atribuye a un sujeto una responsabilidad determinada” (HASSEMER, Los elementos característicos del dolo, 1990, pág. 917).

En consecuencia, el punto de partida que se plantea Schroth al igual que Hassemer, parte de la siguiente cuestión: “¿Por qué merece más pena el dolo que la imprudencia?” (HASSEMER, Los elementos característicos del dolo, 1990, pág. 917 y ss.). Acerca de esta cuestión hay varias respuestas que se ofertado, como por ejemplo: “el mayor efecto de contagio que los hechos dolosos producen en el resto de miembros de la sociedad” (DIAZ PITA, 1994, pág. 209).

Un entendimiento del dolo eventual adecuada a esta proposición, deberá valorar como dolosas aquellas disposiciones a actuar en las que se “registre mayor efecto de contagio”. “Esta tesis se torna insuficiente dado que no existe un instrumento mensurable que nos permita dilucidar de forma clara, el grado mediante el cual una disposición puede resultar más o menos contagiosa para el resto de la comunidad” (DIAZ PITA, 1994, pág. 209).

Para Schroth, “la diferente amenaza de pena prevista para los hechos dolosos y los imprudentes sólo puede explicarse a partir de las expectativas que el Derecho penal dirige al sujeto que actúa de forma dolosa frente al que lo hace de manera imprudente “. Así:

(...) el sujeto que actúa de forma imprudente, se espera que en el futuro actúe con mayor cuidado, atendiendo a lo que Schroth denomina: “reciprocidad de la perspectiva. De aquél que actúe consciente de lo que hace y lesiona el interés de otro penalmente protegido, se espera algo más: se espera que renueve la relación normativa hacia los intereses ajenos, se espera un -giro normativo (HASSEMER, Los elementos característicos del dolo, 1990, pág. 917).

Sentadas las coincidencias entre las tesis de Hassemer y Schroth (desde consideraciones político criminales). El autor utiliza el término “negación” de los bienes jurídicos ajenos protegidos por un tipo penal. “Una negación de este tipo se da exactamente cuando el sujeto se decide, contra del bien jurídico en forma precisa en que aparece protegido en un tipo penal, en el sentido en que asume las condiciones constitutivas del injusto” (DIAZ PITA, 1994, pág. 211).

Este es el punto central de la tesis de Schroth:

La asunción de las condiciones constitutivas del injusto. Dicha decisión, la considera como contraria a los bienes jurídicos, por ser contraria a lo que un tipo penal determinado prescribe. La negación de los bienes jurídicos en la forma en que estos aparecen protegidos por un tipo penal, equivale a la afirmación de que el sujeto agente ha asumido las condiciones constitutivas del injusto. Las distintas clases de dolo, revelan tres formas distintas en que un individuo puede asumir las condiciones constitutivas del injusto. “Los elementos constitutivos del injusto constituyen, en el caso del dolo directo o de primer grado, la motivación del sujeto, las asume desde un ángulo volitivo”. “Afirmar que las condiciones constitutivas del injusto constituyen la motivación del sujeto, no significa en el lenguaje de Schroth, que aquéllas sean necesariamente el objetivo final al que aspira el sujeto”. Motivo, para este autor no significa más que: “la situación final a la que el sujeto aspira en el marco de una determinada relación individuo-medio que lo rodea” (DIAZ PITA, pág. 212).

Ello conlleva a interpretar como motivo: “todo aquello, bien sea el objetivo final, o una meta intermedia, que conduzca al sujeto a la situación final a la que aspira. Así, si se afirma que:

Un sujeto está motivado por una circunstancia determinada estamos explicando la situación de dicho sujeto, en relación con aquélla circunstancia, que opera de modo teleológico: la acción del sujeto se interpreta partiendo de los objetivos que él mismo se impone y de este modo podemos afirmar que dicho sujeto ha puesto los medios, o sea, la acción, para alcanzar dicha circunstancia. Las interpretaciones de una acción desde una perspectiva intencional, sólo pueden ser tales, cuando desde el punto de vista del sujeto agente, no había diferentes alternativas de comportamiento entre las que podía elegir. Desde el momento en el que

existan varias alternativas de comportamiento, las interpretaciones de carácter intencional fracasan (DÍAZ PITA, 1994, pág. 212).

En el caso del dolo eventual:

El sujeto se encuentra frente a una situación en la que sabe del riesgo de producción de las condiciones constitutivas del injusto, pero no quiere su materialización. Entonces, para el dolo eventual, se hace necesario determinar en qué caso existe ése riesgo, conocido por el sujeto, de que las condiciones constitutivas del injusto se produzcan, hecho que el sujeto no quiere que acaezca, se puede afirmar, sin embargo, que el sujeto ha asumido las condiciones constitutivas del injusto. Para responder a esta cuestión Schroth, no acude a componentes emotivos ni a grados de posibilidad de producción del resultado no querido sino al tratamiento psíquico que el sujeto realiza. Este tratamiento psíquico del riesgo por parte del sujeto, servirá como “indicador”, para saber si el sujeto actuó asumiendo las condiciones constitutivas del injusto: Si era evidente para el sujeto la producción de las condiciones constitutivas del injusto, si dicha producción la interpretó el sujeto, como inminente, entonces dicho sujeto las habrá asumido y, por tanto, habrá actuado con dolo eventual (DÍAZ PITA, 1994)

Según Díaz Pita, debe entenderse por: “tratamiento psíquico del riesgo” como: “Aprehensión de dicho riesgo como inminente para el bien jurídico. Continúa, éste carácter inminente del riesgo en Schroth, guarda similitudes con los así llamados “riesgos concretos” que predicen autores como Philipps y Frisch” (DÍAZ PITA, 1994, pág.213, nota 155).

Se hace preciso delinear, qué entiende Schroth por “asunción de las condiciones constitutivas del injusto”. Schroth, hace: “una relación de equivalencia entre las condiciones constitutivas del injusto y la negación de los intereses ajenos que el sujeto expresa a través de su accionar, accionar que es producto de la decisión del mismo en contra de los bienes jurídicos que el ordenamiento penal considera merecedores de una especial protección, decisión que se pone en práctica en la forma en que dichos bienes aparecen protegidos en un tipo penal”. “La cuestión a dilucidar es cuándo el sujeto actuó sin haber asumido las condiciones constitutivas del injusto”. Schroth, pone como ejemplo, cuatro casos en los que el sujeto no asumió las “condiciones constitutivas del injusto”:

- a) Supuesto de casos en los que el sujeto reprime en su conciencia el riesgo para el bien jurídico afectado. “No se puede partir de una asunción de las condiciones constitutivas del injusto cuando el sujeto reprime, en la orientación de su acción, los elementos de riesgo que su actuar supone para la producción de dichas condiciones” (En: DIAZ PITA, 1994, pág.215).

Esta afirmación conforma, de manera precisa, el núcleo esencial de las tesis que defienden como imprudentes aquellas acciones en las que el sujeto “tomo a la ligera” o no “tomo en serio” el peligro existente para el bien jurídico. El autor califica como: “correctas estas tesis, puesto que un sujeto que, a pesar de apreciar el peligro de posible lesión para un bien jurídico, no lo toma en serio y actúa, no ha asumido las condiciones constitutivas del injusto puesto que las mismas no se hallaban presentes como –contramotivos- que le impidieran actuar”.

- b) Supuestos de casos en los que se dan intentos serios por parte del sujeto para evitar el resultado lesivo. “Si partimos de la premisa de que la asunción de las condiciones constitutivas del injusto constituye la base de la imputación a título de dolo eventual, en los casos en los que se den intentos serios de evitación de la producción de tales condiciones, dicha imputación deberá quedar excluida” (En: DIAZ PITA, 1994, pág. 215).

“En el marco de un Derecho penal orientado a la protección de bienes jurídicos, es legítimo que se tenga en consideración los intentos tendentes a evitar la producción del resultado lesivo, estos intentos de evitación recibirán las penas correspondientes a los delitos imprudentes”.

- c) Supuestos de casos en los que el sujeto confía seriamente en la evitación, del resultado por parte de un tercero o de la propia víctima. “Lo mismo se puede predicar de los casos en los que el sujeto parte seriamente en que será un tercero o la propia víctima los que impedirán la producción de las condiciones constitutivas del injusto” (En: DIAZ PITA, 1994, pág. 216).

Para Schroth tales supuestos se pueden entender del siguiente modo: “en primer lugar, no existe razón alguna, desde un punto de vista en estricto normativo, que fundamente una diferencia entre ambos casos. Es decir, desde una perspectiva valorativa, merecen el mismo tratamiento aquel sujeto que emprende por sí mismo acciones orientadas a

evitar la producción de un resultado lesivo que aquél no las pone en marcha por creer que un tercero o la víctima se encargará de ello”. “En segundo lugar, en este tipo de supuestos, no se puede afirmar, que el sujeto ha asumido las condiciones constitutivas del injusto, condición indispensable en la tesis de Schroth para la imputación a título de dolo eventual”. “En estos casos, la pena a imponer será la prevista para los delitos imprudentes”.

- d) Supuestos de casos en los que el sujeto actúa de forma arriesgada a favor del bien jurídico en cuestión. “No se puede hablar de asunción de las condiciones constitutivas del injusto cuando el sujeto actúa de manera arriesgada a favor del titular de un bien jurídico” (En: DIAZ PITA, 1994, pág. 216-217)

Para este último supuesto. Schroth propone el siguiente ejemplo:

Un médico que, para salvar la vida de su paciente, opera siguiendo directrices de la “*lex artis*” y ve que dicha operación es la única posibilidad que existe para su salvación no habrá actuado con dolo de matar aun cuando tome en serio la posibilidad de la muerte del paciente en el transcurso de la operación”. “La voluntad calculada o dirigida a la salvación del bien jurídico compensa una tendencia negativa a actuar que conlleve la producción del resultado letal. Incluso en los casos en que el médico no haya explicado detalladamente al paciente los riesgos que para su vida implicaba la operación, no se podrá hablar de homicidio doloso si el fatal desenlace se produce, puesto que, el sujeto, o sea, el médico, no asumió la lesión como tal” Este es el criterio que sigue “SCHROTH” (En: DIAZ PITA, 1994, pág. 216-218).

Es decir, aquí se notaría la falta de asunción como tal, de una de las condiciones constitutivas del injusto, en el tipo de delito de resultado: “la lesión del bien jurídico”; en este caso, el hipotético fallecimiento del paciente no es asumida por el médico, como una agresión al bien jurídico “vida” o “integridad física” (paciente), sino como “posible consecuencia que lleva unida a su acción, la cual es asumida y puesta en marcha por el sujeto como un intento de salvación del mismo”.

Las tesis de Prittwitz, Philipps, y Schroth tienen un punto de convergencia, que es además lo que las torna interesantes, “todos los criterios dados por la teoría del dolo son utilizados como indicadores relevantes para probar el dolo (prueba del dolo), y no son

tomadas como definiciones del dolo eventual, como categoría. Las características objetivas del peligro creado, la existencia o inexistencia de una voluntad de evitación, la aprobación de la consecuencia típica, la existencia de voluntad de realización de la consecuencia típica e incluso la representación o falta de representación de esa consecuencia son nada más que indicadores empíricos que pueden contribuir a la prueba del dolo, pero no son el dolo, ni el no-dolo”. “Lo que hacen estas teorías es, desacralizar las diferentes teorías del dolo eventual, usando indistintamente uno u otro criterio, todos estos criterios no conforman más que datos empíricos que han de ser relevantes para la aplicación de un concepto normativo, que aún no ha sido definido por la doctrina. Uno de los problemas de la tesis de los autores reseñados, es que utilizan como las teorías más tradicionales de la doctrina y la jurisprudencia, según las cuales dolo es conocimiento más voluntad, y de esta manera no advierten que tanto conocimiento como voluntad son datos empíricos de un concepto de dolo que aún falta definir”.

Por no asumir de plano ser una teoría de carácter procesal, presentan una teoría de prueba incompleta e insuficiente. Esto, sin duda, hace evidente si se comparan estas tesis: la de Prittwitz, Philipps, e incluso atendiendo a la de Hassemer, como una auténtica teoría acerca de los problema probatorios como la desarrolla el profesor Ragués i Vallés.

## **2.11. LAS TESIS DE INDOLE PROCESAL**

### **2.11.1. La tesis de Hruschka.** (HRUSCHKA, 2009, 2da. ed., pág. 181-197).

Hruschka, considera que la doctrina procesalista, entiende de manera equivocada, “el dolo como un hecho”, o si se quiere un conjunto de hechos, a pesar de que los distingue entre “hechos internos y externos, aprehensibles a través de los sentidos”; pero, de todas formas se los considera como hechos y procesalmente se les trata como tales, relevantes para la decisión que finalmente tome el autor, así precisa lo siguiente: “Ciertamente los hechos que constituyen el dolo del autor, se distinguen en tanto que internos, de los hechos externos que resultan perceptibles por los sentidos o que puedan constatarse con los métodos de las ciencias naturales. No obstante, y pese a esta diferencia, siguen mereciendo la consideración de hechos y como tales son tratados en el Derecho Procesal. Se aceptamos de entrada como correcta la idea de que

el dolo o, cuando menos, sus componentes singulares deben incluirse en la categoría de los hechos, deberemos admitir también que tanto el dolo como como sus componentes se presentan ante el Juez encargado de valorar las pruebas y de formar con ellas su convicción con una serie de llamativas peculiaridades que los distinguen de los hechos externos” (HRUSCHKA, 2009, 2da.ed., pág. 182-83).

“De esta manera, la doctrina procesalista, en consonancia con las tesis dominantes sostenidas por la jurisprudencia, entiende que tanto el elemento volitivo como el cognitivo son partes integrantes del dolo, y ambos se les confieren el mismo rango de importancia. Lo que no se advierte es que entre el elemento cognitivo y el elemento volitivo existe una relación de dependencia, específicamente del segundo elemento respecto al primero” (HRUSCHKA, 2009, 2da.ed., pág. 183).

“Se trata de una relación de implicación, que puede resumirse de la siguiente manera: quien conoce y realiza lo que conoce, quiere lo que conoce, tal como lo había reconocido hace tiempo el Tribunal Supremo del Imperio” (HRUSCHKA, 2009, 2da.ed., pág. 184).

Sostener lo contrario devendría en un absurdo, por ejemplo:

Supóngase que un acusado de homicidio declare en el proceso lo siguiente: “sí, sabía que disparaba con mi arma de fuego contra X y sabía que ese disparo sería mortal, pero no quería matar a X”. Afirmar Hruschka: “ningún Juez aceptaría semejante defensa, y no tanto porque no le crea al acusado, por cuestiones de valoración de prueba, sino porque sería absurdo creer semejante cosa, por razones conceptuales” (HRUSCHKA, 2009, 2da.ed., pág. 182-183).

En consecuencia, con esta relación de implicación: “no es relevante sólo para la prueba del dolo, sino que ella, antes bien, tiene carácter de una teoría de la acción. Ella repercute no sólo en el proceso, sino ya en la delimitación del concepto de dolo. De allí que su formulación no sea propia de la doctrina jurídico - procesal, sino que ella ya es un cometido de la ciencia que ocupa de las teorías generales del derecho penal material” (HRUSCHKA, 2009, 2da.ed., pág. 185).

Por estas consideraciones, el autor considera que:

No es casual que un importante del sector de la doctrina que se ocupa de la dogmática general del dolo intente definirlo prescindiendo del elemento

volitivo, centrándose exclusivamente en el elemento cognitivo. Con ello, no se niega que el dolo contenga un elemento volitivo; lo que se niega es esa igualdad de rango que la fórmula tradicional del dolo como: saber y querer la realización del tipo; intenta otorgar a ambos elementos (HRUSCHKA, 2009, 2da.ed., pág. 184).

Según el autor, “el elemento cognitivo también debe enfrentar problemas en lo que respecta a la prueba”. Así por ejemplo: “A, una persona normal que se dedica a la venta de armas, toma un rifle, apunta a B, dispara y lo mata. No hay testigos. El defensor alega que su patrocinado actuó a lo sumo con –imprudencia- dado que no sabía que con ese disparo, podría darse el caso de matar y de esa forma colocar en peligro la vida de la persona” (HRUSCHKA, 2009, 2da.ed., pág. 186-186). “Caso de ceguera ante los hechos”.

Hruschka señala que: “ningún tribunal aceptaría tal argumento, pues, todo juez afirmaría el dolo de matar o por lo menos poner en peligro la vida de la víctima, con una argumentación que rezara: un adulto europeo normal, de mediana edad, que se dedica además a la venta de armas, sabe perfectamente lo que es un fusil, cómo se dispara y que ese disparo puede matar o poner en peligro la vida de la víctima; y no hay indicios en el caso que permitan inferir lo contrario respecto del acusado”. “El conocimiento del autor respecto a su aptitud homicida, se apoya en la totalidad de circunstancias –externas- del caso, y que ello es tenido asimismo como justificación suficiente, de aquella conclusión” (HRUSCHKA, 2009, 2da.ed., pág. 186-187). Este método para la prueba del dolo, llegó a ser postulado como una clase particular de dolo que tuvo incluso su propio nombre: “*dolus ex re*”, el cual fue definido en 1825 por *v. Weber* como “aquél dolo delictivo que..., sin necesidad de la confesión del acusado, puede reconocerse perfectamente por la clase y modalidad de comisión del delito, por las circunstancias externas de la acción concreta” (HRUSCHKA, 2009, 2da.ed., pág. 188-189).

A consideración del autor, deben diferenciarse claramente de la *praesumptiodoli*, la cual a su vez resulta violatoria de otros principios, como la presunción de inocencia, y con ello del Estado de Derecho. Hruschka, resalta que:

La diferencia entre ambas técnicas para la prueba del dolo radica en que, mientras que las conclusiones *ex re* parten del caso concreto y toman en cuenta todas las características relevantes, las presunciones de dolo se apoyan en preceptos jurídicos abstractos-generales o en praxis jurisprudenciales asentadas (HRUSCHKA, 2009, 2da.ed., pág. 190-191).



De acuerdo con estos fundamentos o prácticas generales, probado un hecho “externo” H-1, debe tenerse probado también un hecho interno, o sea el dolo del autor, H-2, sin que entren en consideración las particularidades del caso en concreto.

De esta manera, lo que quita legitimidad a las presunciones de dolo es que, si bien es cierto que ellas se basan en aquello que en general resulta normal, necesario, probable; nada impide que puedan ser refutadas por las particularidades del caso en concreto. Sin embargo, esta posibilidad de refutación es interdicta *a priori* por la presunción legal o jurisprudencial (HRUSCHKA, 2009, 2da.ed., pág. 191-192).

En relación a la “técnica del *dolus ex re*”, como informa Hruschka:

Es posible encontrarla autores que, en la actualidad, sostienen que, en definitiva, las circunstancias externas del caso, e incluso la propia confesión del acusado, que como se ha podido apreciar puede ser falsa; no serían más que indicios parciales en relación al hecho del dolo, y que resulta cuanto menos dudoso que de un conjunto de indicios parciales pueda inferirse la existencia de hecho a probar. De allí que se haya llegado incluso a defender la tesis de que el dolo, por razones de principios conceptuales, esto es, por ser un fenómeno espiritual, simplemente no puede probarse, no es accesible prueba alguna (HRUSCHKA, 2009, 2da.ed., pág. 194).

“Esto parte de una errónea presuposición: la de que tanto el dolo como sus elementos, el conocimiento por citar uno de ellos, son hechos”. En tal sentido afirma: “recién cuando, por infundada, abandonemos esa presuposición, podremos enfrentarnos con el verdadero problema” (HRUSCHKA, 2009, 2da.ed., pág. 194-195). “Y ello sucederá, cuando se comprenda que no hay hechos propios de dolo, tal como no hay hechos externos”. “No hay -dolo- de la misma manera que no hay voluntad, libertad, acción, responsabilidad, culpabilidad, etc. Ningún especialista en ciencias naturales se topará con tales hechos” (HRUSCHKA, 2009, 2da.ed., pág. 194-195).

Apoyándose en Wittgenstein enfatiza Hruschka lo siguiente:

¿Qué “son”, pues, el dolo y sus elementos si no son hechos?, se caería de nuevo en el mismo y viejo error; pues, dolo, libertad, responsabilidad, etc., pertenecen a un: juego del lenguaje que, por, principio, es diferente a aquel al cual pertenecen los hechos naturales. Aquellos: no son, en sentido

ontológico; aquí no se trata de cuestiones ontológicas (HRUSCHKA, 2009, 2da.ed., pág. 195).

Todo ello para que el autor, afirme su tesis central: “tal como sucede en todo aquello de índole espiritual, tampoco el dolo se constata o se prueba, sino que se imputa. Cuando decimos que alguien ha actuado dolosamente no realizamos un juicio descriptivo, sino un juicio adscriptivo” (HRUSCHKA, 2009, 2da.ed., pág. 196). Los hechos externos permiten atribuir o imputar “dolo” a un autor, y no constatar un “hecho de dolo”.

Este juicio adscriptivo o de imputación no es arbitrario, como tampoco es arbitraria la conclusión de que un hombre está furioso cuando ella se funda en el color de su cara y en la expresión de su rostro. No sólo no se trata de una arbitrariedad, sino, en principio, de nuestra única posibilidad de imputar dolo jurídico-penalmente relevante a partir de la totalidad de las circunstancias externas (HRUSCHKA, 2009, 2da.ed., pág. 196).

Finaliza Hruschka señalando lo siguiente:

Tomamos los hechos perceptibles, sensorialmente, los hechos constatables “objetivamente”, las circunstancias externas del caso, como expresión de algo espiritual que no puede hallarse previamente en el mundo de los hechos...Sólo las circunstancias “externas” pueden ser tales hechos; ellos, excluyendo la arbitrariedad, brindan el fundamento para la imputación del dolo, el cual, en sí mismo, no es ya un hecho (HRUSCHKA, 2009, 2da.ed., pág. 190-191).

### **2.11.2. La Tesis de Hassemer**

Para Hassemer la diferenciación entre dolo e imprudencia es una cuestión netamente normativa, por ello el punto de partida debe sustentarse en: “la determinación de la *ratio* del mayor castigo del delito doloso al imprudente: “lo que se considera “ya doloso” o todavía “culposo”, puede determinarse en relación de la *ratio* por la que se castiga con mayor energía al dolo” (HASSEMER, Los elementos característicos del dolo, 1990, pág. 915). Hassemer “se adhiere a la tendencia normativo-teleológica seguida sobre todo por doctrinarios como Frisch y Roxin, entre otros, a quienes cita de manera expresa” (HASSEMER, Los elementos característicos del dolo, 1990, pág. 916).

Si se parte de esta concepción, entonces son acertadas aquellas posturas que afirman que el dolo, conceptualmente, consiste en la “decisión a favor de la lesión del bien

jurídico” (Roxin), “decisión contra el bien jurídico desde un punto de vista personal” (Frisch), “asunción de las circunstancias del hecho constitutivas del injusto” (Schroth). “Todas estas definiciones concuerdan con la lógica normativa de una incriminación más severa del dolo, y por otro, renuncian a la disyuntiva entre características cognitivas y volitivas a la hora de determinar el dolo, reuniendo en todo caso: voluntad y representación; bajo un nuevo marco conceptual (decisión...asunción)”. “Quien se decide a favor de la lesión del bien jurídico, viola de una manera más grave e intensa la norma que obliga a respetar ese bien” (HASSEMER, Los elementos característicos del dolo, 1990, pág. 917).

Sin embargo, este punto de partida normativo, no debe dejar de lado, los fenómenos internos del individuo, que se refieren al acontecer externo: “el sustrato del dolo sólo puede residir en la voluntad y la representación de la persona; no en aquello que es externo a él. En tal sentido, los elementos volitivos son, para Hassemer, indispensables para caracterizar el dolo” (HASSEMER, Los elementos característicos del dolo, 1990, pág. 917). “Así las cosas, la representación sólo constituye una condición necesaria pero no suficiente del dolo, incluso en el caso del dolo directo de segundo grado o de consecuencias”. (HASSEMER, Los elementos característicos del dolo, 1990, pág. 918, 920 y 937). “Es necesario que el sujeto posea una determinada información; debe, además, “aceptar” esa información, “admitirla”, “quererla”: “una decisión a favor del injusto”, su “asunción personal”, no es algo calculable sino algo existencial, un acto de autoafirmación frente al mundo” (HASSEMER, Los elementos característicos del dolo, 1990, pág. 918).

Si está claro que el dolo es un fenómeno interno, subjetivo, entonces es evidente que no puede ser descrito como si se tratara de un hecho observable. Más bien, corresponde acercarse a él, de una manera indirecta, de modo operacional como sucede con todo concepto o predicado disposicional (HASSEMER, Los elementos característicos del dolo, 1990, pág. 924 y ss.). Para Hassemer: “el dolo es una disposición, en el sentido que le da a este vocablo la filosofía de la ciencia” (HASSEMER, Los elementos característicos del dolo, 1990, pág. 924).

Con este desarrollo filosófico, señala que:

Una disposición es: una situación interna no observable de forma inmediata, a cuyo, conocimiento se accede, de modo operacional, es decir, mediante operaciones experimentales, por medio de las cuales se obtienen indicadores externos, observables, que operan como: -síntomas- a partir

de los cuales puede inferirse la existencia de la disposición interna (HASSEMER, Los elementos característicos del dolo, 1990, pág. 925).

Estos indicadores para ser válidos deben filtrarse en tres condiciones: “observabilidad, plenitud y relevancia disposicional; por tanto, deben ser: por sí mismos observables- y combinarse entre sí de manera completa, de tal forma que indiquen unívocamente la disposición, en cuestión. Entonces: “el dolo, como decisión a favor de lesión del bien jurídico, como asunción personal del injusto típico, sólo se puede inferir a través de indicadores que cumplan con las condiciones citadas” (HASSEMER, Los elementos característicos del dolo, 1990, pág. 925).

Divergiendo de las teorías integradoras o acumulativas, Hassemer señala: “no es correcto, a la hora de diferenciar los presupuestos conceptuales del dolo, por una parte, de la prueba de su existencia en el proceso penal por otra, plantear los indicadores del dolo como problema exclusivamente procesal. Éstos no se pueden separar del concepto de dolo porque sólo ellos lo hacen aplicable; los indicadores pertenecen al concepto”.

A la investigación en el proceso corresponde el sí y en qué circunstancias tales indicadores existen en el caso en concreto...: el que la acción realizada conocimiento seguro acerca de su peligrosidad indique la decisión contra el bien jurídico pertenece al concepto de dolo; que el agente posea (o no) el conocimiento en el caso concreto, es ya una cuestión de prueba en el proceso (HASSEMER, Los elementos característicos del dolo, 1990, pág. 925 y ss.).

A continuación, el autor procede a dar un catálogo abierto de indicadores, basado en la “imputación subjetiva”, y en las distintas teorías que sientan criterios diferenciadores entre dolo e imprudencia, existen tres niveles diferenciables: “el peligro de la situación para el bien jurídico, la representación del autor de ese peligro y su decisión a favor de la realización del peligro” (HASSEMER, Los elementos característicos del dolo, 1990, pág. 928 y ss.).

El primero puede observarse mediante datos observables, los dos últimos en cambio, no: estos deben inferirse de los respectivos indicadores. Así, por ejemplo, respecto al nivel cognitivo, la representación del agente puede inferirse de su visibilidad, y ésta a su vez de la proximidad del objeto; o bien su capacidad de percepción, y ésta a su vez de sus hábitos

(HASSEMER, Los elementos característicos del dolo, 1990, pág. 929 y ss.).

Lo importante, es que los indicadores “se infieren de la *ratio* de penalidad del dolo”, y que, repartidos en esos tres niveles, “derivan uno del otro”.

Para Hassemer, en definitiva:

El dolo es decisión a favor del injusto. Esta determinación es válida para todas las formas de dolo. El dolo es, como también, la imprudencia, una disposición de carácter subjetivo, un hecho interno no observable. Por consiguiente, sólo se puede investigar con ayuda de los elementos externos de caracterización (HASSEMER, Los elementos característicos del dolo, 1990, pág. 931 y ss.).

La crítica que se le hace a esta tesis, es que Hassemer considera al dolo e imprudencia, como disposiciones, cuando en definitiva si se quiere ser riguroso, solamente se puede asentar tal carácter a datos empíricos, como pueden ser, “los conocimientos”, “desconocimientos”, “representaciones”, “creencias”, “intenciones”, “indiferencias”, “confianzas”, entre otros datos psíquicos, que solamente se podrían encontrar en la mente del autor –si es que tuviéramos, ese privilegio de poder ingresar en ella-, sin embargo estos pueden ser verificables a través de indicadores externos, y que al hacerlo pueden constituirse como verdaderos hechos relevantes, evidentemente, para poder fundamentar el dolo. Aun así, el dolo ni la imprudencia, son una disposición, como dato psíquico o hecho psíquico; se trata de conceptos normativos, en donde se verifica un complejo de estándares de la misma entidad. El consenso en la doctrina, es que la imprudencia no se trata de un dato psíquico, como una disposición, sino que es normativa. Hassemer considera, que el dolo es una “disposición a favor de la lesión del bien jurídico o “asunción del injusto típico”, le son aplicables las críticas realizadas contra estas tesis de carácter ecléctico. No queda clara la idea que todos los indicadores pertenecen al dolo, no se entiende por qué un indicador de carácter empírico, es decir un hecho, pertenezca a un concepto; la relación entre hecho y concepto solamente puede ser de subsunción o implicación, no de pertenencia. “Un concepto de dolo tiene que servir de marco teórico para determinar cuáles son los datos empíricos relevantes, especialmente aquellos que Pérez Barberá desarrolla en su libro (PÉREZ BAERBERÁ, 2010, pág. 745-814).

### **2.11.3. La Tesis de Ragués i Vallés.**

Inicia su trabajo con una reconstrucción histórica, de los distintos conceptos de dolo elaborados por la doctrina alemana, señalando que existe un “consenso divergente” (RAGUÉS I VALLES, 1999, pág. 83 y ss.) “en el panorama de la doctrina alemana, haciendo la salvedad que en el contexto de la doctrina de este país aún se mantienen posiciones encontradas, que estarían enmarcados dentro de lo que él enuncia como: voces discordantes” (RAGUÉS I VALLES, 1999, pág. 127 y ss.). El consenso consiste, en cuanto a: “...en exigir que el sujeto se haya representado un cierto grado de riesgo en la realización del tipo” (RAGUÉS I VALLES, 1999, pág. 122 y ss.).

En síntesis, para este sector de la doctrina el dolo es, “conocimiento o representación”. Así mismo existe “acuerdo en afirmar que para el dolo no basta la representación de que una conducta es peligrosa en abstracto, sino que el conocimiento de dicha peligrosidad debe referirse al concreto comportamiento que se lleva a cabo” (RAGUÉS I VALLES, 1999, pág. 122 y ss.). Entre las teorías que participan del consenso divergente, afirma: “existe un acuerdo práctico sobre el fondo de la cuestión del dolo, sus discrepancias sólo afectan a la terminología a emplearse para describir los términos del acuerdo, o residualmente, al tratamiento que debe dispensarse a supuestos de importancia marginal” (RAGUÉS I VALLES, 1999, pág. 121 y ss.). Por tanto, “el dolo exige que un sujeto cuente con ciertos conocimientos en el momento en que realiza una conducta objetivamente típica” (RAGUÉS I VALLES, 1999, pág. 189 y ss.).

El problema central de la tesis del Ragués, es “¿cómo se prueba el dolo en el proceso penal?”. “Se trata de un problema de determinación del dolo, y a la vez, de cómo puede establecerse qué es lo que el sujeto ha conocido o se ha representado en el momento de realización de un hecho típico” (RAGUÉS I VALLES, 1999, pág. 189 y ss.). A su entender, “son dos posiciones bien marcadas las que pretenden responder la cuestión, por un lado, la que él denomina como “concepción psicológica” y por otro, la “concepción normativa” (RAGUÉS I VALLES, 1999, pág. 190 y ss.). “La primera considera, al conocimiento o representación: “como un fenómeno psicológico cuya concurrencia en el momento de la realización delictiva debe ser efectivamente constatada en el proceso penal” (RAGUÉS I VALLES, 1999, pág. 190). La segunda considera, que: “la afirmación del dolo no depende de la constatación empírica de una realidad psicológica, por ello tal afirmación, no constituye un juicio descriptivo, sino un juicio adscriptivo” (RAGUÉS I VALLES, 1999, pág. 191). En el mismo sentido de Hruschka; de esta manera:

Cuando los tribunales o jueces afirman: que alguien ha conocido algo-; no hace otra cosa que atribuir dicho conocimiento al sujeto en virtud de determinados criterios que no pueden, o ni tan siquiera pretenden, constatar cuál fue es el estado real de ésta subjetividad en el momento de la realización del hecho típico (RAGUÉS I VALLES, 1999, pág. 191).

Ambas concepciones tanto la psicológica como la normativa, cargan en su cuenta con dificultades –de consideración-, de aplicabilidad en la concepción psicológica: “se le reprocha mostrar de modo convincente cuáles son los medios que hacen posibles la averiguación de la realidad psíquica pretérita y ajena” (RAGUÉS I VALLES, 1999, pág. 189 y ss.); y de legitimación respecto a la concepción normativa: “que de modo explícito renuncian a la subjetividad del autor” (RAGUÉS I VALLES, 1999, pág. 191), fuera de que debe ofrecer “una caracterización plausible de tales criterios” (RAGUÉS I VALLES, 1999, pág. 191).

El autor, se inclina por la segunda de estas concepciones que considera como normativa. Así, postula, “el sentido social” como “criterio de determinación del dolo” (RAGUÉS I VALLES, 1999, pág. 323 y ss.). Consecuente con ello, afirma: “implica que la consideración de una conducta como dolosa, no dependa de determinados datos psíquicos cuya aprehensión resulta imposible..., sino que, de acuerdo con sus características externas y perceptibles, se valore como negación consciente de una concreta norma penal” (RAGUÉS I VALLES, 1999, pág. 234).

Aclara, de todas formas, que el criterio así formulado, resulta vago e impreciso, por lo que debe concretizarse en: “reglas más específicas que permitan afirmar con seguridad ante un determinado supuesto si éste se considera realizado de modo consciente” (RAGUÉS I VALLES, 1999, pág. 328). Y además, que, por otro lado:

No permite neutralizar, la principal objeción de este criterio, formulado con ese nivel de generalidad, merecería, a saber: que él impida todo riesgo de instrumentalización del imputado, quien con base a este criterio del sentido social y para generar ciertos efectos en la sociedad, podría ser condenado por un hecho doloso sin que pueda garantizarse, que los criterios que la sociedad emplea para decidir cuándo un hecho ha sido realizado conscientemente vaya a coincidir con lo que han sido auténticos conocimientos del sujeto (RAGUÉS I VALLES, 1999, pág. 327).

De lo que se trata es de “reducir al máximo el riesgo de instrumentalización que se asume en toda imputación de conocimientos basada en el sentido social para la determinación del dolo” (RAGUÉS I VALLES, 1999, pág. 333). “Si los individuos aspiran a que el derecho penal los proteja de algún modo, deben asumir el ‘escaso riesgo’ de que alguna vez se les pueda condenar, aún en base a hechos no acaecidos” (RAGUÉS I VALLES, 1999, pág. 343). “Y ello implica que la protección constitucional de la dignidad de la persona no pueda interpretarse de tal modo que haga ineficaz la acción del sistema punitivo del Estado, pese a los riesgos que esta implica” (RAGUÉS I VALLES, 1999, pág. 343). De este modo concluye: “Que su criterio tiene al menos la virtud de garantizar una igualdad de trato de todos los sujetos: ‘a todos se les juzga por el sentido social que se desprende de sus comportamientos’ y de minimizar el mencionado riesgo de instrumentalización, pues sólo se lo aplica a los supuestos en que se juzga inequívoca su concurrencia” (RAGUÉS I VALLES, 1999, pág. 345).

Advierte el autor que:

La tarea a superar, es el de la vaguedad del criterio que supone; su esfuerzo se centra en establecer una serie de reglas básicas de atribución de conocimiento que concreten el criterio, y a la vez faciliten la tarea del operador jurídico y la hagan a su vez, previsible, y por tanto eviten la arbitrariedad. En esta última parte desarrolla las reglas para la determinación del dolo (RAGUÉS I VALLES, 1999, pág. 357 y ss.).

A su juicio, y en contra de lo que suele afirmarse, en el ámbito de la determinación del dolo: “No se trata de llevar a cabo una averiguación empírica de ciertos fenómenos psíquicos. Como ya se ha dicho, estos fenómenos se hallan ocultos, en las infranqueables profundidades y reconditeces del intelecto humano, y no existen actualmente métodos científicos o de otra índole que permitan su plena constatación” (RAGUÉS I VALLES, 1999, pág. 357).

De lo que se trata, es de:

Establecer reglas a partir de las cuales permitan atribuirse a una persona, que, al momento del hecho punible, poseía un conocimiento determinado. Así mismo de “reducir al máximo el riesgo de instrumentalización que se asume en toda imputación de conocimientos basada en el sentido social para la determinación del dolo” (RAGUÉS I VALLES, 1999, pág. 333).



El autor, se pregunta, si estas tienen naturaleza procesal o conceptual, si “deberían tomarse ya en cuenta al enunciarse el propio concepto de dolo” (RAGUÉS I VALLES, 1999, pág. 362). El mismo absuelve esta cuestión, afirmando “el dolo en su indiscutible núcleo conceptual, el conocimiento que tiene un sujeto de determinadas circunstancias” (RAGUÉS I VALLES, 1999, pág. 363).

¿Tales reglas forman parte entonces ya del concepto de dolo o tienen pura naturaleza procesal? Si se entiende la última afirmación del autor, entonces dolo es conocimiento, y entonces las reglas, ayudarían a determinar el concepto del dolo en el ámbito procesal. Si, en cambio, se considera que estas reglas tienen también naturaleza material, entonces el dolo es: “conocimiento determinado a partir del sentido social del hecho” (RAGUÉS I VALLES, 1999, pág. 364).

Sin embargo, para el autor:

Estas reglas de atribución de conocimiento, son de índole procesal, y se derivan del inequívoco sentido social de la conducta del sujeto y se asemejan estructuralmente a las llamadas: reglas de la experiencia, empleadas procesalmente para la valoración de la prueba y a partir de las cuales, se da por probado un hecho en una sentencia, y en tal sentido la aplicación de tales reglas sería revisable en casación, según la estructura tradicional de este recurso (RAGUÉS I VALLES, 1999, pág. 371 y ss.) .

Las reglas de atribución son las siguientes:

1. “Conocimientos mínimos: por el sólo hecho de considerar: normal a una persona, es decir, jurídico-penalmente imputable, se le atribuyen determinados conocimientos sin los cuales tal normalidad no es posible” (RAGUÉS I VALLES, 1999, pág. 379 y ss.). “Corresponde distinguir, entre conocimientos mínimos en sentido estricto, los comunes a toda persona, y conocimientos mínimos en sentido amplio, los que pueden faltar en una persona imputable por socialización exótica” (RAGUÉS I VALLES, 1999, pág. 389). “Este criterio de los conocimientos mínimos, supera la problemática de ausencias irracionales de representación, pues con base en lo que se determina es que, si es imputable, tales representaciones se tienen, y si no, es porque se es inimputable” (RAGUÉS I VALLES, 1999, pág. 390 y ss.).

2. “Transmisiones previas de conocimientos: si se acredita, con anterioridad a la realización de un comportamiento típico, que a su autor le han sido transmitidos determinados conocimientos, éste sigue contando con ellos en el momento posterior en que efectivamente lleva a cabo dicho comportamiento” (RAGUÉS I VALLES, 1999, pág. 403 y ss.).
3. “Exteriorización del propio conocimiento: si el propio sujeto exterioriza que conoce algo, sea a través de declaraciones explícitas, sea a través de actos concluyentes, se le atribuye poseer dicho conocimiento” (RAGUÉS I VALLES, 1999, pág. 411 y ss.).
4. “Características personales del sujeto como fuente de atribución de conocimientos: si el sujeto ejerce una determinada profesión, procede de un determinado lugar, tiene un determinado nivel cultural, entonces posee los conocimientos que hacen posibles tales características personales” (RAGUÉS I VALLES, 1999, pág. 411 y ss.). El principio, es el siguiente: “sólo deben imputarse a un sujeto aquellos conocimientos que vayan intrínsecamente ligados al hecho de reunir unas determinadas características personales, es decir, aquellos conocimientos sin los que sería impensable que pudiera reunir tales características” (RAGUÉS I VALLES, 1999, pág. 411 y ss.).

Este método, muy arraigado con el sistema de prueba legal, implica en la práctica introducir presunciones de dolo en un proceso de naturaleza penal, por tanto, resulta ilegítima desde un Estado de Derecho, tal como fuese advertido y no muy poca razón por Hruschka (HRUSCHKA, 2009, 2da.ed., pág. 185).

Cuando se trabaja con la llamada “prueba indiciaria o indirecta” (Vid. GARCIA CAVERO, 2011, pág. 69-93), “que es lo que sucede cuando se intentan probar datos empíricos, entre ellos los datos psíquicos; se aplica implícitamente, el método nomológico-deductivo de explicación científica en su versión probabilística, y por tanto en rigor deductivo, en tanto, vía inducción, se obtiene una conclusión fáctica probable a partir de un determinado grado de apoyo que brindan las premisas fácticas de las que se parte”. “Es cierto que, entre otras premisas, una no es fáctica, pues contiene una “norma”, por eso el método es nomológico. Pero no es una norma deóntica como cree Ragués i Vallés, que por eso designa como normativa a su concepción” (Cf. RAGUÉS I VALLES, 1999, pág. 189 y ss.); “es decir, no se trata de una norma jurídica, tampoco de una social, moral. Se trata, en rigor de una generalización empírica, que genera una ley

causal o ley teleológico probabilística; por ejemplo, toda persona que quiere aprobar un examen se prepara para ello” (MOLINA FERNANDEZ, 2003, pág. 590-623). Las llamadas “reglas de la experiencia”, con las cuales Ragués i Vallés identifica a sus “criterios de atribución de conocimientos” (RAGUÉS I VALLES, 1999, pág. 371 y ss.), son en sentido estricto: “leyes probabilísticas o teleológico probabilísticas, según sea el caso, y por tanto empíricas, en el sentido que no contienen operador deóntico alguno, sino como se dijo, generalizaciones fácticas de distinto grado o índole” (RAGUÉS I VALLES, 1999, pág. 371 y ss.).

El enfoque empleado en el proceso penal, parte en cambio de la base de que la prueba de conocimiento, así como otros datos psíquicos obtenidos a partir de un método empírico pasible de verificar esta clase de datos que realmente caracterizan las acciones del sujeto”. “No hay, pues, adscripción alguna, sino comprobación de propiedades disposicionales de índole psíquica mediante las cuales se hacen cosas y se da sentido a lo que se hace, a partir de circunstancias específicas del caso en concreto” (Vid: RAGUÉS I VALLES, 1999, pág. 526 y ss.). En consecuencia, todo lo que se relacione con las inferencias constituirá cuestión de hecho, y no de derecho, y será por tanto controlable en casación sólo si demuestra algún agravio procesal - vicio en la inferencia o en la interpretación de lo observado (RAGUÉS I VALLES, 1999, pág. 526.).

A pesar de ello, los casos que utiliza, para la ejemplificación de las reglas de atribución, se llega a conclusiones satisfactorias. Pero ese acierto se debe, a que “en el fondo está constatando conocimientos y no atribuyéndolos”. Y lo hace, donde las propiedades disposicionales son corroboradas empíricamente. De tal manera, que se puede concluir que los ejemplos de Ragués i Vallés, hallan una resolución acertada en sentido procesal, pero “ese éxito radica no porque haya sido exitosa su estrategia de “adscripción en sentido jurídico-normativo”, sino porque: “los datos empíricos son corroborables por un método empírico de verificación” observado” (RAGUÉS I VALLES, 1999).

## **SUB CAPITULO IV**

### **CONCEPTO DE DOLO**

*1. POSICION RESPECTO AL CONCEPTO DE DOLO: 1.1. EL CONCEPTO DE DOLO DESDE UN PUNTO DE VISTA SINTÁCTICO, 1.2. EL CONCEPTO DE DOLO DESDE UN PUNTO DE VISTA SEMANTICO, 1.2.1. ¿QUE DEBEMOS ENTENDER POR DOLO E IMPRUDENCIA?, 1.2.2. SOBRE EL CONOCIMIENTO, CREENCIAS Y REPRESENTACIONES, 1.2.3. GRADUACIÓN COMO ELEMENTO DIFERENCIADOR ENTRE EL DOLO E IMPRUDENCIA, 1.2.4. EL REPROCHE OBJETIVO, 1.2.5. PREVISIBILIDAD OBJETIVA EN RELACION A LOS CONOCIMIENTOS ESPECIALES, 1.2.6. PREVISIBILIDAD OBJETIVA, PRIVILEGIADA O ATENUADA. 2. METODO OPERACIONAL PARA LOS CONCEPTOS DISPOSICIONALES. 3. EL METODO OPERACIONAL DE PEREZ BARBERA-METACONCEPTO DE DOLO. 4. LA PROBABILIDAD: 4.1. EL CONCEPTO OBJETIVO, EL CONCEPTO SUBJETIVO Y EL CONCEPTO LÓGICO DE PROBABILIDAD, 4.2. ANTECEDENTE Y CONSECUENTE EN UN ENUNCIADO DE PROBABILIDAD –PROBABILIDAD EN SENTIDO LÓGICO.*

## **CONCEPTO DE DOLO.**

### **1. POSICIÓN RESPECTO AL CONCEPTO DE DOLO.**

Es mérito de Pérez Barberá (PÉREZ BARBERÁ, 2010, pág. 655-814), el desarrollo de su denominado “metaconcepto de dolo”, el cual se basa:

Tanto en autores de la filosofía analítica, sino también y sobre todo en autores de la filosofía de la ciencia y de la mente, pero no lo hace problematizando la cuestión, sino que son de fácil lectura para el jurista no informado en estas cuestiones, de tal manera que lo hace comprensible (MOLINA FERNÁNDEZ, 2003, pág. 629-868),

En especial este autor para fundamentar su “discurso de la teoría de las normas”, acude:

A autores reconocidos de la filosofía del lenguaje, para acercar estas herramientas de la filosofía de lenguaje, de la mente, y de la filosofía de la ciencia, a sus respectivos desarrollos teóricos, siendo de vital importancia la “semeiótica”. “La aproximación sintáctica al concepto de dolo intentará demostrar, que en este plano el dolo no es más que una propiedad definitoria de un caso genérico, de manera más expresa, de una condición genérica en relación con una norma entendida en su sentido formal”. “En tanto ello una aproximación semántica, ha de determinar que el dolo lleva consigo una propiedad definitoria concerniente a una norma directiva de conducta o norma de comportamiento”. “Y una aproximación pragmática, permitirá demostrar, que al aplicarse esa propiedad con ese contenido, se hace algo, y se especificará que se hace” (PÉREZ BARBERÁ, 2010).

#### **1.1. El concepto de dolo desde un punto de vista sintáctico** (PÉREZ BARBERÁ, 2010, pág. 643-646).

Desde el punto de vista sintáctico: “El dolo es una propiedad de un caso genérico”.

El dolo no es, algo a ser subsumido, sino algo que contribuye a lo que ha de ser subsumido en un caso individual; no integra la premisa menor sino la premisa mayor del silogismo práctico”. En síntesis: “no forma parte de un caso individual sino del caso genérico”. “El dolo entonces no puede ser un

hecho psíquico, ni físico, ni institucional, tal como lo describe la doctrina dominante, ni tampoco puede ser un juicio adscriptivo”, en el sentido de Hruschka. Pues “dolo no es una propiedad empírica que se atribuye a una persona, sino una propiedad normativa que caracteriza al presupuesto abstracto previsto en una norma primaria como condición para su aplicación de una solución determinada” (PÉREZ BARBERÁ, 2010).

Lo que se le atribuye a una persona en un proceso penal, es la posesión de determinados datos psíquicos (conocimiento, intención, todas ellas actitudes internas que forman parte del mundo subjetivo del sujeto) al momento que desarrolla su acción. Todas estas características o indicadores (como lo sostienen las tesis integradoras) son útiles siempre y cuando el concepto semántico de dolo como propiedad definitoria de ese caso genérico permita considerar a tales datos relevantes o irrelevantes, como la ausencia de conocimiento, y otros datos empíricos que no dicen nada acerca de la presencia de dolo.

## **1.2. El concepto de dolo desde el punto de vista semántico (PÉREZ BARBERÁ, 2010, pág. 646-674).**

Desde el punto de vista semántico:

Corresponde dotar de una propiedad tanto al dolo como a la imprudencia, saber qué tipos pueden contribuir a constituirse como datos que pueden ser subsumidos bajo ciertas propiedades que han de formar luego parte de la estructura de una norma directiva de conducta. En la teoría de las normas (el binomio: normas de comportamiento/normas de sanción), todos los delitos tienen la misma estructura. En efecto dolo e imprudencia comparten la misma estructura normativa, ambas, desde el punto de vista sintáctico formal, tienen su origen en una norma de comportamiento, la diferencia quizás estriba en la intensidad del deber al que está sujeto observar el destinatario (PÉREZ BARBERÁ, 2010, pág. 646-674).

“Tanto en el delito doloso como imprudente ambos destinatarios tienen que cumplir con el deber general prescrito en la norma directiva de conducta y por lo tanto tienen el deber de evitar la realización del resultado dañoso; sin embargo, ya el ordenamiento jurídico ha previsto una infracción de deber de cuidado, que no es otra cosa que admitir

que la previsibilidad objetiva del autor imprudente ha de ser atenuada”. (PÉREZ BARBERÁ, 2010, pág. 646-674).

Por ende no se podría hacer una diferenciación cualitativa entre dolo e imprudencia, en ambos casos nos encontramos en un contexto de infracción de deberes, a la mucho podría verificarse una gradualidad en la consciencia de la intensidad del peligro. Entonces al tratar la teoría de la probabilidad, está sólo puede ser aplicada en nuestra disciplina en el modo indicado, como instrumento para hacer posible la distinción de grado entre dolo e imprudencia (PÉREZ BARBERÁ, 2010, pág. 646-674).

Se trata de una definición del “concepto de dolo” equiparable a lo que el dolo hace referencia, al denominado: “concepto-objeto”, entonces demos hacernos la siguiente pregunta: “¿Qué debe entenderse por dolo e imprudencia?”.

### **1.2.1. Qué debemos entender por dolo e imprudencia?**

La mayor punibilidad de las conductas dolosas en relación a las conductas imprudentes, alcanzan su fundamento en el mayor disvalor de la acción y de resultado, en comparación a la que produce la infracción dolosa, ello se sustenta en el “principio de responsabilidad subjetiva y el principio de culpabilidad, conforme al artículo VII, del título preliminar del Código Penal”, y en cuanto los fines del derecho penal en tanto las normas, tutelan bienes jurídicos, también inferimos que la *ratio legis*, se fundamenta en el “principio de lesividad”, prescrito en el artículo IV, del título preliminar del mismo cuerpo legal, pues:

Solamente un comportamiento que tenga aptitud lesiva, *ex ante* (puesta en peligro de bienes jurídicos) o aquél genere la lesión del bien jurídico, realizando el hecho punible desvalorado, puede ser objeto de pena. De allí que la doctrina considere, al hecho doloso, como portador de mayor conmoción social (FEIJÓO, Bernardo, *El dolo eventual*. pág.14.).

Siendo que no necesariamente eso ocurre, pues un hecho imprudente, puede generar un hecho desvalorado que origine, mayor conmoción social. “La intensidad comunicativa (en tanto en una relación normativa, existe una comunicación intersubjetiva, en síntesis: norma-comunicación) de la conducta que se aparta de una norma directiva de conducta, es más alto, cuando desde un punto de vista objetivo, mejor puede preverse el

resultado". (el apartamiento de una norma directiva de conducta, equivaldría a la realización del tipo).

De acuerdo, a lo señalado *supra*, resultan las definiciones de dolo e imprudencia que: *"dolo como reproche objetivo, se da cuando el sujeto en atención a una perspectiva ex ante, pudo prever objetivamente de forma privilegiada, su comportamiento como apartamiento de una norma directiva de conducta"*; *"imprudencia es reproche objetivo cuando el sujeto desde una perspectiva ex ante pudo prever objetivamente de manera atenuada el apartamiento de su comportamiento, desde una norma directiva de conducta"*. Esta definición obedece a parámetros normativos tácitos que se extraen de las diversas teorías que han pretendido delimitar determinados datos empíricos dándoles relevancia normativa, de tal suerte que el dolo "normativo", para nada es novedad en el panorama de la doctrina contemporánea.

La diferenciación entre el dolo eventual e imprudencia ha devenido en un problema debido a que las diferentes teorías que han tratado de conceptualizar ambas categorías las han identificado con datos físicos, psíquicos y empíricos, lo cual no ha hecho posible una distinción clara a nivel conceptual; y ello ha repercutido directamente sobre la delimitación entre el dolo eventual e imprudencia" (Véase el "consenso divergente" del que trata el profesor Ragués I Valles (RAGUES I VALLES, 1999, pág. 83 y ss.).

Las consecuencias prácticas de esta definición, es que el juez al momento de aplicar las normas de sanción, tiene que determinar (probar), si el imputado al momento de la acción, se encontraba o no en una situación objetivamente privilegiada respecto a la posibilidad de prever su apartamiento de una norma directiva de conducta. Si el resultado es afirmativo, habrá dolo; de lo contrario, habrá imprudencia si la misma norma de comportamiento así lo estipulase, o la acción será reputada como jurídico penalmente irrelevante.

Sin embargo, es de advertir que la definición de dolo e imprudencia está sujeta a un margen de imprecisión, debido a los conceptos que se han definido, pero entendemos que es un problema de carácter general que proviene del lenguaje natural. Advierte Roxin, con razón que, respecto a la cuestión material, tanto en la conceptualización del dolo eventual como en todos los conceptos jurídicos, "es inevitable que quede una inseguridad residual" (ROXIN, 1997, pág. 447).



### **1.2.2. Sobre el conocimiento, creencias y representaciones**

La racionalidad desde la perspectiva de la teoría de las normas proviene del mismo sistema por ellas conformadas, de tal manera que una conducta será reputada como racional, en tanto esta se encuentre conforme a Derecho (De similar opinión, PUPPE, Ingerborg, *La distinción entre dolo e imprudencia...*p.107.) Ahora bien, desde esta posición solamente se puede reputar la racionalidad o irracionalidad respecto a conocimientos, creencias, y representaciones.

“Conocimiento” es únicamente “saber verificado racionalmente, a partir de marcos epistémicos compartidos por todos en el universo que se trate y propios de ese universo, o compartibles mediante contrastaciones objetivas intersubjetivamente accesibles”, vale decir que solamente en estos casos se puede decir que el sujeto conoce. La creencia, en cambio es “la convicción no verificada, sea racional o irracional, acerca del estado de cosas”. Será racional si se condice a partir de marcos equivalentes a aquellos que genera el conocimiento. La representación es la activación psíquica de un conocimiento o de una creencia, operada en el presente exacto, y que por lo tanto no puede tener duración. Para concluir, solo el conocimiento detenta el carácter de racional, la falta de conocimiento, así como la ausencia o falta de representación pueden ser de carácter racional o irracional”.

Estas precisiones toman sentido cuando en la doctrina contemporánea un autor como Frisch hace una distinción entre conocimiento y representación, y niega que la representación por sí sola pueda fundar el dolo (PÉREZ BARBERÁ, Gabriel, *El dolo eventual...*pp.523-561., Vid. Supra, *La tesis de Frisch.*).

Podemos decir lo siguiente que quien actúa irracionalmente no prevé, axiológicamente actúa, desde un punto de vista objetivo, de manera no menos reprochable, al menos no en una medida relevante, que quien prevé racionalmente. Por el contrario, actúa con menos reprochabilidad quien no prevé racionalmente o quien prevé irracionalmente. A mayor intensidad comunicativa del apartamiento de norma directiva de conducta, mayor reproche objetivo; entendiéndose a reproche objetivo como capacidad comunicativa intersubjetiva suficiente para infringir una norma de comportamiento.

Las definiciones recién dadas sobre dolo e imprudencia son coherentes con estas estipulaciones axiológicas. Pues tanto quien actúa conociendo racionalmente (previsibilidad objetiva) como quien no lo hace no conociendo irracionalmente (algunos casos de ceguera ante los hechos y de ignorancia deliberada) se encuentran

objetivamente en una posición privilegiada de poder prever el apartamiento de una norma de comportamiento que quien actúa no conociendo racionalmente o quien lo hace conociendo irracionalmente. De acuerdo con lo definido, el primer y el segundo supuesto merecen calificarse como dolosos, y el tercero, y el cuarto a lo sumo como imprudentes.

### **1.2.3. Graduación como elemento diferenciador entre el dolo e imprudencia.**

De hecho que existe una diferencia cualitativa entre dolo e imprudencia, siendo esta sólo de graduabilidad. “El dolo es un reproche objetivo cuando el individuo desde una posición ex ante pudo prever objetivamente de forma privilegiada un apartamiento de su conducta, de una norma directiva de comportamiento”; “imprudencia es un reproche objetivo cuando el sujeto desde una posición ex ante pudo prever objetivamente de forma atenuada un apartamiento de su conducta, de una norma directiva de comportamiento”. Hay que tener en claro que todo esto lo sabemos solo a través de una aproximación semántica de las propiedades sintácticas, “dolo”, “imprudencia”, es decir, dolo e imprudencia no son propiedades complementarias. Ingresando al campo semántico se podría afirmar que dolo e imprudencia son propiedades empíricamente no independientes, pues una, imprudencia, es condición necesaria, pero no suficiente de dolo, y porque el dolo es condición suficiente, pero no necesaria de imprudencia; esto lo que en el fondo subyace entre ambos conceptos, en efecto, hay una relación gradual, pero debe insistirse que estas reglas de correspondencia sólo son posibles en el campo semántico.

En el plano sintáctico en tanto propiedades independientes, la relación entre dolo e imprudencia es de *aliud*, pero en el sentido muy específico que se trata de propiedades lógicamente independientes. Entonces el término *aliud* no es sinónimo de “clasificador”, pues este último presume de una relación empírico conceptual, no en puridad lógica (Cuando Puppe y otros autores emplean la expresión “lógico-conceptual” generan confusión. Porque lo conceptual presume una base empírica y esto es lo que en el plano lógico se prescinde, Cf., PUPPE, *La distinción entre dolo e imprudencia...*pp.33 y ss.) En síntesis: empíricamente (semánticamente) dolo e imprudencia son conceptos que, entre sí, se relacionan también de modo comparativo, por lo tanto, la relación será de modo *plus-minus*.

#### **1.2.4. El reproche objetivo.**

En las conceptualizaciones acerca del dolo y la imprudencia, converge un reproche objetivo a una acción jurídico penalmente relevante. Que se trate de “un reproche quiere decir que se trata de un juicio de valor” (RAGUES I VALLES, *El dolo...*pp.369 y ss.).

Y que se trate de un reproche objetivo quiere decir dos cosas: en primer lugar que se trata de un reproche fundado en una norma de sanción y no en un parecer subjetivo individual, el emisor del reproche es el propio sistema jurídico (legislador). Y en segundo lugar quiere decir que el objeto del reproche es una acción y no un autor. El reproche individual queda reservado para otro estadio como el de la culpabilidad. (RAGUES I VALLES, *El dolo...*pp.369 y ss.)

En la dogmática penal se ha afirmado que: “la tipificación de una determinada conducta como prohibida importa ya una valoración negativa por parte del legislador” (ROXIN, PG, pp.281-283.). “Si el dolo y la imprudencia tienen su lugar sistemático en el tipo, es entre otras cosas porque precisamente a través de esas categorías puede reconstruirse el juicio de valor objetivo mediante el cual se contrasta el contenido comunicativo de la conducta desvalorada con el contenido del apartamiento de la norma directiva de conducta”. “Ello implica determinar si la conducta fáctica se corresponde o no con una norma directiva de conducta objetivamente válida”. Por lo tanto, un reproche es “un juicio de valor con un contenido específico, se expide negativamente sobre lo que valora. Y en su acepción negativa, significa, nada más que “contrario a una norma directiva de conducta” (objetivamente válida). Todo “reproche objetivo” es, por definición “un juicio de valor normativo”, pues siempre se funda en alguna clase de norma (jurídica, moral, estética, etc.)

Ahora bien, el “objeto de dolo” el cual a su vez es “objeto de reproche objetivo”, está conformado por: “todas aquellas circunstancias fácticas (datos empíricos): psíquicas, físicas, institucionales, etcétera; ya que todo concepto ha de tener una base empírica. Todos estos datos empíricos conforman la acción del sujeto que se aparta de una norma directiva de conducta”. Es similar a lo que propone el profesor Pérez Barberá en cuanto “otorga a los datos psíquicos especial relevancia para su conformación de lo que él denomina “metaconcepto de dolo” (PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual...*pp.678-815), lo que para nosotros en puridad no es más que un “método operacional” que contribuye a una aplicación correcta de los supuestos de casos de dolo e imprudencia, sobre todo

en los casos limítrofes (Sobre la valoración global de la tesis de Pérez Barberá, Vid. supra., *La tesis de Pérez Barberá. Valoración global*). Ahora bien, también debe ser tomado en cuenta el peligro creado por la acción, éste criterio también es objeto de dolo, sobre todo por la trascendencia que ha tenido en los últimos años, en los autores de la denominada: “teoría del riesgo”.

#### **1.2.5. Previsibilidad objetiva en relación a los conocimientos especiales.**

En la dogmática del dolo y de la imprudencia contemporánea lo que interesa, estando establecido el peligro jurídico penalmente-relevante así como en su entidad, y realización es objetivamente previsible o que la previsibilidad de esa realización es objetivamente posible, es determinar la “intensidad de esa posibilidad objetiva de previsión”.

El juicio de la previsibilidad objetiva, tendría que estar dotado por la entidad del peligro de la acción y los datos psíquicos que se presenten en un caso concreto, nada obsta para que la previsibilidad objetiva tome en cuenta estos datos ónticos. “Un juicio de peligro jurídico penalmente relevante, puede ser generado sin que concurren conocimientos especiales por parte del autor”. Los conocimientos especiales son innecesarios ya que atribuyen conocimientos que no necesariamente son los que posee el autor y esto genera indeterminación respecto al caso concreto”. “Buena parte de la doctrina afirma que a través de la previsibilidad objetiva, se logra que los conocimientos especiales deban recibir un tratamiento diferente de las capacidades especiales”. Así se pueden dar supuestos de casos en que si un sujeto omite emplear sus “conocimientos especiales” no prevé la producción del resultado del tipo, habría “infracción del deber jurídico de cuidado” en virtud que existiría la “previsibilidad objetiva” y pese a ello no se ha previsto la realización del tipo, así, por ejemplo: “el caso de un equipo médico, que ha desarrollado una técnica de detección de anomalías en un determinado tipo de operaciones, que todavía no era conocida por los especialistas de esa rama y que por no utilizar dicho aparato no prevé la realización del tipo, originándose con esto la muerte del paciente, en este supuesto se trataría de una imprudencia inconsciente”. “La fórmula de la previsibilidad objetiva” (MAZUELOS COELLO, Julio, *El delito imprudente en el Código penal peruano. La infracción del deber de cuidado como*

*creación de riesgo jurídicamente desaprobado y la previsibilidad individual*, en Anuario de Derecho penal 2003, Monográfico sobre aspectos fundamentales de la Parte general del Código penal peruano, Lima, 2003).

Aquí se explica con claridad las diversas concepciones sobre los conocimientos especiales, particularmente interesante lo referente a la previsibilidad objetiva, (pp.16-19.), usada en “tesis externalistas”, que: “dota al hombre medio, de los conocimientos especiales del autor concreto, por tanto aquí la tesis del observador ficticio, decae y carece de sentido, así como los “conocimientos especiales” de los que se les dota. No se puede imputar conocimientos que no son accesibles al destinatario de la norma directiva de conducta” PÉREZ BARBERÁ, 2010).

La previsibilidad objetiva usada dentro de las tesis internalistas, está de acuerdo con la propuesta de un sector de la doctrina en uniformizar los conocimientos especiales y las capacidades especiales, y en caso se les quiera dar alguna relevancia deben ser tratados en la culpabilidad, y no como criterio para fundar el dolo (En contra de este criterio y afirmando que los conocimientos especiales podrían fundar el dolo. PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual...*p.673)

#### **1.2.6. Previsibilidad objetiva, privilegiada o atenuada**

La previsibilidad objetiva, en cuanto al menor o mayor grado en relación al apartamiento a la norma del comportamiento,

Se interrelaciona con el grado de evitabilidad que nace a partir de la “intensidad comunicativa” del hecho en concreto en contra de la “norma directiva de conducta”; es decir si el sujeto tiene un mayor grado de capacidad de evitación del resultado lesivo, es por la “intensidad comunicativa” que ha logrado en el individuo, de que un hecho va en contra de una norma directiva de conducta; de lo cual dependerá del grado de cognoscibilidad que tiene el sujeto de la situación que se trate; y en esa misma intensidad se medirá el grado de previsibilidad objetiva de parte del sujeto con relación a la producción del hecho, o el resultado lesivo (PÉREZ BARBERÁ, 2010).

Si la “capacidad de evitación, es de tal entidad que esté en manos del autor de manera objetiva, (y fuera de cualquier impedimento), poder evitar el resultado, será privilegiada,

entonces habrá dolo; si es atenuada, imprudencia" (Sobre la pertinencia del criterio de evitabilidad individual" (GARCÍA CAVERO, Percy, Imputación subjetiva, pp.15-28.), KINDHÄUSER, Urs, ¿Qué es la imprudencia?, pp.31-46., en: La imputación subjetiva, AA.VV., Ara, Lima, 2012.)". En el concepto de dolo e imprudencia propuesto, no interesa lo que el autor se representa, sino el juicio objetivo sobre la capacidad de evitación. Lo que el autor se represente, será en todo caso un dato empírico entre otros cuya relevancia para la concurrencia del dolo se determinará objetivamente, a través de un "modelo operacional" como el usado por las teorías integradoras, o por Ragués i Vallés (Vid. La tesis de Ragués i Vallés.) o por Pérez Barberá "(PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual...*pp.715-815.)", pues lo que pueda representarse el autor, debe ser contrastada y pasar a través de un juicio de relevancia, en el que, tal "juicio", algunos datos de carácter empírico (indicadores) excluirán a otros,.

Puppe afirmaba: "no es el autor a quien le compete decidir sobre la relevancia jurídica de la realización típica del peligro de la que es consciente, sino al Derecho" (PUPPE, *La distinción entre dolo e imprudencia...*p.94.). Pero el problema surge cuando afirma: "que el derecho no se inmiscuye en las representaciones del autor si no que las toma como viene".

Esta postura doctrina sostenida por Puppe en que "el autor en tanto sea consciente de una determinada situación fáctica, esa situación fáctica será valorada según parámetros objetivos del Derecho", es acertada, pues rechazamos toda postura, que sustente que, para valorar la conducta del sujeto, cuando atenta contra una norma directiva penal, tenga que urgarse en su esfera subjetiva, es decir según los parámetros subjetivos del autor. Sin embargo, es de advertir un pequeño detalle, de esa forma se podría crear "una laguna de punibilidad, frente a los casos de ceguera ante los hechos, o ignorancia deliberada", sea por móviles egoístas o de otra índole; en donde el sujeto no se representó nada, entonces queda excluida la punibilidad a título de dolo. Entonces corresponde al juez, estimar si el sujeto ha salido perjudicado por su propio accionar y se tendrá en cuenta una pena natural como eximente o como atenuante. Sin embargo, es de reconocer que esta idea no es aceptada por nuestro derecho positivo, por el principio de equiparar la punibilidad de un tipo imprudente con el de pena natural; pero si el sujeto pudo prever objetivamente el apartamiento de una norma directiva de conducta, es decir, actuó con dolo, entonces las consecuencias accesorias que ocurran de ése hecho carecen de valor desde un punto de vista normativo como el aquí sostenido (De similar opinión FEIJÓO, *El dolo eventual...*p.137). Ello es así precisamente porque la

intensidad del reproche, depende de manera directa de la intensidad comunicativa de la acción u omisión en contra de una norma de comportamiento. Y esto no es más que el correlato de considerar que no puede decidirse desde el punto de vista del autor, sino del Derecho, es decir, los efectos de una infracción a una norma directiva de conducta quedan establecidos a partir de una relación normativa completa en donde la norma de sanción reacciona frente al apartamiento de la norma de comportamiento, la cual se produce de acuerdo a la naturaleza comunicativa de carácter intersubjetivo, esto es así por la propia estructura del sistema normativo, autorreferencialmente constituido. Hasta aquí creemos haber agotado, la definición de dolo e imprudencia desde un punto de vista semántico.

Desde un punto de vista pragmático: *el dolo no describe ni explica; sino enjuicia.*

## **2. MÉTODO OPERACIONAL PARA LOS CONCEPTOS DISPOSICIONALES** (PÉREZ BARBERÁ, 2010, pág. 730-744).

“El método operacional, tiene como finalidad definir los datos empíricos”.

Los datos empíricos a los que se alude, es decir, aquellos para los que resulta útil o adecuado el método operacional, son especialmente para las 'disposiciones' o 'conceptos dispocionales'. En primer lugar estos no pueden ser observados; y en segundo lugar, por tener la propiedad de manifestarse observacionalmente a través de síntomas o reacciones ante una determinada operación, por lo general un test o un estímulo (PÉREZ BARBERÁ, 2010, pág. 730-744).

Dentro del marco del método operacional, se afirma que:

Las disposiciones son propiedades que caracterizan a objetos o ciertos aspectos de la persona, como por ejemplo: la inteligencia o la falta de ella; ambas propiedades no son susceptibles de ser observadas, pero es posible comprobar su existencia a partir de determinadas reacciones o síntomas sí observables que el objeto o la persona en cuestión si manifiestan, sea por un estímulo provocado o por testeo (PÉREZ BARBERÁ, 2010, pág. 730-744).

Respecto a las operaciones en cuestión:

Para salvaguardar la objetividad de la ciencia, se exige que tales operaciones sean intersubjetivas, en el sentido de que observadores diferentes deben poder realizar la misma operación con razonable acuerdo en sus resultados. En otras ocasiones el estímulo no es provocado por nadie, sino que proviene del sujeto que posee la disposición o de factores determinantes ajenos a él. Esto es lo que sucede, por ejemplo con algunas enfermedades: fiebre, una determinada clase de catarro y una determinada clase de sarpullido, o también con ciertos hábitos o tendencias: si se observa que A fuma con frecuencia, se podrá decir que A es un fumador (PÉREZ BARBERÁ, 2010, pág. 730-744).

En casos como el del fumador o el del sarpullido, “se cuenta con expresiones o vocablos relativos a episodios (indicadores) que nos permiten inferir ese tipo de disposiciones. Pero debe tenerse siempre la precaución de no cometer el error que cada disposición tiene un episodio o indicador correlativo” (PÉREZ BARBERÁ, 2010, pág. 730-744). Por ejemplo como:

“saber”, “creer”, “confiar”, remiten a múltiples episodios posibles (contingentes), pero ninguno de ellos es un “acto de saber”, un “acto de creer” o un “acto de confiar”. No hay “estados de sapiencia” o de creencia o de confianza. Alguien que “sabe” construir una casa, no será visto “sabiendo”, sino colocando un ladrillo encima de otro; alguien que confía en su puntería, no será visto “confiando”, sino apuntando cuidadosamente. “De esta manera se puede inferir que hay enunciados para episodios y enunciados para disposiciones; referirse a un episodio con un enunciado disposicional, y viceversa, importa cometer un error categorial” (PÉREZ BARBERÁ, 2010, pág. 730-744).

Se puede decir:

“A está arreglando su bicicleta”, pero no “A está poseyendo su bicicleta”. Por esta razón es: “que los enunciados disposicionales no tienen carácter fáctico, sino que su estructura se asemeja a los enunciados legales, porque son condicionales e hipotéticos, aunque solo se trata de una semejanza, pues está claro que las disposiciones, en tanto se refieren a fenómenos individuales (ontología), no son leyes. Sin embargo, esta negativa a concederle carácter fáctico a las disposiciones debe ser rechazada. Las disposiciones por ser propiedades no pueden ser causales,



pero ello no impide considerarlas hechos, al menos en el sentido de 'dato constatable empíricamente'. Y, si la constatación empírica es posible, entonces puede haber proposiciones relativas a disposiciones que sean verdaderas o falsas, lo que conlleva a aceptar que lo que puede ser descrito mediante una proposición verdadera es un hecho (PÉREZ BARBERÁ, 2010, pág. 730-744).

Por ejemplo, el hecho "A sabe", entonces "A sabe" es una proposición verdadera por tanto un hecho. Admitir esto, significa admitir la tesis de Ryle (PÉREZ BARBERÁ, 2010, pág. 730-744), derivada de la crítica al dualismo cartesiano (mente/cuerpo), según la cual: "las disposiciones no son hechos externos ni internos, por lo tanto las disposiciones no son hechos, pues lo cierto es que pueden ser constatadas empíricamente, a través de procesos inferenciales y no por observación directa". Entonces:

¿En qué se diferencia este método de otros métodos empíricos de verificación? "La diferencia estriba en que el operacionalismo define a partir de términos observacionales, mientras que, por ejemplo, el empirismo radical define mediante esa clase de términos. La idea básica del operacionalismo, es el de contrastar reacciones observables, y estas pueden tener un sentido positivo o negativo, dependiendo de las operaciones que se hagan dentro de un sistema (PÉREZ BARBERÁ, 2010, pág. 730-744). .

Así, por ejemplo, los estados mentales son conceptos disposicionales:

"conocer", "querer", "creer", "tomar en serio", "tener la intención" , "ser indiferente", "confiar", "consentir", "aprobar", "contar con", etcétera, son todos "conceptos disposicionales", porque "no son observables", pero se manifiestan mediante "reacciones observables". Se trata de términos teóricos, esto es términos no observacionales. "Por lo tanto, el operacionalismo está en condiciones de hacer contrastaciones empíricas intersubjetivamente discutibles (esto es en el ámbito propio de un proceso penal), en la fundamentación de la prueba de esta clase de hechos (PÉREZ BARBERÁ, El dolo eventual...pp.735-738).

"La multiplicidad de indicadores o episodios posibles a partir de los cuales puede afirmarse la existencia de disposiciones como los estados mentales, se sostiene que

para esta clase de conceptos disposicionales, no hay un indicador común, ni un conjunto de indicadores que puedan valer como condición suficiente ni como condición necesaria para su prueba”. “Ello, es cierto, pero trivial, pues se relaciona con el carácter probabilístico que caracteriza toda conclusión relacionada con la prueba de los hechos” (PÉREZ BARBERÁ, 2010).

Para el proceso penal, pues, lo “suficiente” en orden a una conclusión probatoria es que:

Se logre una exclusión de hipótesis alternativas relevantes (principio de razón suficiente), con ello, el supuesto riesgo inevitable de una condena errónea por no ser posible asegurar con certeza los hechos probados en el proceso penal haya realmente acaecido en la realidad”. Para un sector de la doctrina que acude al observador omnisciente, para establecer sus conclusiones procesales, el riesgo de condena errónea es inevitable. Sin embargo, en esta materia basta con las afirmaciones que constan en actas y con las audiencias orales desarrolladas en el procedimiento. Esta es la única “realidad” relevante para el proceso penal, y conforme a ello, no tiene sentido distinguir entre “hechos probados” y “hechos realmente acaecidos”. “En todo caso la ley procesal prevé las instancias recursivas pertinentes (apelación, casación, revisión), ante la eventualidad que se constate la falsedad de los hechos tenidos por probados por él. Y a través de ello se le brinda al imputado la posibilidad de reducir al máximo una condena errónea (Ver: PÉREZ BARBERÁ, 2010, pág. 735-739).

Queda claro que toda inferencia relacionada con las disposiciones puede ser refutada a partir de su sujeción a contrapruebas (contraestímulos), que demuestren que en verdad, el dato disposicional en discusión no puede inferirse de los datos observables disponibles. “Lo importante de todo esto es que demuestra que las disposiciones psíquicas pueden ser objeto de prueba empírica, es decir no solo es posible probar un episodio o indicador” (PÉREZ BARBERÁ, 2010, pág. 730-744). “A apuntó cuidadosamente...” sino también la disposición: “A confiaba”.

Algunas de las reglas de Ragués i Vallés, pueden, ser reconstruidas conforme a los puntos de vista seguido en el método operacional.

Pero en este método operacional, no se trata, como cree Ragués: “de la inferencia, a partir de reglas deónticas (normas jurídicas en sentido estricto), de aquellos conocimientos que en función de ciertas pautas

generalmente generalizadas, se presume, legal o jurisprudencialmente, que un sujeto debe poseer, y que por tanto se le adscriben (RAGUES I VALLES, *El dolo...*pp.357 y ss.).

“Esta forma de proceder, muy emparentada con el sistema de prueba legal, importa en la práctica introducir presunciones de dolo en el proceso penal; en consecuencia resulta ilegítima en un Estado de Derecho, tal como fuese advertido por Hruschka” (HRUSCHKA, *Sobre la difícil prueba del dolo*, p.187.).

“Cuando se trabaja la llamada prueba indiciaria o indirecta, que es la que se usa para la prueba de los estados mentales, se aplica implícitamente, el método nomológico-deductivo de explicación científica en su versión probabilística” (GARCÍA CAVERO, Percy, *La prueba indiciaria*, Ara, Lima, 2011, pp.73-79), donde se infiere de cada categoría del delito, los indicios a ser probados.), “vía inducción se obtiene, una conclusión fáctica probable a partir de un determinado grado de probabilidad de apoyo que brindan las premisas igualmente fácticas de las que se parte”. Es cierto que, entre las premisas hay al menos alguna que no es fáctica pues contiene una norma (por eso el método es nomológico deductivo). Pero no se trata propiamente de una “norma deóntica” como cree Ragués i Vallés, y por eso denomina como “normativa” a su concepción, es decir: “no se trata de una norma jurídica, ni social, ni moral”. “Se trata de una generalización empírica, que en cuanto tal genera una norma o ley de esa naturaleza, al estilo de todo cuerpo en contacto con el calor se dilata, se trata entonces de una ley causal, o una ley teleológico-probabilística: 'toda persona que quiere aprobar un examen si se prepara para ello’”.

Las llamadas 'reglas de la experiencia', con los cuales Ragués i Vallés identifica a sus criterios de atribución de conocimiento, son en estricto leyes probalísticas, o teleológico-probabilísticas (según el caso) y por tanto empíricas, en el sentido que no contienen un operador deóntico, sino, generalizaciones fácticas de distinto grado o índole, causal o probabilística (Cfr: RAGUES I VALLES, *El dolo...*pp.189 y ss.).

“De allí que tomar en cuenta las premisas a partir de las cuales se obtiene una determinada conclusión respecto a lo que una persona conoce no importa 'normativizar' dicho procedimiento, quien emplea reglas de la experiencia para la prueba de los hechos no abandona la metodología inferencial de carácter empírico” (Veáse: PÉREZ BARBERÁ, 2010, pág. 730-744) .

Como se puede ver, el enfoque, aquí utilizado parte de la base de que la prueba de conocimientos y otros datos psíquicos se obtiene a partir de un “método empírico de verificación”, “de datos que realmente caracterizan acciones de personas”. No hay “adscripción” alguna sino “propiedades disposicionales de índole psíquica”, mediante las cuales “se hacen cosas y se da sentido a lo que se hace, y siempre a partir de las circunstancias particulares de cada caso concreto”. Por este motivo resulta equivocada la afirmación, según la cual, “no existen actualmente métodos científicos o de otra índole que permitan la plena constatación, de los estados mentales (RAGUES I VALLES, 1999, pág. 357).

Conforme a este punto de vista, los fenómenos psíquicos serían “algo oculto en las infranqueables profundidades y reconditeces del intelecto humano”.

### **3. EL METODO OPERACIONAL DE PÉREZ BARBERA, SU DENOMINADO “METACONCEPTO DE DOLO” (PÉREZ BARBERÁ, 2010, 745-815.)**

Pérez Barberá en la elaboración de su método operacional, hace alusión a:

Una hipótesis de relevancia donde establece reglas para la subsunción de un caso individual a un caso genérico de dolo; en donde los datos físicos, deben ser considerados relevantes todos aquellos que conforman el caso; respecto de los datos psíquicos, o estados mentales, sólo deben ser considerados relevantes aquellos que quepa reputar epistémicamente racionales. De esta hipótesis de relevancia se infieren, dos reglas específicas (PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual...*p. 752.).

Las reglas de relevancia son:

1. “Para que un dato empírico, psíquico o físico, sea relevante en este contexto, es necesario, sea posible considerarlo idóneo para influir, en más o en menos en el grado de posibilidad objetiva de previsión del apartamiento de una regla jurídico-penal. (...) así, por ejemplo, la entidad del peligro inherente a la acción, su inminencia, el hecho que no esté cubierto o asegurado, entre otros, son datos empíricos que, llegado el caso, pueden influir para determinar si la posibilidad de previsión del apartamiento de la regla es privilegiada o atenuada” (PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual...*pp.752-754.).

2. La segunda regla de relevancia, establece que “si un estado mental es epistémicamente racional, entonces él es relevante y debe tomarse en cuenta para la formulación de la hipótesis objetiva de probabilidad, en el que se funda, el reproche, doloso o imprudente, según sea el caso” (PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual...*p.755.). “Desde esta perspectiva, lo racional o irracional se determina por el criterio según el cual es irracional aquella génesis de un estado mental o explicación de una determinada relación entre sujeto y mundo que supone “una pretensión o manifestación objetivamente extravagante en relación con el contexto empírico y epistémico que se trate” (PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual...*p.767.); “no pudiendo identificarse sin más confianza excesiva como confianza irracional” (PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual...*p.758.).
3. Sin embargo en los caso en los que el sujeto sucede con los casos en los que “el sujeto crea un riesgo cualificado (elevado)”, y a pesar de ello, de forma deliberada lo ignora, como los “casos de ceguera ante los hechos”, debe dar lugar según el autor a: “una imputación dolosa, pese a la amenaza de una pena natural, esto es el temor por la propia vida, la entidad del peligro determina la hipótesis de probabilidad, y en consecuencia cabría admitir que la previsibilidad objetiva del resultado, al momento de la acción, era objetivamente privilegiada, por lo tanto convergería el dolo” (PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual...*p.781.). La solución es correcta y el método operacional de Pérez Barberá se muestra como el más óptimo. Sin embargo queda una cuestión sin dilucidar: “¿Los datos empíricos pertenecen al ilícito o a la culpabilidad?”. El autor, absuelve esta cuestión así: “(...) no son los posicionamientos internos los que comunican, sino las acciones, esto justifica el tratamiento diferenciado del dolo y la imprudencia por un lado, y el de la culpabilidad, por el otro”. “En términos muy generales se puede decir que no se es culpable por el apartamiento de la regla, sino por estar en desacuerdo con ello, o, si se está de acuerdo, por no haberse realizado el esfuerzo suficiente para actuar conforme a la regla. Todo ello, no habla en favor de que el dolo tenga una 'doble posición', en el tipo y en la culpabilidad”. Antes bien, deja en claro: “que

tanto el concepto de dolo como el de culpabilidad se interesan en ocasiones en los mismos estados mentales (datos empíricos), los cuales, con todo, tienen repercusiones normativas diferentes en función del marco teórico de cada concepto. Es obvio que la tesis de la doble posición del dolo presume un concepto de dolo identificado con estados mentales, y en consecuencia, es completamente incompatible con la concepción que aquí se defiende. Podría hablarse, en todo caso, de múltiple (no sólo doble) relevancia del conocimiento, de la voluntad, etcétera, pero no de dolo”(PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual...*p.758 y ss.).

4. “Eliminar el llamado 'elemento subjetivo del delito' en tanto elemento, no importa, pues, ninguna herejía material en lo que atañe a la responsabilidad penal. Los datos subjetivos (...) importan por su racionalidad epistémica. Este modo de comprender el problema, importa, para un auténtico abandono del concepto de dolo psicologista. Pero ello de ninguna manera significa que los datos subjetivos en tanto datos dejen de ocupar un papel central en el plano empírico (PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual...*pp.684-686.)”. Con ello el autor da por zanjada esta observación, respecto a su método operacional.

#### **4. LA PROBABILIDAD.**

En la conceptualización de los elementos subjetivos: dolo e imprudencia desarrollado, en base a las tesis ya expuestas, y que ha de tomarse como base para el sustento de nuestra hipótesis como respuesta al problema planteado; lleva ínsito las bases fundamentales de la “teoría de la probabilidad, en tanto que: el sujeto que puede prever desde una perspectiva ex ante, y de manera objetiva, de forma privilegiada el apartamiento de una norma directiva de conducta sustenta el “dolo”; mientras que: el sujeto que desde una perspectiva ex ante pudo prever objetivamente de forma atenuada el apartamiento de una norma directiva de conducta, sustenta la imprudencia; pues desde ya: “la 'previsibilidad objetiva' se mide en términos de la teoría de la probabilidad”. Así mismo para hacer la diferenciación entre dolo e

imprudencia, en cuanto a la gradualidad de la previsión que debía tener el autor, de acuerdo a la capacidad de evitación, se debe recurrir de igual forma a la “teoría de la probabilidad”.

#### **4.1. El concepto objetivo, el concepto subjetivo y el concepto lógico de probabilidad.** (PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual...*pp.693-702.)

“El concepto objetivo de probabilidad hace referencia al valor de frecuencia relativa con que puede darse un suceso, el cual es entendido como una propiedad disposicional, del objeto que provoca el suceso” (PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual...*pp.693-702.)

La forma de los enunciados objetivos de probabilidad es la siguiente: la probabilidad de la propiedad P en el objeto de referencia R es 'x'. En este ejemplo, tanto la propiedad P, como el objeto de referencia R y el número x se refieren a objetos, por lo que enunciado tal pertenece a un lenguaje-objeto. Este concepto de probabilidad no es el que debe interesar en el marco teórico del presente trabajo. “El concepto subjetivo de probabilidad, se refiere al juicio de un enunciado, o hipótesis de probabilidad, un emisor determinado otorga a la ocurrencia de un suceso determinado en un tiempo determinado y con relación a un conjunto de datos determinado” (PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual...*pp.693-702.). “La forma de los enunciados subjetivos de probabilidad es la siguiente: “para el emisor E, la probabilidad de ocurrencia de un suceso S en virtud del conjunto de datos D en el tiempo T es 'x'. En este enunciado, S y D no designan objetos, sino que forman parte de un enunciado emitido por E, por lo que los enunciados propios del concepto subjetivo de probabilidad pertenecen a un metalenguaje: el lenguaje al que se refiere el lenguaje de E” (PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual...*pp.693-702.). Este concepto de probabilidad tampoco interesa para los fines trazados.

Ahora bien el “concepto de probabilidad” que es fundamento para sustentar nuestro concepto de dolo, por ende, que ha de servir para nuestra investigación es el siguiente:

El concepto lógico de probabilidad se refiere al tipo de inferencia existente entre una conclusión y sus premisas, que es precisamente el tipo de inferencia que caracteriza a la lógica inductiva. Los matemáticos identifican

a este concepto con el concepto subjetivo por las similitudes que presentan. Ambos son una expresión de lenguaje acerca de una expresión de lenguaje previa, esto es, expresiones de metalenguaje. La diferencia entre uno y otro consiste en el concepto lógico de probabilidad, no es relativo a un emisor y un tiempo determinado. De allí, que la forma de los enunciados que los contienen sea el siguiente: “la probabilidad de una hipótesis H en virtud del conjunto de datos D es x”. (PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual...*pp.693-702.).

#### **4.2. Antecedente y consecuente en un enunciado de probabilidad - probabilidad en sentido lógico** (PÉREZ BARBERÁ, 2010, pág. 695.)

Al antecedente se le denominará d (datos) (Utiliza la teoría de la probabilidad para explicar la causalidad en los tipos legales” (ENGISCH, Karl, *La causalidad como elementos de los tipos penales*, 1931, trad. Marcelo Sancinetti, Hamurabi, Buenos Aires, 2008, p.55). Es especialmente revelador el uso del término “posibilidad objetiva” como “criterio de mejor adecuación a la causalidad de los tipos”, el mismo término es usado por Pérez Barberá, para sus “definiciones de los conceptos-objeto de dolo e imprudencia”; el mismo que está integrado por “datos empíricos, si ocurren los datos  $x_1, x_2, x_3, x_n \dots$ , el consecuente se denominará h, que es una hipótesis, entonces la previsibilidad objetiva de realización del tipo, será, alta, baja, o media. La lógica entre d y h es inductiva, pues h (como conclusión) no está contenida en d (como premisa)”. “La conclusión h contiene información adicional a la que trae consigo la premisa d, por ello se infiere de ella inductiva y no deductivamente. Una conclusión tal, solo puede ser de un enunciado probabilístico, una hipótesis de probabilidad”. “Estas hipótesis de probabilidad, son objetivas, en el sentido que es irrelevante qué es lo que una persona se representa acerca de esa probabilidad. Pues: el análisis del enunciado de probabilidad, es un análisis complejo de datos con el cual él se relaciona” (PÉREZ BARBERÁ, 2010, pág. 695.).

Esta conclusión empírica exige una legitimación normativa, dado que en el ámbito penal, se le requiere por su naturaleza punitiva, así Puppe señala lo siguiente: “no es el autor a quien compete decidir sobre la relevancia jurídica de la realización típica del peligro de la



que es consciente, sino al derecho” (PUPPE I., 2010, pág. 89). “La teoría de la probabilidad, aquí planteada dista de los conceptos subjetivos de probabilidad que se centran en lo que el autor se ha representado” (Como lo planteara Mayer, en su tesis; *supra*).

Con todo ello, ya se puede inferir que el emisor es objetivo, dado que es el Derecho, a través de las “normas directivas de conducta” y las “normas de sanción”, como todo sistema “genera operaciones”.

Sin embargo esto no quiere decir que el juez, no pueda conformar su “hipótesis de probabilidad”, de cara a aplicar una “norma de sanción”, una vez infringida una “norma de comportamiento”. En síntesis: se trata de una “hipótesis objetiva de probabilidad”. Lo objetivo es la hipótesis, no en si, el concepto de probabilidad aplicado, que viene a ser un concepto lógico. “La formulación verbal de las definiciones de los conceptos de dolo e imprudencia”, “previsibilidad objetiva de forma privilegiada” y “previsibilidad objetiva de forma atenuada”, se corresponden también con la naturaleza comparativa de la hipótesis de probabilidad, entendiendo como concepto comparativo en el marco de la “teoría de la probabilidad” como una comparación en la forma de enunciado de “más o menos”, “sin acudir para ello a valores numéricos” (PÉREZ BARBERÁ, 2010).

Ahora bien:

La imprecisión, que pueda generar, ello”, “no debe poner en duda la idoneidad y capacidad de rendimiento de esta clase de conceptos. En rigor, ni siquiera los conceptos cuantitativos son precisos, pues su exactitud depende del grado de desarrollo técnico de los respectivos instrumentos de medición, los cuales, como lo muestra la constante evolución tecnológica especialmente en las últimas décadas son también en ese sentido necesariamente imprecisos y requieren de continuas mejoras (PÉREZ BARBERÁ, 2010, pág. 701-702.).

## **SUB CAPITULO V.**

### **EI DOLO EVENTUAL EN LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL.**

*1. EL CASO COLOMBIANO. 1.1 DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS. 1.2. OBSERVACIONES Y CRITICAS A LA CASACION N° 32964 DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA. 1.3..POSTURA.*

## 1. EL CASO COLOMBIANO.

La referencia obligada, para nuestro trabajo de investigación es la sentencia del 25 de agosto de 2010 (proceso N° 32964) de la Suprema Corte de Justicia de la República de Colombia (en adelante CSJ), que confirmó la condena de 18 años y 4 meses de prisión (más inhabilitación de derechos y funciones públicas por el mismo término y privación del derecho a conducir vehículos automotores por 3 años), que por dos homicidios dolosos impuso el Tribunal Superior de Bogotá a una persona que conducía su vehículo a las cuatro de la madrugada en alto grado de embriaguez y a una velocidad "entre 65 y 97 km/h", que al no atender la luz roja de un semáforo colisionó de manera violenta con otro vehículo en el que viajaban dos personas que murieron en el hecho.

### 1.1. Descripción de los hechos.

En la noche del miércoles 22 de agosto de 2007, **Rodolfo Sebastián Sánchez Rincón**, piloto de profesión con 24 años de edad en ese entonces<sup>1</sup>, asistió a una fiesta en la calle 145 A #21-71 de Bogotá, lugar de residencia de TATIANA PEÑA GUTIERREZ, quien celebraba su cumpleaños, a donde llegó entre las 10 y las 11 de la noche en la camioneta Toyota Prado gris, identificada con placa de rodaje BYG 321, lugar en el cual permaneció hasta las cuatro de la madrugada ingiriendo licor en considerable cantidad; luego de ello salió hasta la playa de estacionamiento, donde había dejado su vehículo, allí fumó un cigarrillo de marihuana, para luego emprender su camino tomando la Avenida "19", en sentido norte- sur; es el hecho que a la altura de la calle "116", la cual atravesó con exceso de velocidad, sin obedecer la luz roja del semáforo que le imponía detener la marcha, y sin realizar maniobra alguna para esquivar el obstáculo que tenía ante sí, colisionó de manera violenta con el vehículo "camioneta –marca Nissan de placa de rodaje "CFQ 393", la misma que se desplazaba a velocidad reglamentaria en dirección occidente- oriente por la calle indicada "116", arrastrándola por varios metros, al punto de derribar tres postes ubicados sobre la "berma central" causando la muerte instantánea de sus ocupantes; los ciudadanos RICARDO ALEJANDRO PATIÑO y JOSE LIZARDO ARISTIZABAL VALENCIA".

## **1.2. Observaciones y Críticas a la Casación N° 32964 de la Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia.**

1. En esta sentencia de Casación emitida por la Corte Suprema de Justicia de Colombia, para dar solución al caso puesto a su conocimiento; se dio cuenta de la Teoría de la Probabilidad, así como la Teoría del consentimiento; haciendo ver que, al sentenciado Sánchez Rincón, se le representó, la probable producción del resultado lesivo, se le hizo previsible el riesgo de realización del tipo penal (homicidio), y aun cuando ello, dejó librada su ocurrencia al azar; es decir no hizo nada para evitar el resultado, consintiendo con el mismo.
2. Desde un comienzo, el tribunal tuvo claro que el problema jurídico que debía resolver, estaba relacionado al tema de la imputación subjetiva, pues quedaba claro que el tema de la muerte de los ocupantes de la camioneta Nissan, había sido como consecuencia del accionar de Sánchez Rincón; sin embargo había que establecer a título de que, debía de responder, dolo o culpa; finalmente se inclinó por imputar responsabilidad penal, por la primera de las modalidades.
3. La Sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia, contra el ciudadano Rodolfo Sebastián Sánchez Rincón, cambió en el país de Colombia, la orientación jurisprudencial que se le venía dando a la modalidad de imputación subjetiva de los delitos de homicidio causados en accidentes de tránsito, cuando el conductor se encontraba en estado de ebriedad, pues se pasó del título de imputación de culpa, al de dolo eventual.
4. En este contexto es pertinente detenerse un momento para señalar que del estudio reseñado en el capítulo anterior se desprende que la decisión judicial aquí estudiada, no se ajusta a parámetros uniformes con relación al dolo, pues se evidencia un mezclar de las distintas tesis que intentan explicar el fenómeno, incurriendo en conceptos que no se encuentran sintonizados con los últimos desarrollos ya superados por la dogmática penal actual.
5. Por ejemplo, en un acápite de la sentencia, señala que, el dolo debe partir del conocimiento de todos los elementos del tipo, otra situación donde claramente se puede observar una confusión en el uso de las tesis del consentimiento con las tesis de la probabilidad, así como cuando hacen referencia a que Sánchez

Rincón: "...podía prever como probable la realización del riesgo jurídicamente desaprobado y dejar librada al azar su no producción".

6. Los magistrados en mayoría, en esta sentencia casatoria -en un primer momento- se inclinan por definir el dolo, haciéndolo bajo los cauces de las teorías clásicas que propugnan que el dolo es conocimiento (conocer) y voluntad (querer), uno intelectual o cognitivo, que exige tener conocimiento o conciencia de los elementos objetivos del tipo penal respectivo, y otro volitivo, que implica querer realizarlos, así mismo hacen alusión a la tripartición del dolo, argumentando que estos componentes, no siempre presentan los mismos grados de intensidad, ni de determinación. Ello, deja ver, lo que la doctrina dominante aun viene sosteniendo, la distinción, entre dolo directo, dolo de consecuencias necesarias y dolo eventual en atención a esa tripartición de dolo,
7. La Sala casatoria ha señalado: "En todos los eventos es necesario que concurren los dos elementos del dolo, el cognitivo y el volitivo, pero en relación con este último sus contenidos fluctúan, bien porque varía su sentido o porque su intensidad se va desdibujando, hasta encontrarse con las fronteras mismas de la culpa consciente o con representación, que se presenta cuando el sujeto ha previsto la realización del tipo objetivo como probable (aspecto cognitivo), pero confía en poder evitarlo". Aquí la Sala Casacional hace una mezcla de dos teorías para definir al dolo eventual, por un lado la teoría de la probabilidad de corte objetivo, en tanto se refieren a una probabilidad subjetiva, en la que incluso toda duda con relación a aspectos emocionales como "confiar", o inclusive mediando intención, quedan reducidos al dolo, aunque sea ínfima la probabilidad representada; sin embargo luego hace alusión al "confiar en poder evitarlo", tesis de corte subjetivista, de actitud interna, como sucede en las teorías del consentimiento o aprobación, donde prima la voluntad del sujeto "querer" desde el juicio de valorabilidad que se le dé a la voluntad, como un auténtico desear (elemento psíquico) y no en sentido normativo.
8. Así en las teorías del asentimiento consagran la representación que tiene el sujeto del resultado, y asienten con el mismo que se pueda producir, hay consentimiento de parte del sujeto en que el resultado se produzca, incluso teniendo la confianza que dicho resultado no se produzca; en tanto que en la tesis de la probabilidad, el sujeto verifica como muy probable la producción del resultado, incluso por existir factores que hacen previsible de manera objetiva la

producción del mismo, originando de esa forma una capacidad de evitación, y el sujeto no hace nada para conjurar ese resultado. Así en “la teoría de la probabilidad o de la representación enfatiza en el componente cognitivo del dolo. Para esta teoría existe dolo eventual cuando el sujeto se representa como probable la realización del tipo objetivo, y a pesar de ello decide actuar, con independencia de si admite o no su producción”.

9. Esta tesis se complementa de mejor manera y da forma a la previsibilidad objetiva, que es el anticipo finalmente de las tesis procesalistas, donde se verifican situaciones objetivas de previsibilidad, que evidentemente por tratarse de aspectos fácticos, tienen que ser debidamente anticipados a través de datos empíricos; y que mejor se ajustan a una moderna conceptualización del concepto-objeto del dolo.
10. Así mismo hay una confusión con las teorías volitivas, cuando se señala “dejó librado al azar” propia de aquellas, que rezan que el dolo eventual es “darse cuenta del riesgo, y dejan librado al azar” confiando incluso en que el desenlace no se produzca.
11. En uno de los extractos de la sentencia, se observa una precisión referida, en lo que deba entenderse por dolo como forma básica que no se contraponga a su propia naturaleza de estar intrincada con dos elementos fundamentales; así la resolución señala lo siguiente: *“Las dificultades surgen de sus similitudes estructurales. Tanto en el dolo eventual como en la culpa con representación o culpa consciente el sujeto no quiere el resultado típico. Y en ambos supuestos el autor prevé la posibilidad o probabilidad de que se produzca el resultado delictivo. Por lo que la diferencia entre una y otra figura termina centrándose en la actitud del sujeto agente asume frente a la representación de la probabilidad de realización de los elementos objetivos del tipo penal”*
12. En ese extracto se ve una concepción errónea de diferenciación cuando menciona que tanto en el dolo eventual, como en la culpa con representación, el sujeto no quiere el resultado típico; entonces que razón tendría por decirlo menos que con la teorías de la aprobación o consentimiento, se indique que en el dolo eventual el sujeto se le representa el resultado y lo deje “librado al azar”, o lo consciente o lo aprueba, mientras que en la culpa con representación, el sujeto no quiera el resultado y confié en que no se producirá; para luego decir que la diferencia entre una y otra figura termina centrándose en la actitud interna del

sujeto frente a la representación de la probabilidad de realización del resultado; de todos modos se trata de una solución que no lleva a buen puerto, en tanto sin dejar de mencionar que se hace referencia a la teoría de la probabilidad de corte totalmente subjetivista (representación de probabilidad), pues nuevamente la solución sería la actitud interna que tome el sujeto, pues aquí se aprecia un rezago de las teorías eclécticas, donde lo principal es que el sujeto luego de verificar seriamente el resultado, sea su actitud interna la que defina la diferencia entre dolo eventual con culpa con representación, es decir “tomo en serio” o “no tomar en serio” el peligro, ubicándolo siempre en el elemento volitivo y no cognitivo del actuar del sujeto, lo que nos lleva a soluciones impensadas; es decir privilegiar el elemento volitivo sobre el cognitivo. **Así tendríamos que mediando intención, aunque la probabilidad de producción del resultado sea escasa, de todas formas debería afirmarse la concurrencia de dolo;** lo que no profesa la teoría de la probabilidad, fundamentada en un juicio objetivo.

13. Por estas razones la Sala considera que la “diferenciación entre dolo eventual y culpa consciente” no es una diferencia estrictamente legal, sino que a través de este marco normativo se pueden fijar las estructuras típicas a nivel subjetivo. Lo cual ha hecho que en apariencia las definiciones de ambas categorías hayan devenido en simples; esto es que se admita o bien la concurrencia de dolo eventual o culpa en general, o que se interprete que el contenido del dolo se satisfaga solamente con la concurrencia del elemento cognitivo. La regulación sobre el error de tipo o de derecho, ha sido interpretada como indicador de la admisión suficiente del elemento cognitivo del dolo, pretendiendo y arribando a la conclusión que en esta figura solo se exija la inexistencia del conocimiento del agente de algún elemento del tipo penal o de la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción (inexistencia del dolo cognitivo).
14. Lo que hubiese sido interesante es haber anotado en la Sentencia materia de evaluación, que el Juez tiene aparejado en sí mismo un deber constitucional, que viene dado por el hecho que es él quien interpreta la Ley conforme a su “sentido teleológico y racional en una sistemática de unidad de interpretación de todo el derecho”; cuestión que resulta importante dado que permite hacer una interpretación de dolo e imprudencia desde un sentido normativo valorativo, lo cual importaría que finalmente sean los Jueces los que apliquen el Derecho conforme a una relación lógica-teleológica de las normas del ordenamiento penal

–normas primarias (directivas de comportamiento, para los individuos) y normas secundarias (sancionatorias que los jueces deben aplicar), pues en el orden de las normas primarias de directivas de conducta, constituyen su objeto, el dolo o la culpa.

15. En nuestro ordenamiento Peruano, la sanción es general para los delitos dolosos, en tanto que es excepcional para los delitos culposos, siendo que la intensidad de la reacción penal para los delitos dolosos es mayor que para los culposos, es decir es más extensa la punibilidad en los actos dolosos que en los culposos.
16. La Sala casacional de a pocos se va enmarcando en la teoría de la probabilidad o de la representación; poniéndose énfasis en el componente cognitivo del dolo. Para esta teoría existe dolo eventual cuando el sujeto se representa como probable la realización del tipo objetivo, y a pesar de ello decide actuar, con independencia de si admite o no su producción; es decir –como se señaló *supra* “*aun mediando intención, aunque la probabilidad de producción del resultado sea escasa, de todas formas debería afirmarse la concurrencia de dolo*”. Y es culposa cuando no se representa esa probabilidad, o la advierte lejana o remota.
17. La teoría de la probabilidad pone el acento en una cuestión motivacional, pero se diferencia de la teoría del consentimiento, en que esta última entra a valorar los deseos o intenciones del sujeto, mientras que los defensores de la teoría de la probabilidad se limitan a constatar un déficit de motivación del sujeto sin que importen sus causas, así en la teoría de la probabilidad pone el acento en una cuestión objetiva y concreta, pues lo que se sanciona es que el sujeto **prevea como probable la realización del tipo objetivo**, y no obstante ello decida actuar, con total menosprecio de los bienes jurídicos puestos en peligro; desde ahora, es importante precisar que la representación en esta teoría (aspecto cognitivo) está referida a la *probabilidad* de producción de un resultado antijurídico, y no al resultado propiamente dicho, o como lo sostiene un sector de la doctrina, la representación debe recaer, no sobre el resultado delictivo, sino sobre la conducta capaz de producirlo, pues lo que se sanciona es que el sujeto **tenga como previsible la probable realización del tipo objetivo**, y no obstante ello decida actuar, con total menosprecio de los bienes jurídicos puestos en peligro.
18. La concepción que estatuye la Sala, del concepto de probabilidad es de índole objetiva y no subjetiva, como es el caso que: “el sujeto se representa como



probable, siendo necesario un juicio objetivo de probabilidad que vendrá determinado por la propia racionalidad del sistema, esta vez basándose en un concepto de probabilidad lógico y no subjetivo”, como sucede con las teorías de la representación con probabilidad de resultado. Al respecto, en la literatura penal contemporánea entiende que la diferencia entre dolo e imprudencia es de grado, como lo sostienen, aunque levemente, las teorías de la representación. *El primer renacimiento de las teorías de la probabilidad.*

19. Hasta aquí se hace necesario hacer la precisión, acorde con el método operacional, de la previsibilidad, en que esta debe obedecer a una hipótesis objetiva que la sustente, es decir una hipótesis objetiva de probabilidad de la realización del suceso, en base ello, podremos verificar que tan previsible le era para el sujeto la realización del hecho, así mismo esa previsibilidad, entra en grado de relación directamente proporcional con la capacidad de evitabilidad del sujeto para actuar, debiendo todos estos factores analizarse en el ámbito de la cognoscibilidad, en aspectos externos. Es decir para llegar a determinar o formar una hipótesis objetiva de previsibilidad de acaecimiento del resultado, debemos verificar el conocimiento de las circunstancias fácticas, así como los datos psíquicos con que contaba el sujeto antes de tomar la decisión de continuar (tomar en serio el peligro pero ubicado en el ámbito de la cognoscibilidad del agente), ello no es otra cosa que los indicadores objetivos de los que Ragués i Vallés trata (*vid supra*).
20. De esa forma el procedimiento se decanta no en la subjetividad de la argumentación basada en el simple postulado de “lo que al sujeto se le representa” (esto es pretender suponer lo que pasa por la psiquis del sujeto), sino un procedimiento a la inversa, es decir partir de lo externo, para llegar a determinar de manera objetiva, (basándose en las circunstancias de hecho, datos de la misma naturaleza, acontecimientos empíricos, etc.), el grado de previsibilidad que el sujeto tuvo en relación a la probable producción del resultado; de esa forma llegar a determinar desde lo exterior, -de manera objetiva- hacia la psiquis del sujeto, si este pudo juzgar (es más si debió juzgar) objetivamente el riesgo de realización del resultado lesivo al bien jurídico; y que aun así continuó con el desarrollo de su acción.
21. En esa medida de la propia Resolución Casacional tenemos como datos a evaluar los siguientes:

1. “Que el procesado **Rodolfo Sebastián Sánchez Rincón** es piloto de aeronaves comerciales y que de su proyecto de formación hizo parte una materia denominada “*Programa de Prevención de Alcohol y Drogas*”.
2. “Que en su hoja de vida como conductor de vehículos reporta varias órdenes de comparendo, entre las que se cuentan algunas por conductas peligrosas, como manejar a una velocidad superior a la permitida”.
3. “Que la noche del 23 de agosto de 2007 acudió a una fiesta con motivo de la celebración del cumpleaños de su novia, en la calle 145-A con carrera 21, donde permaneció desde las 11 de la noche, bebiendo licor, hasta las cuatro de la mañana, cuando resolvió dirigirse a su casa en una camioneta Toyota Prado, en estado de ebriedad”.
4. “Que esa noche ingirió bebidas alcohólicas y sustancias estupefacientes. Los análisis de alcoholemia arrojaron un grado de concentración en la sangre de 181 mililitros por ciento, y los de toxicología resultados positivos para cannabis”.
5. “Que al abordar el vehículo se hallaba en capacidad de comprender la ilicitud de su comportamiento y de determinarse de acuerdo con esa comprensión, y que cuando lo hizo estaba orientado y en capacidad de percibir la realidad”.
6. “Que al abandonar la casa de su novia tomó la avenida 19 hacia el sur y que en la intersección de la avenida calle 116 hizo el cruce encontrándose el semáforo en rojo y a una velocidad que oscilaba entre 65 y 97 kilómetros hora”.
7. “Que al cruzar la avenida calle 116 chocó violentamente contra una camioneta Nissan que se movilizaba de occidente a oriente por la referida arteria, causando la muerte de sus dos ocupantes”.
8. “Que momentos antes del impacto estuvo cerca de chocar un taxi que transitaba delante de la camioneta impactada, el cual, al llegar a la intersección de la carrera 19, giró a la izquierda, en contravía, para tomar la calle 116 en sentido contrario (de oriente a occidente)”.
9. “Que cuando el taxista hizo el giro prohibido la camioneta del procesado se hallaba a una distancia de entre 54 y 80 metros”.

10. “Que el taxista se bajó del vehículo y se dirigió al lugar del accidente, bajó al procesado de la camioneta que conducía, y que al interpellarlo por lo ocurrido le respondía con frases sin sentido, como tranquilo, que no ha pasado nada, soy hijo de Uribe”; y,
  11. “Que en el lugar de los hechos no se hallaron huellas de frenada”.
19. Se trata de verificar a través de estos **hechos objetivos**, y datos, como el peligro legitimado, entre otros, que nos lleve afirmar que el conductor haya estimado como altamente probable la producción del resultado; en consecuencia, la hipótesis objetiva de que Sánchez Rincón le era probable la producción del resultado viene dada, por los siguientes hechos debidamente corroborados como datos empíricos: 1. Su formación en programa de prevención de drogas y alcohol, como parte de un curso de su formación como piloto de aeronaves. Es totalmente evidente en este curso de formación, que se hayan tocado temas de lo letal que puede resultar manipular una aeronave estando en estado etílico, y que nada menos que el alcohol, reduce los estándares de respuesta de reflejos corporales, frente a cualquier eventualidad que se pueda presentar en la conducción, que no solamente alcanza a aeronaves, sino a vehículos automotores en general, pues no solamente tiene ello como consecuencia sino, la reducción de la percepción, aminoramiento de la capacidad visual, de la capacidad auditiva, adormecimiento de la capacidad de reacción mental, cognitiva, etc., que sin duda incrementan considerablemente la entidad del peligro. 2. Que la noche de sucedido el accidente había ingerido bebidas alcohólicas. Tomando como premisa lo señalado en el punto precedente, a pesar que tenía conocimiento de los alcances de la ingesta de alcohol y el peligro que representa en la conducción de vehículos automotores, se decide ir a la fiesta y libar licor en excesiva cantidad de acuerdo a los resultados del dosaje etílico que se le practicó. 3. La prohibición de manejar en estado de ebriedad, de por si se argumenta de su propio sentido de disposición normativa, y que en el caso de los conductores de vehículo, de acuerdo a la observancia del deber de cuidado, más que estar obligados a conocerla, se ha convertido, en conocimiento de dominio público; 4. Haberse cruzado un semáforo en rojo, y haber estado a punto de impactar otro vehículo antes la colisión final con el consecuente resultado muerte.

20. Todos estos elementos constatables empíricamente, conllevan a formar una hipótesis de carácter objetivo, la cual quedaría determinada de la siguiente manera: A Sánchez Carrión le era alta y objetivamente previsible que el resultado se produzca (probabilidad del resultado), por ende su capacidad de evitación, lo habilitaba totalmente para haber podido romper con la cadena sucesoria de sus actos, pero a pesar que tenía todo el conocimiento privilegiado de lo que podía suceder (si continuaba), se decidió por hacerlo así.
21. El elemento subjetivo del delito sólo puede definirse a partir de las particularidades del caso específico, es decir, de un razonamiento inductivo que comprenda el análisis de los distintos factores (datos empíricos, circunstancias de orden fáctico que rodean la propia actuación del sujeto) que convergieron a la producción del resultado, pues sólo a partir de su conocimiento y estudio puede determinarse si el sujeto actuó con consciencia y voluntad en la producción del resultado –típico-, si lo quiso en forma directa o indirecta, o si solo lo pudo prever en forma eventual, o si actuó dentro de los marcos propios de la conducta imprudente.
22. En el caso analizado, múltiples son los elementos de juicio que permiten advertir que el procesado tenía conocimiento amplio de los riesgos que implicaba conducir bajo los efectos del alcohol, o de sustancias estupefacientes, o con desbordamiento de las velocidades reglamentariamente permitidas, y que podía discernir, en el plano de lo abstracto, sobre los peligros inherentes a estos comportamientos.
23. El otro punto de reproche tiene directamente que ver con las características objetivas del riesgo generado, es decir “la producción del resultado típico debe evaluarse dentro del contexto de un aumento del riesgo permitido; dicho conocimiento no debe implicar una evaluación estadística, por parte del agente, de la probabilidad del daño”; en tanto ello “el criterio diferenciador del dolo eventual y la culpa con representación en los delitos de circulación de automotores, propuesto por un sector de la doctrina que considera que el dolo debe determinarse no sólo en atención a lo que el sujeto previó y decidió, sino frente a criterios de contenido objetivo, como la intensidad o calidad del riesgo”. Es decir, la idoneidad de la entidad de peligro concreto con la consecuente concientización de la situación fáctica objetiva de probabilidad de que el resultado se produzca.

24. La probabilidad, debe analizarse no en sentido de datos estadísticos, sino en un sentido comparativo como probable, siendo necesario un juicio objetivo de probabilidad que vendrá determinado por la propia racionalidad del sistema, esta vez basándose en un concepto de probabilidad lógico.
25. Lo que se postula de manera general en los casos de creación de riesgos menores que causan resultados antijurídicos, es que en ellos el conocimiento de la probabilidad de producción del resultado se mantiene en el plano de lo abstracto, no tan avisible por la consciencia misma del sujeto, no llega al plano de lo objetivo observable empíricamente como una pluralidad de indicadores, sin descender a lo concreto, porque siendo el riesgo menor el sujeto no llega a ser consciente del resultado específico, porque tomando las previsiones del caso le es seguro evitar el resultado, o simplemente porque hacerlo se ha convertido en el desarrollo de la actividad de circulación, que acaba por eliminar de forma objetiva el peligro en el caso concreto.
26. En consecuencia el Conocimiento privilegiado, que se hace verificar a través de circunstancias objetivas, datos constatables empíricamente, de probabilidad de producción del resultado, y que por tal origine en el sujeto como verificable la previsibilidad objetiva del acontecimiento o peligro concreto; y que en tanto ello, sea del mismo modo proporcional la capacidad de evitación del mismo; y aun así decida continuar; fundamentan el dolo eventual.
27. En cuanto a la decisión de continuar, en el concepto tradicional de dolo, se trataba acerca de sus elementos como el conocimiento y voluntad; éste concepto tradicional de dolo hace referencia en cuanto a la voluntad, desde un punto de vista psicologista, en el sentido de entenderse por “querer el resultado”, en tanto que hoy en día la voluntad, es sencillamente la “decisión” hacia continuar con el “normal” desenvolvimiento de la acción emprendida hacia el resultado representado (el ataque del bien jurídico protegido), pero no porque exista una determinación del sujeto, entendida esta como “el querer el resultado”, sino que sencillamente continua su accionar, la misma que para ser tal, obviamente está dotada de una voluntad (sin juicio de valorabilidad); no puede haber acción si no es porque está dotada de voluntad, ésta es inherente a la acción.
28. No está demás anotar, que no es lo mismo ocasionar la muerte de una persona, sobrepasando levemente límites de velocidad permitidos, a causarla inobservando los topes que los reglamentos de tránsito establecen; o causar el

mismo resultado porque el sujeto se distrajo respondiendo el celular, a ocasionarlo porque se sobrepasa un semáforo rojo, o porque invade en curva el carril contrario; a que se produzca porque estuvo conduciendo el vehículo, en estado de ebriedad sobrepasando los límites permitidos de alcohol en la sangre.

29. Es decir los casos de creación de riesgos menores que causan resultados antijurídicos, es que en ellos el conocimiento de la probabilidad de producción del resultado se mantiene en el ámbito de lo abstracto, sin descender a lo concreto, porque siendo el riesgo menor, el sujeto no se representa el resultado específico, o porque previéndolo confía en poder evitarlo, o simplemente porque hacerlo se ha convertido un hábito en el desarrollo de la actividad de circulación, que acaba por eliminar la representación del peligro en el caso concreto".

Por ende Sánchez Carrión no hizo los esfuerzos necesarios para conjurar el peligro, aun teniendo capacidad de evitabilidad del resultado, a pesar de los indicadores evidentes de seguridad, que como datos fácticos, el sujeto en mención tenía conocimiento, por ende le era totalmente objetivizable una situación de probabilidad del accidente de tránsito, por ende, llegamos a la conclusión que existía en él una previsibilidad objetiva en relación al hecho (le era previsible), juzgó objetivamente el riesgo de realización del tipo penal, con un alto grado de probabilidad; por ende tenía la capacidad de evitación del resultado, al saber objetivamente lo que podía pasar, aceptando esa entidad del peligro como tal, de mantenerse en esa esfera situacional originada por él mismo.

### **1.3. POSTURA**

1. Cuando señalábamos en los acápites anteriores, que la Sala casacional, fue de a pocos enmarcándose en la teoría de la probabilidad, nos parece correcto; enfatizando el componente cognitivo del dolo, cuando el sujeto tiene como probable la realización del tipo objetivo, juzgando objetivamente el riesgo de realización del resultado, con un alto grado de probabilidad, y a pesar de ello decide actuar, al margen si admite o no su producción.
2. La teoría de la probabilidad en su aspecto objetivo, se limita a valorar un déficit de las motivaciones que pueden surgir en el sujeto, así, si la probabilidad objetiva de que el resultado se realice es baja o muy baja, debe negarse el dolo, aun cuando el sujeto quería su realización; es decir la teoría de la probabilidad pone el acento

en la cuestión objetiva y concreta de la probabilidad de la producción del resultado (claro está, no al resultado en si mismo); el sujeto debe prever como probable la realización del tipo objetivo, y no obstante ello se decide a actuar.

3. En tanto ello, como se señalaba el concepto de probabilidad es de índole objetivo; siendo necesario, entonces, la emisión de un juicio objetivo de probabilidad que ha de venir determinado por un tema de racionalidad del sistema, basándose en un concepto de probabilidad lógico; para ello es de exigencia la construcción de un método operacional, que permita verificar, la previsibilidad; ésta debe obedecer a una hipótesis objetiva que la sustente, es decir una hipótesis objetiva de probabilidad de la realización del suceso, en base ello, podremos verificar que tan previsible le era para el sujeto la realización del hecho, así mismo esa previsibilidad, entra en grado de relación directamente proporcional con la capacidad de evitabilidad del sujeto para actuar, debiendo todos estos factores analizarse en el ámbito de la cognoscibilidad, en aspectos externos.
4. Como se señaló *supra*: De esa forma el procedimiento se decanta no en la subjetividad de la argumentación basada en el simple postulado de “lo que al sujeto se le representa” (esto es pretender suponer lo que pasa por la psiquis del sujeto), sino un procedimiento a la inversa, es decir partir de lo externo, para llegar a determinar de manera objetiva, (basándose en las circunstancias de hecho, datos de la misma naturaleza, acontecimientos empíricos, etc.), el grado de previsibilidad que el sujeto tuvo en relación a la probable producción del resultado; de esa forma llegar a determinar desde lo exterior, -de manera objetiva- hacia la psiquis del sujeto, si este pudo juzgar (es más si debió juzgar) objetivamente el riesgo de realización del resultado lesivo al bien jurídico; y que aun así continuó con el desarrollo de su acción.
5. Es decir para llegar a determinar o formar una hipótesis objetiva de previsibilidad de acaecimiento del resultado, debemos verificar el conocimiento de las circunstancias fácticas, así como los datos psíquicos con que contaba el sujeto antes de tomar la decisión de continuar (tomar en serio el peligro pero ubicado en el ámbito de la cognoscibilidad del agente).
6. Se hace necesario conformar una hipótesis de relevancia o también de probabilidad, partiendo primero que para que un “dato psíquico, físico o empírico, pueda ejercer influencia en el grado de previsibilidad objetiva, (que debió tener el sujeto), del apartamiento de una norma directiva de conducta, es necesario

considerar su idoneidad”. Como lo señalábamos líneas arriba la “entidad del peligro inherente a la acción de un sujeto o el peligro que este genere, son datos empíricos, a tener en cuenta para llegar a determinar, si su influencia, razonó el apartamiento de la norma de comportamiento, de forma privilegiada o atenuada”, que nos arroja el grado de previsibilidad que le era exigible al autor, para la evitabilidad del resultado; “la segunda regla de relevancia establece que si un estado mental es de carácter racional, en el contexto del caso concreto; por ende debe tomarse en cuenta para efectos de la formulación de la hipótesis objetiva de probabilidad, eh allí el sustento del reproche doloso e imprudente. Si, por el contrario, el estado mental no es de carácter racional, entonces éste es irrelevante y no deberá ser considerado en la formulación de la hipótesis objetiva de probabilidad”. La valoración integral de todas las circunstancias que concurrieron, suministra fundamento suficiente para inferir que las condiciones personales del sujeto hacían previsible ello.

- “Dato físico de la muy elevada entidad del peligro inherente a la acción u omisión del sujeto, este dato es idóneo para conformar la hipótesis objetiva de relevancia, que finalmente va ilustrar el grado de probabilidad del suceso”. “El dato psíquico de la representación del “siniestro, es decir, el de la posibilidad”. La posibilidad de que Sánchez Rincón provocara un accidente de tránsito (resultado), en el que tuviera como consecuencia personas fallecidas o lesionadas, se materialice, pero teniendo el sujeto la previsibilidad objetiva de evitar el resultado de forma privilegiada. Se tiene como prohibido la ingesta de bebidas alcohólicas, ese conocimiento que se tiene de las normas de prohibición, no hacen sino aumentar la valoración o enjuiciamiento que pueda hacer el sujeto de manera objetiva en relación al riesgo de realización del resultado lesivo, como altamente elevado, y aun así asiente con el resultado, o continúa con su acción; pues el sujeto no hace nada para evitarlo, no solamente por la violación de las normas de tránsito en que incurría, sino por la no actualización (emisión de un enjuiciamiento de valoración de su conducta) de la injusticia de su obrar.
- se verifica a través de los siguientes datos:
  - Tenía conocimiento por su formación en programa de prevención de drogas y alcohol, como parte de un curso de su formación como piloto de aeronaves que pilotear un vehículo automotor en estado



etílico, reduce los estándares de respuesta de reflejos corporales, frente a cualquier eventualidad que se pueda presentar en la conducción, la reducción de la percepción, aminoramiento de la capacidad visual, de la capacidad auditiva, adormecimiento de la capacidad de reacción mental, cognitiva, etc., que sin duda incrementan considerablemente la entidad del peligro.

- Que tenía conocimiento de los alcances de la ingesta de alcohol y el peligro que representa en la conducción de vehículos automotores, se decide ir a la fiesta y libar licor en excesiva cantidad de acuerdo a los resultados del dosaje etílico que se le practicó.
  - La prohibición de manejar en estado de ebriedad, de por si se argumenta de su propio sentido de disposición normativa, y que en el caso de los conductores de vehículo, de acuerdo a la observancia del deber de cuidado, más que estar obligados a conocerla, se ha convertido, en conocimiento de dominio público. Permitiéndole actualizar sus conocimientos sobre los riesgos de su inobservancia y la probabilidad de producción de un resultado lesivo, ya no en abstracto, sino en concreto (aspecto cognitivo). Y si sumado a ello decide actuar, como lo hizo en el presente caso el procesado, sin realizar ninguna maniobra que permita afirmar voluntad de evitación, la conclusión que emerge nítida es que dejó la no producción del resultado al azar y que actuó por tanto con voluntad dolosa (aspecto volitivo).
  - Haberse cruzado un semáforo en rojo, y haber estado a punto de impactar otro vehículo antes la colisión final con el consecuente resultado muerte.
- Previsibilidad objetiva, ¿le era previsible objetivamente el resultado a Sánchez Carrión?, ¿es razonable pensar que dejando de lado u obviando - en tales condiciones o circunstancias (*supra*)- las medidas de aseguramiento, el resultado no se hubiese producido?, finalmente ¿pudo juzgar de manera objetiva el riesgo de realización de la muerte de las víctimas?. En el caso que nos ocupa constituye un caso grave de “ignorancia deliberada”; el sujeto “deliberadamente omitió sus deberes de

aseguramiento” y por esta razón no tuvo la oportunidad de conjurar el peligro creado, pese a la amenaza objetiva de *poena naturalis*.

- Esta “previsibilidad objetiva-privilegiada” de conjurar el peligro creado, y la entidad (alta-aumento del riesgo) del peligro generado deben ser consideradas como datos relevantes para la conformación de la “hipótesis de probabilidad”, o lo que vendría a ser lo mismo, que el conjunto de datos fácticos de carácter objetivo van a dar respuesta a una hipótesis formulada de manera objetiva, que la probabilidad de que el resultado se produzca es alta, de allí que al sujeto concientice de manera objetiva el grado de previsibilidad respecto del suceso, lo prevea con total objetividad de que éste se produzca.
  - “La amenaza objetiva de *poena naturalis* del sujeto (de colocar en peligro su propia vida) frente a la magnitud del riesgo de realización del resultado que se produjo –creado-, aparece como una manifestación objetivamente extravagante, por tanto irrelevante para la conformación de la hipótesis”. La hipótesis de probabilidad queda constituida por dos datos: “por un lado la relevante entidad del peligro creado –riesgo de realización del resultado muerte, y por el otro la previsibilidad objetiva de carácter privilegiada, por ende la capacidad que tuvo el sujeto al dejar de lado sus deberes de aseguramiento, de tal manera que no pudo neutralizar, la alta entidad del peligro creado”.
7. En síntesis: “La previsibilidad objetiva del resultado”–accidente de tránsito, con subsecuente muerte, al momento de la acción/omisión (pues el conocimiento de los datos psíquicos, físicos, fácticos, normativos, y las circunstancias que rodeaban al hecho; a los que nos hemos referido *supra*) hacían, de ese conocimiento, uno de carácter objetivamente privilegiado; en consecuencia en el caso bajo análisis concurre dolo. (dolo eventual)

### ***CAPÍTULO III***

***DISCUSIÓN DE RESULTADOS***  
***CONCLUSIONES***  
***RECOMENDACIÓN***  
***PROYECTO DE LEY***  
***REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS***

## **DISCUSIÓN DE RESULTADOS.**

1. Se hace necesario poder establecer un concepto de dolo que fundamente, porque en los “delitos contra la vida, el cuerpo y la salud”, originados por accidentes de tránsito, por conductores ebrios, deben responder a título de dolo y no de culpa?, en ese sentido se hace necesario poder verificar un concepto de dolo, que justifique adecuadamente porque en ese tipo de delitos si concurre el mismo.
2. EL Dolo, a lo largo de los últimos treinta años, ha evolucionado pasando por distintas posiciones conceptuales que han ido variando de acuerdo a la visión de cada uno de los autores que ha dedicado sus esfuerzos al estudio de esta tema en particular encontrando la mayor dificultad en quienes ha pretendido diferenciar el dolo eventual de la culpa consciente; siendo que para ello se han elaborado distintas teorías que aparecen hoy, cada una de ellas, como la más adecuada para acentuar las diferencias entre ambas categorías, la mayoría de ellas basándose en actitudes internas, del sujeto que fundamentarían la inclusión del dolo como conocimiento y voluntad, es decir el elemento volitivo siempre habría caracterizado al dolo. No dejando de mencionar, que esa postura, siquiera en su momento pudo resolver los problemas que se presentaron, cuando de casos de dolo con consecuencias necesarios, se trató.
3. De ese modo el dolo estaría conformado por un aspecto psíquico que debía que buscarse en la cabeza del autor, el “querer” como su elemento sustentatorio a nivel volitivo; sin embargo resulta de difícil comprensión aceptar esta postura, pues devendría en imposible llegar a determinar, que es lo que pasa por la mente del sujeto al momento o a antes de la comisión de un evento delictivo.
4. Una diferencia punitiva tan relevante, - que es el caso que nos ocupa- y en general un tratamiento jurídico penal tan diferente como el existente entre los comportamientos dolosos y culposos, presupone la existencia de razones que justifiquen dicho tratamiento, de manera que no se entregue a la discrecionalidad del intérprete decidir sobre lo que es doloso o no. De allí que una adecuada dogmática del dolo implique dos aspectos a considerar: en primer término, el derecho positivo vigente, al menos mientras de lo que se trate, sea de aplicarlo y no sólo de especular sobre la manera como debería ser; y, en segundo lugar, de auscultar sobre las razones que conforme al derecho positivo fundamentan la mayor punición del dolo

respecto de la culpa y conforme a ello establecer los criterios jurídicos de diferenciación.

5. Para decirlo de modo metafórico “el dolo como concepto disposicional” no se forma en la cabeza del autor, sino en la “psiquis del juez”. De este modo, ya no es necesario ponerse en lugar del autor y desde allí hacer una valoración para determinar si tal sujeto conocía las circunstancias del hecho o el carácter prohibido de su actuación”. Por el contrario, teniendo en cuenta que el dolo es en última instancia la imputación de una forma del conocimiento (aquella que se estima penalmente relevante), debe partirse del contexto de la acción, pues ésta permitirá emitir un juicio de valor y determinar lo que el sujeto debía saber y conocer al momento de realización de la conducta concreta, de acuerdo al rol en la circunstancia dada y, por consiguiente, si conocía que con ella superaba el riesgo jurídicamente tolerado (incremento del riesgo jurídicamente desaprobado). En suma no sería otra cosa que la previsibilidad objetiva o el enunciado objetivo de probabilidad del resultado.
6. El concepto tripartito de dolo no se encuentra establecido en nuestro Código Penal, ni tiene su fundamento en la pena, queda claro que esa tripartición no es más que una elaboración conceptual que se determina a partir de la observación de realidades pretendidamente psíquicas, que transpoladas en un concepto, en nada ayudan a determinar cuando el sujeto actúa de esa forma; máxime si se tiene en cuenta que, lo que hace, que un hecho sea doloso, finalmente es la actuación a pesar de la consciencia de la entidad del peligro, lo cual encuentra correlato en los tipos penales; sin embargo allí es donde se da cabida a verificar elementos de actitud interna, con la finalidad de pretender entrar en la mente del sujeto, (teorías volitivas, del asentimiento, de la aceptación, de la aprobación, de la probabilidad en sentido subjetivo, de la representación; que se estructuran en base a tecnicismos como: “confiar en”, “el sujeto asintió”, “consintió”, etc), para verificar intencionalidad o certeza.
7. El problema del tipo subjetivo a la que deben adecuarse un hecho típico (constitutivos de un evento de culpa con representación, o constitutivos de un evento de dolo eventual), deviene en la decisión de la circunstancia a la forma de tipo subjetivo a la que se adecuan esos hechos, o lo que es lo mismo, debe determinarse si se trató de un caso de infracción de deber objetivo de cuidado seguido de la producción de resultados antijurídicos, o en lugar de ello, de un evento de previsión y

aceptación de una probable infracción penal dejando su no producción librada al azar, lo que significa una imputación a título de dolo; lo que nos lleva a sostener que el elemento de cognoscibilidad que debe poseer el agente se acentúa en el conocimiento de las circunstancias que rodean al hecho, del cual él es el actor o el artífice para que tenga lugar el mismo, así como el conocimiento de las normas que regulan el cauce de esas circunstancias; en tanto ello -en el trabajo que nos ocupa-, se debe verificar la valoración integral de todas aquellas que concurren en el hecho, como las condiciones personales del agente, sus antecedentes como conductor, su irresponsable decisión de conducir en estado de ebriedad, la manifiesta inobservancia de las normas de tránsito y el evento sucedido solo momentos antes de que se produzca la colisión; lo que nos lleva a sostener con bastante holgura y claridad, la altísima probabilidad de que en razón de su actuación se le represente un resultado antijurídico, y no obstante ello, a pesar de esa situación, obrando con total indiferencia por el respeto que le merecen las normas jurídicas y los derechos de terceros, mantiene su forma de obrar, comportamiento indicativo de que aceptó la probable producción de la infracción penal y la dejó librada al azar. Teniendo en ese contexto, la producción del resultado (muerte o lesiones), es que ha de satisfacerse, que ese accionar no es meritorio de una imputación a título de culpa sino de dolo.

8. Esta forma de apreciar el contenido del dolo, evidentemente, se distingue de la tradicional concepción según la cual el dolo se define como la consciencia y voluntad de la realización de los elementos objetivos del tipo penal; es decir, se halla constituido por una especial relación objetiva entre el autor y la lesión del bien jurídico penalmente protegido. Esta marcada diferencia en la configuración del dolo se explica palmariamente si se considera, por una parte, el contexto en que fueron y son formulados los conocimientos; hasta hoy los planteamientos tradicionales y, por otra, la función que se le atribuye al Derecho penal. De este modo, si se entiende que el Derecho penal tiene por objeto proteger bienes jurídicos (v. gr. la vida, el cuerpo, el patrimonio) de ataques dirigidos a lesionarlos, resulta claro que “las acciones más graves serán aquellas que, en un plano subjetivo, se encuentran impulsadas por una voluntad o intención específicas de conculcar el bien jurídico”.
9. Siendo ello así, el dolo no puede ser definido como conocimiento y voluntad, baste verificar el caso del dolo de segundo grado para poder determinar que no existe voluntad de causar el daño, sin embargo, si existe el conocimiento del riesgo que implica la realización de la acción.

10. Es así que tenemos, que las definiciones de dolo (tradicionales tripartita) no solucionan adecuadamente los casos que se presentan en los que se deba distinguir, entre, si el sujeto actuó con dolo –eventual, o culpa consciente, existiendo una confusión e en su delimitación, lo veíamos en al análisis de la Casación emitida por la Corte Suprema Colombiana en el caso de Sánchez Rincón (Vid *supra*), así se ha considerado al dolo eventual, como la representación que tiene el sujeto de la probable realización del tipo objetivo (el delito) y a pesar de ello decide actuar, con independencia si admite o no su producción, considerando en el caso de la imprudencia, como la no representación de aquella probabilidad de cometer el resultado, o la advierte lejana o remota y confía en poder evitarla.
11. La Corte Suprema Colombiana, para poder diferenciar el dolo eventual de la culpa con representación ha señalado “se tiene en cuenta la claridad en cuanto a la culpa con representación el actor consciente del riesgo del bien tutelado, pero inútilmente procura evitar el resultado dañoso, es decir hay una voluntad, es decir un actuación por parte del actor para que no se dé el resultado dañoso, mientras que en el dolo eventual el agente se representa el resultado punible, pero no exterioriza ninguna actitud concreta orientada a impedirlo dejándolo al azar.
12. Si se analiza esta conceptualización, podemos darnos cuenta que es el mismo concepto que se ensaya tanto para el dolo eventual como la culpa consciente. De allí que incluso no tenga sentido, el hecho de la intencionalidad, es decir que la presencia de un elemento contundente a nivel volitivo, pueda suplir la ausencia de la cognoscibilidad de las circunstancias que califican la entidad del peligro; el sujeto podría tener toda la voluntad del mundo, pero si el proceso causal no es el más adecuado -observado objetivamente-, de nada serviría para sustentar el dolo, en tanto que a quien verdaderamente le constaría que el sujeto tuvo efectivamente en todo momento la vinculación con “querer” el resultado, pero apreciado desde lo externo, como es el caso de quien valora o emite un juicio de valor sobre la conducta del sujeto, ¿cómo podría saber lo que en realidad éste quiso?.
13. Por tanto el juicio de valor que emite un tercero -ha de ser siempre el operador jurídico- para tratar de determinar si es que el sujeto actuó de manera dolosa, encargándose de escudriñar el suceso concreto y probar el conocimiento del autor sobre la creación de un riesgo jurídicamente prohibido; se trata en consecuencia de un juicio de valor judicial, la pregunta es: ¿Qué es lo que debe tener en cuenta dicho operador para llegar a una conclusión válida y aceptable?; y por otro lado,

¿que tipo de juicio se le ha de exigir al sujeto que deba tener?, ¿un juicio de tipicidad?, o un juicio de valorabilidad del riesgo de dañar a otro, el que acarrea verificar un concepto de dolo, que justifique adecuadamente la imputación a dicho título.

14. El operador jurídico determina el dolo eventual al igual que el dolo directo, en la realidad (verdad judicial) acreditada con los medios de prueba, y casi en la mayoría, de la veces se alcanza a partir del examen de las circunstancias externas que rodean al hecho, como elemento plenamente subjetivo, para determinar que una persona actuó con la intención de causar la lesión al bien jurídico, o que se representó un resultado distinto del querido y lo asumió al no hacer nada para evitarlo, son realidades internas del individuo que se deducen de los datos físicos o datos empíricos objetivamente observables a través de los sentidos, que finalmente el Juez (operador jurídico), logra recopilar o conocer a través de los medios probatorios utilizados por la Ley (ver infra numeral ).
15. Ello es el preámbulo para que hoy en día no solamente en Latinoamérica, sea haya convertido en un problema poder delimitar el dolo eventual de la culpa consciente, el concepto de dejar librado al azar la realización del resultado típico, está condicionado al de “confiar en poder evitar”, que es lo que finalmente también estructura la culpa, en tanto que se ha tenido como su fundamento la infracción del deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto, por ser previsible o habiéndolo previsto confió en poder evitarlo; entonces si analizamos la expresiones de estas definiciones que se plantean mucho en la dogmática y de las que hemos tratado in extenso (vid *supra* las distintas tesis para definir el dolo eventual); tenemos que son iguales es decir “*prevista como probable y su no producción se deja librada al azar y habiéndola previsto confió en poder evitar el resultado*”, reflejan las mismas consecuencias que en la determinación de la imputación subjetiva; por lo tanto no existirían diferencias materiales, solamente obedecerían a distintos giros lingüísticos, y que hacen alusión a un componente volitivo, el mismo que en el caso del dolo, queda condicionado a la indiferencia que presenta el autor frente a los resultados, cuando ha incorporado a su acción el conocimiento del riesgo o peligro para el bien jurídico, sin embargo continúa su acción, es decir lo deja librado al azar.
16. Así, debe considerarse que el conocimiento que tiene el individuo, o el autor de la conducta punible, sobre el peligro concreto generado con su acción para los bienes



jurídicos, unido esto, al menos al conocimiento probabilístico del resultado en forma de su aceptación, son elementos suficientes para estructurar el dolo eventual, debe ponerse énfasis en el conocimiento; pero el factor volitivo debe verificarse para que así puedan darse los dos elementos típicos del dolo, quedando este factor reducido a la decisión del agente de realizar una conducta o de omitirla, a pesar que del conocimiento con el que cuenta frente los riesgos concretos y a los probables resultados, decisión que emerge evidentemente cuando existe una representación del peligro concreto y que se constata con la determinación del individuo de continuar actuando pese a que tiene ese conocimiento; por tal razón cuando el individuo tiene la representación concreta del peligro y del resultado frente a sus ojos (Es decir llegar a determinar o formar una hipótesis objetiva de previsibilidad de acaecimiento del resultado, verificando el conocimiento de las circunstancias fácticas, así como los datos psíquicos con que contaba el sujeto antes de tomar la decisión de continuar), y toma la decisión de realizar una conducta, o de omitirla a pesar de dicho conocimiento se configura el dolo eventual; por lo que resultaría vano que alegara que confiaba en el que resultado no se representaría o que contaba con que el resultado no se produzca por un azar del destino, o que no lo tomó en serio; pues la decisión, -es decir el elemento volitivo-, la voluntad de realizar la conducta, debe significar que asumió el resultado como propia consecuencia de su comportamiento.

17. De esa forma el procedimiento se decanta no en la subjetividad de la argumentación basada en el simple postulado de “lo que al sujeto se le representa” (esto es pretender suponer lo que pasa por la psiquis del sujeto), sino un procedimiento a la inversa, es decir partir de lo externo, para llegar a determinar de manera objetiva, (basándose en las circunstancias de hecho, datos de la misma naturaleza, acontecimientos empíricos, etc.), el grado de previsibilidad que el sujeto tuvo en relación a la probable producción del resultado; de esa forma llegar a determinar desde lo exterior, -de manera objetiva- hacia la psiquis del sujeto, si este pudo juzgar (es más si debió juzgar) objetivamente el riesgo de realización del resultado lesivo al bien jurídico; y que aun así continuó con el desarrollo de su acción.
18. Por otro lado es de anotar, que para que la conducta sea dolosa, tradicionalmente se exigía el conocimiento, de los hechos constitutivos de la infracción penal, sin embargo parece desacertado exigir al ciudadano, aún en un estado democrático de

derecho, que deba tener conocimiento de una descripción típica que viene refrendada en un tipo penal, a nivel normativo (valga la redundancia), solamente debería considerarse que el conocimiento exigido por el autor debe estar dado por la entidad de un peligro que legitimado por la sociedad como tal, le es exigible al sujeto conocer, por dicha razón; es decir que la sociedad en su conjunto lo ha convertido en máxima obtenida justamente por vivencias, experiencias, tradiciones contadas de generación en generación.

19. Así mismo es de considerar que el dolo debe sustentarse en el conocimiento como componente esencial, la pregunta es ¿qué debe de conocer el sujeto actuante?; pues como se señalaba *supra*: las circunstancias fácticas, psíquicas, obtenidas a través de los sentidos como datos empíricos percibidos por los sentidos, de cuyo resultado ha de provenir un juicio de valor (pero dado ¿por quien o por qué?), que lleva a la conclusión de la entidad del peligro que rodea al hecho, el cual se encuentra formado por la conducta del sujeto, el mismo que está dotado de la peligrosidad, del cual éste es totalmente consciente, ese juicio de valorabilidad que el sujeto emite sobre su conducta, y que en el nivel intelectual, hace que el sujeto deba tomar en serio el peligro creado; y que, la decisión que tome a partir de ello – ya formaría el elemento volitivo-, sustentará el dolo; ese juicio debe ser emitido por un tercero (el Juez).
20. Exigir al sujeto que conozca datos o definiciones que solamente alcanzan relevancia en el Derecho, más aún el Derecho Penal, que es la rama que ocupa el presente trabajo, es presumir que el sujeto necesariamente tenga que conocer más allá de lo que la propia sociedad, siquiera le puede exigir, caso contrario resultaría un contrasentido, porque tendríamos que descartar que el sujeto al conocer el derecho, cuando tenga que actuar necesariamente lo hará con conocimiento de causa, lo que en el concepto de imprudencia, no tendría mayor cabida, en otras palabras no existiría los comportamientos culposos.
21. En definitiva, lo que el sujeto debe conocer es que con su comportamiento está generando una infracción al deber de no dañar a otros (infracción del deber jurídico de cuidado), lo que se sustenta en el peligro o riesgo de peligro, que está causando con su conducta. El juicio de valorabilidad jurídica deberá ser emitido por el operador jurídico en general; más el juicio de peligrosidad deberá ser emitido por el sujeto que desarrolla la conducta.

22. Lo razonable es pensar que si no se adopta la medida de seguridad, ¿resulta razonable que el sujeto no se le represente que el resultado no se vaya a producir?, la respuesta nos indica que no; sobre todo si la medida de seguridad es una de alta consideración, lo que implica que esté normada en disposiciones de carácter extrapenal, lo que objetivamente o normativamente implica que si se incumple la misma, se está creando el riesgo jurídicamente desaprobado; si el sujeto sabe si tiene concomitamiento de esa medida de seguridad, le resulta a él razonable pensar porque está allí esa medida, en algún momento debe haber reflexionado sobre la misma, y saber que su regulación es para evitar originar un daño el cual se quiere evitar; entonces luego, el hecho que razone y se pregunte que si no la cumple u observa, no ha de traer ninguna consecuencia para él; por un lado nos hace pensar en el subjetivismo que pueda llegar a tener alguien que juzga esa conducta. El tema de la confianza en que nada ha de pasar, nos lleva nuevamente a recurrir a los subjetivismos de las teorías psicológicas; entonces queda claro que lo que debe optarse es por la normativización de las conductas.
23. “La tesis de Stratenwerth”, que acuña el criterio de “tomarse en serio el peligro” para reunir en esa sola frase todas aquellas tesis que se fundamentan en la actitud interna, para “imputar una conducta como dolosa”, y que por el contrario, si el sujeto no “toma en serio el peligro” del cual es consciente, actúa a lo sumo con imprudencia; nos parece interesante por las siguientes razones: se parte del análisis del conocimiento que tiene el sujeto de la entidad del peligro, del cual es consciente; sin embargo, el tomar en serio no debería estar ubicado en el elemento volitivo, pues ello sería demasiado arbitrario, es decir luego que el sujeto verifique la peligrosidad de su conducta, y emita un juicio de valor sobre ella, no podrá luego después (como aspecto volitivo) decir “no tomé en serio el peligro” del cual es consciente, confiando en que el resultado lesivo, no se producirá, ello no alcanzaría mayor sustento, que el de una conducta totalmente irresponsable; por lo que aquí, no cabría ubicar esa actitud interna de “tomar o no en serio el peligro” sino es en el componente cognitivo; pues verificada la entidad del peligro que guarda la conducta, y el sujeto consciente de ello, éste queda obligado necesariamente tomar en serio el peligro, y la decisión que tome a partir de ello, sustentará la responsabilidad o no por el hecho; si no tomase en serio y confiare en que no pasará nada dejando al libre albedrío lo que pueda suceder, y suponiendo que el resultado lesivo se produzca, necesariamente tendrá que responder por dicho resultado a título de dolo.

24. De lo contrario el problema de utilizar el criterio de “tomarse en serio el peligro”, pero ubicado en el componente volitivo, sería el de dar demasiada importancia a este componente, y en ello estriba uno de sus déficits principales. Esto parte de considerar la actitud interna como un fenómeno volitivo y subestimar la importancia que tal actitud puede tener en el aspecto cognitivo, pues esa misma actitud puede impedir que el autor enjuicie correctamente la situación o provocar que se reprima un juicio cognitivo serio ya surgido. Un razonamiento a la inversa, no tendría cabida en este criterio, ya que nadie en virtud de un juicio serio y que se haya representado un riesgo, no puede volitivamente, no tomárselo en serio.
25. En las tesis de la probabilidad (quien tienen un hecho frente a sus ojos y no obstante actúa), quien tiene como representado la probabilidad de un suceso y a pesar de ello continua, sin duda que lo aprueba o lo consciente; no es que el resultado lo deje librado al azar, como sucede con las teorías volitivas que explican que el dolo eventual es la representación del suceso prohibido, no hace nada, su resultado lo deja librado al azar. Se puede decir entonces que ambas teorías se excluyen.
26. “Confiar” en poder evitar un resultado sólo sería una voluntad de realización, excluyente del dolo. Esta argumentación es propia de la literatura acorde con los “criterios de aprobación o consentimiento”, que entiende “el dolo como voluntad de acción”: “el dolo es la voluntad, dominada por el conocimiento, de realización del tipo objetivo”. El dolo constituye la voluntad de acción referida al resultado. En el delito doloso, voluntad de acción y dolo son idénticos: el dolo no es otra cosa que la finalidad dirigida a la realización del tipo objetivo. Todo lo que rige para la voluntad de realización vale también para el dolo. De igual forma nos lleva a la psiquis del sujeto, que indetermina lo que realmente se propuso, en cuanto de esta tesis se hace una definición de dolo eventual.
27. Por otro lado, tener al dolo como identificación con el conocimiento, en un sentido muy similar a la tesis de la posibilidad cuyo fundamento principal es identificar al dolo con el conocimiento e imprudencia con desconocimiento o error, en el caso de las primeras, cualquier ámbito de duda acerca de la posibilidad de realización del tipo pertenece al dolo, por ello no cabe la postura de que el sujeto luego de representado el resultado peligroso, deje librado al azar lo que pueda suceder, sin embargo, si en ese aspecto de volición confía en que el resultado no se realizara faltaría una auténtica representación de la posibilidad de causación del resultado, por ende faltaría dolo; por ello en esta tesis toda imprudencia sería de carácter

inconsciente, en donde el sujeto no sería consciente del error. Pero más allá de ello, a estas teorías se les ha objetado, la identidad que elabora entre el dolo de peligro con el dolo eventual de lesión, es de advertir que el concepto-objeto de ambas clases de dolo es distinto; el dolo de puesta en peligro concreto empieza en un nivel mucho más bajo que el peligro de dolo. En el seno de la doctrina mayoritaria la teoría de la posibilidad ha sido rechazada porque amplía el ámbito del dolo, en un margen que les corresponde a los delitos imprudentes.

28. La estandarización de los comportamientos a través de la normativización de las conductas, que tendría como fundamento el deber jurídico de cuidado, el que a nivel normativo se sustenta en normas administrativas, extrapenales, protocolos, etc; que determinan la forma en como el sujeto en determinada circunstancia debe actuar, que enraíza su observancia dentro de lo que la sociedad le exige como tal en un mundo gobernado por el derecho, es decir la actuación del sujeto dentro de los riesgos permitidos o tolerados por la sociedad misma; puede resultar arbitraria, frente a las capacidades especiales de evitación que podría el sujeto en determinada circunstancia, que pese a que tuvieron mayor previsibilidad en el contexto de la conducta, por x razones terminan cometiendo un ilícito.
29. En el presente trabajo de investigación se admite el criterio de evitabilidad individual, pues, las normas secundarias o de sanción, hacen posible que el sujeto (destinatario) se motive a acatar la prohibición de lesión de un bien jurídico determinado, contenido en una norma directiva de conducta.
30. Ahora bien, la problemática que origina la verificación de cuando estamos frente a una conducta con dolo eventual, que, sin duda, lo que postulamos a través del presente trabajo, se trata de índole probatoria, en tal sentido esto conlleva que para la comprobación de un comportamiento doloso se tenga que recurrir a “indicadores externos”, individualizables a cada situación en particular, para determinar el “conocimiento” que tenía el sujeto frente a una situación dada.
31. Hasta aquí, se hace necesario entonces, hacer la precisión, acorde con el método operacional, de la previsibilidad, en que esta debe obedecer a una hipótesis objetiva que la sustente, es decir una hipótesis objetiva de probabilidad de la realización del suceso, en base ello, podremos verificar que tan previsible le era para el sujeto la realización del hecho, así mismo esa previsibilidad, entra en grado de relación directamente proporcional con la capacidad de evitabilidad del sujeto para actuar, debiendo todos estos factores analizarse en el ámbito de la cognoscibilidad, en

aspectos externos. Es decir para llegar a determinar o formar una hipótesis objetiva de previsibilidad de acaecimiento del resultado, debemos verificar el conocimiento de las circunstancias fácticas, así como los datos psíquicos con que contaba el sujeto antes de tomar la decisión de continuar.

32. Es decir, frente a la imposibilidad empírica de demostrar el conocimiento del agente (penetrar en su psiquis, lo cual resulta imposible), ésta deberá hacerse en base a indicadores que puedan demostrar la aprehensión situacional del agente en cuanto respecta al elemento intelectual del dolo. La presencia de “contra-indicadores”, de datos externos que contradigan la existencia del conocimiento en el dolo obligará al Juez a negar la premisa que el sujeto conoció. Esta aprehensión situacional, además debe hacerse de manera correcta, por correcta, ha de entenderse, no necesariamente el conocimiento exacto de los elementos que conforman el tipo objetivo (sino la entidad del peligro – previsibilidad objetiva de la probable producción del resultado), que implica la apreciación correcta de la situación.
33. Por ello resulta definible establecer que en el caso del dolo eventual, viene dado por una mayor cognoscibilidad de las circunstancias fácticas que rodean el hecho, conformada por la conducta del agente, que hacen previsible de manera objetiva, de carácter privilegiado, en relación a la culpa (en donde el grado de cognoscibilidad es menor), lo que conlleva a sostener con un alto grado de probabilidad que el resultado vaya a ocurrir, aquel resultado que la norma prohibitiva trata de evitar. Al ser el resultado muy previsible de manera objetiva; hace a su vez que el grado de evitabilidad del resultado sea mayor que en la culpa. Se hace verificable que el sujeto juzgó objetivamente el riesgo de realización del resultado lesivo (realización del tipo penal), y a pesar de ello continuó con su acción.
34. Tema importante resulta, verificar ahora, la exactitud del conocimiento que debía tener el agente respecto de la situación típica, lo que limitaría la capacidad de aquél para evitar el resultado lesivo. En tal sentido podrían darse dos clases de error: error sobre la capacidad productiva del agente y error sobre la capacidad preventiva del mismo”. “En el primer caso el agente parte de la premisa errónea de que su acción no es adecuada para causar el resultado y, en el segundo, el agente cree erróneamente poder evitar dicho resultado”. En ambas situaciones el agente parte de premisas equivocadas. Pero este error sólo puede tener relevancia cuando aún exista la posibilidad de que el sujeto ejerza control sobre el desarrollo causal de la situación. Y este control sólo será efectivo si podemos constatar que el sujeto aprehendió de modo correcto la situación. Cuando este control se ha perdido,

cuando el sujeto ya no domina la situación, no podrá alegar que erró sobre su capacidad preventiva, puesto que la situación escapaba ya de la esfera de su dominio. Por otra parte, este conocimiento erróneo del agente sobre su capacidad preventiva puede ser un dato más a tener en cuenta a la hora de juzgar si el sujeto conoció o no, y con ello, afirmar que su actuación fue dolosa o, por el contrario, imprudente.

35. En cuanto al conocimiento, siguiendo la pauta anterior es de precisar que la racionalidad de una relación cognitiva sujeto-mundo, consiste en el respeto de las normas epistémicas (punto de vista epistémico). Las tesis externalistas, en cambio, fundamentan la justificación epistémica acudiendo a la idea de un observador hipotético objetivo, que tiene acceso a los conocimientos ontológico-nomológicos disponibles y en virtud de ella justifica o no epistémicamente la opinión del sujeto, sin que interese si tales conocimientos son accesibles o no para él (PEREZ BARBERÁ, 2010, pág. 764).
36. **En lo que respecta a los delitos contra la Vida, el Cuerpo y la Salud, en accidentes de tránsito, cometidos cuando el agente se encuentra en estado de ebriedad**, se hace necesario poder establecer un concepto de dolo que fundamente adecuadamente ¿porque deben responder a título de dolo y no de culpa?, en ese sentido se hace necesario señalar, tal como se precisó -líneas arriba-, partir de un criterio de previsibilidad, es decir la verificación de la entidad del peligro que rodea al hecho, del cual su protagonista, es la conducta del autor; y éste lo concientiza a tal punto que de manera casi espontánea, logra darse cuenta de él, le es anticipable, juzga objetivamente, el riesgo de su realización; ya sea por los conocimientos que posee, ya sea por las circunstancias que van apareciendo como consecuencia de su actuar, ya sea por los datos que va aprehendiendo en la situación misma y que se van correspondiendo o actualizando con el suceder de su acción; y que objetivamente son verificables a través de datos empíricos; hechos dispositionales que van a estructurar una hipótesis (objetiva) de probabilidad de que el resultado si ha de producirse; se va formando así el elemento de la previsibilidad; por ello a mayor previsibilidad -del sujeto- respecto de lo que pueda ocurrir, mayor será el grado de poder anticiparse al resultado, es decir mayor capacidad para evitar el resultado no querido por el derecho. Capacidad de evitación como segundo elemento.

37. Esta previsibilidad objetiva-privilegiada de conjurar el peligro creado, y la entidad (alta-aumento del riesgo) del peligro generado deben ser consideradas como datos relevantes para la conformación de nuestra hipótesis de probabilidad, o lo que vendría a ser lo mismo, que el conjunto de datos fácticos de carácter objetivo van a dar respuesta a una hipótesis formulada de manera objetiva, que la probabilidad de que el resultado se produzca es alta, de allí que el sujeto concientice de manera objetiva el grado de previsibilidad respecto del suceso, lo prevea con total objetividad de que éste materialice.
38. El método de contrastación de los diferentes indicadores “externos” que se presentan en un caso en concreto es el método similar al seguido por Hassemer, así criterios como el “tomar en serio el peligro”, “contar con”, “conformarse” “aceptar o consentir” dejan de tener una importancia conceptual, para ser objeto de contraste junto con otros indicadores que pueden negar la relevancia de la afirmación del dolo. Sin bien es cierto Hassemer asume la posición de Roxin, en lo que respecta a la decisión en favor de la lesión de bienes jurídicos, considera al igual que Díaz Pita que el dolo es concepto disposicional, es decir, susceptible de ser demostrado en un contexto de comunicación intersubjetiva como en el proceso penal, precisamente a través del uso de indicadores; como los datos psíquicos, físicos, datos empíricos constatables por los sentidos y susceptibles de verificación, ello será objeto de análisis en un proceso penal, y que como base empírica, conformarán el concepto de dolo e imprudencia; por tanto el reproche objetivo del dolo y la imprudencia se refieren a acciones (hechos, circunstancias, no una categoría del derecho penal), el reproche individual se verificará en la culpabilidad.
39. De ese modo resulta, concluyente señalar que en el caso de los delitos contra La Vida, El Cuerpo y La Salud, ocasionados por accidente de tránsito, estando el agente en estado de ebriedad, ha de ser calificados como dolosos, o la responsabilidad ha de ser a título de dolo, y no de culpa:
1. El peligro creado está legitimado, es pues de conocimiento público que el conducir un vehículo en estado de ebriedad, reduce los niveles psíquicos del sujeto, originando que pueda responder con la debida capacidad al manejar un vehículo, por ejemplo reduce las facultades mentales (visión, percepción, capacidad de reacción, reflejos), incluso la Organización Mundial de la Salud, en sendos estudios de carácter científico, se ha manifestado a favor de esta postura; qué duda cabe que el sujeto, estando



en estado de ebriedad, eleva considerablemente el peligro en su actuación como conductor de un vehículo automotor.

2. Existe de manera expresa la prohibición de conducir un vehículo motorizado, en estado de ebriedad, y el sujeto en su rol como conductor está obligado normativamente a tener conocimiento del deber jurídico de cuidado que éste impone.
3. En consecuencia es indudable que con todo ello, el sujeto se encuentre frente a una situación privilegiada y de carácter objetivo de la circunstancia específica que importa conducir en estado de ebriedad, pues se trata de un peligro de carácter objetivo, y la entidad que importa el mismo, que incluso sin estar legitimado, es de conocimiento público el hecho que conducir un vehículo en estado de ebriedad, importa un peligro de daño, que importa una previsibilidad privilegiada que ello suceda.
4. A partir de allí, con todo ello, el sujeto conoce las circunstancias fácticas y los datos psíquicos que importan su conducta, por lo que es indudable que es consciente de ello, por ende, del peligro que se genera, siendo que la capacidad de evitabilidad del resultado, es de consideración.
5. En consecuencia, la consecución o la toma de decisión de continuar (de decidirse a conducir) a pesar de todo ese conocimiento, implica una toma de decisión consciente, a sabiendas que el incremento del peligro es de alta consideración, fundamentando ello su actuar doloso.
6. Se puede señalar entonces que el sujeto juzga de manera objetiva el riesgo de realización del resultado lesivo, con un alto grado de probabilidad. Y aun así se decide por continuar.
7. Allí radica un factor importante, de porque la reprochabilidad debe ser mayor, porque a pesar de todo ese contexto de conocimiento, se decide a actuar; concluyéndose que, a pesar, o sabiendas del peligro que genera su actuar en ese contexto, se determina por proseguir o continuar en su actuación.
8. El conocimiento o representación en concreto de la probabilidad de producción del resultado típico. Desde el momento mismo en que un sujeto decide abordar un vehículo automotor en avanzado estado de alicoramiento, y ponerlo en marcha, inicia un proceso de puesta en peligro

de los bienes jurídicos, que empieza a concretarse cuando ingresan nuevos factores de riesgo, producto a su vez de ese estado, (como el exceso de velocidad, falta de reflejos, disminución de la capacidad de maniobrabilidad, de visión, entre otros) y que se tornan definitivamente de concreta representación cuando se decide continuar, sin ningún tipo de precaución.

9. Así mismo es de dominio público, que sin ser considerados conocimientos especiales, son materia en razón de la condición de conductor de vehículos automotores, -y que sumado a los controles policiales que periódicamente se adelantan con el fin de prevenir el consumo de alcohol y el exceso de velocidad-, las sanciones pecuniarias previstas en la legislación de tránsito, como sus reglamentos, respecto de los cuales el sujeto agente, más aún por ser tal, está en el deber jurídica de conocerlas; así como son destinatarios, de las campañas de cultura ciudadana difundidas permanentemente a través de los medios masivos de comunicación con los mismos propósitos, permiten llegar sin dificultades a la conclusión; de la prohibición que ello implica, así como sus consecuencias.
41. Por otro lado, resulta obvio, exigir una «voluntad de creación de riesgos prohibidos», cuando existe ya un deber jurídico de evitarlos o neutralizarlos. Teniendo en cuenta que los conceptos dogmáticos deben determinarse siempre en función a la evolución de la configuración de la sociedad, esta última concepción del Derecho penal es la que se muestra a todas luces como la más consecuente, para definir el dolo como conocimiento del riesgo generado, jurídicamente desaprobado; en tanto que, a mayor conocimiento de las circunstancias, mayo es la exigencia de actuar de acuerdo a ellas, en observancia de ese deber.
42. Más allá de estas consideraciones, lo cierto es que cualquier postura tradicional – que concibe al dolo como consciencia y voluntad del tipo objetivo– ha venido siendo progresivamente abandonada por la doctrina, de suerte que hoy en día puede afirmarse que, de modo implícito o explícito, el dolo se concibe sólo como conocimiento de la realización de un comportamiento típico objetivo. Este giro conceptual obedece en realidad a diversas razones, entre las que aquí cabe destacar el hecho de que una aplicación coherente del dolo conformado también por la voluntad o la intención llevaría a considerar como delito imprudente supuestos que

a todas luces se aproximan claramente al dolo eventual. Por consiguiente, a partir de este precepto una conducta sólo puede ser dolosa cuando el autor tenía un conocimiento suficiente sobre las circunstancias de un suceso que se ajusta a la hipótesis del tipo penal.

43. Para ello es indispensable un concepto disposicional y verificable mediante indicadores, teniendo como premisa la teoría de la probabilidad por ello su fundamentación fuera de los defectos sustantivos advertidos, se legitima a través de la confrontación de estos, la comprobación directa de los componentes internos del dolo eventual (cognitivo y volitivo), es un problema de verificación que ha obligado a que su determinación deba hacerse a través de métodos inferenciales, o razonamientos a partir de la verificación con fundamento en hechos externos debidamente demostrados, y en la aplicación de reglas de la experiencia, como el mayor o menor grado de peligrosidad objetiva de la conducta, o mayor o menor contenido de peligro de la situación de riesgo, o la calidad objetiva del riesgo creado o advertido; que a su vez origina la capacidad de evitación del resultado. (previsibilidad objetiva del resultado y la capacidad de evitación del mismo).
44. **En consecuencia, el Conocimiento privilegiado, que se hace verificar a través de circunstancias objetivas, datos constatables empíricamente, de la probabilidad de producción del resultado, y que, por tal, origine en el sujeto como verificable la previsibilidad objetiva del acontecimiento o peligro concreto, o que juzgó objetivamente el riesgo de realización del resultado lesivo; que, en tanto ello, sea del mismo modo proporcional la capacidad de evitación del mismo, y aun así decida continuar; fundamentan el dolo eventual.**
45. Así mismo conforme se tiene del artículo 14° del Código Penal, el dolo está relacionado al conocimiento pero sin ningún significado, que esté relacionado a un objeto, es decir el conocimiento siempre tiene que estar referido a otro objeto, en el trabajo que nos ocupa, puede ser: la entidad del peligro creado (dato físico), o del tipo objetivo (conocimiento nomológico); este último aspecto no hace más que revelar que el dolo (dolo eventual) es una propiedad normativa al igual que la imprudencia.
46. En las teorías del consentimiento se hace referencia al autor que se decide eventualmente a favor de la lesión del bien jurídico, es decir ha querido eventualmente el resultado, o que el resultado era co-querido para el autor. Estos aspectos tienen correlato en las teorías de la actitud interna, de fuerte influencia

psicologicista, en tanto ello no es lo mismo representación, conciencia y conocimiento. Para la representación y la conciencia basta el requisito mínimo de la captación del objeto (bien jurídico penalmente protegido). Para el conocimiento, el sujeto aprehende un estado de cosas sobre las que se ha formado un juicio. Y en este sentido la doctrina mayoritaria entiende que el conocimiento exige una toma de postura personal respecto del objeto.

47. Por ende, es erróneo considerar que sólo en el dolo eventual se da una “imprudencia con representación”, pues en ambas categorías tanto en la imprudencia como en el dolo se da la representación, la diferencia estriba en el grado de la misma, dependiendo la toma de postura del agente respecto al objeto (bien jurídicamente protegido); y esta toma de postura se llega a saber a través del contraste de indicadores objetivos.
48. Ahora bien, ni el dolo ni la culpa son disposiciones, como un dato empírico, o un hecho perceptible psíquicamente; ambos conceptos son normativos, en donde pueden subyacer estándares de igual forma; pero siempre con la diferencia de los elementos disposicionales que los componen. En rigor solamente se puede predicar tal carácter de los datos empíricos, como, por ejemplo: conocimientos, desconocimientos, representaciones, creencias, intenciones, indiferencias, confianzas, y otros datos psíquicos, los que son verificables mediante datos externos y verificados pueden constituir hechos relevantes para la concurrencia de dolo. Por ello los indicadores objetivos no pertenecen al dolo, es decir un indicador empírico, esto es un hecho, no puede pertenecer a un concepto; la relación entre un hecho y un concepto sólo puede ser de subsunción y no de implicación, o sea no puede ser de pertenencia. Un concepto de dolo tiene que servir de marco teórico para determinar cuáles son los datos empíricos relevantes.
49. En consecuencia, debe rechazarse un concepto estrictamente psicológico, pues “la imputación dolosa es un juicio descriptivo que viene dado por la norma”. Pero, en absoluto se debe descartar de plano la base empírica que plantea la psicología para la construcción del elemento intelectual, ello constituye un problema, que debe resolverse en “sede probatoria”, conllevando a, que “para la verificación de un comportamiento doloso se tenga necesariamente que recurrir a 'indicadores externos' ”. Esta deducción a partir de “indicadores externos” debe hacerse caso por caso, individualizable en una circunstancia concreta, para circunscribir el “conocimiento” frente a una situación determinada, y si es que ésta, al sujeto, le es imputable a título de dolo o no.

## CONCLUSIONES

**PRIMERA.** Finalmente, el concepto de dolo eventual, que debe alcanzar sustento con en el presente trabajo es el de Conocimiento privilegiado, que se hace verificar a través de circunstancias objetivas, datos constatables empíricamente de probabilidad de producción del resultado, y que, por tal, origine en el sujeto como verificable la previsibilidad objetiva del acontecimiento o peligro concreto,; que, en tanto ello, sea del mismo modo proporcional la capacidad de evitación del mismo, y aun así decida continuar. Y que más allá, de que pueda ser el único fundamento o no, para sustentar ello, el hecho de existir a nivel normativo la prohibición de conducir en estado de ebriedad, es totalmente suficiente para decantarse sobre la imputación de responsabilidad a título de dolo eventual, en tanto se trata de una medida de seguridad, y que teniendo pleno conocimiento de ella (conocimiento privilegiado), se decide a actuar y continuar, en aras de la lesión del bien jurídico integridad física; así, bajo los Principios de razonabilidad y proporcionalidad, verificable para la imposición de penas, cabría hacerse la siguiente pregunta: **¿Resulta razonable y proporcional que un sujeto que desarrolla una actividad determinada, conociendo la medida de seguridad –que se le impone su conocimiento y por ende a tener en cuenta en el desarrollo de ella, porque le viene así exigible normativamente; y no obstante ello se decida a realizar tal actividad, inobservando tal medida de seguridad; responda por culpa consciente?** La respuesta evidentemente, es un ostensible ¡NO!; pues el grado de reprochabilidad en el actuar del sujeto es mayor, justamente por el “pleno conocimiento” de la prohibición de actuar en determinado sentido (en nuestro trabajo: conducir en estado de ebriedad); por tanto la gravedad en el injusto penal, será mayor; lo que debe de sustentar a su vez, una sanción mayor. Por tanto, bajo ese concepto y el fundamento esgrimido; en los casos que el agente conduce un vehículo en estado de ebriedad y ocasiona un accidente de tránsito en el cual resulte la muerte de la víctima o sufra lesiones; deberá imputársele el resultado a título de dolo eventual; pues como se explica, el grado de reprochabilidad es mayor, en tanto el conocimiento privilegiado que se tiene.

**SEGUNDA.** La realización del tipo objetivo, debe recaer sobre la conducta capaz de producir el resultado lesivo y no del resultado en sí mismo, para lo cual el sujeto debe

prever objetivamente como probable la producción del resultado, en esa medida los factores para que se den un cambio en las teorías clásicas del dolo hacia una concepción más moderna, es el fracaso de las concepciones clásicas tripartitas de dolo, que no brindaban soluciones satisfactorias, en aquellos casos, en que debía fundamentarse el actuar del sujeto con dolo eventual, considerándose este desde concepciones psicologicistas. Así la evolución de su conceptualización se orienta hacia un concepto de previsibilidad como hipótesis objetiva de probabilidad de la realización de los sucesos y la capacidad de evitación de los resultados, así como la teoría del rol social, del deber jurídico de cuidado, e incremento del riesgo jurídicamente desaprobado; lo que a su vez, importa el elemento de cognoscibilidad que el sujeto debe tener en determinadas circunstancias.

**TERCERA.** La voluntad no puede sostenerse en el dolo eventual, pues no solamente no lo hacía en las teorías de corte psicologicista o las volitivas, donde evidentemente faltaba el elemento volitivo; sino que con mayor razón en las tesis de la cognoscibilidad; y no solamente sucedía con el dolo eventual, sino en el dolo con consecuencias necesarias; sin embargo con la teorías cognitivas no solamente pueden fundamentar el dolo eventual, sino los demás tipos de dolo: dolo directo y el dolo de consecuencias necesarias; de esa forma se puede establecer un concepto de dolo que defina satisfactoriamente los tres tipos de dolo, siendo así debe considerarse el siguiente: “el Conocimiento privilegiado, que se hace verificar a través de circunstancias objetivas, datos constatables empíricamente, de la probabilidad de producción del resultado, y que, por tal, origine en el sujeto como verificable la previsibilidad objetiva del acontecimiento o peligro concreto, o que juzgó objetivamente el riesgo de realización del resultado lesivo; y aun así decida continuar.

**CUARTA.** Cuando una persona conduce en estado de ebriedad, y ocasiona un accidente de tránsito, del cual resulta lesiones o muerte de las víctimas, “debe ser imputado a título de dolo eventual”, ello se llega a determinar a través de la formación una hipótesis objetiva de previsibilidad de acaecimiento del resultado, debemos verificar el conocimiento de las circunstancias fácticas, así como los datos psíquicos con que contaba el sujeto antes de tomar la decisión de continuar (tomar en serio el peligro, pero ubicado en el ámbito de la cognoscibilidad del agente), ello no es otra cosa que los indicadores objetivos. Se hace necesario conformar una hipótesis de relevancia o

también de probabilidad, partiendo primero que para que un “dato empírico, psíquico o físico tenga influencia en el grado de previsibilidad objetiva que considere, el apartamiento de una norma directiva de conducta, es necesario considerar su idoneidad, así la entidad del peligro consecuente a la acción de un sujeto o el peligro que éste genere, son datos empíricos que pueden llegar a influir para determinar si el apartamiento de la norma de comportamiento fue privilegiada o atenuada”, que nos arroje el grado de previsibilidad que le era exigible al autor, para la evitabilidad de resultado.

Cuando el dato del riesgo es de muy elevada entidad del peligro que trae consigo la acción u omisión del sujeto (como es el caso de conducir en estado de ebriedad –dato físico), este es apto para conformar la hipótesis objetiva de relevancia, que finalmente va arrojar la probabilidad del suceso. El dato psíquico de la representación del siniestro, es decir, de la posibilidad de que el sujeto provoque un accidente, fundamentado en la previsibilidad objetiva del resultado –accidente de tránsito, con subsecuente muerte o lesiones, al momento de la acción u omisión, tiene como fundamento el conocimiento de los datos psíquicos, físicos, fácticos, normativos, y las circunstancias que rodeaban al hecho; que hacen de ese conocimiento, uno de carácter objetivamente privilegiado; por lo tanto en el caso concreto de los accidentes de tránsito, con el dato objetivo de que el conductor se encontraba en estado de ebriedad, hacen que esa conducta sea imputada ostensiblemente a título de “dolo eventual” y “no de culpa”.

## **RECOMENDACIÓN**

Como alternativa de cambio, se formula la siguiente modificación legislativa que prevé la derogatoria, y una nueva redacción del tipo penal referente a los delitos cuya tipicidad se encuentran desarrolladas en la Hipótesis abstractamente redactada: en el cuarto párrafo del artículo 124° del Código Pena, en el extremo que señala: *“La pena privativa de libertad será no menor de cuatro años ni mayor de seis años e inhabilitación según corresponda, conforme al artículo 36°-inciso 4), 6) y 7)-, si la lesión se comete vehículo motorizado..., con presencia de alcohol en la sangre en proporción mayor de 0.5 gramos-litro, en el caso de transporte particular o mayor de 0.25 gramos-litro en el caso de transporte público de pasajeros mercancías o carga en general”*; así como: en el tercer párrafo del artículo 111° del mismo cuerpo legal, en el extremo que señala: *“La pena privativa de libertad será no menor de cuatro años ni mayor de seis años e inhabilitación según corresponda, conforme al artículo 36°-inciso 4), 6) y 7)-, si la lesión se comete vehículo motorizado..., con presencia de alcohol en la sangre en proporción mayor de 0.5 gramos-litro, en el caso de transporte particular o mayor de 0.25 gramos-litro en el caso de transporte público de pasajeros mercancías o carga en general”*

***Derogación y Modificatoria:***



## **PROYECTO DE LEY**

### **“DEROGACIÓN PARCIAL DEL TERCER PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 111° DEL CÓDIGO PENAL, ASÍ COMO DEL CUARTO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 124° DEL MISMO CUERPO LEGAL”**

#### ***Visto:***

El proyecto de ley presentado por el Fiscal Titular de la Tercera Fiscalía Provincial Penal Corporativa del Distrito Fiscal del Santa, suscrito por la Dra. Zoraida Avalos Rivera, Fiscal de la Nación; en virtud a la facultad de iniciativa legislativa prevista en el numeral 7. del artículo 159° de la Constitución Política del Estado, concordante con lo establecido en el artículo 4° de la Ley Orgánica del Ministerio Público –Decreto Legislativo N° 052.

#### ***CONSIDERANDO:***

Que, mediante Decreto Legislativo N° 635° de fecha 08 de abril de 1991, se promulgó, el Código Penal; sin embargo en relación al cuarto párrafo del artículo 124° del Código Penal y tercer párrafo del artículo 111° del mismo cuerpo legal, es dable reconocer que en su época constituyó un paso importante en relación a las ciencias penales que tuvieron como antecedente la inclusión de estos tipos penales.

Sin embargo el paso irreversible del tiempo, con los nuevos avances doctrinales, y las nuevas tendencias dogmáticas de boga hoy, en día, que permiten una solución más justa, en un marco de una política criminal adecuada a los estándares del índice criminal, del cual es sujeto pasivo nuestra realidad social, han estremecido su estructura funcional. Así el fenómeno criminal con los índices alarmantes y las nuevas tendencias de carácter sociocultural, promovidas por la violencia y de la mano del exacerbado incremento del desarrollo de la tecnología, **presionan para un mejor propuesta de reacción punitiva.**

Así esta coyuntura, a lo que no escapamos los operadores del derecho, vemos con mucha cautela, no solo el desarrollo de la ciencia, sino también a través de ella, el riesgo de los peligros que conlleva, apreciándose con mayor claridad en el parque automotor, que trae consigo el incremento de los accidentes de tránsito, lo que se ve reflejado en

nuestra jurisprudencia, que en los casos de los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud, son sancionados a título de culpa, delimitando aquellos en los que el agente, actúa bajo los efectos del alcohol, o mejor dicho con presencia de alcohol en la sangre, puesto que como bien señalan los artículos 111° -tercer párrafo, y 124° (cuarto párrafo) del Código Penal, existen otros supuestos que desarrollan la tipicidad de los tipos contenidos en estos delitos -homicidio culposo, y lesiones culposas, respectivamente.

Estos datos nos muestran que la conducción en estado de ebriedad de vehículos automotores se ha convertido en un grave peligro para la salud pública produciendo en ocasiones, pérdida de vidas humanas, secuela de heridos y daños materiales, de allí que en el 2009 se produjo un cambio en la legislación imponiendo tentativamente condiciones más eficaces de represión penal a través de la Ley N° 29439. El tercer párrafo del artículo 111° del Código Penal establece que se impondrá pena privativa de libertad entre 4 y 8 años e inhabilitación según corresponda, conforme al artículo 36 - incisos 4, 6 y 7- si la muerte se comete utilizando vehículo motorizado o arma de fuego, estando el agente bajo el efecto de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o sintéticas, o con presencia de alcohol en la sangre en proporción mayor de 0.5 gramos/ litro, en el caso de transporte particular, o mayor de 0,25 gramos/ litro, en el caso de transporte público de pasajeros, mercancías o carga en general, o cuando el delito resulte de inobservancias de reglas técnicas de tránsito.

Sin embargo, la normativa establecida por esta ley parece haber quedado desfasada rápidamente dado el alarmante número de hechos de muerte y lesiones causados por conductores ebrios, por lo cual debería analizarse posibles cambios en la regulación de estos hechos.

Partimos del supuesto fáctico con base en el cual se debe determinar si se está ante homicidios culposos o dolosos, y verificamos que se trata de los mismos: Ello se contrae a la colisión de vehículos automotores en la que pierden la vida determinadas personas o en su caso, sufren lesiones como consecuencia del impacto, es decir, no hay ninguna duda sobre el tipo objetivo al que se adecuan las conductas imputadas al sujeto agente.

El problema está en determinar el tipo subjetivo, es decir la diferencia radica a la forma de la estructura del tipo subjetivo a la que se deben adecuar los hechos (constitutivos de un evento de culpa con representación, o constitutivos de un evento de dolo eventual). Es decir, la decisión se circunscribe a la forma de tipo subjetivo a la que se adecuan el acontecimiento nefasto, o lo que es lo mismo, debe determinarse si se trató de un caso de infracción de deber objetivo de cuidado seguido de la producción de resultados

antijurídicos, o en lugar de ello, de un evento de previsión y aceptación de una probable infracción penal dejando su no producción librada al azar, lo que significa una imputación a título de dolo. Pues debe verificarse que este tipo de delitos concurren circunstancias como las condiciones personales del agente, sus antecedentes como conductor, su irresponsable decisión de conducir en estado de ebriedad, la manifiesta inobservancia de las normas de tránsito y el evento sucedido solo momentos antes de que se produzca la colisión, han de evidenciar con toda claridad la altísima probabilidad de que en razón de su comportamiento se presentara un resultado antijurídico, y no obstante ello, a pesar de esa situación, obrando con total indiferencia por el respeto que le merecen las normas jurídicas y los derechos de terceros, mantiene su forma de obrar, comportamiento indicativo de que aceptó la probable producción de la infracción penal y la dejó librada al azar. Teniendo en ese contexto, la producción del resultado (muerte o lesiones), es que han de satisfacerse los presupuestos para su imputación a título de dolo eventual.

#### **SE RESUELVE:**

**Artículo Primero:** Deróguese el artículo 124°- cuarto párrafo, y artículo 111°- tercer párrafo, ambos del Código Penal, en el extremo que establecen, en el caso del primero: *“La pena privativa de libertad será no menor de cuatro años ni mayor de seis años e inhabilitación según corresponda, conforme al artículo 36°-inciso 4), 6) y 7)-, si la lesión se comete utilizando vehículo motorizado..., con presencia de alcohol en la sangre en proporción mayor de 0.5 gramos-litro, en al caso de transporte particular o mayor de 0.25 gramos-litro en el caso de transporte público de pasajeros mercancías o carga en general”*; así como, en el caso del segundo: *“La pena privativa de libertad será no menor de cuatro años ni mayor de ocho años e inhabilitación según corresponda, conforme al artículo 36°-inciso 4), 6) y 7)-, si la muerte se comete utilizando vehículo motorizado..., con presencia de alcohol en la sangre en proporción mayor de 0.5 gramos-litro, en al caso*

*de transporte particular o mayor de 0.25 gramos-litro en el caso de transporte público de pasajeros mercancías o carga en general”.*

**Artículo Segundo:** *Debiéndose incorporar los siguientes artículos:*

**Artículo 111°-A.-** *El que ocasiona la muerte de una persona, utilizando vehículo motorizado, con presencia de alcohol en la sangre en proporción mayor a 0.5 gramos-litro, en al caso de transporte particular o mayor de 0.25 gramos-litro en el caso de transporte público de pasajeros mercancías o carga en general; la pena privativa de libertad será no menor de cinco años ni mayor de 12 años e inhabilitación según corresponda, conforme al artículo 36°-inciso 4), 6) y 7).*

**Artículo 124°-A.-** *El que ocasiona lesión a una persona, utilizando vehículo motorizado, con presencia de alcohol en la sangre en proporción mayor a 0.5 gramos-litro, en al caso de transporte particular o mayor de 0.25 gramos-litro en el caso de transporte público de pasajeros mercancías o carga en general; la pena privativa de libertad será no menor de cinco años ni mayor de 10 años e inhabilitación según corresponda, conforme al artículo 36°-inciso 4), 6) y 7).*

# **BIBLIOGRAFIA**

- BACIGALUPO, E. (2004). *Derecho Penal, Parte General*. Lima: ARA.
- BUSTOS RAMIREZ, J. (2004). *Política criminal y Dolo eventual*. En: *Orbas Completas*. Lima: IDEMSA.
- BUSTOS RAMIREZ, J. (1984). *Manual de Derecho Penal español- Parte General*. Barcelona: Bosch.
- BUSTOS RAMIREZ, J. (2004). *Obras Completas. Tomos I y II*. Lima: Ara.
- CEREZO MIR, J. (1984). *Curso de Derecho Penal español - Parte General*. Madrid: Tecnos.
- CORCOY BIDASOLO, M. (1989). *El delito imprudente. Criterios de Imputación del resultado*. Barcelona: PPU.
- DIAZ PITA, M. (1994). *EL DOLO EVENTUAL*. Valencia: Tirant lo blanch.
- ENGISCH, K. (2008). *La causalidad como elemento de los tipos penales*. Traduc. Marcelo Sancinetti. Buenos Aires: Hamurabi.
- FEIJOO SÁNCHEZ, B. (2002). *El dolo eventual*. Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- FRISCH, W. (1999). El error como causa de exclusión del injusto de la culpabilidad. *El error en Derecho Penal. Ad Hoc*. Buenos Aires.
- FRISCH, W. (2004). *Comportamiento Típico e Imputación del Resultado*. Madrid: Marcial Pons.
- GARCIA CAVERO, P. (2011). *LA prueba incidiaria en el proceso penal*. Lima: Ara.
- GIMBERNAT ORDEIG, E. (1990). *Acerca del dolo eventual - Estudios de Derecho Penal*. Madrid, 3ra.ed.: Tecnos.
- GIMBERNAT ORDEIG, E. (1990). *El sistema del Derecho penal en la actualidad*. En: "*Estudios de Derecho Penal*". Madrid: Tecnos-3ra. ed.
- GIMBERNAT ORDEIG, E. (1999). *Delitos cualificados por el resultado*. En: *Estudios de Derecho Penal*. 3ra. ed. Madrid: Tecnos.
- HASSEMER, W. (1990). *Los elementos característicos del dolo*. Madrid: ADPCP.
- HASSEMER, W. (1982). *Fundamentos del Derecho Penal*. Trad. Muñoz Conde. Barcelona: Bosch.
- HRUSCHKA, J. (2009). *Imputación y Derecho Penal*. Buenos Aires: B de F.
- JAKOBS, G. (1995). *Derecho Penal - Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación*. Traduc. Joaquín Cuello Contreras y J. Serrano Gómez de Murillo. Madrid : Marcial Pons.
- JAKOBS, G. (1997). *Derecho Penal - Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación*. Madrid: Marcial Pons.
- JAKOBS, G. (1997). *Estudios de Derecho Penal*. Madrid: Civitas.
- JAKOBS, G. (2009). Dolus Malus. *INDRET - Revista para el análisis del Derecho.*, pág. 1-23. [www.indret.com/pdf](http://www.indret.com/pdf).
- JESCHECK, H. (2002). *Tratado de Derecho Penal - Parte General*. Traduc. Olmedo Cardenete. 5ta. ed. Granada: Comares.
- JESCHECK, H. (2002). *Tratado de Derecho Penal, Parte General*. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares.

- KAUFMAN, A. (1960). *El dolo eventual en la estructura del delito*. Traduc. Suárez Montes. Barcelona: ADPCP.
- KÖHLER, M. (2000). *La Imputación Subjetiva: Estado de la cuestión. Sobre el estado de la Teoría del delito*. Madrid: Civitas.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. (1992). *La Imputación Objetiva del Resultado*. Madrid: Tecnos.
- MAURACH, R., & ZIPF, H. (1995). *Derecho Penal- Parte General*. Buenos Aires: Astrea.
- MIR PUIG, S. (1982). *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*. Barcelona: Bosch.
- MIR PUIG, S. (1985). *La perspectiva ex ante en Derecho Penal*. Barcelona: ADPCP.
- MIR PUIG, S. (2005). *Derecho Penal-Parte General. 7ma. ed.* Buenos Aires: B de F.
- MOLINA FERNANDEZ, F. (2003). *Antijuricidad y sistema del delito*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- MÜLLER, M. (2009). *La significación de la relación causal en el Derecho Penal y en la reparación de daños.En: Causalidad, riesgo e imputación. Traduc. Marcelo Sancinetti.* Buenos Aires: Hammurabi.
- MUÑOZ CONDE, F. (1990). *Teoría Jurídica del Delito*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- PÉREZ BARBERÁ, G. (2010). *El Dolo Eventual - Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*. Buenos Aires: Hammurabi s.r.l.
- PUPPE, I. (1999). *El error en el Derecho Penal*. Buenos Aires: Ad Hoc.
- PUPPE, I. (2010). *La distinción entre dolo e imprudencia*. Buenos Aires: Hammurabi.
- RAGUÉS I VALLÉS, R. (Ara, Lima, 2012). La responsabilidad penal del testafierro en delitos cometidos a través de sociedades mercantiles. *Imputación Subjetiva*, pág 151-181.
- RAGUÉS I VALLES, R. (1999). *El Dolo y su Prueba en el Proceso Penal*. Barcelona: J.M. Bosh.
- RAGUÉS I VALLÉS, R. (2011). CASO DEL CINTURÓN. *En: CASOS QUE HICIERON DOCTRINA EN DERECHO PENAL.Ed. La Ley*, pág. 193 y ss.
- RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T. (1994). *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*. Madrid: Centro de Estudios Judiciales.
- RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T. (1996). *Responsabiildad penal de las empresas y sus órganos, y responsabilidad por el producto*. Baelona: Bosch.
- ROXIN, C. (1976). *Problemas básicos del Derecho Penal. Traduc. Luzón Peña*. Madrid: Reus.
- ROXIN, C. (1997). *Derecho penal - Parte General. Traduc. Luzón Peña*. Madrid: Civitas.
- SANCINETTI, M. (2001). *Teoría del delito y disvalor de la acción*. Buenos Aires: Hamurabi.
- SANCINETTI, M. (2006). *Casos de Derecho Penal. 3ra ed.* Buenos Aires: Hamurabi.
- SILVA SÁNCHEZ, J. (1992). *Aproximaciones al Derecho Penal Contemporáneo*. Barcelona: Bosch.
- STRATENWERTH, G. (2005). *Derecho Penal- Parte General. Traduc. Manuel Cancio Meliá/Marcelo Sancinetti*. Buenos Aires: Hamurabi.
- WELZEL, H. (1964). *El nuevo sistema de Derecho Penal. Traduc. Cerezo Mir*. Barcelona: Bosch.
- WELZEL, H. (1976). *Derecho Penal alemán-Parte General. Traduc. 6ta. edición: A. Finzi de Conrado*. Buenos Aires: Depalma.
- WELZEL, H. (2004). *El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina finalista*. Buenos Aires: B de F.

- ZIELINSKI, D. (1990). *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito. Traduc. Marcelo Sancinetti*. Buenos Aires: Hamurabi.
- ZIELINSKY. (1990). *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito. Traduc. Marcelo Sancinetti*. Buenos Aires: Hamurabi.
- ZILESINKY. (2003). *Dolo e imprudencia. Traducción: Marcelo Sancinetti*. Buenos Aires: Hammurabi.

