



UNIVERSITAT DE BARCELONA

Una aproximación analítica al Dolo

Gabriel Rogé Such

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

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

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



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

Facultat de Dret

Programa de Doctorado en Derecho y Ciencia Política

Línea de Investigación: Derecho Penal

Una aproximación analítica al Dolo

Directora: DRA. MIRENTXU CORCOY BIDASOLO

Tutor: Dr. Juan Carlos HORTAL IBARRA

GABRIEL ROGÉ SUCH

BARCELONA, 2023

RESUMEN

La tesis propone un enfoque sobre la imputación de dolo a través de la filosofía del lenguaje. Además de especificar que la ciencia del derecho no es una actividad distinta a la del análisis de un discurso (prescriptivo), se propone un modelo de teoría de las normas basado en el uso del lenguaje para analizar el hecho punible. En primer lugar, se distingue según el objeto sobre el que recae la interpretación de una acción: por un lado, los «enunciados» que versan sobre una acción y, por el otro, «eventos» que puede ser considerados como acciones. Dado que la interpretación de textos genera problemas distintos a la interpretación de los hechos, es conveniente separar el análisis de ambos. Además de esta consideración, el modelo que propongo también reconoce una distinción según la clase de actividades que suelen realizarse cuando hablamos sobre las acciones de otras personas, es decir entre describir y adscribir acciones.

Un análisis sobre los enunciados constituye lo que tradicionalmente hemos considerado en la determinación del «tipo objeto» y constituye el objeto de una posterior imputación. En cambio, los problemas que se producen en la consideración de eventos como acciones (u obra de una persona) se corresponden con aquello que tradicionalmente hemos analizado en las categorías de la «acción», la «imputación subjetiva» y la «culpabilidad». La actividad de imputación requiere que se analicen los estados mentales de una persona (dos niveles de imputación).

Ahora bien, en relación con el dolo, mi investigación distingue entre un análisis conceptual (semántico) y otro empírico (ontológico). Los problemas que suelen presentarse en el primero se refieren a «lagunas normativas» y en el otro a «lagunas de subsunción».

Desde el punto de vista semántico, la noción de «conocimiento» se considera excesiva y la de «voluntad» irrelevante. En su lugar, propongo vincular el concepto de «creencia» a la categoría de dolo eventual (forma básica) y las de «creencia justificada» en el dolo de segundo grado y la de «intención» para el dolo de primer grado.

El análisis ontológico del dolo responde a la pregunta de qué son los estados mentales. Luego de analizar las distintas teorías de la mente que existen, considero que la del

«conductismo lógico» (o analítico) se corresponde con la que habitualmente empleamos en la práctica jurídica. Por último, la única forma de limitar (no eliminar completamente) las lagunas de subsunción que podrían presentar en la imputación de dolo, haciendo una práctica más segura y calculable, es acudiendo al uso de indicadores.

RESUM

La tesi proposa un enfocament sobre l' imputació de dol a través de la filosofia del llenguatge. A més d'especificar que la ciència del dret no és una activitat diferent a la de l'anàlisi d'un discurs (prescriptiu), es proposa un model de teoria de les normes basat en l'ús del llenguatge per a analitzar el fet punible. En primer lloc, es distingeix segons l'objecte sobre el qual recau l' interpretació d'una acció: d'una banda, el de «enunciats» que versen sobre una acció i, per l'altre, el d'un «esdeveniment» que pot ser entès com a acció. Atès que la interpretació de textos genera problemes diferents a l' interpretació dels fets, és convenient separar l'anàlisi. A més d'aquesta consideració, el model que proposo també diferencia la classe d'activitats que se solen realitzar quan es parla de l'acció d'una altra persona, és a dir entre descriure i adscriure accions.

Un anàlisi sobre els enunciats constitueix el que tradicionalment hem considerat en la determinació del «tipus objecte» i constitueix l'objecte d'una posterior imputació. En canvi, els problemes que es produeixen en la consideració d'esdeveniments com a accions (o obra d'una persona) es corresponen amb allò que tradicionalment hem analitzat en les categories de l' «acció», l' «imputació subjectiva» i la «culpabilitat». L'activitat d'imputació requereix d'un anàlisi dels estats mentals d'una persona en dos nivells.

Ara bé, en relació amb el dol el meu anàlisi parteix d'una divisió entre dues classes de problemes: un anàlisi conceptual (semàntic) i un altre de caràcter empíric (ontològic). En el primer grup se solen presentar problemes de «llacunes normatives» i en l'altre «llacunes de subsunción».

Des del punt de vista semàntic, la noció de «coneixement» es considera excessiva i la de «voluntat» irrellevant. En el seu lloc, proposo vincular el concepte de «creença» a la categoria de dol eventual (forma bàsica) i les de «creença justificada» en el dol de segon grau i la de «intenció» per al dol de primer grau.

L'anàlisi ontològica del dol respon a la pregunta de què són els estats mentals. Després d'analitzar les diferents teories de la ment que existeixen, considero que la del «conductisme lògic» (o analític) és l'habitualment emprada en la pràctica jurídica i que la manera de limitar llacunes en la subsunció que podrien presentar-se és acudint a l'ús de «indicadors» de dol.

ABSTRACT

The thesis suggests an approach to the imputation of intention based on philosophy of language. Apart from specifying that the science of law is not an activity dissimilar from the analysis of a (prescriptive) discourse, it is proposed a model of the theory of norms according to the use of language to analyze a crime. First of all, there is a distinction in terms of the object on the interpretation of an action: on one side, "statements" about an action and, on the other side, an "event" which can be understood as an action. Since the interpretation of the texts involves different problems than the interpretation of the facts, it is appropriate to separate the analysis. Besides, the model of norms that I propose also distinguishes between the different types of tasks that occur when one speaks about another person's action, i.e., between describing and ascribing actions.

An analysis on speech is what we have traditionally viewed in the identification of the «Object Type», and it constitutes the object for further imputation. The problems involved in the treatment of events as actions (or the fact committed by a person) fall into the categories of "action", "subjective imputation" and "culpability". The imputation requires an analysis on two levels about the state of mind of a particular person.

Now, in relation to intention, I start my analysis with the division between two kinds of problems: a conceptual (semantic) analysis and an empirical (ontological) one. In the first category we usually have problems associated with "normative gaps" and the other with "subsumption gaps".

From a semantic perspective, I consider the concept of "knowledge" as too wide and "volition" irrelevant. Instead, I propose to establish a "belief" as a concept for the category

of recklessness (basic form) and "justified belief" for second-degree intention and "intention" for first degree.

Ontological analysis of intention corresponds with the question "what are states of mind". Having analyzed the different theories of the mind available, I conclude that the "logical behaviorism" (or analytical) is the theory we usually employ in legal practice and the way to limit the gaps in subsumption is to use "indicators" of intention.

ÍNDICE DE ABREVIATURAS.....	11
INTRODUCCIÓN.....	14
CAPÍTULO I: LA CIENCIA DEL DERECHO COMO DISCURSO.....	18
1. LOS TRES ÁMBITOS DE UN PENALISTA.....	18
1.1 La vinculación del Derecho penal con la Filosofía	18
1.2 La tarea de los juristas está orientada a la práctica.....	21
1.3 La tensión entre ser una tarea tópica y una sistemática	24
1.4 La importancia del lenguaje para los juristas	30
2. EL MODELO DE LA DOGMÁTICA JURÍDICA.....	33
3. EL MODELO POSITIVISTA.....	39
3.1 Positivismo Normativo	41
3.2 Positivismo Lógico normativo	43
4. PROPUESTAS ESCÉPTICAS DE CIENCIA.....	48
4.1 El Realismo Jurídico americano.....	49
4.2 El modelo de la Tecno Praxis	51
5. EL MODELO ANALÍTICO.....	53
5.1 La ontología del Derecho.....	54
5.2 La metodología del Derecho.....	57
5.3 La epistemología del Derecho	59
CAPÍTULO II: UNA TEORÍA DE LAS NORMAS COMO GRAMÁTICA JURÍDICO PENAL	61
1 LA RELACION ENTRE ANTIJURIDICIDAD Y ANTINORMATIVIDAD.....	61
1.1 Asimilación de la antijuridicidad y la antinormatividad.....	61
1.2 Distinciones entre Antijuridicidad y Antinormatividad	62
1.3 Toma de posición: Antinormatividad como enunciado y Antijuridicidad como hecho	65
2. TRES PROBLEMAS SOBRE LAS NORMAS.....	70
2.1 El problema del emisor de la norma.....	73
2.1.1 Surgen de una valoración social previa al texto legal	74
2.1.2 Surgen en el momento que se promulga la ley (legislador)	77
2.1.3 Surgen de una deducción lógica del texto (Interpretación lógica de la doctrina).....	78
2.1.4 Surge de lo que los jueces deciden	83
2.1.5 Toma postura: La norma surge de la interpretación de la doctrina	85
2.2 El problema de los destinatarios de la norma.....	88
2.3 El problema sobre el contenido de la norma	93
3. LA NORMA COMO IMPERATIVO.....	97
3.1 El Delito (<i>Delikt</i>) como una acción contraria a la norma.....	99
3.2 El Crimen (<i>Verbrechen</i>) como acción punible	100
4. LA NORMA COMO DESVALOR.....	101
5. LA NORMA COMO UN IMPERATIVO DESPERSONALIZADO	105
5.1 La Acción Final como objeto.....	105
5.2 Distinción entre Norma abstracta y Deber concreto.....	108

6. EL MODELO DE LA IMPUTACIÓN	111
6.1 El primer nivel de imputación (<i>imputatio facti</i>).....	113
6.2 La aplicación de la norma de comportamiento al hecho (<i>applicatio legis ad factum</i>).....	114
6.3 El segundo nivel de imputación (<i>imputatio iuri</i>)	116
7. LA NORMA DESDE UNA PERSPECTIVA ANALÍTICA.....	119
7.1 Las premisas del modelo.....	119
7.1.1 La distinción entre interpretar textos e interpretar conductas.....	121
7.1.2 La distinción entre descripción y adscripción de acciones	127
7.2 Descripción de acciones contrarias a la norma.....	135
7.2.1 Es un enunciado que describe acciones.....	137
7.2.2 Establecido <i>ex post</i> por el juez	139
7.2.3 Es una operación de subsunción lógica formal.....	143
7.2.4 Es innecesaria la perspectiva de un observador neutral.....	150
7.3 Explicación de acciones contrarias a la norma.....	156
7.3.1 Las acciones se explican por medio de razones	159
7.3.2 Clases de razones: Normativas y Motivadoras.....	166
7.3.3 Se aplica el método del Silogismo Práctico	172
SEGUNDA PARTE: LA INTERPRETACIÓN DEL DOLO	188
CAPITULO III: CUESTIONES SEMÁNTICAS DEL DOLO	191
1. EL SIGNIFICADO DE DOLO, ¿SE DESCUBRE O SE ATRIBUYE?	191
1.1 Teoría cognitiva de la interpretación (noble sueño).....	191
1.2 Teoría escéptica de la interpretación (pesadilla).....	192
1.3 Teoría ecléctica de la interpretación (vigilia)	194
2. EL PROBLEMA DE LAS LAGUNAS NORMATIVAS.....	195
3. LA DEFINICIÓN DE DOLO	196
3.1 Propuestas legislativas.....	197
3.2 Propuesta de definición unitaria de dolo.....	199
3.2.1 Es una declaración asertiva.....	199
3.2.2 Emitida por un juez	205
3.2.3 Sobre un estado mental que hubiese podido evitar el hecho	206
4. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE GRUPOS DE CASOS.....	211
4.1 La voluntad directa	211
4.2 La voluntad indirecta	212
4.3 El concepto psicológico de intención.....	215
4.4 El conocimiento y la voluntad.....	217
4.5 Las emociones.....	218
4.6 El conocimiento	222
4.6.1 Conocimiento como Representación	223
4.6.2 Una clase de Conocimiento.....	227
4.6.3 Conocimiento de la Probabilidad	231
5. DIFERENCIA CUALITATIVA O CUANTITATIVA.....	234
5.1 Una relación de <i>aliud</i>	237
5.2 Una relación de <i>plus minus</i>	241
6. EL SIGNIFICADO DE LOS CONCEPTOS PSICOLÓGICOS.....	244

6.1 Los estados mentales doxásticos	246
6.2 Los estados mentales conativos	247
7. EL SIGNIFICADO DE CONOCIMIENTO.....	248
7.1 Una creencia (o conjetura)	249
7.2 Es irrelevante que sea verdadera.....	251
7.3 Una creencia justificada	253
7.4 Racionalidad e irracionalidad de la creencia.....	254
8 EL SIGNIFICADO DE VOLUNTAD	258
8.1 Argumentos derivados del sistema de la teoría del delito.....	258
8.2 Argumentos derivados del <i>ius puniendi</i>	260
8.3 Argumentos derivados de la prueba.....	262
8.4 Argumentos derivados del significado de «voluntad».....	265
8.5 El concepto de intención.....	273
CAPITULO IV: CUESTIONES ONTOLÓGICAS DEL DOLO	275
1. CONCEPCIONES SOBRE EL DOLO.....	277
1.1 La concepción psicológica del dolo	278
1.2 La concepción normativa del dolo	279
1.2.1 La doctrina del <i>dolus ex re</i>	280
1.2.2 La doctrina del <i>versari in re illicita</i>	282
1.3 La concepción mixta del dolo.....	284
2. CARACTERÍSTICAS DE LOS ESTADOS MENTALES.....	285
2.1 Algunas propiedades de los estados mentales.....	287
2.1.1 La conciencia	288
2.1.2 El contenido representacional	289
2.1.3 La intencionalidad.....	290
2.2 El acceso a los estados mentales (cuestiones epistemológicas).....	291
2.2.1 La introspección (perspectiva de la primera persona).....	292
2.2.2 La psicología de sentido común (perspectiva de la tercera persona)	293
3. LA ONTOLOGÍA DE LOS ESTADOS MENTALES	295
3.1 Son hechos internos	299
3.2. Son hechos externos (disposiciones de conducta).....	304
3.3 El problema de las lagunas en la subsunción.....	310
3.3.1 Indicios de un hecho interno	311
3.3.2 Indicadores del significado de la conducta	313
4. PROPUESTAS EN EL USO DE INDICADORES.....	317
4.1 Indicadores de conocimiento (propuesta de Ragués i Vallès).....	320
4.2 Indicadores de Racionalidad (propuesta de Pérez Barberá).....	324
4.3. La determinación del dolo a partir de definiciones e indicadores	328
CONCLUSIONES:.....	332
BIBLIOGRAFÍA:	344

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

§	parágrafo
ADPCP	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales
AFD	Anuario de Filosofía del Derecho
AT	Allgemeiner Teil
ATS	Auto del Tribunal Supremo
BGH	Bundesgerichtshof (Tribunal Federal alemán)
BGHSt	Sentencia del Tribunal Federal alemán
Cap.	Capítulo
CPC	Cuadernos de política Criminal
DOXA	DOXA Cuadernos de filosofía del derecho
DP	Derecho Penal
DPPG	Derecho Penal Parte General
Ed.	Editorial
ed.	Edición
FCE	Fondo de Cultura Económica
FS	Festschrift (libro homenaje)
GA	Golddammers Archiv für Strafrecht
Ibíd.	Ibidem (allí mismo, en el mismo lugar)
JUS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
JZ	JuristenZeitung
LH	Libro Homenaje
n.	nota
NHPh	Neue Hefte für Philosophie
NK-StGB	Nommos Kommentar zum Strafgesetzbuch
NKW	Neue Juristische Wochenschrift
nm.	número marginal
Nº	Número
p./pp.	Página/s
PG	Parte General
RA	Repertorio Aranzadi (Jurisprudencia española)

RDPC	Revista de Derecho Penal y Criminología
RECPC	Revista Electronica de Ciencia Penal y Criminología
REJ	Revista de Estudios de la Justicia
RG	Reichsgericht (Tribunal Supremo del Reich)
s./ss.	siguiente/s
SDtZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
StG	Strafgesetzbuch (Código Penal alemán)
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
SW	Soziale Welt.
T.	Tomo
Trad.	Traducción
TS	Tribunal Supremo.
UNAM	Universidad Nacional Autónoma de México
Vol.	Volumen.
VVAA	Varios Autores
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

INTRODUCCIÓN

Es innegable la influencia que la concepción analítica del derecho viene teniendo, al menos desde principios de la década de 1980, en la teoría del delito de raíz germánica. La aparición de importantes trabajos de derecho penal abordados desde esta óptica constituye una buena señal de que la filosofía del lenguaje se ha transformado en una herramienta indispensable para el análisis del delito¹. Entre las obras más significativas que abrieron el camino de muchos autores, se puede mencionar la monografía de FLETCHER, publicada en 1978, en la que se compara el derecho penal anglosajón y el alemán²; la obra de KINDHÄUSER sobre acción intencional, publicada en 1980³; las monografías de HRUSCHKA sobre la imputación, aparecida en 1976⁴, y la que dedica al método lógico analítico, de 1983⁵.

Es cierto que todavía subsiste el mismo recelo hacia la filosofía analítica que el filósofo alemán TUGENDHAT apuntaba allá por el año 1978. En el prefacio de su *Introducción a la Filosofía Analítica*⁶ reconocía que, en el continente europeo, se suele tener el prejuicio de que el método analítico solo conduce a problemas superficiales. En un trabajo reciente puede leerse, en la misma línea, como SILVA SÁNCHEZ critica los trabajos de HRUSCHKA por abordar el estudio de los juicios éticos de una manera «poco sustancial», valiéndose

¹ En el mismo sentido, OXMAN, «El dolo como adscripción de conocimiento», *Política Criminal*, vol. 14, nº 28, 2019, p. 422.

² FLETCHER, *Rethinking criminal law*, Ed. little brown co, 1978.

³ KINDHÄUSER, *Intentionale Handlung. Sprachphilosophische Untersuchungen zum Verständnis von Handlung im Strafrecht*, Ed. Duncker & Humblot, 1980.

⁴ HRUSCHKA, *Strukturen der Zurechnung*, Ed. De Gruyter, 1976.

⁵ HRUSCHKA, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode: Systematisch entwickelte Fälle mit Lösungen zum Allgemeinen Teil*, Ed. De Gruyter, 1983 [En adelante citaré la segunda edición de 1988].

⁶ TUGENDHAT, *Vorlesungen zur Einführung in die sprachanalytische Philosophie*, Ed. Suhrkamp, 1976 [en adelante citaré la traducción al castellano de Jorge Navarro, publicada bajo el título *Introducción a la Filosofía Analítica*, Ed. Gedisa, 2003]. En el mismo sentido, FLETCHER acusa a los dogmáticos alemanes de reacios a enriquecerse con los aportes de sus visitantes, siendo el hecho de que en la bibliografía se soporte únicamente autores alemanes una prueba palpable de que los catedráticos alemanes no suelen apartarse mucho de lo que se dice en su casa. FLETCHER, «La Ciencia del derecho penal desde el punto de vista del derecho comparado», en ESER/HASSEMER/BURKHARDT, en *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*, Ed. Tirant Lo Blanch, 2004, p. 260.

de las herramientas introducidas por la lógica formal y el análisis del lenguaje, desprovistos de un análisis «material». Dicho autor le achaca a esta perspectiva no tener un contenido claro, ni contar con criterios de corrección valorativa⁷.

Este trabajo debería comenzar por aclarar qué debería entenderse por filosofía analítica o, al menos, cuál es su contenido; aunque esto resulte muy difícil de precisar. Entiendo que la filosofía analítica constituye solo un método para aproximarse a los problemas tradicionales de la filosofía. De una manera posiblemente vaga, podría aventurarme a decir que es aquella disciplina que reflexiona sobre los problemas tradicionales de la filosofía, aunque desde el análisis del lenguaje. Sin duda, se podría reprochar a esta perspectiva que la clarificación del significado de las palabras siempre había formado parte de la filosofía. Eliminar toda oscuridad y ambigüedad en los términos que se utilizan constituiría el presupuesto de cualquier reflexión filosófica. Por esta razón, se suele pensar que, si esta forma de hacer filosofía reduce todo a un análisis del lenguaje, entonces uno podría quedarse con la impresión de que se ha perdido cualquier contacto con el contenido de aquello sobre lo que se intenta reflexionar, esto es, con la «esencia» de lo que se intenta hablar⁸.

Cuando trabajamos con conceptos como el de acción, causalidad, riesgo, intenciones, justificaciones, etc., lo hacemos como si *a priori* conociésemos perfectamente cuál es su significado. Sin embargo, bastaría con preguntar a cualquier persona cómo conocemos el significado de estos conceptos para que nos respondieran que lo conocemos «por experiencia». De esta manera se tiende a poner un coto a la indagación por el significado y acaba generando la impresión de que se ingresa realmente a los problemas que son

⁷ SILVA SÁNCHEZ, «Los tres ámbitos de la dogmática jurídico penal», *InDret* n° 4, 2019, p. 8 ys.

⁸ TUGENDHAT, *Introducción a la Filosofía Analítica*, pp. 18-20. En el mismo sentido, BUNG, *Wissen und Wollem in Strafrecht*, Ed. Vitorio Kostelmann, 2009, p. 63, confirma que todavía subsiste el prejuicio que asocia la filosofía analítica con un pensamiento ascético y que la misma se aleja de las cuestiones fundamentales de la filosofía. Se suele tener una idea muy trivializada de la misma de que la misma se encuentra centrada únicamente en el llamado giro lingüístico, según el cual los problemas de ontología o epistemología pueden reducirse a problemas de lenguaje. Muchos de los problemas de análisis que generan los elementos subjetivos del delito se deben a que los conceptos aún están muy vinculados con la filosofía tradicional de la conciencia. Los avances producidos en una rama de la filosofía analítica, concretamente en la «filosofía de la mente», tiene mucha capacidad de rendimiento para replantear algunos aspectos en la imputación subjetiva.

verdaderamente de fondo o sustanciales. Por ejemplo, al analizar el significado de una acción intencional podemos relegar a un plano secundario la pregunta por el concepto de éste, arguyendo que todos conocemos su significado «por experiencia» y que aquello que realmente importa trasciende al mero «palabrerío» y tiene un contenido material. Desde este punto de vista, puede parecerse que hay algo con sustancia en el análisis de la acción intencional que merece un esfuerzo intelectual para poder captarlo.

Sin embargo, lo curioso del recelo que subsiste hacia la filosofía analítica consiste en que la búsqueda de un contenido *a priori* es algo que podría caracterizar a ambas tradiciones filosóficas. Ninguna ha pretendido explicar cuestiones que sean incomprensibles para los seres humanos, sino que ambas perspectivas pretenden clarificar algo que ya se ha comprendido. En este sentido, por ejemplo, cuando analizamos qué son las acciones intencionales nunca partimos desde el desconocimiento de lo que significa «intención», sino que procuramos aclarar si efectivamente comprendemos el significado de aquello que nos parece tan cercano y obvio. En otras palabras, ¡reflexionamos sobre nuestra comprensión, no sobre la experiencia! Cualquier reflexión filosófica tiene necesariamente carácter *a priori*⁹.

Si bien es cierto que también nos referimos a hechos en el derecho penal, lo hacemos en un sentido muy distinto al que se hace en ciencias empíricas. Los postulados que los juristas formulan no pueden ser falseados o verificados mediante una experiencia sensorial, sino que pretenden indagar sobre ciertos presupuestos a los que normalmente no se presta atención y que permitirían una mejor comprensión del fenómeno. Una vez que estos ya se han hecho explícitos, no podemos imaginarlos de otra manera. La diferencia entre la corriente tradicional de derecho penal y la analítica consiste únicamente en la distinta naturaleza de aquello que podría considerarse *a priori*.

Lo que es *a priori* en la doctrina tradicional es una intuición intelectual, una experiencia no empírica, de aquello que intentamos comprender. Dicho de otra manera, supondría aceptar que existe algo anterior a las expresiones que se utilizan y comprenderlo consistiría en imaginar algo análogo a una experiencia sensorial¹⁰. No resulta extraño que

⁹ TUGENDHAT, *Introducción a la Filosofía Analítica*, p. 21.

¹⁰ TUGENDHAT, *Introducción a la Filosofía Analítica*, p. 21 y s.

el modelo tradicional de la teoría del delito se haya sido construido sobre el paradigma de los delitos dolosos consumados, pues cada elemento por el que discurre el análisis jurídico parece haber sido imaginado tomando como eje un hecho con estas características¹¹.

Por el contrario, en el paradigma analítico lo que resulta *a priori* no son las intuiciones, o una experiencia no empírica del delito, sino la forma en la que nuestra comprensión se articula en expresiones lingüísticas. En otras palabras, si pretendemos desentrañar nuestra comprensión sobre lo que entendemos por intención, no deberíamos imaginar un supuesto de hecho que nos sirva de base para una definición, sino que debemos prestar atención a la forma en que utilizamos esta expresión. Aquí radica la distinción entre las dos concepciones. Por tanto, no se trataría de un modelo analítico, sino de un método analítico¹². No existe un planteamiento analítico propio y unitario, por ello no debería ser tildada como continuadora del modelo planteado por KINDHÄUSER cualquier aproximación analítica al derecho penal.

¹¹ El paradigma de imputación lo constituye el delito doloso consumado, por ello la imprudencia y la tentativa pueden ser vistos como delitos «imperfectos», pues exhiben un déficit respecto de aquella; pero que, no obstante, aparece compensado por la posibilidad de exigirle una representación al agente, por un lado, y por el principio de ejecución del hecho, por el otro. *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode: Systematisch entwickelte Fälle mit Lösungen zum Allgemeinen Teil*, 2º ed., Ed. Gruyter, 1988, pp. 185 ss.: MONTIEL, «Aproximación a las estructuras elementales de la responsabilidad», *RDPC*, Año IX, nº 1, Febrero 2019, pp. 161-169.

¹² TUGENDHAT, *Introducción a la Filosofía Analítica*, pp. 23-25.

CAPÍTULO I: LA CIENCIA DEL DERECHO COMO DISCURSO

1. LOS TRES ÁMBITOS DE UN PENALISTA

El hecho de que se suelen oponer los distintos modelos de ciencia jurídica tradicionalmente aceptados con las concepciones analíticas no debería suponer que los problemas a los que se enfrentan los juristas pueden variar en uno u otro caso. A fin de cuentas, la tarea de estos consiste en ofrecer pautas para la interpretación de textos legales. La diferencia consiste en suponer, por un lado, que existe un «fenómeno jurídico» más allá del lenguaje y, por otro lado, por entender que lo jurídico es un «fenómeno lingüístico» y no existe nada más. Existe una serie de características que puede resultar común a la tarea de cualquier jurista y puede ser caracterizada del siguiente modo.

1.1 La vinculación del Derecho penal con la Filosofía

La palabra «ciencia» (*Science* en inglés o *Wissenschaft* en alemán) proviene del latín *scientia*, que procede del verbo *scire* y que, a su vez, significa «saber». Si el saber se encuentra necesariamente condicionado por el clima intelectual y cultural de un determinado periodo de tiempo, debe reconocerse entonces que los «modelos de ciencia» propuestos para el estudio del Derecho aparecen estrechamente vinculados al espíritu cultural de una época determinada (en alemán, *Zeitgeist*). De este modo, es posible entender por qué estudio del derecho ha sido considerada una profesión de prestigio. Quienes se han dedicado al estudio de los textos jurídicos han sido considerados como eruditos, poseedores de un saber no accesible para los no iniciados. Es más, los juristas teóricos han llegado a ser considerados los guardianes de la justicia, jugando un papel decisivo en la legitimación del orden social, funcionando como piezas fundamentales del engranaje del poder político¹³.

Antes de ello, las leyes eran prestadas de forma inconexa, lo que impedía considerarlas como un objeto de estudio científico. La obra de Benedikt CARPZOV (1595-1666), *Practica nova imperialis Saxonica Name rerum criminalium*, reeditada continuamente entre 1635 y 1758, constituía por antonomasia el libro más importante de la época sobre el Derecho Penal. En dicho volumen se compilaba toda la jurisprudencia de Sajonia, del

¹³ NÚÑEZ VAQUERO, *Modelando la Ciencia Jurídica*, Ed. Palestra, 2014, p. 14.

derecho romano, la jurisprudencia italiana y la *Constitutio Criminalis Carolina*. También, incluía la doctrina de los padres de la iglesia, la biblia y el derecho canónico e, incluso, se presentaban las opiniones jurídicas de particulares con sus opiniones a favor y en contra de ellas¹⁴.

Las leyes eran presentadas en extensos cuerpos donde se mezclaba la pequeña y la gran criminalidad. A ello, se sumaba que el estudio del Derecho Penal carecía completamente de sistematicidad, por lo que era habitual que se produjesen muchas lagunas normativas. Todo este contexto resultaba propicio para que los jueces del absolutismo, en muchas ocasiones, pudieran aplicar castigos sin someterse a tipos legales, justificando sus decisiones con argumentos en los que simplemente se ponderaban costos y beneficios, dando lugar a la aparición de figuras creadas por la tradición judicial (*delicta extraordinaria* y *stellionatus*). Asimismo, los jueces también tenían facultades agravar extraordinariamente las penas cuando consideraban que los hechos juzgados presentaban circunstancias que estimaban especialmente graves¹⁵.

Los cambios sociales y políticos ocurridos en Europa, durante los siglos XVIII y XIX, contribuyeron a forjar un vínculo estrecho entre la legislación, la doctrina y el juez. El afán por reducir los márgenes de discrecionalidad que tenían los jueces condujo a que los juristas cambiaran su objeto de estudio: la inestabilidad de las leyes por estructuras «naturales» trascendentes al fenómeno jurídico. De esta manera, la actividad de los juristas también se adaptaba perfectamente al modelo de ciencia racionalista de la época.

Si antes la tarea de los jueces había sido tener que alcanzar «soluciones justas», sorteando una abundante cantidad de fuentes normativas (lo que además les impedía identificar con claridad cuáles debían ser las consecuencias), con la ilustración el papel de los jueces quedaría limitado a una mera «aplicación neutral» de las leyes. A partir de ese momento la responsabilidad por alcanzar «soluciones justas» se trasladaba hacia el legislador, que

¹⁴ KINDHÄUSER, «Acerca del objeto y la tarea de la ciencia penal del derecho penal», *Derecho Penal contemporáneo Revista Internacional*, 2019, p. 24.

¹⁵ HRUSCHKA, «Kant, Feuerbach y los fundamentos del derecho penal», en MONTIEL, *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, Ed. Marcial Pons, 2012, p. 89.

debía redactar códigos de leyes en el que las normas se presentaban de una forma articulada y en un mismo cuerpo legislativo¹⁶.

El derecho comenzó a ser presentado de manera ostensible a los ojos de los ciudadanos y comenzó a utilizarse el concepto de «Estado de Derecho» –acuñado por KANT– para referirse a la situación que se generaba a partir de que todo el derecho era publicado. Si bien, al momento en que dicho autor redactó su *Rechtslehre* (1797), el término empleado era «situación de Derecho» (*rechtlichen Zustand*), pues no existía la expresión «Estado de Derecho», el mismo era utilizado para dejar en claro que el derecho solo estaba constituido por lo que se había promulgado y, por ello, toda infracción a la ley penal podía ser entendida como un delito. La fórmula latina *nullum poena sine lege* aparece recogida por primera vez en el *Tratado del Derecho penal común vigente en Alemania* (1801) de FEUERBACH, empleada para indicar que solo podía imponerse una sanción cuando se había vulnerado una ley penal¹⁷.

Sin embargo, pronto se manifestó un nuevo problema: entre las palabras generales y abstractas que empleaba el legislador para presentar el derecho vigente y las palabras que los jueces utilizaban para decidir los casos concretos, aparecía «un vado» difícil de solucionar que les otorgaba nuevamente un poder discrecional a los jueces para aplicar el derecho. El significado de las palabras no siempre es lo suficientemente claro y, siendo los jueces quienes tienen asignada la función de interpretar las leyes, las ideas de la ilustración parecían volver sobre sus propios pasos. En otros términos, si antes se dejaba que los jueces decidieran cuál debía ser el derecho aplicable, ahora podían decidir cuál debía ser el significado que había que atribuir a los enunciados legales. En este marco aparece la tarea de los juristas como un instrumento conceptual capaz de garantizar la aplicación racional de la ley penal. El trabajo de los juristas emergía con una evidente

¹⁶ MANRIQUE/NAVARRO/PERALTA, *La relevancia de la dogmática penal*, Ed. Universidad del Externado de Colombia, 2011, pp. 72-75.

¹⁷ HRUSCHKA, «Kant, Feuerbach y los fundamentos del derecho penal», p. 89-91. Si bien es cierto que HOBBS ya había expresado la idea de «*nulla poena sine lege*» en su *Leviatán*, y que antes, en la *Carta a los romanos* de SAN PABLO ya se dijo «*donde no hay ley, tampoco hay transgresión*», estas reflexiones no tenían la impronta que a la época tuvo esta máxima, precisamente por ser interpretadas a luz de las nuevas ideas de la separación de poderes.

función práctica que pretendía guiar las decisiones judiciales y reducir la arbitrariedad de las sentencias¹⁸.

Así, el trabajo de los juristas aparece, condicionado por las ideas de la ilustración, con la función de tener que moldear un Derecho penal de una manera distinta al que existía durante el absolutismo. La tarea de quienes se dedicaban al estudio del derecho era presentada como un «producto racional» y hacía surgir un estrecho vínculo entre la Filosofía y la Ciencia del Derecho. En el campo del Derecho penal esta relación fue inaugurada por FEUERBACH y pasaría a ser considerado como un rasgo esencial en la tradición del *Civil Law*¹⁹, al punto en que los estudios doctrinales comenzaron a ser considerados como una fuente del derecho desde principios del siglo XIX.

1.2 La tarea de los juristas está orientada a la práctica

Antes que nada, quisiera hacer una precisión terminológica para no confundir la tarea del jurista con la del dogmático. Comúnmente nos referimos a la tarea que realizan los juristas de manera genérica, es decir independientemente del modelo de Ciencia que se tome; no obstante, es un error continuar llamando –sin ningún reparo– «dogmática» a la tarea que realizar cualquier jurista²⁰. Prefiero reservar la aplicación del término

¹⁸ MANRIQUE/NAVARRO/PERALTA, *La relevancia de la dogmática penal*, pp. 55-56. JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal Parte General*, 5ª ed., trad. Olmedo Cardenete, Ed. Comares, 2002, p. 46; GIMBERNAT ORDEIG, «¿tiene futuro la dogmática jurídico penal?», en *Estudios de Derecho Penal*, Ed Tecnos, 1990, pp. 140 ss.

¹⁹ La ciencia del derecho penal de raíz alemana se inserta en la familia jurídica europeo continental del *Civil Law* –por oposición al *Common Law*– y ha encontrado acogida también en países latinos como España, Portugal e Italia, así como en Latinoamérica. Detrás de ellos, se ubicaría un segundo círculo integrado por países como Japón, Corea, Grecia, Finlandia, Polonia y Turquía. También podrían incluirse en esta tendencia a países como Georgia, Taiwán y China. FLETCHER, *La Ciencia del derecho penal desde el punto de vista del derecho comparado*, pp. 255 y ss.

²⁰ En este sentido, como bien apunta el filósofo Manuel ATIENZA es inadecuado utilizar la expresión «dogmática jurídica» para llamar a lo que hacen los juristas. Esta denominación sugiere una analogía entre el estudio del derecho y la teología, ya que en ambos casos se trataría de un saber interpretativo vinculado con textos inmodificables. Los dogmáticos y los sacerdotes tendrían la capacidad de recibir la verdad sin distorsiones de lo que es su objeto de estudio: el texto. Así, en ATIENZA, «La Dogmática Jurídica como Tecno-praxis», pp. 169-177.

«dogmática jurídica» para referirme a la tarea que realizan aquellos juristas que se aproximan al derecho tomando como una premisa de estudio que el texto legal constituye una «verdad revelada» y que su tarea consiste en explicitar el mensaje normativo.

Al margen de cualquier modelo de Ciencia, la tarea de cualquier teórico del derecho se mueve entre el marco establecido por el mismo texto legislativo, los grupos de casos que se le pueden presentar a un juez y las soluciones que la doctrina ofrece. En este sentido, corresponde explicar en qué consiste cada una de dichas tareas:

1º) El texto legislativo: Constituye una manera muy simplificada de entender cuál es el objeto de estudio de la Ciencia del Derecho penal reducirlo a la mera interpretación de los enunciados del código penal. En esta línea, son muy ilustrativas las célebres palabras del fiscal prusiano Julius VON KIRCHMANN en una conferencia pronunciada en 1847, titulada precisamente «*Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*» (La inutilidad de la jurisprudencia como ciencia), en la que cuestiona la reducción de la tarea de los juristas a una mera interpretación de los textos legales:

«Los abogados son 'gusanos' que sólo viven de madera podrida; apartándose de los sanos, sólo en los enfermos anidan y tejen. Al hacer de lo accidental su objeto, la ciencia misma se vuelve accidental; tres palabras correctivas de la legislatura, y bibliotecas enteras se desperdician²¹».

Sin embargo, alcanza con observar cualquier manual de Derecho penal para advertir lo infundado que resulta esta clase de críticas y poder detectar que los problemas a los que se enfrentaron los fundadores del derecho penal liberal, como FEUERBACH, KLEINSCHORD y otros juristas de comienzos del siglo XIX, no eran muy diferentes de aquellos a los que se dedicaban los filósofos prácticos de los siglos XVII y XVIII. Precisamente, la doctrina jurídico penal actual es heredera y sucesora, en buena medida, de la *Jurisprudentia et Philosophia Practica Universalis*, desarrollada principalmente por PUFENDORF, WOLFF y DARIES. Incluso, muchos siglos antes pueden rastrear disquisiciones acerca del estado de necesidad y el error, en autores como ARISTÓTELES o en el pensamiento Escolástico de la

²¹ KIRCHMANN, *Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, Ed Springer, 1848, p. 17. Después de 19 años como fiscal de Berlín, Kirchmann fue destituido y se dedicó a la filosofía.

Edad Media. El hecho que se tome el texto legislativo como punto de partida no debería conducir a la infundada crítica de que el objeto de la Ciencia Penal tiene que circunscribirse a la parte general del Código Penal, pues es evidente que los problemas de la doctrina son los mismos desde hace ya varios siglos antes que la aparición de éstos²².

2º) Grupos de casos: Contra la reducción mencionada en el punto anterior, la doctrina jurídico-penal se manifiesta como una disciplina con un interés práctico, puesto que no se limita a reproducir lo prescrito por el legislador, sino que se orienta a la praxis judicial. En otras palabras, más que orientada a la interpretación del texto, la tarea de los juristas consiste en ofrecer soluciones para que los jueces puedan aplicar correctamente el derecho²³. Para ello, los juristas suelen comenzar reuniendo en diferentes grupos de casos todos los supuestos imaginables que aparezcan como similares, puedan o no resultar problemáticos. Se trata de una actividad previa a la que consiste en establecer soluciones para cada grupo de casos y en detectar cuáles podrían ser las posibles variaciones de ellos²⁴.

En definitiva, se trata de identificar todas aquellas circunstancias fácticas que se consideran relevantes para el derecho penal, reuniéndolas en grupos que presenten características más o menos similares. En palabras de ALCHOURRÓN y BULYGIN, consiste en identificar el «Universo de Casos» o de aquellos casos genéricos que serán considerados posteriormente por los juristas cuando se ofrezcan soluciones²⁵.

3º) Soluciones: Una vez identificados los problemas a los que se enfrentan los juristas, el siguiente paso consistiría en establecer diversas propuestas para solucionarlos. Cada una estaría vinculada con un modelo distinto de Ciencia jurídica: las que se suelen extraer del «derecho natural» responden a los modelos de Ciencia iusnaturalistas; aquellas que se obtienen de la misma «estructura del código de leyes», del modelo dogmático; las que

²² HRUSCHKA, «¿puede y debería ser sistemática la dogmática jurídico-penal?», *Imputación y Derecho Penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, Ed. Thomson Aranzadi, 2005, pp. 270-272.

²³ ROXIN, «Sobre la significación de la sistemática y dogmática del derecho penal», trad. Bustos Ramírez y Hormazabal, *Política Criminal y estructura del delito*, Ed. PPU, 1992, p. 63.

²⁴ HRUSCHKA, «¿Puede y debería ser sistemática la dogmática jurídico-penal?», p. 267.

²⁵ ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Sistemas Normativos. Introducción a la metodología de las Ciencias jurídicas*, 2ª ed., 2012, Ed. Astrea, pp. 5, 25, 39-43.

proviene de las «relaciones lógicas» que existirían entre las diferentes normas, a los modelos positivistas; y las que se alcanzan a través de las «estructuras del lenguaje» con las que solemos atribuir responsabilidad penal a otras personas, a los modelos analíticos.

Sin embargo, al margen de que las soluciones puedan haber sido obtenidas coherentemente de un modelo de Ciencia, el siguiente paso que los teóricos del derecho suelen realizar consiste en evaluar dichas propuestas. Así, los juristas pueden llegar a tener que reconocer que las soluciones alcanzadas son erróneas, o que las mismas tratan como equivalentes dos supuestos que en rigor no lo son, etc. Lo verdaderamente importante es que el establecimiento de una primera teoría constituye el presupuesto para salir de una situación pre-teórica y así poder comenzar a discutir y examinar distintos casos.

Si un jurista quedase convencido con una determinada propuesta, normalmente se adherirá a ella; pero, quien no piense así, reducirá el ámbito de aplicación de una teoría, estimando que se han agrupado casos que no responden a las mismas características. Por otro lado, podría resultar también que se acabe por ampliar el alcance de una solución y se dé entrada a nuevos grupos de casos que, según su opinión, deberían recibir un mismo tratamiento. Incluso, podría presentarse una segunda teoría y conferir una nueva solución²⁶.

1.3 La tensión entre ser una tarea tópica y una sistemática

Formar grupos de casos no siempre resulta ser una tarea fácil para los juristas. Tener que seleccionar qué características son las que definen un determinado supuesto de hecho, a fin de equiparar distintos casos y formar grupos con ellos, para así poder darles una misma solución, es una tarea que se encuentra sometida a constantes cambios. En ciertas ocasiones, se llega a tener la impresión de que el derecho prevé una solución diferente para cada problema que se le presenta, ya sea porque existen importantes variaciones de un supuesto de hecho a otro que hacen preferible un tratamiento diferenciado, o bien porque existen muchas excepciones a la solución que se propuso. De esta manera, los modelos de ciencia se enfrentan a la disyuntiva de abarcar una «mayor cantidad de

²⁶ GIMBERNAT ORDEIG, «¿Tiene futuro la dogmática jurídicopenal?», p. 159.

supuestos» bajo una misma explicación en una misma teoría, entonces la disciplina pareciera ser más sistemática, aunque también más rígida; o bien, a considerar «menos cantidad de casos» para cada propuesta de solución propuesta, en el que la disciplina parecerá más tópica, aunque también más flexible.

Para un académico puede resultar extravagante afirmar que su tarea se limita a acumular diversas opiniones, en vez de trabajar sistemáticamente, agrupando problemas y ofreciendo soluciones coherentes; pero, si se presta atención a la praxis cotidiana de los jueces, fiscales y abogados, la realidad parece darle la razón a la concepción tópica del derecho. Con frecuencia se presentan nuevos casos y las decisiones que se deben tomar no pueden ser aplazadas por el simple hecho de que la doctrina aún no los haya podido «sistematizar»²⁷.

De esta manera, podemos advertir que un análisis jurídico podría realizarse priorizando el examen de las características del problema (*Problemdenken*), o bien enfocarse en la suficiencia del propio sistema (*Systemdenken*). En el primer caso, el razonamiento se centra en un supuesto concreto y luego se selecciona el sistema en que debería insertarse. Este tipo de análisis no admite una vinculación permanente entre problema y sistema, sino que solo se habilita encadenamientos teóricos cortos que podrían verse interrumpidos cada vez que sea necesario volver la atención hacia el problema. En el segundo supuesto, es el propio sistema el que acaba por seleccionar qué problema podría encontrar una solución en él, rechazando otros que no merecerían ser considerados por el derecho o que sólo representarían problemas aparentes²⁸.

Ambos puntos de vista poseen ventajas al momento de vincular problemas con soluciones: el punto de vista tópico recuperaría la dimensión práctica que tiene el derecho y el sistemático conferiría mayor científicidad en la aplicación del derecho. El uno y el otro han tenido acogida en nuestra tradición.

1º) Para quienes defienden las **posturas orientadas hacia el «pensamiento-sistema»**, la tarea del jurista consiste únicamente en interpretar el Derecho positivo y desarrollar un

²⁷ HRUSCHKA, «¿Puede y debería ser sistemática la dogmática jurídico-penal?», pp. 272-275.

²⁸ VIEHWEG, *Tópica y Jurisprudencia*, 2ª ed., trad. Díez-Picazo Ponce de León, Ed. Taurus, p. 51.

sistema cerrado sobre la base de unos pocos principios de carácter lógico-deductivos. Según este modelo, sería posible extraer conceptos fundamentales del derecho a partir de los preceptos legales y ofrecer soluciones coherentes para cada problema.

Todo el conocimiento científico podría ser reducido a un número limitado de fórmulas fundamentales (axiomas) a través de los cuales se pueden deducir los restantes enunciados, a través de determinadas operaciones lógicas. Los axiomas que los juristas descubren deberían cumplir con tres requisitos fundamentales: 1º) ausencia de contradicción, es decir que ningún axioma podría contradecir a otro; 2º) independencia de ellos, en el sentido de que ningún axioma puede ser derivable de otro; 3º) y plenitud, pues todo el saber necesario para la derivación de los enunciados particulares debería hallarse contenido en los mismos axiomas²⁹.

El formalismo estricto tuvo mayor una aceptación en el derecho civil que en el penal, principalmente con la escuela de la jurisprudencia de conceptos de SAVIGNY, PUCHTA y el primer IHERING³⁰. Si bien dicho modelo no prosperó en el ámbito penal, debido a la fuerte influencia de los penalistas hegelianos, fue parcialmente asumido durante el último tercio del siglo XIX por autores como VON LISZT/BELING, el primer RADBRUCH y también en la obra de autores como BINDING o BIERLING³¹.

Por ejemplo, el modelo de VON LISZT/BELING asumió el «concepto de causalidad» como un axioma y pretendió elaborar un sistema con él que pudiera aglutinar todas las categorías de la teoría del delito. A pesar de la coherencia del análisis, la adherencia a dicho postulado le impedía revisar con mayor detalle los problemas a los que cotidianamente se enfrentaban cotidianamente los jueces. Al reducir el análisis de la tipicidad a la mera causación de una lesión a un bien jurídico, a los «causalistas» les resultó imposible distinguir entre tentativas peligrosas y no peligrosas, pues todas las condiciones se presentaban igualmente ineficaces; por otro lado, el sesgo del axioma también hacía indistinguibles los aportes que realizaban autores y partícipes, pues ambos

²⁹ SCHÜNEMANN, «Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal», *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*, Ed. Tecnos, 1991, p. 35. ROXIN, *Política Criminal y Sistema de Derecho Penal*, trad. Muñoz Conde, 2º ed., Ed. Hammurabi, p. 34.

³⁰ SILVA SÁNCHEZ, «Los tres ámbitos de la dogmática jurídico-penal», p. 9.

³¹ SILVA SÁNCHEZ, «Los tres ámbitos de la dogmática jurídico-penal», p. 10.

se presentaban igualmente causales; y, por citar otro ejemplo más, al estar vedada la introducción de criterios como el incremento del riesgo o el fin de protección de la norma, tampoco podía explicar normativamente en qué medida podía imputarse un delito a título de imprudencia³².

Se suele reprochar a estas posturas rígidas ser demasiado «idealistas», en el sentido que: 1º) son muy conceptualistas, pues suelen ignorar cuales son los verdaderos problemas; 2º) son excesivamente formalistas, ya que tienden a excluir las valoraciones «materiales» en sus razonamientos; y 3º) son demasiado puristas, en la medida que prescinden de las aportaciones que podrían obtenerse de otras ciencias sociales³³.

2º) En las antípodas de la postura anterior se encuentran quienes prefieren una **aproximación al «pensamiento-problema»**. Esta tendencia fue favorecida en Alemania por el contacto con el derecho del caso, característico del pensamiento anglosajón, que fue introducido en los años que siguieron a la Segunda Guerra Mundial durante la ocupación de los aliados. Si bien nunca logró un apoyo explícito, es innegable que ha influido de manera significativa en la ciencia penal alemana³⁴.

A partir de los años cincuenta la «tópica» se convirtió en un concepto de moda y algunos autores, como VIEHWEG, llegaron a plantear en el ámbito de la filosofía del derecho la necesidad de abandonar el pensamiento sistémico y reemplazarlo por un conjunto de *topoi*. Este punto de vista fue defendido por dicho autor, pero también por otros tratadistas como ESSER, KRIELE, MÜLLER, WIEACKER, HESSE o PERELMAN. Estos autores se basaron en las ideas expuestas en el primer libro de la *Topika* de ARISTÓTELES y definieron su pensamiento como un mero procedimiento a través del cual se podían emplear distintos puntos de vista, cada uno universalmente aceptable, y que podían ser empleados a favor o en contra de lo que era opinable y en el que todos parecían conducir a la verdad³⁵.

³² SCHÜNEMANN, «Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal», p. 45 y s.

³³ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 122 y s.

³⁴ MIR PUIG, *Introducción a la bases del Derecho Penal*, 2ª ed., Ed. B d F, p. 258; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 123.

³⁵ VIEHWEG, *Tópica y Jurisprudencia*, p. 43 y s.; GARCÍA AMADO, «Tópica, Derecho y Método Jurídico», *Doxa* nº 4, 1987, pp. 161-188.

Las concepciones escépticas sobre el carácter científico del derecho, como explicaré más adelante, no suelen sorprender a aquellos jueces y abogados que aborrecen las disquisiciones jurídicas abstractas y prefieren ocuparse de problemas reales. Tampoco a los académicos, como afirma MIR PUIG, pues basta con mirar el tratamiento de algunos problemas para notar que –en no pocas ocasiones– la doctrina confirma la preferente preocupación por problemas concretos, como ocurre con el tratamiento de los procesos causales hipotéticos; la causalidad en la imprudencia; la provocación y el exceso en la legítima defensa; el tratamiento del error de prohibición; el desistimiento de la tentativa; la autoría y el dominio del hecho; las formas de imperfecta ejecución en la participación; la posición de garante en los delitos de omisión impropia, etc.³⁶

Por ejemplo, en el tratamiento que se le suele dar al «error» es posible observar que las soluciones no se derivan de un análisis deductivo estricto de la posición sistemática que ocupa el dolo. Así, si una persona creyese (erróneamente) que está favoreciendo a un pariente, desde un punto de vista sistemático este sería un error irrelevante, pues basta con que la persona supiese que realizaba un hecho típico, antijurídico y culpable. Dicho error solo afectaría a la categoría de la punibilidad y, por ello, no tendría ningún efecto eximente de responsabilidad. Sin embargo, como el legislador también ha decidido eximir de pena a quien actúa bajo una presión fuera de lo común, desde el punto de vista tópico, quien actúa creyendo (erróneamente) que favorece a un pariente, debería quedar impune, pues también merece la misma indulgencia que aquellos³⁷.

3º) Entre ambos extremos se encuentran **las propuestas «eclécticas»** que se constituyen como «sistemas abiertos» o estructuras elásticas. Si bien toman como punto de partida la estructura formal que proviene de la tradición dogmática alemana, interpretan dicho esqueleto conforme a determinados criterios teleológicos que se obtienen de la política criminal. En otras palabras, este punto de vista se sirve del carácter necesariamente vago que tiene el lenguaje ordinario para poder definir cada categoría y luego interpretarlas teleológicamente, llenando dichas estructuras con un contenido «material» que se obtendría de los fines del derecho penal. En el año 1970, ROXIN publicó *Política Criminal*

³⁶ MIR PUIG, *Introducción a las bases*, p. 259 y s.

³⁷ SCHÜNEMANN, «Introducción al razonamiento sistemático», pp. 38-39.

y *Sistema de Derecho Penal*, obra que sentaría las bases para superar la tensión que en aquella época existía entre el pensamiento tópico y el sistemático³⁸.

Así, la categoría de la «tipicidad» pasó a ser interpretada conforme al principio de *nullum crimen*³⁹; la «antijuridicidad», como el ámbito en el que se producían soluciones a los conflictos sociales⁴⁰; y la «culpabilidad» se entendió conforme a la necesidad de pena que resultaba de consideraciones de carácter preventivo⁴¹.

Las propuestas eclécticas reunían las ventajas de ambos puntos de vista. Por un lado, conservaba la elaboración sistemática y garantizaba la seguridad jurídica de la aplicación racionalmente uniforme del Derecho; y, por el otro, incorporaba la posibilidad de realizar correcciones valorativas de acuerdo con los criterios obtenidos de la política-criminal, propios del pensamiento tópico. En otras palabras, las posturas eclécticas lograron incorporar en el sistema jurídico las aspiraciones hacia la política criminal que VON LISZT no había podido lograr. Desde su aparición, el pensamiento de ROXIN se convirtió en doctrina mayoritaria⁴². En España, la propuesta de pensamiento científico «abierto» coincidiría con las exigencias que MIR PUIG había propuesto para elaborar una dogmática «realista»⁴³.

Además, los trabajos de WOLTER, FRISCH y JAKOBS constituyeron importantes aportes a esta concepción ecléctica. El primero redefinió el concepto de injusto en los delitos de resultado como la creación de un riesgo prohibido por el ordenamiento jurídico junto con la producción de lesión de un bien jurídico basada en dicho riesgo⁴⁴. La propuesta de FRISCH consistió en redefinir el concepto de dolo de una manera funcional, interpretando

³⁸ Explica MUÑOZ CONDE «Estudio Introdutorio», en ROXIN, *Política Criminal y Sistema de Derecho Penal*, en ROXIN, *Política Criminal y Sistema de Derecho Penal*, p. 18, que el autor pretende penetrar en el problema sin renunciar al sistema y orientar el problema hacia el pensamiento sistemático.

³⁹ ROXIN, *Política Criminal y Sistema de Derecho Penal*, pp. 61 y ss.

⁴⁰ ROXIN, *Política Criminal y Sistema de Derecho Penal*, pp. 75 y ss.

⁴¹ ROXIN, *Política Criminal y Sistema de Derecho Penal*, pp. 89 y ss.

⁴² SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, pp. 130-134.

⁴³ MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho Penal*, pp. 299-320.

⁴⁴ WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionellen Straftatsystem*, Ed. Duncker & Humboldt, 1981, p. 29.

dicho concepto como el conocimiento que el sujeto habría tenido acerca de la peligrosidad de su comportamiento, atendiendo también al riesgo y no al resultado⁴⁵. Finalmente, el *Tratado* de JAKOBS, aparecido en 1983, emprendió una re-normativización general de todos los conceptos del sistema, en forma tal que cada uno de ellos perdió su contenido pre-jurídico y pasaban a ser interpretados de acuerdo con la función dogmática a la que estaban llamados a cumplir. A diferencia de los anteriores, JAKOBS se apoyó en la teoría sociológica de los sistemas, en lugar de atender a cuestiones de la política criminal⁴⁶.

1.4 La importancia del lenguaje para los juristas

En general, ni los modelos sistemáticos, ni los tópicos, ni siquiera los eclécticos suelen asignar demasiada importancia al estudio del lenguaje. Los juristas suelen reconocer que el «lenguaje ordinario» posee una fuerza capaz de ordenar y sistematizar nuestros razonamientos jurídicos, aunque la consideran una fuerza estéril en comparación con la precisión clasificatoria que se obtendría de un análisis jurídico-dogmático. El desarrollo de las categorías sistemáticas de la teoría del delito respondería más a la capacidad de razonar que tienen los dogmáticos que a las propias estructuras de la comunicación. En este sentido, SCHÜNEMANN señala que «*cualquier discusión del lenguaje ordinario habría de acabar siempre en tablas (en un non liquet)*», con una pluralidad de opiniones y puntos de vista, argumentos y reflexiones, conceptos y resultados⁴⁷.

El marco que proveen los usos lingüísticos en la atribución de responsabilidades es considerado por SILVA SÁNCHEZ como una «proto-dogmática». Para este autor el texto legislativo constituye solo el límite en una construcción de *lege lata*, pero si el estudio del derecho penal pretende tener un carácter «científico», entonces el jurista debe traspasar dicho límite –estrictamente nacional– y volcarse hacia la construcción, reconstrucción y sistematización de las normas.

⁴⁵ FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, Ed. Heymann, 1983, pp. 118 ss., 162 ss., 152 ss.

⁴⁶ JAKOBS, *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed., trad. Cuello Contreras y Serrano Gonzalez, Ed. Marcial Pons, p. X.

⁴⁷ SCHÜNEMANN, «Introducción al razonamiento sistemático», p. 33 y s.

Lo que él llama «proto-dogmática» se circunscribiría al estudio de los enunciados valorativamente neutros que, pese a su imprecisión tendrían la ventaja de proveer una base sólida para una ulterior interpretación teleológica y que es, en definitiva, la auténtica tarea de la «dogmática». Así, el marco que le brindaría el análisis del lenguaje puede ser caracterizada como una tarea meramente descriptiva, en tanto que la selección de qué descripciones sí y qué normas resultan (o no) preferibles, constituye la única tarea digna para un científico del derecho⁴⁸.

Ahora bien, cabe preguntarse si el estudio del lenguaje constituye una herramienta capaz para aprehender aquella realidad «material» de la que buena parte de los defensores de los modelos de ciencia penal tradicionales afirman poder extraer del razonamiento de los juristas. Como he mencionado en la introducción, la corriente analítica tiene el mismo objeto de estudio que las corrientes tradicionales, aunque solo reniega de la idea que sea posible acceder a algo similar a una experiencia no empírica acerca de los valores o a una intuición intelectual de los mismos. En otras palabras, el método analítico rechazaría el estudio de las intuiciones *a priori* que se podría tener sobre los valores y las reemplazaría por un estudio sobre la forma en la que nuestra comprensión se articula por medio de expresiones lingüísticas acerca de dichos valores.

Este método no descansa en la confianza personal del jurista de haber podido captar cuál era la dimensión material o «de fondo» que tendrían dichos conceptos. Un analítico no pone coto a la indagación sobre el significado de dichos enunciados y se pregunta por la forma en la que los valores son expresados. En palabras de HABERMAS, las nuevas relaciones entre lenguaje y mundo, entre oración y estado de cosas, disuelven las relaciones entre sujeto-objeto⁴⁹.

La escasa recepción que el método analítico ha tenido en derecho penal puede ser explicada (posiblemente) por lo desconocido que era la filosofía del lenguaje en nuestra tradición antes que por una flagrante oposición al método. Cabe recordar que el estudio

⁴⁸ SILVA SÁNCHEZ, «Straftatsystematik deutscher Prägung: Unzeitgemäß?», *GA*, 2004, pp. 680-681; EL MISMO, «Sobre la “interpretación” teleológica en Derecho Penal», en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/GARCÍA AMADO, *Estudios de Filosofía del Derecho Penal*, Ed. Universidad del Externado de Colombia, 2006, p. 390; STUCKENBERG, *Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht*, Ed. De Gruyter, 2007, p. 36.

⁴⁹ HABERMAS, *Pensamiento Postmetafísico*, Ed. Taurus, 1990, p. 17.

del lenguaje recién daría sus primeros pasos en la última década del siglo XIX, precisamente con la obra del matemático alemán FREGE⁵⁰. Sin embargo, la verdadera transformación la produciría el filósofo austriaco WITTGENSTEIN con la publicación – póstuma– en 1953 de su célebre obra *Investigaciones Filosóficas*, precisamente cuando la escuela finalista ya dominaba la escena jurídico penal.

En líneas generales, los estudios sobre el lenguaje podrían ser clasificados de dos maneras distintas: 1º) una «concepción cartesiana» del lenguaje concibe el mismo como un vehículo que permitiría hacer públicas las ideas que anidan secretamente en la razón, es decir que el lenguaje se presenta como un medio para la expresión del pensamiento⁵¹; y 2º) una «concepción antropomórfica» del mismo es aquella donde el lenguaje se estudia como una determinada forma de costumbre humana capaz de generar pensamientos⁵².

Una «concepción cartesiana» del lenguaje se corresponde con lo que Sybille KRÄMER llamaba el «modelo de los dos mundos», en el que se puede distinguir entre lenguaje (*Sprache*) y habla (*Sprechen*). Desde este punto de vista, existiría una dimensión integrada por el lenguaje puro y otra en la que se haría un uso de éste. Por contraposición, la «concepción antropomórfica» concuerda con el «modelo de la performance» de la clasificación ofrecida por KRÄMER. Aquí el uso del lenguaje cobraría primacía en relación con el supuesto esquema de un lenguaje puro, es decir que el uso del lenguaje se presentaría como una fuerza dinámica capaz de modificar este supuesto «lenguaje puro».

⁵⁰ Se suele considerar que su artículo «Sobre el sentido y la referencia» (*Über Sinn und Bedeutung*), publicado en 1892, fue el que inauguró la filosofía del lenguaje.

⁵¹ ACERO, *Lenguaje y Filosofía*, Ed. Octaedro, 1993, pp. 14-15. En esta línea, puede decirse que todo el pensamiento filosófico de la época se encontraba atravesado por el pensamiento científico de carácter «cartesiano», cuyas raíces pueden rastrearse en la mecánica clásica y el pensamiento religioso, con una clara ventaja epistemológica sobre éste último. Esto quiere decir, que cualquier disciplina que deseara tener el status de ciencia debería poder reducir su objeto a los dos pilares fundamentales para la interpretación de un fenómeno: un «cuerpo» —o algo de carácter terrenal— sometido a las leyes mecánicas y observable de manera externa, por un lado, y a otro aspecto «mental» —o de una razón trascendental— que solo podría comprenderse de forma privada. PORCIÚNCULA, *Lo objetivo y lo subjetivo en el tipo penal*, Ed. Atelier, 2014, p. 44.

⁵² ACERO, *Lenguaje y Filosofía*, pp. 59 y ss.

Por tanto, desde este punto de vista no existiría una estructura de lenguaje anterior e independiente al mismo acto de hablar⁵³.

En general, los modelos de Ciencia jurídica recurren a un modelo cartesiano de lenguaje, donde el razonamiento de los juristas se presenta como el candidato ideal para indagar sobre el «contenido material» que tendrían las categorías de la teoría del delito; sin embargo, algunos modelos han optado por la forma y las funciones en que se utilizan los actos de habla de atribución de responsabilidad penal.

2. EL MODELO DE LA DOGMÁTICA JURÍDICA

La dogmática jurídica fue el modelo de ciencia que se desarrolló en la Europa Continental como consecuencia de la confrontación entre el movimiento de codificación del siglo XVIII y el enfoque racionalista con el que los juristas habían trabajado poco tiempo antes de que se sancionaran las leyes en cuerpos ordenados⁵⁴.

La tarea que los juristas racionalistas venían realizando antes de la codificación, consistía en construir sistemas jurídicos ideales, desatendiendo casi en su totalidad al contenido de las leyes positivas. La multiplicidad de cuerpos legislativos los obligaba a la búsqueda de lo «común». Esta situación cambió radicalmente cuando los nuevos códigos fueron sancionados, pues la tarea prioritaria se convirtió en tener que dar cuenta del nuevo derecho positivo, que se aproximaba considerablemente –tanto ideológica como en sus propiedades formales (completitud, coherencia, precisión)– a los sistemas ideales que ellos mismos habían intentado construir poco tiempo atrás. En otras palabras, la nueva tarea consistía en construir sistemas interpretativos de carácter autosuficientes que les

⁵³ Quienes se enrolarían en el «modelo de los dos mundos», DE SAUSSURE, CHOMSKY, SEARLE y HABERMAS conciben al lenguaje como algo que trasciende al uso; en cambio, WITTGENSTEIN, AUSTIN, DAVIDSON, LACAN, LUHMANN, DERRIDA y BUTLER serían representantes del segundo modelo. Así, MAÑALICH, «¿Reglas del Entendimiento? Acerca de la Juridificación de la comunicación en la pragmática Universal de Jürgen Habermas», *Estudios Públicos* n° 119, 2010, pp. 121 y ss.

⁵⁴ NINO, *Algunos modelos metodológicos de “ciencia” jurídica*, Ed. Fontamara, 1995, p. 14.

permitiera resolver cualquier laguna, sin acudir a premisas ajenas al mismo derecho positivo⁵⁵.

En este contexto la noción de «sistema» se erigió como un estandarte para cualquier disciplina que quisiera hacerse valer como ciencia. Este término fue definido por KANT como la arquitectura de la propia razón, precisamente en su obra *Crítica de la razón pura* (1781). Decir que una disciplina podía ser estudiada de modo sistemático era considerado sinónimo de un estudio racional. Así, un análisis podía ser considerado sistemático en la medida que permitía unir los distintos conocimientos que se tenían sobre un área específica y vincularlos con una misma finalidad superior. Además, al extraerse esta desde el interior del sistema, cada una de las partes podía ser explicada y reunida junto a las demás⁵⁶.

La idea de sistematicidad trasladada al estudio del derecho llevó a pensar que las diversas partes de este podían ser explicadas como fragmentos vinculados entre sí y no como estamentos que solo se encontraban amontonados. Esta idea fue tomada por KANT de la noción de sistema que había utilizado el botánico sueco LINNEO (1751) y extrapolada al resto de las disciplinas sociales. Así, puede leerse en su obra *Principios metafísicos de la ciencia de la naturaleza* (1786) lo siguiente:

«Solo puede llamarse ciencia propiamente dicha aquella cuya certidumbre es apodíctica. Un conocimiento que no puede ofrecer más que una certidumbre empírica sólo se denomina impropia saber. El todo del conocimiento es sistemático y puede ser llamado ya, por esta razón, ciencia, e incluso ciencia racional, siempre que la conexión

⁵⁵ NINO, *Algunos modelos metodológicos de “ciencia” jurídica*, p. 15. En este sentido, por ejemplo, la obra de FLETCHER aparecida en 1978, caracteriza a la práctica de la doctrina alemana como una tarea que no tiene el propósito de analizar las opciones legislativas, sino que pretende entender el derecho penal como un cuerpo dado de conceptos y procedimientos interrelacionados. FLETCHER, *Rethinking Criminal Law*, Ed. Oxford University 2000, p. 407.

⁵⁶ KANT, *Crítica de la razón pura*, trad. Morente, Ed. Victoriano Suárez, 1928, p. 79. La idea que vincula el carácter científico como sistema puede leerse también en los manuales de VON LISZT, WELZEL y ROXIN. Así, PAWLIK, «Teoría de la ciencia del derecho penal», *CPC*, 2012, p. 9.

del conocimiento en este sistema sea un encadenamiento de sus principios y consecuencias»⁵⁷.

El discípulo más importante que tuvo KANT en el ámbito del derecho penal, sin lugar a dudas, fue Ludwig FEUERBACH. En su clase inaugural de Landhust del año 1804, titulada precisamente *Über Philosophie und Empirie in ihrem Verhältnis zur positiven Rechtswissenschaft* (sobre la filosofía y el empirismo en su relación con el derecho positivo), este autor empleó la noción kantiana de sistema para explicar cuál debía ser el objeto de la ciencia jurídica.

«Independientemente de toda legislación positiva, en la naturaleza humana, como fuente última de todos los derechos y todas las obligaciones, se encuentra la ley de la razón que preferimos llamar ley del derecho eterna, libre del cambio de la experiencia, ley para todos los legisladores. El descubrimiento de esta ley es obra de la filosofía, su exposición y desarrollo, de la filosofía como ciencia»⁵⁸.

En otras palabras, un modelo de ciencia penal dogmática parte de la premisa de que el «reino de la razón» se ha plasmado en el «reino de la experiencia», esto es, que pueden descubrirse principios de justicia subyacentes a los códigos y que la tarea los juristas consistía en descubrir cuáles eran⁵⁹. Por esta razón la ley escrita solo constituía un punto de partida para el dogmático, pero ella no era suficiente para conocer lo que es el derecho. La ley solo constituiría un aspecto «formal» de la ciencia jurídica, mientras que el contenido «material» o sustantivo es el que proviene de la actividad de los juristas que descubrían ese sistema sobre el cual se eleva el auténtico edificio de la teoría jurídica⁶⁰.

⁵⁷ KANT, *Principios metafísicos de la ciencia de la naturaleza*, Ed. Alianza, 1989, pp. 28-29.

⁵⁸ FEUERBACH, *Über Philosophie und Empirie in ihrem Verhältnis zur positiven Rechtswissenschaft*, Ed. Joseph Attenkofer, 1804, p. 11.

⁵⁹ FEUERBACH, *Über Philosophie und Empirie in ihrem Verhältnis zur positiven Rechtswissenschaft*, p. 12.

⁶⁰ FEUERBACH, *Über Philosophie und Empirie in ihrem Verhältnis zur positiven Rechtswissenschaft*, pp. 18-19.

Así, el análisis estricto del lenguaje solo constituiría un aspecto secundario o, como ha señalado SILVA SÁNCHEZ, «proto-dogmática»⁶¹. El contenido «material» del Derecho penal trascendería al texto legislativo y sería un producto desarrollado por la filosofía. La «dogmática» es entonces la interpretación racional del texto.

En el mismo sentido, SCHMIDHAÜSER ha señalado que, junto al tipo literal (*Wortlauttatbestand*), existiría un tipo interpretado (*Auslegungstatbestand*) y solo este último constituye un verdadero límite para la actividad del juez. Todo lo que cayese fuera de las interpretaciones «admisibles» era analogía⁶². Dicho de otra manera, el sentido literal constituye un punto de partida, pero no un límite para la interpretación. Un significado cae fuera de los límites aceptables cuando su significado es imprevisible, metodológicamente indefendible o, incluso, axiológicamente irrazonable⁶³.

Ahora bien, cabe preguntarse qué debe entenderse por «significado admisible». En la historia del pensamiento jurídico es fácil encontrar, como ha sostenido el filósofo del derecho BIX, que dos son los candidatos a explicar cuál debería ser el significado de los enunciados legales: el «significado literal» y el «significado intencional». El primero es el que depende de las reglas sintácticas y semánticas, mientras que el segundo se refiere a la intención de la autoridad normativa⁶⁴.

En general no se suele prestar demasiada atención al sentido *lege lata* y se dice que el «tenor literal» del texto está constituido por el «sentido cotidiano» de lo que se dice (*Umgangssprache*) y no tendría más importancia que la de servir de base para una interpretación teleológica⁶⁵. Sin embargo, a poco que uno se pregunta por este significado

⁶¹ SILVA SÁNCHEZ, «Straftatsystematik deutscher Prägung: Unzeitgemäß?», pp. 680-681; EL MISMO, «Sobre la “interpretación” teleológica en Derecho Penal», en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/GARCÍA AMADO, *Estudios de Filosofía del Derecho Penal*, Ed. Universidad del Externado de Colombia, 2006, p. 390; STUCKENBERG, *Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum*, p. 36.

⁶² SCHMIDHAÜSER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Studienbuch*, 2ª ed., Ed. Mohr, 1984, pp. 3 y 48 y ss.

⁶³ SILVA SÁNCHEZ, «Sobre la “interpretación” teleológica en Derecho Penal», p. 393.

⁶⁴ BIX, *Jurisprudence theory and context*, 2ª ed., Ed. Sweet & Maxwell, 1999, pp. 139-144.

⁶⁵ SCHÜNEMANN, «Die Gesetzesinterpretation im Schnittfeld von Sprachphilosophie, Staatsverfassung und juristischer Methodenlehre», en GÜNTHER COLMAN (ed.), *Festschrift für Ulrich Klug*, T. 1, Ed. Dr. Meter Deubner, 1983, p. 185.

advierte que el término «literal» puede referirse a distintas cosas: 1º) una interpretación prima facie, inmediata e irreflexiva del texto normativo, que solo puede ser explicada a través de las reglas sintácticas y semánticas de la lengua; 2º) una interpretación no-contextual o a-contextual, también conocida como objetiva, y que surge de la abstracción de cualquier intención subjetiva; y 3º) una interpretación no-correctora, o incluso declarativa, según la cual los textos tendrían un significado intrínseco o pre-constituído⁶⁶.

Por otro lado, aún más discutido que la determinación del «significado literal», es la determinación de la «intención» que tendría el enunciado legal. Cuando decimos que un texto tiene una determinada finalidad o intención podemos aludir a dos cosas distintas:

1º) puede referirse a la intención del legislador, o a la «interpretación intencional o psicológica», para aludir a lo que la autoridad hubiese querido decir. A esta también se la conoce como «intención semántica», es decir aquello que el legislador quería o pretendía decir. Este significado podría rastrearse fácilmente en las actas de un debate legislativo; pero dicho argumento no parece ser sostenible, pues las autoridades normativas –órganos colegiados– no tendrían «intenciones» en el mismo sentido que pueden tenerlas los individuos⁶⁷. Así, por ejemplo, resultaría inadmisibles la interpretación que realizó el Tribunal Supremo Alemán cuando entendió que, si bien en su «sentido literal», la antigua ley prusiana solo castigaba con pena agravada el robo de madera cometido con un carruaje tirado por animales, también debían incluirse aquellos casos en que la misma había sido transportada con un automóvil, pues se alegaba que ésta habría sido la «intención del legislador»⁶⁸.

2º) también podemos hacer referencia al fin de la autoridad normativa, a la *ratio legis*, para aludir a una «intención práctica» y no a la intención semántica. Esta es la que corresponde llamar propiamente «interpretación teleológica», aunque a veces llegue a confundirse con la anterior. La distinción entre ambas es muy difícil de establecer, aunque

⁶⁶ GUASTINI, *Interpretar y argumentar*, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, pp. 105-114.

⁶⁷ GUASTINI, *Teoría Analítica del Derecho*, Ed. Zela, 2017, p. 107. En un sentido similar, SILVA SÁNCHEZ, «Sobre la “interpretación” teleológica en Derecho Penal», p. 374, se refiere a esta como interpretación teleológica-subjetiva.

⁶⁸ BGHSt 10, pp. 375 y ss.

quizás podría intentar definirse como el sentido que la autoridad pretendía hacer u obtener y no lo que la misma trataba de decir. Este tipo de argumento genera las mismas incertidumbres que el anterior, con el añadido de que cada efecto práctico de la norma podría ser considerado como un fin mismo de la norma. Por ejemplo, cuando una ley establece un nuevo impuesto, podría interpretarse que «teleológicamente» se pretendía recaudar, o bien, que tenía como fin distribuir riqueza. Ambos fines pueden ser entendidos como la *ratio legis* del impuesto. Evidentemente que un fin sea preferible a otro, sencillamente por considerarse más «razonable», es una cuestión valorativa⁶⁹.

En síntesis, el modelo de la dogmática se erige como un procedimiento de «alquimia conceptual» a partir del cual se pretende inferir soluciones para casos no previstos literalmente por el legislador⁷⁰. Esto no quiere decir que el único modelo de hacer ciencia del Derecho penal sea el de la dogmática, como parece afirmar SILVA SÁNCHEZ cuando sostiene que la alternativa a este modelo es la *Kadi-Justiz*, en el que los jueces podrían decidir cada caso de acuerdo con lo que individualmente pudieran considerar, sin sujetarse a determinadas normas o procedimientos⁷¹.

Todo modelo de ciencia jurídica es formal, pero no necesariamente debe responder a las características del modelo de la «dogmática». Cuando hablamos de formalismo lo hacemos en el sentido de que el objeto de estudio del jurista no se refiere a hechos físicos o humanos, sino a las calificaciones normativas que recaen sobre dichos hechos y cuya tarea no es la explicación, propia de las ciencias naturales, sino la construcción de un sistema. Hablar de «construcción dogmática» parece ser una expresión pleonástica en la

⁶⁹ GUASTINI, *Teoría Analítica del Derecho*, p. 108 y s. Para SILVA SÁNCHEZ, «Sobre la “interpretación” teleológica en Derecho Penal», p. 374, es la interpretación teleológica-objetiva. El profesor MIR PUIG, *Manual Derecho Penal Parte General*, 10ª ed., Ed. Reppertor, 2016, p. 147, precisamente le criticaba al modelo de la dogmática presentar la construcción como meras descripciones y exigencias sistemáticas, cuando en realidad se estaban encubriendo verdaderas decisiones valorativas. El trabajo del jurista nunca había sido aséptico y neutral, sino que cumplía también una función normativa o prescriptiva.

⁷⁰ NINO, *Algunos modelos metodológicos de «ciencia» jurídica*, p. 18.

⁷¹ SILVA SÁNCHEZ, «Straftatsystematik deutscher Prägung: Unzeitgemäß?», p. 682. La expresión *Kadi-Justiz (qāḍī)* fue empleada por MAX WEBER para referirse al modelo musulmán, según el cual los jueces no se centran en doctrinas jurídicas sustantivas, ni en conceptos previos o en razonamientos judiciales anteriores.

que solo se intensifica la idea de sistema⁷². Sin embargo, un sistema puede ser construido no solo a partir de un concepto de delito, sino también desde la lógica jurídica o desde las estructuras del lenguaje de imputación de responsabilidad⁷³.

Sería un trabajo colosal intentar explicar aquí cada una de las características de las principales escuelas de Derecho penal que han sucedido a largo de la historia⁷⁴. Basta con señalar ahora que han existido modelos con tendencias más formales que otros, incluso ha habido algunos más apegados a la interpretación literal y otros a la teleológica. *Grosso modo* podría indicarse que los llamados autores iusnaturalistas, aparecidos algunos años antes del movimiento codificador, entre los que puede nombrarse a autores como GROCIO, PUFENDORF, WOLFF y DARIES, adoptaron un modelo formal-abstracto. A ellos sobrevino el formalismo de FEUERBACH y KLEINSCHORD; aunque su modelo no llegó a imponerse por la influencia que ejercieron los penalistas hegelianos, entre los que es posible contar al propio HEGEL y sus discípulos KÖSTLIN, HÄLSCHNER, ABEGG y BERNER. Un formalismo-conceptual es el que defendieron autores como VON LISZT, BELING, el primer RADBRUCH, pero también es posible advertirlo en la obra de autores como BINDING o BIERLING. El formalismo conceptual acabó por imponer el esqueleto conceptual que serviría como base para el modelo de la dogmática, y a través del cual se ha elaborado toda la teoría del delito⁷⁵.

3. EL MODELO POSITIVISTA

⁷² BOBBIO, *Iusnaturalismo y Positivismo Jurídico*, Ed. Trotta, 2015, pp. 92-95.

⁷³ El modelo de la dogmática, hasta donde alcanzo a entender, parte del concepto de delito definido como la «acción típica, antijurídica y culpable», pues esta parece ser la intuición intelectual que subyace a lo que consideramos un acto contrario a la norma. Así, la tarea del dogmático consistiría en descomponer cada uno de los elementos de esta definición para luego ponerlo frente a una figura de la parte especial y facilitar la interpretación del texto legislativo. Esta forma no es la única manera de construir un sistema, ya que – como veremos – podría hacerse lo mismo a partir de un análisis lógico o del lenguaje que utilizamos para atribuir responsabilidades.

⁷⁴ Actualmente PAWLIK se encuentra dirigiendo un proyecto titulado precisamente «Geschichte des strafrechtsphilosophischen Denkens in Deutschland von Kant bis zur Gegenwart» (Historia de la filosofía del derecho penal en Alemania desde Kant hasta nuestros días).

⁷⁵ SILVA SÁNCHEZ, «Los tres ámbitos de la dogmática jurídico-penal», p. 9 y s.

La tesis central del positivismo es que «el derecho es un fenómeno social que puede identificarse sobre la base exclusiva de ciertas propiedades fácticas y sin necesidad de adoptar, para proceder a tal identificación, a alguna postura valorativa. Lo que «el derecho es» debe distinguirse de lo que «debería ser», ya que una confusión entre describir una realidad y expresar nuestros ideales no solo impediría comprender lúcidamente qué es el derecho, sino que no podrían resolverse los desacuerdos valorativos que podrían plantearse. Un modelo de ciencia positivista no niega necesariamente la utilidad de los juicios valorativos, sino que puede admitirlos en la medida en que sean sometidos a procesos de argumentación racional⁷⁶.

Este modelo de ciencia jurídica no tiene como objeto de estudio una realidad independiente al derecho positivo, como sostendrían los iusnaturalistas; ni conceptos subyacentes al mismo código de leyes, como afirmarían los dogmáticos; sino que, por el contrario, el objeto de estudio es sencillamente lo que el derecho es: «un sistema de normas jurídicas que regula el comportamiento humano»⁷⁷. En otras palabras, el derecho es concebido como un fenómeno producido por actos de voluntad humana, que debe distinguirse de otros similares, como la moral, la política y la religión.

La *Teoría Pura del Derecho* de KELSEN, aparecida por primera vez en el año 1934, marcó un hito extraordinario en el pensamiento jurídico en general, a pesar de no haber tenido un impacto directo en el Derecho penal. Algunos autores, como ALWART⁷⁸, encuentran algunas coincidencias entre el pensamiento de éste y la obra de HRUSCHKA. Es evidente que la obra de KELSEN ha influido significativamente en el ámbito de la Teoría del Derecho, pese a haber sido criticada por varios autores, e incluso, relegada rápidamente a un segundo plano cuando el debate entre HART y DWORKIN pasó a ocupar el centro de atención en la teoría del derecho. Sin embargo, la tarea de los filósofos del Derecho que continuaron por la línea marcada por KELSEN desarrollaron varias ideas que si lograron influir a la doctrina penal. Por esta razón, expondré primero el positivismo orientado a la clarificación del concepto de «norma» que aparece en la obra de KELSEN y luego, el

⁷⁶ NINO, *Algunos modelos metodológicos de la ciencia jurídica*, 1995, pp. 75-77.

⁷⁷ KELSEN, *Teoría Pura del Derecho*, trad. Vernengo, Ed. UNAM, 1982, p. 18. Para este autor no existiría una distinción entre el derecho «objetivo» y el derecho «subjetivo».

⁷⁸ ALWART, *Recht und Handlung. Die Rechtsphilosophie in ihrer Entwicklung vom Naturrechtsdenken und vom Positivismus zu einer analytischen Hermeneutik des Rechts*, Ed. Mohr Siebeck, 1987, p. 100 y s.

análisis «lógico-normativo» de las normas que elaboraron ALCHOURRÓN y BULYGIN, cuyas aportaciones se parecerían más a las ideas de HRUSCHKA.

3.1 Positismo Normativo

A lo largo de su obra, KELSEN se propuso depurar qué es lo que debe entenderse por «norma», adoptando para ello una perspectiva acrítica. Su objetivo consistía en liberar el abordaje del derecho de todos aquellos aspectos que no sean estrictamente jurídicos. Existen otras disciplinas afines como la moral, la política o la religión que deben distinguirse del estudio del derecho. *Grosso modo*, el derecho surge de un acto de voluntad humana, sea de un legislador, un juez, un funcionario administrativo o, incluso, de un particular, siempre que pueda ser interpretado como un acto estatal. El Estado es la personificación del orden jurídico. El derecho es «un orden coactivo limitado en su dominio territorial de validez». De este modo, para un positivista, Estado y Derecho son la misma cosa⁷⁹.

La principal consecuencia que se puede extraer de entender que el derecho no es más que un acto de voluntad consiste en que la ciencia jurídica se vería obligada a servirse de un principio de imputación y no de uno como la causalidad. Así como los fenómenos de la naturaleza sólo pueden ser explicados por el principio de causalidad, encadenando sus causas y efectos, el derecho se rige por el principio de imputación. Es cierto que el comportamiento de la sociedad también podría ser explicado causalmente, como ocurre con la psicología, la etnología, la historia o la sociología; pero cuando se intenta explicarlo como un orden normativo de interacción humana, entonces debe acudir al principio de imputación. En este sentido, los enunciados jurídicos no dicen «si ocurre un determinado supuesto de hecho, se sigue necesariamente una consecuencia», sino que sólo afirman qué es lo que debería ocurrir. Para que suceda es preciso que la autoridad realice un acto de voluntad, pues solo así podría enlazarse una determinada condición (la realización de una conducta) con una consecuencia (un acto de coacción)⁸⁰.

⁷⁹ KELSEN, *Teoría Pura del Derecho*, p. 66.

⁸⁰ KELSEN, *Teoría Pura del Derecho*, pp. 89-91 y 100.

Dicho esto, cabe preguntarse si los enunciados jurídicos poseen valores de verdad. Si las normas no son más que actos de voluntad, entonces los enunciados del legislador (al emitir normas generales) y de los jueces (al emitir normas individuales) no pueden ser susceptibles de verdad o falsedad, sino que sólo podrían ser señaladas como válidas o inválidas. Por el contrario, el trabajo de los juristas se presenta como una actividad que se limita a describir dichas órdenes y prescripciones, exponiendo cada uno de los posibles significados que podría tener la norma jurídica, por lo que sus enunciados podrían ser calificados como verdaderos o falsos⁸¹.

Otra pregunta consiste en examinar si el modelo de ciencia jurídica que plantea el positivismo admite juicios de valor. En la introducción de este modelo decíamos que solo aquellas consideraciones axiológicas que pueden ser comprobadas racionalmente pueden ser tenidas en cuenta por el derecho. KELSEN rechaza expresamente la clase de juicios que versan sobre la justicia o injusticia de una norma, o de una institución jurídica, o incluso de aquellos que versan acerca de la justicia o injusticia de un determinado ordenamiento jurídico. Esta clase de juicios tienen carácter subjetivo, aunque con pretensiones de objetividad, y como no pueden ser verificados, deben quedar al margen de cualquier contemplación jurídica⁸².

Sin embargo, existe otra clase de enunciados axiológicos a los que KELSEN llama «juicios de valor jurídico» y que sí deben ser tenidos en cuenta por el Derecho. Se trata de enunciados que versan sobre la correspondencia o no de la conducta de un sujeto con lo que se encuentra prescripto por una norma. En este sentido, decimos que una conducta es mala, disvaliosa o incorrecta cuando contradice una norma, o bien, que la misma es buena, valiosa o correcta cuando no lo hace. Esta clase de enunciados constituye un juicio de valor objetivo y no empírico⁸³.

⁸¹ KELSEN, «What is the Pure Theory of Law?», *Tulane Law Review*, vol.34, 1960, pp. 270-272.

⁸² KELSEN, «Value Judgments in the Science of Law», *What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science*, Ed. University of California, pp.209-230.

⁸³ KELSEN, *Teoría Pura del Derecho*, p. 30. Luego, en p. 79 señala que el «concepto de bien» solo puede ser entendido como «lo debido» o lo que se corresponde con una norma. Si se define el concepto de derecho como un conjunto de normas, entonces todo aquello que es conforme a derecho es bueno. Véase también EL MISMO, *Teoría general de las normas*, Ed. trillas, 2007, pp.135 y 169; EL MISMO, «Norm and Value», *California Law Review*, vol. 54, 1966, pp.1624-1629.

Por tanto, podemos caracterizar a los «juicios de valor jurídico» del siguiente modo:

1º) El que emite dicho juicio presupone un hecho creador de la norma, es decir un acto de voluntad legislativa, quien, a su vez, también asume que la creación de la primera constitución fue jurídica. Así, se crea una cadena de «validez jurídica» que funciona como precondition a todos los juicios de valor jurídico⁸⁴.

2º) Se trata de juicios de carácter relativo, ya que en caso de que dos normas establecieran valores opuestos no existiría un medio racional para determinar cuando uno debe prevalecer sobre otro, por lo que ambos seguirían siendo válidos. Esto supone que no existen normas basadas en valores absolutos, que provengan de una voluntad sobrehumana o que presupongan vínculos indisolubles entre el derecho y la justicia⁸⁵.

3º) Son juicios que cumplen con una función cognoscitiva, en el sentido de que informan acerca de la correspondencia o no de una conducta con una norma. Por ello, pueden ser calificados como verdaderos o falsos, al igual que los enunciados descriptivos sobre normas como los que emiten los juristas y, además, tienen carácter objetivo, pues no dependen de los deseos del sujeto que los emite⁸⁶.

4º) Por último, solo los juicios de correspondencia de «carácter general» podrían ser emitidos por juristas, mientras que aquellos juicios que versan sobre la correlación de una «conducta concreta» con una norma solo podrían ser emitidos por una autoridad de aplicación⁸⁷.

3.2 Positivismo Lógico normativo

⁸⁴ KELSEN, «Value Judgments in the Science of Law», pp. 217-218 y 222-223. Críticamente ROSS considera este modelo una variedad formalista del idealismo que encuentra validación es un supuesto hipotético de carácter formal. En ROSS, *Sobre el Derecho y la Justicia*, Ed. Eudeba, 2005, p. 94.

⁸⁵ KELSEN, *¿Qué es la Justicia?*, trad. Calsamiglia, Ed. Ariel, 1957, pp. 35-63.

⁸⁶ KELSEN, *Teoría Pura del Derecho*, p. 33.

⁸⁷ KELSEN, «Value Judgments in the Science of Law», p. 229.

La *Teoría Pura del Derecho* constituyó el punto de partida para muchas teorías neo-analíticas que surgieron a partir de los años 50, aun cuando solo fuera para refinar o para criticar la obra de KELSEN. Como hemos visto, el núcleo de su pensamiento consistía en entender que «el Derecho era un conjunto de normas que tenían el tipo de unidad al que nos referimos cuando hablamos de un sistema»⁸⁸. El enfoque lógico-normativo que defienden ALCHOURRÓN y BULYGIN logra superar varias de las críticas que se le formularon al normativismo clásico de KELSEN. Estos autores se valieron de muchos de los aportes provenientes de la filosofía analítica y de la lógica formal para explicar las relaciones que existían entre las diferentes clases de normas y, por esta razón, constituye un avance respecto del modelo planteado por KELSEN⁸⁹.

Aunque estos autores también pueden ser tildados de positivistas, las diferencias entre ellos son notables. KELSEN era un teórico claramente neokantiano, vinculado al círculo de Viena, que había intentado construir toda su obra con un carácter totalmente positivo, poniendo énfasis en la razón teórica y en una división –o un desdoblamiento– del ser en dos mundos distintos (*Sein und Sollen*), motivo por el cual su propuesta aún conserva ciertos tonos de especulación metafísica propias del idealismo. Por el contrario, ALCHOURRÓN y BULYGIN basaron su argumentación en una concepción más modesta acerca de la norma, pero con un método más sólido para su análisis. Partieron de comprender a las normas como entes positivamente dados por el legislador y las analizaron a través de las estructuras lógicas que se deducían del propio ordenamiento jurídico.

Para ALCHOURRÓN y BULYGIN la tarea del jurista es una actividad compleja, en la que se pueden distinguir –al menos– tres etapas que podrían darse de manera simultánea y que, además, son difíciles de separar en la práctica:

1º) La identificación de normas jurídicas. Esta función se refiere a la obtención del significado que surgiría a partir de la interpretación de la legislación. Los autores se valen de la distinción que había propuesto VON WRIGHT entre «formulación de normas» y

⁸⁸ KELSEN, *Teoría General del Derecho y del Estado*, Ed. UNAM, 1988, p. 3.

⁸⁹ CHIASSONI, *El discreto placer del Positivismo Jurídico*, Ed. Universidad Externado de Colombia, 2016, pp. 255-257.

«norma» propiamente dicha. Así, la primera solo aludiría a las palabras que se utilizan y las segundas son las interpretaciones (o reconstrucciones) que se hace de las palabras y que tienden a correlacionar diferentes casos con soluciones. Cuando las formulaciones tienen un significado más o menos preciso, la actividad de los juristas se presenta como una actividad «cognoscitiva», ya que describen los usos lingüísticos existentes; pero, cuando esto no es posible, es necesario que la doctrina se «adjudique» un significado. Recién cuando la definición estipulativa dada haya sido aceptada por la generalidad (o por el auditorio), entonces la actividad de estos se volvería descriptiva de los usos lingüísticos existentes⁹⁰.

2º) Otra tarea consiste en sistematizar las normas jurídicas. Para ello, la doctrina suele emprender dos clases de actividades diferentes: La primera consiste en derivar soluciones para casos genéricos a partir del conjunto de las normas jurídicas. Esto supone que debe determinarse el ámbito de los problemas jurídicos (identificar todos los casos relevantes) y luego deducir lógicamente las consecuencias jurídicas a partir de las normas que funcionan como axiomas en el sistema⁹¹. La segunda tarea que suelen realizar consiste en reformular el sistema jurídico. Se trata de encontrar una nueva base axiomática, equivalente a la anterior, aunque más reducida y simple. Contar con axiomas más generales vuelve más fácil la comprensión de la estructura y permite mejorar la formulación del sistema⁹².

3º) Por último, la tarea de un jurista también puede consistir en modificar y transformar los sistemas jurídicos. Hay que reconocer que aún subsiste la creencia de que la legislación es el principal factor de cambios jurídicos y que la tarea de los juristas se limita a describir el derecho existente, sin siquiera modificarlo. Sin embargo, la tarea del

⁹⁰ BULYGIN, «Dogmática Jurídica y Sistematización del Derecho», en ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Análisis Lógico y Derecho*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1981, pp. 466-471.

⁹¹ BULYGIN, «Dogmática Jurídica y Sistematización del Derecho», p. 472. La importancia de este paso radica en poder descubrir si el sistema padece defectos formales de incoherencia o de falta de completitud, como lagunas normativas y redundancia.

⁹² BULYGIN, «Dogmática Jurídica y Sistematización del Derecho», p. 473. Todo sistema cuenta con una base axiomática o un conjunto finito de regulaciones, a partir del cual pueden ser derivadas todas las demás normas del sistema. Esta base debe tener carácter independiente, en el sentido de que no sea una consecuencia lógica de otras regulaciones.

jurista va más allá de eso y cumple con una importante función normativa: los juristas formulan propuestas para el cambio del sistema y cuando llegan a ser aceptadas por la comunidad jurídica, entonces sí que producen cambios importantes. Las modificaciones de la doctrina suelen ser más sutiles y restringidas que las que producen las autoridades legislativas, pues normalmente sólo adecuan o ajustan el sistema a ciertas exigencias. Las modificaciones más importantes responden a exigencias racionales de completitud y de coherencia, pero también a la exigencia moral de justicia⁹³.

La «completitud» del sistema significa que existe una solución para cada caso que sea seleccionado como caso relevante por el ordenamiento jurídico y la «coherencia» supone que no existe ningún caso genérico que contemple dos o más soluciones que sean incompatibles (o que aparezcan en conflicto). Por último, también sostienen que los juristas deben intentar adecuar el sistema a determinadas «pautas morales mínimas». Es cierto que esto no ocurre con mucha frecuencia, sólo en casos muy excepcionales y normalmente se tiende a disimularla con el argumento de que el legislador no habría previsto el caso en cuestión⁹⁴.

Por tanto, una diferencia destacable con el modelo de ciencia defendido por KELSEN radica en que para éstos la tarea de los juristas no es solamente «cognoscitiva», sino que también está llamada a cumplir un importante rol práctico cuando debe «adjudicar» un significado normativo⁹⁵. Hasta lo que alcanzo a entender, un defecto del positivismo es

⁹³ BULYGIN, «Dogmática Jurídica y Sistematización del Derecho», pp. 476-478. Esta tarea no la realizan de manera abierta, sino que normalmente tratan de disfrazarla por medio de diversos recursos retóricos. Precisamente por el dogma que aún persiste de que los juristas no deben invadir las esferas legislativas. En este sentido, MIR PUIG criticaba que la dogmática penal presentara sus conceptos como exigencias sistemáticas, cuando en verdad se encubrían auténticas decisiones valorativas. El Neokantismo advirtió el uso de conceptos valorativos y luego, el funcionalismo de los años 70, el significado político de las categorías. MIR PUIG, *DPPG*, p. 147.

⁹⁴ BULYGIN, «Dogmática Jurídica y Sistematización del Derecho», pp. 478-480.

⁹⁵ En este sentido, MIR PUIG parece reconocer que la dogmática jurídico-penal, aunque no sea científica en el sentido de las ciencias duras, resulta mucho más fructífera, porque permite no solo profundizar en el significado material del Derecho positivo, sino que también asume la función de orientar al legislador en el perfeccionamiento del Derecho y al juez en su aplicación, pues inevitablemente su tarea supone también una decisión creadora, es decir una elección en el marco de posibilidades que ofrece la ley o, en otras

el recurso a la noción idealizada de la «norma hipotética fundamental» en el primer caso y de «sistema maestro» en el segundo. La idea de norma sigue siendo extraída de una intuición intelectual que los autores positivistas tienen acerca de la existencia de un axioma que (supuestamente) permite explicar todo el fenómeno jurídico.

La concepción que HRUSCHKA tiene acerca de la tarea del jurista es bastante parecida a la anterior. Según su punto de vista serían tres las tareas que estaría llamado a cumplir:

1º) Indagar acerca de las estructuras del sistema jurídico-penal de las normas. No se trata de un análisis de las reglas del derecho positivo, sino de aquellas categorías que pueden servir como base para la constitución de las reglas del derecho positivo. Lo ejemplifica con antiguos trabajos sobre el estado de necesidad, que se remontan hasta ARISTÓTELES; pero que recién en la Alemania del siglo XX pudo distinguirse entre los distintos fundamentos de la justificación y la exculpación. También con la evolución del tratamiento del error. Estas estructuras permiten crear un sistema completo y coherente, similar al de la geometría, lo que no debe confundirse con un sistema cerrado⁹⁶.

2º) Hacer reflexiones ético-normativas (político-jurídicas) que intenten responder a la pregunta de cuáles conductas humanas son merecedoras de pena y cuáles no. Esta clase de consideraciones solo pueden realizarse respetando las conexiones estructurales. Por ejemplo, las reflexiones utilitaristas sobre el fundamento de la pena, el error o las causas de exculpación, o bien, el problema del determinismo o indeterminismo que se plantea en este último, solo surgen cuando se ha tomado consciencia de esta clase de problemas y de la oferta de soluciones que se tienen⁹⁷.

palabras, una continuación creadora de la ley. Así, MIR PUIG, «Valoraciones Normas y Antijuridicidad Penal», *RECPC* 06-02, 2004, p. 3.

⁹⁶ HRUSCHKA, «¡Repensar el Derecho Penal!», *Imputación y Derecho Penal*, Ed. Thomson Aranzadi, 2005, pp. 235, 237-239.

⁹⁷ HRUSCHKA, «¡Repensar el Derecho Penal!», pp. 235, 248 y s. No siempre será fácil separar limpiamente los elementos que pertenecen a la estructura de aquellos que son ético-normativos. Así, por ejemplo, cuando un sujeto ha provocado una situación de necesidad, más allá del fundamente político-criminal para responsabilizarlo, se plantea el dilema estructural de si es un problema de normas o un problema de la imputación.

3º) Comentar el Derecho penal vigente. Esta tarea está subordinada a las dos anteriores, ya que según el modelo de HRUSCHKA las consideraciones de carácter estructural y ético-normativo se encuentran detrás del Derecho penal «vigente». Este autor acusa a la doctrina penal alemana dominante de «provincial» cuando se invoca, con bastante frecuencia, determinados párrafos del código penal para cortar el debate sobre algún problema o de tachar la discusión de irrelevante «para la práctica»⁹⁸.

La similitud entre ambas concepciones es bastante evidente, pese al orden inverso en el que se ambos modelos fueron presentados. Así como la ciencia jurídica para HRUSCHKA debe comenzar por encontrar cuál es la estructura del sistema y, a partir de allí, deducir cuál es la solución correcta para cada problema; en el caso de ALCHOURRÓN y BULYGIN, comentar el derecho positivo es la actividad primordial, pues sólo la interpretación del texto legal puede proveer el material de aquello que consideramos «norma» y que constituirá la materia prima que sirve para construir un sistema.

HRUSCHKA

Estructura del Sistema



Vincular problemas y soluciones



Derecho Positivo

ALCHOURRÓN v BULYGIN

Derecho Positivo



Vincular problemas y soluciones



Estructura del Sistema

En sendos modelos el sistema se presenta como una construcción que no permanece rígida, sino que está sujeta a cambios. Sin embargo, en el modelo de HRUSCHKA las estructuras aparecen de diferentes actos de «descubrimiento» que realiza la doctrina a lo largo del tiempo, y en el modelo de ALCHOURRÓN y BULYGIN, las categorías podrían surgir también a partir de ciertos actos de «adjudicación» de sentido.

4. PROPUESTAS ESCÉPTICAS DE CIENCIA

⁹⁸ HRUSCHKA, «¡Repensar el Derecho Penal!», p. 235 y s.

Con un rótulo tan genérico como el de «escepticismo» he intentado agrupar distintas concepciones de la ciencia jurídica que, en resumidas cuentas, sólo tienen en común la desconfianza en la capacidad de poder sistematizar la aplicación de los enunciados legislativos. Como hemos visto, las propuestas de sistematización jurídica han sido intentadas desde el derecho natural, el mismo orden racional de los códigos o, incluso, del supuesto orden lógico de las normas. Seguramente este punto de encuentro es demasiado vago y por ello debe prevenirse al lector de que si bien las posturas escépticas desconfían del poder de las normas para regular el comportamiento humano, existen muchos puntos de desencuentro sobre el papel que el juez tendría en la determinación del derecho.

4.1 El Realismo Jurídico americano

El nombre «realismo jurídico» ha sido utilizado históricamente para referirse a tres escuelas de pensamiento distintas, además de la corriente francesa cuyo mayor exponente es TROPER: el «realismo norteamericano» de los años 1920, la escuela «realista escandinava» y la «escuela genovesa»⁹⁹. Aquí, únicamente me referiré a los postulados del realismo americano, pues el mismo encarna -entre todos los señalados- el movimiento de oposición más reactivo en relación con los otros modelos de ciencia dominantes, como el iusnaturalismo, el modelo de la dogmática y el positivismo.

Este modelo de ciencia se encuentra directamente influenciado por el pragmatismo que caracterizó a una época afectada por una profunda crisis socioeconómica y que buscaba soluciones reales. Este método se caracterizó por su talante marcadamente anti-metafísico y radicalmente empirista. Los realistas consideraban al derecho como una herramienta social destinada a resolver conflictos, antes que una maraña de divagaciones teóricas que no solucionaban nada. La irrupción del pragmatismo en el derecho vino a plantear un modelo de ciencia radicalmente alternativo a todo lo que se conocía, ya que proponía

⁹⁹ BARBERIS, «Un poco de realismo sobre el realismo Genovés», en FERRER BELTRÁN/RATTI, *El realismo jurídico Genovés*, Ed. Marcial Pons, 2011, p. 201. Sobre el realismo jurídico norteamericano, se puede consultar el clásico libro de TARELLO, *Il realismo giuridico americano*, Ed. Giuffrè, 1962. Y en relación con el realismo jurídico escandinavo, véase CASTIGNONE, *La macchina del diritto. Il realismo giuridico in Svezia*, Edizioni di Comunità, 1974.

abandonar una concepción sobre el fenómeno jurídico que se presentaba con estructuras propias y que era contemplado «desde afuera» por el resto de la comunidad. En la concepción de un pragmático, lo subjetivo y lo objetivo se fundían en un mismo proceso de conocimiento, esto quiere decir, que el objeto cognoscible era inseparable del sujeto que conocía. El conocimiento del derecho implica necesariamente participar de una manera activa en la configuración del objeto¹⁰⁰.

El objetivo prioritario de los realistas consistió en demoler una concepción según la cual los jueces razonan de forma mecánica, poniendo al descubierto que éstos, en realidad, también se encuentran influidos por elementos extra-normativos que permanecen ocultos en el silogismo deductivo formal. En este sentido, los defensores de este modelo desconfían de que el razonamiento lógico-formal, al que apelan los modelos de ciencia más formales, otorgan alguna certeza a las decisiones judiciales. Para este movimiento los enunciados normativos no constituirían, por sí mismos, guías suficientemente fiables de predicción¹⁰¹.

Fruto de una discusión mantenida entre el decano de la universidad de Harvard, POUND, y el joven jurista, defensor del movimiento realista, LLEWELYN, entre los años 1930 y 1931, se señalaron cuáles eran los aspectos más relevantes de dicho movimiento que, básicamente, buscaba cambiar el foco de atención que tenían las normas y los preceptos, y llevarlo hacia los efectos que el derecho o que las normas realmente producían:

1º) concebir al derecho en flujo, esto es, como un derecho móvil en el que se admitía la creación judicial del derecho;

2º) adoptar una concepción del derecho como un medio para alcanzar un fin, y no un fin en sí mismo;

3º) partir de una concepción de la sociedad en flujo, que se desarrolla más rápido que el derecho;

¹⁰⁰ SOLAR CAYÓN, «Karl N. Lewellyn: Algo de realismo sobre el realismo. Los orígenes del realismo jurídico americano», *Eunomía Revista en Cultura de la Legalidad*, 2012, p. 176.

¹⁰¹ SOLAR CAYÓN, «Karl N. Lewellyn: Algo de realismo», p. 190.

4º) presentar un divorcio temporal entre el «ser» y el «deber ser» a fin de estudiar el derecho mismo;

5º) desconfiar de la capacidad de las normas y los conceptos jurídicos tradicionales para describir lo que hacen los tribunales y la comunidad;

6º) dudar de que una teoría de las normas prescriptivas sea un factor poderosamente operativo en la producción de las decisiones judiciales;

7º) creer que es preferible agrupar casos y situaciones jurídicas en categorías más reducidas que las que se habían utilizado en el pasado;

8º) insistir en la evaluación de cualquier parte del derecho en función de sus efectos;

9º) promover un ataque sostenido y programático de los problemas jurídicos según estas líneas¹⁰².

Este modelo de ciencia interpreta el significado de los enunciados legales de manera inseparable a las costumbres y a las formas en las que se utilizan los términos jurídicos. Sin embargo, esta posición puede ser considerada antidemocrática porque concentra todo el poder del derecho en la interpretación que realizan los jueces. Las funciones del poder legislativo para dictar normas generales y las del poder judicial para aplicarlas a casos particulares, quedan concentradas en las manos de un mismo órgano: los jueces¹⁰³.

4.2 El modelo de la Tecno Praxis

Según ATIENZA, la actividad de los juristas no es una «ciencia» en el sentido estricto de la expresión, sino que se presenta como una tecno-praxis o como una práctica tecnificada. La ausencia de cientificidad no debe suponer que se le está restando valor a la tarea que

¹⁰² SOLAR CAYÓN, «Karl N. Lewellyn: Algo de realismo», p. 185.

¹⁰³ MARTI, «El Realismo Jurídico: ¿una amenaza para el liberalismo y la democracia?», *Isonomía*, 2002, p. 272.

ejecutan los juristas, ni que se ponga en cuestión su relevancia social o que, incluso, se le prive de su prestigio epistemológico, puesto que, aunque el estudio del derecho no tenga como principal objetivo obtener conocimiento, el mismo pretende resolver problemas prácticos referidos a la aplicación, interpretación y producción del derecho¹⁰⁴.

Comparto la opinión de ATIENZA cuando considera que es inadecuada terminológicamente utilizar la expresión «dogmática jurídica» para llamar a lo que hacen los juristas, ya que esta denominación sugiere que existe una cierta analogía con la teología, esto es, con un saber interpretativo vinculado a la existencia de textos sagrados e inmodificables, en tanto que el derecho es un fenómeno esencialmente mutable¹⁰⁵. Sin embargo, como explicaré en el siguiente apartado, considero que el derecho es una ciencia.

La concepción de este autor se apoya en una caracterización que realiza el filósofo BUNGE para distinguir entre ciencias y técnicas, concluyendo que el saber tradicional de los juristas se adecua más a la segunda categoría, en virtud de las siguientes consideraciones: 1º) se trata de un conocimiento relativamente cerrado, al igual que son cerradas las comunidades de los dogmáticos; 2º) la filosofía inherente a la dogmática es una concepción pragmática del saber; 3º) los problemas característicos de la dogmática son de tipo práctico, al igual que son prácticos sus objetivos y sus funciones; 4º) se parte de los problemas para ofrecer soluciones; y 5º) los juicios de valor -morales y políticos- desempeñan un papel relevante¹⁰⁶.

¹⁰⁴ ATIENZA, «La Dogmática Jurídica como Tecno-praxis», en CARBONELL/OTROS, *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo. Estado constitucional*, T. IV, vol. 1, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, 2015, p. 179

¹⁰⁵ ATIENZA, «La Dogmática Jurídica como Tecno-praxis», pp. 169-177.

¹⁰⁶ ATIENZA, «La Dogmática Jurídica como Tecno-praxis», p. 181. El filósofo BUNGE realiza una exhaustiva clasificación entre distintas formas de hacer ciencia. Una de ellas es la que establece entre las ciencias puras y las aplicadas. Las puras son un conjunto de disciplinas cognitivas encaminadas a obtener e incrementar conocimientos, a través de la descripción, explicación, predicción o reconstrucción de fenómenos pasados, presentes o futuros. Estas ciencias tienen una finalidad epistémica o, dicho con otras palabras, tienen por objeto producir, revisar o hacer progresar el conocimiento. En cambio, las ciencias aplicadas y las tecnologías emplean el conocimiento científico de las primeras para fines prácticos, como lo es, por ejemplo, el aumento del bienestar de un grupo social. Tienen una finalidad utilitaria y, si bien son distinguibles de las ciencias puras, dependen de ellas en tanto aplican el conocimiento científico

Sin embargo, como afirma HRUSCHKA, el indudable hecho de que el Derecho trabaje sobre valoraciones sociales, no debe servir como un pretexto para dedicarse solamente al «valor» y acabar por considerar al Derecho como una simple técnica retórica sobre lo que es justo o injusto. Como explicaré enseguida, creo no deben desecharse tan livianamente todos los esfuerzos que la doctrina ha hecho durante siglos por construir un sistema¹⁰⁷.

5. EL MODELO ANALÍTICO

Si algo tienen en común todos los modelos de Ciencia jurídica es que el Derecho no se limita al estudio de un conjunto de leyes, sino que intentan explicar el significado normativo o prescriptivo que tienen las normas. Independientemente de cuál sea el modelo de Ciencia que se adopte, lo único que parece tener carácter evidente en el estudio del Derecho es que se trata de un fenómeno lingüístico. Un modelo analítico de Ciencia jurídica entiende que el Derecho «es un discurso» que se construye a partir de los actos lingüísticos que realizan sus operadores¹⁰⁸.

Este modelo de Ciencia se opone a las propuestas «iusnaturalistas», en la medida en que considera que las estructuras naturales –que sus defensores afirman descubrir en el derecho– no son más que ideologías en busca de institucionalización. También se enfrenta

desarrollado por éstas. La ingeniería eléctrica, la medicina, la inteligencia artificial son ejemplos de ramas de la tecnología contemporánea. BUNGE, *La investigación científica: su estrategia y su filosofía*, 2ª ed., Ed. Ariel, 2000, pp. 39 y ss.

¹⁰⁷ HRUSCHKA, «¡Repensar el Derecho!», p. 242; KINDHÄUSER, «Acerca del objeto y la tarea de la ciencia del Derecho Penal», p. 18; HIPPEL, *Rechtstheorie und Rechtsdogmatik*, Ed. Vittorio Klostermann, 1964, pp. 14 y ss.

¹⁰⁸ RODRÍGUEZ, *Teoría Analítica del Derecho*, Ed. Marcial Pons, 2021, pp. 651 ss. El discurso de cada uno de los operadores del derecho está enmarcado por diferentes contextos de racionalidad. Así, la actividad del «jurista» consiste primordialmente en brindar pautas generales de interpretación, describir y sistematizar el material normativo, por lo que sus dichos tendrán cierto margen de objetividad. Algo similar ocurre si se compara con la actividad que desarrollan los «jueces» que deben resolver mediante decisiones las disputas que se someten a juzgamiento o, incluso, con la de los «legisladores», que son los encargados de la promulgación de normas generales que constituirán el fundamento capital de las decisiones de los jueces. Cfr. KINDHÄUSER, «Acerca del objeto de la Ciencia Penal», p. 16 y s. Si bien este autor solo considera que la ciencia del derecho es obra de los juristas, reconoce que convive con la jurisprudencia y la legislación con provecho recíproco.

con el modelo de la «dogmática tradicional», porque considera que los ordenamientos jurídico positivos no son sistemas normativos, esto es, cuerpos legales en los que las normas se presenten de una manera ordenada, consistente y completa¹⁰⁹. Por último, el modelo analítico se presenta como una variante del «positivismo jurídico», pues el derecho no es más que un fenómeno lingüístico que surge a partir de actos de voluntad humana y no como el producto de una operación lógica-deductiva realizada a partir de la existencia hipotética de una norma maestra.

A continuación explicaré el modelo de Ciencia jurídica siguiendo a GUASTINI. Si bien su postura fue conocida como la tercera escuela del realismo jurídico, creo que, como ha sostenido HIERRO¹¹⁰, al menos desde hace treinta años es más cómodo identificar a la escuela genovesa como «analítica» antes que como realista. Para exponer con claridad en qué consiste un modelo analítico de Ciencia es preciso analizar este fenómeno desde un punto de vista ontológico, metodológico y epistemológico.

5.1 La ontología del Derecho

Esta dimensión de análisis de la Ciencia jurídica responde a la pregunta ¿qué tipo de entidad es el derecho? El empirismo que caracteriza a la corriente analítica impide considerar a los valores como aspectos absolutos u objetivos, sino que únicamente estos pueden tener carácter subjetivos, relativos y contingentes¹¹¹. En otras palabras, son las personas quienes crean y eligen qué valoraciones son relevantes en el derecho mediante actos de voluntad. Otra consecuencia es que todo lo que «el derecho es» se encuentra en los textos legales, en las interpretaciones que realizan los juristas y en las sentencias o resoluciones de los jueces o autoridades¹¹².

¹⁰⁹ Cfr. CHIASSONI, *La tradición analítica en la Filosofía del Derecho*, Ed. Palestra, 2017, pp. 468-470.

¹¹⁰ HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, «Sostiene Barberis. Consideraciones sobre el trayecto genovés desde el realismo jurídico al constitucionalismo», en FERRER / RATTI (ed.), *El realismo jurídico genovés*, Ed. Marcial Pons, 2011, p. 218.

¹¹¹ CHIASSONI, *La tradición analítica en la Filosofía del Derecho*, p. 470; KINDHAUSER, «Acerca del objeto y la tarea de la ciencia del derecho penal», p. 33.

¹¹² En este sentido, GORDILLO ironizaba con el carácter metafísico que aún sobrevuela en la ciencia jurídica: «Los magos, los sacerdotes y los juristas poseen la asombrosa facultad de sacar a los seres humanos del modesto y cotidiano mundo de la naturaleza para trasladarlos a un mundo mágico donde viven los fantasmas

En este sentido, una concepción analítica del derecho puede ser caracterizada como el «discurso» que se construye a partir de la realización de diferentes actos lingüísticos como la promulgación de leyes, la interpretación y aplicación de normas¹¹³.

En este sentido, GUASTINI reconoce que existen tres niveles de análisis en los que puede responderse qué es el derecho: 1º) en un nivel superficial, el derecho puede ser entendido como un conjunto de «textos» normativos; 2º) en un nivel intermedio de análisis el derecho es caracterizado como un conjunto de «normas» que se extraen de la interpretación de dichas disposiciones; y 3º) en un nivel profundo, el derecho denota el conjunto de normas vigentes, es decir el conjunto de normas efectivamente aplicadas en el pasado y previsiblemente aplicables en el futuro¹¹⁴.

El estudio sobre el derecho deberá considerar no solo aquello que dice el texto legislativo (R1). Es una ingenuidad y una indebida simplificación identificar el derecho con los textos legislativos, pues una determinada formulación puede ser entendida en un sentido (N1) o en otro (N2). Además, la interpretación que los juristas realizan podría limitarse a describir los significados posibles (N1 y N2); pero también pueden extraerse de diferentes actividades de construcción jurídica, como cuando los operadores jurídicos «construyen» o exponen los significados implícitos con el fin de rellenar lagunas normativas (N3 y N4). En otras palabras, como hemos dicho, el derecho nace precisamente de la interacción de los intérpretes. No se puede pensar un derecho sin juristas, como tampoco una religión sin curas. Sin embargo, esta situación genera muchas dudas y problemas a la hora de precisar cuál es el derecho aplicable. Para ello, es necesario analizar cuáles son las normas

de los conceptos jurídicos, que son el objeto del conocimiento jurídico. Con las fórmulas mágicas de la brujería legal los hechiceros de siempre hacen y deshacen las relaciones sociales, absuelven y condenan con razones que para los no iniciados resultan incomprensibles y salvan o humillan, según toque, a la Justicia». En NIETO/GORDILLO, *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, Ed. Trotta, 2003, p. 66.

¹¹³ GUASTINI, «Realismo jurídico redefinido», en NÚÑEZ VAQUERO, *Modelando la Ciencia Jurídica*, Ed. Palestra, 2014, pp. 96-103. En un sentido próximo, VOGEL, «Legislación Penal y Ciencia del Derecho Penal», pp. 254-255. «Las normas existen en transmisión comunicativa. Ellas son trasmisores de sentido dentro de un espacio de comunicación normativo... las leyes son manifestaciones de sentido en la vida social común».

¹¹⁴ GUASTINI, «Realismo jurídico redefinido», pp. 96-103.

«vigentes», es decir un estudio sobre cuáles son las normas efectivamente aplicadas en el pasado y previsiblemente aplicables en el futuro (solo N1, N2 y N3; pero no N4).

Un análisis lingüístico no debería suponer que la ciencia jurídica permanece siempre en la superficie de lo que las normas y los funcionarios «dicen»¹¹⁵. Es necesario aproximarse y dar cuenta de cómo funcionan las normas y de lo que «hacen» los operadores jurídicos con ellas. Esta actividad exige que los textos legislativos sean interpretados desde el punto de vista gramatical, histórico, sistemático y teleológico. El carácter científico que reclama la ciencia jurídica consiste en tomar en consideración el análisis y la reconstrucción del significado semántico, pragmático y deóntico de dichos enunciados. En otras palabras, solo las verdades analíticas pueden obligar tanto a legisladores, juristas y aplicadores del derecho¹¹⁶.

Un ejemplo sobre la ontología del derecho puede tomarse de la regulación del dolo. Si bien, en la mayoría de los códigos no se encuentra definido, el legislador alude a él en varias de sus disposiciones. Por su parte, la doctrina ha dado distintos significados a lo largo del tiempo, aunque, como es dable mencionar, siempre en relación con algún concepto psicológico. Sin embargo, una decisión jurisprudencial (STS 1637/1999, de 10 de enero) aplicó en España una interpretación, que venía siendo utilizada en el Reino Unido, en la que se prescinde del «conocimiento» y se equipara al hecho de «haber

¹¹⁵ En este sentido, literalmente BINDING, «Strafgesetzgebung, Strafjustiz und Strafrechtswissenschaft in normalem Verhältnis zu einander», *ZStW*, 1881, p. 29, afirma «debemos aprender que legislación es limitada en su tarea e incompleta con sus medios, y no se puede pretender privar a la jurisprudencia ni a la dogmática de la necesaria libertad de completar las lagunas del Derecho positivo con Derecho no positivo... A la judicatura, por su parte, le toca sustituir al legislador allí donde éste no alcanza con su brazo, tarea para la que es necesario que disponga también de una buena formación dogmática».

¹¹⁶ CHIASSONI, *La tradición analítica en la Filosofía del Derecho*, p. 470; Cfr. KINDHAUSER, «Acerca del objeto y la tarea de la ciencia del Derecho Penal», pp. 34, 38 y 40. El texto legislativo necesita ser interpretado, pues las palabras no tienen una esencia, sino que su significado se extrae a partir de la costumbre en que los términos son utilizados. Solo un positivista ingenuo podría confundir al derecho con un conjunto de simples textos normativos, pues, como sabemos, las leyes no son derecho, sino «fuentes del derecho». Los operadores jurídicos son quienes, a través de sus prácticas discursivas, dan forma y enriquecen el significado de tales textos.

decidido no conocer»¹¹⁷. Este nuevo significado reapareció en la STS 1583/2000, en la STS 946/2002, hasta que el ATS N° 203/2002, de 4 de julio, proclamó que la ignorancia deliberada era «doctrina consolidada de la Sala». La ignorancia deliberada comenzó a ser aplicada de descontroladamente en delitos de tráfico de drogas, blanqueo de capitales, estafas, delitos de terrorismo, etc. Esta interpretación no solo invertía la carga de la prueba, sino que contradecía los principios de culpabilidad y de *in dubio pro reo*. Por este motivo, tanto la jurisprudencia —a partir de la STS 797/2006— y la doctrina¹¹⁸ comenzaron a plantear reparos y límites a esta nueva interpretación del dolo. Esta cuestión continúa siendo hoy objeto de intensos debates y hasta que no exista cierto consenso doctrinal, no puede decirse que se trata de una nueva clase de dolo. A fin de cuentas, como menciona RAGUÉS I VALLÈS «*la sociedad confía a los juristas qué es aquello que debe entenderse por dolo*»¹¹⁹.

5.2 La metodología del Derecho

Este aspecto del análisis de la Ciencia Jurídica responde al interrogante sobre qué tipo de actividad es la de interpretar, o qué es lo que los operadores jurídicos hacen cuando interpretan. Siguiendo los postulados de KELSEN, tanto la interpretación judicial como doctrinal es entendida como un acto «decisorio» o de voluntad, y no de conocimiento. Tanto los enunciados abstractos, como «la norma o regla X significa S» y los de carácter concreto, como «el caso P entra dentro del ámbito de aplicación de la norma o la regla X», son fruto de elecciones y decisiones. El significado de los enunciados jurídicos carece de valores de verdad por esta misma razón¹²⁰.

¹¹⁷ Apareció por primera vez que en un sentencia del Common Law en el año 1861, precisamente en el caso *Regina v. Sleep*, en el que se condenó por malversación de bienes de dominio público a un ferretero que se había apropiado de bienes cuya titularidad era el estado. La figura requería el conocimiento del carácter estatal y, pese a la alegación de desconocimiento por parte del acusado, se consideró que la abstención intencionada de obtener conocimientos merecía la misma respuesta punitiva que el conocimiento cierto. RAGUÉS I VALLÈS, *La ignorancia deliberada en Derecho Penal*, Ed. Atelier, 2007, p. 65.

¹¹⁸ RAGUÉS I VALLÈS, *La ignorancia deliberada*, p. 60. También, FEIJÓO SÁNCHEZ, «La teoría de la ignorancia deliberada en Derecho Penal: una peligrosa doctrina jurisprudencial», *InDret*, 2015, p. 12.

¹¹⁹ RAGUÉS I VALLÈS, *La ignorancia deliberada*, p. 195.

¹²⁰ GUASTINI, «Realismo jurídico redefinido», pp. 89 y ss; KELSEN, «Preface. On interpretation», en *The law of the United Nations: a critical analysis of its fundamental problems. With supplement*, 1949, trad. NÚÑEZ VAQUERO, *Eunomía* 1, 2011, pp- 173-184. Decir que existe un único y verdadero significado de la

Es cierto que existen diferentes agentes que pueden realizar interpretaciones sobre los enunciados jurídicos como las alegaciones que llevan a cabo los abogados, las definiciones que da el legislador, las estipulaciones que hacen los jueces o las propuestas que suelen dar los juristas o científicos del derecho. Sin embargo, solo se convertirá en obligatorio el significado que se extraiga de una «interpretación auténtica». Esto es, que las únicas interpretaciones que pueden crear derecho son las que realizan el legislador (creación general del derecho) y los jueces (aplicación concreta)¹²¹.

El hecho de que la interpretación sea entendida como un acto «discrecional» no debe suponer que deba ser considerada una actividad arbitraria o que no tenga límites. En general, nadie puede darle al lenguaje el uso que a su antojo mejor le parezca, sino que el uso —y, por esto mismo, también su significado— se encuentra limitado por los intereses prácticos, ideas de justicia, aceptabilidad dentro de una cultura jurídica y, por sobre todo, por las construcciones conceptuales que realiza la doctrina jurídica¹²².

En este sentido, las interpretaciones «no auténticas» que realizan los juristas cumplen una importante función en la elaboración del derecho, pues deben mostrar todas las interpretaciones posibles de una norma jurídica. Esto no debe entenderse como una descripción empírica de los significados atribuidos anteriormente a un enunciado normativo, sino que se trata de una conjetura o hipótesis acerca de los diferentes significados que podría asumir un enunciado a la luz de las diferentes técnicas interpretativas disponibles: «si asumimos el criterio interpretativo X, entonces el enunciado E significa N»¹²³.

norma jurídica es una ficción adoptada para mantener la ilusión de seguridad jurídica, para hacer creer al público que la pregunta acerca de qué establece el derecho para un caso concreto tiene una sola respuesta. Casi siempre es posible una interpretación diferente, lo que se evidencia cuando los tribunales publican tanto los votos mayoritarios como los particulares.

¹²¹ KELSEN, *Teoría Pura del Derecho*, pp. 353-355.

¹²² GUASTINI, «Realismo jurídico redefinido», p. 92.

¹²³ KELSEN, «Preface. On interpretation», en *The law of the United Nations: a critical analysis of its fundamental problems. With supplement*, 1949, trad. NÚÑEZ VAQUERO, *Eunomía* 1, 2011, pp- 173-184. Una poco más lejos parece ir SILVA SÁNCHEZ, «Metadogmática jurídico-penal. Sobre el método de elaboración de las reglas doctrinales», en VV.AA., *Una perspectiva global del Derecho penal. Libro homenaje al profesor Dr. Joan J. Queralt Jiménez*, Ed. Atelier, 2022, p. 368, cuando sostiene que la

Por último, cabe destacar que los operadores jurídicos no solo realizan actividades de interpretación, sino también de «construcción jurídica» como, por ejemplo, elaborar normas implícitas para colmar lagunas normativas, crear jerarquías axiológicas para resolver conflictos entre principios, etc.¹²⁴

5.3 La epistemología del Derecho

Por último, este aspecto de la ciencia del Derecho pretende explicar en qué consiste el conocimiento mismo del derecho. Tradicionalmente se ha entendido que todo el conocimiento del derecho se reduce a un «metalenguaje» de la ley, es decir que el conocimiento del derecho se reduce a aquello que habría dicho el legislador. Sin embargo, desde un punto de vista analítico esto no puede ser visto así. Las entidades lingüísticas, a diferencia de otras entidades, se caracterizan porque su objeto de estudio resulta continuamente enriquecido a raíz de los aportes que realizan los diferentes agentes. La actividad de los juristas se incorpora a lo que es el derecho. Así, el estudio del derecho no solo incluye el lenguaje del legislador, sino que, sobre todo, el de los juristas y el de los jueces, insertos en un proceso osmótico en el que se confunden¹²⁵. Lo que intento decir es que, si el derecho no es más que un discurso, entonces el conocimiento de mismo dependerá de los aportes que realicen cada uno de los agentes que intervienen en él¹²⁶.

dogmática utiliza un lenguaje adscriptivo, previo a la elección de un enunciado descriptivo y posterior imputación de este a un sujeto. No considero que la doctrina realice actos de imputación propiamente dichos, pues esta es un acto lingüístico que corresponde a las autoridades de aplicación del derecho.

¹²⁴ GUASTINI, «Realismo jurídico redefinido», p. 92.

¹²⁵ El lenguaje no es un objeto que pueda ser aprendido de la misma manera en que un cardiólogo contempla el corazón de una persona —en la medida que el objeto de estudio no cambia—, sino que cuando los juristas interpretan leyes, también modelan y enriquecen su objeto de estudio, como cuando un violinista intercala anotaciones apócrifas en la partitura que está ejecutando. GUASTINI, «Realismo jurídico redefinido», p. 109. La importancia que el lenguaje desempeña en el derecho es doble: por un lado, al igual que el resto de las ciencias, solo puede ser expresada en un lenguaje; pero a diferencia de otras ciencias, también el objeto de la ciencia jurídica, el derecho mismo, es formulado en un lenguaje.

¹²⁶ GUASTINI, «Realismo jurídico redefinido», p. 109. Este aspecto marca una diferencia con el positivismo de Kelsen, pues la Ciencia del Derecho no tiene por objeto enunciados deónticos que repiten la norma a la que supuestamente se refieren, sino que, al ser tratado como un discurso, esta se enriquece con el uso que cada uno de los intervinientes del derecho hacen de aquél. Este punto es crucial para mi investigación,

Dada esta triple ontología del Derecho, es posible afirmar que el conocimiento del mismo supone: 1º) una descripción de los significados admisibles del texto legislativo, sea que se los entienda como previsiones acerca de las futuras orientaciones interpretativas, o que se las entienda como directivas interpretativas dirigidas a los órganos de aplicación (aquí tiene naturaleza adscriptiva)¹²⁷; 2º) una descripción de las corrientes doctrinales y jurisprudenciales presentes en la cultura jurídica; y 3º) una descripción del derecho efectivamente aplicado por los órganos jurisdiccionales, en la medida en que existan acuerdos, pues en caso de que no hubieren, entonces sólo se podrá dar cuenta de los desacuerdos.

Por ejemplo, el conocimiento de la regla que castiga con mayor pena los delitos dolosos exige una descripción de todos los significados admisibles sobre el dolo, incluso si se propone un significado nuevo; una descripción de las corrientes doctrinales y jurisprudenciales actuales; y una descripción sobre la aplicación que hacen los jueces del mismo.

pues, como más adelante ejemplificaré, el uso de indicadores de dolo por parte de los jueces y de la doctrina, enriquecen la definición de dolo.

¹²⁷ En estos casos, la doctrina formula directivas de *sentencia ferenda*. GUASTINI, «Realismo jurídico redefinido», p. 110.

CAPÍTULO II: UNA TEORÍA DE LAS NORMAS COMO GRAMÁTICA JURÍDICO PENAL

El concepto de «norma» se encuentra estrechamente vinculado al del «derecho», en la medida en que este suele ser presentado como un conjunto de leyes o, dicho de una manera más sofisticada, como el contenido normativo o prescriptivo de las leyes, esto es, aquello que las leyes dicen o –mejor dicho– cuál es su significado¹²⁸. Hemos explicado en el capítulo anterior que el derecho no es más que un fenómeno lingüístico –un discurso– que se construye sobre la base de las interpretaciones que recaen sobre el texto legislativo. Por esta razón, si pretendemos explicar que el delito no es otra cosa que un hecho contrario a la norma, siendo la norma un texto interpretado, es necesario analizar las estructuras lingüísticas que la definen.

1 LA RELACION ENTRE ANTIJURIDICIDAD Y ANTINORMATIVIDAD

1.1 Asimilación de la antijuridicidad y la antinormatividad

Tradicionalmente los términos «antijurídico» y «antinormativo» han sido utilizados como sinónimos para caracterizar al hecho punible. La lista de autores que han definido a la antijuridicidad como la contrariedad del hecho con el ordenamiento jurídico o, sencillamente, de un hecho en contra de la norma es interminable. Entre muchos otros, se puede mencionar a VON LISZT, para quien el delito es «*un acto formalmente contrario al derecho, en tanto que es transgresión de una norma establecida por el Estado, de un mandato o de una prohibición del orden jurídico*»¹²⁹; a MEZGER, según el cual «*actúa antijurídicamente quien contradice las normas objetivas del derecho*»¹³⁰; a WELZEL, para quien «*la antijuridicidad es siempre la contrariedad entre un comportamiento real y el orden jurídico*»¹³¹; o incluso a ROXIN, según el cual «*una acción antijurídica es*

¹²⁸ GUASTINI, *La sintaxis del Derecho*, Ed. Marcial Pons, 2016, p. 41.

¹²⁹ VON LISZT, *Tratado de Derecho Penal*, T II, trad. Jiménez de Asúa de la 20ª ed. alemana, Ed. Hijos de Reus, 1917, p. 262-266.

¹³⁰ MEZGER, *Derecho Penal Libro de Estudio*, trad. Núñez, Ed. Bibliográfica Argentina, 1958, p. 131.

¹³¹ WELZEL, *Derecho Penal Parte General*, trad. Fontán Balestra, Ed. Depalma, 1956, p. 58.

formalmente antijurídica en la medida en que contradice una prohibición o un mandato legal»¹³².

A pesar de la asimilación entre antijuridicidad y antinormatividad, la doctrina distingue entre dos clases de antijuridicidad: una «antijuridicidad formal», entendida como la contradicción literal con lo dispuesto en un precepto penal, y una «antijuridicidad material» referida a una forma de contrariedad en la que intervienen consideraciones como la determinación constitucional y legal de bienes merecedores de protección jurídica, la respectiva graduación para solucionar eventuales conflictos entre ellos, la fijación de los principios por los que se rige el ordenamiento jurídico, criterios para su interpretación, etc. En otras palabras, la apelación a un concepto de «antijuridicidad material» sirve como criterio para la interpretación y corrección de la «antijuridicidad formal»¹³³.

Como sostiene MOLINA FERNÁNDEZ, parece innecesaria la distinción que existe entre antijuridicidad formal y material, pues en uno u otro caso el significado sigue refiriéndose a un hecho que resulta contrario al derecho¹³⁴. Un ordenamiento jurídico no es un mero agregado de disposiciones formales aisladas, sino que es «el significado que se obtiene de ellas». Visto así, es evidente que todas las interpretaciones que los juristas realizan sobre los textos legislativos forman parte del objeto de estudio del derecho.

1.2 Distinciones entre Antijuridicidad y Antinormatividad

Uno de los primeros en realizar **algunas precisiones terminológicas** fue BINDING, quien tempranamente distinguió entre norma (*Norm*) y ley penal (*Strafgesetz*). Con la primera aludía a las proposiciones jurídicas –no escritas– que prescribían una determinada pauta de conducta y que constituía aquello que una persona efectivamente infringiría, mientras que las segundas serían aquellas proposiciones –escritas– que determinaban qué clase de

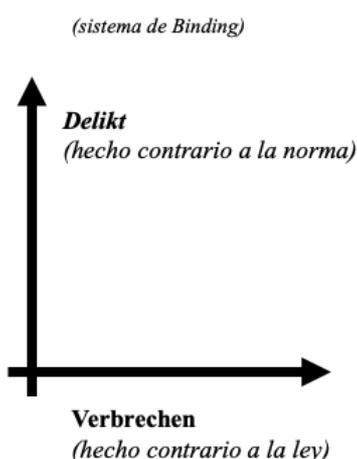
¹³² ROXIN/GRECO, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, tomo I, 5ª ed., Ed. C. H. Beck, 2020, § 14 n.m. 4.

¹³³ MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad Penal y Sistema del delito*, Ed. Bosch, 2001, pp. 51-54.

¹³⁴ MOLINA FERNÁNDEZ *Antijuridicidad Penal y Sistema del delito*, pp. 54-58.

consecuencias debían seguirse de dicha infracción. De ahí la consecuencia de que la norma suele prohibir mucho más de lo que la ley penal castiga¹³⁵.

A partir de este par conceptual, BINDING diferenciaba también entre *Delikt* y *Verbrechen*. Y si bien ambos pueden ser traducidos al castellano como «delito», el primero es utilizado para aludir solo a las características de un comportamiento para considerarlo contrario a una norma, sin tener en cuenta consideraciones que harían o no aplicable una pena, mientras que el segundo se referiría a las razones que harían punible dicha conducta¹³⁶.



Más adelante me referiré al sistema que BINDING propuso a partir de la distinción entre antinormatividad (*Normwidrigkeit*) y punibilidad (*Strafbarkeit*). Ahora basta con apuntar la separación que este autor establecía entre la interpretación que podía hacerse respecto de un comportamiento contrario a una norma no escrita y la interpretación que se hacía entre una conducta y la ley escrita que autorizaba al juez penal para aplicar una pena.

Otro autor que distingue el concepto de antinormatividad y antijuridicidad es MIR PUIG. Para él, la antijuridicidad penal era un «juicio de desvalor expresivo de la nocividad jurídico-penal de un hecho, en cuanto el mismo suponía una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico-penal no justificado por un interés jurídico superior», mientras que la antinormatividad se refería al momento en que aquella antijuridicidad podía ser imputada a una persona¹³⁷. En otras palabras, conserva el término antijuridicidad para

¹³⁵ BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, vol. I, Ed. Duncker & Humblot, 1885, pp. 163-164.

¹³⁶ BINDING, *Die Normen und Ihre Übertretung*, Tomo I, 4ª ed., 1922, pp. 66 ss.

¹³⁷ MIR PUIG, *DPPG*, pp. 77, 149 y 180.

referirse al juicio de desvalor que recae sobre el hecho y utiliza el de antinormatividad para remitirse a la infracción de la norma primaria por parte de un destinatario determinado.

Como el mismo reconoce, su concepto de antijuridicidad es similar al que impuso el sistema finalista: un desvalor abstracto de la conducta. Por tanto, el delito estaría compuesto por la expresión de una prohibición general y por la imputación individual de aquello expresado sin referencia un sujeto¹³⁸. No obstante, MIR PUIG evita caer en la consecuencia a la que llega Armin KAUFMANN de tener que afirmar que se ha infringido una norma, pese a no haber tomado en cuenta todavía al destinatario concreto. Lo, antijurídico es una determinada «clase de hechos» y lo antinormativo es «el hecho realizado por un sujeto concreto».

La antijuridicidad en la obra de MIR PUIG, aunque intersubjetiva o general, no ha de verse como una infracción sin destinatario concreto, sino como un juicio de desvalor referido a la relación negativa de un hecho con un bien jurídico-pena, analizado de manera *ex ante* y *ex post*. Además, para que pueda hablarse de antinormatividad, es necesario que pueda imputársele personalmente este hecho a su autor. Así, la antinormatividad podría ser excluida cuando un autor concreto hubiese actuado con la incapacidad personal invencible de observar el cuidado, o cuando concurra error de prohibición invencible¹³⁹.

(sistema de Mir Puig)



¹³⁸ MIR PUIG, «Antijuridicidad Objetiva y Antinormatividad en Derecho Penal», *ADPCP*, 1994, p. 20.

¹³⁹ MIR PUIG, *DPPG*, p. 21.

1.3 Toma de posición: Antinormatividad como enunciado y Antijuridicidad como hecho

Según el modelo analítico que intentaré presentar, la distinción entre antinormatividad y antijuridicidad **se puede trazar en relación con el objeto sobre el que recaería la actividad interpretativa: textos o sucesos**. En este sentido, el estudio de la acción humana podría abordarse tanto desde un punto de vista formal, como desde otro de carácter práctico.

El análisis formal de la acción humana se refiere a la clase de reflexiones que recaen sobre los «enunciados» que podrían realizarse sobre un determinado comportamiento. Corresponde a esta dimensión de la acción el hacerse preguntas como, por ejemplo, ¿por qué disparar, envenenar o estrangular a otra persona puede ser considerada como una acción de «matar», y no las conductas como sustraer, insultar o engañar? En cambio, el análisis material de la acción humana alude al examen que recae sobre una determinada porción de la realidad. Aquí cabe preguntarse, entre otras cosas, si un determinado movimiento corporal puede ser considerado una acción humana, o si un cierto estado mental puede explicar una determinada acción, o bien, dicho en pocas palabras, si una porción de realidad puede ser subsumida en un concepto jurídico¹⁴⁰.

Esta distinción es relevante porque, como hemos visto en el capítulo anterior, si la norma es un fenómeno lingüístico que se extrae de la interpretación del texto legislativo, entonces aquello que puede ser identificado como «antinormativo» no podrá ser algo distinto a otra expresión u oración que describa una conducta humana de manera contraria a lo que prescribe la norma.

En filosofía del derecho, autores como GUASTINI distinguen entre dos actividades referidas a la interpretación de textos que normalmente se pasan por alto, pero que en el plano lógico sí podrían distinguirse. Aunque estrechamente relacionadas, la primera se conoce como interpretación «en abstracto» y se refiere a la actividad intelectual dirigida

¹⁴⁰ En un sentido muy próximo, Luigi FERRAJOLI distingue entre «verdad jurídica» y «verdad factual», como aspectos que conforman la «verdad procesal», en *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Ed. Trotta, 1995, pp. 44-59.

a precisar cuál es el alcance de un texto legal. A la otra se la llama interpretación «en concreto» y consiste en aquella actividad –aunque también lingüística–orientada hacia los hechos. Esto último no debe suponer que se estén interpretando hechos o conductas, sino que también continúa refiriéndose al texto legal, aunque ahora esté destinada a identificar qué grupos de casos se encontrarían abarcados por el significado abstracto definido previamente¹⁴¹.

Así, en el primer caso se pretende identificar el contenido de sentido, o el contenido normativo, que se encuentra expresado en el texto legal. La estructura de interpretación equivaldría a «el texto X significa S» o «la disposición jurídica D expresa la norma N». En cambio, en el segundo caso, lo que se busca es identificar qué grupo de casos concretos son subsumibles en dicha norma. La estructura sería del tipo «el hecho F es un caso de x»¹⁴². Enseguida continuaré profundizando sobre esta idea.

Por otro lado, cuando decimos que una acción es «antijurídica» nos referimos a la acción desde un punto de vista práctico. La acción es entendida, en estos casos, como una realidad extralingüística o, dicho en otras palabras, como un determinado suceso o un hecho que reviste determinadas características para ser considerado como una «acción» que, además coincidiría con lo que antes ha sido descrito antes como antinormativo¹⁴³.

¹⁴¹ GUASTINI, *La sintaxis del Derecho*, p. 328; EL MISMO, «El escepticismo ante las reglas replanteado», *Discusiones* n° 11, 2012, pp. 27-31. Esta distinción está presente de manera embrionaria en la obra de TARELLO «*Diritto, enunciati, Usi*», publicada en el año 1974. Se la ha criticado porque en ocasiones ambas categorías se confunden. PAPAYANNIS ha defendido recientemente la utilidad de esta distinción en su artículo «¡Basta de vehículos en el parque! Una defensa de la distinción entre la interpretación en abstracto y en concreto», en CHIASSONI/COMANDUCCI/RATTI, *L'arte della distinzione. Scritti per Riccardo Guastini*, Ed. Marcial Pons, 2018, pp. 147 y ss.

¹⁴² GUASTINI, *La sintaxis del Derecho*, p. 328; EL MISMO, «El escepticismo ante las reglas», p. 27.

¹⁴³ En este sentido, advierte VON WRIGHT que todos sus estudios sobre la acción habían tenido un carácter lógico formal, pero a partir de la lectura del libro de Charles Taylor *The Explanation of Behavior* (1964), cayó en la cuenta del abandono que había tenido el análisis de su dimensión práctica. Este enfoque había sido dejado en manos de la psicología y otras ciencias de la conducta. VON WRIGHT, *Explicación y Comprensión*, trad. Vega Reñón, Ed Alianza Editorial, 1979, pp. 13 y 49.

Tradicionalmente, el análisis de las características por las cuales un determinado suceso podía ser considerado acción humana se había dejado en manos de la psicología u otras ciencias de la conducta; pero, desde la segunda mitad del siglo XX, se inició un intenso estudio en el seno de la filosofía analítica acerca de la naturaleza de los estados mentales que permitían considerar por qué determinadas clases de sucesos son acciones humanas.

Entre las obras más importantes de esta tradición se encuentra *The Concept of Mind* (1949) de RYLE, quien rechazó el método introspectivo para el estudio de los fenómenos mentales, reemplazándolo por un análisis mucho más preciso del lenguaje ordinario que designa disposiciones conductuales; *Philosophische Untersuchungen* (1953) de WITTGENSTEIN, en la que dio cuenta de que el significado de los estados mentales debía quedar reducido al uso que se hiciera de ellos; también la ya clásica obra *Intention* (1957) de ANSCOMBE, en la que rescató del olvido el silogismo práctico pensado por Aristóteles como método para la explicación de acciones; el influyente artículo «Actions, Reasons and Causes» (1963) de DAVIDSON; el libro *Analythical Philosophy of Action* (1965) de DANTO, donde se introdujo la noción de acciones básicas; entre muchos otros.

Por todo ello, considero que es correcto conservar el uso del término «antijuridicidad» para abordar el análisis de la acción desde el punto de vista práctico, dada la proximidad semántica que tiene con la locución «injusto». El par conceptual justo/injusto es utilizado normalmente para referirse a las conductas humanas, pues no podría predicarse que eventos de la naturaleza u objetos inanimados puedan tener esta cualidad. Un incendio producido por un rayo, una enfermedad sobrevenida o cualquier suceso de la naturaleza, incluso un texto, no podrían ser nunca considerados injustos¹⁴⁴.

¹⁴⁴ La noción de justicia es una característica de lo social. El punto de partida de esta concepción de justicia como producto de la sociedad podemos localizarlo en el siglo XVIII, momento en el que se reconoció que los seres humanos estaban dotados de un sentido moral intuitivo de lo que es bueno y lo que es malo, combatiendo de este modo aquella doctrina rival que afirmaba que el conocimiento del bien y del mal era cuestión de calcular las consecuencias, en particular las tocantes al castigo y la recompensa divinos. Así, TAYLOR, «The Politics of Recongnition», en *Multiculturalism: Examining the Politics Recognition*, Princeton University Press, 1994, p. 28.



La distinción entre interpretar enunciados y hechos constituye un aspecto esencial en el estudio del derecho y, por esta misma razón, posee una relevancia central en el análisis que intentaré presentar. Cabe destacar que la interpretación de enunciados es una actividad prioritaria con relación a la interpretación que puede hacerse sobre los hechos.

Así, al analizar un caso de robo podría comenzarse con violencia o intimidación por la pregunta sobre cuál es el contenido de la norma de prohíbe robar y de esta manera indagarse, por ejemplo, cuál es el significado de los términos «violencia» o «intimidación» que se utilizan en el texto legal. De esta manera, si el mismo «violencia» no estuviera demasiado claro, podría partirse de una definición abstracta como el «uso de fuerza que tiene como propósito dominar a otra persona». Una vez esclarecido cuál es el significado abstracto, es esencial reconocer qué grupos de casos pueden ser reconducidos a dicha definición. Encontramos que, además de los supuestos en los que se utiliza la fuerza física, también podrían incluirse aquellos casos en los que se emplean narcóticos, o incluso, como aparece en la jurisprudencia más reciente, cuando el entorno o el ambiente en el que se desarrolla una actividad resulta violento hacia una persona (casos de violencia ambiental).

Esta distinción puede tener también un provecho al analizar el dolo. Así, en abstracto, el concepto de dolo podría ser definido como una «conducta realizada con el conocimiento de las circunstancias y la voluntad de alcanzar un resultado típico»; pero, en concreto, esta regla podría hacer referencia a los distintos grupos de casos en los que dichos estados mentales se presentan con una mayor o menor intensidad. Esto quiere decir que dicha definición podría ser aplicable a casos en los que un sujeto tiene una intención (dolo de primer grado), o cuando advierte que el resultado se le presenta como una consecuencia

segura o inevitable de su conducta (dolo de segundo grado), o incluso cuando el resultado se presenta como una simple posibilidad del comportamiento que ejecuta (dolo eventual).

En términos de CARNAP, la interpretación «en concreto» (grupos de casos) equivaldría a la «extensión» de un enunciado, es decir a todo el rango de aplicación con que un concepto puede ser denotado. Dicho de otro modo, se refiere a la cantidad de objetos, individuos o cosas a las que podría aplicarse un término o predicado¹⁴⁵. Podemos decir que la extensión de una norma se refiere a la clase de conductas que podrían ser incluidas dentro de su campo de aplicación. Por ejemplo, descripciones como disparar a una persona, apuñalarle, envenenarle, etc. son co-extensivas en relación con la expresión «matar a otro». Cada uno de estos términos puede sustituirse entre sí sin que cambie su valor de verdad, pues en cada uno de ellos significa «matar a otro». Por otro lado, la noción de «intensión» (nótese que se escribe con -S) se refiere a aquello que transforma en verdadero o falso lo que se pretende decir. En otras palabras, la intensión no es otra cosa que la idea o la propiedad que dicho enunciado expresa¹⁴⁶. Así, para continuar con el mismo ejemplo, las descripciones como sustraer un objeto ajeno, mentir o tocar una parte del cuerpo de otra persona, no tendrían las propiedades, o no tendrían la misma «intensión» para considerarlas como partes del enunciado «matar a otro». En otras palabras, el carácter «intensional» de un enunciado puede ser vinculado con la noción tradicional de «esencia»¹⁴⁷.

Además de la interpretación de enunciados, es necesario asignar sentido a los hechos. Esto ocurre de una manera distinta a lo que ocurre con los enunciados. Algunos autores, como el mismo GUASTINI, niegan que la subsunción sea una actividad propiamente interpretativa. La diferencia con la interpretación de enunciados consiste en que, en estos supuestos, el problema radica en tener que determinar qué aspectos de la realidad extralingüística reúnen las propiedades señaladas por el enunciado legal. Esta no es una tarea sencilla. Por ejemplo, en términos estrictamente lingüísticos, colocar veneno en el café de una persona forma parte del grupo de casos en el que se «envenena a otra persona»

¹⁴⁵ CARNAP, *Meaning and Necessity*, The University of Chicago Press, 1947, pp. 23-27. Para una discusión sobre la distinción entre extensión e intensión, véase: PUTNAM, H. «The meaning of meaning» en EL MISMO *Mind, Language and Reality*, Ed. Cambridge University, 1975.

¹⁴⁶ CARNAP, *Meaning and Necessity*, pp. 27-32.

¹⁴⁷ Sobre la noción de esencia, véase COPI, «Essence and Accident», *Journal of Philosophy*, 1952.

y abstracto significa «matar a otro». Sin embargo, la realidad presenta otra clase de problemas, cómo cuando se utilizan cantidades ínfimas de veneno y, en entonces debemos preguntarnos si ¿podemos decir que es «envenenar a otro»? Como explicaré más adelante, estos son casos en los que resulta dificultoso reconocer qué aspectos de la realidad hacen posible la subsunción de un suceso en un enunciado.

Por tanto, el juicio de «antinormatividad» se corresponde con el análisis formal de la acción humana y se refiere a un enunciado lingüístico que contradice el contenido proposicional de una norma. En cambio, la «antijuridicidad» se refiere al juicio que permite comprender por qué una determinada realidad extralingüística o suceso puede ser imputada como la acción de una persona. Esta precisión conceptual permitiría resolver, entre otras cuestiones, el «problema del destinatario» al que me referiré a continuación¹⁴⁸.

2. TRES PROBLEMAS SOBRE LAS NORMAS

Contar con un concepto de claro sobre lo que debemos entender como «norma» no es una tarea sencilla. Basta con ojear las diferentes obras de quienes se han ocupado de este fenómeno para sentirse abrumado por la variedad y profusión de los distintos tipos de normas a las que se suele hacer mención. Por ejemplo, normas primarias, normas secundarias, reglas constitutivas, reglas regulativas, reglas que imponen deberes, reglas que confieren poderes, reglas permisivas, normas cualificatorias, reglas técnicas, prescripciones, reglas anankástico-constitutivas, reglas nómico-constitutivas, etc.¹⁴⁹

¹⁴⁸ En este sentido, como bien apunta MAÑALICH, «Norma e imputación como categorías del hecho punible», *Revista de Estudios de Justicia* n° 12, 2010, p. 175 y s., la pregunta de si una persona es capaz, física y psíquicamente, de comportarse de modo adecuado a la norma no es una pregunta que concierna a la antinormatividad de su comportamiento.

¹⁴⁹ GONZÁLEZ LAGIER, *Acción y Norma en G.H. von Wright*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1995, p. 229 y s. Sobre los principales significados de la palabra «norma» o las especies o tipos de normas, véase VON WRIGHT, *Norma y Acción. Una investigación lógica*, Ed. Tecnos, 1979, pp. 21-35. El autor distingue entre seis tipos de normas: tres tipos principales (prescripciones, reglas técnicas y reglas determinativas) y tres tipos secundarios o intermedios (normas morales, costumbres y reglas ideales).

A pesar de la ambigüedad señalada, existe cierto consenso en la doctrina de definir a las normas jurídicas por el uso prescriptivo del lenguaje¹⁵⁰. Según este mínimo acuerdo, todos aquellos enunciados que cumplan con una función descriptiva no serían estrictamente normas, aunque en muchas ocasiones se las pueda llamar «leyes». Así, por ejemplo, las leyes de la naturaleza no serían precisamente «normas», pues éstas cumplen con la función de describir regularidades que son descubiertas en el mismo universo.

Pero, incluso en el derecho mismo solemos referirnos a las prohibiciones, mandatos o permisiones con un carácter descriptivo o prescriptivo. Por ejemplo, cuando un conductor que intenta doblar en una esquina decide preguntarle a un transeúnte si puede girar hacia la izquierda y éste le responde «no está permitido girar en dicha dirección», se están empleando oraciones deónticas en un sentido descriptivo. Está claro que estas oraciones no pueden ser consideradas normas, pues el transeúnte no le está prohibiendo nada, sino que solo cumple con la función de informarle que existe una determinada prohibición de girar en dicho sentido.

El uso de descripciones (como en los casos en que afirma, asevera o constata una situación) y de prescripciones (cuando se ordena, manda, pero también se aconseja o recomienda) pueden ser utilizadas tanto por el legislador, como por los juristas académicos o también por los jueces¹⁵¹. Independientemente de quien los emplee, los enunciados «descriptivos» son los que sirven para formular o transmitir creencias, informaciones o conocimientos; mientras que, los «prescriptivos» cumplen con la función de dirigir, influir o modificar la conducta humana¹⁵².

¹⁵⁰ KINDHÄUSER, «Zu Gegenstand und Aufgabe der Strafrechtswissenschaft», en JOERDEN/SCHMOLLER, *Rechtsstaatliches Strafen.: Festschrift für Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Keiichi Yamanaka zum 70. Geburtstag*, Ed. Duncker & Humblot, 2017, p.446 y s.; EL MISMO, *Analytische Strafrechtswissenschaft*, T. I, Ed. Nomos, 2021, p. 437. La diferencia también es tratada por varios filósofos como HARE, *The Language of Morals*, 1952; ROSS, *Directives and Norms*, 1968; SEARLE, *Speechs of Acts. An Essay in the philosophy of Language*, 1969.

¹⁵¹ En contra, SILVA SÁNCHEZ, «Metadogmática jurídico-penal», p. 367, parece sostener que el lenguaje descriptivo es lo propio de la doctrina jurídico-penal y, solo de manera impropia, utilizaría el modo prescriptivo.

¹⁵² GUASTINI, *La Sintaxis del Derecho*, p. 43.

El primero en señalar la distinción entre normas y proposiciones referidas a las normas fue BENTHAM en su obra *Of Laws in General* (1782). En ella dicho autor menciona cinco formas en las que pueden expresarse los imperativos: en segunda persona, por ejemplo, al decir «no exportes maíz»; en modo imperativo, «¡no exportes maíz!»; en futuro, «no exportarás maíz»; en tercera persona, «ninguna persona exportará maíz»; o en sujeto pasivo, «que no se exporte maíz». También pueden expresarse en modo indirectamente imperativo, sea como conminación, en la forma «todas las personas que exporten maíz serán castigadas»; o bien cuando se lo hace a modo de declaración de una persona que explica cómo se encuentran las cosas, en la forma «es ilegal que cualquier persona exporte maíz». Además de las leyes escritas, BENTHAM reconoce que hay libros redactados por particulares en los que se pone en papel el derecho que no estaba escrito, o lo que él llama las costumbres. Estos también forman parte del derecho, aunque no sean estrictamente leyes. Textualmente, «They contain *jus* indeed but not *leges*: *le droit*, but not *des loix*»¹⁵³.

Ahora bien, si entendemos que la ciencia jurídica es un «discurso» sobre el contenido normativo o prescriptivo de las leyes, esto es, de aquello que las leyes dicen o cuál es su significado, será necesario responder algunos interrogantes que son esenciales para explicar la teoría del delito. Resulta conveniente distinguir tres grupos de problemas: el emisor, el destinatario y el contenido de la norma. El primero se refiere a quién es el emisor o, al menos, dónde se encuentran las normas; el siguiente, a quién puede dirigirse la norma; y finalmente, qué clase de mensaje contienen o, dicho de otro modo, qué pueden razonablemente ordenar.

Si la norma es un enunciado prescriptivo que pretende dirigir la conducta de los ciudadanos, entonces las personas deberían poder responder, como mínimo, dónde se encuentran las normas. Ya hemos visto que no alcanza con leer el texto de la ley. Las preguntas sobre el «qué» y «a quién» se encuentran estrechamente conectadas, pues ambas cuestiones afectan a la eficacia de la norma. No se puede mandar a cualquier

¹⁵³ BENTHAM, *Of Law in general*, The Athlone Press, University of London, 1970, pp. 152-155; BULYGIN, «Normas, Propositiones normativas y enunciados jurídicos», en *Análisis Lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 176.

persona, ni cualquier cosa. Por ejemplo, no se podría ordenar a quien está inconsciente, ni tampoco prohibirle que cause un resultado que le era imprevisible¹⁵⁴.

2.1 El problema del emisor de la norma

El interrogante que intentaré responder se refiere a quién emite las normas, dónde están ubicadas o, también, si acaso las normas son lo mismo que las leyes que emite el legislador. La distinción entre ley y norma fue tempranamente advertida por BINDING, quien irónicamente sostuvo que el delincuente, en rigor, no infringía ninguna ley, sino que cumpliría con lo que ella dice¹⁵⁵. El dilema se plantea porque si uno leyera cualquier precepto del código penal advertiría que ningún artículo prohíbe, manda, o permite expresamente determinados comportamientos, sino que se limita a señalar pena para quien realice una conducta. No se prohíbe matar a otro, sino que simplemente se afirma que el matar a otro recibirá pena de prisión.

Está claro que texto legislativo y norma no son lo mismo. Lo primero es, en rigor, *formulaciones de normas*, o disposiciones normativas, es decir signos o símbolos (palabras) utilizadas por el legislador al enunciar (o formular) una norma, en tanto que las *normas* propiamente dichas son el significado prescriptivo que se extrae a partir de la interpretación del texto legislativo¹⁵⁶.

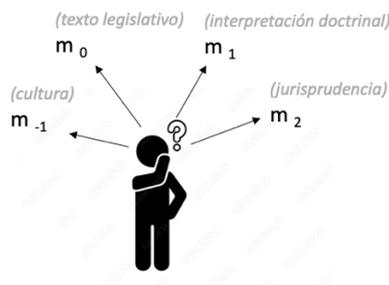
¹⁵⁴ En un interesante artículo ENGISCH sostuvo que la pregunta por el que «qué» tiene mayor relevancia que aquella que la que indaga sobre el «destinatario» de la misma, en «Der Unrechtstatbestand im Strafrecht, eine kritische Betrachtung zum heutigen Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit im Strafrecht», en VON CAEMMERER ET AL., *Hundert Jahre deutsches Rechtsleben: Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860 – 1960*, Tomo 1, Ed. Müller, 1960, pp. 414 ss. Entiendo, como la mayor parte de los autores con los que trabajaré, que ambas tienen igual importancia. Es curiosa la aproximación de ENGISCH, quien, a pesar de definirse como un defensor de la teoría imperativa de la norma, se consideraba un partidario de la distinción entre antijuridicidad y culpabilidad.

¹⁵⁵ BINDING, *Die Normen und Ihre Übertretung*, tomo I, 4º ed., 1922, p. 4; EL MISMO, *Handbuch des Strafrechts*, vol. I, Leipzig, 1885, p. 155.

¹⁵⁶ Esta distinción es aceptada tanto por teóricos del derecho como por penalistas. Así, por ejemplo VON WRIGHT, *Norma y Acción*, p. 109; GUASTINI, *La Sintaxis del Derecho*, p. 50-51; MIR PUIG, *DPPG*, p. 66 y s.; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 506.

Ahora bien, con relación a la pregunta que intento responder en este apartado, ROSS ha señalado no tiene sentido preguntarse por quién es el emisor de las normas. Estas pertenecen a la categoría de directivos impersonales que carecen de una fuente definida, cuya fuerza motivadora no depende del poder, autoridad o de la sabiduría de algún individuo. Derivan de un sistema impersonal en el que se construyen las normas¹⁵⁷. Por contraposición, creo que esta pregunta sí es importante y, si se quiere averiguar cuál es el significado de las normas, será preciso responder dónde deben buscarse las normas.

En otras palabras, si una persona quisiera motivar su conducta conforme a la norma, podría hallarse en la encrucijada de no saber si la respuesta la tiene quién promulga las leyes, o quiénes la interpretan, o ver lo que dicen quiénes las aplican. También podría preguntarse qué papel tiene la costumbre en la determinación de la norma. Las distintas alternativas que examinaré, siguiendo una secuencia cronológica, serán: que las normas son previas al texto y surgen de la cultura (momento -1); que las mismas aparecen junto al texto legislativo (momento 0); que no son más que un producto de la interpretación de textos realizado por la doctrina (momento 1) y; por último, que lo importante es observar qué es lo que se dice en la práctica jurisdiccional (momento 2).



2.1.1 Surgen de una valoración social previa al texto legal

Se trata de un argumento de carácter naturalista y se conoce también como «hipótesis del legislador impotente». Este punto de vista se funda en una concepción del derecho según la cual las relaciones sociales encuentran su disciplina en la propia naturaleza de las relaciones sociales. La obra del legislador es una mera apariencia y, por ello, la ley que pretenda «forzar» dicha naturaleza está condenada a ser una ley ineficaz. En la historia

¹⁵⁷ Ross, *Lógica de Normas*, Ed. Tecnos, 1971, p. 54.

de la ciencia jurídica el naturalismo es explicado por oposición a las concepciones que entienden que el derecho es un acto de voluntad. El contenido prescriptivo de la norma tiene carácter previo a la sanción de la ley penal, de modo que el lenguaje del legislador sería una descripción de lo que se establece a través de las relaciones sociales¹⁵⁸.

En un sentido muy próximo podría citarse a BINDING, para quien las normas existen, aunque no hayan sido expresamente formuladas por el legislador. Las normas tienen carácter público y son completamente independientes de la ley penal, la que se limita a amenazar con la imposición de una pena la realización de una determinada conducta¹⁵⁹. Según este punto de vista, las normas pertenecen a un Derecho público «general» que, por esta misma razón, confiere a las normas el deber de obediencia por parte de los ciudadanos¹⁶⁰.

Este autor se pregunta expresamente dónde se encuentran estas normas que no se extraen del texto legal y acaba por reconocer que se obtendrían del derecho consuetudinario. La costumbre se presenta entonces como una lupa a través de la cual se puede reconocer cuál es el derecho existente. Así, la norma podría deducirse expresamente de la propia ley o, implícitamente, a partir de los propios actos del Estado¹⁶¹.

En definitiva, las normas pertenecen siempre al derecho público y resultan cognoscibles gracias a la costumbre. Y como solo una parte de ellas se encuentran plasmadas en el texto, BINDING llega a la conclusión de que la norma acaba por prohibir más acciones que aquellas que finalmente la ley penal amenaza con imponerles pena¹⁶².

¹⁵⁸ TARELLO, *La interpretación de la Ley*, Ed. Palestra, 2013, p. 339.

¹⁵⁹ BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, 1885, p. 197 y ss., especialmente pp. 201-202. Armin KAUFMANN le critica al mismo que la distinción entre lo que es norma y lo que es sanción, y entre lo público y privado, no resulta del todo coherente. Para BINDING todas las normas pertenecerían al derecho público; pero solo las sanciones se dividen en «sanciones de derecho público» y «sanciones de derecho privado». El concepto de derecho público no se adecua a la terminología utilizada por BINDING, en la medida en que no se limita a las normas, sino que también abarca parte de las sanciones, aunque no todas. Así, en KAUFMANN, *Teoría de las Normas*, 1977, p. 318.

¹⁶⁰ BINDING, *Die Normen*, tomo I, pp. 89, 97 y 255.

¹⁶¹ BINDING, *Die Normen*, tomo I, pp. 153-157.

¹⁶² BINDING, *Die Normen*, tomo I, p. 83.

Poco tiempo después, MAYER sostuvo también que los «enunciados legales» no eran más que normas de decisión u órdenes abstractas que el legislador dirige solamente a los jueces, afirmando su pretensión punitiva. Por el contrario, las «normas» son las que se dirigen a los ciudadanos con el fin de imponerles determinadas conductas. Estas no son normas jurídico-penales, ni siquiera son normas jurídicas, sino que son «normas de cultura» o normas sociales que, en cualquier caso, también tienen carácter previo al texto legal. Así planteado, la justificación del Derecho y, en particular, la obligatoriedad de la ley, radica en que las normas jurídicas se encuentren en total correspondencia con las normas de cultura, cuya obligatoriedad el individuo siempre reconoce y acepta¹⁶³.

La norma jurídica es, para MAYER, un imperativo abstracto dirigido a regular la conducta humana que pertenece al género de lo que él llama «normas de cultura». En ellas estaría la totalidad de mandatos y prohibiciones que se le dirigen a un individuo, incluidas las exigencias religiosas, morales, convencionales, de tráfico o de profesión. Por esta razón, si los deberes jurídicos de cada individuo coinciden con los deberes que le impone la misma cultura, ninguna persona podría quejarse de ser juzgado de acuerdo con las normas que no le fueron comunicadas expresamente. El desconocimiento del derecho es inexcusable. De este modo, aunque las leyes no se dirijan textualmente a los ciudadanos, sino solo a los jueces, estas son igualmente obligatorias en la medida que el individuo conozca y acepte las normas de cultura, ya que las normas jurídicas coinciden siempre con las normas de cultura¹⁶⁴.

Si bien esta clase de análisis se encuentra actualmente en desuso como argumento de «producción» jurídica, se suele seguir utilizando como argumento «interpretativo», es decir para motivar o proponer combinaciones de enunciados normativos y atribuciones de significado. Apelar a la naturaleza permite identificar qué clase interpretación de enunciados es la que se considera correcta. La uniformidad entre la interpretación que

¹⁶³ MAYER, *Normas Jurídicas y Normas de Cultura*, trad. Guzmán Dalbora, Ed. Hammurabi, 2000, p. 55.
EL MISMO, *Derecho Penal Parte General*, Ed. BdeF, 2007, pp. 47-56.

¹⁶⁴ MAYER, *Normas Jurídicas y Normas de Cultura*, p. 56.

realiza la doctrina y lo que resulta de las costumbres sigue siendo al día de hoy un argumento muy persuasivo¹⁶⁵.

2.1.2 Surgen en el momento que se promulga la ley (legislador)

Otra posibilidad es equiparar la norma con el texto publicado. Este punto de vista fija el momento en que comienza a existir la norma junto al de la promulgación de la ley. Sin embargo, cabe destacar, como ha señalado VON WRIGHT, que resulta muy tentador decir que cuando una persona está «intentando mandar» a otra cobra ya existencia el «mandato», pues así es como a menudo y de modo natural nos expresamos. El hecho de «intentar mandar» solo tiene como resultado la producción de palabras o símbolos que llamamos la formulación de la norma; pero «mandar» a una persona presupone que el agente a quien se mande puede intentar hacer un determinado género de cosas¹⁶⁶.

Quienes equiparan la formulación de la norma con la norma misma suelen sostener que el texto expresa no solo una norma dirigida al juez, sino también otra para los ciudadanos, pues la situación en la que se promulga el texto puede ser entendida como análoga a la de un padre que le dice a la madre, en presencia de su hijo, «si se porta mal, castígalo». Obviamente el padre no tiene un especial interés en que su mujer se pase el día castigando a su hijo, sino que, lo que realmente quiere, es que su hijo no se porte mal y elige esa técnica para lograr la motivación indirecta indicada¹⁶⁷.

Otro argumento que también podría utilizarse en defensa de este punto de vista es que el legislador prohíbe, manda y permite determinadas conductas en otros ámbitos; pero solo las castiga en el código penal¹⁶⁸. Visto así, habría que admitir que el emisor de la norma sería el legislador civil, administrativo o cualquier otro, pero nunca el legislador penal.

En la misma línea se encuentran quienes sostienen que las normas ya estaban expresadas en los textos antiguos, como los mandamientos del decálogo; pero que, con el transcurso

¹⁶⁵ TARELLO, *La interpretación de la Ley*, p. 340.

¹⁶⁶ VON WRIGHT, *Norma y acción*, p. 137 y s.

¹⁶⁷ NINO, *Introducción al análisis del Derecho*, 2º ed., Ed. Astrea, 2003, pp. 83-84.

¹⁶⁸ BINDING, *Die Normen*, tomo I, pp. 69-70.

del tiempo, ha ido desapareciendo la necesidad de mencionar normas tan evidentes como aquellas que prohíben robar o matar¹⁶⁹. En otras palabras, el legislador es el emisor de la norma, aunque en este caso sería un legislador-histórico.

Este punto de vista solo podría ser sostenido por quienes mantienen una concepción extraña según la cual las normas nacerían en el preciso momento en que se emiten y luego continuarían con una existencia etérea hasta que son derogadas por el mismo legislador, sin necesidad que en el ínterin haya quien pueda exigir su cumplimiento frente a posibles infracciones. Es evidente que esto no puede ser así. No basta con un simple papel para afirmar que hay normas, sino que es necesario que exista una autoridad que la haga valer cuando ésta sea aplicable. Si bien es cierto que no es fácil identificar quien emite una norma, ello no debe suponer que no exista, sino que deberá refinarse el análisis de lo que entendemos por norma para dar con él. Por ahora, basta con señalar que la promulgación solo marca el inicio de una relación, pero para poder decir que una norma existe es necesario que la misma sea aplicable. En resumen, la existencia de normas no depende de la actividad de promulgación, sino que también depende de que se cumplan todos los requisitos para que nazca el deber jurídico¹⁷⁰.

2.1.3 Surgen de una deducción lógica del texto (Interpretación lógica de la doctrina)

La norma se presenta como el producto de una interpretación que los juristas realizan sobre el propio texto legal. Diversos argumentos se han utilizado para explicar su existencia, aunque quizás el que mayor fascinación ha generado es el de entender que la norma se encuentra lógicamente implícita en el mismo texto legislativo¹⁷¹. Por ejemplo,

¹⁶⁹ BINDING, *Die Normen*, tomo I, pp. 135 y ss.

¹⁷⁰ MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y Sistema del delito*, pp. 541 y 596.

¹⁷¹ La Lógica de Normas (LN) nació en 1951 con la publicación en la revista *Mind*, del célebre artículo de VON WRIGHT titulado «Deontic Logic». En este, los términos deónticos (obligatorio, prohibido, permitido) son interpretados prescriptivamente y se caracteriza por la interdefinibilidad de los conceptos. La LN pretende reconstruir la racionalidad en la actividad de dictar normas (racionalidad del legislador), sin contradecirse ni dejando conductas sin determinar normativamente. Así, el sistema clásico podría ser resumido de la siguiente manera:

1. $Op = \text{def. } PH \neg p$

MAURACH afirmaba que la norma era el «presupuesto lógico» de la ley penal. Las prohibiciones y los mandatos descritos en la ley se establecían para proteger y salvaguardar determinados bienes jurídicos que eran contemplados por las normas¹⁷². También ROSS reconocía que «*si uno sabe que las leyes prescriben a los tribunales poner en prisión al culpable de homicidio, entonces... uno sabe que ya está prohibido cometer homicidio. Esta última norma está ya implicada en la primera, es decir, en la que va dirigida a los tribunales. Lógicamente, por tanto, aquella no tiene existencia independiente*»¹⁷³.

Si bien es cierto que la norma y el texto legal se encuentran relacionados, no creo que se trate de una simple derivación lógica, al menos no de acuerdo con las herramientas desarrolladas por la «lógica normativa»¹⁷⁴. Como veremos más adelante, las normas surgen como el producto de la interpretación de textos, pero no de argumentos lógicos. A continuación, analizaré tres posibilidades de explicación lógica de normas a partir de la ley con el objeto de demostrar que esta clase argumentación no resulta viable en el plano estrictamente jurídico: 1º) si se toma el texto en su totalidad y se le agrega un operador deóntico, entonces solo se obtiene una norma dirigida al juez; 2º) si se construye únicamente con la primera parte del texto, entonces es posible dirigir una norma al ciudadano, pero la norma perdería su carácter penal; y 3º) si se toman ambas partes del texto y se construye la norma a modo de inferencia hipotética, entonces el pensamiento lógico no coincide con el razonamiento jurídico.

1º) Si se tratase estrictamente de una operación lógica, solo sería posible extraer parcialmente una norma dirigida a los jueces –no una prohibición dirigida al ciudadano–

2. PHp = def ¬Pp

3. PHp = def O ¬p

4. Op = def ¬P ¬p

¹⁷² MAURACH, *Tratado de Derecho Penal*, trad. Córdoba Roda, Ed. Ariel, 1962, p. 361.

¹⁷³ ROSS, *Lógica de las normas*, trad. Hierro, Ed. Tecnos, 1971, p. 89.

¹⁷⁴ Cfr. KAUFMANN, ARMIN, *Teoría de las normas*, pp. 5-7, quien distingue entre tres formulas posibles de demostración mediata de la norma a partir de la ley penal: que solo sea tomada la última parte de la ley penal, entonces no habría prohibición; que tome la primera parte de la ley penal y se agregue la segunda, entonces la norma se presente como una elección alternativa o un consejo de omitir el delito; y finalmente como derivación de la primera parte de la ley penal, entonces el delincuente hace precisamente lo que la prohibición quiere que se omita.

obligándoles a castigar cuando se haya comprobado la situación prevista en el texto. **El argumento lógico, por sí solo, no permite extraer una norma dirigida a evitar la realización de un delito.** Así, por ejemplo, de acuerdo con la interdefinibilidad de los operadores deónticos de la lógica de normas solo podrían inferirse las siguientes conclusiones:

«*Es obligatorio castigar cuando se ha matado a otro*» [OA]

«*Está prohibido **no** castigar cuando se ha matado a otro*» [$Ph \neg A$]

«***No** está permitido **no** castigar cuando se ha matado a otro*» [$\neg P \neg A$]

2º) Una opción para evitar dicha consecuencia e intentar derivar una norma dirigida al ciudadano, consiste en **tomar únicamente la primera parte del texto y extraer de allí un imperativo dirigido al ciudadano.** La prohibición o el mandato satisfaría así la exigencia de dirigirse a evitar la realización de un determinado comportamiento. El problema que se presenta, al prescindir de la segunda parte del texto (la que se refiere a la pena), radica en que la norma perdería su carácter jurídico y no se distinguiría de las leyes éticas¹⁷⁵. Así, por ejemplo, la norma se limitaría de decir:

«*Está prohibido matar*»

BINDING en defensa de esta clase de normas, argumenta que (sin pena) no perderían el carácter jurídico, pues las personas pueden perfectamente «presuponer», a partir de su experiencia práctica, que el Estado les recriminará por aquellas acciones realizadas que sean inconciliables con los intereses de nuestra vida jurídica¹⁷⁶. Dicho de otra manera, la norma no debería contener alguna forma de coacción, sino que los ciudadanos pueden sentirse obligados a cumplirla por la sola existencia del Estado. El problema es que esto le obliga a tener que concebir la existencia de una norma con carácter previa al legislador.¹⁷⁷ Para BINDING las normas se encuentran en la cultura (*Gewohnheitsrecht*).

¹⁷⁵ BINDING, *Die Normen*, 1, pp. 42-43.

¹⁷⁶ BINDING, *Die Normen*, 1, p. 44.

¹⁷⁷ Sin embargo, BINDING intenta salvar su posición aclarando que la norma penal puede resultar conceptualmente previa a la ley penal, pero no necesariamente de modo cronológico, así en *Die Normen*, 1, p. 4.

3º) Una alternativa para no desprenderse de la pena (y perder el carácter jurídico) consiste en **construir la norma a modo de inferencia hipotética** («if... then...»). De esta manera se podría vincular lógicamente el supuesto de hecho con la consecuencia jurídica. La norma quedaría enunciada de la siguiente forma: «Si matas, entonces pena» [P → Q]. Sin embargo, esta fórmula también resulta incorrecta por al menos tres razones:

a) La formulación hipotética es un enunciado descriptivo que solo dice que en caso de que ocurra un determinado hecho, ocurrirá una consecuencia. No tiene un sentido prescriptivo, pues no recurre a los operadores deónticos para prohibir, obligar o permitir una clase de conductas. Esta clase de enunciados permite realizar razonamientos lógicos, dado que las premisas empleadas son susceptibles de verdad o falsedad, pero no se pueden interdefinir operadores deónticos para realizar explicaciones lógicas¹⁷⁸. En definitiva, esta formulación **no se trata estrictamente de una norma jurídica**.

b) El razonamiento jurídico no coincide con el lógico. Tomando como base el enunciado mencionado como premisa mayor de un silogismo y, como premisa menor, la negación/afirmación del antecedente/consecuente, advertimos que las conclusiones II y III son lógicamente válidas, pero no necesariamente correctas desde el punto de vista jurídico. Desde el punto de vista jurídico, existen alternativas que se consideran correctas, aunque no sea lógicamente válidas.

<i>(cuadro I)</i>	<i>(cuadro II)</i>	<i>(cuadro III)</i>	<i>(cuadro IV)</i>
Si p entonces q	Si p entonces q	Si p entonces q	Si p entonces q
<u>p</u>	<u>- p</u>	<u>q</u>	<u>- q</u>
q	- q	p	- p

¹⁷⁸ En la década de 1930 el filósofo danés Jørgensen expuso el siguiente dilema: Normas sin lógica o lógica sin verdad. En otras palabras, la lógica solo podría ser utilizada en ámbitos apofánticos, es decir donde pueda afirmarse la verdad o falsedad de lo que se describe; pero resulta incompatible con el lenguaje prescriptivo de las normas. Varios autores, como KALINOWSKI, KLUG y RÖDIG han intentado evitar alguno de los dos cuernos de su dilema intentando sustituir criterios de verdad por valores análogos, como la validez o invalidez de normas. Véase BULYGIN, «Lógica Deóntica», en ALCHOURRÓN, *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, Nº 7, Ed. Trotta, 1995, pp. 129-141.

El esquema I es válido lógicamente, pues al afirmarse el antecedente en la premisa menor (se ha matado), la conclusión sería necesariamente válida (que se penará); también el esquema IV, al negar el consecuente (no hay pena), la conclusión es válida (no se ha matado). Sin embargo, **en el esquema II y III queda demostrado que el razonamiento lógico no permite explicar el tipo de razonamiento jurídico**, pues podría ser el caso en el que un sujeto haya matado a otro y no se le apliquen penas, como cuando el hecho es cometido por una persona inimputable; o bien, casos en los que, pese a no haber ejecutado directamente la acción de matar a otro se le aplican penas, como cuando se castiga al autor mediato que instrumentaliza a otro para que mate¹⁷⁹. En definitiva, una norma planteada lógicamente no resulta útil para analizar la clase de razonamientos que interesan al derecho.

c) Dicha formulación **se plantea como opción para quien vaya a delinquir**. Este argumento es presentado por BINDING, ocasión en la que señala que una norma condicionada no es precisamente una prohibición, pues se presenta al delincuente como una elección alternativa: «omites matar o te enfrentas a la pena». Se trataría de un consejo que el Estado les hace a sus ciudadanos, en el que habrán de decidir de acuerdo con lo que consideren conveniente. Por esto mismo califica a la norma así formulada como un imperativo absurdo¹⁸⁰. Además, esta concepción sería incompatible con la función preventiva, o de profiláctico policial, que tienen las normas.

Este argumento también puede ser explicado con herramientas de la lógica. Se dice que dos proposiciones son lógicamente equivalentes cuando tienen el mismo valor de verdad.

El enunciado condicional de la norma (*If... then...*) es materialmente equivalente a un enunciado disyuntivo en que el antecedente es negado (*not... or...*)¹⁸¹. En otras palabras, sostener el enunciado **«si matas, recibirás pena» tiene el mismo valor de verdad que «no mates, o bien serás penado»**. Otra vez, la atracción que produce la formulación de

¹⁷⁹ Sería exagerado para los propósitos de este trabajo entrar a analizar aquí las críticas que se le hacen a esta clase de razonamiento lógico, pero puede leerse de manera muy sencilla en HUGHES/LONDEY, *The Elements of Formal Logic*, Ed. Methuen, 1965, pp. 9-12.

¹⁸⁰ BINDING, *Die Normen*, 1, p. 39.

¹⁸¹ HUGHES/LONDEY, *The Elements of Formal Logic*, pp. 63-65.

normas como un condicional debe ser abandonada, pues desconoce el carácter imperativo que tienen las normas.

A	→	B	
f		v	v
v		v	v
f		f	v
v		f	f

- A	V	B	
v		v	v
f		v	v
v		f	v
f		f	f

En otras palabras, como sostiene BINDING, «la ley quiere que el hombre se rija por lo que ella dispone». Podría simplemente aconsejar y no existiría un deber, «pero la ley no aconseja, sino que exige respeto: obediencia a la autoridad»¹⁸².

2.1.4 Surge de lo que los jueces deciden

Este punto de vista, en su versión más extrema, abraza completamente al subjetivismo en el derecho y llega a confundir todo el fenómeno jurídico con lo que ocurriría en un proceso judicial. A fin de cuentas, dirían sus partidarios, no interesa lo que pueda decir el legislador, ni todas las interpretaciones que pudiera aportar la doctrina, sino que lo único que interesa para determinar qué es aquello que está prohibido u obligado es un análisis sobre la manera en la que los jueces deciden. A fin de cuentas, si una persona quisiera saber si puede ser castigado o no, deberá conocer cómo los jueces interpretan y aplican las leyes penales¹⁸³.

Esta perspectiva no ha sido adoptada por ningún penalista en forma absoluta, aunque todas las llamadas «teorías de la imputación» tienden a interpretar el contenido de la norma desde una perspectiva *ex post*, relativizando el peso de la visión prospectiva de la norma de comportamiento. Dicho con otras palabras, aunque estas teorías no acepten que la existencia de la norma nace de lo que sostiene el juez, acaban por desplazar el centro

¹⁸² BINDING, *Die Normen*, II, 2º ed., 1º parte, 1914, p. 144.

¹⁸³ El juez Oliver Holmes sostuvo en el año 1894 que el derecho no era más que aquellas predicciones acerca de lo que harán los tribunales. HOLMES, «The Path of the law», en *Collected Legal Papers*, Ed. Harcourt, Brace and Company, 1920, p. 173.

de la gravedad de la teoría del delito a un momento analíticamente posterior al de la constatación de la producción del hecho antinormativo¹⁸⁴.

En palabras de HAFFKE, la selección de qué clase de «perturbaciones» deberían ser introducidas en el sistema penal solo pueden ser realizadas válidamente a través de los criterios que los jueces tienen en cuenta al castigar: el merecimiento y la necesidad de pena. Toda la estructura de la teoría del delito, el sistema del hecho punible y la dogmática jurídico-penal debería ser construida a partir de las consideraciones que fundamentan la norma de sanción¹⁸⁵.

A pesar de la inclinación que tienen estas teorías hacia los criterios *ex post*, ningún penalista ha desechado completamente la importancia que tiene la norma de comportamiento. Nadie ha asumido una posición tan escéptica como la que adoptaron los realistas americanos en los años 30, al punto de llegar a considerar que los textos legislativos no dicen nada hasta tanto no hayan sido interpretados por los jueces¹⁸⁶.

Las posturas menos extremas no consideran un error tener que construir el sistema de teoría del delito a partir de la infracción de una norma de conducta, pero entienden que la interpretación del texto legislativo debe pasar necesariamente por el filtro o el tabique permeable de los criterios que los jueces tienen en cuenta al castigar. En otras palabras, no se trata de que la acción antinormativa culpable carezca de una importancia *sub specia legis criminalis*, sino de que la infracción de la norma de conducta sea un elemento, entre muchos otros, que la norma de sanción orientada retrospectivamente deba considerar y tratar de un modo absolutamente autónomo¹⁸⁷.

¹⁸⁴ SILVA SÁNCHEZ, *Normas y Acciones en derecho penal*, Ed. Hammurabi, 2003, p. 36.

¹⁸⁵ HAFFKE, «El significado de la distinción entre Norma de Conducta y Norma de Sanción para la imputación jurídico-penal», en SCHÜNEMANN/FIGUEIREDO DIAS, Libro-Homenaje a Claus ROXIN, Ed. Bosch, 1995, p. 134.

¹⁸⁶ Esta línea parece haber sido defendida por HERNÁNDEZ MARÍN, *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, 2º ed., Ed. Marcial Pons, p. 208 y s., quien se inclina por afirmar que las normas primarias no existen en el derecho y que las normas secundarias solo tendrían un contenido asertivo y no prescriptivo.

¹⁸⁷ HAFFKE, «El significado de la distinción entre Norma de Conducta y Norma de Sanción», pp. 134-135.

En la misma línea se encuentra la propuesta de JAKOBS, quien tampoco niega expresamente la norma de comportamiento; pero sí se la vacía de contenido. Este autor prescinde absolutamente de su dimensión como norma de determinación. La norma expresaría una «expectativa de conducta institucionalizada», que surge de la habituación de los actores sociales a determinadas conductas conforme al espíritu del tiempo, siendo el establecimiento de la sanción estatal el momento en el que finalmente se ha «institucionalizado» la misma¹⁸⁸.

Para JAKOBS, las normas no garantizan un comportamiento adecuado, ni pretenden influir en él, sino que solo protegen a quienes esperaban que las demás personas se comportaran de acuerdo con lo que era habitual en el grupo al que pertenece. Dicho esto, es evidente que para determinar cuáles son los presupuestos de la responsabilidad penal tiene una importancia central aquellos criterios que los jueces tienen en cuenta al momento de castigar, en lugar de la relación que podría existir entre el ciudadano y la norma, como suelen sostener las teorías convencionales.

Por último, no solo las denominadas «teorías de la imputación» reconocen la importancia del punto de vista del juez para la determinación del contenido de la norma, sino que incluso las «teorías de la infracción de la norma» también lo hacen. Así, por ejemplo, señala WELZEL que en el caso de los delitos imprudentes y de omisión impropia se trata de tipos abiertos que deben ser complementados por los jueces. En ellos solo se describe un resultado –sea de lesión o peligro– dejando en manos del juez la precisión de las conductas prohibidas mediante el criterio de la falta de observancia del «cuidado necesario en el tráfico» en los delitos imprudentes y de los criterios que fundamentan la «posición de garante» en los delitos impropios de omisión¹⁸⁹.

2.1.5 Toma postura: La norma surge de la interpretación de la doctrina

Antes hemos visto que la lógica no sirve para argumentar que las normas jurídicas se deducen del texto legal. La obstinación por el uso de la lógica proviene del ideal de

¹⁸⁸ JAKOBS, *Norm, Person, Gesellschaft*, 3.ª ed., 2008, pp. 39 y ss.

¹⁸⁹ WELZEL, *El Nuevo Sistema del Derecho Penal*, trad. Cerezo Mir, Ed. Ariel, 1964, p. 45 y s.

organización deductiva que caracteriza al pensamiento jurídico occidental, al cual no escapa la ciencia jurídica¹⁹⁰.

Como advierte SICHES, el análisis lógico es correcto; pero es insuficiente, ya que la cópula de «deber ser» que permite vincular un supuesto de hecho y con una consecuencia jurídica, no es un mero vínculo lógico, sino que es un verdadero juicio valorativo. La forma lógica es parte de un esquema que construye el jurista después de haber valorado determinados casos jurídicos; pero la misma no penetra hasta las valoraciones, sino que es sólo su revestimiento. El supuesto de hecho de la norma no es más que una hipótesis, que contiene múltiples elementos y condiciones, mientras que la consecuencia jurídica es siempre de carácter contingente¹⁹¹.

La norma surge de la interpretación que realiza la doctrina y, por esta razón, podemos afirmar que la doctrina es la que emite la norma. A diferencia de los argumentos lógicos, que se caracteriza por ser rígidos e inflexibles, el pensamiento de los juristas suele ser de carácter empírico y discrecional. En la interpretación de los términos empleados por las leyes intervienen también cuestiones de índole moral, psicológica y sociológica que escapan a ese corsé que intenta imponerle el pensamiento lógico. Por ello, es posible decir que el pensamiento de los juristas es parcialmente deductivo e inductivo, que se rige también parcialmente por la analogía, pero también por las intuiciones, emociones y prejuicios. En otras palabras, el pensamiento jurídico oscila entre todas las formas posibles de argumentación¹⁹².

¹⁹⁰ ALCHOURRÓN, «Sobre el Derecho y lógica», *Isonomía*, N° 13, 2000, pp. 11-12.

¹⁹¹ RECASÉNS SICHES, *Introducción al Estudio del Derecho*, 12ª ed., Ed. Porrúa, 1997, pp. 121-126. A partir del capítulo XVII, el autor critica el análisis lógico-formal que realiza Kelsen sobre las normas por considerar insuficiente las herramientas que proporciona la lógica formal para el estudio del derecho y propone uno de carácter lógico-razonable.

¹⁹² GUEST, «Logic in Law», en *Oxford Essays in Jurisprudence*, 1961, pp. 176-182. En el mismo sentido, SCHÜNEMANN, «Die Gesetzesinterpretation im Schnittfeld von Sprachphilosophie», p. 185, sostiene que la supuesta «interpretación teleológica» de los jueces es, en rigor, una plétora de complejos métodos concretos, en parte empíricos, en parte normativos, de selección y concreción de valores mediante ponderación y consideración de las consecuencias, abducción e inducción, tópica y retórica.

En definitiva, la lógica de normas no nos dice nada acerca del contenido que debe tener la norma para motivar el comportamiento de los ciudadanos, por ello en general la doctrina penal ha considerado preferible afirmar que la norma no se deriva lógicamente del texto, sino se trata de una «relación de sentido»¹⁹³. Dicho con otras palabras, las normas no son otra cosa que entidades lingüísticas creadas por la doctrina, a partir de la interpretación del texto legislativo, y no entidades misteriosas del «mundo del *sollen*».

Con el fin de justificar la existencia de normas dirigidas al ciudadano, la doctrina se ha valido de los más diversos argumentos como, por ejemplo, a) los argumentos históricos para decir que la norma se encuentra implícitamente asimilada a lo largo de la historia¹⁹⁴; b) argumentos a fortiori para señalar que sería absurdo que existan prohibiciones expresar de pisar el césped o de fumar, pero no para el robo o el homicidio¹⁹⁵; c) argumentos naturalistas, aunque no sean utilizados como forma de justificar que las normas son de producción previa al legislador, se recurre a ellos para justificar nuevas propuestas de interpretación acordes con principios de derecho público o con normas culturales; d) argumentos psicológicos (o el recurso a la voluntad del legislador concreto) podrían utilizarse si el jurista que lo alega rastrea su significado en las actas del debate legislativo¹⁹⁶; e) argumentos de coherencia lógica, obliga a aceptar que por cuestiones de necesidad práctica no podría castigarse la infracción de una norma sin presuponer la existencia de una norma anterior¹⁹⁷; etc.

¹⁹³ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 510.

¹⁹⁴ BINDING, *Die Normen*, tomo I, pp. 135 y ss. Este argumento se basa en una presunción de continuidad, recurriendo al significado contenido en un documento arquetípico de otra organización, pues presupone que el derecho es una disciplina constante y conserva el precedente como modelo previgente. Así, en TARELLO, *La interpretación de la ley*, Ed. Palestra ed., 2013, pp. 330-331.

¹⁹⁵ MIR PUIG, *DPPG*, p. 69.

¹⁹⁶ El argumento se remonta hasta los teóricos del absolutismo de los siglos XVII y XVIII, y han encontrado un notable sostén en la doctrina de la separación de poderes, pues permite explicar por qué los jueces deberían decidir conforme a la voluntad del legislador. Así, en TARELLO, *La interpretación de la ley*, pp. 327-330.

¹⁹⁷ Se trata de un argumento subsidiario o auxiliar, que no alcanza por sí solo para decidir la aplicación del derecho o para resolver un problema de interpretación frente a un conflicto de normas, sino que debe ser integrado con otro argumento retórico o un principio general. Así, TARELLO, *La interpretación de la ley*, pp. 324-327. Se utiliza este argumento al afirmar que es la propia rúbrica del título I del libro I del Código Penal la que se refiere a las «infracciones», en MIR PUIG, *DPPG*, p. 70.

Entre todos los argumentos que la doctrina utiliza para justificar la existencia de una norma, los que gozan de una mayor aceptación entre la doctrina son los argumentos teleológicos (o hipótesis del legislador provisto de fines). Con él se llega a la conclusión de que el legislador ha pretendido algo más que informar y castigar, sino que también ha tenido la finalidad de prohibir determinadas conductas, bajo la amenaza de imponer penas, con el objeto de proteger bienes jurídicos¹⁹⁸. A esto se refería BINDING cuando sostenía que, a diferencia de la finalidad de la pena, la finalidad de la norma es de carácter netamente preventivo: la ley quiere que, como consecuencia de su prohibición, los sujetos se abstengan en el futuro de realizar actos prohibidos en la mayor medida posible y que, los actos ordenados, se realicen justamente en esa medida¹⁹⁹. Este argumento es aceptado unánimemente por la doctrina para distinguir entre una norma dirigida al ciudadano y otra dirigida al juez, aspectos a los que me referiré enseguida.

2.2 El problema de los destinatarios de la norma

Existe una cierta vaguedad cuando nos referimos a los destinatarios de las normas, pues con esta expresión podría aludirse a dos clases de problemas diferentes: al de si las normas se dirigen a los órganos del Estado o a los ciudadanos; y, por otro lado, al de si las normas primarias pueden dirigirse a las personas inimputables o solo a las imputables.

Tradicionalmente solo al primero de ellos se le suele llamar «problema de los destinatarios» (*Adressatenproblem*), pues el otro tiene mayor relación con el contenido de las normas. Por tanto, ahora solamente me centraré en el interrogante de si las normas son directivas de conducta que indican a los ciudadanos qué comportamientos deben o no deben hacer; o bien, si éstas solo obligan a los jueces a aplicar una pena cuando hayan verificado el supuesto de hecho al que se refiere la norma.

¹⁹⁸ Se trata de un argumento que está ligado a la escuela de la jurisprudencia de intereses y no debe confundirse con el argumento psicológico que impone el recurso al legislador concreto, sino que en éste se trata de una entidad abstracta, que corresponde al fin propio de la ley. TARELLO, *La interpretación de la ley*, p. 332-333.

¹⁹⁹ BINDING, *Die Normen*, tomo 1, p. 51.

El problema de si las normas se dirigen a los ciudadanos o a los jueces fue manejada tempranamente en el derecho anglosajón por BENTHAM y, en el alemán, por THON y I BINDING. Aunque éste último, considerado por muchos como el padre de la teoría de las normas²⁰⁰, solo empleaba el término «norma» para referirse a aquellos mandatos que se dirigían a los ciudadanos y reservaba la expresión «ley penal» para el mensaje que estaba orientado a los jueces. En general, la expresión «norma» ha sido utilizada para referirse a las prescripciones que se les dirigían a los ciudadanos, pues solo ellas podían tener un carácter imperativo. Es discutible si a los jueces se le dirigen mandatos o solo la facultad de aplicar o no castigos. Esto último ha sido objeto de crítica por MAYER, quien consideraba que el mensaje dirigido a los jueces también tenía un contenido prescriptivo y que debían ser consideradas auténticas normas²⁰¹.

Según qué clase de destinatarios de las normas se considere, la doctrina en general distingue entre norma primaria y secundaria. Esta denominación sugiere la idea de que el ordenamiento jurídico es una «cadena normativa» de normas de comportamiento, en la que cada eslabón estaría asegurado por la existencia de una norma de carácter superior; pero, precisamente para evitar esta conclusión, la doctrina prefiere hablar hoy de normas de comportamiento y de sanción.

Según la denominación tradicional, las «normas primarias» serían normas de comportamiento dirigidas a los ciudadanos, indicándoles qué se debe o no se debe hacer, y las «normas secundarias» son aquellas dirigidas a los jueces ordenándoles castigar las infracciones cometidas por los ciudadanos. Por último, con el objeto de cerrar la cadena normativa mencionada, habría que admitir también la existencia de «normas terciarias» dirigidas a un juez distinto para que sancione por prevaricación las infracciones cometidas

²⁰⁰ Se suele considerar a BINDING como el padre de la teoría de las normas, puesto que, si bien BENTHAM habría defendido antes que él una concepción sobre el carácter imperativo de las normas, su obra estuvo perdida durante 160 años y fue descubierta recién en el año 1939 por Charles Everett, en el sótano de la University College de Londres, siendo publicada en el año 1945 bajo el título *The limits of Jurisprudence Defined*. Así, RENZIKOWSKI, «Die Unterscheidung von primären Verhaltens- und sekundären Sanktionsnormen in der analytischen Rechtstheorie», en *FS-Gössel*, 2002, Müller Verlag, p. 3 ss.

²⁰¹ BINDING, *Die Normen*, Tomo 1, 4ª ed., 1922, p. 4 y ss. En contra de Binding, para MAYER son auténticas ordenes dirigidas a los órganos del estado, en *Normas Jurídicas y Normas de cultura*, trad. Guzmán Dálbora, Ed. Hammurabi, 2000, pp. 167 ss.

por los jueces que oportunamente no hayan aplicado una sanción a los ciudadanos que antes infringieron una norma de comportamiento²⁰².

La imagen de que cada eslabón de la cadena normativa asegura inmediatamente al que le precede ha sido utilizada por muchos autores para explicar la relación de normas como parte de un mismo sistema, principalmente entre quienes defienden un modelo de ciencia jurídica positivista. Sin embargo, el par conceptual primario/secundario puede resultar ambiguo, pues no necesariamente significan superior/inferior.

Otro significado que se le puede dar al par conceptual primario/secundario es el explícito/implícito, de modo que norma primaria es la que viene dada y secundaria es la que se obtiene posteriormente por derivación. En este sentido, por ejemplo, para COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN sostienen que, bajo la apariencia de enunciado descriptivo, el texto legislativo cobija un juicio normativo implícito que establece una determinada regla de conducta, mientras que explícitamente dispone un castigo por la violación de dicha regla. Pese a que la norma se expresa con forma de proposición sobre el «ser», bajo esta forma gramatical declarativa se encubren verdaderas proposiciones normativas que se extraen del uso del lenguaje como verdaderas proposiciones del «deber ser». Cuando el Código Penal dispone que «*el que matare a otro será castigado como homicida con la pena*» no quiere decir que todo el que matare a otro vaya a ser efectiva o probablemente castigado con dicha pena, sino que «debería» serlo²⁰³.

Otro autor que utiliza el par conceptual en el mismo sentido es SCHMIDHAÜSER, para quien norma primaria es la que se extrae literalmente del texto y, la secundaria, aquella que obtiene a partir de construcciones distintas al texto. Las únicas normas que realmente habrían sido creadas por el legislador son aquellas que se dirigen a los jueces, pues son los únicos que pueden imponer penas. Para él, solo las normas dirigidas a los jueces forman parte del ordenamiento jurídico estatal (*staatliche Rechtsordnung*), mientras que

²⁰² MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y Sistema del Delito*, pp. 614-624.

²⁰³ COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *DPPG*, 4º ed., Ed. Tirant lo Blanch, 1996, pp. 38-39.

las normas dirigidas a los ciudadanos pertenecen a la a la ética social (*gesellschaftliche Rechtsordnung*)²⁰⁴.

La asimilación del par conceptual primario/secundario al resultado de la interpretación que es literal o no, también puede resultar bastante confusa. Existen diferentes formas de entender qué es el «significado literal»: 1º) una primera posibilidad es llamar literal a la interpretación *prima facie* (a primera vista), es decir aquella que resulta de una comprensión inmediata e irreflexiva del texto normativo, a la luz de los usos lingüísticos comunes. En otras palabras, literal es el significado que se obtiene de las reglas sintácticas y semánticas de la lengua, por oposición al significado «todo considerado» (*all-considered*, o también *post interpretationem*), producto de una reflexión ulterior; 2º) otra posibilidad es entender por literal una interpretación sin tomar en cuenta el contexto, lo que también se conoce como significado objetivo, es decir el que se obtiene haciendo abstracción de cualquier consideración, como la intención subjetiva que podría tener la autoridad normativa; 3º) finalmente, también puede decirse que literal es la interpretación no correctora, o simplemente declarativa. Se trata de una concepción que considera que los textos tienen un significado (se supone) intrínsecamente preconstituido, susceptible de ser conocido y, por ello mismo la expresión literal no tiene un significado unívoco, pues puede referirse a la reproducción *sine glossa* (significado objetivo) o a la intención del legislador (significado subjetivo)²⁰⁵.

Finalmente, otro posible significado que se le puede dar a la distinción entre norma primaria/secundaria es el de principal/subsidiaria. Este punto de vista fue adoptado por BENTHAM, considerado por muchos como el autor de la primera obra de doctrina general de derecho, en la que distinguía entre una parte «directiva» y otra «sancionadora». Solo a la primera la consideraba parte principal del derecho mientras que, a la segunda, como parte subsidiaria²⁰⁶.

²⁰⁴ SCHMIDHAUSER, *Form und Gehalt der Strafgesetze*, Ed. Vandenhoeck & Ruprecht, 1988, pp. 36-38 y 46.

²⁰⁵ GUASTINI, *Interpretar y Argumentar*, pp. 105-114.

²⁰⁶ RENZIKOWSKI, «Die Unterscheidung von primären Verhaltens- und sekundären Sanktionsnormen in der analytischen Rechtstheorie», *FS- Gössel zum 70 Geburtstag*, Ed. Müller, 2002, pp. 7-8.

O bien, lo principal y accesorio podía ser entendido en un sentido completamente inverso, como lo hacía el mismo KELSEN. Para este autor, el enunciado «matar a otro» constituía solo un requisito accesorio (o secundario) que el juez debería comprobar para aplicar una pena. Argumentaba que, si el legislador hubiera tenido la intención de establecer un deber, entonces el texto legal tendría que poder leerse del siguiente modo: «si se mata alguien, deberá castigarse con pena de tantos años». Todo el fenómeno jurídico no era más que un conjunto de normas que establecían sanciones, pues el «deber» de la norma dirigida a los ciudadanos carecería de sentido si no existiera aquella. Esta norma tenía el carácter de accesoria, pues ya se encontraba contenida accesoriamente en la norma que establece el deber de sancionar. Esta es la razón por la que KELSEN llamaba norma primaria a la que establece el deber de sancionar y secundaria a las otras que son más bien marginales²⁰⁷.

En síntesis, utilizar la denominación de normas primarias y secundarias según quién sea el destinatario resulta demasiado ambiguo, pues hemos visto que el orden o la posición a la que aluden estas expresiones puede depender de distintos factores: 1º) podría llamarse primaria a la norma «jerárquicamente» superior y secundaria a la inferior; 2º) también decir que primaria es aquella que resulta «temporalmente» anterior a la secundaria; 3º) incluso, sostener que primaria es la «principal» y secundaria la que se presenta de modo marginal, subsidiaria, auxiliar, accesoria o accidental²⁰⁸. En virtud de esta imprecisión conceptual, desde hace varios años la doctrina ha abandonado la distinción poco clara a la que remite la distinción entre norma primaria y secundaria, y ha adoptado la distinción propugnada por MÜNZBERG entre «normas de comportamiento» y «normas de sanción», atendiendo a la función que las mismas cumplirían²⁰⁹.

Es posible que parte de la confusión se produzca por intentar asimilar el propio texto con la interpretación literal. Así, podría pensarse que existe un significado primigenio, anterior a la actividad de la doctrina de atribuir un significado normativo²¹⁰. No obstante,

²⁰⁷ KELSEN, *General Theory of Law and State*, Ed. Harvard University, 1949, p. 61-64.

²⁰⁸ BOBBIO, «Normas primarias y secundarias», en *Contribución a la Teoría del Derecho* (trad. Ruiz Miguel), Ed. Debate, 1990, pp.317-320.

²⁰⁹ MÜNZBERG, *Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung*, 1966, pp. 47 y ss, 67 y ss.

²¹⁰ En este sentido, LUZÓN PEÑA, «Alcance y Función del Derecho Penal», en *ADCPC*, 1989, p. 12, afirma que la norma secundaria sí que coincide con la estructura de la proposición jurídico penal: si se da tal delito,

hemos visto que la interpretación literal también es una forma de asignar sentido y, como tal, esta tarea también tiene sus bemoles²¹¹. Tiene razón ROBLES PLANAS cuando afirma que, a lo sumo, de las leyes o enunciados penales solo puede deducirse una especie de programa abstracto, genérico, pero no una verdadera norma. En este sentido, ni las normas de conducta, ni las de sanción aparecen formuladas directamente en los enunciados legales. De estos únicamente se extraen «proto-normas de sanción» y «proto-normas de conducta». Ellas constituyen el primer paso para la obtención de la norma concreta, sea de conducta o de sanción²¹².

2.3 El problema sobre el contenido de la norma

Luego de haber esclarecido que las normas surgen a partir de la interpretación que hace la doctrina sobre los textos legislativos (problema del emisor) y que dichos enunciados solo son proto-normas, sean de comportamiento si pretenden dirigir la conducta de los ciudadanos, o de sanción si autorizan a los jueces a aplicar sanciones (problema del destinatario), ahora cabe preguntarse qué elementos son indispensables para poder afirmar que efectivamente existe una norma. Los requisitos que debería tener un enunciado para ser considerado una norma es lo que llamaré el «problema del contenido» de la norma.

Una delimitación precisa de los requisitos que permiten afirmar la existencia de una norma contribuye a explicar, contrario *sensu*, cuando una persona ha infringido la misma. Parafraseando una expresión popular, «dime qué entiendes tu por norma y te diré cómo la infringes»²¹³. Comparto la opinión de BINDING de que cualquier estudio sobre derecho penal debería comenzar por analizar la forma y el contenido de las normas. Una teoría de

se debe (el Juez debe) imponer tal pena o medida; mientras que la norma primaria -no se debe cometer tal delito- sólo se desprende implícitamente de la proposición o norma jurídico penal.

²¹¹ Cfr. VERNENGO, *La interpretación literal de la ley y sus problemas*, 2º ed., Ed. Abeledo Perrot, 1994, p. 10.

²¹² ROBLES PLANAS, «Normas de Conducta», *InDret* 1/2019, p. 6 y s.

²¹³ Lo que parece quedar claro, a poco que se repasa la evolución de la teoría del delito, es que a la discusión sobre qué se entiende por norma y cómo se infringe no parecen tener el mismo contenido. No existe una correspondencia lineal entre norma y norma infringida. El significado del texto dice menos que el evento de la realidad que se suele tomar en cuenta para la infracción de ella.

las normas del derecho penal es fundamentalmente lo mismo que una teoría del derecho penal²¹⁴.

Un repaso sobre las diferentes concepciones acerca de las normas excedería descomunalmente los fines de este trabajo, por ello solo me centraré en cómo su configuración repercute en la ubicación sistemática que podría tener el dolo y la imprudencia. Dicho de otra manera, aquí solo intentaré responder si es necesario o no que el delincuente haya actuado con dolo o imprudencia para infringir la «norma de comportamiento», o bien, si estos aspectos pertenecen a los presupuestos que el juez debe considerar al momento de aplicar pena la «norma de sanción»²¹⁵.

En forma muy general, la consideración del contenido de las normas varía según se considere el punto de vista «del emisor» o el «del destinatario» de la norma. Así, desde la primera perspectiva bastará con que se halle determinado: 1º) el estado de cosas, acciones u omisiones al que se refiera la norma; y 2º) el carácter directivo, esto es, si dicho estado se encuentra prohibido, resulta obligatorio o se permite. El contenido de la norma queda configurado al momento de la promulgación del texto legal, por ello resulta irrelevante que el sujeto conozca la norma (o la infracción de esta). Por otro lado, desde la óptica del destinatario, además de los anteriores, será necesario que el destinatario haya podido: 3º) identificar la situación concreta en la que se encuentra como aquella que ha sido determinada de modo abstracto por la norma; y 4º) tenga la capacidad para cumplir con lo que se manda²¹⁶.

Ambos puntos de vista han sido considerados por las diferentes concepciones de normas que sea han propuesto. En general, se suele llamar «norma objetiva» cuando se tiene en cuenta únicamente la perspectiva del emisor, y «norma subjetiva» cuando se la considera desde el punto de vista del destinatario. La tensión entre perspectivas se traslada también al modo en el que los penalistas trazan la frontera entre antijuridicidad y culpabilidad. A estas concepciones me referiré enseguida. Cabe destacar que, en la actualidad, la

²¹⁴ BINDING, *Die Normen*, T. 1, p. 7.

²¹⁵ Todas las teorías explican el dolo, pero tan pronto como se adviertan las consecuencias en uno u otro modelo, las propuestas se revelan como incorrectas. Así, GIMBERNAT ORDEIG, «¿tiene futuro la dogmática jurídica penal?», p 164; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 595.

²¹⁶ Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y Sistema del Delito*, pp. 514 y 565.

estructura dominante tiene rasgos híbridos y es la que fue impuesta por el sistema finalista. En este sentido, en la antijuridicidad se consideran cuestiones que atañen a la perspectiva del destinatario, como los supuestos de ausencia de acción, la peligrosidad *ex ante* para un observador objetivo y el dolo del autor; mientras que en la culpabilidad se consideran supuestos de imputabilidad, error de prohibición y la infracción del deber subjetivo de cuidado en el caso de los delitos imprudentes²¹⁷.

El mismo BINDING fue sensible a la dificultad que genera tener que decidir qué elementos forman parte de la norma y que otros deben quedar afuera de ella. Desde la publicación del primer volumen de su obra *Die Nomen und Ihre Übertretung* en 1872 fue modificando sus ideas durante 50 años conforme se desarrollaba la teoría del delito. En sus inicios negaba la posibilidad de un injusto no culpable, siguiendo una línea similar a la que había sido marcada por MERKEL. Luego, en la segunda edición del tomo I de 1890, parece defender un concepto objetivo de antijuridicidad y distinguir entre injusto penal y civil. Finalmente, en su trabajo sobre el tipo objetivo del delito de 1910, la publicación de los tomos III en 1918, el tomo IV en 1919 y su monografía sobre la culpabilidad de 1919 acaba por dotar con contenido material la distinción entre el tipo objetivo referido al hecho y el tipo subjetivo referido a la culpabilidad²¹⁸.

La dificultad por distinguir elementos objetivos y subjetivos era conocida también con anterioridad a la segunda mitad del siglo XIX, como puede reconocerse en las doctrinas del derecho natural defendidas por PUFENDORF, WOLFF y THOMASIIUS. Si bien estas posturas no trabajaron de un modo sistemática, sino más bien retórico, también tuvieron que distinguir entre los elementos externos y los elementos referidos a la imputación. Algo parecido también ocurre en las tradiciones ajenas a la evolución alemana, como la doctrina francesa, donde se distingue entre un *élément légal* en el que se señala el hecho que ha sido previsto y sancionado por la ley; un *élément matériel* que es el hecho materialmente realizado; y un *élément moral* que alude al que ha sido cometido voluntariamente por una persona. Por su parte, la doctrina anglosajona aún mantiene la diferenciación romana entre *actus reus* para referirse a los elementos externos y una *mens rea* para los elementos mentales. Incluso, buena parte de la moderna doctrina italiana

²¹⁷ MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y Sistema del Delito*, p. 583 y s.

²¹⁸ MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y Sistema del Delito*, p. 245 y s.

maneja la separación entre un *elemento oggetivo* y otro *elemento soggettivo* dentro de la antijuridicidad global²¹⁹. A continuación, solo analizaré cinco concepciones sobre las normas que corresponden a nuestra tradición. A modo de síntesis podrían ser caracterizadas del siguiente modo:

1º) La norma «como imperativo» es la concepción que asume una versión subjetiva de norma. Desde este punto de vista, las condiciones necesarias para afirmar la existencia de una norma tienen en cuenta la posición del sujeto que la infringe: la capacidad de autodeterminación del sujeto; que tenga conocimiento de la norma; que cuente con la posibilidad de conocer el deber en el momento del hecho; que tenga capacidad para guiarse por la norma; y tenga capacidad para cumplir el deber. Por esta razón, para desobedecerla es preciso que el sujeto actúe de manera culpable. No existe un comportamiento antinormativo sin que el sujeto también sea culpable. La imprudencia se explica como la infracción de un deber secundario de atención.

2º) La norma «como desvalor» asume un concepto de norma objetiva. La norma cumple principalmente la función de desvalorar determinadas lesiones a bienes jurídicos y, solo secundariamente, determinar la conducta del destinatario. Por esta razón, el dolo quedaría circunscrito a la culpabilidad, pues siendo la norma enteramente objetiva, al estar destinada a evitar resultados indeseables para el derecho, la consideración de todos los elementos subjetivos pasaba a la culpabilidad. Este fue el modelo de la escuela clásica y neoclásica.

3º) Una «versión ecléctica» es la que propuso el finalismo con una vuelta a la teoría de los imperativos. El problema que había suscitado la distinción entre elementos objetivos y subjetivos de la norma era resuelto por una distinción entre aspectos abstractos y concretos. La norma se concibe como un «deber abstracto» dirigido a distintas clases de acciones, explicadas como una acción final en la que confluyen elementos objetivos y subjetivos; pero desvinculada de sus concretas capacidades. Son estas capacidades las que permiten hablar de «deberes concretos», dirigidos a personas y acciones determinadas.

²¹⁹ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 589-594; MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y Sistema del Delito*, p. 291 y s.

4º) El «modelo de la imputación» rechaza la estructura tripartita tradicional de tipicidad/antijuridicidad/culpabilidad y reemplaza el análisis del hecho punible por estructuras que provienen de la lógica del lenguaje, como los actos por el cual se prescribe y se adscribe una conducta. En este sentido, recupera el significado original que tenía la palabra «imputación», entendida como el juicio por el cual se considera a alguien *causa moralis* de una acción y por ello deja de llamarse *factum*. Además, lo distingue del acto de «prescribir» conductas. De esta manera propone un sistema fundado en diferentes niveles o etapas, comenzando por una imputación de primer nivel (referido al hecho), siguiendo por la operación de aplicación de la ley a ese hecho y culmina en un segundo nivel de imputación (referido al demérito del agente).

5º) Finalmente, una «aproximación analítica» distingue entre la interpretación que recae sobre las palabras, o formulaciones normativas, y la que recae sobre el comportamiento humano. La primera operación consiste en identificar el contenido de sentido (o el contenido normativo) expresado por, y/o lógicamente implícito, en un texto normativo, atribuyendo un sentido (*Sinn*) y referencia (*Bedeutung*) al fragmento del lenguaje expresado en el tipo penal; mientras que la segunda operación consiste en indagar sobre los propósitos, razones o intenciones de un agente a fin de subsumir el comportamiento del agente en el campo semántico de la norma, entendida ahora como una razón para la acción. Precisamente, el modelo analítico que desarrollaré toma como punto de partida la distinción entre interpretación de textos e interpretación de eventos, y no intenta hacer concordar ambos puntos de vista.

3. LA NORMA COMO IMPERATIVO

Esta visión de la norma parte de la teoría de los imperativos que pone de relieve la conexión que existiría entre norma y obligación²²⁰. En el primer tomo de la obra de BINDING, titulada *Die Normen und Ihre Übertretung* (Las normas y su infracción), publicado en el año 1872, se recoge este punto de vista hasta el extremo. Como él mismo

²²⁰ KAUFMANN, *Teoría de las Normas. Fundamentos de la dogmática penal moderna* (trad. Bacigalupo y Garzón Valdés), Depalma, 1977, p. 81.

reconociera, su trabajo estuvo muy influenciado por la obra de MERKEL *Kriminalistische Abhandlungen* de 1867.

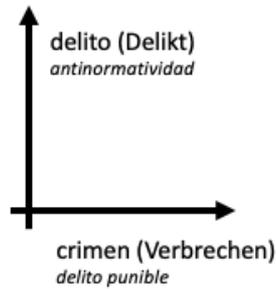
Desde este punto de vista, si el derecho no es más que un conjunto de imperativos que establecían prohibiciones y mandatos para dirigir la conducta de los súbditos del Estado, entonces aquello que se opone a la norma consiste en un «acto de desobediencia». Una norma solo podría ser considerada una norma en la medida que puede obligar, de manera que la misma se compone de deberes altamente personales.

Dicho esto, solo podría infringir el derecho quien contase con la capacidad para hacerlo y que, además, conozca la orden que se le dirige. En otras palabras, esta concepción de la norma se adscribe a un subjetivismo radical, en el que antijuridicidad y culpabilidad se presentan de un modo inseparable. El contenido de la norma no solo abarca los elementos que fueron tenidos en cuenta por el emisor de la norma, sino que también incluye aquellos que surgirían de la perspectiva del que recibe la orden. Sin embargo, aunque solo pueda ser considerada antijurídica la acción que a su vez también es culpable, ello no impide que una lesión no culpable pueda tener otras consecuencias jurídicas, como las que prevé el ordenamiento civil o administrativo²²¹.

A partir de la distinción entre «norma» dirigida a los ciudadanos y «ley penal» a los jueces, BINDING elaboró un auténtico sistema sobre la base de estas dos categorías: la antinormatividad (*Normwidrigkeit*) y la punibilidad (*Strafbarkeit*). El análisis jurídico que este autor propone comienza por el delito, donde antijuridicidad y culpabilidad se encuentran indisolublemente unidos. Luego se pregunta por la punibilidad de dicha conducta, a lo que él denomina «crimen», ocasión en la que utiliza criterios de merecimiento y necesidad de pena²²².

²²¹ BINDING, *Die Normen*, T. 1, p. 293 y s.

²²² ROBLES PLANAS, *Teoría de las Normas y Sistema del delito*, Ed. Atelier, 2021, pp. 19-24.



3.1 El Delito (*Delikt*) como una acción contraria a la norma

Hemos dicho que el delito era para BINDING la acción antinormativa culpable, independientemente de si esta también puede resultar punible. El delito era entonces la desobediencia culpable al derecho público de sumisión²²³. Las normas no tenían carácter penal, ni siquiera estaban legisladas, sino que pertenecerían a un derecho público no escrito. El análisis del hecho delictivo no puede separar aspectos internos y externos de la acción, por ello se sirve de la expresión «anillo del delito» para explicar que la objetiva antijuridicidad y la subjetiva culpabilidad no podían separarse²²⁴. En definitiva, **la acción antinormativa era la acción culpable**²²⁵ y esta presupone que el sujeto:

1º) Tenga capacidad de autodeterminación. Es un presupuesto indispensable que el sujeto sea libre al momento de actuar, de lo contrario cualquier modificación del mundo puede ser vista como una simple casualidad, irrelevante para el derecho²²⁶.

2º) Tenga conocimiento sobre la norma. Para poder afirmar que una persona cumple o infringe con su deber es necesario que conozca no solo la existencia de una norma, sino también cuál es su contenido. Solo después de conocida, los individuos estarían en condiciones de poder obedecerla. Es fácil presumir el conocimiento, pues en la mayoría de los casos lo infiere la propia razón o, incluso, puede llegarnos mediante

²²³ BINDING, *Die Normen*, T. 1, p. 298.

²²⁴ BINDING, *Die Normen*, T. 2, pp. 271-272.

²²⁵ BINDING se oponía completamente al modelo que planteaba VON LISZT, incluso rechaza el concepto de natural de acción que éste utilizaba, por no tener carácter jurídico y ser inútil para el derecho. Para BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, T. 1, 1885, p. 566 y s., la acción debía ser definida jurídicamente, esto es, como acción realizadora de una voluntad jurídicamente relevante.

²²⁶ BINDING, *Die Normen* T. 2, pp. 16 y ss.

conversaciones, periódicos, anuncios, etc. Incluso bajo el ropaje de «deber moral». Por tanto, si efectivamente el sujeto demuestra que no tenía conocimiento de la norma, entonces no podría hablarse de delito²²⁷.

3º) Que haya podido conocer su deber en el momento del hecho. Además de conocer la norma, el sujeto debe poder recordar aquello que se le había prohibido o mandado. Desde esta concepción, quien habría olvidado la norma merece el mismo tratamiento que aquel que no tuvo ningún conocimiento²²⁸.

4º) Que tenga capacidad para guiarse según la norma. No alcanza con que el sujeto conozca la norma, sino que el mismo debe haber podido transformar su contenido en el criterio rector de su conducta. El deber es un motivo para actuar que debe ganarle la partida a los demás contra estímulos que intentan apartarlo del camino que señala el cumplimiento del deber. Excepcionalmente no existirá deber cuando esté en juego la auto preservación²²⁹.

5º) Que tenga capacidad para cumplir con el deber. Este aspecto se refiere a la capacidad del sujeto para realizar aquello que sea su propia decisión. La persona tiene que poder calcular las condiciones necesarias para alcanzar un resultado, por ello debe poder conocer las leyes de la causalidad y contar con experiencia suficiente para seleccionar los medios adecuados. En otras palabras, se trata de un juicio de subsunción en el que el autor debería ser capaz de reconocer si sus acciones se encuentran en una relación de amistad o enemistad con el derecho²³⁰.

3.2 El Crimen (*Verbrechen*) como acción punible

²²⁷ BINDING, *Die Normen*, T. 2, pp. 134-150.

²²⁸ BINDING, *Die Normen*, T. 2, p. 161.

²²⁹ BINDING, *Die Normen*, T. 2, pp. 162-166.

²³⁰ BINDING, *Die Normen*, T. 2, pp. 168-170.

Solamente cuando un delito reúna ciertas características previstas en la ley (no en la norma) para que sea considerado punible, entonces **será considerado un crimen**. En este sentido, **constituyen «razones de imposición de pena»²³¹**:

1º) El dolo y la negligencia son elementos que están presentes en el delito, pero que también se computan en la punibilidad, a efectos de precisar el tipo y medida de pena que cabe aplicar²³². BINDING define el dolo como «la voluntad de quien es capaz de actuar de manera dirigida hacia la realización de un tipo penal concreto de delito, en conocimiento de todas las características delictivas, especialmente, con conciencia de la antijuridicidad». Además, llama «dolo en casos de dudosos» a los supuestos de dolo eventual²³³.

2º) Elementos objetivos que califican la punibilidad son, por ejemplo, la gravedad de la lesión causada, la existencia de un delito previo en el delito de encubrimiento, la reincidencia, causales de atenuación o exclusión de la pena, etc.²³⁴

3º) Elementos subjetivos de la punibilidad como, por ejemplo, actuar con malicia o intenciones fraudulentas, contar con el conocimiento de ciertas propiedades de la persona a las que se refiere la acción, como la cualidad de pariente, funcionario público, etc.²³⁵

4º) Otras condiciones que supeditan la punibilidad de un delito como, por ejemplo, que exista en los casos de delitos cometidos en el extranjero, una figura similar en aquel país y que haya garantías de reciprocidad; el requisito de prejudiciabilidad que disuelva una relación matrimonial en los casos que un cónyuge demande a otro y le pueda perjudicar; etc.²³⁶

4. LA NORMA COMO DESVALOR

²³¹ BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, T. 1, 1885, p. 510.

²³² BINDING, *Die Normen*, T. 1, p. 200; EL MISMO, *Die Normen*, T. 2, p. 324.

²³³ BINDING, *La Culpabilidad en Derecho Penal*, trad. CANCIO MELIÁ, Ed. B de F, 2009, pp. 46-57.

²³⁴ BINDING, *La Culpabilidad en Derecho Penal*, p. 28.

²³⁵ BINDING, *La Culpabilidad en Derecho Penal*, p. 28.

²³⁶ BINDING, *Die Normen*, T. 1, pp. 235-236.

El sistema de BINDING fue rápidamente desplazado por el triunfo del sistema clásico y neoclásico del delito que propusieron VON LISZT, BELING y RADBRUCH. Desde este punto de vista un hecho contrario a la norma dejó de ser entendido como un acto de desobediencia, para comenzar a ser conceptualizado como un determinado estado de cosas no deseado por el derecho.

La función del derecho penal, según este modelo, consiste en proteger bienes jurídicos, independientemente de si el destinatario podía comprender o no el significado de su acción, ya que lo importante era proteger los intereses sociales fundamentales antes que lograr la obediencia de los ciudadanos²³⁷. Separar antijuridicidad y culpabilidad en el sistema les permitió concebir una norma de carácter objetivo, cuya tarea principal era la de garantizar un determinado estado de cosas, y un análisis de los subjetivo a nivel de la culpabilidad.

La imposición de una pena dejaba de tener como misión tener que «retribuir» aquella voluntad contraria a la norma que había sido manifestada por el delincuente y, en lugar de ello, pasaría a considerarse como un instituto que promovía la «protección» de determinados bienes jurídicos. Este cambio permitió integrar a las medidas de seguridad en el derecho penal, pudiendo ofrecer también una respuesta dentro del sistema cuando la norma había sido infringida de manera no culpable.

La tarea principal del derecho penal consistía en garantizar un determinado estado de cosas. «*La pena estaba al servicio de la protección de bienes jurídicos*», sostenía VON LISZT²³⁸. Para ello resultaba necesario aplicar sanciones tanto al que había podido comprender la norma como al que no había podido, en la medida en que sea necesario proteger intereses sociales. La pena apuntaba hacia el futuro, es decir a prevenir que se vuelva a delinquir. Como consecuencia de ello, la norma dejaba de tener un carácter imperativo y se podía considerar antijurídica una conducta, independientemente a si el sujeto había podido comprender o no la orden que se le dirigía.

²³⁷ BACIGALUPO ZAPATER, «La Función del concepto de Norma en la dogmática penal», *Lecciones y Ensayos*, nº 51, 1989, p. 38 y s.

²³⁸ VON LISZT, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, T. 1, Ed. de Gruyter, 1970, p. 149.

El verdadero giro hacia una concepción completamente objetiva de la norma lo terminó por dar MEZGER²³⁹, al concebir la antijuridicidad como un juicio por la infracción de una «norma de valoración» que recaía sobre el resultado acaecido, en tanto que la culpabilidad era considerada un juicio por la infracción de la «norma de determinación», dirigida ahora sí a la voluntad del delincuente.

La antijuridicidad es vista como un juicio que recae sobre una acción que contradice las normas objetivas del derecho. Si el derecho existe para garantizar una convivencia externa ordenada de los que están sometidos a él, entonces las normas tienen que poder determinar qué estados de cosas es conforme al orden jurídico y qué lo contradice. Por esta razón las normas se conciben como «normas objetivas de valoración» que recaen sobre determinados acontecimientos y estados de cosas que el derecho selecciona. El objeto de valoración puede ser todo: la conducta de seres humanos capaces e incapaces de acción, culpables o no, de otros seres animados, acontecimientos y estados del mundo circundante que afectan a la convivencia humana²⁴⁰.

Frente a estas normas objetivas también existen las «normas subjetivas de determinación», que se dirigen hacia el concreto súbdito del derecho. Su lesión no afecta al injusto, pero sí ciertamente a la culpabilidad. El deslinde conceptual entre la norma jurídica que se dirige «a todos» y el deber que se dirige «solo» al personalmente obligado, hace posible el necesario y claro contraste entre los dos presupuestos del delito: la norma jurídica objetiva de valoración y la norma subjetiva de determinación²⁴¹.

En otras palabras, el juicio sobre aquello desvalorado por el derecho constituye una clase de reproche diferente a aquél que se le dirige a quién lo ha causado, en forma similar a lo que ocurre cuando expresamos un juicio estético desfavorable sobre un cuadro, lo hacemos independientemente de que sepamos o no que el pintor ha tenido o no una

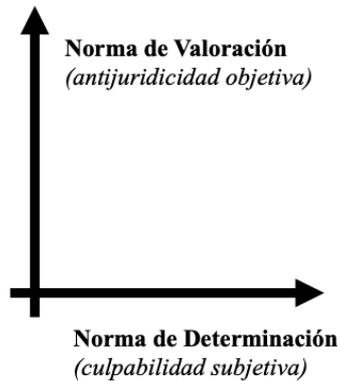
²³⁹ A pesar de que puedan encontrarse antecedentes sobre concepciones de normas objetivas en las obras de THON y de NAGLER, su definitivo asentamiento en el derecho penal se produjo recién con publicación de la obra de MEZGER, *Die Subjektiven Unrechtselemente*, en el año 1924. El modelo neoclásico consolidó la base normológica de que el centro del injusto se situaba en el desvalor del resultado y no en el de acción.

²⁴⁰ MEZGER, *Tratado de Derecho Penal*, T. 1, Ed. Revista de Derecho Privado, 1946, p. 327 y s.

²⁴¹ MEZGER, *Tratado de Derecho Penal*, T. 1, p. 330 y s..

preparación deficiente. Del mismo modo, nada nos impide decir que una persona es éticamente despreciable, incluso si sabemos que no puede ser de otro modo²⁴².

(modelo Mezger)



La caracterización de la norma como un mero «juicio de valor» le quitaba el carácter «imperativo» que tradicionalmente había tenido y lo sustituía por un «deber impersonal». Esta caracterización le valió a MEZGER muchas críticas, no obstante haber sido matizada pocos años más tarde, precisamente en 1931, en una nota al pie de su tratado²⁴³. En efecto, sostuvo que cuando había publicado su trabajo en 1924 y decía que la norma no tiene un destinatario, daba por sobrentendido que el derecho siempre se dirigía a las personas y que, por esta razón, la norma siempre tendría un destinatario, aunque sea impersonal.

Por otro lado, al margen de lo confuso que podría ser la abstracción del destinatario, el juicio sobre la antijuridicidad del hecho –a diferencia de la postura tradicional– debía asumir una perspectiva *ex post*. Lo antijurídico se desligaba por completo de la infracción al mandato o a la prohibición y se centraba exclusivamente en el resultado producido, esto es, en la lesión a los bienes jurídicos.

En su trabajo *Die Subjektiven Unrechtselemente*, MEZGER definió lo “*injusto como la modificación de un estado jurídicamente aprobado con una realización jurídicamente desaprobada. El delito es antijurídico porque influye sobre la antijuridicidad*”²⁴⁴. De esta manera expresaba del modo más claro y preciso la relación que se daba entre la

²⁴² MEZGER, *Libro de Estudio*, Ed. Bibliográfica Argentina, 1958, p. 195.

²⁴³ MEZGER, *Tratado de Derecho Penal*, T. 1, pp. 331, nota 7.

²⁴⁴ MEZGER, «Die Subjektiven Unrechtselemente», *Der Gerichtssaal*, n° 89, 1924, p. 246.

antijuridicidad y una pura condición del resultado. Así, el contenido material del injusto se concibe como la lesión o puesta en peligro del bien jurídico.

En síntesis, el sistema causalista y neocausalista se construyó sobre la base de normas objetivas de valoración, por lo que las categorías del dolo y la imprudencia formaban necesariamente parte de la culpabilidad, en la medida que dichos elementos subjetivos no hacían que el resultado fuese más o menos indeseable.

5. LA NORMA COMO UN IMPERATIVO DESPERSONALIZADO

Esta concepción propone el regreso a una teoría de los imperativos, sin renunciar a la distinción entre penas y medidas de seguridad que había incorporado el modelo clásico y neoclásico. Para ello, debió replantear la teoría del delito desde sus cimientos. Este retorno se produce fundamentalmente a través de dos importantes aportes: el que propuso WELZEL al modificar el objeto al que debían dirigirse las normas, esto es, a «las acciones finales»; y el de Armin KAUFMANN, quien revisó las bases normológicas de la teoría de los imperativos, distinguiendo entre «norma abstracta» y «deber concreto».

5.1 La Acción Final como objeto

La primera contribución al retorno de los imperativos la realizó WELZEL, al criticar a la concepción anterior que las normas no podían estar dirigidas a los «cursos causales ciegos», similares a los de la naturaleza, aunque los resultados sean disvaliosos para la sociedad. El objeto de las normas no podían ser meras lesiones externas a los bienes jurídicos, sino que debían dirigirse a las acciones humanas. **Si la «causalidad» gobernaba el mundo de la naturaleza, las «finalidades» del agente eran las que el derecho debía considerar:** lo valioso o disvalioso debían ser las intenciones que el sujeto se había propuesto y que el mismo perseguía, escogiendo los medios para llevarla a cabo.

En la misma línea que BINDING había señalado con su noción de «anillo del delito», según la cual el aspecto objetivo y subjetivo del hecho no podían ser separados, WELZEL entendió que la porción de realidad que interesa al derecho no podía ser apreciada exclusivamente de manera empírica y separada del sujeto, pues lo realizado también estaba teñido por la consideración de fenómenos sociales, éticamente relevantes y con

sentido. Aquellos agregados «subjetivos» característicos de la acción práctica, propia de la vida social, no eran menos reales que el contenido «objetivo» en el que se centraban las ciencias empíricas²⁴⁵.

El concepto de acción ofrecido por este autor resulta mucho más rico que la explicación causal que había considerado la doctrina anterior, limitada a interpretar el resultado como una lesión al bien jurídico. Para el finalismo importaba el modo y la forma en la que ocurría dicho resultado. Así, entre el hecho y su autor se daba una conexión personal que podía ser observada al menos desde tres puntos de vista diferentes:

1º) existen verbos típicos que solo pueden ser explicados mediante una básica dirección de voluntad como, por ejemplo, la acción de «cazar» a un animal. Si se afirmara que se «ha cazado imprudentemente» parecería que se está contradiciendo el contenido del injusto²⁴⁶.

2º) hay una diferencia idiomática entre la acción típica objetiva del dolo y la que corresponde al delito imprudente como, por ejemplo, al decir «matar» y «causar la muerte»; pero también en las lesiones corporales, incendios, etc.²⁴⁷

3º) en la teoría de la participación, el autor se distinguiría por el vínculo personal con el hecho, lo que permitiría considerarlo como una obra suya²⁴⁸.

Como consecuencia de lo anterior, el dolo y la imprudencia pasaban a considerarse como dos formas posibles de antijuridicidad. Las acciones dolosas eran las que poseían estructuras finales, pues obtienen su contenido objetivo a partir de la voluntad intencional, sea propia o de modo mediato a través de otra finalidad; en tanto que, los delitos imprudentes eran concebidos como tipos de causación que se caracterizaban por la infracción de algún deber de cuidado. En otras palabras, este cambio sistemático supuso considerar que el objeto de la antijuridicidad podía estar compuesto por hechos

²⁴⁵ WELZEL, «Estudios sobre el Sistema de Derecho Penal», *Estudios de Derecho Penal*, Ed. B de F, 2002, p. 21 y s.

²⁴⁶ WELZEL, «Estudios sobre el Sistema de Derecho Penal», p. 26.

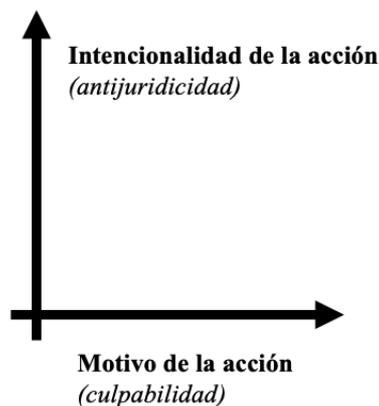
²⁴⁷ WELZEL, «Estudios sobre el Sistema de Derecho Penal», p. 27.

²⁴⁸ WELZEL, «Estudios sobre el Sistema de Derecho Penal», p. 28.

psicológicos, en el caso de las conductas dolosas, y por hechos de carácter causal-normativo, en el caso de las imprudentes. En definitiva, si un ordenamiento jurídico pretende mantener una situación que considera valiosa, prohibiendo la realización de determinadas conductas, o bien provocar una futura situación valiosa, estableciendo mandatos de actuación, debía considerar como punto de partida la actividad intencional de los sujetos, esto es, en el momento en que el mismo aún puede seleccionar los medios para alcanzar sus finalidades²⁴⁹.

En contraposición, el reproche que cabe realizar en el nivel de la culpabilidad estaría referido al momento en el que la persona se decide en favor de la acción. Este juicio descansa sobre las representaciones de valor que habría tenido el agente y, por esta razón puede ser caracterizada como el «lado emocional» de la acción. En otras palabras, la culpabilidad toma en cuenta los valores que el sujeto consideró al momento de decidirse a realizar una acción injusta. Así, la determinación conceptual de la culpabilidad se obtendría a partir de consideraciones ético-sociales en las que se tiene en cuenta la capacidad de comprender lo injusto y actuar de modo consecuente²⁵⁰.

(modelo de Welzel)



Este cambio sistemático supuso que el dolo y la imprudencia pasaran a integrar el juicio de antijuridicidad, por ello incluso los enfermos mentales podían infringir normas dolosas o imprudentes, en la medida en que también podían guiar la causalidad de su conducta seleccionando los medios requeridos para realizar sus intenciones. Lo que le faltaría a las acciones de los inimputables es la capacidad de decisión, esto es, la posibilidad de elegir

²⁴⁹ WELZEL, «Estudios sobre el Sistema de Derecho Penal», pp. 29-32.

²⁵⁰ WELZEL, «Estudios sobre el Sistema de Derecho Penal», p. 33.

entre valores con sentido de lo que es justo o injusto. Sus decisiones son consideradas impulsos irreflexivos, pues si bien son acciones antinormativas, éstas no son reprochables por no haber podido comprender las valoraciones que subyacen a su acción²⁵¹.

El trabajo de WELZEL supuso un gran avance en relación con el objeto de estudio del derecho penal: una acción con sentido final, en lugar de la mera causación de un resultado lesivo. Si antes de él, todo el peso de la teoría del delito recaía sobre la lesión a los bienes jurídicos (desvalor de resultado), ahora la relación se invertía y se hacía caer sobre el modo en que se realizaba la acción delictiva (desvalor de acción).

Además, dicho autor propugnó una reordenación de las categorías de la teoría del delito, entre las cuales el traspaso del dolo hacia el injusto constituiría, sin duda alguna, la contribución más relevante. La acción contraria al ordenamiento jurídico era presentada como una mezcla de componentes objetivos y subjetivos, neutrales a las valoraciones propias del juicio de culpabilidad. De esta manera, el dolo pasaba a ser analizado doblemente, como una «elemento natural» de la acción final (*dolus naturalis*) y como un «elemento de la decisión» del sujeto contraria al ordenamiento jurídico (*dolus malus*).

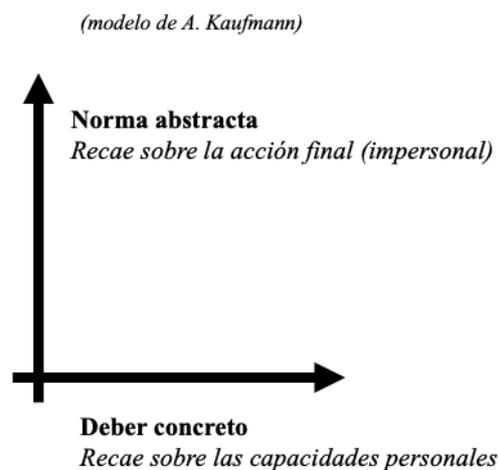
5.2 Distinción entre Norma abstracta y Deber concreto

A pesar de estos avances, aún restaba por responder de qué manera se podía regresar a la teoría de los imperativos sin renunciar al dualismo de penas y medidas de seguridad, previstas como consecuencias del delito. Había que explicar **qué clase de imperativos eran aquellos que se le podían dirigir a un sujeto, sin que se pudieran considerar los motivos de su decisión**. Dicho de otro modo, si en la antijuridicidad se analizaban las «intenciones» y en la culpabilidad los «motivos» de la decisión, entonces ¿qué contenido podía tener una norma que solo tomaba en consideración las intenciones de las personas de manera independiente a si el destinatario era inimputable, un bebé, un loco, un ebrio o una persona dormida? De este problema se ocupó su discípulo Armin KAUFMANN en su escrito de habilitación *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, publicado en 1954.

²⁵¹ WELZEL, «Estudios sobre el Sistema de Derecho Penal», p. 33 y s.

La idea central consistió en afirmar que la norma debía concebirse como un «deber impersonal». El error de BINDING había sido equiparar la norma dirigida al sujeto y la obligación de este, decía Armin KAUFMANN²⁵². La norma era una forma ideal (*Denkform*) de obligación a las personas y tenía como objeto la acción final. Como forma ideal, la norma no podía dejar de tener un carácter abstracto e independiente a cada individuo particular, incluso a actos concretos. De esta manera, Armin KAUFMANN resolvía la dificultad a la que se enfrentaba la teoría de los imperativos y podía considerar destinataria de la norma a cualquier persona, sea imputable o inimputable²⁵³.

Sin embargo, esto no quiere decir que también estén «obligadas». Las discusiones que se dieron entre los defensores de las concepciones de normas subjetivadas y los que sostenían otras con rasgos más objetivos no estaban ceñidas estrictamente por quienes podían ser sus destinatarios, sino en quienes podían ser los verdaderos obligados por ellas. En este otro sentido, hablamos del significado más acentuado (o altamente personal, en la terminología de BINDING) que tendría la expresión «tener-que» y que consistiría en poner en práctica la capacidad de acción. Solo a esta clase de deber se refiere a la norma concreta²⁵⁴.



A partir de esta redefinición conceptual, la norma se dirige a las posibles intenciones de un destinatario genérico y, por esto mismo, también podría dirigirse a sujetos que no

²⁵² KAUFMANN, ARMIN, *Teoría de las normas. Fundamentos de la Dogmática Penal Moderna*, trad. Bacigalupo y Garzón Valdés, Depalma, 1977, pp. 145 y 163.

²⁵³ KAUFMANN, ARMIN, *Teoría de las normas. Fundamentos de la Dogmática Penal Moderna*, p. 165.

²⁵⁴ KAUFMANN, ARMIN *Teoría de las normas. Fundamentos de la Dogmática Penal Moderna*, p. 170.

pueden comprenderla²⁵⁵. El sentido con el que la norma abstracta utiliza la expresión «tener-que» no deja de tener un significado obligante, aunque tenga carácter impersonal, en cuanto se apoya en un juicio de valor (se halle expresado o no) que recae sobre cualquier persona. En otras palabras, la norma solo dice que una persona genérica tiene que cumplir con una prestación por que es valiosa para el ordenamiento jurídico²⁵⁶.

El significado del «tener-que» posee un sentido completamente distinto cuando se lo caracteriza como «deber concreto». La prohibición o el mandato «entran en consideración» cuando un sujeto determinado se encuentra en condiciones de llevar a cabo dicho acto. Así, la norma se concretiza sólo con respecto a los capaces de realizar una acción.²⁵⁷

Pero esta capacidad de acción no significa que el sujeto tenga que «conocer la norma», ni la «capacidad de voluntad», sino que se refiere a la posibilidad de realizar una acción completamente especificada en determinadas circunstancias y en determinado momento. Solo de esta manera la norma concretada es designada como un «deber». Resulta muy gráfica la aclaración que realiza Armin KAUFMANN cuando sostiene que «*Las normas cambian cuando se modifican las leyes —enunciados normativos—, mientras que los deberes lo hacen cuando se modifican las posibilidades humanas*»²⁵⁸.

La norma solo se transforma en deber de omitir un acto concreto cuando un sujeto:

1º) pueda captar la situación en la que se halla, es decir cuando ha tomado consciencia de las circunstancias existentes en el hecho y cuenta con la capacidad de ponderar la realización de un acto contrario a la norma. Cabe aclarar que la posibilidad de conocer el contenido de la norma no es un elemento que fundamente la existencia de un deber, ya que el deber surge de las circunstancias del hecho y estos pueden cumplirse a pesar de que el sujeto desconozca las condiciones de la norma²⁵⁹.

²⁵⁵ BACIGALUPO ZAPATER, «La Función del concepto de Norma en la dogmática penal», p. 46.

²⁵⁶ KAUFMANN, ARMIN, *Teoría de las normas*, pp. 168-169.

²⁵⁷ KAUFMANN, ARMIN, *Teoría de las normas*, p. 185.

²⁵⁸ KAUFMANN, ARMIN, *Teoría de las normas*, pp. 185-186.

²⁵⁹ KAUFMANN, ARMIN, *Teoría de las normas*, pp. 186-187.

2º) se encuentre en condiciones, en virtud del conocimiento de las circunstancias del hecho y de su curso causal, de calcular el curso de la acción prohibida²⁶⁰.

3º) pueda realizar, según sus capacidades físicas y psíquicas, la decisión tomada de ejecutar una acción determinada²⁶¹.

6. EL MODELO DE LA IMPUTACIÓN

Este modelo descarta la estructura tripartita tradicional del delito, impuesta desde la segunda mitad del siglo XIX, según la cual el análisis debía tomar en cuenta las categorías de Tipicidad/Antijuridicidad/Culpabilidad. Su sistema opera con la lógica del lenguaje prescriptivo y adscriptivo que subyace al derecho positivo. En este sentido, recupera el significado que la palabra «imputación» tenía antes de la irrupción del modelo de VON LISZT y BELING, y rescata los trabajos de PUFENDORF, WOLFF y DARIES realizados durante los siglos XVII y XVIII²⁶².

El nombre de este modelo se debe a que las consideraciones que se tienen en cuenta para explicar el hecho punible giran en torno del concepto de «imputación». HRUSCHKA se encarga de recuperar el significado original que el término tenía y que, desde la segunda mitad del siglo XIX, había pasado a un segundo plano al ser sustituido por el de «culpabilidad» y luego fue erróneamente empleado con la aparición de la doctrina de la «imputación objetiva»²⁶³. Si bien el concepto fue utilizado antes por los filósofos del derecho natural, podemos quedarnos con la definición de imputación (*Zurechnung*) que KANT realizó en su *Metafísica de las costumbres*. En esta obra explica que se trata del juicio por el que se considera a alguien como *causa moralis* de una acción que, a partir de entonces, se denomina (*factum*) y se somete a las leyes. En este ámbito, la voz *auctor*

²⁶⁰ KAUFMANN, ARMIN, *Teoría de las normas*, p. 187 y s.

²⁶¹ KAUFMANN, ARMIN, *Teoría de las normas*, p. 188.

²⁶² HRUSCHKA, «Reglas de comportamiento y Reglas de imputación», *Imputación y Derecho Penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, Ed. Thomson Aranzadi, 2005, p. 39; EL MISMO, *Strukturen der Zurechnung*, Ed. De Gruyter, 1976, pp. 2-3; SÁNCHEZ OSTIZ, *Imputación y Teoría del delito*, Ed. BdeF, 2008, pp. 13-20. El origen de esta doctrina podría rastrearse en la antigüedad, precisamente en la Ética nicomáquea de Aristóteles, siendo recibida también en la Europa medieval por Tomás de Aquino, e incluso hasta finales del siglo XVIII en que fue trabajada por Kant.

²⁶³ HRUSCHKA, *Strukturen der Zurechnung*, p. 1 y s.

(*causa libera*) alude, manifiestamente, al sujeto que obra libremente. Imputamos cuando simplemente atribuimos algo a una persona, esto es, cuando es concebido como originado en la libertad²⁶⁴.

Recuperar el concepto de imputación le permitió a HRUSCHKA reinterpretar el concepto de acción que venía siendo utilizado por la doctrina tradicional. La acción fue entendida por el modelo causalista de VON LISZT y BELING como un «movimiento corporal voluntario», pero falló al interpretar que la voluntad tenía un carácter natural, ciego o sin contenido. Las críticas que WELZEL le formuló a dicha definición son, en principio, acertadas, pues la voluntad siempre tendría un fin; pero yerra al equiparar «fin» con «propósito». Una acción no necesariamente tiene que perseguir un determinado propósito, ya que no todas son un medio para alcanzar ciertos fines, pues se pueden realizar acciones sin ningún propósito y seguir considerándolas acciones, como el hecho de silbar, caminar, jugar, etc. La propuesta de HRUSCHKA consiste en observar que aquello que llamamos acción es el producto de una actividad interpretativa que recae sobre determinados movimientos corporales. La acción no es algo que nos venga dado de antemano, sino que es algo que construimos con la aplicación de una regla de interpretación²⁶⁵.

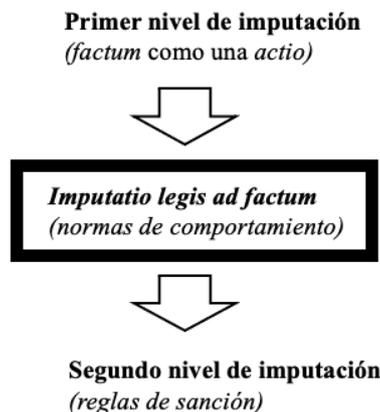
La actividad de «imputar» puede distinguirse de otra que ha sido tradicionalmente utilizada en el derecho y que consiste en «prescribir» conductas. El modelo de análisis que propone HRUSCHKA se funda precisamente en la distinción que existe entre imputar

²⁶⁴ HRUSCHKA, «Reglas de Comportamiento y Reglas de Imputación», p. 31; EL MISMO, *Strukturen der Zurechnung*, p. 30 y s..

²⁶⁵ HRUSCHKA, *Strukturen der Zurechnung*, pp. 9-13. El error de WELZEL fue haber interpretado mal lo que el filósofo BRENTANO había dicho 60 años antes. Precisamente, en su artículo de 1931 titulado «Causalidad y Acción», WELZEL recoge expresamente la idea de «intencionalidad» que había expuesto BRENTANO en 1874 para diferenciar entre fenómenos psicológicos y fenómenos físicos. El problema es que acaba confundiendo intencionalidad y finalidad. La primera se refiere a la relación que existe entre los estados mentales y su objeto, mientras que la segunda es la que fue empleada por WELZEL al definir erróneamente a la acción, pues con ésta se alude a la toma de postura de un sujeto sobre lo que considera valioso o disvalioso. Así, SILVA OLIVARES, «Dolo, Valoración y la Teoría Final de la Acción», en *Estudios en Homenaje a Luis Ortiz Quiroga*, Ed. Thomson Reuters, 2020, pp. 213-216. Con relación a la remisión de WELZEL al filósofo BRENTANO, véase WELZEL, «Causalidad y Acción», *Estudios de Derecho Penal*, Ed. BdeF, 2002, p.131, nota 23.

y prescribir. Cuando se prescribe una determinada clase de conducta, en un sentido estricto, se le está dirigiendo una orden a un sujeto para que realice (mandato) o no realice (prohibición) una determinada acción. Junto a esta clase de prescripciones también se establecen excepciones a las mismas, en las que se permite que la persona pueda realizar una acción prohibida, o bien, que no realice una acción mandada. Pero las normas no solo sirven al ciudadano para que éste dirija prospectivamente su conducta, sino que también pueden ser utilizadas retrospectivamente por el juzgador para evaluar la conducta de aquellos²⁶⁶. Por tanto, utilizando la lógica del lenguaje, HRUSCHKA distingue entre normas que pertenecen a la ley y reglas de imputación²⁶⁷:

(modelo Hruschka)



6.1 El primer nivel de imputación (*imputatio facti*)

Esta operación permite al juzgador que imputa considerar que el hecho que se pretende analizar no es un mero acontecimiento físico que puede ser explicado a través de una ley causal, como si se tratase de un hecho de la naturaleza, sino que aquello que el agente «ha hecho» solo puede ser explicado moralmente. Así, la actividad de un sujeto puede ser vista como acción (o una omisión, en el caso de inactividad) y no un mero suceso²⁶⁸.

²⁶⁶ HRUSCHKA, «Imputation», Brigham Young University Law Review, N° 669, 1986, pp. 680-682.

²⁶⁷ La distinción se remonta a finales del siglo XVIII, aunque también se mantiene en algunos sistemas, como el estadounidense, donde el objeto de discusión continúa siendo la distinción entre *conduct rules/decisión rules*, *wrongdoing/attribution*, o bien, *rules of conduct/principles of adjudication*.

²⁶⁸ HRUSCHKA, «Reglas de Comportamiento y Reglas de Imputación», p. 30.

El juicio de imputación de primer nivel consiste en la actividad de atribución en la que intervienen elementos descriptivos y adscriptivos. En este sentido, se seleccionan ciertos hechos existentes entre una multitud y se les aplica una ley que permite interpretar el movimiento (o no movimiento), en una situación determinada, como una acción (u omisión)²⁶⁹.

La identificación de estas dos dimensiones permite evitar contradicciones entre describir y adscribir una acción. Por ejemplo, no podría atribuirle a una persona que está «envenenando» a otro si lo describo como «poniendo azúcar». Tampoco puedo decir que «jugaba al ajedrez» si lo describo como «manipulando naipes»²⁷⁰. Esta visión es importante para esta investigación porque no podría atribuirle a una persona que «conocía» lo que estaba haciendo, si la describo como «durmiendo»; ni afirmar que tenía la «intención» de matar a otra persona, si la describo como «disparando al aire».

Esto se traduce en que un evento no podría ser imputado como acción de una persona en la medida que: 1º) se encuentre en una situación en la que le era físicamente imposible ejecutar la acción, supuesto en el que rige el principio *impossibilium nulla est imputatio*; 2º) se encontrase bajo la incidencia de una necesidad física o vis absoluta, siendo aplicable ahora el principio *necessarium nulla est imputatio*; y 3º) no haya tenido conocimiento de la situación, o de la alternativa que le resultaba posible, por aplicación del principio *ignorantium nulla est imputatio*²⁷¹.

6.2 La aplicación de la norma de comportamiento al hecho (*applicatio legis ad factum*)

Las normas de comportamiento no solo se dirigen a los ciudadanos para que prospectivamente orienten su conducta conforme a derecho, sino que también son utilizadas retrospectivamente por el juzgador, como baremo de medición del hecho realizado. En otras palabras, la misma norma que prospectivamente le prohíbe al sujeto

²⁶⁹ HRUSCHKA, «Imputation», p. 683.

²⁷⁰ HRUSCHKA, *Strukturen der Zurechnung*, p. 21.

²⁷¹ HRUSCHKA, «Reglas de Comportamiento y Reglas de Imputación», p. 33.

«no debes matar», sirve también retrospectivamente al juzgador para afirmar que «quien ha matado lo ha hecho antijurídicamente»; o bien, la norma que manda «debes prestar primeros auxilios» es utilizada para decir que «quien ha omitido prestar primeros auxilios ha actuado antijurídicamente»; o incluso, la norma que «autoriza a rechazar una agresión», permite al juzgador decir que el sujeto «no ha actuado antijurídicamente»²⁷².

La aplicación de la ley al hecho constituye un paso posterior a la imputación de primer nivel. La relación lógica que existe entre ambas categorías ha sido condensada en la expresión «debe implica puede», tradicionalmente atribuida a KANT, pese a ser mucho más antigua. Cuarenta años antes WOLFF ya había escrito que «quien aplica una ley a un hecho concreto juzga si el hecho corresponde a la ley o no» y, cierto tiempo atrás, PUFENDORF también había introducido en la jurisprudencia el concepto de imputación como una operación distinta a la de prescribir. Evidentemente KANT estaba de acuerdo con las ideas de WOLFF y PUFENDORF, y todos coincidían en la necesidad de separar el juicio por el cual un hecho podía ser considerado acción y el juicio a través del cual se aplicaba la ley a dicho hecho. Sin embargo, ambas operaciones se encuentran vinculadas a través de una relación de implicación lógica, en la medida en que, para poder aplicar una norma a una acción, es necesario que el hecho haya sido considerado previamente como acción²⁷³.

Cabe destacar que cuando se emplea «debe» en la expresión «debe implica puede», no se está refiriendo al deber general de una regla, sino al debería concreto que surge de la aplicación de una regla a una situación particular. No es la norma, sino la aplicación de la norma lo que implica «puede»²⁷⁴.

Además, también es necesario precisar que la fórmula «debe implica puede» puede ser entendida prospectiva y retrospectivamente. El propio sujeto, al encontrarse en un determinada condición y situación particular (capacidad), puede verse compelido a tener que cumplir con la norma (deber); pero también el juez, al constatar que la persona podía realizar la acción (capacidad), puede imputar responsabilidad por incumplir con ella

²⁷² HRUSCHKA, «Reglas de Comportamiento y Reglas de Imputación», pp. 28-29.

²⁷³ HRUSCHKA, «Imputation», pp. 672-675.

²⁷⁴ HRUSCHKA/BYRD, *Kant's Doctrine of Right: A Commentary*, Ed. Cambridge University, 2010, p. 295.

(deber). En otras palabras, la relación que existe entre capacidad y norma puede ser analizada hacia el futuro, desde el punto de vista del que se encuentra sometido a ella; pero también hacia el pasado, como cuando el juez la utiliza como baremo para poder valorar la conducta como antijurídica o no²⁷⁵.

Cuando KANT utiliza el adagio jurídico «*ultra posse nemo obligatur*» (Nadie está obligado más allá de su capacidad) y, principalmente, cuando SCHILLER reformula la expresión como «*Du kannst, denn du sollst!*» (¡puedes, ya que debes!), están considerando a la acción prospectivamente. En otras palabras, que una persona se encuentre en condiciones de poder cumplir con un deber no significa otra cosa que la capacidad de la persona es una condición necesaria para cumplir con la norma²⁷⁶.

Por otro lado, la expresión es considerada retrospectivamente, es decir hacia el pasado, cuando es empleada como baremo de medición por el juez. Este es el sentido que le había dado el mismo WOLFF. Así, las normas prescriptivas son aplicables para evaluar las omisiones; las normas prohibitivas, a las comisiones; y las normas permisivas, a los hechos justificados. Por tanto, si el «poder» es una condición necesaria para el «deber», entonces el «deber» es una condición suficiente para «poder»²⁷⁷.

6.3 El segundo nivel de imputación (*imputatio iuri*)

Por último, cabe hacer uso de **un segundo nivel de imputación al que se denomina *imputatio iuri***. Esta distinción fue expuesta por DARIÉS en su obra *Institutiones Jurisprudentialiae Universalis* y se refiere al juicio sobre el mérito o demérito del hecho. En esta categoría se analiza el grado de libertad con el que un sujeto habría actuado y tienen lugar, precisamente, después de haber aplicado las reglas de comportamiento. Este paso es lo que tradicionalmente se conoce como «juicio de culpabilidad» y coincide, en líneas generales, con la distinción de clases de juicios morales expuestos por KANT. En otras palabras, en esta etapa se considera si la persona tuvo un motivo para omitir la

²⁷⁵ HRUSCHKA, «Reglas de Comportamiento y Reglas de Imputación», p. 28.

²⁷⁶ HRUSCHKA, «Imputation», p. 676.

²⁷⁷ HRUSCHKA/BYRD, *Kant's Doctrine of Right: A Commentary*, pp. 295-297; EL MISMO, «Imputation», p. 675.

acción prohibida o para ejecutar la acción prescrita y, por otra parte, si no tuvo un contramotivo comprensible que le impidiera cumplir con su deber²⁷⁸.

A la distinción «*imputatio facti - imputatio iuris*» también se la denominó «*imputatio physica - imputatio moralis*»; pero solo la primera prosperó, pues dicho par conceptual parece dar cuenta de que no se trata de dos clases diferentes de imputación. Hablar de *imputatio facti* e *imputatio iuris*, permite explicarlos como dos estadios sucesivos de imputación, que aparecen antes y después de la crítica que recae sobre la acción en relación con las normas. Así lo afirmaba DARIES, crítico de WOLFF en este punto, «*notandum est, imputationem facti et imputationem iuris non esse diversas imputationis species*». En definitiva, no son dos clases de imputación distintas, sino que ambas son etapas que juntas constituyen la imputación plena²⁷⁹.

La imputación de segundo nivel no debe ser confundida con el juicio de confrontación del acto con la norma, sino que ésta se dirige directamente al sujeto que ha realizado el acto²⁸⁰. No se trata de un juicio donde se identifica el acto de disparar un arma como un hecho contrario a la norma que prohíbe el homicidio, sino que el reproche se le dirige al sujeto que ha matado y se consideran los motivos por el que ha realizado ese acto. Así, podría ocurrir que una persona realizara algo por encima de lo que la ley dice (acto supererogatorio), como cuando se socorre a una persona con riesgo propio, entonces la conducta podría ser tachada como «meritoria»; o que se haga algo en contra de lo que aquella indica (acto contrario al deber), como no socorrerla pese a que no exista riesgo personal, entonces la misma tendría el carácter de «demeritoria»; o bien, que la conducta se corresponda con lo que el sujeto debía hacer (conforme a deber), como sería cuando

²⁷⁸ HRUSCHKA, «Reglas de Comportamiento y Reglas de Imputación», p. 34. Así como los trabajos de WOLFF permitieron distinguir entre imputar y aplicar una ley al hecho, los aportes que DARIES presentó en su obra establecieron la diferenciación entre primer y segundo nivel de imputación. HRUSCHKA, «Imputation», p. 676 y s.

²⁷⁹ HRUSCHKA, *Strukturen der Zurechnung*, p. 35.

²⁸⁰ KINDHÄUSER y MAÑALICH recogen la distinción entre las normas de comportamiento, que solo le servirían al juzgador para declarar si un hecho es antijurídico o se encuentra justificado, y la clase de reglas que permitirían establecer un vínculo entre el sujeto y el hecho. KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, Ed. Vittorio Klostermann, 1989, pp. 29 ss; MAÑALICH, «Norma e Imputación», p. 174.

se rescata a otro sin tomar ningún riesgo, entonces la conducta no tendría «ningún efecto»²⁸¹.

A fines prácticos esto se traduce en que, a pesar de haber considerado un hecho como antijurídico, el autor podría ser exculpado en los siguientes supuestos: 1º) cuando desconoce la antijuridicidad de su comportamiento, es decir cuando la persona obra en error de prohibición o de prescripción, desconoce la regla de comportamiento y carece de motivos para obrar conforme a ella; y 2º) cuando actúa en una situación de necesidad se tiene un margen de libertad más restringido, debido a la situación apremiante en la que se encuentra y, por ello constituye un contramotivo de peso que lo determina a actuar de manera contraria a la norma²⁸².

Junto a estas dos etapas (o niveles) de la imputación, también existen dos clases (o formas) en la que un sujeto puede encontrarse vinculado con el hecho. Estas pueden ser ordinaria y extraordinaria. La primera ocurre cuando se dan las dos fases de imputación y la otra, cuando se le hace responsable pese a que existe una causa de exclusión de la imputación. Podría faltar la imputación de primer nivel cuando el sujeto se encuentra sometido a una *vis absoluta* o cuando desconoce las circunstancias del hecho; pero se lo hace responsable porque ha actuado con *mala fide*, es decir cuando ha provocado la situación de necesidad física, entonces hablamos de «*actio (omissio) libera in causa*», o cuando hubiera podido evitar su error, entonces nos referimos a la imprudencia. También podría fallar la imputación de segundo nivel cuando el sujeto se encuentra sometido a una situación de violencia psíquica o de desconocimiento del derecho; pero se lo responsabiliza porque ha provocado la situación en la que se ve amenazado o porque le «incumbía» conocer la norma²⁸³.

A diferencia del modelo anterior, que es acogido por la mayoría de la doctrina, en éste el dolo se ubica en una categoría previa a la consideración del tipo penal, pues aquí solo cumpliría con la función de explicar la acción. Para HRUSCHKA un movimiento corporal que se produce sin el conocimiento y el control de este no podría ser considerado una

²⁸¹ HRUSCHKA, «Imputation», pp. 677-680.

²⁸² HRUSCHKA, «Reglas de Comportamiento y Reglas de Imputación», p. 34 y s.

²⁸³ HRUSCHKA, «Reglas de Comportamiento y Reglas de Imputación», p. 35 y s.

acción²⁸⁴. Por otro lado, la imprudencia se presenta como un reproche subsidiario en relación con el dolo, que surge precisamente porque no nos conformamos de buenas a primera con una primera justificación o excusa y continuamos pidiéndole razones al sujeto, por ello podemos responsabilizarlo cuando haya podido evitar el error²⁸⁵.

7. LA NORMA DESDE UNA PERSPECTIVA ANALÍTICA.

7.1 Las premisas del modelo

En el fondo de este modelo se encuentra la Teoría Discursiva del Derecho. Los discursos pueden definirse como aquellos «procesos a través del cual las personas tienden a alcanzar reconocimiento intersubjetivo y consenso potencial de las personas argumentando las pretensiones que consideran válidas». En otras palabras, el modelo discursivo de Derecho Penal intenta reconstruir la teoría del delito como un diálogo (o situación ideal de diálogo) en el que cada interlocutor válido pueda participar y exponer sus argumentos²⁸⁶.

Cada eslabón de la teoría del delito es reinterpretada en clave dialógica, es decir que se reconstruye cada categoría de acuerdo con nuestras formas habituales de reprochar conductas. Este punto de partida supone abandonar las premisas ontológicas, psicológicas o antropológicas en las que asientan los modelos tradicionales y reconstruye el esquema

²⁸⁴ SANCHEZ OSTIZ, *Imputación y Teoría del delito*, p. 518-523. En relación a la función del dolo como capacidad física y de control, véase VALIENTE IVAÑEZ, «La doble dimensión del dolo como criterio de imputación», GÓMEZ MARTÍN *et Al.*, *Un modelo integral de Derecho penal: Libro Homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*, Ed. BOE, 2022, pp. 943-955.

²⁸⁵ SÁNCHEZ OSTIZ, *La libertad del Derecho Penal*, Ed. Atelier, 2014, p. 120 y s.; VALIENTE IVAÑEZ, «Imputación extraordinaria como modelo de adscripción de responsabilidad jurídico-penal. Ejemplo de la imprudencia», RECPC 22-22, 2020, p. 4.

²⁸⁶ VOGEL, «Legislación Penal y Ciencia del Derecho Penal (reflexiones sobre una doctrina teórico-discursiva de la legislación penal)», trad. Sánchez Lázaro, *RDCP*, 2003, p. 255-257. La teoría discursiva del derecho fue expuesta por HABERMAS en su obra *Facticidad y Validez*, aunque en realidad se trata de una verdadera filosofía jurídica. El autor ha evitado conscientemente este rótulo no solo por el encogimiento ante la obra de Hegel –según él, Hegel ha puesto su obra a unos niveles inalcanzables para nosotros–, sino también porque los juristas ya no tienen un lenguaje propio o distinto al de la sociología, la historia, la moral o, incluso a la filosofía.

de interpretación de conductas delictivas conforme a las estructuras normativo-comunicativos del actuar social²⁸⁷. En otras palabras, cada categoría de la teoría del delito intenta reflejar la normatividad presente en el lenguaje, adoptando la perspectiva del participante.

La racionalidad con la que los modelos anteriores pretenden construir cada categoría de la teoría del delito deja de ser entendida como una cuestión *a priori* y es reemplazada por una razón comunicativa. Como mencionaba en la introducción, cada categoría de la definición de delito no se extrae de una intuición intelectual, o una experiencia no empírica de lo que entendemos por delito, sino que la definición de delito se extrae de la forma en la que nuestra comprensión se articula en expresiones lingüísticas. En otras palabras, cada categoría es abordada como un acto de habla y, por esta misma razón, debemos prestar atención a lo que hacemos cuando hablamos de acción, tipicidad, antijuridicidad o culpabilidad. La teoría del delito es reconstruída como el discurso a través del cual solemos atribuir responsabilidad a otras personas.

Los manuales de derecho penal suelen comenzar definiendo el delito como una clase de acción. También el legislador tiende a concebirlo de este modo. Por ejemplo, en el art. 10 del Código Penal español, se define al delito como «las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley». Resulta ampliamente aceptado que para los penalistas el concepto de acción cumple con una función de enlace o de soporte del resto de los elementos de la teoría del delito²⁸⁸. No obstante, la persistente ambigüedad que afecta a dicho concepto obliga a los penalistas a tener que volver a discutir –con cierta frecuencia– qué significa «acción». El problema tampoco se resolvería mirando las definiciones que se dan en otras disciplinas, donde también se comparte el interés por la acción humana,

²⁸⁷ KINDHÄUSER, *Analytische Strafrechtswissenschaft*, T. 2, Ed. Nomos, 2021, pp. 690-698.

²⁸⁸ Desde comienzos del siglo XIX que autores hegelianos como BERNER construyen la definición de delito como un conjunto de adjetivos referidos al sustantivo acción. MEZGER, *Tratado de Derecho Penal*, vol. 1, p. 177. Por contraposición, MIR PUIG prefiere conceptualizar el delito desde la noción de lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, a la que se le añaden las características de ser típica, imputable a una conducta intersubjetivamente peligro ex ante, no justificada y personalmente prohibida a un sujeto penalmente responsable. MIR PUIG, *DPPG*, p. 188.

pues en ellas (como la ontología, la lógica, la filosofía del lenguaje, la filosofía de la ciencia, la ética o la filosofía del derecho) persiste la misma ambigüedad²⁸⁹.

Menos alentador es el panorama cuando caemos en la cuenta de que el uso de la palabra «acción» no es privativo de las personas. También utilizamos dicho concepto para referimos a la acción de los animales (la acción del toro causó la muerte del torero), de objetos inanimados (la acción del viento produjo la rotura del vidrio), las acciones mentales (la ira lo llevó a golpear a su enemigo), o incluso a la pretensión que se plantea en los tribunales (interpuso una acción contra el demandado), etc.

Pese a los problemas de indeterminación semántica que tiene la «acción», creo que es posible extraer dos precisiones conceptuales de la manera en que utilizamos dicha expresión para atribuir responsabilidad a otras personas:

1º) a veces hablamos sobre las acciones previstas en la norma y otras veces sobre las acciones realizadas por una persona, como cuando decimos que «la acción de disparar a otro equivale a matar» o que «María ha realizado la acción de matar a otro». En el primer caso interpretamos textos o enunciados sobre la acción; en cambio, en el segundo, la interpretamos determinados sucesos como acciones.

2º) por otro lado, cuando nos preguntan qué es lo que ha sucedido, solemos responder «describiendo» la acción de una persona; pero otras veces «adscribiendo» o haciendo responsable a una persona por lo que se dice o se hace. En estos casos distinguimos a las acciones por aquello que hacemos cuando empleamos dichas expresiones.

7.1.1 La distinción entre interpretar textos e interpretar conductas

²⁸⁹ NINO, *Introducción a la Filosofía de la Acción Humana*, p. 9. Lo interesante de este problema es que la imprecisión que sufren los penalistas es paralela a las elaboraciones filosóficas, como puede verse en los trabajos de NINO, *El Concurso en el Derecho Penal* y en *Los límites de la responsabilidad penal*; los de GONZÁLEZ LAGIER, *Acción y Norma en G.H. von Wright* y en *Las paradojas de la acción humana*; o en el artículo de ATIENZA, «Para una teoría general de la acción penal».

La primera premisa del modelo analítico consiste en distinguir entre la actividad de interpretar textos o enunciados que versan sobre acciones, y aquella a través de la cual atribuimos el sentido de acción a un determinado suceso. Si bien el verbo interpretar puede generar algunas dudas, ya que puede ser utilizado en muchas cosas heterogéneas, como por ejemplo, la actividad de interpretar textos, una ópera, una sinfonía, un mensaje, un sueño, etc., en el derecho solo interesa precisar el significado de textos y de sucesos. En otras palabras, nos preocupa conocer el significado que tienen algunas «palabras» utilizadas para atribuir responsabilidad y de ciertos «sucesos» a los que llamamos acciones. La filosofía del lenguaje no solo ha desarrollado un conjunto de herramientas destinadas al análisis de textos, sino también de acciones humanas.

Cuando interpretamos un hecho delictivo realizamos ambas actividades, aunque muchas veces sea de manera inadvertida. Con relación a los enunciados (o textos) que expresan acciones, solemos preguntarnos por el significado que tiene el verbo contenido en el texto normativo. En este sentido, la interpretación de enunciados puede realizarse de manera abstracta cuando utilizamos la estructura «T significa S». Por ejemplo, cuando se define a la acción «matar» como «quitarle la vida a otra persona», o «robar» como «sustraer un bien con violencia». También podemos precisar el significado de un texto de manera concreta cuando utilizamos la estructura «T constituye un caso de S», aludiendo a distintos supuestos en los que se podría individualizar el sentido del mismo. Por ejemplo, al decir que acciones como «envenenar», «apuñalar», «ahorcar», «disparar», etc. constituyen casos de «matar», estamos estableciendo que ambos enunciados tienen el mismo significado²⁹⁰.

Si bien la segunda actividad presupone a la primera y, aunque a veces parezcan indistinguibles, se tratan de dos actividades intelectuales que son lógicamente distintas. Una cosa es preguntarse, por ejemplo, «¿qué es abortar?» y responder que «consiste en

²⁹⁰ GUASTINI, *La sintaxis del Derecho*, Ed. Marcial Pons, 2016, p. 328; EL MISMO, «El escepticismo ante las reglas replanteado», *Discusiones* n° 11, 2012, pp. 27-31. Lo sigue CHIASSONI, *Técnicas de interpretación jurídica. Breviario para juristas*, trad. Luque Sánchez y Narváz Mora, 2011, Ed. Marcial Pons, pp. 55 ss. Esta distinción está presente de manera embrionaria en la obra de GIOVANNI TARELLO «*Diritto, enunciati, Usi*», publicada en el año 1974. Se la ha criticado porque en ocasiones ambas categorías se confunden. En defensa de la distinción entre interpretación en abstracto e interpretación en concreto, véase PAPAYANNIS, «¡Basta de vehículos en el parque!», pp. 147 y ss.

la pérdida de un feto antes de las 20 semanas de gestación»; pero otra es preguntarse si la descripción de una acción puede (o no) ser considerada un caso de la acción que aparece expresada en la norma. Así, por ejemplo, descripciones como «tocar zonas pudendas en el cuerpo de otra persona», «sustraer un objeto con violencia», «injuriar» o «insultar» no parecen ser casos de la acción de «abortar», estos es, que son descripciones de acciones que no tendrían el mismo significado. Incluso, aunque inesperadamente se produzca el resultado por la angustia que le generó el atraca a la mujer embarazada. Está claro que el resultado no es lo que define el significado de una acción. Tampoco sería claro el significado del enunciado de la acción en que «una mujer consume drogas durante el embarazo», aunque no se produzca el resultado.

Se suele pensar que el significado de las acciones se obtiene a través de un proceso de «descubrimiento» de su significado. Así, a la descripción de una acción como «maniatar a una persona y accederla carnalmente» se le suele dar el significado de «agredir sexualmente», al igual que la descripción de «drogar a una persona para accederla carnalmente». El argumento para afirmar que ambas descripciones tienen el mismo significado puede consistir en que ambas son supuestos en el que la víctima no consiente una relación sexual. Sin embargo, podría presentarse el caso en que «una persona se quitase el preservativo durante una relación sexual» (práctica conocida como *stealth*) y generar dudas sobre la calificación que debería tener. En realidad, la pregunta es si dicho enunciado tiene el mismo significado que «agresión sexual». Otras posturas más escépticas sostienen que el significado de los enunciados sobre la acción se obtiene a partir de «actos de decisión».

La discusión en torno a la clase de actos que llevamos a cabo cuando interpretamos un texto ha dado lugar a tres teorías diferentes, sintetizadas por HART del siguiente modo: 1º) la teoría del «noble sueño» interpretativo, según la cual detrás de cada término existe un significado que el intérprete puede descubrir, por ello su actividad se presenta sin espacios para la discrecionalidad; 2º) la teoría de la «pesadilla interpretativa» considera que toda interpretación es un acto de invención del intérprete, pues las palabras no tienen un significado propio, sino que dependen de cómo sean utilizadas; 3º) la teoría de la «vigilia» interpretativa es una postura ecléctica que distingue entre casos fáciles, en los

que el intérprete puede conocer su significado, y casos difíciles, en los que se atribuye su significado²⁹¹.

Una actividad diferente es la que tiene lugar cuando nos preguntamos por el significado que podría tener un determinado «suceso» localizable espacio-temporalmente (e irrepetible). Esta clase de operación utiliza reglas interpretativas distintas a las que se aplican para atribuir significado a un «enunciado» que versa sobre una acción. Ahora nos preguntamos si un evento o suceso puede distinguirse de los demás porque –en algún sentido– ha sido «hecho por alguien»²⁹².

Las reglas que se suelen utilizar para atribuir un significado a los «enunciados-acción» son distintas a las que se emplean para los «sucesos-acción». De hecho, como lo ha advertido MOSTERÍN, la acción entendida en el primer sentido acude a un silogismo teórico para su interpretación y se trata de una operación esencialmente lingüística; en cambio, en el segundo sentido, se echa mano a un silogismo de carácter práctico y el lenguaje pasa a tener una importancia notablemente menor²⁹³. También es clarificadora la confesión que VON WRIGHT hace en el comienzo de su obra *Explanation and Understanding* (1971):

«Me sentía en un principio atraído por los aspectos lógicos formales de los conceptos relativos a la acción. Era éste un campo poco

²⁹¹ HART, «American Jurisprudence through English Eye: The nightmare and the Nobel dream», *Georgia Law Review*, vol. 11, 1977, p. 969-989; MORESO, *Legal indeterminacy and Constitutional Interpretation*, Springer, 1998, pp. 131 ss; GUASTINI, «Rule-Scepticism Restated», en GREEN/LEITER, *Oxford Studies in Philosophy of Law*: vol. 1, Ed. Oxford University, 2011, p. 11; SARRABAYROUSE, «La crisis de la legalidad, la teoría de la legislación y el principio in dubio pro reo», en MONTIEL, *La Crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, Ed. Marcial Pons, 2012, p. 46-49.

²⁹² ORMEÑO KARZULOVIC, *Acciones, razones y agentes. Ensayos sobre teoría de la acción e imputabilidad jurídica y moral*, LOM ediciones, 2016, p. 19. Tradicionalmente, en derecho, asignar sentido a una conducta humana ha sido llamada «actividad de subsunción» o de «imputación», sin hacer mayores distinciones. Dicho de manera muy laxa, podemos decir que se trata de interpretar acciones. Sin embargo, autores como GUASTINI consideran que la actividad de interpretar solo se refiere a asignar significado a un texto normativo, sea en abstracto o en concreto, y que los sucesos o eventos no pueden ser interpretados. La «subsunción» no es interpretación. GUASTINI, *La Sintaxis del Derecho*, p. 328.

²⁹³ MOSTERÍN, «Introducción», en ANSCOMBE, *Intención*, trad. Stellino, Ed. Paidós, 1991, p. 18.

*cultivado anteriormente, pero cuya elucidación parecía imponerse si la lógica deóntica había de contar con una base firme. Mi interés se desplazó de la lógica de la acción a la explicación de la acción. El libro de Charles Taylor, *the Explanation of Behavior*, había llegado a producirme una honda impresión intelectual. Me hizo advertir cuán profundamente calan los problemas de la explicación en la problemática tradicional, no solo de la filosofía de la ciencia, sino de la filosofía en general. De modo que, finalmente, lo que comenzara siendo un estudio de la acción llegó a convertirse en una contribución a la venerable cuestión de cómo se relacionan las ciencias de la naturaleza con el estudio del hombre»²⁹⁴.*

Antes de caer en la cuenta de que existen –al menos– dos formas distintas para hablar de las acciones a las que el derecho se refiere, VON WRIGHT había escrito varias obras en las que procuraba desarrollar una lógica de normas (en realidad, era una lógica de proposiciones normativas, esto es, de enunciados sobre la existencia de normas). Así, en *Norm and Action* (1963), *Deontic Logic and the Theory of Conditions* (1968) o en *On the Logic and Ontology of Norms* (1969) había intentado resolver algunos problemas lingüísticos que se generaban en la interpretación del contenido de una norma²⁹⁵. A fin de cuentas, lo que una norma expresa como acción no deja de ser un enunciado, o una proposición, que versa sobre acciones. Y, como el mismo autor señalara, «*la esencia de las proposiciones es que se expresan en oraciones*»²⁹⁶.

Recién en su obra *Explanation and Understanding* (1971) el interés por la acción se desplazó hacia una dimensión práctica. Si los enunciados-acción debían ser «explicadas causalmente», describiendo movimientos corporales y resultados; los sucesos-acción solo

²⁹⁴ VON WRIGHT, *Explicación y Comprensión*, p. 13.

²⁹⁵ Uno de los problemas, por ejemplo, es si la acción contenida en la norma debe ser entendida como «hacer algo», en cuyo caso las normas debería ser leídas como «está prohibido/permitido/obligatorio hacer X»; o bien, si se refieren a un determinado «estado de cosas», entonces el contenido de las normas debería ser interpretado como «está prohibido/permitido/obligatorio procurar un estado de cosas». GONZÁLEZ LAGIER, *Acción y Norma en G.H. von Wright*, pp. 52-55.

²⁹⁶ VON WRIGHT, «Practical Inference», *The Philosophical Review*, vol. 72, 1963, p. 169. También en EL MISMO, *Norma y Acción*, pp. 53 y 87.

podían ser explicados «teleológicamente», teniendo las intenciones de un agente²⁹⁷. En síntesis, los problemas de interpretación de los «enunciados-acción» se refieren al significado que tendrían ciertas descripciones de movimientos y sus resultados; en cambio, la interpretación de los «sucesos-acción» a las explicaciones en las que se apela los hechos mentales.

Por ejemplo, si se registrasen todos los movimientos que realiza una persona es fácil dar cuenta de cuáles son eventos que nos suceden y cuáles algo que hacemos. Así, si dijere que «Juan se sirvió un café y se tropezó con la alfombra», estaríamos aludiendo a dos sucesos localizables espacio-temporalmente; pero solo el primero puede ser entendido como una acción. La diferencia entre lo que nos ocurre o sucede (sucesos) y aquello que hacemos (acción) se explica a partir del análisis de las intenciones²⁹⁸.

Desde mediados de siglo XX ha aparecido una abundante bibliografía sobre el tema. Entre las obras más importantes destinadas a explicar la acción desde un punto de vista práctico se puede citar *The Concept of Mind* (1949) de RYLE, quien rechazó el método introspectivo para el estudio de los fenómenos mentales, reemplazándolo por un análisis mucho más preciso del lenguaje ordinario a través del cual se designan disposiciones conductuales; *Philosophische Untersuchungen* (1953) de WITTGENSTEIN, en la que se señala que el significado de los estados mentales debía quedar reducido al uso que se hiciera de ellos; también la obra clásica de ANSCOMBE titulada *Intention* (1957), en la que rescató del olvido el silogismo práctico pensado por ARISTÓTELES como método para la explicación de acciones; el influyente artículo «Actions, Reasons and Causes» (1963) de DAVIDSON; el libro *Analytical Philosophy of Action* (1965) de DANTO, donde se introdujo la noción de acciones básicas; los importantísimos aportes de FEINBERG y muchos otros que dieron origen a lo que hoy llamamos «Filosofía de la Acción».

²⁹⁷ GONZÁLEZ LAGIER, *Acción y Norma en G.H. von Wright*, p. 53.

²⁹⁸ MOSTERÍN, «Introducción», en ANSCOMBE, *Intención*, p. 10; VON WRIGHT, *Explicación y Comprensión*, pp. 13, 125-132, 140 y 144.

(naturaleza de la acción)

«enunciados» sobre la acción
(análisis formal-causal)



- noble sueño (acto de descubrimiento)
- pesadilla (acto de decisión)
- vigilia (casos fáciles/difíciles)

acción como una clase de «sucesos»
(análisis práctico-teleológico)



- intenciones

7.1.2 La distinción entre descripción y adscripción de acciones

La segunda premisa se encuentra estrechamente vinculada con la anterior. Se trata de una tesis semántica sobre los «enunciados relativos a las acciones», es decir de aquello que hacemos cuando hablamos sobre las acciones de una persona, entre cuyos principales usos se encuentra el de describir lo que se hace y el de adscribir responsabilidad²⁹⁹.

Intuitivamente creemos contar con un criterio claro para poder distinguir entre aquello que hacemos (acciones) y lo que nos sucede o nos pasa (sucesos). En líneas muy generales, explicamos lo que hacemos porque suponemos que existe una cierta causalidad o iniciativa que surge de la misma persona, mientras que con relación a lo que nos pasa, seríamos meros receptores de algo que no hemos iniciado³⁰⁰.

Por ejemplo, podría decir que *«esta mañana me despertó el sonido de alguien practicando el violín. No obstante, dormité un rato más, pero luego me levanté, me lavé, me rasuré, me vestí y bajé las escaleras. También apagué, de paso, la luz del corredor. Finalmente me serví un poco de café, me tropecé con el borde de la alfombra del comedor y derramé el café cuando buscaba el periódico»*. Entre las cosas que «hice» se encuentra:

²⁹⁹ MAÑALICH, «El concepto de la acción y el lenguaje de la imputación», *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 34, 2012, pp. 667 y 670.

³⁰⁰ En el castellano esta distinción se confunde, pues se ha perdido la diferenciación que se realizaba en el latín entre los verbos *agere* y *facere*, o que incluso el francés conserva como *agir* y *faire*, pues se ha traspasado todo el contenido semántico del verbo *agere* al de «hacer». Solo permanece el sustantivo «acción», pero no tenemos un verbo para designar aquello que hacemos con nuestras conductas³⁰⁰. MOSTERÍN, *Lo mejor posible*, pp. 227-228.

levantarme, lavarme, rasurarme, bajar las escaleras y derramar mi café. Y las cosas que me sucedieron serían: ser despertado y tropezar con el borde de una alfombra. Quizás un caso límite sea el de dormir. O bien, podría también considerar que el tropezón fue deliberado, entonces debería incorporarlo a la lista de cosas «que hice», o podría haber apagado la luz al pegarme inadvertidamente con el interruptor y entonces tendría que colocar este último evento en la lista de cosas «que me ocurrieron»³⁰¹.

En otras palabras, decimos que «actuar» es llevar a cabo algo, cambiar –dentro de ciertos límites– el curso de las cosas y no ser pasivos a ellos. En este sentido, la acción también se concibe como una clase de evento, aunque distinto a los demás por el hecho de que una persona (agente) habría intervenido en el normal decurso de las cosas. Sin su interferencia la causalidad natural habría seguido camino distinto³⁰².

En general, los juristas y filósofos coinciden en que resulta necesario que ocurran determinados movimientos corporales (o no, en la caso de omisiones) y cambios en el mundo para poder hablar de acciones³⁰³. De manera más precisa pueden distinguirse cuatro variantes en las que la acción puede ser interpretada como tal: acción como creación, como contención, como conservación y como destrucción. El significado de la acción dependería de la relación que existe entre dos estados (o procesos): 1º) Si un estado no existe y tampoco existirá, la acción será creadora de dicho estado; 2º) si un estado no existe pero necesariamente existirá, acción será la que contenga o impida la creación de dicho estado; 3º) si un estado existe pero necesariamente desaparecerá, entonces la acción será conservadora del estado; y 4º) si un estado existe y continuará existiendo, la acción será la que intervenga para destruir dicho estado. Además, cuando explicamos por qué un determinado evento es una «acción» y no obra de la naturaleza, estamos indicando también que existe «algo más» aparte de los cambios ocurridos en el mundo físico, en el

³⁰¹ El ejemplo es tomado de DAVIDSON, «De la acción», en *Ensayos sobre acciones y sucesos*, p. 63.

³⁰² MOYA, *Filosofía de la Mente*, Ed. PUV, 2004, p. 189; MOSTERÍN, *Lo mejor posible*, p. 229.

³⁰³ En este sentido, acciones y omisiones pueden ser caracterizadas clases de acción en relación a un estado determinado. VON WRIGHT, *Norma y Acción*, pp. 59 y ss. Lo sigue, KINDHÄUSER, «Acerca del Concepto jurídico penal de Acción», trad. De la Vega Martinis, *Cuadernos de Derecho Penal*, 2012, p. 16.

sentido de que una persona ha procurado comunicar algo de sí mismo o, dicho de manera metafórica, ha «impreso su intimidad» a lo ocurrido³⁰⁴.

La opinión de los filósofos se divide en relación con la posibilidad de que las intenciones del agente resulten (o no) suficientes para poder individualizar un suceso como acción: 1º) para unos bastaría con describir los movimientos y los cambios producidos como el producto de una intención, entonces la individualización de acciones encontraría condiciones de correspondencia con el mundo (descriptivistas); y 2º) para otros no es posible hallar una total correspondencia con el mundo cuando hablamos de acciones, pues las intenciones dependen de ciertas reglas sociales destinadas a atribuir responsabilidad (adscriptivas)³⁰⁵.

El concepto natural de acción que sostuvo LISZT y BELING, fundadores del «sistema clásico del delito», se puede caracterizar como una posición descriptivista. Desde este punto de vista, una modificación de la naturaleza por el impulso de la voluntad parecía ser la exigencia mínima para hablar de acciones, incluso la provocación de vibraciones en el aire en el caso de las injurias³⁰⁶. Sin embargo, al no poder compaginar dicha definición con la omisión, VON LISZT se vio obligado a modificarla. Así, definió la acción como la «conducta voluntaria dirigida a una modificación del mundo exterior, sea mediante una causación o mediante la no evitación de una modificación del mundo exterior»³⁰⁷. De esta manera la voluntad podía ser «descrita» en correspondencia con lo que sucede en el mundo, incluso en la omisión donde podría comprobarse una contención

³⁰⁴ FIGUEROA RUBIO, «Reconocer y Explicar lo que hacemos. Una lectura de la agencia humana desde las observaciones de Ludwig Wittgenstein», en ORMEÑO KARZULOVIC (ed.), *Acciones, razones y agentes. Ensayos sobre teoría de la acción e imputabilidad jurídica y moral*, Ed. LOM, 2016, p. 158. Se utiliza la metáfora empleada por WITTGENSTEIN en el § 659 de sus *Investigaciones Filosóficas*, en la que dicho autor explica que «le abro mi intimidad cuando le digo que quería hacer».

³⁰⁵ Cfr. GONZÁLEZ LAGIER, «Buenas razones, malas intenciones», *Doxa*, nº 26, 2003, pp. 635-685; ARENA, «La identificación de la acción individual», *Analisi e Diritto*, 2008, pp. 204-207.

³⁰⁶ Esta definición extrema de la acción de injurias como la estimulación por medio de ondas sonoras de procesos fisiológicos en el sistema nervioso de la víctima se puede encontrar en las primeras ediciones del Libro de Estudio de VON LISZT, pero en las posteriores ya no se encuentra. VON BUBNOFF, *Die Entwicklung des strafrechtlichen Handlungsbegriffes von Feuerbach bis von Liszt unter besonderer Berücksichtigung des Hegelschule*, Ed. Carl Winter, pp. 134 y ss.

³⁰⁷ VON LISZT, *Tratado de Derecho Penal*, p. 285.

de los nervios motores. «*La voluntad domina aquí los nervios exactamente igual que en el movimiento corporal; y se opone a la innovación y concentración muscular*», decía BELING³⁰⁸. A raíz de esta caracterización, KINDHAÜSER relaciona el concepto de acción de la escuela clásica con el «mito del fantasma de la máquina», a través del cual RYLE criticaba la concepción cartesiana de la mente³⁰⁹.

El concepto de acción final que introdujo WELZEL supone un gran avance con respecto al concepto de acción causal. En su artículo «Causalidad e acción» (1931) señalaba que las acciones no pueden ser explicadas a través de la causalidad, sino que aquello que las distingue de los sucesos era la intencionalidad. Este autor acude al concepto de intencionalidad que BRENTANO había revitalizado de la escolástica en su célebre obra «*Psicología desde el punto de vista empírico*» (1874)³¹⁰, en la que afirma: «*todo fenómeno psíquico se caracteriza por lo que los escolásticos del Medievo llamaron el carácter intencional de la mente, o lo que nosotros llamaríamos la referencia a un contenido, la dirección hacia un objeto u objetividad inmanente. En la representación, lo que es representado; en un juicio, aquello que es aceptado o rechazado; en el amor, aquello que es amado; en el odio, lo que es odiado; en el apetito, lo que es apetecido, etc.*»³¹¹.

Lo curioso es que WELZEL haya criticado el carácter científico naturalista que LISZT y BELING le habían dado al concepto de acción acudiendo a un autor como BRENTANO, que precisamente defendía el método de las ciencias naturales para el estudio de los fenómenos psicológicos³¹². Al margen de ello, es mérito de WELZEL haber señalado que

³⁰⁸ BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, 1964 (traducción de la versión Alemana de 1906), Ed. Aalen, pp. 14-17.

³⁰⁹ KINDHAÜSER, «Acerca del concepto jurídico penal de acción», p. 12. La obra de Gilbert RYLE, *El concepto de lo mental*, Ed. Paidós, 2005, p. 33 y s., publicada en 1949, viene a criticar la concepción tradicional (cartesiana) de la mente, que parte del entendimiento de que existen leyes para explicar fenómenos mentales que resultan análogas a la mecánica, aunque no sean accesibles a la observación pública, por ello transforma el estudio de la mente en un fantasma cubierto por una máquina.

³¹⁰ WELZEL, «Causalidad y Acción», nota 23.

³¹¹ BRENTANO, *Psicología desde el punto de vista empírico*, trad. Sánchez-Migallón, Ed. Sígueme, 2020, pp. 114-115. Si bien en la versión alemana el texto dice *Inexistenz*, el traductor explica muy bien que no debe ser entendida como «inexistencia» o «no-existencia», sino como «existencia-en».

³¹² SILVA OLIVARES, «Dolo, Valoración y la Teoría Final de la acción», en ACEVEDO ET AL. (coord.), *La justicia como Legalidad. Estudios en Homenaje a Luis Ortiz Quiroga*, Thomson Reuters, 2020, nota 10.

la intencionalidad constituye un criterio determinante para explicar acciones y que la causalidad natural solo era útil para explicar sucesos. De hecho, muy recientemente BURKHARDT calificó a la teoría de la acción propuesta por WELZEL como una teoría muy cercana a las que posteriormente defendieron DAVIDSON y SEARLE³¹³.

El problema de WELZEL fue haber confundido el concepto «intencional» con el de «finalidad». La intencionalidad o el carácter intencional (no confundir con la intención) debe ser entendida como la propiedad que tienen algunos estados mentales para «dirigirse a» o ser «sobre (*aboutness*) algo» externo a ellos. Así, no solo tener una «intención», como la intención de ir al cine, es un tipo de estado intencional; sino también el tener una «creencia», como creer que lloverá; o tener un «deseo», como desear que llegue el verano; etc. No todos los estados mentales son intencionales, pues también puedo estar en un estado de ansiedad o nerviosismo y no saber de qué estoy ansioso o nervioso³¹⁴.

En cambio, la finalidad a la que WELZEL se refiere se encuentra vinculada con la teoría de los valores de HARTMANN, como él mismo reconoce en un artículo publicado en 1939³¹⁵. Desde este punto de vista, una acción final supone una toma de postura frente a un determinado estado de cosas, que se presenta como algo valioso o disvalioso para el sujeto, y que constituye en definitiva el objeto al que se dirige el ordenamiento jurídico³¹⁶.

En síntesis, una acción tendría el significado de ser valiosa o disvaliosa para el ordenamiento jurídico, independientemente al resultado producido, precisamente por la actitud que el sujeto habría adoptado³¹⁷. El problema fue haber limitado la explicación de la acción a los estados mentales conativos, sin incluir los doxásticos. Precisamente

Véase, BRENTANO, *Psicología desde el punto de vista empírico*, pp. 47 y ss.; EL MISMO, *Über die Zukunft der Philosophie*, Ed. Hodler, 1893, p.3.

³¹³ BURKHARDT, «Die Aufgabe des Strafrechts und die Legitimation von Strafe bei Welzel», en PAWLIK *et Al.*, *Lebendiges und Totes in der Verbrechenlehre Hans Welzels*, Ed. Mohr Siebeck, 2015, pp. 22 y ss.

³¹⁴ SEARLE, , *Creando el mundo Social: La estructura de la civilización humana*, Ed. Paidós, 2017, p. 47 y s.; MOYA, *Filosofía de la Mente*, p. 18; FORERO-MORA, «Intencionalidad e intención», *Enciclopedia de la Sociedad Española de Filosofía analítica*, 2018.

³¹⁵ WELZEL, «Estudios sobre el Sistema de Derecho Penal», nota 13.

³¹⁶ WELZEL, «Estudios sobre el Sistema de Derecho Penal», p. 31.

³¹⁷ WELZEL, «Estudios sobre el Sistema de Derecho Penal», pp. 29-31.

WELZEL empleaba el término «*Strebungen*», que podría traducirse como «aspiraciones» o «pretensiones»³¹⁸.

A pesar de haber sido abandonado³¹⁹, el concepto de acción final constituyó un avance significativo en la explicación de la acción. Las críticas que se le formularon por no haber podido explicar la acción en los delitos imprudentes y de omisión³²⁰ solo constituyen una exteriorización del problema de fondo. ROXIN/Greco lo apuntan bien cuando le critican que la finalidad, al ser considerada dentro el tipo penal, constituye en rigor un criterio valorativo que dependería de lo que haya establecido el legislador³²¹. En el modelo analítico, esto se traduce en que el significado de las acciones depende de la «descripción» de la acción realizada y no de la finalidad del sujeto, lo que solo sería importante para «explicar» el suceso como acción y poder imputarle lo ocurrido a una persona. Por tanto, la «explicación» de la acción depende en buena medida de lo que hayamos «descrito» anteriormente³²².

El modelo analítico parte de entender que para interpretar un suceso como acción es necesario atender a las intenciones del agente. La discusión pasa por definir si lo que hacemos es «describir» lo que realiza una persona o si, en realidad, estamos «adscribiendo» responsabilidad. Por ejemplo, cuando la maestra pregunta a sus alumnos «¿quién ha roto el cristal?» y uno de ellos responde «Juan ha roto el cristal» no parece que solo esté describiendo lo que hizo Juan, sino que también lo está haciendo responsable por la forma en la que se modificó el mundo³²³.

³¹⁸ SILVA OLIVARES, «Dolo, Valoración y la Teoría Final de la acción», p. 215.

³¹⁹ Afirma SCHMIDHÄUSER, «Was ist aus der finalen Handlungslehre geworden?», *JZ*, 1986, p. 116, que ha bastado una década y media desde los últimos trabajos sistemáticos de Welzel y Maurach para que el concepto final de acción haya quedado en desuso. Hoy no tenemos una definición de acción final con contornos claros como la habían definido los autores originalmente, sino variaciones de la misma.

³²⁰ Véase, ROXIN, «Contribución a la crítica de la teoría final de la acción», en EL MISMO, *Problemas básicos del Derecho Penal*, trad. Luzón Peña, Ed. Reus, 1976, pp. 84 ss.

³²¹ ROXIN/GRECO, *AT*, § 8 nm. 25.

³²² WHITE, «Introducción», en *La Filosofía de la Acción*, Ed. FCE, 1976, p. 24.

³²³ GONZÁLEZ LAGIER, *Acción y Norma en G.H. von Wright*, pp. 523-525.

La posición que podría ser llamada «descriptivista» considera que la identificación de las acciones depende de la concurrencia de un conjunto de condiciones necesarias y suficientes, entre las que se encontraría el movimiento corporal y los cambios producidos en el mundo. La otra posición, llamada «adscriptivista», sostiene que no existen condiciones necesarias y suficientes de correspondencia, sino que la identificación de acciones depende de ciertas reglas sociales según las cuales atribuimos responsabilidad³²⁴.

En su célebre artículo «The Adscription of Responsibility of Rights», HART propuso la tesis de que las oraciones referidas a la acción son utilizadas siempre para adscribir responsabilidad. En este sentido, decía lo siguiente:

«En nuestro lenguaje ordinario hay oraciones cuya función principal no es describir cosas, sucesos, personas o algo distinto, ni expresar o despertar sentimientos o emociones, sino hacer cosas como reclamar derechos ("esto es mío"), reconocer derechos reclamados por otros ("de acuerdo, esto es tuyo"), adscribir derechos, reclamados o no ("esto es suyo"), atribuir derechos ("ahora esto es tuyo"), y también admitir, atribuir o hacer acusaciones de responsabilidad ("yo lo hice", "él lo hizo", "tú lo hiciste"). Mi principal propósito en este artículo es sugerir que el análisis filosófico del concepto de acción humana ha sido inadecuado y confuso, debido, al menos en parte, a que las oraciones de la forma "él lo hizo" han sido consideradas tradicionalmente como descriptivas, mientras que su principal función es la que me atrevo a llamar adscriptiva: siendo literalmente adscribir responsabilidad por las acciones, de la misma manera que la principal función de las frases con la forma "esto es suyo" consiste en adscribir un derecho de propiedad»³²⁵.

³²⁴ ARENA, «La identificación de la acción individual», pp. 206-207.

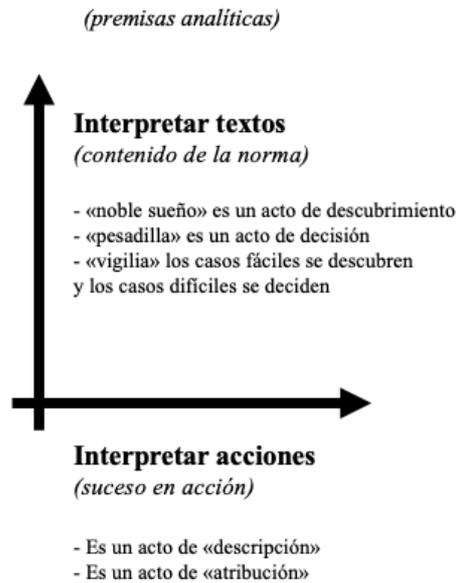
³²⁵ HART, «The Adscription of Responsibility and Rights», *Proceedings of the Aristotelian Society*, 1948, p. 145.

La tesis de HART puede ser considerada extrema, puesto que según cada vez que nos referimos a lo que una persona hizo estamos adscribiéndole un suceso. Sin embargo, esta perspectiva fue criticada por varios autores, principalmente por GEACH y PITCHER, hasta el punto en que el mismo HART se vio obligado a abandonar explícitamente sus postulados años más tarde³²⁶. PITCHER aseguraba que existen casos en los que se puede hablar de lo que la persona hizo sin atribuir responsabilidad, por ello sería posible distinguir entre describir acciones y atribuir responsabilidad. Hay verbos con los que se puede describir neutralmente la acción y otros con los que se hace responsable al sujeto. Por ejemplo, no es lo mismo afirmar que una persona «dijo algo que es falso» a decir que la persona «mintió»; o que «causó una muerte» a decir que «mató»; o que «tomó algo ajeno» a que «robó». En definitiva, PITCHER le recrimina a HART que no siempre que nos referimos a lo que una persona hizo supone una adscripción de responsabilidad³²⁷.

Las consecuencias prácticas que se extraen de la discusión entre descriptivistas y adscriptivistas se manifiesta en los criterios con los que se puede identificar una acción como verdadera. De acuerdo con la primera posición, bastaría con constatar o verificar que una persona realizó un determinado movimiento con su cuerpo y ocasionó un resultado para afirmar que ha realizado una acción. Por el contrario, el juicio que emiten los «adscriptivistas» se presenta siempre como derrotable o abierto. En este sentido, aun cuando sean constatables ciertos movimientos corporales y modificaciones en el mundo, siempre es posible formular excepciones a ellos. Por ejemplo, podría decir que «Juan golpeó a María»; pero esta adscripción podría ser impugnada con una negación rotunda, como cuando se dice «no fue Juan, sino Pedro», o bien, alegando excusas, como cuando se dice «lo hice accidentalmente», «inadvertidamente», «por error porque pensé que era otra persona», etc.

³²⁶ HART, *Punishment and Responsibility*, Ed. Oxford University, 1973, ix.

³²⁷ PITCHER, «Hart on Action and Responsibility», *Philosophical Review*, nº 69, 2, 1960, pp. 228-231.



7.2 Descripción de acciones contrarias a la norma

La identificación de qué es lo que un sujeto ha hecho exhibe prioridad lógica en el juicio con el que habitualmente atribuimos responsabilidad penal a otra persona. Antes de preguntarnos por el criterio que utilizamos para castigar (o no) a una persona, es necesario dejar en claro qué es lo que ha hecho. Esta etapa en el análisis del hecho punible consiste en la determinación del «objeto de la imputación» y se distingue de los «fundamento de la imputación» que trataré enseguida. Los mismos se corresponden con la relación funcional tradicional que existe entre norma de comportamiento y de sanción³²⁸.

³²⁸ Ya hemos visto los distintos significados que podría darse a las normas si se denominaran primaria y secundaria, y por ello es preferible referirse a norma de comportamiento y norma de sanción. Sin pretensión de exhaustividad, esta distinción es asumida por MIR PUIG, *DPPG*, pp. 86 ss.; MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, pp. 614 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, pp. 505 ss., 589 ss.; LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal Parte General*, T. I, 1996, p. 144; COBO/VIVES, *Derecho Penal Parte General*, 5ª ed., pp. 42 ss.; ROXIN, *AT* § 7 nota 5. Sin embargo, solo algunos distinguen entre objeto y fundamento de la imputación. Así, entre otros, KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, pp. 29 y ss.; VOGEL, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Ed. Duncker & Humblot, 1993, pp. 27 y ss.; SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación y Teoría del delito*, p. 32; MAÑALICH, «Norma e Imputación», pp. 174 y ss.; HASS, «La doctrina penal de la imputación», *Indret* n° 1, 2016, pp. 19 y ss.; VALIENTE IVAÑEZ, «La imputación extraordinaria como modelo de adscripción de responsabilidad jurídico-penal. El ejemplo de la imprudencia», *RECPC*, n° 22, 2020, pp. 10 y ss.

La clase de problemas que se pueden presentar al analizar formalmente a la acción radica principalmente en que podemos utilizar distintos «enunciados» para referirnos a la misma clase de acción. Por ejemplo, podríamos describir la acción de un sujeto como «sacar a alguien del agua», o bien como «salvar a una persona»; pero diferirían en que solo el primer enunciado tendría un significado neutral, en tanto que el segundo uno loable. Así, no habría una sola descripción posible, sino que podrían existir varias igualmente verdaderas; pero también otras que sean falsas. Es importante detenerse en estos problemas, puesto que aquello posteriormente sea imputado a una persona depende de la descripción de la acción, esto es, el significado de la acción³²⁹.

Por ejemplo, algunos de los problemas que podrían presentarse son: que dos enunciados sean parecidos por compartir algunas características, pero no otras; que una descripción se limite a ciertos rasgos de la acción dejando otros de lado; que se describa lo que una persona hizo, a pesar de que la misma quería realizar otra cosa; etc.³³⁰

Con relación al primer caso podrían señalarse los enunciados que recaen sobre las acciones de robo y hurto, o los que se refieren a delitos tentados y consumados, donde las descripciones compartirían muchos rasgos comunes. En efecto, incluso la doctrina más tradicional ha llegado a sostener que la descripción de una acción en delito tentado y consumado tienen el mismo significado en relación con una misma norma de comportamiento. El enunciado «poner en peligro la vida de otra persona» equivaldría semánticamente a «causar una muerte», pues si se prescinde del resultado, ambas descripciones sería idénticas. Ambos enunciados compartirían las mismas características de causalidad y riesgo de resultado³³¹. Supuestos del segundo problema se presentan

³²⁹ WHITE, «Introducción», p. 23. Este punto de vista es próximo al positivismo de KELSEN, según el cual al jurista no debería interesarle indagar acerca de la justicia o injusticia de una norma o una institución jurídica, sino que los únicos juicios de valor jurídico que deben ser tenidos en cuenta por el derecho tienen carácter objetivo: la acción será incorrecta cuando sea contraria a la norma y correcta cuando no lo sea. Dicho de otro modo, el jurista no debería indagar si una acción es justa o no, sino que solo debe ocuparse de determinar si la descripción de la misma tiene un significado equivalente al expresado en la norma. Cfr. KELSEN, *Teoría general de las normas*, Ed. trillas, 2007, p.135 y 169; EL MISMO, «Norm and Value», *California Law Review*, vol.54, 1966, pp.1624-1629.

³³⁰ WHITE, «Introducción», pp. 19-23.

³³¹ FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, Ed. C.F. Müller, 1988, pp. 71 y ss, y p. 516. Años antes, en EL MISMO, *Vorsatz und Risiko*, pp. 57 y ss.

cuando se describe una acción como «dar un empujón a una persona», o bien «empujarlo contra un escalón», o incluso «empujarlo contra un escalón y provocar su muerte». Es evidente que considerar o descartar algunos aspectos en la descripción de la acción harán variar el significado de la acción. Y con relación al último supuesto pueden considerarse los problemas de la imprudencia. Responder a estos y otros problemas que se pueden presentar al determinar el objeto de la imputación supondría redactar un manual de Derecho Penal. Me limitaré a algunos aspectos generales del mismo.

7.2.1 Es un enunciado que describe acciones

La ontología de aquello que consideramos objeto de la imputación consiste en un «enunciado lingüístico» que versa sobre la acción realizada por un sujeto. La naturaleza de la acción a la que ahora nos referimos es diferente a la consideración de las acciones como una clase de sucesos. En otras palabras, si partimos de la distinción que existiría entre interpretar textos y conductas, la antinormatividad no es más que un enunciado emitido por un juez, a través del cual se expresa que lo ocurrido posee el mismo significado que la acción prescrita por la norma. Cabe aclarar que, si bien el significado de un «enunciado-acción» depende del «suceso-acción», es preciso determinar antes si lo realizado se encuentra dentro del campo semántico de la norma de comportamiento, para finalmente preguntarse si aquello también puede ser imputado a un sujeto³³². En resumen, si la norma es un texto, entonces la antinormatividad también lo es. Si la misma establece «el texto legislativo significa X», entonces la determinación del objeto de la imputación debería establecer que «lo ocurrido es un caso de X».

La descripción de enunciados sobre la acción no es una tarea sencilla. DAVIDSON reconocía que era necesaria cierta «astucia» al momento de describir determinados movimientos corporales junto a sus efectos para poder referirse a ellos como acciones de

³³² En un sentido muy próximo, BELING reconocía en su obra *Die Lehre von Tatbestand* (1930) que los conceptos «Tatbestand» y «Deliktypus» no eran idénticos, aunque sí estaban relacionados y no se excluían mutuamente. No debe confundirse la representación conceptual con su realización exterior. Es cierto que el cuadro representativo de una figura se extrae de hechos reales, pero una vez abstraído se independiza lógicamente de tal modo que no sólo es algo distinto de los hechos en él subsumibles, sino que conserva su contenido aun cuando se declare inexistente el hecho. Cfr. BELING, *La doctrina del delito-tipo*, trad. Soler, Ed. Librería El Foro, 2002, pp. 276-277.

una determinada clase³³³. En este sentido, sería semánticamente incorrecto describir una determinada acción como «Pedro sustrajo dinero a Juan» y afirmar que se trata de una acción que pertenece a las de «matar a otro», incluso en el caso de que Juan muriese repentinamente de un infarto³³⁴.

Otro problema que podría suscitarse en la descripción de acciones es el de intentar describir cada movimiento realizado, incluso aquellos irrelevantes, lo que acabaría siendo muy poco práctico para atribuirle un significado. Así, cuando se describe que «el sujeto apuntó con un arma, tomó aire, movió el pulgar, jaló el gatillo, hizo impactar la bala en un cuerpo humano y acabó con su vida», muchos movimientos descritos no tendrían importancia para decidir si la acción una persona constituye una clase de acción similar a las de «matar a otro». Bastaría con afirmar que se «ha disparado un arma contra una persona y ha ocurrido su muerte» para tener por satisfecha la descripción de «matar a otro».

En síntesis, la antinormatividad de una conducta no existiría *per se*, sino que depende de la descripción que un juez realice acerca de la acción realizada y de que la misma reúna las propiedades semánticas de la acción expresada por la norma³³⁵. Esta distinción resulta crucial para la ubicación del dolo, pues si la atribución de los estados mentales es lo que permite explicar por qué un suceso (y no un enunciado) puede ser considerado como acción humana, entonces la consideración de los estados mentales (dolo) es innecesario para referirse a una determinada clase de acción. El dolo no forma parte del contenido del objeto de la imputación.

³³³ DAVIDSON, «De la acción», en *Ensayos sobre acciones y sucesos*, Ed. UNAM, 1995, p. 73.

³³⁴ Cfr. HRUSCHKA, *Strukturen der Zurechnung*, p. 21. Incurriría en una contradicción si intentara describir una acción como «repartir cartas» y luego atribuirle a la persona «estar jugando al ajedrez», o si describiese la conducta como «poner azúcar al té» y atribuir «estar envenenando a otro».

³³⁵ Cfr. VOGEL, *Norm und Pflicht*, p. 121. En un sentido contrario, PAREDES CASTAÑÓN, «Metodología para la imputación del injusto penal», en *LH Corcoy Bidasolo*, 2022, p. 805 y s., considera que la operación a través de la cual el juez atribuye a la acción enjuiciada una cierta propiedad semántica es una «imputación» con bases descriptivas y que se trata de enunciados predicativos susceptibles de verdad o falsedad porque hacen referencia a un estados de cosas. En el modelo teórico de esta investigación la descripción de acciones no hace referencia a un evento, sino a una descripción prevista en la ley; por ello no puede ser considerada estrictamente una operación de imputación, pues la determinación del significado de la conducta aún no es la atribución de un hecho a un sujeto determinado.

7.2.2 Establecido *ex post* por el juez

A diferencia de las etapas identificadas por HRUSCHKA para el análisis del hecho punible, el modelo analítico comienza por la «*applicatio legis ad factum*», es decir por verificar si la acción que describe el juez tiene el mismo significado que la acción contenida en la norma de comportamiento. En otras palabras, el juicio de antinormatividad coincidiría con el juicio retrospectivo que realiza el juez utilizando las normas de comportamiento en su dimensión *ex post facto*, es decir como pauta o baremo para determinar si la conducta realizada por el agente guarda (o no) correspondencia con el modelo de comportamiento expresado por ellas³³⁶. Así, en el caso de una norma de prohibición, se comprueba si el comportamiento ejecutado ejemplifica la clase de acción prohibida; o bien, en el caso de una norma de requerimiento (o mandato), si el sujeto no ha ejecutado un comportamiento determinado³³⁷.

Así, la norma de comportamiento puede ser entendida como un «arquetipo semántico» para la formulación del juicio de antinormatividad. La norma tiene el mismo contenido tanto para el destinatario como para el juez, en la medida en que orienta prospectivamente la conducta de los primeros y permite evaluar los hechos a los segundos.

En contenido semántico de una norma no dependería solo de «lo que se dice», sino también del modo en el que «se emplean» dichos enunciados. Como advertía el filósofo AUSTIN, cuando decimos algo también estamos haciendo algo³³⁸. De esta manera, si un

³³⁶ HRUSCHKA, «Reglas de Comportamiento y Reglas de Imputación», p. 28 y s. El enfoque analítico se aparta del modelo de HRUSCHKA, en el que la *imputatio facti* antecede a la *applicatio legis ad factum*. Si bien en dicho análisis el primer nivel de imputación tenía un carácter provisional, parece evidente que primero debe identificarse el objeto sobre el cual se examinarán si el hecho puede ser considerado o no una acción. Dado que la descripción de una acción puede hacerse en varias direcciones, parece útil que dejar en claro cuáles son las propiedades que habrá de exigir la eventual imputación. KINDHÄUSER, «Zur Logik der Zurechnung. Anmerkungen zum Straftatmodell Joachim Hruschka», en JOERDEN/SCHUHR, *Strafrecht und Rechtsphilosophie. Zugleich Gedächtnisschrift für Joachim Hruschka*, Ed. Duncker & Humblot, 2019, p. 386.

³³⁷ MAÑALICH, *Norma, Causalidad y Acción*, Ed. Marcial Pons, 2014, pp. 27 ss.

³³⁸ Cuando se dice algo no solo realizamos un «acto locucionario», esto es, algo equivalente a expresar una oración con sentido y referencia; sino que también realizamos un «acto ilocucionario», como es el hecho

enunciado normativo es también un acto del habla, entonces podemos advertir que tiene una «dimensión locutiva» compuesta exclusivamente por un operador deóntico y un contenido proposicional. Además, la «dimensión ilocutiva» se referiría a los actos que se llevan a cabo con dichos elementos. Así, las normas se pueden utilizar para «prescribir» determinadas conductas y también para «evaluarlas»³³⁹. La dimensión locutiva no varía por las funciones que cumplirían, de manera que resulta erróneo incorporar los estados mentales de un sujeto para evaluar si la conducta es contraria a la norma.

Al no tomar en consideración las capacidades ni los conocimientos del destinatario de la norma en el juicio *ex post*, estos enunciados (aunque versen sobre una acción) se los considera «juicios objetivos»³⁴⁰. Solo cuando se considere a la acción como una clase de suceso, como se refería DAVIDSON, tendrá sentido acudir a aspectos subjetivos. Explicar (no describir) una acción supone considerar que la causalidad de un suceso localizable espacio temporalmente responde a las intenciones de un agente³⁴¹.

En este sentido, el modelo analítico se presenta como una propuesta diametralmente opuesta al modelo de análisis finalista que emplea la doctrina dominante. Así, si para WELZEL y KAUFMANN el dolo debía formar parte del contenido de la norma de comportamiento y el resultado un presupuesto de la norma de sanción, en el modelo

de estar informando, ordenando, advirtiendo o comprometiéndonos, es decir lo que convencionalmente significa; y además realizamos «actos perlocucionarios» o lo que producimos o logramos porque decimos algo, como cuando convencemos, persuadimos, disuadimos, sorprendemos o confundimos a los demás. Así, en AUSTIN, *Cómo hacer cosas con las palabras*, 3º ed., Ed. Paidós, 2017, p. 155.

³³⁹ Cfr. VOGEL, *Norm und Pflicht*, pp. 34-37; KINDHÄUSER, *Analytische Strafrechtswissenschaft*, T. 2º, p.743.

³⁴⁰ MAÑALICH, «Norma e imputación como categorías del hecho punible», p. 176. Que el juicio tenga carácter objetivo no quiere decir que no presuponga ciertas valoraciones, pues, como KELSEN señalara en sus trabajos, el concepto de «bien» solo puede ser entendido como «lo debido» o lo que se corresponde con una norma. Los juicios axiológicos que deben importarle al derecho son los enunciados que versan sobre la correspondencia o no de la conducta de un sujeto con aquello que ha sido prescripto por la norma. La clase de juicios que versan sobre la justicia o injusticia de una norma son juicios subjetivos que, aunque tengan pretensiones de objetividad, no pueden ser verificados. Así, en KELSEN, *Teoría Pura del Derecho*, p. 30; EL MISMO, *Teoría general de las normas*, Ed. trillas, 2007, pp.135 y 169; EL MISMO, «Norm and Value», *California Law Review*, vol.54, 1966, pp.1624-1629.

³⁴¹ DAVIDSON, «De la acción», p. 76 y s.

analítico el resultado es esencial para describir la clase de acción prevista en la norma de comportamiento y el dolo para explicar por qué esa acción debe ser sancionada (fundamento de la norma de sanción).

Para KAUFMANN la norma de comportamiento solo podía generar efectos si el autor contaba con la capacidad para actuar y tenía conocimiento de la situación típica³⁴². En cambio, el modelo analítico rehúye de esta conclusión invocando un argumento que proviene de la lógica del lenguaje: una norma no puede indicar por sí misma en qué condiciones un agente resulta obligado por ella. Esto se conoce como «prohibición de autorreferencia»³⁴³. Si no se distinguieran ambos problemas, a la pregunta de «¿qué es lo que ha hecho una persona?» habría que responder que «ha infringido intencionalmente una norma»; y luego, al preguntar «¿y por qué razón la tenemos que castigar?», tendríamos que responder –de manera circular– «porque tenía una intención contraria a la norma». Un estándar general de comportamiento no puede referirse también a la posibilidad que un agente tenía para cumplir con ella.

³⁴² KAUFMANN, ARMIN, *Teoría de las normas*, trad. Bacigalupo, Ed. Depalma, 1977, p. 193, considera que la contrariedad a deber es una contrariedad final, esto es, la realización final del objeto de la prohibición, y ello corresponde ante todo al tipo objetivo de delito.

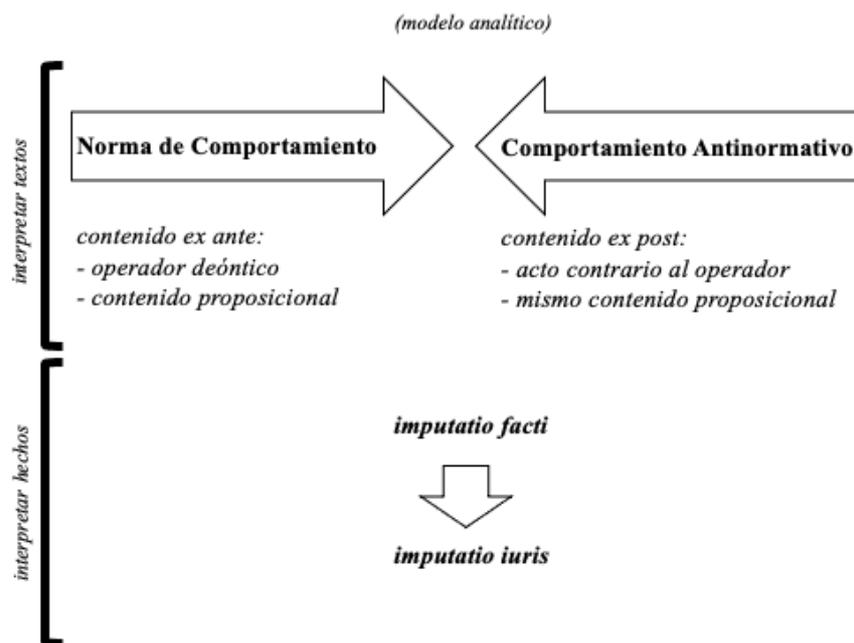
³⁴³ Con argumentos similares, distintos autores distinguen entre ambas clases de preguntas. Por ejemplo, diferencia entre aquello que «es debido» y a «cuánto» se encuentra vinculado el agente, KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, pp. 29 y ss., 58, 132 y ss.; la determinación de «cómo se comportó» es establecida por una norma y las «condiciones por las que resulta obligado», pertenecerían a una meta-norma como lo es la norma de sanción, así VOGEL, *Norm und Pflicht*, p. 43; distingue entre «instituír» una norma e indicar las «condiciones» en que se la lesiona, PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers. Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenlehre*, Ed. Mohr Siebeck, 2012, p. 255; entre «norma quebrantada» y «condiciones de eventual responsabilidad», MAÑALICH, «Norma e imputación como categorías del hecho punible», p. 174. Por otro lado, HART no ve ningún inconveniente lógico en que exista una norma que se refiera a sí misma, aludiendo a la argumentación sobre la «serie interminable de sanciones» que proponía KELSEN. De hecho existen muchas normas autorreferidas, pues es factible que una norma establezca que, en caso de que se incumpla (n), esta puede autorizar su castigo (n+1) y, si esta no se aplica, entonces otra norma autorizará su castigo (n+2) y así sucesivamente hasta el infinito. En su argumentación no encuentra ningún inconveniente lógico o lingüístico en que que así sea, pero considera que el mero hecho de castigar por incumplimiento de una norma es una idea incompleta. Es necesario que exista una norma que pueda exigir un comportamiento distinto del castigo. Así, HART, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Ed. Clarendon, 1983, p. 173.

Otro argumento que podría esgrimirse para excluir los elementos subjetivos en el análisis de la norma de comportamiento consiste en no dejar a disposición del acusado las condiciones de la imputación. Si así fuese, no solo habría que negar que un conductor «ha matado» a un peatón por el solo hecho de no haberlo visto, sino que incluso, visto de manera inversa, habría que aceptar que el conductor puede decidir si atropella a un peatón con dolo eventual o con imprudencia consciente. Ambas soluciones deben parecernos igualmente absurdas. A este argumento se refería WITTGENSTEIN en sus *Investigaciones Filosóficas* cuando afirmaba que «no se puede seguir privadamente una regla, porque de lo contrario creer seguir la regla sería lo mismo que seguir la regla³⁴⁴». En otras palabras, que el sujeto crea (o no) estar cumpliendo con lo que dicta la regla es una cuestión independiente de si efectivamente la está (o no) cumpliendo. La «perspectiva del destinatario» no puede modificar el contenido de una norma, pues las capacidades y los conocimientos de un agente solo importan cuando se pregunta si se ha podido (o no) cumplir con lo que ella exige y no al interrogante de si efectivamente la infringió (o no)³⁴⁵.

En síntesis, el juicio sobre la antinormatividad de una acción constituye un «enunciado lingüístico» que se caracteriza porque ha sido emitido *ex post facto* por un juez, tomando como referencia la «dimensión locutiva» de la norma: el contenido proposicional y el operador deóntico. En este sentido, se limita a declarar —según la clase de operador deóntico que se haya utilizado— que la clase de comportamiento realizado tiene el mismo contenido proposicional que la norma de prohibición, o bien, que el comportamiento no realizado tiene el mismo contenido proposicional que la norma de mandato.

³⁴⁴ WITTGENSTEIN, *Investigaciones Filosóficas*, Ed. Altaya, 1999, § 202.

³⁴⁵ MAÑALICH, «Norma e imputación como categorías del hecho punible», p. 174.



7.2.3 Es una operación de subsunción lógica formal

Interpretar un comportamiento como antinormativo constituye un juicio puramente deductivo o de subsunción formal³⁴⁶, en el que la premisa mayor describiría la clase de conducta prescrita por la norma y la premisa menor la conducta que ha sido identificada por el juzgador.

Decíamos que hacía falta cierta «astucia» en el juzgador para describir la acción realizada por el sujeto con un significado contrario a la conducta señalada por la norma. Así, si la premisa mayor (norma) estableciera «está prohibido matar», entonces las descripciones de acciones como «envenenar», «disparar» o «acuchillar» se oponen a ella porque son semánticamente equivalentes a la conducta fijada por la norma, en cambio no lo serían las descripciones como «sustraer un objeto», «acceder carnalmente», «engañar», etc. En otras palabras, que una acción pueda ser declarada «antinormativa» depende de la manera en la que haya sido descrita.

³⁴⁶ MAÑALICH, «Norma e imputación como categorías del hecho punible», pp. 176 y 183; EL MISMO, «La tentativa de delito como hecho punible. Una aproximación analítica», en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 44, n.º 2, 2017, pp. 461-469.

(subsunción formal)

premisa mayor: *la norma prohíbe matar* [N ¬ m]
premisa menor: *causó la muerte con un disparo* [m]
conclusión: *la conducta es antinormativa* [¬ N]

Una teoría analítica entiende que el juicio sobre la tipicidad de una conducta intenta comprenderla semánticamente y no explicar cómo se ha desarrollado en el mundo. No se trata de juzgar el curso del mundo, sino solo de fijar cuál es el objeto lingüístico que se le reprochará (o no) al sujeto.

La doctrina absolutamente dominante ha pretendido limitar –en palabras de DAVIDSON– la dependencia a la «astucia» del juzgador para emitir el juicio sobre la antinormatividad de un comportamiento, acudiendo a la teoría de la imputación objetiva. En su formulación más básica, la misma entiende que un resultado ha sido causado por un comportamiento humano porque el mismo puede ser vinculado causalmente a este a partir de la «teoría de la equivalencia de las condiciones» (doctrina de la *conditio sine qua non* o de la condición ajustada a las leyes de la naturaleza –*gesetzmäßige Bedingung*–) y, además, porque puede explicarse como una conducta que ha creado un riesgo no permitido y el mismo ha podido materializarse en el resultado³⁴⁷. Dicho con otras palabras, si «envenenar» o «disparar» son semánticamente equivalentes a «matar a otro»; o si «bolsear» o «arrebatar» caben dentro del mismo significado que tiene «sustraer un objeto mueble ajeno», es porque puede ser explicada a partir de una combinación de «causalidad», «riesgo» y «resultado».

Ahora bien, el modelo analítico pone en duda el método de la imputación objetiva para seleccionar qué conductas pueden (o no) ser incluidas dentro del ámbito semántico preestablecido en la norma de comportamiento por tres razones: 1º) la causalidad no es científica; 2º) el recurso al riesgo es redundante; y 3º) la relación con el resultado es conceptual.

³⁴⁷ Sin pretensión de exhaustividad, ROXIN/GRECO, *AT* § 11/42; RUDOLPHI, «Vor § 1», en WOLTER (ed.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, T. 1, 6ª, Ed. Luchterhand, 1997, nm. 55; KÜHL, *AT*, 4ª ed., 2002, § 4 nm. 43; MIR PUIG, *DPPG*, pp. 259 y ss.

En primer lugar, es preciso aclarar que el hecho de que podamos contar con una descripción del movimiento corporal como «apretar el gatillo de un arma» y de un resultado como «causar la muerte de otro sujeto» no debe llevarnos a la conclusión de que la acción puede ser reducida a una explicación empírica de carácter causal. Cabe recordar que **la palabra «causa» y los términos causales, en general, se emplean con una multitud de significados**. No solo median «causas» en asuntos humanos muy diferentes a las «causas» en acontecimientos naturales, sino que aún dentro de las ciencias naturales tampoco es la causalidad una categoría homogénea³⁴⁸.

Desde HUME la relación entre dos eventos no siempre tiene un carácter causal, al menos en un sentido fáctico o empírico, sino que se suele utilizar a la relación causa-efecto como una secuencia regular en el tiempo de (casos de) fenómenos genéricos. El hecho de que la regularidad se mantenga en vigor en el futuro es una generalización inductiva que se basa en las experiencias pasadas. Así, describir una relación causal tiene un carácter conceptual y lógico, antes que empírico³⁴⁹. De esta manera, para el modelo analítico la causalidad se refiere sencillamente a una forma de explicar por qué una clase de conducta tiene el mismo significado que otra.

El concepto de «causalidad» que nos interesa se refiere a una explicación sobre la modificación de un bien jurídico en un momento determinado y, por esta razón, aunque se base en leyes causales, propio de las ciencias empíricas, no interesa explicar la totalidad de las condiciones que permiten dar cuenta sobre qué factores produjeron el resultado, sino que, únicamente, importa explicar la relación que existiría entre un determinado comportamiento y un resultado. En otras palabras, las modificaciones que deben interesarle al derecho penal son aquellas en las que existiría una alternativa controlable mediante el seguimiento de una norma de comportamiento³⁵⁰.

³⁴⁸ VON WRIGHT, *Explicación y Comprensión*, p. 59. También DAVIDSON, «Acciones, Razones y Causas», en *Ensayos sobre acciones y sucesos*, p. 24, reconoce que el concepto de causa que se aplica en otros campos no es idéntico al que se emplea para explicar las acciones humanas.

³⁴⁹ VON WRIGHT, *Explicación y Comprensión*, p. 57.

³⁵⁰ KINDHÄUSER, «Causalidad e imputación del resultado», trad. Mañalich, en *Crítica a la teoría de la imputación objetiva y función del tipo subjetivo*, Ed. Grijley, 2007, pp. 91-92.

Por ejemplo, si quisiéramos explicar científicamente el desencadenamiento del incendio de una casa, entonces tendríamos que considerar la totalidad de circunstancias necesarias de acuerdo con la ley de la naturaleza e incluir la presencia de material incendiario, oxígeno en el aire y el estado de la vivienda. Sin embargo, todo esto no le interesa al derecho penal, sino que solo deben importarle aquellas causas que se refieran al comportamiento de una persona que sea capaz de evitar intencionalmente el incendio, en la medida en que existe una norma que prohíbe causar incendios³⁵¹. En otras palabras, no analizamos todas las causas que sea científicamente relevantes para explicar aquello que ocurrió, sino que únicamente aquellas que son relevantes para el derecho penal.

Lo que quiero decir es que la «causalidad normativa» no puede ser confundida con la «causalidad científica», pues a los juristas solo les interesa comprender una modificación determinada, en un momento determinado, lo que haría irrelevante todas las demás propiedades del resultado. Entre ellas, los cursos causales hipotéticos, pues de lo contrario se desprotegería a la víctima cuando se aceptan causas hipotéticas sustitutivas³⁵².

En segundo lugar, la caracterización de una conducta como **«riesgosa» se presenta como una cualidad redundante** en la descripción de la acción, pues no contiene ninguna información adicional a la que ya está contenida en el tipo. Precisamente, el significado de las palabras empleadas por la norma exhibe estas propiedades. Dicho de otra manera, es evidente que cuando decimos que alguien «ha matado a otro» lo ha hecho de manera riesgosa, o ¿acaso se puede matar a otro de un modo que no sea riesgoso? La cualidad de una conducta de ser riesgosa es un predicado disposicional secundario, que se refiere a

³⁵¹ KINDHÄUSER, «Causalidad e imputación del resultado», p. 92.

³⁵² KINDHÄUSER, «Causalidad e imputación del resultado», pp. 93-96. Una interesante reflexión sobre el concepto de causa es el que, a modo de relato, realiza PUPPE, «Causalidad», en *El Derecho penal como ciencia*, Ed. BdeF, 2016, pp. 207-225, destacando que dicho concepto es utilizado para referirse a ciertas regularidades de los fenómenos y que, en rigor, los juristas lo empleamos de una manera muy distinta al que es utilizado en las ciencias naturales. Para un jurista, para que un suceso sea causa de un resultado, basta con que sea una «condición necesaria» para que ocurra, aunque lo decisivo es que el autor haya podido evitar el resultado. En cambio, el concepto de causa en las ciencias naturales se refiere a una «condición suficiente» que permita inferir el resultado a partir de ella; pero como pueden existir varias causas suficientes para el resultado, el análisis deberá partir también de lo que se intenta explicar. Finalmente, explica PUPPE que la causalidad no es más que «todo componente necesario de una condición mínima suficiente».

una determinada propiedad primaria. Así, no es que un chófer sobrepase primero el eje de la vía en una curva con poca visibilidad y luego se comporte riesgosamente, sino que precisamente actúa riesgosamente por el hecho de sobrepasar el eje de una vía en una curva con poca visión.³⁵³

Por último, el **concepto de «resultado»** constituye un elemento necesario para describir aquellas acciones cuyos verbos presuponen también una consecuencia. En otras palabras, en los llamados «delitos de resultado puro» la acción de la persona se describe en forma resultativa, esto es, a través de una descripción que especifique un estado cuya producción, destrucción, prevención o preservación aparezca como el resultado de una clase de acción³⁵⁴. Así, al describir acciones como las de «matar», «dañar», «destruir», «incendiar», «lesionar», etc., se está haciendo referencia no solo al acto que el sujeto realizó, sino también al cambio en el mundo que el mismo produjo. Por ejemplo, el enunciado «Juan mató a Pedro» aludiría no solo a que «Juan ha matado», sino también a que «Pedro ha muerto».

Existe una discusión sobre la «clase de conexión» que podría darse entre lo que el sujeto realizó y el cambio que se produjo en el mundo. Para unos el «nexo es intrínseco» o lógico, en el sentido de que la utilización de esta clase de verbos presupone que se efectúe un cambio o que aquello realizado por un sujeto acabe en un estado de cosas diferente. Por ejemplo, describir una acción como «abrir una ventana» implica lógicamente la realización de un movimiento corporal que empuja un vidrio y que la ventana finalmente acabe por abrirse. Si el resultado no ocurriese, sea porque la ventana estaba atascada o porque la ventana ya se encontraba antes abierta, entonces la acción no podría describirse como «abrir una ventana» porque el resultado nunca tuvo lugar. La descripción «intentar abrir» no puede ser semánticamente equivalente a la de «abrir una ventana»³⁵⁵.

Para otros, en cambio, «el nexo es extrínseco» o causal, pues lo que realiza el sujeto y el cambio que se produce no depende de nuestro lenguaje, sino que está determinada por la conexión natural que existiría entre dos sucesos. Así, de empujar una ventana no solo

³⁵³ KINDHÄUSER, «El tipo subjetivo en la construcción del delito», *InDret* n° 4, 2008, pp. 24-26.

³⁵⁴ MAÑALICH, *Norma, Causalidad y Acción*, p. 33.

³⁵⁵ VON WRIGHT, *Norma y Acción*, p. 56.

podría resultar que esta se abriera, sino también que la habitación se enfríe. Abrir y enfriar serían dos sucesos dependientes de la acción que el sujeto ha realizado³⁵⁶.

En resumen, la «conexión intrínseca» sostendría que varios sucesos diferentes se encontrarían conectados a través del significado que encierra cada verbo, de manera que los «verbos resultativos» presupondrían la ocurrencia de dos sucesos. La ventaja de este punto de vista radica en que el significado de un verbo como «matar» solo abarcaría al resultado de muerte, excluyendo otra clase de consecuencias que podrían derivarse; pero se enfrenta con el problema de que la determinación de una acción dependería exclusivamente de una descripción que incluya ambos eventos, siendo que parece perfectamente posible describir una acción resultativa sin siquiera mencionar el resultado. A esto se refería DAVIDSON con la paradoja de si «era posible matar antes de que muera una persona»³⁵⁷. En cambio, la «conexión extrínseca» afirma que la determinación del resultado no depender del contenido semántico que tienen los verbos, sino de una causalidad empírica, de manera que la interpretación de lo que podría ser el resultado de una acción podría extenderse más allá de los límites convencionales.

La propuesta de MAÑALICH consiste en identificar que la acción y el resultado tienen el estatus ontológico de «dos eventos distintos», pero que pueden ser entendidos como «uno solo» gracias a una determinada descripción. En este sentido, sería posible describir una

³⁵⁶ Cfr. VON WRIGHT, *Norma y Acción*, p. 57. Este autor llama a estos sucesos «consecuencias» y no resultados.

³⁵⁷ DAVIDSON, «La individuación de los sucesos», en *Ensayos sobre acciones y sucesos*, pp. 224 y s., reconoce que, en principio, es necesario que ocurra una muerte para poder describir una acción como «matar»; pero, en ocasiones, es posible utilizar la expresión «matar» aunque todavía no haya ocurrido el resultado como, por ejemplo, cuando se la describe como «envenenar a una persona». La paradoja se resuelve dependiendo de cuán directa sea la conexión causal de la acción con el resultado y disminuye en la medida en que se atenúe la conexión causal. También, mientras más tarde se produzca el resultado, más posibilidades de cometer un error existen al describir acciones resultativas. Además, en un texto que no aparece traducido en la versión castellana que existe del mismo libro, explica que el problema de las acciones adverbiales no es algo exclusivo de las acciones humanas, sino que también se presenta en los enunciados impersonales. Por ejemplo, al describir que «el sol derritió la nieve», se está haciendo referencia a dos acontecimientos separables, como que «el sol hizo algo» y el «el derretimiento de la nieve que se produjo». Al igual que el ejemplo anterior, se puede referir a dos lugares y a dos momentos diferentes. DAVIDSON, «Adverbs of Action», *Essays on Actions and Events*, 2º ed., Ed. Oxford, 2002, pp. 299-301.

acción resultativa incluso sin hacer referencia al resultado, aunque ontológicamente el mismo haya tenido lugar, y no por ello la acción dejaría de existir³⁵⁸.

Entiendo que la interpretación del resultado de una acción depende exclusivamente de la ontología del «concepto de acción» que se tome. Si se parte de que las acciones son «enunciados lingüísticos» el resultado quedaría determinado exclusivamente por el significado del verbo; pero si se considera que las acciones son «clases de eventos», entonces el resultado dependerá de un análisis empírico de la causalidad. Desde mi punto de vista, ambas concepciones de la acción deben ser tenidas en cuenta: la acción como «enunciado lingüístico» es la que se corresponde con la determinación del comportamiento de un sujeto visto de forma contraria a la norma de comportamiento³⁵⁹ y la acción como «una clase de evento» es la que resulta imputable al sujeto.

Ahora bien, por resultado debería entenderse cualquier modificación del *status quo* de las propiedades que revisten las personas, cosas o instituciones protegidas por las normas de comportamiento (bienes jurídicos) frente a posibles modificaciones perjudiciales, por mínimas que sean³⁶⁰.

No obstante, estas «acciones resultativas» no es la única forma posible de describir acciones. Siguiendo a BENTHAM, muchos juristas reconocen que existen acciones descritas en los tipos penales que pueden referirse únicamente a «meros movimientos físicos» y otras en las que las acciones descritas solo incluyen a «las circunstancias»³⁶¹.

³⁵⁸ MAÑALICH, *Norma, Causalidad y Acción*, pp. 32-34. Su posición es próxima a la postura de DAVIDSON, para quien las «acciones resultativas» son enunciados lingüísticos que contienen verbos sobre la acción y adverbios que los modifican. Esta descripción tiene para él consecuencias ontológicas evidentes, pues debe poder referirse a dos acontecimientos concretos para que tengan valor de verdad. DAVIDSON, «Adverbs of Action», p. 298.

³⁵⁹ Esta concepción es la que parece defender BELING, *La doctrina del delito-tipo*, pp. 292 y 295, para quien las descripciones sobre acciones de la tentativa, instigación y complicidad no admitían ser descritas con la misma extensión semántica que las conductas descritas por la norma. Con sus palabras, son acciones delictivas que no se «adecuan» al delito-tipo, sino que se encuentran «vinculadas» o referidas de alguna otra forma al delito-tipo.

³⁶⁰ KINDHÄUSER, «Causalidad e imputación del resultado», trad. Mañalich, p. 91 y s.

³⁶¹ BENTHAM, *The principles of Morals and Legislation*, Ed. Oxford, 1989, cap. VII, párrafo 27. Esta clasificación de acciones como «actos en sentido estricto», «actos y circunstancias» y «actos

Estas últimas se corresponden con las acciones que actualmente ubicamos como delitos de peligro. Es importante destacar que el concepto de peligro no debe interpretarse como una fase preliminar del resultado, sino que se trata de un daño *sui generis* que consiste en exponer el objeto de protección jurídica a una situación nueva caracterizada por una desprotección aguda, esto es colocándola a merced de cualquier otra influencia heterónoma³⁶². El significado de «peligro» se encuentra referido a la posibilidad de que un acontecimiento perjudicial tenga lugar, por ello la contrapartida semántica de peligro es la «oportunidad». Además, que un bien se encuentre en peligro presupone también que la víctima posea una incapacidad física, psicológica o cognitiva para evitar que el daño ocurra³⁶³.

7.2.4 Es innecesaria la perspectiva de un observador neutral

En último lugar, el punto de vista generalizante impuesto por la «teoría de la imputación objetiva» se presenta como un recurso innecesario para determinar si se ha infringido o no una norma de comportamiento. Al igual que la predecesora «teoría de la adecuación», esta doctrina toma el concepto de finalidad desde un punto de vista objetivo y con él pretende seleccionar qué sucesos tienen el significado de acciones contrarias a la norma.

Lo que se pretende, en definitiva, es contar con un criterio que permita explicar por qué las acciones como «servir azúcar», «dar una bofetada» o «asustar a una persona» no tienen el significado de «matar a otro», y por qué otras acciones, como «envenenar» o «disparar», sí que lo tienen. Lo que no había podido ser explicado a través de una teoría de la causalidad, se intentó con las teorías de la adecuación y de la relevancia, e incluso posteriormente con la reformulación de ellas que vino a suponer la teoría de la imputación objetiva.

consecuencias» fue seguida también en la clásica obra jurídica del mundo anglosajón de AUSTIN, JOHN, *Lectures on Jurisprudence*, Ed. Londres, 1863, lecc. XVIII. No debería confundirse a este jurista del siglo XIX con el filósofo del lenguaje homónimo AUSTIN del siglo XX, quien, por su parte, también clasificó a las acciones de acuerdo con su función locutiva, ilocutiva y perlocutiva.

³⁶² KINDHÄUSER, «La protección de los bienes jurídicos por medios de las prohibiciones de lesión y exposición al peligro», en *Derecho Penal de la culpabilidad y conducta peligrosa*, Ed. Universidad Externado de Colombia, 1996, pp. 72-76.

³⁶³ KINDHÄUSER, *Analytische Strafrechtswissenschaft*, T. 1º, pp. 639-641.

Con el objeto de aclarar en qué consistieron estas propuestas tomaré el conocido «caso de la tormenta» para mostrar cómo se ha intentado delimitar objetivamente el significado de una conducta. El ejemplo consiste en un supuesto en el que un sobrino envía a su tío al bosque en medio de una tormenta, con la esperanza de que este muera alcanzado por un rayo, y contra toda probabilidad, el resultado se produce. Lo que ocurre es que tendemos a negar la responsabilidad por aquellos resultados que nos parecen extravagantes, inusuales o completamente imprevisibles, pero la pregunta que se mantiene es ¿por qué razón lo hacemos?

Para la teoría final de la acción éste sería un problema de dolo. WELZEL había presentado a la «acción final» como el núcleo central del ilícito y con ello había trasladado el dolo a la tipicidad. De esta manera, el tipo no solo debía ser explicado externamente a partir de la causalidad y el resultado, sirviéndose de la teoría de la equivalencia, sino que también era necesario complementar su análisis con la parte subjetiva del tipo. Así, si bien el hecho de «morir electrocutado por un rayo» podría vincularse causalmente con la acción de «aconsejar dar un paseo», el sobrino solo había tenido un «deseo» de matar y no una «voluntad» que pudiera fundar un reproche doloso, ya que esta categoría presupone que el sujeto haya podido contar con la capacidad de influir en un acontecer real³⁶⁴.

Esta solución fue criticada por varios autores que consideraban que el caso debía resolverse en la parte objetiva del tipo y no en la subjetiva. La fundamentación del dolo que WELZEL había propuesto estaba basada en algo tan objetivo como la falta de posibilidad para influir en un suceso real y esto, en última instancia, no era más que el reflejo de una «falta de peligrosidad objetiva en la acción»³⁶⁵. En otras palabras, si el sobrino no debía ser responsabilizado por la muerte de su tío, no era porque «no había querido» hacerlo, sino porque ni siquiera «lo había matado» al enviarlo hacia una tormenta.

³⁶⁴ WELZEL, *Derecho penal alemán*, p. 66.

³⁶⁵ ROXIN, «Finalidad e imputación objetiva», *CPC*, n° 40, 1990, p. 134.

Precursora a esta solución se encuentran la «teoría de la adecuación» propuesta por el lógico y médico friburgués KRIES³⁶⁶, y la «teoría de la relevancia» de MEZGER³⁶⁷. El primero había señalado que lo relevante en cierta clase de acciones debía ser la «tendencia general para provocar un resultado típico», mientras que el segundo había autor hecho hincapié en que también dependía de una interpretación del tipo penal. Dicho de otro modo, lo que venían a proponer era que si la descripción de «enviar al bosque» no podía significar lo mismo que «matar a otro» era porque la acción de «dar un paseo» no era algo que normalmente se considerara adecuado para matar. Lo curioso es que la determinación de qué era lo adecuado y qué no, dejaba de depender de un juicio empírico sobre la causalidad, para pasar a depender en última instancia de lo que las personas estemos habituados a señalar como relevante. En este sentido se llama impropia actividad de «imputación».

Se suele decir que este punto de vista es «objetivo» por prescindir de los conocimientos y las capacidades que el concreto autor habría tenido, pues estas consideraciones recién serían tenidas en cuenta a nivel de la culpabilidad. En otras palabras, se trataría de una imputación (en sentido impropio) que solo está destinada a precisar si una determinada conducta, con independencia de cualquier persona concreta, merece ser considerada como potencial candidata para atribuir responsabilidad individual³⁶⁸.

En esta línea argumentativa, la teoría de la imputación objetiva pretendía restringir el objeto de la imputación seleccionando qué conductas objetivamente «hacían posible» alcanzar un determinado resultado, en palabras del mismo HONIG³⁶⁹; o bien, qué conductas suponían la «creación de un riesgo no permitido», en la reformulación propuesta años más tarde por ROXIN³⁷⁰. Estas explicaciones fueron posteriormente

³⁶⁶ KRIES, *Die Prinzipien der Wahrscheinlichkeitsrechnung: Eine logische Untersuchung*, vol. II, J.C.B. Ed. Mohr, 1886, pp. 266 ss.

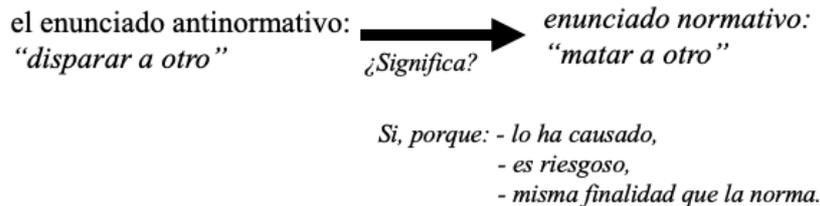
³⁶⁷ MEZGER, *Tratado de derecho penal*, trad. Rodríguez Muñoz, 1946, pp. 237 ss.; EL MISMO, *Derecho Penal Libro de Estudio*, trad. Núñez, Ed. Lerner, 1958, p.113 ss.

³⁶⁸ HONIG, «Kausalität und objektive Zurechnung», HEGLER (coord.) *Festgabe für Reinhard von Frank zum 70 Geburtstag*, 1930, pp. 185-187.

³⁶⁹ HONIG, «Kausalität und objektive Zurechnung», pp. 174 y ss.

³⁷⁰ ROXIN, «Reflexiones sobre la problemática de la imputación en el Derecho penal», trad. Luzón Peña, en *Problemas básicos del Derecho penal*, Ed. Reus, 1976, pp. 128 y ss. Años antes, ROXIN ya había anticipado

ampliadas por RUDOLPHI³⁷¹, el mismo ROXIN³⁷² y también por SCHÜNEMANN³⁷³, quienes agregaron el presupuesto de que la realización del riesgo no permitido debe tener lugar dentro del ámbito del «fin de protección de la norma».



Ahora bien, si volvemos a tomar el «caso de la tormenta» y le introducimos la modificación de que el sobrino envía a su tío al bosque, pero sabiendo que allí lo esperaría una banda de asesinos ¿habría que descartar también la responsabilidad del sobrino porque «enviar una persona al bosque» no es una acción adecuada para matar? A raíz del problema que generaban los «conocimientos especiales» que podría tener el autor se adoptó el mismo criterio que años había formulado el civilista TRAEGER, según el cual había que incluir en el juicio de adecuación los conocimientos que una persona prudente habría tenido en la situación del autor, tomando en cuenta también los conocimientos individuales del autor concreto³⁷⁴.

Visto de esta manera, el análisis del tipo objetivo adquiriría un peso mayor al que había tenido durante la vigencia de la escuela clásica, la neoclásica e, incluso, la finalista. El tipo objetivo tendría también en cuenta todos los conocimientos que *ex ante* había tenido

su teoría de la elevación del riesgo en 1962 cuando publicó «Infracción del deber y resultado en los delitos imprudentes», trad. Luzón Peña, en *Problemas básicos del Derecho penal*, 1976, pp. 149 y ss.

³⁷¹ RUDOLPHI, «Vorhersehbarkeit und Schutzzweck der Norm in der strafrechtlichen Fahrlässigkeitslehre», *JuS* 1969, pp. 549 y ss.

³⁷² ROXIN, «Sobre el fin de protección de la norma en los delitos imprudentes», trad. Luzón Peña, *Problemas básicos del Derecho penal*, Ed. Reus, 1976, pp. 181 y ss.

³⁷³ SCHÜNEMANN, «Moderne Tendenzen In der Dogmatik der Fahrlässigkeits und Gefährdungsdelikte», *JA* 1975, pp. 715 y ss.

³⁷⁴ TRAEGER, *Der Kausalbegriff Im Straf- und Zivilrecht, Naumburg, zugleich ein Beitrag zur Auslegung des B.G.B.*, Ed. N.G. Elwert, 1904, p. 159 y ss.

una persona prudente, e incluso que hubiera vivido lo mismo que vivió el autor³⁷⁵. Esto ha generado un desequilibrio sistemático y una confusión entre lo objetivo y lo subjetivo del tipo. Con relación a esto, ROXIN opina que la imputación objetiva no se llama «objetiva» porque las circunstancias subjetivas sean irrelevantes, pues también se las considera, sino porque la acción misma constituye algo objetivo que resulta independiente al contenido que agrega el dolo al análisis del delito³⁷⁶.

Ahora bien, esta construcción resulta innecesaria de acuerdo con el modelo analítico que sostengo. Si lo que se interpretan son enunciados sobre la acción, y no los sucesos que podrían ser considerados acción, el análisis del significado que tiene una acción es siempre realizada *ex post*. Veamos algunas hipótesis en las que el recurso al escenario del observador ficticio se presenta como irrelevante para determinar el significado de un enunciado sobre la acción:

1º) En los «casos fáciles» de delito consumado el recurso a la perspectiva *ex ante* se presenta como innecesario, ya que se trataría de supuestos en los que la perspectiva del observador ficticio coincidiría con la del sujeto real³⁷⁷. En otras palabras, se trata de enunciados sobre una acción que tiene un significado claro, precisamente porque el resultado que confirma dicha descripción ha tenido lugar. Así, sería redundante retrotraerse al momento en que la persona se disponía a actuar, para preguntarse qué significado tenía «disparar un arma de fuego contra una persona» si efectivamente se ha producido el suceso de muerte.

2º) En los casos de «tentativa inidónea» también resulta innecesario anteponer la posición *ex ante* para decidir el significado que tiene un enunciado sobre la acción, precisamente porque el suceso no se ha producido y, por esta misma razón, la acción no podría ser

³⁷⁵ Sin pretensión de exhaustividad, ROXIN, «Die Lehre von der objektiven Zurechnung», National Chengchi LawReview, vol. 50, 1994, p. 232; MIR PUIG, «La perspectiva *ex ante* en derecho penal», *ADPCP*, 1983; EL MISMO, *DPPG*, 10ª ed., p. 258; GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Ed. Reus, 1966, p. 75; MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La Imputación objetiva*, Ed. Edersa, 1992, pp. 73 ss.

³⁷⁶ ROXIN, «Die Lehre von der objektiven Zurechnung», p. 233.

³⁷⁷ Cfr. KINDHÄUSER, «El tipo subjetivo en la construcción del delito», p. 27.

descrita de modo en que pueda ser imputada³⁷⁸. Otra vez, un enunciado como «matar a otro» solo podría ser descrito de esa forma cuando se hubiesen producido dos sucesos.

3º) En los «casos de imprudencia» el observador *ex ante* no reconocería la existencia de un peligro relevante, por ello es innecesario acudir a la figura de un sujeto ficticio, pues aunque el enunciado se describa como «matar a otro», el mismo no podría ser imputado como una acción-suceso porque carece de contenido intencional³⁷⁹.

4º) Cuando el autor real hubiese contado con «conocimientos especiales» sobre la situación en la que actuaba, el punto de vista del observador ficticio sería errado para describir la acción que se ha realizado. Así, un enunciado «convencer a una persona de dar un paseo por el bosque» no podría ser tenida como una acción semánticamente equivalente a «matar a otro»; pero si en el caso de que se la describiese *ex post*, según los conocimientos que tuviese el juzgador, ya que la misma acción podría ser re-descrita como «enviar a una persona a una emboscada con asesinos».

En definitiva, como sostiene KINDHÄUSER, el juicio sobre la antinormatividad de una conducta ha de establecerse *ex post*, con arreglo a todos los conocimientos acerca de los hechos y las conexiones nomológicas que se encuentran a disposición del juez (no del autor). En cambio, el juicio de imputación se encuentra referido a la situación de decisión en la cual se hallaba el autor, con los conocimientos y las capacidades físicas de los que el mismo disponía para realizar el tipo³⁸⁰.

Sin embargo, hasta ahora hemos considerado únicamente un primer paso para poder determinar la responsabilidad penal de un sujeto, que consiste en preciar cuál es el objeto

³⁷⁸ KINDHÄUSER, «El tipo subjetivo en la construcción del delito», p. 27.

³⁷⁹ Cfr. KINDHÄUSER, «El tipo subjetivo en la construcción del delito», p. 27.

³⁸⁰ KINDHÄUSER, «El tipo subjetivo en la construcción del delito», p. 29 y s. En el mismo sentido, MAÑALICH, «Norma e imputación como categorías del hecho punible», p. 178, explica que la perspectiva de los destinatarios de una norma, sean efectivos o potenciales, jamás pueden determinar ni modificar el contenido de la norma, pues precisamente que la norma sea independiente de esta es lo que explica porque es posible «exigir vinculación» a la misma. En cambio, el análisis de las capacidades y los conocimientos del destinatario cobran importancia para responder acerca de la «posibilidad de seguir» la norma; pero no para responder sobre la «adecuación» de un comportamiento a la misma..

de aquello que podría ser imputado al mismo. Para ello hemos interpretado los «enunciados sobre acciones» que aparecen en las normas y, luego de verificar que la descripción formal de la acción realizada por el sujeto tiene el mismo significado que la acción descrita en la norma, entonces resulta factible considerar su comportamiento considerado como antinormativo. Todavía queda interpretar «sucesos como acciones», a cuya actividad llamaremos «explicación de acciones».

7.3 Explicación de acciones contrarias a la norma

Las reglas a través de las cuales un «enunciado sobre una acción» es juzgado como correcto o incorrecto, bueno o malo, son lógicas y lingüísticamente distintas a las que se utilizan para interpretar «sucesos como acciones». Desde un punto de vista lógico, el significado que tiene un enunciado lingüístico se extrae a partir de un silogismo formal, mientras que el significado que tienen ciertos sucesos que llamamos acciones se obtiene a través de llamado silogismo práctico. Por otro lado, lingüísticamente las normas que se emplean para describir un comportamiento como antinormativo pueden tener un carácter directivo (prescriptivo) o evaluativo (axiológico); en cambio, las reglas a través de las cuales un suceso se considera obra de una persona tienen carácter adscriptivo y se llaman «reglas de imputación»³⁸¹.

Las reglas de imputación permiten considerar que un determinado hecho o suceso es la obra de una persona, por ello su contenido debe poder explicar por qué un determinado acontecimiento, situado espacio-temporalmente, puede ser considerado como acción de una persona³⁸². Lógicamente, el primer paso consistiría en «describir» una conducta como

³⁸¹ KINDHAÜSER, *Analytische Strafrechtswissenschaft*, T. 2º, p. 685; VOGEL, *Norm und Pflicht*, p. 28 y s.; En el mismo sentido, FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, trad. Cuello Contreras, Ed. Marcial Pons, 2004, p. 573, señala que son dos cuestiones totalmente distintas la determinación de si un resultado puede atribuirse a la infracción de una norma de conducta y la de castigar por la infracción de una norma de conducta.

³⁸² Como hemos visto en el capítulo anterior, la doctrina de la imputación fue desarrollada por PUFENDORF y luego sistematizada por WOLFF. Básicamente su pensamiento considera la acción libre del agente el fundamento de la responsabilidad. Cien años más tarde, KLEINSCHORD también destaca a la acción llevada a cabo con libertad como base de toda imputación. Para los hegelianos, quienes consideraban al delito como una desviación de la voluntad común personificada en la ley, que ha sido libremente elegida por la voluntad

una clase de acción contraria a la norma y, luego en «adscribirle» dicho suceso como obra suya, para finalmente «responsabilizarlo». A la imputación de un suceso como acción de una persona podrían sobrevenir consideraciones exculpatorias que harían caer la responsabilidad del sujeto, por ello es preferible decir que la adscripción de acciones a una persona presupone una descripción de la acción y plantea la posibilidad de que luego se le atribuya responsabilidad por la misma. En palabras de SNEDDON, «adscribir una acción a una persona es, necesariamente, describir un evento como una acción y plantear la posibilidad de atribuir responsabilidad por esa acción»³⁸³.

El descubrimiento de las raíces históricas y conceptuales que tiene el concepto de imputación (*imputatio*) es mérito de HRUSCHKA. En la célebre formulación de KANT, la imputación es definida como un juicio a través del cual una persona es considerado autor (*causa libera*) de una acción (*actio*), que entonces pasa a denominarse acto (*factum*). Así, un juicio de imputación con validez jurídica (*imputatio iudiciaria s. valida*) es el que acarrea consecuencias jurídicas por este hecho, pues de lo contrario sólo será una imputación dictaminadora (*imputatio diiudicatoria*). La persona, sea física o moral, que cuenta con la capacidad para imputar un hecho con validez jurídica, se conoce como juez o tribunal (*iudex s. forum*)³⁸⁴.

Esta definición de imputación es muy próxima al término alemán «zu-rechnen», que significa poner algo en la cuenta de alguien. En la formulación del jurista hegeliano BERNER, imputar era definido como una actividad que consistía en «registrar algo objetivo en la cuenta de un sujeto». Esta metáfora contable también ha sido considerada por BRANDOM al analizar las practicas linguisticas a través de las cuales solemos atribuir

del individuo, el conjunto del sistema penal descansa en la imputación subjetiva. JESCHECK, *Tratado de Derecho penal*, p. 450.

³⁸³ En relación a distinción entre describir, adscribir y responsabilizar véase SNEDDON, *Action and Responsibility*, Ed. Springer, 2006, pp. 26-28. De manera similar, FEINBERG, *Doing and Deserving*, Ed. Princeton University, 1970, pp. 127 y ss., descompone el razonamiento en tres estadios: 1º) constatar la performance defectuosa; 2º) adscripción de la misma al agente; y 3º) operación de la consecuencia a raíz de la adscripción anterior.

³⁸⁴ KANT, *Die Metaphysik der Sitten*, 1797-98, Koniglich Preussischen Akademie der Wissenschaften, vol. VI, p. 227 (hay traducción española a cargo de Cortina Orts y Conill Sancho, 1989); SÁNCHEZ OSTIZ, *Imputación y Teoría del delito*, p. 63.

creencias e intenciones a las demás personas. Este autor considera a dichas prácticas como un «registro en cuenta deóntico» (*deontic scorekeeping*), en la medida en que siempre que se utilizan estos conceptos se pueden pedir u ofrecer razones acerca de las intenciones o creencias que el sujeto habría tenido cuando ejecutó dicha acción³⁸⁵.

Ahora bien, retomando la distinción entre «describir» y «explicar» acciones, podemos decir que la primera de las actividades consiste en interpretar un «enunciado lingüístico», que describe una acción contraria la norma; en tanto que, la segunda operación, consiste en interpretar una «clase de suceso» o evento físico, que pasa ahora a ser considerado como obra de una persona, gracias a una operación de adscripción de acciones³⁸⁶. A diferencia de la interpretación de «enunciados» que versan sobre las acciones, que en el ámbito penal solo interesan aquellas que pueden ser descritas como contrarias a la norma, el objeto sobre el que recae la interpretación en la explicación es algo que se puede observar o que tiene lugar en el mundo. Por ello, podemos afirmar que lo que observamos no son acciones, sino que son sucesos. Y que las acciones solo surgen de la interpretación de dichos eventos³⁸⁷.

Por otro lado, las reglas a disposición del juez que realiza la imputación del hecho como acción de una persona no se encuentran destinadas a determinar si un comportamiento puede resultar correcto o incorrecto en relación con el derecho, sino que se limitan a

³⁸⁵ MAÑALICH, «El concepto de acción y el lenguaje de la imputación», pp. 673-675; BERNER, *Grundlinien der criminalistischen Imputationslehre*, Ed. Sauer & Auvermann, 1968, p. 39; BRANDOM, *Hacerlo explícito*, Ed. Herder, 2005, pp. 225 y ss.

³⁸⁶ Quizás uno de los aspectos más discutidos entre los filósofos de la acción sea el de la ontología de la acción. Así, para algunos autores, como VON WRIGHT, SELLARS o QUINE, las acciones son entidades abstractas; en cambio, para otros, como DAVIDSON o SNEDDON, las acciones son entidades concretas localizables espacio-temporalmente. El primer enfoque puede verse, entre muchos otros, en SELLARS, «Action and Events», *Noûs*, vol. VII, 1973, pp. 179-202; QUINE, «Events and Reification», en LAPORE (ed.), *Actions and Events*, Ed. Oxford Blackwell, 1986, p. 167 y s. Para la segunda postura, entre otros, DAVIDSON, «De la acción», en *Ensayos sobre sucesos y acciones*, p. 63; SNEDDON, *Action and Responsibility*, pp. 1-2.

³⁸⁷ MOSTERÍN, «Introducción», en ANSCOMBE, *Intención*, p. 15; en el mismo sentido, PAREDES CASTAÑÓN, «Metodología para la imputación del injusto penal», pp. 806-808, señala que la acción humana surge como un proceso de interpretación de ciertos movimientos corporales ejecutados por un individuo a través del cual puedan ser comprendidos como obra de un agente.

establecer los criterios que les permite afirmar que aquello que efectivamente ha ocurrido es obra de un comportamiento jurídicamente defectuoso del autor, y así poder luego atribuirle responsabilidad al mismo³⁸⁸.

7.3.1 Las acciones se explican por medio de razones

Al explicar por qué un determinado evento merece ser llamado «acción» y no obra de la naturaleza, o algo que simplemente ocurre o nos ocurre, equivale a dar una explicación de que el cambio que ha ocurrido en el mundo tiene algo que lo hace distinto al resto de cosas que ocurren a nuestro alrededor, es decir «tiene algo más», y que de alguna manera la persona le ha impreso «su intimidad» a dicho evento o suceso³⁸⁹. En el ejemplo citado de DAVIDSON, se puede advertir cómo registramos algunos eventos en la lista de las «cosas que hacemos», como el hecho de servirse un café, y otros en la lista de «cosas que nos suceden», como el hecho de tropezarse con una alfombra³⁹⁰. En este sentido, una acción puede ser entendida, de manera muy sencilla, como una interferencia consciente y voluntaria de un agente en el normal curso de las cosas, pues sin ella el curso natural de las cosas habría seguido por un camino distinto. En otras palabras, la acción constituye una clase de evento que se distingue porque tuvo lugar gracias a la intervención de un agente y porque la persona había actuado intencionalmente para conseguir que dicho evento pueda finalmente tener lugar³⁹¹.

Por alguna razón, lo que hacemos tiene un carácter especial y se distingue de los demás eventos que ocurren a nuestro alrededor. Durante la Ilustración se intentó explicar este rasgo a partir de la capacidad que los agentes tenían de «representarse» el mundo y de usar dichas representaciones para realizar acciones. Esta concepción, conocida como «cartesiana», fracasó porque solo hacía alusión a una propiedad básica de la mente, pero no explicaba en qué consistía captar o comprender dichos contenidos, y tampoco mencionaba qué era lo que implicaba que la persona tomara las representaciones como

³⁸⁸ KINDHAÜSER, *Analytische Strafrechtswissenschaft*, T. 2º, p. 687.

³⁸⁹ FIGUEROA RUBIO, «Reconocer y Explicar lo que hacemos», p. 158. Se utiliza la metáfora empleada por WITTGENSTEIN en el § 659 de sus *Investigaciones Filosóficas*, en la que dicho autor explica que «le abro mi intimidad cuando le digo que quería hacer».

³⁹⁰ DAVIDSON, «De la acción», en *Ensayos sobre acciones y sucesos*, p. 63.

³⁹¹ MOSTERÍN, *Lo mejor posible*, p. 229.

referentes. En otras palabras, como afirma BRANDOM, la concepción cartesiana no nos decía cómo «pensar en un conejo» se convertía en una «idea de conejos», ni tampoco qué repercusiones tenía en el sujeto que este tomara una idea o un referente al llevar a cabo acciones. El tratamiento adecuado del carácter especial que tienen las acciones debe incluir necesariamente el «propósito» que tiene una representación y el hecho de que el sujeto la acepte de alguna manera. En otras palabras, debía indagarse en la «intencionalidad» que tienen las acciones, esto es, en cuál es el contenido proposicional que tienen las actitudes del agente y no solo en la condición que tienen los sentidos de estar dirigidos hacia algo. La investigación sobre la intencionalidad, explica BRANDOM, consiste en indicar aquellas condiciones suficientes para reconocer los contenidos proposicionales en las expresiones, realizaciones o actitudes, que son reconocibles a través de nuestras prácticas lingüísticas³⁹².

Un evento es considerado acción porque tiene carácter intencional, es decir porque tiene un «contenido proposicional». Aludimos al contenido proposicional cuando nos referimos al contenido descriptivo mínimo que tiene todo acto de habla. Así, una promesa, por ejemplo, describiría la acción futura del hablante; una creencia, a un objeto ubicado en el mundo; un deseo, a una manera en la que quiere que el mundo sea; etc. En este sentido, la distinción entre lo que hacemos y lo que nos ocurre se detecta a través de nuestra forma de expresarnos, en el modo de realizar acciones o en las actitudes que adoptamos. Nuestras prácticas lingüísticas establecen los criterios a partir de los cuales se puede decidir si es correcto el modo en que nos referimos a las acciones. Por ejemplo, no sería correcto decir que una persona «tenía la intención de matar mientras dormía», o que «creía que llovería, entonces dejó su paraguas», etc. Precisamente esta es la razón por la que autores como HRUSCHKA, KINDHÄUSER y VOGEL sostienen que la consideración de un evento como acción depende de la aplicación de determinadas reglas interpretativas, pues se trata de un juicio cuya conclusión está determinada por ellas³⁹³.

³⁹² BRANDOM, *Hacerlo explícito*, pp. 39-41.

³⁹³ HRUSCHKA, *Strukturen der Zurechnung*, p. 13 y s.; KINDHÄUSER, *Intentionale Handlung*, p. 16; VOGEL, *Norm und Pflicht*, p. 58 y s. En un trabajo sobre el concepto de acción en el finalismo, KLUG, «Der Handlungsbegriff des Finalismus als methodologisches Problem», en *Festschrift für Carl August Emge*, Ed. Wiesbaden, 1960, p. 349, afirmaba que el concepto de acción estaba regulado por el uso del lenguaje, aunque, cabe aclarar, sin caer en una definición de acción como una mera forma de hablar. Sin embargo, el rechazo generalizado que sufrió la propuesta de Klug pone en evidencia la desconfianza profundamente

Esto no quiere decir que una acción depende exclusivamente de aspectos empíricos que admitan ser descritos y, tampoco, que se trate de una cuestión completamente valorativa que depende exclusivamente de reglas lingüísticas. Una acción puede ser definida como «un episodio de la conducta que es intencional bajo alguna descripción». Se puede describir la conducta de varias maneras, pero solo será considerada acción si existe al menos una de ellas que tengan carácter intencional³⁹⁴. Por ejemplo, un evento particular, localizado espacio temporalmente, puede ser descrito de diferentes maneras: «se le cayó el café», «tiró su café porque estaba malo», «pensó que era té y vació el contenido», etc. La conducta será acción si, y solo si, es intencional bajo alguna descripción.

Ahora bien, es preciso aclarar en qué consiste el carácter intencional. Si se intenta definirlo como una conducta consciente, que tiene una finalidad, o que ha sido voluntaria, entonces ayudaría muy poco, pues falta por definir también estos otros conceptos. La filósofa ANSCOMBE ha contribuido enormemente a la discusión al vincular la noción de «acción intencional» con la de «razones para actuar». Una acción intencional es aquella con respecto a la cual resulta pertinente preguntar por las razones por las cuales se llevó a cabo³⁹⁵. En palabras de DAVIDSON, al preguntar por qué alguien ha actuado como lo hizo, en realidad queremos que nos dé una interpretación. La conducta puede parecerse rara, extravagante o carente de sentido; pero cuando tenemos una razón tenemos una interpretación, una descripción nueva de lo que hizo y que nos hace encajar la conducta en un modo más familiar de ver las cosas. De este modo, comprendemos algunas creencias y actitudes del agente, algunas metas, fines, principios, rasgos generales del carácter, etc. Incluso, una razón puede situar a la acción en un determinado contexto social, económico, lingüístico o valorativo. Por tanto, saber por qué razón una persona actuó como lo hizo, podría ayudarnos a interpretar la promesa realizada como una mentira, el hecho de dar dinero como el pago de una deuda, etc. Esto es captar el propósito de una acción en un contexto de reglas, costumbres, convenciones y de expectativas³⁹⁶.

arraigada hacia el estudio del lenguaje, cuyas reglas se suelen considerar arbitrarias y prefieren un análisis fáctico de la acción.

³⁹⁴ ANSCOMBE, *Intención*, trad. Stellino, Ed. Paidós, 1991, p. 53 y s.; DAVIDSON, «De la Acción», en *Ensayos sobre acciones y Sucesos*, Ed. UNAM, 1995, p. 66.

³⁹⁵ ANSCOMBE, *Intención*, p. 53.

³⁹⁶ DAVIDSON, «Acciones, Razones y Causas», en *Ensayos sobre acciones y Sucesos*, Ed. UNAM, 1995, p. 25.

Sin embargo, una explicación por razones no es una explicación causal. Las intenciones, propósitos, creencias, deseos que se ofrecen como razones que explican a las acciones no son causas de la acción. A esta tesis subyace la tendencia que impuso el conductismo lógico en la filosofía de la mente y que también remite a los filósofos de orientación wittgensteiniana, según la cual los estados mentales no son independientes de los criterios conductuales que se utilizan para adscribirlos. Los estados mentales que permiten explicar por qué el agente realizó una determinada acción dependería de determinados criterios conductuales y de su adecuada aplicación a un contexto. La verdad de un enunciado sobre ciertos estados mentales no puede trascender a los criterios que se utilizan para formularlos. Este es el contexto en el que debe entenderse la tesis de que las razones no son causas de las acciones, sino que razón y causa están unidas por «relaciones internas y conceptuales», en lugar de las «relaciones externas y empíricas» que presuponen las causas³⁹⁷.

Al preguntarse por la vinculación que existe entre los estados mentales y las acciones es posible advertir la función que cumplen las intenciones, creencias o deseos de un agente en la teoría del delito. En este sentido, si se entiende que los estados mentales «causan» acciones, entonces ambos deberían aparecer como dos aspectos independientes en el análisis que se encuentran vinculados por relaciones empíricas. En cambio, si la relación es «criterial», entonces el mismo concepto de acción estaría vinculado conceptualmente con un estado mental³⁹⁸. Acción e imputación subjetiva deberían ser analizados en un mismo nivel sistemático.

No obstante, la opinión doctrinal mayoritaria se decanta por la elaboración de una definición general de acción, previa a las categorías jurídicas del delito. Otros, en cambio, prefieren prescindir de la construcción de un concepto general de acción y comienzan el análisis del delito directamente con la categoría de la tipicidad³⁹⁹.

³⁹⁷ MOYA, *Filosofía de la mente*, p. 193; también KINDHÄUSER, *Analytische Strafrechtswissenschaft*, T 1º, p. 409.

³⁹⁸ GONZALEZ LAGIER, *Acción y Norma en von Wright*, p. 150.

³⁹⁹ GÓMEZ MARTÍN, «Concepto de Acción y Función clasificatoria: una retrospectiva metodológica», en SILVA SÁNCHEZ et Al, *Estudios de Derecho Penal Homenaje al prof. Santiago Mir Puig*, Ed. B de F, 2017, p. 595. Entre quienes han optado por un concepto de acción desvinculado del resto de la categorías, sin

De acuerdo con el modelo causal-naturalístico, la acción es una realidad ontológica que puede ser descrita, aprehensible mediante el empleo de un método natural-positivista como el que se emplea en las ciencias naturales. La voluntad aparece en las definiciones de acción que proponen VON LISZT, RADBRUCH y BELING⁴⁰⁰, aunque entendida como un «impulso» que pondría en movimiento al propio cuerpo. La voluntad como dirección interna que la mente del sujeto impregna a la conducta es analizada recién en la categoría de la culpabilidad⁴⁰¹. El modelo neoclásico de delito sigue partiendo de una noción descriptiva de acción, integrada por una voluntad ciega, es decir que, al igual que en el modelo clásico, la voluntad se vincula a la acción como una relación causal empírica, en lugar de entenderla como una relación conceptual (o una razón para la acción).

A diferencia de las anteriores, WELZEL propone una teoría de la acción humana y no solo una teoría específicamente jurídica⁴⁰². La teoría final de la acción, como advierte BURKHARDT, se asemeja a las teorías filosóficas de la acción que proponen los filósofos DAVIDSON, BISHOP, BRATMAN, MELE, SEARLE y MOORE. La noción de causalidad subyace a la definición de acción, aunque en este caso se trataría de un «causalismo intencional», en el sentido de que no se abstraen del contenido de la voluntad, sino que precisamente explican la acción a partir del contenido representacional del estado

pretensión de exhaustividad, GIMBERNAT ORDEIG, «Sobre los conceptos de omisión y de comportamiento», *ADPCP*, 1987, pp. 579 y ss.; JESCHECK, *Tratado de Derecho penal*, T. I, p. 291. Entre quienes prescindían de una categoría como la acción, MIR PUIG, *DPPG*, p. 194; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *DPPG*, 9ª ed., 2015, p. 206.

⁴⁰⁰ VON LISZT, *Tratado de Derecho Penal*, p. 297; RADBRUCH, *Handlungsbegriff*, pp. 75 y ss., define a la acción como un movimiento corporal impulsado por una voluntad y que causa un resultado; en cambio, BELING, *Lehre vom Verbrechen*, pp. 11 y ss., prescinde de la exigencia de causación de un resultado, pero sigue concibiendo en términos causales la relación entre voluntad y acción. Recientemente, PAWLIK, *Confirmación de la norma y equilibrio en la identidad*, Ed. Atelier, 2019, p. 32, ha criticado el vaciamiento al concepto de acción que estos autores ha realizado, dejando un concepto pálido de acción despojado de los atributos con los que se fundamenta el delito.

⁴⁰¹ VIVES ANTÓN, *Fundamentos del Sistema Penal*, 1996, p. 107 y ss.; LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal Parte General*, p. 251.

⁴⁰² WELZEL, «Estudios sobre el Sistema de Derecho Penal», pp. 30-35.

intencional que dirige (o conduce) la modificación de un estado. En otras palabras, la acción es explicada a través de una relación causal y una relación de sentido⁴⁰³.

El concepto de acción al que me adscribo en este trabajo niega el carácter causal de los estados mentales. A diferencia de la concepción anterior, se trata de un «intencionalismo anti-causal» que fue defendido por ANSCOMBE, MELDEN y VON WRIGHT en la filosofía y por KINDHÄUSER en el ámbito penal. Entre otros filósofos de orientación wittgensteiniana, ANSCOMBE consideraba que la explicación por razones no es una explicación de tipo causal. Las razones no son propiamente causas de las acciones. Una determinada «acción» y la «razón» de ella no están unidas por relaciones externas y empíricas, propias de las relaciones causales, sino que están vinculadas a través de relaciones internas y conceptuales⁴⁰⁴.

También VON WRIGHT se muestra partidario del dualismo metodológico, según el cual las «explicaciones causales» explicarían nuestros movimientos corporales, mientras que las «explicaciones teleológicas» tendrían en cuenta, además, ese elemento esencial – intrínseco– de la acción que llamamos intención. Así, en tanto que los partidarios de la explicación causal prefieren hablar de «causas» de la acción, los partidarios de la explicación teleológica se apoyan en la idea de «razones» para la acción⁴⁰⁵.

En este sentido, criticando la posición de WELZEL, KINDHÄUSER sostiene que el lenguaje *«con el que el ser humano expresa sus razones, motivos, intenciones y fines de la acción*

⁴⁰³ BURKHARDT, «La teoría final de la acción de Welzel y la teoría filosófica de la acción», trad. Silva Olivares, en VV.AA., *Lo vivo y la muerto en la teoría del delito de Hans Welzel*, Ed. Universidad Externado de Colombia, 2022, p. 53.

⁴⁰⁴ ANSCOMBE, *Intención*, p. 62-64; MOYA, *Filosofía de la Mente*, pp. 192-195. En general, en el mundo filosófico la idea de que las razones no son causas de la acción es ampliamente aceptada. Sin embargo, cuando DAVIDSON publicó su artículo «Actions, reasons and causes» (1963) sostuvo que las razones para la acción eran causas de la acción. Davidson admite que no hay leyes estrictas que conecten razones y acciones, pero afirma que lo mismo ocurre en relación con otros acontecimientos singulares típicamente causales. En otras palabras, reconoce que entre dos descripciones de sucesos pueda haber una conexión lógica o conceptual, pero esto no impide que tales sucesos estén también relacionados causalmente, que es lo que ocurriría incluso con las razones y las acciones. GONZÁLEZ LAGIER, *Acción y Norma en von Wright*, pp. 150-152.

⁴⁰⁵ VON WRIGHT, *Explicación y Comprensión*, p. 13, 125-132, 140 y 144.

exhibe un carácter lógico que es diferente al lenguaje con el cual se hace referencia a la descripción y explicación de eventos contingentes. Por tanto, si el comportamiento humano se expresa en términos que reflejan el sentido de la relación de la persona con su entorno, hay que tener en cuenta su estructura típica no contingente. La conexión entre intenciones y acciones se basa en implicaciones de sentido y, por tanto, es analítica y es objeto de comprensión lógica»⁴⁰⁶.

Entendidas como «causas de la acción», estas se caracterizarían por: 1º) ser hipotéticas, pues se trata de conjeturas acerca de la acción; 2º) son confirmables en la realidad; 3º) se pueden observar; 4º) requieren de experiencias previas para establecerlas; 5º) el agente no tiene que conocerlas ni saber cómo funcionan para que se puedan presentar en su caso; 6º) son parte de una cadena infinita, cada una causada por otra. En cambio, si se entiende que son «razones» las mismas se caracterizan por: 1º) ser reglas; 2º) no hay que seguirlas necesariamente; 3º) en relación con lo anterior, puedo decir «él me dio una falsa razón» conociendo ciertas cuestiones del contexto; 4º) se trata de una cadena finita, pues en algún momento las razones se acaban. Considerando esto no resulta plausible pensar que se pueden postular leyes sobre estados mentales intencionales como leyes causales⁴⁰⁷.

Tras la idea de que las razones no son causas de la acción podemos descubrir una concepción general marcadamente antinaturalista del agente humano y de sus acciones. Si las razones no son causas de la acción intencional, y si ésta puede entenderse en términos de su relación con dichas razones, entonces la acción intencional humana no se halla en pie de igualdad con otros procesos de la naturaleza física, sino que constituye un proceso *sui generis*, no sometido al alcance del conocimiento nomológico⁴⁰⁸.

⁴⁰⁶ BURKHARDT, «La teoría final de la acción de Welzel», pp. 52 y 62-63. KINDHÄUSER, *Intentionale Handlung*, p. 152.

⁴⁰⁷ FIGUEROA RUBIO, «Reconocer y Explicar lo que hacemos», pp. 165-166. Precisamente por la cadena finita o no extensional de explicaciones que brindan las razones, SEARLE, *Razones para actuar*, Ed. Nobel, 2000, p. 126, considera que los enunciados acerca de las razones no son extensionales, sino intensionales (con S).

⁴⁰⁸ MOYA, «Introducción a la filosofía de Davidson», en DAVIDSON, *Mente, mundo y acción*, Ed. Paidós, 1992, p. 15.

Por tanto, actuar por razones supone dejar de considerar que los estados mentales intencionales son acontecimientos y comenzar a tomarlos como expresiones que pueden ser comprendidas y evaluadas a través del lenguaje. En palabras de SEARLE, son enunciados «factitivos» que en su forma incluye el porqué algo tenía que ser o había de suceder, o debería que, tenía que, o era obligado que hubiese de suceder. Además, las razones tampoco podrían circunscribirse a un sujeto específico, sino que las mismas pertenecen a una comunidad. Utilizar un estado mental para explicar una acción es un razón que está a disposición de cualquier usuario del lenguaje. Cuando explicamos una acción por medio de razones no hablamos de un individuo teniendo una razón en un momento y lugar determinado, sino que se trata de criterios más o menos comunes que permiten leer o comprender el actuar de otros y dar cuenta del propio⁴⁰⁹.

7.3.2 Clases de razones: Normativas y Motivadoras

La explicación de un asesinato consiste en dar una respuesta a la pregunta «¿por qué una persona ha matado a otra?». Existen muchas formas de responder a ella. Una de ellas podría ser acudiendo a los propósitos, a la finalidad perseguida o al objeto que el autor buscaba, afirmando, por ejemplo, que «tenía la intención de matar a su amante». Otra explicación podría referirse a las razones que lo impulsaron, condujeron o persuadieron de realizar dicho hecho, como decir que «lo hizo porque quería evitar que contara sus infidelidades a su esposa». Incluso, podríamos intentar explicar el hecho a partir de las

⁴⁰⁹ FIGUEROA RUBIO, «Reconocer y Explicar lo que hacemos», p. 163. Precisamente las críticas que la doctrina le asestó a los fundamentos que los jueces del BGH utilizaron en el famoso «caso de la correa de cuero» apuntan al uso arbitrario del concepto «aprobar el resultado». Recordemos que dicho caso, dos sujetos habían planeado un robo en el que expresamente habían descartado cualquier maniobra que pudiese causar la muerte de la víctima y, no obstante, la misma fallece. El tribunal recurre a la expresión «aprobar en sentido jurídico» (*billigen im Rechtssinne*), pese a que claramente los autores no deseaban el resultado, apartándose así del significado compartido que regula el uso de dicho concepto psicológico. Argumenta el tribunal que «aprueba en sentido jurídico» el resultado, quien, en aras al objetivo perseguido, de ser necesario se conforma con que su conducta realice el resultado que en sí no es deseado, y así, para el caso de que se produzca, lo quiere. En otras palabras, se puede aprobar (en sentido jurídico) la producción de un resultado, aunque le resulte desagradable al autor. Aunque la doctrina, en general, estuvo de acuerdo con la decisión de que se trataba de un caso de dolo eventual (excepto Engisch que la consideraba imprudente), prácticamente nadie compartió los fundamentos de la sentencia. En definitiva, lo que se critica es el uso de la expresión «aprobar en sentido jurídico».

influencias a las que el mismo habría cedido, sosteniendo que «lo hizo porque tenía demasiado miedo al escándalo». Podemos advertir que decidir qué razones son las que permiten explicar (o no) una acción no es tarea sencilla. Así, se puede aludir a «factores antecedentes» como las costumbres del sujeto, una ley que lo determinaba o los rasgos de su carácter que lo condicionaban a actuar de una manera; o bien, también se puede aludir a «aspectos teleológicos», como los motivos, los deseos, los propósitos o las intenciones que el mismo sujeto tenía⁴¹⁰.

ANSCOMBE dedica varios párrafos en su monografía *Intention* a explicar en qué sentido debe entenderse la pregunta «¿por qué?» y sostiene que la misma permite explicar una acción si es utilizada para dar una determinada interpretación de la acción o bien, para mencionar algo futuro. También podría ser empleada para referirse a una historia pasada, aunque esta no explicaría una acción, salvo que en la respuesta esté involucrada la idea de bien o mal, entonces lo pasado adquiriría el significado de motivos o intenciones con los que se habría ejecutado el hecho⁴¹¹.

Otra forma de precisar el sentido de la pregunta «¿por qué?» consiste en analizar el estatus ontológico que tienen las razones para actuar. En este sentido, las razones que permitirían explicar las acciones pueden ser identificadas con aspectos «psicológicos» o con aspectos «factuales». La primera de ellas considera que las razones por las que se actúa son estados mentales o entidades psicológicas, es decir que son razones que tienen una existencia subjetiva; en cambio, la segunda supone que las razones son hechos externos, cosas que están situadas fuera de la cabeza del sujeto o, mejor dicho, que tienen características objetivas⁴¹².

⁴¹⁰ WHITE, «Introducción», p. 24.

⁴¹¹ ANSCOMBE, *Intención*, p. 69-70; WISEMAN, *Routledge Philosophy Guidebook to Anscombe's Intention*, Ed. Routledge, 2016, p. 80. Esto es importante porque los eventos pasados a menudo son utilizados como motivos «naturales» que causan una acción, lo que claramente ella descarta. Ya hemos visto que, como discípula de Wittgenstein, entiende que las acciones solo se explican a través de razones y no de causas.

⁴¹² SEARLE, *Razones para actuar*, p. 123; ALVAREZ, «Reasons for action, acting for reason, and rationality», *Synthese*, n° 195, 2018, pp. 3294-3295.

Tanto las razones psicológicas como las razones factuales son utilizadas para explicar acciones. Por ejemplo, si quisiéramos explicar por qué «X mató a su esposa», podrías ofrecer diferentes clases explicaciones que se refieren a una razón.

- «X mató a su esposa porque cree que le fue infiel» (creencia)
- «X mató a su esposa porque le fue infiel» (hecho)⁴¹³

Sin embargo, existe una gran diferencia entre «creer» que la esposa le había sido infiel y el «hecho» de que la misma realmente lo haya sido. Si se presta atención, el sujeto podría haber creído que la esposa le había sido infiel, sin que sea un hecho que efectivamente lo haya sido; o bien, a la inversa, podría ser un hecho y que el sujeto no haya creído que el hecho ocurrió⁴¹⁴.

La importancia que tendría distinguir entre razones «como creencias» y razones «como hechos» consiste en poder advertir las diferentes funciones que ambas clases de razones podrían llegar a cumplir en la explicación de diferentes categorías de la teoría del delito. En este sentido, las razones psicológicas serían útiles para fines **explicativos** de la conducta, pero no para poder guiar o valorar una conducta. Solo las razones que son hechos serían **normativamente** significativas, pues únicamente éstas podrían determinar qué es lo que se debe hacerse. En otras palabras, existen hechos que sirven como razones para poder decidir qué es lo que tenemos que hacer. Esto supone que para poder actuar correctamente deberíamos descubrir cómo es el mundo y no cómo son nuestros pensamientos. Es evidente que ambas clases de razones están estrechamente vinculadas, puesto que para poder guiarse de acuerdo con lo que es el caso, una persona debe llegar a creer que tal cosa es el caso. Sin embargo, es el hecho y no su creencia en el hecho lo que debería guiarle. Dicho de otro modo, el hecho de que yo «no crea que P» no determina

⁴¹³ Cfr. SEARLE, *Razones para actuar*, p. 124 y s., propone utilizar el término «factitivo» para designar las entidades que tienen una estructura proposicional, ya sean estados intencionales, hechos del mundo o entidades que no son ninguna de las dos cosas, como las obligaciones. Todas las razones son entidades factitivas. Así, por ejemplo, si se me pregunta «¿por qué llevas un paraguas?», puedo dar los siguientes tipos de razones: 1º) está lloviendo; 2ª) creo que está lloviendo; 3º) no quiero mojarme; 4º) tengo la obligación de hacerlo. Todas estas son factitivos porque una creencia representa un hecho del mundo, la creencia puede ser una razón para algo incluso si no es verdadera, esto es, incluso si ni existe el correspondiente hecho en el mundo.

⁴¹⁴ ALVAREZ, ALVAREZ, «Reasons for action», p. 3295 y s.

que «P no sea una razón» para que yo realice una determinada acción. Tampoco el hecho de que yo no sea consciente de ninguna razón no muestra que no haya ninguna⁴¹⁵.

La distinción entre razones explicativas y razones normativas es ampliamente aceptada en la filosofía, aunque también admite otras denominaciones, como justificativas y motivadoras. La importancia de esta clasificación para nuestro objeto de estudio consiste en que es útil para explicar el hecho punible: el sujeto siempre tiene una razón externa a él para actuar conforme a derecho (norma) y esta no dejará de serla aunque no sea consciente de la misma; pero, para poder efectuar un reproche al sujeto, también es necesario averiguar los motivos por el cual el sujeto habría realizado la acción delictiva.

Es posible definir a las **razones normativas (o justificativas)** como razones «a favor de» las que cuales hacemos determinadas cosas. Podemos conocer perfectamente las razones por las que una persona haya actuado, pero desconocer si había una buena razón para ello. Para saber si existe una razón normativa podríamos preguntarnos, por ejemplo, si ¿había una razón moral para que lo hiciera?, o si ¿había una razón de otro tipo?, o si ¿era sensato hacerlo dadas las circunstancias? Si fuese sensato realizar la acción, entonces, habrá una razón normativa para ello. Cuando pensamos en esta clase de razones, solemos pensar en las características que hablan a favor (o en contra) de la acción. Por ello, pueden ser consideradas «razones normativas», ya que tanto por su propia naturaleza (favorecen la acción, y lo hacen con más o menos fuerza), como por su producto, hacen que las acciones puedan ser consideradas como correctas o incorrectas, o bien, como sensatas o imprudentes⁴¹⁶.

Por otro lado, las **razones motivadoras (o explicativas)** pueden definirse como razones «por las que» hacemos determinadas cosas. Pocas cosas hacemos sin motivo alguno. La mayor parte las acciones intencionadas se hacen por alguna razón, aunque no siempre, como cuando uno se cruza de piernas; pero, en general, podemos decir que para cada acción existen razones que explican porque el agente lo hizo o que se persuadió de

⁴¹⁵ RAZ, *Razón práctica y normas*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 19-22.

⁴¹⁶ RAZ, *Razón práctica y normas*, p. 20 y s.; PARFIT, «Reasons and motivation», *Proceedings of the Aristotelian Society*, Supplementary vol. n° 71, 1997, pp. 99 y ss.; DANCY, *Practical Reality*, Ed. Oxford University, 2000, pp. 1-5; ALVAREZ, «Reasons for action», pp. 3294-3298.

hacerla. Razones motivadoras son aquellas **por las que** (o a pesar de las cuales) el sujeto actuó como lo hizo⁴¹⁷.

De acuerdo con esta clasificación, es necesario precisar el papel que cumplen las normas jurídico penales en el razonamiento práctico. En su monografía *Practical Reason and Norms* (1975), RAZ define a las normas como razones para comportarse de una determinada manera, es decir que pertenecen al ámbito más amplio de «razones prácticas», que a su vez pertenecen a las «razones normativas», pues pueden justificar y exigir aquella conducta que favorecen⁴¹⁸. También, en una nota al pie, aclara que no es la norma en sí, sino el «hecho» de que existan, es decir el hecho de que sean válidas, lo que constituye la razón normativa⁴¹⁹, pues, como hemos visto, las razones normativas se vinculan con los aspectos factuales y no con los psicológicos.

En primer lugar, RAZ considera que las normas de prohibición y mandato –a las que él llama normas obligatorias– se caracterizan por ser «razones completas». Rara vez exponemos de manera completa y exhaustiva nuestras razones. Por ejemplo, si le preguntásemos a John por qué va la estación de tren, el mismo podría dar diferentes razones: 1º) su amigo James va a llegar pronto; 2º) a su amigo James le gustará que le esperen en la estación; 3º) que él desea complacer a su amigo James. Las tres respuestas estarían próximas a ser consideradas una «razón completa». Sin embargo, la importancia de esta nota es que excluirían a las razones de segundo orden, es decir aquellas razones que justifican las razones que tendría John para ir a recoger a James en la estación. Por ejemplo, una razón de la razón podría ser: 4º) que él le había prometido a James que lo encontraría allí; 5º) que uno debería cumplir con sus promesas; 6º) que uno debe complacer a sus amigos⁴²⁰. Las normas jurídicas son razones de primer orden porque afectan o se refieren a las consideraciones a favor o en contra de las acciones; en cambio,

⁴¹⁷ RAZ, *Razón práctica y Normas*, p. 19 y s.; PARFIT, «Reasons and motivation», pp. 1-5; ALVAREZ, «Reasons for action», pp. 3294-3298.

⁴¹⁸ RAZ, *Razón práctica y Normas*, p. 49 y ss.; EL MISMO, *From Normativity to Responsibility*, Ed. Oxford University, 2011, pp. 13-17.

⁴¹⁹ RAZ, *The authority of law. Essays on Law and Morality*, Ed. Clarendon, 1983, p. 146 (nota 142); MAÑALICH, «Norms, Authority, and Practical Reason», *Rechtsphilosophie Zeitschrift für die Grundlagen des Rechts*, n° 4, 2022, p. 414.

⁴²⁰ RAZ, *Razón práctica y Normas*, p. 25-28.

las razones de segundo orden son razones que afectan o se refieren a razones de primer orden, es decir que son consideraciones a favor o en contra de las razones.

Además, otra característica que tienen las normas jurídicas es que son «razones operativas», en la medida en que el mismo hecho de creer en su existencia supone que el sujeto adopte una actitud crítica práctica. En otras palabras, una actitud crítica hacia el comportamiento que se ajusta (o entra en conflicto) con dicha razón⁴²¹. Por contraposición a las razones operativas, existen las «razones auxiliares» que solo cumplen con la función de ayudar a identificar qué actos se deben realizar para alcanzar una razón operativa. Por ejemplo, si yo deseo ayudar a James, entonces tengo una razón operativa para ello; pero, si además creo que entregándole 400 libras le ayudaré, entonces también tendré una razón auxiliar que me permitiría identificar lo que es necesario hacer⁴²².

De acuerdo con la terminología introducida por RAZ, una norma de comportamiento constituye una «razón de primer orden» para la omisión (o ejecución) de una determinada acción. Aunque, también es una «razón de segundo orden», en virtud a que constituye una razón excluyente de cualquier otra razón que se oponga a tomar a la norma como una razón. En este sentido, la norma de prohibición (o de mandato) es lo que RAZ llama una «razón protegida»: una razón para la acción y una razón para que el sujeto anteponga dicha razón a cualquier otra razón incompatible. En otras palabras, una norma de comportamiento cobra relevancia objetiva, es decir para la ejecución (u omisión) de una conducta, y también relevancia subjetiva, para no tomar otras razones incompatibles a dicha razón⁴²³.

En este sentido, un análisis de las acciones contrarias a la norma de comportamiento requerirá que se consideren ambos aspectos: por un lado, las razones objetivas **con la cual** una persona ha ejecutado (u omitido) la acción prevista en la norma y, por el otro, las razones subjetivas **por la cual** una persona ha ejecutado u omitido dicha acción⁴²⁴. El

⁴²¹ RAZ, *Razón práctica y Normas*, p. 37 y s.

⁴²² RAZ, *Razón práctica y Normas*, p. 38 y s.

⁴²³ MAÑALICH, «La exculpación como categoría del razonamiento práctico», *InDret* nº 1, 2013, p. 3.

⁴²⁴ MAÑALICH, «La exculpación como categoría del razonamiento práctico», p. 6 y s.; VON WRIGHT, *Practical Reason*, p. 54, señala que las razones externas existen en dos sentidos diferentes, uno objetivamente, en tanto que instituidas y presentadas a los miembros de una comunidad, y otro

análisis supone una yuxtaposición de las razones para realizar una acción (razón con la que) y de las razones para creer (razón por la que) en que lo que hacía era lo correcto. Considérese el siguiente ejemplo: una persona podría tener una razón «para creer» que lloverá y, por otro lado, el mismo hecho de que lloverá constituirá una razón «para realizar» la acción de coger un paraguas. Cuando se juzgan las razones con las que se actúa se analiza si la acción de una persona está o no bien fundamentada, atendiendo principalmente a si existían (o no) razones para realizar dicha acción; pero también se analiza si la acción era razonable o racional, atendiendo a si la persona tuvo (o no) razones para creer que había razones para su acción⁴²⁵.

Con ello, el objeto del reproche jurídico-penal de culpabilidad admite ser redefinido como constituido por el hecho de que el autor no ha convertido la norma en motivo, a pesar de haber sido capaz de motivarse con arreglo a la norma, o bien de asegurar su capacidad de motivarse con arreglo a la norma. Así, y en la medida en que la aplicación del derecho (penal) opera sobre la premisa de la que la respectiva norma vale como razón para la acción —esto es, que su destinatario cuenta, eo ipso, con una razón (protegida) para omitir la acción prohibida o ejecutar la acción ordenada—, para la eventual imputación de su quebrantamiento sólo interesa la cuestión de si el destinatario habría podido dar seguimiento a la norma, bajo la hipótesis de una suficiente medida de fidelidad al derecho como disposición motivacional dominante.

7.3.3 Se aplica el método del Silogismo Práctico

La clase de razonamiento que utilizamos para explicar un «evento como acción» no puede ser idéntico al que empleamos para interpretar «enunciados sobre la acción». La razón radica en que las premisas que se toman como punto de partida y la conclusión a la que se llega suelen ser muy distintas. La lógica deductiva-formal que empleábamos para interpretar enunciados no resulta útil para explicar un suceso como acción, precisamente porque este tipo de razonamiento parte de premisas en la que se nombran «sucesos

subjetivamente, en tanto reconocidas por agentes individuales como razones para actuar; véase BRANDOM, *Hacerlo Explícito*, p. 364 y ss., sobre la distinción entre las razones con las que se actúa y las razones por la que se actúa.

⁴²⁵ RAZ, *Razón práctica y Normas*, p. 24 y s.

intencionales» y, además, porque tampoco persigue alcanzar una conclusión teóricamente correcta, sino una acción adecuada. A través del razonamiento práctico no procesamos información descriptiva sobre cómo es el mundo, sino que procesamos información acerca de qué (y cómo) hacer en una situación determinada, de modo que nuestras necesidades, deseos u objetivos reciban algún tipo de satisfacción⁴²⁶.

a) El origen del modelo práctico de Deseo-Creencia.

El razonamiento práctico, rescatado por ANSCOMBE, había sido desarrollado originalmente por ARISTÓTELES en la última etapa de su vida, expuesta fundamentalmente en sus obras *Ethikà Nikomákheia* (libro VII), en el *Perì psychês* (libro III) y, sobre todo, en el opúsculo *Perì zóion kinéseos* (Sobre el movimiento de los animales). ANSCOMBE le recrimina a gran parte de la filosofía moderna haber olvidado este esquema de razonamiento y haberse centrado en una concepción incorregiblemente contemplativa del conocimiento⁴²⁷.

ARISTÓTELES, que estaba orgulloso de su método de deducción lógica, acaba desarrollando una teoría muy parecida para explicar el procesamiento práctico de la información, es decir cómo ciertos «procesos internos» acaban desembocando en la ejecución de una determinada acción⁴²⁸. A diferencia del razonamiento teórico, esta clase

⁴²⁶ MOSTERÍN, «Introducción», en ANSCOMBE, *Intención*, p. 16.

⁴²⁷ En realidad, el olvido no ha sido tan completo como ANSCOMBE cree. La doctrina de Hegel sobre lo que él también llama incidentalmente «*Schluss des Handelns*» es significativamente similar a la idea de un silogismo práctico. La misma fue expuesta en su obra *Wissenschaft der Logik* (1812/1816). En el esquema hegeliano de inferencia práctica, la primera premisa viene dada por la tendencia del sujeto hacia un fin (*der subjektive Zweck*), la segunda premisa está constituida por la contemplación de medios con vistas al fin y la conclusión consiste en la «objetivación» de la tendencia en acción (*der ausgeführte Zweck*). Hegel escribe: «*El fin se funde a través de un medio con la objetividad y en ésta consigo mismo ... Por consiguiente, el medio es el término medio formal de un silogismo formal; es externo tanto respecto al extremo del fin subjetivo como, por ende, también respecto al extremo del fin objetivo*». Véase HEGEL, *Ciencia de la Lógica*, trad. Mondolfo, Ed. Solar, 1982, p. 457. VON WRIGHT, *Explicación y Comprensión*, nota 75.

⁴²⁸ MOSTERÍN, «Introducción», en ANSCOMBE, *Intención*, p. 17. ANSCOMBE, *Intención*, p. 114, señala que cuando Aristóteles apunta que el silogismo teórico y el práctico son similares, en realidad parece querer

silogismo se distingue porque se centra en el carácter intencional que tienen las acciones, entendida como el resultado de una deliberación o cálculo sobre qué debe hacerse⁴²⁹. La dificultad de este esquema consiste en que **la conclusión no obliga necesariamente a realizar una acción**. Un sujeto podría tener la intención de realizar una acción y hacer algo distinto o, incluso, no hacer nada. En otras palabras, la conclusión a la que se llegue siempre podría haber sido de otro modo y, no obstante, el razonamiento seguir siendo válido. Un ejemplo tomado del mismo Aristóteles analiza el razonamiento que subyace a la acción intencional de comer alimentos del siguiente modo:

- Los alimentos secos convienen a todos los seres humanos
- Este alimento es seco
- Yo soy un ser humano
- Por tanto, este alimento me conviene

Vemos como esta clase de razonamiento no obliga a realizar una determinada acción. La conclusión «tomaré algunos frutos secos» es tan válida como la conclusión «es necesario que tome frutos secos», o «no tomaré ningún fruto seco»⁴³⁰.

decir que siempre se trata de un mecanismo psíquico por medio del cual una conclusión es educida. En ambos, la conclusión es «dicha» por la mente que le infiere (la perspectiva de la tercera persona).

⁴²⁹ Esta clase de silogismo conduce a una explicación de la acción y no a una demostración lógica de esta. No se trata de un razonamiento demostrativo e invariable, como tienen los razonamientos de carácter científico. Aquí no se intenta explicar qué es lo que el sujeto debía hacer, lo que ha quedado precisado en la interpretación de enunciados de acciones, sino interpretar eventos como acciones contrarias a la norma. Si hacer esta distinción, KINDHÄUSER, *Intentionale Handlung*, p. 151, afirma que el silogismo práctico no es una forma de demostración deductivo-teórica, sino una regla de fundamentación o explicación para un acción. DE LA FUENTE, *¿Que prohíben las normas de comportamiento?*, Ed. Universidad Externado de Colombia, 2019, pp. 84-99, confunde entre la determinación del objeto de la imputación y la inferencia de la conducta imputable que se realiza en el silogismo práctico. Desde mi punto de vista, esta confusión podría aclararse si se parte de distinguir entre interpretar el enunciado que versa sobre una acción, contenido en la norma, y el evento que se interpreta como acción.

⁴³⁰ ANSCOMBE, *Intención*, p. 114; BUNG, *Wissen und Wollen in Strafrecht*, p. 140; Cfr. KINDHÄUSER, «Acerca del concepto jurídico penal de acción», *CPC*, 2012, p. 21. EL MISMO, *Analytische Strafrechtswissenschaft*, T. 1º, p. 416.

Una alternativa para eludir una conclusión abierta sería adaptar el **silogismo práctico en modo imperativo**. Así, si incorporamos el «haced» en el predicado de una proposición, podríamos llegar a la siguiente conclusión:

- Haced todo lo que evite un accidente de tráfico
- Tal acción evitaría un accidente de tráfico
- Por tanto, haced tal acción

El problema que presenta esta variación, como advierte ANSCOMBE, consiste en que la primera premisa (la que tiene carácter universal) resulta completamente absurda. Si se reflexiona en lo que implica, podemos advertir que existen cientos de cosas distintas e incompatibles que evitarían un accidente automovilístico. **Solo las premisas universales negativas** tendrían la posibilidad de evitar esta clase de absurdo; pero ese razonamiento no era el que interesaba a ARISTÓTELES ni a ANSCOMBE. Estos autores intentaban explicar el razonamiento que llevara a la acción y no a las omisiones o, dicho con otras palabras, aun cuando se aceptaran como premisas prácticas, no conducirían a una acción particular, sino únicamente a no realizar determinadas acciones⁴³¹. Así, un silogismo práctico planteado con la premisa en universal negativo quedaría establecido de la siguiente manera:

- No realices conductas que puedan causar accidentes de tráfico
- Tal acción causaría un accidente de tráfico
- Por tanto, no hagas tal acción

El razonamiento correcto de la acción, para ARISTÓTELES, es el que toma como punto de partida **lo que ha sido deseado por el agente**, es decir «la cosa querida» que incita a la acción en todos los casos⁴³². Por su parte, ANSCOMBE se encarga de precisar qué es lo que debe entenderse por «querer» en un silogismo práctico. En este sentido, dicha autora recalca que no se refiere a la voluntad como fenómeno psicológico, lo que sería para ella

⁴³¹ ANSCOMBE, *Intención*, pp. 112-116; WISEMAN, *Routledge Philosophy Guidebook to Anscombe's Intention*, Ed. Routledge, 2016, p. 141. A diferencia de Aristóteles, Anscombe se sirvió del silogismo práctico como un esquema descriptivo de las acciones intencionales, que son aquellas realizadas por razones, más que como una secuencia de estados mentales.

⁴³² Sobre esta misma idea de voluntad Tomás DE AQUINO distinguía entre la *actio humana* que implicaba capacidades específicamente humanas, y la *actio hominis* referida a otros comportamientos humanos; pero también puede verse en la teoría del derecho natural de la imputación de PUFENDORF.

una causa mental, ya que esta concepción de la voluntad acabaría con una explicación pseudo-mecánica de la acción, en el que la justificación de la acción llevaría a una cadena de estados mentales. Precisamente es la voluntad entendida como una impresión interna lo que ella quiere evitar y al que denomina «*Will-o'-the-wisp*». La premisa que debería tomar para el silogismo es el objeto del deseo en el contexto de una acción, esto es lo que se responde a la pregunta «¿con vistas a qué haces X, Y y Z?» o «¿para qué haces X?»⁴³³.

VON WRIGHT también se sirvió del modelo de razonamiento práctico en su libro *Explicación y Comprensión* (1971) como argumento clave contra el monismo metodológico de la filosofía positivista de la ciencia y le sirve de base para rechazar el imperativo del marco causal (galileano) de explicación. El razonamiento práctico no constituye una forma de demostración y prueba, sino para la explicación y comprensión de una acción. Entre quienes pretenden explicar las acciones a través de la «subsunción», piensan que las acciones tienen causas, a las que llaman motivos, y que la fuerza de los motivos descansa en el hecho de que los agentes están dispuestos a seguir pautas de conducta características. Tales pautas proporcionan las leyes generales que conectan motivos y acción en el caso individual. Esta clase de explicación cibernética de la acción, que ejerció un gran impacto en la economía, psicología social y en la teoría jurídica, se opone a la explicación teleológica que proponen los filósofos inspirados en el último Wittgenstein. En otras palabras, este modelo constituye una alternativa al modelo de cobertura legal teórico subsuntiva. El modelo del silogismo práctico constituye en las ciencias sociales, lo que el modelo de subsunción teórica representa para la explicación causal en las ciencias naturales⁴³⁴.

⁴³³ ANSCOMBE, *Intención*, p. 118-122; STUCKENBERG, *Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum* p. 175; BUNG, *Wissen und Wollen in Strafrecht*, p. 142; WISEMAN, *Routledge Philosophy Guidebook to Anscombe's Intention*, Ed. Routledge, 2016, pp. 145-147. Además, Anscombe señala algunas restricciones formales de lo que puede tomarse como objeto de partida del silogismo práctico: una «restricción absoluta» referida a que debe tomarse algo que mantenga el carácter contingente, pues una «causa mental» no lo tendría, como cuando explica que está llorando porque quería haber sido más guapa; y una «restricción relativa» que surge de la distinción entre lo que se desea y lo que es deseable. Así, si digo «quiero X», para que sea inteligible debería poder decir «¿para qué?», lo que termina en una explicación de por qué «X» es adecuado, agradable o apropiado.

⁴³⁴ VON WRIGHT, *Explicación y Comprensión*, p.43-56; STUCKENBERG, *Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum*, p. 175; BUNG, *Wissen und Wollen im Strafrecht*, pp. 144-145. Una comparación entre los modelos de

La idea principal es la siguiente: el punto de partida es la premisa mayor del silogismo y menciona alguna cosa pretendida o la mera actuación; la premisa menor se refiere a algún acto conducente a su logro, algo así como un medio dirigido a tal fin; por último, la conclusión consiste en el empleo de este medio para alcanzar el fin en cuestión. Al margen de alguna variación mínima en relación el modelo de ANSCOMBE, lo importante del esquema de interpretación que propone el silogismo práctico –como sostiene BUNG– es que no representa una estructura fáctica de la acción en el sentido de WELZEL, sino que muestra que es posible interpretar la acción a la luz de una razón plausible para la acción⁴³⁵.

Más allá de la validez lógica de las inferencias prácticas, VON WRIGHT también se ocupa de algunas cuestiones referidas al contenido de las premisas. Especialmente se refiere al problema que genera el hecho de que la primera premisa (intención) incluya, implícitamente lo que el agente cree saber. Tomando el concepto de voluntad precisado por ANSCOMBE, la voluntad relevante para la acción es aquella que el sujeto cree poder realizar. Solo interesa el deseo si se trata de algo que el sujeto sabe, al mismo tiempo, que se está en condiciones de poder realizarlo, mediante las propias acciones. Así planteado, si el aspecto volitivo y el cognoscitivo no pueden separarse completamente ¿la segunda premisa del silogismo se vuelve inútil? Es cierto que para tener una intención debe tenerse una idea de cómo llevar a cabo la acción, pero esto no implica que deba saberlo «con precisión», sino que el medio puede resultarle extraño, equivocado o incluso supersticioso⁴³⁶.

b) Explicación de la acción relevante para el derecho penal

Hemos visto que las acciones no son otra cosa más que formas de comportamiento interpretadas a través de un estado mental dotado con intencionalidad. En otras palabras, cuando nos preguntamos por qué alguien se ha comportado de una determinada manera,

explicación de Hempel y Popper con el que propone von Wright, veáse GONZÁLEZ LAGIER, «La prueba de la intención y la explicación de la acción», *ISEGORIA*, nº 35, 2006, pp. 175-177.

⁴³⁵ BUNG, *Wissen und Wollen im Strafrecht*, pp. 146.

⁴³⁶ VON WRIGHT, *Explicación y Comprensión*, p.128; BUNG, *Wissen und Wollen im Strafrecht*, pp. 148-151.

respondemos indicando que el agente ha realizado un comportamiento porque quería alcanzar un determinado objetivo.

Sin embargo, en el ámbito del derecho penal no interesa explicar cualquier acción, sino únicamente por qué una persona puede ser responsabilizada por no haber querido lo que debía querer, esto es, por no haber querido evitar la realización de una conducta típica. El silogismo práctico se presenta como una herramienta útil para vincular al destinatario de una norma con ésta, tomando en cuenta su capacidad de acción⁴³⁷.

Este tipo de inferencia permite establecer, a partir de los elementos volitivos e intelectuales que caracterizan a las acciones, una conexión práctica entre la finalidad y el medio utilizado explicado. Así, si una persona hubiese pretendido alcanzar un determinado objetivo, y sabe que para lograrlo tiene que realizar (u omitir) determinada acción, se comportaría de modo contradictorio si no lo hiciera⁴³⁸.

El quebrantamiento del deber obtenido en la conclusión puede ser identificado como una falta de reconocimiento de la norma como razón para omitir o ejecutar la acción debida. En este sentido, el silogismo práctico puede ser reformulado de la siguiente manera para determinar los deberes jurídico-penales del destinatario de la norma:

- Premisa mayor: evitación de la realización del tipo como el objetivo debido.
- Premisa menor: conocimientos y capacidades relevantes del destinatario de la norma.
- Conclusión: comportamiento adecuado a deber, sea que el sujeto deba omitir (norma de prohibición) o ejecutar (norma de mandato) una determinada acción.

Así, por ejemplo, bajo la premisa mayor de que el destinatario de la norma «debe evitar la producción causal de un resultado de muerte» y la premisa menor de que el destinatario de la norma «advierte que al apretar un botón ocasionará la explosión de una bomba en

⁴³⁷ KINDHÄUSER, «Acerca de la fundamentación de las exigencias de cuidado», REJ N° 22, 2015, p. 18.

⁴³⁸ KINDHÄUSER, «Acerca de la fundamentación de las exigencias de cuidado», p. 18.

un edificio habitado por el que morirán seres humanos», el sujeto tiene el «deber de omitir apretar el botón»⁴³⁹.

La utilidad de esta herramienta lógica-analítica radica en que permite distinguir entre el tipo objetivo del tipo subjetivo, además de dejar afuera la pregunta sobre la culpabilidad:

El tipo objetivo aparece formulado de manera contradictoria en la premisa mayor de dicho silogismo. El objetivo perseguido por una persona (contenido proposicional de su acción intencional) se inserta en el análisis de manera negativa, por ello MAÑALICH lo llama «principio de contra-facticidad del objeto de imputación»⁴⁴⁰. Por ejemplo, si una norma de comportamiento estableciera que «está prohibido matar a otro», entonces aquello que debería ser imputado a quien infringe el derecho se formula contra-fácticamente como «no omitir acciones» que puedan matar a otro. En cambio, si la norma de comportamiento estableciera «el mandato de socorrer a otro» lo que debe ser imputado (contenido de la premisa mayor) deberá ser formulado como «no ejecutar la acción de socorrer».

Cabe aclarar que, si bien el objeto de la imputación es considerado de manera negativa, esta característica no debería ser confundido con adoptar un concepto negativo de acción, bajo el cual la acción es entendida como una «no evitación evitable». Como bien advierte VOGEL, autores como HARWIG, pero principalmente KARHS y su seguidor HERZBERG, además de BEHRENDT, confundieron esta distinción, renunciando a las diferencias lógicas que existen entre las prohibiciones de los delitos de comisión y los mandatos de los delitos de omisión. Bajo la influencia del concepto social de la acción, estos autores pretendieron unificar los delitos de comisión y de omisión bajo una misma forma básica consistente en un «delito de evitación»⁴⁴¹.

Otro requisito para la correcta formulación de la premisa mayor del silogismo práctico consiste en que debe ser construida desde la perspectiva del propio agente, esto es «en primera persona», pues solo ella puede conducir realmente a una acción. Una inferencia

⁴³⁹ KINDHÄUSER, «El tipo subjetivo en la construcción del delito», p. 9 y s.

⁴⁴⁰ MAÑALICH, «La exculpación como categoría del razonamiento práctico», p. 8 y s.; EL MISMO, *Norma, Causalidad y Acción*, p. 27 y s.

⁴⁴¹ VOGEL, *Norm und Pflicht*, p. 60.

realizada en «tercera persona» tendría carácter objetivo y no conduciría a ninguna acción. Solo el hecho de querer un fin y el de comprender los requisitos causales para alcanzarlo es lo que pondría al sujeto en movimiento. Tomando en consideración la distinción entre la actividad de interpretar enunciados e interpretar eventos, es posible advertir que una inferencia práctica realizada en tercera persona solo conduciría a una proposición lingüística acerca de lo que una persona debería hacer. Por el contrario, la inferencia práctica realizada en primera persona conduce a la realización de un acto, pues es el deseo lo que mueve al agente y la comprensión de las conexiones causales lo que dirige su movimiento⁴⁴².

Por otro lado, en tanto que razones para la acción, la distinta naturaleza de las normas de comportamiento configura también el ámbito de las acciones mientras que los mandatos prescribirían una (sola) acción. PHILIPPS señala que este punto ha sido pocas veces señalado en la doctrina penal, aunque no es contradictoria con la opinión general, y acude a la idea del «margen de maniobra» que las normas ofrecen para la acción. Así, por ejemplo, quien ha sido informado de la intención de cometer un delito grave, solo estaría obligado a acudir inmediatamente a la comisaría policial más cercana; pero no estaría impedido de realizar otras acciones⁴⁴³.

A raíz de ello, es posible sostener que las prohibiciones operan proscribiendo acciones de algún tipo, es decir «demarcando el espacio de juego» para la acción del que situacionalmente disponen los destinatarios. En cambio, los requerimientos operan prescribiendo acciones de algún tipo, es decir «marcando las acciones» en el interior del espacio de juego situacionalmente disponible para los destinatarios⁴⁴⁴.

El tipo subjetivo aparece reflejado en la premisa menor, pues aquí es donde se consideran los conocimientos y las capacidades físicas que tenía un autor concreto al momento de realizar la conducta que aparece descrita en el tipo penal.

⁴⁴² VON WRIGHT, *Practical Reason*, pp. 5-21.

⁴⁴³ PHILIPPS, *Der Handlungsspielraum*, Ed. Vittorio Klostermann, 1974, p. 15; MAÑALICH, *Norma Causalidad y Acción*, nota. 7.

⁴⁴⁴ MAÑALICH, *Norma, causalidad y acción*, p. 19. Es preciso aclarar que los delitos especiales también circunscriben el ámbito de aplicación de la norma, pero en función de los destinatarios y no de las acciones.

Si bien la doctrina dominante suele considerar que el conocimiento y la voluntad son los dos estados mentales que caracterizan a la imputación dolosa, en este modelo el elemento volitivo aparece formulado de manera contra-fáctica en el objeto de la imputación, como la intención de evitar la lesión, por ello no sería un elemento característico del tipo subjetivo. El mismo solo se encuentra restringido al elemento intelectual, es decir al conocimiento que tendría el sujeto sobre la posible relevancia causal de su comportamiento, y también a la capacidad de acción, entendida como la posibilidad físico-real de llevar a cabo la acción. En este sentido, el orden de análisis que propone el silogismo práctico establece una diferencia en las categorías donde la doctrina tradicional suele considerar los estados mentales⁴⁴⁵.

<i>(método tradicional)</i>	<i>(silogismo práctico)</i>
Acción <i>Capacidad de acción</i>	Premisa mayor <i>Intencionalidad de la acción</i>
Tipo subjetivo <i>Conocimiento y voluntad</i>	Premisa menor <i>Conocimiento y capacidad de acción</i>
Culpabilidad <i>Motivación</i>	Conclusión <i>Motivo de la acción</i>

La separación entre el elemento volitivo y el intelectual también permite mostrar que el deseo (o un estado mental conativo) es lo que movería al agente a realizar una acción y que la comprensión de las conexiones causales es aquello que permite dirigir sus movimientos⁴⁴⁶. De este modo, el conocimiento se erige como el criterio subjetivo fundamental para considerar que el autor habría actuado con cierto dominio o control sobre aquello que se disponía a realizar. En otras palabras, el hecho de actuar con conocimiento confiere al agente un dominio sobre la situación, pues quien sabe lo que hace (y lo que podría ocasionar) controla sus acciones. El conocimiento confiere a la persona un mayor poder de evitación que quien siquiera ha captado la relevancia de su comportamiento⁴⁴⁷.

⁴⁴⁵ VOGEL, *Norm und Pflicht*, p. 72. Sobre la configuración del dolo como elemento intelectual y capacidad de acción, véase VALIENTE IVAÑEZ, «La doble dimensión del dolo como criterio de imputación», en GÓMEZ MARTÍN et Al, *Libro Homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*, Ed. BOE, 2022, pp. 943-955.

⁴⁴⁶ VON WRIGHT, *Practical Reason*, pp. 5-21.

⁴⁴⁷ GRECO, «Dolo sin voluntad», *Nuevo Foro Penal* n° 88, 2017, pp. 18-19; FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, pp. 103 y ss.

Y solamente a partir del control de la situación se puede inferir la voluntad del agente que es contraria a la norma. En el caso de que una persona no hubiese podido controlar su conducta sería imposible inferir cuál había sido su voluntad pues, aunque la conducta antinormativa se hubiese ejecutado, no sabríamos si la misma fue producto del azar o realmente de la voluntad del sujeto. El conocimiento que permite inferir qué voluntad tenía el agente porque, aunque el mismo deseara muy profundamente realizar un determinado acto, nunca será posible inferir si eso era realmente lo que deseaba o si fue una mera casualidad, si no tuviese también un mínimo control sobre lo que hace⁴⁴⁸. En otras palabras, en este modelo la voluntad (o no) de evitar realizar una conducta contraria a la norma se da por supuesta en la premisa mayor del silogismo y recién se comprueba cuando el sujeto habría reconocido lo que estaba haciendo y además era capaz de evitarlo físicamente. Solo sería posible inferir la voluntad de evitar un homicidio si se prueba que el sujeto conocía que lo que se disponía a ejecutar podía llegar a matar a otra persona y, sin estar físicamente impedido, no realizó dicho comportamiento. De este modo se puede inferir que el sujeto tenía la intención de evitar un comportamiento contrario a la norma⁴⁴⁹.

Cabe aclarar que, como expondré en el siguiente capítulo, no es exactamente el conocimiento aquello que permite controlar de la conducta, sino los «estados mentales doxásticos». En ellos no solo se incluye al conocimiento, sino también las creencias

⁴⁴⁸ En un sentido muy próximo BÜNGER, «Über Vorstellung und Wille als Elemente der Subjektiven Verschuldung», *ZStW*, n.º 6, 1886, p. 339 y s.; y KOHLER, *Studien aus dem Strafrecht*, vol. 1, Ed. Bensheimer, 1890, pp. 67-70, coinciden en que no se trata de que el autor haya querido el resultado, sino que éste no dirigió su voluntad a la evitación de la realización del tipo pese a habérselo representado como probable, es decir que, teniendo un motivo para no actuar, el autor lo desatendió. Sobre la distinción entre dolo y deseo, VON LISZT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 3.º ed., Ed. Guttentag, 1888, p. 166, aclara que el mero deseo presupone la representación de cambios futuros, pero no la representación de la causalidad de la acción ejecutada en ese momento, que es lo que exige el dolo. Uno podría desear que el enemigo muera fulminado por un rayo, pero enviarlo al bosque con esa esperanza no es un actuar doloso. En la misma línea, ENGISCH, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, Ed. Scientia Aalen, 1967, p. 167; WELZEL, *Derecho Penal alemán*, pp. 79 y ss.; CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, 2.ª ed., Ed. B de F, 2013, p. 247.

⁴⁴⁹ CÓRDOBA, *La evitabilidad del error de prohibición*, Ed. Marcial Pons, 2012, p. 79-83; EL MISMO, «dolo y evitabilidad individual», *Pensar en Derecho* n.º 1, 2012, p. 217; EL MISMO, «Evitabilidad individual y lesividad en la teoría del ilícito», *Indret* n.º 3, 2015, p. 3.

justificadas o las simples creencias. Es discutible si una creencia irracional de la situación hubiese podido evitar la realización del hecho, aunque desde luego, la indiferencia, el consentimiento, la aceptación o la aprobación del sujeto no permiten ejercer un control sobre la conducta.

En definitiva, si una acción puede ser explicada sobre la base de que el sujeto conocía las circunstancias fácticas en las que actuaba y las regularidades causales que objetivamente hacían esperable (objetivamente) que su comportamiento derivara en un determinado resultado típico, entonces es posible concluir que el mismo actuaba de manera dolosa. Por el contrario, si el sujeto desconocía las circunstancias del hecho o las regularidades causales de las que partía no hacían esperable dicho resultado, entonces el sujeto actuaba imprudentemente⁴⁵⁰.

Sin embargo, podría ocurrir que la «razón objetiva» para actuar que provee la norma de comportamiento no haya sido «subjétivamente» reconocida por el destinatario porque el mismo era físicamente incapaz de omitir la acción prohibida (o de ejecutar la acción requerida), o bien, porque el sujeto desconocía las circunstancias fácticas que le hubiesen permitido inferir la necesidad de abstenerse de ejecutar una acción prohibida (o de llevar a cabo la acción requerida)⁴⁵¹.

Supongamos, por ejemplo, los individuos A y B se encontraban junto a la orilla de un río de aguas profundas y que B no sabe nadar. La norma que prohíbe matar a otro constituye una «razón objetiva» para la acción y, en el caso de que A empujase a B hacia el río, sabiendo que provocará la muerte de B, se le puede reprochar al sujeto A el hecho no haber reconocido intencionalmente la norma. Esto quiere decir que, frente a la «razón externa» que provee la norma, el sujeto habría adoptado la actitud crítico-práctica frente a ella de no reconocerla como una razón para ejecutar u omitir la acción en cuestión. Sin embargo, el sujeto A podría eximirse por no haber observado la norma si se verificara

⁴⁵⁰ KINDHÄUSER, «El tipo subjetivo», p. 29 y s.; EL MISMO, «imputación objetiva y subjetiva en el delito doloso», trad. Pastor Muñoz, *ADPCP*, vol. LIX, 2006, p. 64; PUPPE, *Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung*, T. 1, Ed. Nomos, 2010, § 19/9 y ss.; LA MISMA, *Vorsatz und Zurechnung*, Ed. Decker & Müller, 1992, pp. 35 y ss.

⁴⁵¹ MAÑALICH, *Norma, causalidad y acción*, p. 25.

que el mismo no era físicamente capaz de socorrerlo, por ejemplo, si hubiese sufrido un desmayo, o porque el mismo desconocía que B no sabía nadar⁴⁵².

Pero el derecho no siempre exonera a la persona y puede llegar a responsabilizarla, pese al desconocimiento o a la falta de capacidad para realizar la acción debida. El criterio para atribuir responsabilidad subsidiaria también es el de «evitabilidad», aunque ahora se refiere a la posibilidad de haber «evitado aquellas condiciones de inevitabilidad». Esta clase de responsabilidad es lo que se conoce como imprudencia⁴⁵³.

Indagar sobre las causas por las cuales un sujeto no adoptó las medidas de cuidado da lugar a una «imputación extraordinaria». En estos casos se le podría reprochar a un sujeto no haber asegurado previamente su capacidad de acción o no haberse procurado los conocimientos necesarios para haber podido evitar la acción contraria a la norma, por ejemplo, tomando el medicamento que diariamente suele ingerir para no sufrir desmayos o averiguando si B sabía nadar. Este razonamiento se puede reconstruirse a través de un silogismo secundario:

- Premisa mayor: asegurar la propia capacidad como el objetivo debido.
- Premisa menor: capacidades para mantener el cuidado externo y conocimientos para el cuidado interno.
- Conclusión: adopción de una medida de cuidado para asegurarse la capacidad (incumbencia⁴⁵⁴).

La premisa menor del silogismo secundario, en la que se funda la imputación a título de imprudencia, también debe ser respondida atendiendo a las capacidades y conocimientos que efectivamente tenía el sujeto. Si se pretende ser respetuoso con el principio de culpabilidad, no deberían tomarse como referencia parámetros objetivos de

⁴⁵² MAÑALICH, *Norma, causalidad y acción*, pp. 21-25; EL MISMO, «La imprudencia como estructura de imputación», *Revista de Ciencias Penales*, vol. XLII, nº3, 2015, p. 21.

⁴⁵³ KINDHÄUSER, «Acerca de la fundamentación de las exigencias de cuidado», p. 20.

⁴⁵⁴ La terminología «incumbencias» proviene del derecho civil y se refiere a la necesidad de conservarse, principalmente en interés propio, capaz de acción (y de motivación). Normativamente podrían ser definidas como proposiciones jurídicas supererogatorias que, sin ordenar o prohibir directamente un comportamiento, etiquetan su ejecución como deseable o inversamente «sancionan» su omisión o ejecución con la consecuencia de la imputación extraordinaria. VOGEL, *Norm und Pflicht*, p. 77.

responsabilidad, como los conocimientos que hubiese tenido el «buen padre de familia» o la «persona media», sino que debe considerar únicamente los estados mentales que efectivamente poseía el agente y que hubiesen podido asegurar su capacidad de acción⁴⁵⁵.

Esta caracterización de la imprudencia permite clarificar la usual distinción que, al menos desde ENGISCH, la doctrina dominante adopta entre lo que considera el «cuidado externo» (o cuidado objetivo), entendido como una medida de precaución que hubiese permitido al agente asegurar la capacidad de evitar la realización del tipo, y el «cuidado interno» (o cuidado subjetivo), referido a las propias capacidades cognitivas que hubiesen permitido al agente reconocer el riesgo de realización el tipo. La dimensión dual que tiene la imputación de la imprudencia coincidiría con la que tiene la imputación de dolo⁴⁵⁶.

<i>(dolo)</i>	<i>(imprudencia)</i>
<p>Capacidad física <i>Posibilidades externas de evitar</i></p>	<p>Cuidado externo <i>evitabilidad conforme a cuidado</i></p>
<p>Conocimiento <i>reconocer las circunstancias y las regularidades causales para evitar</i></p>	<p>Cuidado interno <i>previsibilidad conforme a cuidado</i></p>

Finalmente, si la persona contaba con el conocimiento necesario para haber evitado el hecho, es posible concluir que el mismo no evitó intencionalmente la acción contraria a la norma. Lo que realmente hubiese querido el autor no juega aquí ningún papel, pues solo interesa que la persona no quería evitar la realización tipo⁴⁵⁷. Sin embargo, los motivos por los cuales el agente no se formó la intención de evitar la realización del tipo, pese haber sido capaz (física e intelectualmente), son analizados en *la culpabilidad*.

⁴⁵⁵ MAÑALICH, «La imprudencia como estructura de imputación», p. 22.

⁴⁵⁶ MAÑALICH, «La imprudencia como estructura de imputación», p. 23. Fundamental sobre la distinción, CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, pp. 68-73, 200-201. Es acertada la crítica que formula CORCOY BIDASOLO a la doctrina dominante de concebir el cuidado externo como conducta adecuada relativa al injusto y el cuidado interno como una actitud interna del autor que pertenece a la culpabilidad. Desde el punto de vista de la autora, ambos aspectos pertenecen al injusto típico. Sin embargo, rechazo la propuesta de determinación general (baremo de persona media) que la misma propone. Sobre la determinación objetiva de cuidado, ENGISCH, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit*, pp. 275-276; JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal*, 1981, p. 798; MIR PUIG, *DPPG*, p. 300 y s.

⁴⁵⁷ KINDHÄUSER, «Acerca de la fundamentación de las exigencias de cuidado», p. 18.

La respuesta a por qué el autor no se formó la intención de evitar la realización del tipo, a pesar de haber sido capaz de ello constituye una pregunta referida a la culpabilidad de la persona. El autor puede haberse encontrado, por ejemplo, alienado, en un error de prohibición o en un estado de necesidad exculpante. Estas son razones aceptables por la doctrina para que el autor no se haya formado la intención de evitar la realización del tipo. En otras palabras, el hecho pone de manifiesto un déficit en la fidelidad al derecho que es la esperable en el autor; por ello no se le podría reprochar dicha falta de fidelidad⁴⁵⁸.

Por tanto, el juicio de imputación por el quebrantamiento de la norma de comportamiento se puede esquematizar como un juicio de dos niveles: en primer lugar, el juicio personal de infracción del deber previsto en la norma, fundado en la «capacidad que el agente» tenía para omitir o ejecutar intencionalmente la acción prohibida o requerida (gobernado por la capacidad de acción y el conocimiento de las circunstancias); y, en segundo lugar, el juicio sobre la culpabilidad por haber infringido dicho deber, fundado en la «capacidad y exigibilidad de una motivación» conforme a la norma. Tanto la imputación de primer nivel, como la del segundo, juzgan que el sujeto no haya reconocido la norma como una razón vinculante para su acción; pero en uno se analizan sus capacidades y en el segundo cuáles eran sus motivos⁴⁵⁹.

También en este segundo nivel de intenciones resulta posible una «imputación extraordinaria» cuando el sujeto es responsable por el déficit de capacidad o exigibilidad de motivación conforme a la norma. Por ejemplo, los casos de *actio libera in causa* (entendida de acuerdo con el modelo de la excepción) o los supuestos de error de prohibición vencible⁴⁶⁰.

⁴⁵⁸ KINDHÄUSER, «El tipo subjetivo en la construcción del delito», p. 10; EL MISMO, «Acerca de la fundamentación de las exigencias de cuidado», p. 19. En relación con las razones que fundamentan la falta de culpabilidad, PAEFFGEN, *NK* 2ª ed., 2005, § 32, n.ºm 245 y ss.

⁴⁵⁹ HRUSCHKA, *Strukturen der Zurechnung*, pp. 14 y ss., 18 y ss., 30 y ss.; EL MISMO, «Imputation», pp. 672 y ss., 676 y ss., 682 y ss.; KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, pp. 34 y ss., 46 y ss.; MAÑALICH, *Nötigung und Verantwortung*, Ed. Nomos, 2009, pp. 48 y ss., 67 y ss., 279 y ss.

⁴⁶⁰ MAÑALICH, «Norma e imputación como categorías del hecho punible», p. 181.

SEGUNDA PARTE: LA INTERPRETACIÓN DEL DOLO

El concepto «interpretación» suele ser utilizado corrientemente para referirse a muchas cosas heterogéneas como, por ejemplo, interpretar un texto, una ópera, una sinfonía, un mensaje, un sueño, etc. En el derecho, entendemos que interpretar es un proceso intelectual por el que, dado un enunciado legal, es posible llegar a comprender cuál es su significado. En este sentido, interpretar a qué se refieren los enunciados legales cuando mencionan el dolo supone responder a las preguntas sobre ¿cuál es el significado del dolo? ¿qué estados mentales son los que caracterizan el dolo? y si ¿existen los estados mentales como algo distinto a los hechos físicos?

Así, las cuestiones «semánticas» del dolo no pueden estar desvinculadas a los aspectos «ontológicos» del mismo. Tiene razón PRITTWITZ cuando advierte que la principal dificultad en la interpretación del dolo es que las definiciones jurídicas han sabido descuidar completamente cómo es que dichos conceptos pueden ser aplicados procesalmente. De acuerdo con su opinión, quien pretenda entender qué es el dolo debería ocuparse también por establecer cuál es el núcleo conceptual en que se funda la delimitación (y dentro de ello qué papel le corresponde al elemento volitivo); pero, también, debería poder establecer si el dolo es algo a ser constatado (probado) o si este solo debe serle imputado al autor⁴⁶¹. En la misma línea, aconseja CORCOY BIDASOLO que una definición no puede deslindarse del problema de la prueba, pues no tiene sentido exigir elementos en la definición que luego no podrían ser apreciados en un proceso penal⁴⁶².

De acuerdo con una conocida clasificación que hace WRÓBLEWSKI sobre qué es lo que debe entenderse por interpretación jurídica, entiendo que la misma no puede limitarse al

⁴⁶¹ PRITTWITZ, «Die Ansteckungsgefahr bei AIDS», *JA*, 1988, pp. 495 y s. Mi posición es completamente distinta a la que sostiene dicho autor, quien considera que no debería renunciarse al elemento volitivo y que, además, es deseable y posible constatar, con la ayuda de peritos expertos en psicología profunda, si una persona, al momento del hecho, conocía las circunstancias fácticas relevantes de un tipo penal. La tesis que se sostendrá considera que el uso correcto de los conceptos psicológicos depende de las reglas del lenguaje.

⁴⁶² CORCOY BIDASOLO, «Concepto dogmático y jurisprudencial del dolo», *Revista Fundación internacional de Ciencias Penales*, 2012, p. 99

texto legislativo. Los juristas también interpretamos fenómenos que culturales que, como el dolo y la imprudencia, han sido creados por personas y facilitan la aplicación del derecho⁴⁶³. Como afirma PAWLIK, –citando a varios filósofos del lenguaje– todas las formas de expresión humana, sea mediante manifestaciones verbales, escritas o a través de la conducta, constituyen un acontecer comunicativo. Quien actúa, comunica, lleva a cabo una autodefinición en el ámbito público que está obligado a fundamentar si se lo pidiesen⁴⁶⁴. El lenguaje que utilizamos es, en última instancia, una rama de la filosofía de la acción. Los actos de habla son un tipo de acción humana y dado que cuando hablamos sobre qué es el dolo o qué son los estados mentales de una persona y cómo es posible probarlos, también estamos realizando esta clase de actos, por ello cualquier estudio acerca del dolo requiere dar cuenta de cómo la mente establece relaciones con la realidad⁴⁶⁵.

La conexión entre los «enunciados teóricos» que versan sobre el dolo, referidos en general a la definición del mismo, y los «enunciados empíricos» que entran en consideración cuando el concepto de dolo toma contacto con la realidad, exhibe la necesidad de establecer reglas de correspondencia que complementen un estudio sobre la interpretación del dolo⁴⁶⁶. Dicho de otro modo, al resolver los problemas sobre el significado del dolo podemos reconocer teóricamente qué grupos de casos de casos en abstracto (en este caso, qué estados mentales) son los que se encuentran vinculados a la definición del mismo. Una vez establecidos cada uno de ellos podremos preguntar a qué aspectos de la realidad

⁴⁶³ Sobre esta clasificación véase WRÓBLEWSKI, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Ed. Civitas, 1988, pp.21-24; ALEXI, «Interpretazione giuridica», en *Enciclopedia delle Scienze Sociali*, Ed. Istituto della Enciclopedia Italiana, 1996, p.64; COMANDUCCI, *Razonamiento jurídico. Elementos para un modelo*, Ed. Fontamara, 1999, pp.10-14. En contraposición, por ejemplo, GUASTINI, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, 3ª ed., Ed. UNAM, 2001, p. 2 y s. considera que la interpretación jurídica solo recae sobre documentos o textos normativos.

⁴⁶⁴ PAWLIK, *Confirmación de la norma y equilibrio de la identidad*, p. 19.

⁴⁶⁵ Cfr. SEARLE, *Intencionalidad. Ensayo sobre la filosofía de la mente*, trad. Ujaldón Benítez, Ed. Tecnos, 1992, p.13 y s.

⁴⁶⁶ Además de las proposiciones teóricas que vinculan conceptos entre sí, existen reglas de correspondencia que permiten vincular conceptos teóricos con conceptos observacionales que se ocupa de relacionarlos con datos y hechos de la realidad. De esta manera teoría y prueba quedan coherentemente vinculadas. Así, VOLK, «Dolus ex re», en HAFT (ed.), *Strafgerichtsbarkeit. Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag*, Ed. Müller, 1993, p. 617.

se refieren y cómo puede obtenerse la prueba en un proceso penal. Por esta razón dividiré mi análisis en aspectos semánticos y ontológicos acerca de la interpretación del dolo:

1º) Cuestiones semánticas: Esta pregunta alude al significado que explícita o implícitamente contiene el concepto de dolo expresado en el código penal. Cuando interpretamos un concepto, en ocasiones, solemos hacer referencia a la actividad que consiste en dar una definición abstracta del mismo, normalmente formulada con la estructura «el dolo significa X» y, en otras ocasiones, interpretar puede consistir en mencionar los grupos de casos a los que dicho concepto resulta aplicable⁴⁶⁷.

Así, desde el punto de vista semántico, la interpretación del dolo supone el desafío de tener que dar una definición que en abstracto permita delimitar qué grupo de casos son aplicables (o no) al concepto, como los supuestos de dolo de primer grado, dolo de segundo grado (o consecuencias necesarias) y dolo eventual. Ambas actividades atañen a la interpretación de enunciados legales; pero una está orientada «en abstracto» y la otra lo hace «en concreto», destinado a precisar qué supuestos de hecho o grupos de casos son aplicables a dichos conceptos.

2º) Cuestiones ontológicas: la pertinencia de esta pregunta consiste en aclarar en qué consisten los estados mentales. Hablar de ellos no nos compromete con la tesis de que existe algo, un objeto o una entidad a la que podamos llamar «mente». Podríamos objetar que esta clase de preguntas corresponde hacerlas a las ciencias cognitivas, como la psicología, la neurociencia, la inteligencia artificial, etc. Sin embargo, en virtud a que cotidianamente describimos nuestra propia vida mental y la de los demás, empleando una determinada clase de conceptos, como son los «conceptos psicológicos», corresponde a la filosofía explicar la naturaleza que tienen tales conceptos y bajo qué condiciones resulta correcto aplicarlos. Es evidente que estas respuestas son importantes también para los juristas para la prueba del dolo.

⁴⁶⁷ GUASTINI, *La sintaxis del Derecho*, 2016, p. 328; EL MISMO, «El escepticismo ante las reglas replanteado», *Discusiones*, Nº 11, 2012, pp. 27-31. Lo sigue CHIASSONI, *Técnicas de interpretación jurídica. Breviario para juristas*, 2011, pp. 55 y ss. Esta distinción está presente de manera embrionaria en la obra de TARELLO *Diritto, enunciati, Usi*, publicada en el año 1974. Se la ha criticado porque en ocasiones ambas categorías se confunden. PAPAYANNIS, «¡Basta de vehículos en el parque!», pp. 147 y ss., ha defendido esta distinción.

CAPITULO III: CUESTIONES SEMÁNTICAS DEL DOLO

Antes de pasar a una definición de dolo o precisar a qué grupo de casos resulta aplicable, es preciso aclarar si siempre será necesario interpretar qué es el dolo, incluso cuando su significado parece ser claro. Existe una importante opinión doctrinaria que sugiere que la interpretación sólo tendría lugar cuando la respuesta a un cuestión jurídica no es obvia⁴⁶⁸. Me aparto de esta posición, no sólo porque la interpretación jurídica dejaría de ser una actividad unificada, sino también porque entiendo que las palabras no tienen un significado intrínseco o propio que deba ser «averiguado» por el intérprete, sino que – como veremos al analizar los grupos de casos– su significado depende de cómo sea utilizado el concepto de dolo en la práctica jurisprudencial. Las propuestas de interpretación ofrecidas por la doctrina se aplican tanto a los problemas fáciles como a los difíciles.

1. EL SIGNIFICADO DE DOLO, ¿SE DESCUBRE O SE ATRIBUYE?

Clarificar el significado que tiene la regla que permite imputar responsabilidad a una persona podría ser concebida como una actividad de «atribución» de significado, o como una de «descubrimiento» del mismo, o incluso como una combinación de ambas. Siguiendo a HART es posible trazar un paralelismo entre la interpretación del lenguaje y los textos normativos, distinguiendo tres maneras diferentes de lo que podría entenderse por interpretar⁴⁶⁹:

1.1 Teoría cognitiva de la interpretación (noble sueño)

⁴⁶⁸ Esta opinión está vinculada con el aforismo «*in claris non fit interpretatio*». FALLON, «The Meaning of Legal ‘Meaning’ and Its Implications for Theories of Legal Interpretation», *University of Chicago Law Review*, nº 82 (3), 2015, p. 1299; MARMOR, *Interpretation and Legal Theory*, 2º ed., Ed. Portland: Hart Publishing, 2005, p. 118 y 121.

⁴⁶⁹ HART, «American Jurisprudence through English Eye: The nightmare and the Nobel dream», *Georgia Law Review*, vol. 11, 1977, p. 969-989. Además, en MORESO, *Legal indeterminacy and Constitutional Interpretation*, Ed. Springer, 1998, pp. 131 y ss. y en GUASTINI, «Rule-Scepticism Restated», p. 11.

Esta es la posición que HART llama «el noble sueño interpretativo» y, como su nombre lo indica, plantea que la interpretación es una actividad cognitiva que permite descubrir el significado objetivo que tendría una regla. Esta teoría parte de la idea metafísica de que existe un mundo jurídico del cual podría extraerse el significado intrínseco de cada término. Esta opinión coincide en la filosofía del lenguaje con el realismo verbal, según la cual las palabras estarían referidas a entidades externas que permiten atribuir un significado de manera independiente a las consideraciones de los usuarios. Esta postura estaría fundada en la creencia de que el legislador ha impreso a la regulación del dolo un significado que los intérpretes pueden identificar y, por ello pueden detectar qué interpretaciones son verdaderas o correctas y cuáles otras son falsas porque no se deducirían del concepto objetivo⁴⁷⁰.

En esta línea, la opinión mayoritaria parece reconocer en la voluntad la esencia del dolo, lo que solo ha conducido a una arbitraria ampliación del concepto corriente de «voluntad», que los partidarios dicen haber encontrado o descubierto para explicar todos los casos a los que el concepto se aplica⁴⁷¹. Esta teoría de la interpretación se encuentra vinculada con la doctrina de la separación de poderes, la sujeción del juez a lo que la ley dice y al mito de la certeza en el derecho. Las normas jurídicas formarían un sistema coherente y completo, sin espacio para la discrecionalidad judicial, en la que los jueces podrían interpretar el significado que tiene el dolo tomando como punto de referencia el significado preexistente del mismo⁴⁷².

1.2 Teoría escéptica de la interpretación (pesadilla)

⁴⁷⁰ HART, «American Jurisprudence through English Eye: The nightmare and the Nobel dream», pp. 984-985.

⁴⁷¹ Fundándose en el significado de la palabra alemana «Vorsatz» que proviene del verbo «vorsätzen» y que significa proponer o tener la intención, la doctrina mayoritaria entiende que el dolo de primer grado es la figura básica del dolo y válida para todos los casos, sea que se considere un «concepto amplio» de voluntad o que se sostenga uno como «co-querido». En este sentido, ENGISCH, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit*, pp. 220-231, criticaba a la posición dominante por considerar a la «voluntad» como esencia del dolo, en lugar de considerar a la «representación» como elemento común.

⁴⁷² GUASTINI, «Rule-Scepticism Restated», p. 13.

A esta concepción de la interpretación se la conoce como «pesadilla interpretativa» y es la teoría opuesta a la anterior. Parte de negar la existencia de un mundo jurídico que pueda trascender a nuestra capacidad para conocer el derecho y considera que el mismo ha sido construido sencillamente por seres humanos. En filosofía del lenguaje esta visión se corresponde con una concepción escéptica y considera que toda interpretación es, en realidad, una invención por parte del intérprete y que no hay nada objetivo en los significados⁴⁷³. El término dolo no tendría un significado propio, sino que su definición dependería de las necesidades político-criminales que los juristas han ido detectando a lo largo de la historia y que luego se cristalizan en la doctrina penal.

La principal crítica que se le achaca a esta concepción consiste en que se pierde la distinción entre poder judicial y poder legislativo⁴⁷⁴, como parece haber ocurrido con la STS 1637/1999, de 10 de enero, en la que se equiparó el significado de dolo al de «haber decidido no conocer»⁴⁷⁵. Si bien es cierto que posteriormente se impusieron algunos reparos a la definición del dolo sin conocimiento, como puede verse en la STS 797/2006⁴⁷⁶, lo cierto es que aún hoy esta interpretación sigue siendo aplicada por los tribunales, pese a los intensos debates que todavía se mantienen. Esta teoría de la interpretación descuida los vínculos y límites establecidos por una cultura determinada, olvidando los usos lingüísticos que la misma comunidad se da a sí misma en una época determinada⁴⁷⁷.

⁴⁷³ HART, «American Jurisprudence through English Eye: The nightmare and the Nobel dream», p. 978. Además, en MORESO, *Legal indeterminacy and Constitutional Interpretation*, Ed. Springer, 1998, p. 131 y ss. y en GUASTINI, «Rule-Scepticism Restated», p. 11.

⁴⁷⁴ HART, «American Jurisprudence through English Eye: The nightmare and the Nobel dream», p. 971

⁴⁷⁵ Apareció por primera vez que en una sentencia del Common Law en el año 1861, precisamente en el caso *Regina v. Sleep*, en el que se condenó por malversación de bienes de dominio público a un ferretero que se había apropiado de bienes cuya titularidad era del Estado. La figura requería el conocimiento del carácter estatal y, pese a la alegación de desconocimiento por parte del acusado, se consideró que la abstención intencionada de obtener conocimientos merecía la misma respuesta punitiva que el conocimiento cierto. RAGUÉS I VALLÈS, *La ignorancia deliberada*, p. 65.

⁴⁷⁶ RAGUÉS I VALLÈS, *La ignorancia deliberada*, p. 60. También, FEIJÓO SANCHEZ, «La teoría de la ignorancia deliberada », p. 12.

⁴⁷⁷ GUASTINI, «Rule-Scepticism Restated», p. 16.

1.3 Teoría ecléctica de la interpretación (vigilia)

Esta teoría de la interpretación es conocida como «vigilia interpretativa» e intenta conciliar las dos posiciones anteriores, sosteniendo que a veces la interpretación es un proceso de conocimiento y otras una decisión discrecional. Precisamente esta teoría se basa en el hecho obvio de que la ley vive en la red de reglas, convenciones y prácticas de las que se componen las lenguas naturales. La única forma de dar sentido a las formulaciones normativas es atribuírselo en el ámbito de este entramado. Y como esta red no es completamente estable, debido a la textura abierta de las expresiones utilizadas o a su ambigüedad, pueden surgir dudas sobre la aplicación de estas reglas⁴⁷⁸.

Sin embargo, que no exista un significado estable para el concepto de dolo no significa que el mismo no tenga un significado propio. Podemos dudar acerca de si una interpretación concreta (grupo de casos) pertenece o no a la gama de interpretaciones admisibles para dicho término. El hecho de que a veces tengamos esta duda no significa que siempre la tengamos, pues existen supuestos en los que –aunque la ley no defina qué es el dolo o determine a qué grupo de casos es aplicable– podemos formular proposiciones jurídicas acerca del dolo en los que sea posible asignarles un valor de verdad. Así, pueden existir casos en los que podemos calificar acciones sin equivocarnos o señalar cuando los jueces pueden equivocarse⁴⁷⁹.

En otras palabras, a raíz de la textura abierta que presenta el lenguaje natural, los juristas suelen enfrentarse a «casos fáciles» en los que el significado de dolo es claro, y a «casos difíciles», donde el mismo es oscuro (casos de penumbra). En los primeros, los intérpretes justifican sus decisiones aplicando significados estables de dolo y, en los segundos, ejercerán su discrecionalidad. Esta dinámica puede advertirse en las diferentes interpretaciones que se fueron admitiendo sobre el dolo a lo largo de la historia del derecho penal: voluntad directa, voluntad indirecta, voluntad psicológica, emociones o el conocimiento.

⁴⁷⁸ MORESO, *Legal indeterminacy and Constitutional Interpretation*, Ed. Springer, 1998, p. 158.

⁴⁷⁹ Cfr. MORESO, *Legal indeterminacy and Constitutional Interpretation*, pp. 159-160.

2. EL PROBLEMA DE LAS LAGUNAS NORMATIVAS

Los problemas de indeterminación semántica en el derecho (*gaps*) se conocen como «lagunas normativas». Se trata de supuestos en los que no se conoce el significado de los enunciados lingüísticos, sea porque se duda acerca de las propiedades que definen cada categoría, sea porque se duda de si la regla puede ser aplicada a un caso genérico. En el primer caso hablamos de «vaguedad semántica» y, en el segundo, de una «vaguedad pragmática»⁴⁸⁰.

Por ejemplo, una persona podría encontrarse frente a supuestos de indeterminación de la palabra «calvo», sea porque está aprendiendo el idioma y desconoce el significado de la palabra, o bien, porque no sabe si es posible aplicar el término a una persona que tiene poco pelo, pese a conocer perfectamente el significado que tiene la palabra calvo. En el primer caso, no se desconocen las propiedades que definen el concepto y, por ello, las llamamos vaguedad semántica; en cambio, en el segundo supuesto lo que no se sabe es si dicha propiedad del caso concreto puede ser aplicable a un caso genérico (vaguedad pragmática)⁴⁸¹.

En relación con la interpretación del dolo, pueden presentarse lagunas semánticas, sea porque el legislador no ha definido qué es el dolo, o porque no exista un uso lingüístico consolidado en la doctrina sobre lo que debe entenderse por él. Incluso, muchos jueces suelen dar definiciones de dolo en sus sentencias. Precisamente, en un congreso celebrado en el año 1967 en Münster, ningún participante se pronunció a favor de la adopción de

⁴⁸⁰ Véase GUASTINI, *Interpretar y argumentar*, pp.140 y ss.; CHIASSONI, *Técnicas de interpretación jurídica. Brevario para juristas*, Ed. Marcial Pons, 2011, pp.191-282; En relación a las posturas que podrían adoptarse sobre las lagunas, véase ATRIA, «Sobre lagunas», en ATRIA/BULYGIN/MORESO/NAVARRO/RODRÍGUEZ/RUIZ MANERO, *Las lagunas en el derecho. Una controversia sobre el derecho y la función judicial*, Ed. Marcial Pons, 2005, pp. 15 y ss., señala que existen tres alternativas: 1º) que el derecho es necesariamente completo y no presenta lagunas, como la posición defendida por Kelsen; 2º) que aunque hayan lagunas, el juez puede resolver todos los casos con normas generales preexistentes, según la concepción de Ruiz Manero y Atria; y 3º) que la existencia o inexistencia de lagunas es una cuestión empírica o contingente, y frente a esos casos, el juez decide discrecionalmente, como sostienen Alchourrón y Bulygin. También en BULYGIN, «Los jueces ¿crean derecho?», *Isonomía*, vol.18, pp.14 y ss.

⁴⁸¹ ENDICOTT, *La vaguedad en el Derecho*, 2006, pp. 65-68.

las definiciones de dolo e imprudencia que contenía el proyecto del código penal de 1962, ya que consideraron que las definiciones no eran tarea del legislador, sino de la ciencia, pues, aunque sean breves, no pueden hacer justicia a la complejidad del asunto y a los problemas que la experiencia plantea⁴⁸².

Mayor dificultad suelen acarrear los problemas de vaguedad pragmática, pues se trata de aquellos supuestos en los que no es posible saber si una regla resulta aplicable a un determinado caso genérico. Así, excepto que el legislador haya definido expresamente a qué grupo de casos resulta aplicable el dolo, como ha ocurrido en el art. 43 del código penal italiano, o en el art. 5 del código penal austríaco⁴⁸³, lo habitual es que sea la misma doctrina quien lo establezca, volviendo la texto legal e interpretando nuevamente la regla para acoger al grupo de casos marginales que habían quedado excluidos con la interpretación anterior⁴⁸⁴.

3. LA DEFINICIÓN DE DOLO

Contar con una definición de dolo constituye el primer paso para poder eliminar lagunas normativas. Una definición es un enunciado del tipo «X significa Y», en donde la expresión definida (X) se conoce como «*definiendum*» y la expresión usada para definirla (Y) se llama «*definiens*». Tradicionalmente la doctrina suele incluir en el «*definiens*» distintos supuestos o casos en los que la expresión «dolo» puede ser utilizada. Por esta razón, como señala CORCOY BIDASOLO, parece muy discutible poder contar con un único concepto de dolo que sea válido para cada uno de los supuestos, pues difícilmente pueda decirse qué elemento o requisito es aplicable en todos los casos⁴⁸⁵. No obstante, creo que

⁴⁸² ROXIN «Unterlassung, Vorsatz und Fahrlässigkeit, Versuch und Teilnahme», en ROXIN/STREE/ZIPF/JUNG, *Einführung in das neue Strafrecht*, 1974, Ed. C.H. Beck, p. 10.

⁴⁸³ Así, en el § 5 StGB se define al dolo como la actuación que realiza una circunstancia del tipo penal, bastando con que el autor crea seriamente en su posibilidad y la acepte; cuando actuase intencionadamente; o cuando considerase segura su ocurrencia. Esta clasificación tripartita también fue empleada en el proyecto de código penal alemán de 1962.

⁴⁸⁴ GUASTINI, *La sintaxis del Derecho*, pp. 341-345.

⁴⁸⁵ CORCOY BIDASOLO, «Concepto dogmático y jurisprudencial de dolo», 2012, p. 99; en el mismo sentido, PAREDES CASTAÑÓN, «Metodología para la imputación del injusto», p. 809, considera que no existe ni puede existir una definición científica de dolo en la que se puedan enumerar todas las condiciones

es posible elaborar una definición abstracta de dolo que sea aplicable a todos los supuestos.

3.1 Propuestas legislativas

La historia de las reformas al código penal alemán ha sido un fiel reflejo de las dificultades científicas que existen para definir el concepto de dolo. Algunos códigos han intentado dar definiciones precisas y otros han preferido evitarlas, regulándolo de manera parcial a partir de las consecuencias jurídicas que conllevan los casos de error.

Así, por ejemplo, en el anteproyecto de Código Penal alemán de 1909, el dolo fue definido en el § 59 como «*actuar con conocimiento y voluntad*» y «*cuando no se considere improbable que se den todas las circunstancias del hecho*». Los siguientes proyectos ofrecieron algunas definiciones siguiendo las teorías del consentimiento. Así, en el contraproyecto de 1911 de W. KAHL, quedaba definido en el § 20, párr. 1º como «*no disuadirse de cometer un delito pese haberlo considerado como posible*». Y en el proyecto de 1913, basándose en una redacción del Tribunal Imperial de Justicia (*Reichsgericht*), el mismo era definido como «*actuar con conocimiento y voluntad*» y como «*haberlo considerado posible y estar de acuerdo*». Disposiciones similares también figuraban en los proyectos de 1919 (§§ 11 párr. 1 y 14), de 1927 (§§ 17 párr. 1 y 19 párr. 1) y de 1930 (artículos 17 y 19)⁴⁸⁶.

No obstante, la moderación legislativa en el uso de definiciones también era preferida por otros autores, como el proyecto de 1925 que había decidido prescindir del uso de definiciones y las remitía a las investigaciones que hacían los científicos del derecho. En el mismo sentido, tras la guerra, WELZEL había opinado en contra de una definición legal de dolo en el código, argumentando que «una ley no era un libro de derecho penal». La comisión de 1954 daba por supuesta la definición de dolo y solo establecía las

necesarias y suficientes referidas a una realidad empírica, pues la calificación como dolosa (o no) siempre es materia de interpretación. Por el contrario, en esta investigación se brinda una definición abstracta de dolo aplicable a todos los casos, independientemente a las definiciones en concreto aplicables para cada caso genérico.

⁴⁸⁶ KÖHLER, *Die bewußte Fahrlässigkeit*, Ed. Carl Winter, 1982, pp. 22-23.

consecuencias del error. El anteproyecto de 1959, que se había pronunciado a favor de una definición legal, insistiendo en la importancia que tenía para la seguridad jurídica y la claridad legal, la había plasmado en el proyecto de 1962 (§ 16 «*actúa con dolo si la persona sabe o prevé con certeza que realizará el delito tipificado, o si considera posible la realización y la acepta*»); pero, finalmente, el texto que entró en vigencia en 1975 prefirió aceptar las recomendaciones del proyecto alternativo de BAUMANN y entender que una fijación legislativa supondría un grave peligro de rigidez para la evolución dogmática ulterior y dejando las definiciones en manos de la doctrina⁴⁸⁷.

Entiendo que es indiferente que la definición de dolo sea establecida legislativa o doctrinalmente, pues lo importante es contar con una que sea válida para todos los supuestos de dolo. Las definiciones importan porque constituyen indicios o elementos para interpretar el sentido del texto y ninguna de ellas sería concluyente para determinar cuál es el significado de dolo. Los textos también deben ser interpretados. Como afirman ALCHOURRÓN y BULYGIN, aunque el legislador haya formulado una definición explícita en el texto de la ley, no existen garantías de que el mismo lo haya hecho en un determinado sentido y luego lo haya utilizado en otro distinto. Las definiciones no son normas de conductas, ni reglas técnicas, aunque puedan dar lugar a la formulación de estas últimas, pues su única función es la de contribuir a la identificación de normas y reglas⁴⁸⁸.

Por tanto, es preciso contar con una definición abstracta de dolo que permita identificar cuáles son (o no) los grupos de casos a los que dicho concepto resulta aplicable. En la terminología empleada por GUASTINI, una definición «en abstracto» de dolo (u orientada al texto) permitiría identificar qué elementos definen «en concreto» los grupos de casos que pertenecen a una categoría. Si no contásemos con una definición abstracta de dolo no podríamos afirmar, por ejemplo, por qué el «*dolus indirectus*» no debe ser considerado un caso de dolo, o discutir por qué los casos de ignorancia deliberada también lo son.

⁴⁸⁷ KÖHLER, *Die bewußte Fahrlässigkeit*, pp. 23-25.

⁴⁸⁸ ALCHOURRÓN/BULYGIN, «Definiciones y Normas», en ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Análisis lógico y Derecho*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 451-453.

3.2 Propuesta de definición unitaria de dolo

Creo que existen buenas razones para definir el dolo como un «**juicio emitido por el juez en el que se declara que un sujeto contaba al momento del hecho con un estado mental que le hubiese permitido evitar la realización de un hecho contrario a la norma**». Esta definición abstracta de dolo no solo permitiría al intérprete desechar supuestos de dolo que no estén referidos a un estado mental (casos de responsabilidad objetiva) u otros donde el estado mental no hubiese podido evitar la realización del hecho contrario a la norma (casos de imprudencia). A continuación analizaré los aspectos de esta definición abstracta.

3.2.1 Es una declaración asertiva

Me centraré en la primera parte de la definición abstracta de dolo, es decir en aquello que debemos entender cuando decimos que se trata de una «declaración en la que se afirma que una persona actuaba con un determinado estado mental». Este fragmento de la definición alude a que un enunciado acerca del dolo no es una descripción que hace el juez de una realidad, sino que se trata de una adscripción de un determinado estado mental a un sujeto⁴⁸⁹.

Para entender el significado del verbo «adscribir» es necesario prestar atención a qué clase de actos llevamos a cabo con él, o más precisamente, qué clase de actos realizamos cuando adscribimos un estado mental a una persona. Así, cuando decimos «X tenía la intención de realizar tal acción» o que «X conocía que su conducta realizaría tal resultado», no solo estamos expresando que la persona contaba con determinados estados mentales, sino que también hacemos algo con dichas expresiones⁴⁹⁰. En este sentido,

⁴⁸⁹ HRUSCHKA, «Sobre la difícil prueba del dolo», en *Imputación y Derecho Penal*, Ed. Thomson Aranzadi, 2005, p. 155. Desde el punto de vista ontológico el dolo posee la misma naturaleza que la voluntad o la libertad humana, las acciones, la responsabilidad o la culpabilidad.

⁴⁹⁰ MAÑALICH, «El concepto de Acción y el lenguaje de la imputación», p. 672. El primero en sistematizar las actividades que realizamos cuando usamos palabras fue el filósofo John Austin, quien se encargó de distinguir entre una «dimensión locucionaria» de los actos de habla, la que equivalía a la oración que había sido expresada y que tenía un determinado sentido y referencia; una «dimensión ilocucionaria», es decir la clase de actos que convencionalmente realizamos con ellas, como informar, ordenar, advertir,

SEARLE reconoce que existe una clase de actos declarativos que se superponen con los representativos, en los que no solo parece necesario tener que conocer ciertos hechos sino que también se requiere de una autoridad para que asiente una decisión sobre ellos cuando se discute sobre su contenido. Son actos de carácter mixto, como los que suelen realizar jueces, árbitros o jurados cuando sancionan un «penalty» o declaran «culpable» a una persona, en la medida en que no solo realizan afirmaciones representativas de una realidad, sino que también emiten declaraciones con fuerza para fijar la verdad de las afirmaciones sobre las que se disputa⁴⁹¹.

MACKIE explica que el uso adscriptivo del lenguaje presupone una combinación de componentes descriptivos y prescriptivos. A fin de explicar el carácter híbrido de los actos de habla referidos a una declaración de responsabilidad, dicho autor utiliza como ejemplo los casos en que se establecen las condiciones de existencia de un contrato. Así, por un lado es necesario constatar que dos personas han celebrado efectivamente un contrato válido y, por el otro, que un juez lo declare válido, pues entonces el mismo estaría dando instrucciones a las partes y a los terceros interesados qué es lo que deben (o no) hacer de acuerdo a dicho contrato⁴⁹².

Considero que es desacertada la explicación que propone PÉREZ BARBERÁ al señalar que el reproche doloso supone una combinación de dos actos ilocucionarios, uno descriptivo y otro valorativo. Según su punto de vista atribuir dolo consistiría en una actividad consistente en «desvalorar» lo que habría hecho una persona, tomando como presupuesto una «descripción» de la realidad⁴⁹³. En el modelo analítico que sostengo, la «desvaloración» del suceso quedaría establecida al determinar el objeto de la imputación,

comprometernos, etc.; y una «dimensión perlocucionaria», esto es, aquello que eventualmente podemos producir o lograr cuando decimos algo, como convencer, persuadir, disuadir, sorprender o confundir. AUSTIN, *Cómo hacer cosas con las palabras*, 3ª ed., Ed. Paidós, 2017, p. 155. En palabras de HABERMAS, *Teoría de la acción Comunicativa* 1, Ed. Taurus, 1999, p. 371, es posible distinguir entre «decir algo», «hacer algo diciendo algo» y «causar algo mediante lo que se hace diciendo algo».

⁴⁹¹ SEARLE, «Una taxonomía de los actos ilocucionarios», *Teorema Revista internacional de filosofía*, vol. 6, n° 1, 1976, p. 65.

⁴⁹² MACKIE, *Persons and Values. Selected Papers II*, Ed. Oxford Clarendon, 1985, pp. 32-33; MAÑALICH, «El concepto de acción y el lenguaje de la imputación», p. 683.

⁴⁹³ PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*, Ed. Hammurabi, 2011, p. 678.

por ello no sería necesario recurrir a dicho acto de habla al adscribir dolo. Lo desvalorado por el derecho consistiría en haber «matado», «robado», etc.; pero no en «haber conocido», «deseado» o «creído», pues estos estados mentales solo se refieren a la posibilidad de haber evitado el acto ya desvalorado.

Lo correcto sería definir el juicio «adscriptivo» que emite el juez como la combinación de dos fuerzas ilocucionarias, una de ellas de carácter «asertiva», según la cual el sujeto activo de la imputación enunciaría algo acerca del sujeto que realizó una acción (por ejemplo, que tenía la intención, que conocía, etc.), y otra de carácter «declarativa», a través de la cual el sujeto activo de la imputación convertiría aquello que se ha enunciado en algo que debe ser tenido como verdadero, es decir en que el conocimiento de las circunstancias por parte del agente debe ser tenido como un enunciado verdadero⁴⁹⁴.

De acuerdo con la reformulación a la teoría de los actos de habla que propuso SEARLE en su artículo «Una taxonomía de los actos ilocucionarios» (1975), el mismo presentó doce criterios a partir de los cuales se puede clasificar a los actos que se realizan cuando se emiten palabras. Solo me serviré de los tres más importantes para explicar en qué consisten los actos de habla asertivos y declarativos llevados a cabo al adscribir estados mentales: el objeto o propósito del acto ilocucionario; la dirección de ajuste entre palabras y mundo; y la condición de sinceridad⁴⁹⁵.

1º) EL ACTO DE HABLA «ASERTIVO». Si bien en un primer momento SEARLE se refería a esta dimensión como «representación», luego prefirió utilizar la expresión «aserción»⁴⁹⁶. Con esta clase de actos de habla los usuarios pretenden averiguar y reflejar

⁴⁹⁴ SEARLE, *Expression and Meaning*, Ed. Cambridge University, 2005, p. 12 y ss; MACKIE, *Persons and Values. Selected Papers II*, Ed Oxford Clarendon, 1985, p. 33; MAÑALICH, «El concepto de acción y el lenguaje de la imputación», p. 683.

⁴⁹⁵ Estas tres dimensiones constituyen para Searle las dimensiones más importantes, pese a que existen otras que también necesitan ser tomadas en cuenta. Así, SEARLE, «Una taxonomía de los actos ilocucionarios», p. 48; HIERRO PESCADOR, *Principios de filosofía del lenguaje*, vol. 2, p. 164.

⁴⁹⁶ En sus primeros trabajos Searle utiliza el término «representativo», aunque a partir de la publicación de su libro *Expression and Meaning* (1979) explica que prefiere utilizar «asertivo» en vez de representativo, pues cualquier acto del habla con algún propósito es siempre en alguna medida representativo. SEARLE, *Expression and Meaning*, nota 1.

una realidad, de forma que el hablante se encontraría comprometido con que algo sea el caso, es decir con que aquello que el sujeto activo de la imputación intenta expresar se corresponde con la verdad⁴⁹⁷. Dicho con otras palabras, quien asevera que «X conocía Y» o «X tenía la intención de Y» tiene a dichos enunciado como verdaderos porque la persona efectivamente tenía dichos estados mentales.

En este sentido, una aserción exhibiría una dimensión de ajuste «palabras-a-mundo», pues el objeto de este acto ilocucionario es llevar a las palabras a encajar con el mundo⁴⁹⁸. En otras palabras el juez intenta adaptar sus palabras a la clase de estado mental que el sujeto habría tenido en aquel momento del hecho.

En última instancia, la condición de sinceridad haría referencia al estado psicológico en el que se encuentra el sujeto activo de la imputación. Quien realiza una aserción debe estar convencido de que el mundo es de una determinada manera, del mismo modo en que quien promete algo lo hace con una intención (de hacer algo futuro), o el que ordena lo hace con un deseo (que otro realice un acto), quien asevera algo cree que lo que está diciendo es verdadero⁴⁹⁹. Por esto, quien realiza una aserción no podría estar mintiendo acerca de lo que está diciendo y, por esta razón, debería exponer las razones por las que «cree» que aquello que dice se corresponde con el estado mental del sujeto. La dimensión

⁴⁹⁷ SEARLE, «Una taxonomía de los actos ilocucionarios», p. 57.

⁴⁹⁸ Para explicar el criterio de la dirección de ajuste de los actos ilocutivos, Searle utilizó un ejemplo que toma de ANSCOMBE: supongamos que un sujeto va al supermercado con la lista de la compra que le ha hecho su mujer (habas, mantequilla, bacon y pan). Supongamos que mientras él anda por allí con su carrito seleccionando esos elementos es seguido por un detective que escribe todo lo que él coge. Cuando salen de la tienda comprador y detective tendrán listas idénticas pero la función será completamente distinta. La lista del detective tiene una dirección de ajuste palabra-a-mundo (como los enunciados, descripciones, aserciones y explicaciones), pues el propósito de la lista es hacer que las palabras encaje con el mundo: se supone que el detective, al hacer la lista, se ajusta a la acciones del comprador. Así, SEARLE, «Una taxonomía de los actos ilocucionarios», p. 46 y s.; ANSCOMBE, *Intención*, p. 109. En relación a la imputación de acciones, aunque perfectamente aplicable también a la adscripción de estados mentales, Cfr. MAÑALICH, «El concepto de acción y el lenguaje de la imputación», p. 684.

⁴⁹⁹ SEARLE señala que es lingüísticamente inaceptable (aunque no autocontradictorio) el poner en conjunción el verbo realizativo explícito con la negación del estado psicológico expresado. Así no se puede decir «enuncio que p, pero no creo que p» o «prometo que p, pero no tengo intención de hacer p». SEARLE, «Una taxonomía de los actos ilocucionarios», p. 43.

asertiva en la adscripción de estados mentales explica por qué el juez debe actuar en su íntima convicción. En palabras de FREUND, «*para condenar por dolo basta con que el juez esté convencido de una determinada verdad, aunque no haya dado con ella*»⁵⁰⁰.

2º) EL ACTO DE HABLA «DECLARATIVO». Ilocutivamente esta clase de actos se caracteriza por su fuerza realizativa o transformativa, en el sentido de que, si llegan a tener éxito, entonces producen un cambio o una variación en la condición referida al objeto del que se trata. En este sentido, si por ejemplo realizo con éxito el acto de «nombrar a una persona como catedrático» que cumple con los requisitos para ello, entonces he constituido a la persona en catedrático; si realizo con éxito el acto de «declarar el estado de guerra», entonces ha comenzado la guerra; y si realizo con éxito el acto de «casar a una persona», entonces estará casado⁵⁰¹. A partir del acto institucional en el que se declara que la acción tiene carácter doloso, la conducta queda configurada como tal.

Por otro lado, un acto de habla declarativo exhibiría una dimensión de ajuste «mundo-a-palabras», pues aquello que se dice acaba por configurar o adaptar el mundo a aquello que declara. Dicho de otra forma, el juez que declara el comportamiento del agente como doloso está transformando institucionalmente el mundo y convierte la proposición en verdadera⁵⁰².

⁵⁰⁰ FREUND, *Normative Probleme der "Tatsachenfeststellung": eine Untersuchung zum tolerierten Risiko einer Fehlerurteilung im Bereich subjektiver Deliktsmerkmale*, Ed. C.F. Müller, 1987, p. 50. En el mismo sentido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo español en STS de 29 de enero de 1992 (A 581, ponente De Vega Ruiz), afirma que «*sólo la prueba indiciarla (deducida lógica, racional y causalmente entre el hecho acreditado y la circunstancia acreditable) puede conformar la íntima convicción de los jueces a través del texto recogido por el art. 741 procesal cuando de conocer el ánimo intencional con el que el acusado procedió se trata*». Por otro lado, cabe señalar que el principio de «la íntima convicción» se introdujo por primera vez en los arts. 312 y 342 del *Code d' Instruction Criminelle* francés de 1808 y recién en 1846, por incidencia de SAVIGNY, se incorporó la *freie Beweiswürdigung* en el reglamento penal prusiano. Para un análisis histórico de la consagración de este principio, véase NIEVA FENOLL, *La valoración de la prueba*, Ed. Marcial Pons, 2010, p. 70 y ss.

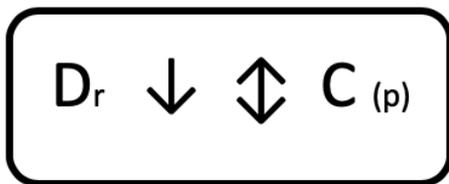
⁵⁰¹ SEARLE, «Una taxonomía de los actos ilocucionarios», p. 62. Este tipo de actos pueden incluirse también dentro de los actos realizativos que proponía Austin, porque se trata de emisiones que realizan hechos.

⁵⁰² Si continuamos con el ejemplo que Searle toma de ANSCOMBE, deberíamos suponer ahora que el comprador del supermercado, vigilado por el detective, ajusta el mundo a lo que tiene escrito en la libreta.

Ahora bien, los actos de habla declarativos no exigen una determinada condición de sinceridad en quien los emplea. Es irrelevante el estado psicológico, ya que sus efectos se producirán de todos modos, con independencia de que el sujeto que lo declara creyese o no en que aquello que sostiene es verdadero, desea que el mundo se constituya del modo en que enuncia sus palabras o que le genere placer⁵⁰³. Lo que realmente importa es que se cumplan ciertos requisitos formales al momento de realizarlo y no que psicológicamente «crea que el sujeto merece ser catedrático», o que «deseo que las personas que está casando sean felices», ni que «tenga la intención de ganar la guerra».

En definitiva, los actos de adscripción son caracterizados por SEARLE como actos híbridos, es decir como actos declarativos que se superponen con la clase de actos asertivos. No hay nada misterioso en esta clase de actos mixtos, pues las instituciones suelen requerir la realización de ciertos actos ilocucionarios que tengan la fuerza de una declaración que ponga fin a la disputa sobre la veracidad de ciertos hechos. Los siguientes pasos institucionales descansan en el establecimiento de esta solución factual⁵⁰⁴.

Los actos de adscripción pueden ser simbolizados de la siguiente manera:



El comprador coloca en el carro de la compra lo que está escrito en la libreta, por ello la libreta que lleva el comprador está configurada para adaptar el mundo a lo que dicen las palabras, por ello posee una dirección de ajuste de mundo-a-palabras. Así, SEARLE, «Una taxonomía de los actos ilocucionarios», p. 46 y s.; ANSCOMBE, *Intención*, p. 109. Cfr. MAÑALICH, «El concepto de acción y el lenguaje de la imputación», p. 684 y s.

⁵⁰³ SEARLE, «Una taxonomía de los actos ilocucionarios», p. 64. Lógicamente, cuando se realiza una declaración, como aquella en la que se declaran casadas a dos personas, el sujeto que lo realiza puede estar mintiendo o no, estar o no convencido; pero no puede mentir en el hecho de que está realizando un acto ilocucionario y produciendo determinados efectos. En este sentido, quien emite un acto del habla declarativo no podría mentir, aunque así lo deseara.

⁵⁰⁴ SEARLE, «Una taxonomía de los actos ilocucionarios», p. 65.

[Dr] indica el objeto ilocucionario de emitir un acto de habla asertivo con la fuerza de una declaración; la primera flecha indica la dirección de ajuste asertiva; la segunda, la dirección de ajuste declarativa; la condición de sinceridad es la de la creencia [C]; y la [p] representa el contenido proposicional⁵⁰⁵.

3.2.2 Emitida por un juez

Otro de los aspectos relevantes, señalados por SEARLE para este tipo de actos de habla híbridos, es la existencia de una institución extralingüística, un sistema de reglas constitutivas y reglas constitutivas del lenguaje para que la declaración pueda ser realizada con éxito. Además de ser necesaria una iglesia para poder realizar el acto de excomulgar, o de un Estado para declarar la guerra, o de leyes que regulen la propiedad privada para poder transmitir posesiones o, incluso, de un Estado para poder atribuir responsabilidad, es preciso que la persona que realice una adscripción tenga un dominio sobre las reglas lingüísticas que permiten que esta clase de declaraciones surta efectos⁵⁰⁶. La importancia del juez o de un tribunal también era reconocida por KANT en la adscripción de acciones (imputación)⁵⁰⁷.

En esta misma línea, señala BRANDOM que un juicio de adscripción (de estados mentales) válido, no solo requiere la existencia de unas reglas que enuncien las condiciones bajo las cuales depende que la correspondiente atribución (de conocimiento, intención, etc.) se encuentre formalmente justificada, sino que además es preciso remitir a aspectos materiales, como a la autoridad que efectúa la aserción⁵⁰⁸.

⁵⁰⁵ SEARLE, «Una taxonomía de los actos ilocucionarios», p. 66.

⁵⁰⁶ SEARLE, «Una taxonomía de los actos ilocucionarios», p. 63 y s.. También KANT, *La Metafísica de las costumbres*, T. VI, p. 227,

⁵⁰⁷ «La imputación (*imputatio*) en sentido moral es el juicio por medio del cual alguien es considerado como autor (*causa libera*) de una acción, que entonces se llama acto (*factum*) y está sometida a leyes; si el juicio lleva consigo a la vez las consecuencias jurídicas del acto, es una imputación judicial (*imputatio iudiciaria s. valida*), en caso contrario, sólo una imputación dictaminadora (*imputatio diiudicatoria*). La persona (física o moral) competente para imputar judicialmente se llama juez o también tribunal (*index s. forum*)». En KANT, *La metafísica de las costumbres*, 4ª ed., trad. Cortina y Conill, Ed. Tecnos, 2008, p. 35.

⁵⁰⁸ BRANDOM, *Hacerlo explícito*, Ed. Herder, 2005, pp. 282-283.

Las declaraciones asertivas que son llevadas a cabo por los jueces, como «X actuó con conocimiento», ponen fin a las disputas sobre la veracidad de estos hechos y hacen descansar sobre ellas el resto de los pasos institucionales posteriores⁵⁰⁹. En este sentido, una justificación interminable, diría DENNETT, no garantizaría mejores resultados que aquellos procesos que terminan con un corte intempestivo y arbitrario, por ello, es necesario la presencia de jueces como *conversation-stoppers* que aseguren un cierto equilibrio⁵¹⁰. Lo establecido por los jueces cumpliría con la función de poner un freno artificial a la acumulación de diferentes explicaciones.

Por tanto, la comprensión de la adscripción de dolo como un juicio, y no como un hecho que se puede constatar sugiere que la misma exhibe una estructura triádica: el objeto que se adscribe (estado mental), el sujeto pasivo (a quien se le imputa dolo) y el sujeto activo (que imputa dolo)⁵¹¹.

3.2.3 Sobre un estado mental que hubiese podido evitar el hecho

El dolo y la imprudencia constituyen criterios a través de los cuales un juez declara que el comportamiento contrario a la norma del autor era evitable. La razón por la cual las normas presuponen que la realización de un hecho contraria a las mismas debe ser evitable para una persona en concreto (y no para una persona promedio) constituye un reflejo del principio general según el cual no puede exigirse a nadie más allá de sus propias capacidades, lo que también se conoce como *ultra posse nemo obligatur*⁵¹².

⁵⁰⁹ SEARLE, «Una taxonomía de los actos ilocucionarios», p. 65.

⁵¹⁰ DENNETT, *Darwin's Dangerous Idea*, Ed. Penguin Books, 1995, p. 506; LUZZATI, *La política de la legalidad. El rol del jurista en la actualidad*, Ed. Marcial Pons, 2013, p. 172; en la misma línea, SILVA SÁNCHEZ, «Los tres ámbitos de la dogmática jurídico-penal», p. 20, reconoce que, en la interpretación del texto legislativo, en el que interviene la comunidad de juristas, existe un factor autoritativo determinado por la posición procesal que el juez ocupa en la determinación del significado.

⁵¹¹ Cfr. MAÑALICH, «El concepto de acción y el lenguaje de la imputación», p. 677; aunque referido a la atribución de conductas, PAREDES CASTAÑÓN, «Metodología para la imputación del injusto penal», en VVAA, *LH Corcoy Bidasolo*, 2022, p. 803, reconoce la misma estructura triádica en la atribución de responsabilidad penal: el destinatario de la norma, la conducta que se le atribuye y el aplicador del derecho.

⁵¹² JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1991, 6/20 y ss.; EL MISMO, *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, 1972, pp. 34 y ss.; EL MISMO, *Estudios de Derecho Penal*, Ed. Civitas, 1997, p. 178; en la misma línea, también EXNER,

La evitabilidad se determina con la ayuda de un juicio hipotético que consiste en suponer que si el autor hubiese tenido como motivo dominante evitar una determinada acción, entonces la habría evitado. En otras palabras, al referirnos a la evitabilidad no hacemos otra cosa que preguntarse por un escenario hipotético, ubicado en el pasado y que no fue real, para preguntarnos qué habría pasado si alguna de las circunstancias que condicionaron a la realidad hubiese sido distinta. Por tanto, la evitabilidad no es más que un juicio basado en la hipótesis de que, si al menos una condición del suceso real pudiese ser modificada, entonces el comportamiento antinormativo no hubiese tenido lugar⁵¹³.

Las circunstancias de las que depende el juicio de evitabilidad son: 1º) que el autor haya podido motivarse de manera dominante para evitar el comportamiento, es decir que haya podido formarse una voluntad de evitación; 2º) que haya podido aplicar una fuerza física necesaria para evitar el comportamiento en cuestión; 3º) que haya podido reconocer que la conducta que se propuso realizar es aquella que se quiere evitar. Es síntesis, la evitabilidad depende de las capacidades volitivas (o motivacionales), intelectuales y físicas del autor⁵¹⁴.

Estas capacidades deben ser analizadas desde el punto de vista de la persona concreta y no conforme al criterio general de lo que una persona ideal hubiese realizado. Tomar una perspectiva generalizadora, como la que adopta la teoría de la adecuación, supondría confundir el objeto de la imputación (si la conducta es correcta o incorrecta) y la misma

Das Wesen der Fahrlässigkeit, 1910, p. 137, sostiene que sólo se puede hablar de un deber de evitar si la evitación es posible. La proposición *impossibilia nulla est obligatio* también rige en Derecho penal. Reprochar a alguien que no hizo lo imposible o que no evitó lo inevitable, carecería de sentido.

⁵¹³ JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1991, 6/27; EL MISMO, *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, pp. 39; EL MISMO, *Estudios de Derecho Penal*, Ed. Civitas, 1997, p. 150; CORDOBA, *La evitabilidad del error de prohibición*, Ed. Marcial Pons, 2012, p. 72; KINDHÄUSER, «El tipo subjetivo en la construcción del delito», p. 24; EL MISMO, «Acerca de la distinción entre error de hecho y error de derecho», en VVAA, *El error en el Derecho Penal*, Ed. Ad-Hoc, 2010, p. 153; EL MISMO, *Gefährdung als Staftat*, p. 46 y s.

⁵¹⁴ JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1991, 6/24; EL MISMO, *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, pp. 42 y ss.; CORDOBA, *La evitabilidad del error de prohibición*, Ed. Marcial Pons, 2012, p. 73; EL MISMO, «Evitabilidad individual y lesividad en la teoría del delito», *Indret* 3/2015, p. 3; EL MISMO, «Dolo y evitabilidad individual», *Pensar en Derecho*, p. 217; KINDHÄUSER, «Acerca de la distinción entre error de hecho y error de derecho», p. 153

imputación del objeto. Ya hemos visto la irrelevancia que tiene preguntarse si un sujeto ficticio habría podido evitar la realización del tipo (imputación objetiva) y relegar a un segundo paso el análisis de las capacidades y conocimientos del autor concreto⁵¹⁵. Por ello, lo que se debe analizar para determinar si una conducta era (o no) evitable es:

1º) La capacidad volitiva de evitar la conducta es algo que se da por supuesto y que, de acuerdo con el modelo de análisis aquí defendido, aparece expresado (contrafácticamente) en la premisa mayor del silogismo práctico. La voluntad de evitar un determinado comportamiento es algo que solo puede deducirse a partir de las capacidades físicas e intelectuales con las que el agente actuó. En este sentido, el elemento volitivo de la evitación se obtiene a partir de la pregunta acerca de qué habría sucedido si el autor se hubiese formado la voluntad de evitar su comportamiento, de acuerdo con las capacidades físicas e intelectuales que disponía al momento del hecho. Si la respuesta es que el sujeto habría podido evitarlo, entonces se deduce su déficit volitivo (que no quiso evitarlo); pero si no lo hubiese podido evitar, entonces no podríamos sostener que tenía una voluntad contraria a la norma (que hipotéticamente habría querido evitarlo). En definitiva, en el juicio hipotético en el que se basa la evitabilidad, es el elemento volitivo la condición que se modifica⁵¹⁶.

⁵¹⁵ JAKOBS, *AT*, 2º ed., 1991, 6/24 y ss.; EL MISMO, «Comportamiento evitable y sistema del Derecho penal», p. 150; EL MISMO, «Sobre el tratamiento de los defectos volitivos y de los defectos cognitivos», p.119, también critica el punto de vista adoptado por Welzel, en el sentido de que identifica el hecho psíquico que explica la acción con un sentido social y no individual. De acuerdo con dicha concepción, la acción era aquella que objetivamente podía entenderse como la expresión de sentido y la evitación individual debía resolverse en el ámbito de la culpabilidad. Lo sigue, CÓRDOBA, *La evitabilidad del error de prohibición*, Ed. Marcial Pons, 2012, p. 71; KINDHÄUSER, «El tipo subjetivo en la construcción del delito», pp. 12-14. Es necesario aclarar que también se aplica a la imprudencia, puesto que la doctrina tradicional aún suele distinguir entre un análisis general (u objetivo) de la evitabilidad en la tipicidad, acudiendo a lo que una persona prudente y razonable habría podido evitar, y relega el análisis de la evitabilidad individual en la culpabilidad. La discordancia que habría en el análisis con el delito doloso pone en evidencia la confusión remanente entre el objeto de imputación y la imputación misma, puesto que al entrecruzarse la determinación del deber de evitar un delito doloso es evidente o palmario por lo que no haría falta detenerse o insistir en él; en cambio, en el delito imprudente, parte de la doctrina considera imprescindible la duplicación de pasos.

⁵¹⁶ JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1991, 6/24; EL MISMO, *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, pp. 42 y ss.; CÓRDOBA, *La evitabilidad del error de prohibición*, Ed. Marcial Pons, 2012, p. 73; EL MISMO, «dolo y

2º) La capacidad física necesaria para evitar la conducta es lo que tradicionalmente ha sido analizado entre las causas que excluyen la acción. En este sentido, una persona no podría haber evitado realizar la conducta prohibida, o bien, no le fue posible realizar la conducta ordenada, cuando el mismo se hallaba sometido a una fuerza física irresistible, se encontraba en un estado de inconsciencia o su movimiento fue un acto reflejo⁵¹⁷. En el modelo tradicional la capacidad física se analiza como una categoría anterior a la tipicidad, o junto a ella, en el caso de los delitos de omisión. Sin embargo, en el modelo de normas aquí seguido, tanto la capacidad física como la intelectual pertenecen al primer nivel de imputación, aunque, de acuerdo con VOGEL, en el dolo lo único que interesa analizar es el elemento intelectual, pese a que la ausencia de la capacidad física o del dolo excluirían la acción en la misma medida⁵¹⁸.

3º) La capacidad intelectual de evitar una conducta supone que la persona haya podido prever su acción y las posibles consecuencias que podían derivarse de ella. En otras palabras, la previsión constituye el presupuesto intelectual de la evitación, en la medida en que solo podría ser evitado aquello que se prevé o, a *contario sensu*, todo aquello que resulta imprevisible para la persona debe ser considerado inevitable⁵¹⁹.

El comportamiento doloso y el imprudente son dos formas diferentes de evitar la realización de una conducta contraria a una norma⁵²⁰, con independencia de la manera en

evitabilidad individual», *Pensar en Derecho* nº 1, 2012, p. 217-218; EL MISMO, «Evitabilidad individual y lesividad en la teoría del ilícito», *Indret* nº 3, 2015, p. 4-5; VOGEL, *Norm und Pflicht*, p. 71.

⁵¹⁷ CÓRDOBA, «dolo y evitabilidad individual», *Pensar en Derecho* nº 1, 2012, p. 219; EL MISMO, «Evitabilidad individual y lesividad en la teoría del ilícito», *Indret* nº 3, 2015, p. 5.

⁵¹⁸ VOGEL, *Norm und Pflicht*, p. 71. En contraposición, VALIENTE IVAÑEZ, «La doble dimensión del dolo como criterio de imputación», en VVAA, *Un modelo integral de Derecho Penal, LH Corcoy Bidasolo*, 2022, pp. 943-955, afirma que la capacidad física también es una propiedad del dolo.

⁵¹⁹ JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1991, 9/2; CÓRDOBA, *La evitabilidad del error de prohibición*, Ed. Marcial Pons, 2012, p. 72; EL MISMO, «dolo y evitabilidad individual», *Pensar en Derecho*, nº 1, 2012, pp. 220-221; EL MISMO, «Evitabilidad individual y lesividad en la teoría del ilícito», *Indret* nº 3, 2015, p. 5 y s.

⁵²⁰ El dolo y la imprudencia no tienen en común un mismo «deber de cuidado», pues sería superfluo hablar de un deber de previsión o cuidado, ya que el sujeto no está obligado a prestar atención, sino que aquello que surge de la norma es el «deber de evitar el resultado». Poder prever un resultado es solo un presupuesto psíquico para cumplir con el deber que impone la norma o, dicho de otra manera, la previsibilidad o

la que se trace la frontera entre dolo e imprudencia, lo importante es que cada categoría –desde el dolo de primer grado hasta la imprudencia inconsciente– se considera una forma distinta de conducta de acuerdo a la cual puede decirse que una persona habría podido evitar la infracción de una norma de comportamiento⁵²¹.

La diferencia consiste en que el autor doloso conoce, con cierta probabilidad, que su comportamiento tiene como consecuencia la realización de un tipo que él mismo debería evitar; en cambio, el autor imprudente solo dispondría de un saber actualmente limitado. Sin embargo, pese a que el autor posee un conocimiento parcialmente erróneo, o directamente desconoce las circunstancias relevantes, la persona habría podido evitar la conducta si hubiese observado el cuidado debido. En otras palabras, en la imprudencia podría haberse evitado la falta de cuidado⁵²². En el siguiente punto analizaré, no solo el conocimiento, sino también el resto de los estados mentales que han sido utilizados por la doctrina para caracterizar al dolo.

Por último, es necesario aclarar que la posibilidad de evitación (o evitabilidad) cumple un papel esencial tanto en el injusto como en la culpabilidad. De acuerdo al modelo aquí seguido, en la primera categoría, la evitabilidad constituye un criterio a través del cual se determina la capacidad de acción y, en el segundo, la evitabilidad determina la capacidad de motivación. Así, en el injusto lo que se averigua es qué estado mental es el que permitiría explicar el carácter evitable de la acción del sujeto. En cambio, en la culpabilidad, lo que se analiza es si el sujeto se encontraba en condiciones de poder evitar infringir el derecho, pese al conocimiento de la norma⁵²³.

capacidad intelectual es un requisito para la evitabilidad. JAKOBS, *AT*, 2º ed., 1991, 9/6 y ss.; EL MISMO, *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, 1972, p. 60. Lo sigue, ROXIN/GRECO, *AT*, 24, nm. 12.

⁵²¹ JAKOBS, «Comportamiento evitable y sistema del derecho penal», trad. Cancio Meliá, en *Estudios de Derecho Penal*, Ed. UAM, 1997, p. 154 y s. También aclara que ni las actitudes emocionales, ni las valoraciones jurídicas, ni las actitudes internas pueden ser tenidas en cuenta en la determinación de qué conductas resultan evitables.

⁵²² KINDHÄUSER, «El tipo subjetivo en la construcción del delito», p. 24.

⁵²³ Cfr. KINDHÄUSER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 6.ª ed., Ed. Nomos, 2013, § 5, nm. 8 y ss.; EL MISMO, *Gefährdung als Straftat*, pp. 29 y ss.

4. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE GRUPOS DE CASOS

Este aspecto de la interpretación del dolo aún se refiere a la cuestión semántica, aunque se hable de «casos de dolo». No se interpretan hechos determinados o sucesos situados espacio-temporalmente (e irrepetibles), sino que se trata de precisar cuál es el alcance de los enunciados que versan sobre el dolo. En otras palabras, cuando nos referimos a los grupos de casos no aludimos a otra cosa que aquellos estados mentales que permiten explicar por qué una determinada persona pudo haber evitado la comisión de hecho contrario a la norma.

4.1 La voluntad directa

Se trata del primer significado que fue atribuido para el «dolo». El término surgió en el derecho romano antiguo (s. VII a.C.) con el fin de limitar la responsabilidad personal derivada de la mera causación de un resultado, como solía ocurrir en el derecho primitivo y luego también en el derecho germánico⁵²⁴. En realidad la modalidad dolosa únicamente fue contemplada en el delito de homicidio. La *Lex Numae* castigaba el homicidio doloso con la muerte del agresor («*si quis hominem liberum dolo sciens morti duit paricidas esto*») y la modalidad imprudente con la entrega de un carnero a los parientes del asesinado para que lo sacrificaran delante de todo el pueblo («*si quis imprudens occidisset hominem, pro capite occisi agnatis eius in contione offerret arietem*»). El resto de figuras contra la integridad física, como el «*membrum ruptum*» o el «*os fractum*», continuaban siendo interpretadas objetivamente, mientras que delitos como el «*furtum*» y el «*malum carmen incantare*» sólo admitían comisión voluntaria; pero en ninguna otra figura se distinguía entre la comisión dolosa y la imprudente⁵²⁵.

⁵²⁴ No obstante, aún existen resabios de responsabilidad objetiva en los ordenamientos jurídicos, como la regulación de delitos preterintencionales, delitos cualificados por el resultado y algunas manifestaciones del llamado «*versari in re illicita*». En MIR PUIG, *DPPG*, p. 137. También en JIMENEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, tomo V, Ed. Losada, 1963, p. 261 y ss; CÓRDOBA RODA, *Culpabilidad y Pena*, Ed. Bosch, p. 19; LUZÓN PEÑA, *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, 3ª ed., 2016, p. 155 y 246.

⁵²⁵ GIUFFRÉ, *La repressione criminale nell'esperienza romana*, Ed. Jovene, 1998, p. 12. Es importante resaltar el carácter público que se le otorgaba a la pena, al establecer que el sacrificio del animal debía realizarse frente al pueblo, dado que hasta entonces el procedimiento era la venganza privada. Además, el asesinato de un miembro de la comunidad se consideraba parricidio. Sobre esto, LÖFFLER, *Die*

Un dato curioso es que la terminología empleada por la *Lex Numae* para referirse al dolo estaba relacionada con el «conocimiento» y no con la «voluntad». Así, por ejemplo, puede advertirse que los términos utilizados en los textos de la época eran «*sciens*», «*sciens prudensque*», «*sciens dolo malo*». La caracterización del dolo como voluntad o con ánimo surge como consecuencia de un proceso lento, que se cristalizó en el año 81 a.C. con la *Lex Cornelia de sicariis et veneficis*. Los términos utilizados en esta y otros textos del derecho romano se referían a la intención del agente, como por ejemplo «*dolo*», «*sciens dolo*», «*dolo malo*», «*sciens dolo malo*», «*voluntas*», «*data opera*», «*consulto*», «*propósito*», «*sponte*»⁵²⁶.

Con el tiempo, la intención (en alemán *Absicht*) o, más precisamente, la mala intención o intención inmoral del sujeto dirigida a un fin antijurídico (*dolus malus*) se consolidó como el primer estado mental socialmente aceptado para imputar responsabilidad dolosa⁵²⁷. En el diccionario de la Real Academia española de la Lengua aparece reflejada de esta manera, precisamente como «la voluntad deliberada de cometer un delito a sabiendas de su carácter delictivo»⁵²⁸. Actualmente, el concepto de «dolo directo de primer grado» se encuentra desvinculado completamente del conocimiento de la norma y se define exclusivamente como la intención de realizar una acción o hecho delictivo (*dolus naturalis*).

4.2 La voluntad indirecta

Schuldformen des Strafrechts. In vergleichend-historischer und dogmatische Darstellung, Ed. Hirschfeld, 1895, pp. 60-61.

⁵²⁶ MARRONE, *Istituzioni di Diritto Romano*, 1994, Ed. Palumbo, pp.37 y ss.

⁵²⁷ JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, T. V, Ed. Losada, 1950, p. 307.

⁵²⁸ Si bien en el diccionario de la Real Academia española de la lengua (21.º ed.), la acepción primaria de dolo equivale a «engaño, fraude o simulación», en la segunda aparece definida con este significado más jurídico. Autores como Gimbernat han sostenido que esta definición no coincidiría con la de intención y no podría equipararse voluntad a dolo a partir de ella. Así en, GIMBERNAT ORDEIG, «Algunos aspectos de la reciente doctrina jurisprudencial sobre los delitos contra la vida (dolo eventual, relación parricidio-asesinato)», *ADPCP*, 1990, p. 429; EL MISMO, «Acerca del dolo eventual», en *Estudios de Derecho penal*, 3.º ed., Ed. Tecnos, 1990, pp. 257-258. Un análisis exhaustivo de las cuestiones terminológicas en JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, vol. V, pp. 305 y ss.

Razones político-criminales y dificultades en la prueba de la intención llevaron a los posglosadores de la edad media (los comentadores prácticos italianos) a ampliar el grupo de casos que definían al dolo. Estos habían advertido que no podían castigarse simplemente como imprudentes algunos hechos graves por la simple razón de que el sujeto no los había cometido con intención. Además, un concepto tan estrecho como el de mala intención hacía que fuese muy dificultoso acreditar en un proceso judicial el *animus occidendi* del autor del hecho⁵²⁹.

En líneas muy generales, la opinión que mantenían –aunque con distintos matices– los juristas italianos de la Edad Media, como Bartolus de SAXOFERRATO (1314-1357) y Baldus de UBALDIS (1327-1400), así como los españoles GÓMEZ (siglo XVI, s.m.d.) y -principalmente- Diego de COVARRUVIAS (1512-1577), consistía en que debían ampliar el ámbito de casos que los juristas del derecho romano habían reservado para el dolo y considerar también aquellos otros supuestos en los que el sujeto no había querido directamente el hecho; pero que, conforme al curso natural de las cosas, era esperable que se produjeran determinadas consecuencias debido a la realización de una acción intencionada⁵³⁰.

La teoría del *dolus indirectus* pretendía reemplazar a otras teorías sobre la prueba del dolo que habían prescindido llanamente de intentar acreditar la vinculación que podría tener el suceso con un agente gracias a los estados mentales, como la doctrina procesal del *dolus praesumptus* (elaborada por los glosadores) o la doctrina del *versari in re illicita* (tomada del derecho canónico). La doctrina del *dolus indirectus* sostuvo que una persona contaba con una «voluntad indirecta» para realizar el hecho cuando el mismo había podido o debido conocer la posibilidad de que se produjesen consecuencias no deseadas. Esta doctrina fue propuesta y desarrollada en España por COVARRUVIAS, antes de que CARPZOV la introdujera en Alemania⁵³¹.

⁵²⁹ SCHAFFSTEIN, *Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts*, Ed. Springer, 1986, p. 108.

⁵³⁰ PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, p. 161.

⁵³¹ Cf. ENGELMANN, *Die Schuldlehre der Postglossatoren und ihre Fortentwicklung*, Ed. Duncker & Humblot, 1895, p.107; SCHAFFSTEIN, *Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen*, pp. 110 y ss.

CARPZOV venía a decir que «*quien atraviesa a otro con una espada, sin querer matarlo, pero produciéndole más allá de su intención una herida de la cual resulta la muerte, debe ser castigado con la pena ordinaria al igual que si hubiera tenido la intención de matar; pues aquel que atraviesa a otro con una espada, aunque sólo tuviese la intención de herirlo, actúa de todos modos dolosamente, porque sabe o al menos debía saber que una simple herida no puede provocarse así, sobre todo con una espada o con otro instrumento similar idóneo para matar; de modo que no puede negarse que tenía voluntad homicida, pues su voluntad se refiere a la herida y también a todo aquello que suceda inmediatamente como consecuencia de la herida dolosamente producida*». En este sentido, CARPZOV reconoce que la voluntad podía manifestarse de una manera directa, o bien, también indirecta, y que ambas merecían exactamente la misma pena⁵³².

Estas ideas constituyeron la opinión dominante en Alemania durante los siglos XVII y parte del XVIII, hasta que comenzaron a ser criticadas por FEUERBACH, principalmente por haber ampliado excesivamente el significado de lo que normalmente se entendía por voluntad, permitiéndole que se colasen dentro de dicho concepto algunas acciones en las que el sujeto realmente no había querido realizarlas o, incluso, algunas no conocidas por el agente. La propuesta de FEUERBACH significó el retorno a una concepción psicológica del dolo⁵³³, que aún hoy sigue siendo opinión dominante en la doctrina jurídico penal.

No obstante, en la actualidad JAKOBS ha considerado como correctos los fundamentos del *dolus indirectus*, aunque luego no hayan sido desarrollados correctamente. El aspecto que el mismo rescata radica en la equiparación que se hacía entre *scire* y *scite posse ac debere*,

⁵³² CARPZOV, «Practica nova imperialis Saxonica rerum criminalium», 1635, *Quaestio* I, nº m. 28, traducido al alemán del fragmento original por PUPPE, «Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis», *ZStW*, nº 103, 1991, pp. 25 y 22 ss.. Para esta autora, en la doctrina del *dolus indirectus* se pueden encontrar las bases de un concepto normativo de dolo, desligado del paradigma psicologista, como el que ella sostiene. Desde su punto de vista, el autor es plenamente responsable por las consecuencias de su actuar, que él conoce y que no puede sustraerse de esa responsabilidad con el argumento de que él no perseguía intencionalmente esas consecuencias o que en algún sentido no las había asimilado en su voluntad. También LA MISMA, *NK § 15*, en KINDHÄUSER/NEUMANN/PAEFFGEN, *Nomos Kommentar. Strafgesetzbuch*, 5ª ed., Ed. Nomos, 2017 (existe una versión castellana de la 3ª edición, titulada *La distinción entre dolo e imprudencia. Comentario al art. 15 del Código Penal Alemán*, trad. Sancinetti, 2010), nm. 22 y 90.

⁵³³ FEUERBACH, *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*, trad. Zaffaroni, Ed. Hammurabi, 1989, p. 74.

lo que implica renunciar al conocimiento actual de las consecuencias para poder imputar responsabilidad dolosa. El razonamiento de CARPZOV permite atribuir dolo homicida cuando el hecho fue ejecutado con un instrumento suficientemente peligroso para la vida humana, aunque el sujeto se haya representado solo un peligro de lesión; pero también excluir el dolo cuando el comportamiento tuviese escasa peligrosidad. Estas ideas coinciden con la tesis de JAKOBS de que la imprudencia no son siempre casos de error y que la ignorancia no descarga de responsabilidad al agente cuando el mismo se debe a un déficit de fidelidad al derecho. En definitiva, la teoría del *dolus indirectus* tuvo el mérito de acuñar como dolosas no solo a las consecuencias accesorias conocidas, sino también a las complicaciones ulteriores que importunan un hecho malo en sí cuando éstas no eran conocidas, pero podían y debían serlo⁵³⁴. En una línea de argumentación muy próxima, aunque completamente objetiva, PÉREZ BARBERÁ prescinde completamente de los estados mentales para la atribución de dolo⁵³⁵.

4.3 El concepto psicológico de intención

La propuesta del dolo indirecto había generado demasiadas arbitrariedades en la atribución de responsabilidad, no solo por lo confuso que resultaba un concepto como el de «voluntad indirecta», sino también porque dejó de exigirse el «conocimiento efectivo» del autor⁵³⁶. A raíz de ello, comenzaron a levantarse algunas voces desde mediados del siglo XVIII en contra de dicha doctrina, reclamando el retorno a un concepto psicológico de intención. No obstante, la vuelta al concepto de intención directa debía poder explicar por qué aquellas consecuencias necesariamente vinculadas a la acción realizada podían seguir siendo consideradas como dolosas. Así, por ejemplo, STÜBEL había propuesto circunscribir el ámbito del dolo no sólo a las acciones que habían sido realizadas con una

⁵³⁴ JAKOBS, «La indiferencia como dolo indirecto», trad. Pérez del Valle, en VV.AA., *Libro Homenaje a Bacigalupo*, Ed. Marcial Pons, 2004, pp. 349-351.

⁵³⁵ Véase infra Cap. IV. 5.4.

⁵³⁶ Cf. LESCH, «Dolus directus, indirectus und eventualis», en *JA*, 1997, pp. 802 y ss; PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, p. 168. Actualmente existen algunas propuestas «normativas» de dolo, como la de Puppe, que hallan raíces en las ideas de CARPZOV, aunque sin prescindir del conocimiento efectivo. PUPPE, «Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis», pp. 27 y ss.

«completa conciencia de la ilegalidad», sino también a aquellas en las que el sujeto «se había representado las consecuencias de su acción como seguras»⁵³⁷.

Fue FEUERBACH, el penalista más influyente de la época, quien desarrolló un concepto de dolo fuertemente vinculado con la noción de un «intención», con el que no solo intentó explicar aquellas acciones vinculadas necesariamente a la intención, sino que incluso la utilizó para delimitar negativamente a la imprudencia⁵³⁸. En este sentido, definió al dolo como «la determinación de la voluntad que tenía como fin una lesión jurídica, con la consecuencia de la ilegalidad del afán» y a la imprudencia como «una determinación ilícita de la voluntad para una acción u omisión de la que surge una lesión jurídica, conforme a las leyes de la naturaleza, esto es, sin la intención de la persona»⁵³⁹.

Además de dar una definición abstracta de lo que consideraba doloso, FEUERBACH consideró que dicha concepto era aplicable a tres grupos de casos muy concretos: 1º) cuando el autor había tenido la intención directa de cometer un delito⁵⁴⁰; 2º) cuando el sujeto había ejecutado intencionalmente una acción que había reconocido como delictiva, pero que le resulta indiferente cuál podía ser el delito que acabaría por producirse, como cuando una madre maltrataba a su hijo sin importarle que resultará muerte o un daño físico al mismo⁵⁴¹; y finalmente, 3º) cuando intencionalmente el sujeto había realizado una acción que fácil o probablemente ocasionaría otro delito»⁵⁴².

Solo el primero de ellos es un caso fácilmente distinguible de la intención, que él mismo llamaría en su Tratado «*dolus determinatus*»; en tanto que, los otros dos supuestos eran

⁵³⁷ STÜBEL, *System des allgemeinen peinlichen Rechts*, vol. II, Ed. Sommer, 1795, § 262 y § 271. Según el autor, si el sujeto emprende una acción con la conciencia de que probablemente se pueda cometer una ilegalidad, sólo será un caso de imprudencia (§ 279); pero si solo se tiene conciencia de «una posibilidad», entonces la acción es jurídicamente irrelevante (§ 297).

⁵³⁸ Esto significaba para Feuerbach un verdadero obstáculo para definir positivamente la imprudencia. Cfr. FRANK, «Vorstellung und Wille in der modernen Doluslehre», *ZStW* n° 10, 1890, pp.176 y ss.

⁵³⁹ FEUERBACH, *Tratado*, p. 71; EL MISMO, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, 2º parte, Ed. Scientia Aalen, 1966, pp. 64 y ss.

⁵⁴⁰ FEUERBACH, *Kritik des Kleinschrodischen Entwurfs zu einem peinlichen Gesetzbuche*, T. 2, Ed. Gießen, 1804, p. 40.

⁵⁴¹ FEUERBACH, *Kritik des Kleinschrodischen Entwurfs*, p. 41 y s.

⁵⁴² FEUERBACH, *Kritik des Kleinschrodischen Entwurfs*, p. 42 y s.

supuestos muy difíciles de explicar, ya que –como él también había advertido– otros autores podían confundirlos con el dolo indirecto. A fin de evitar dicha confusión, FEUERBACH los llamó casos de «*dolus indeterminatus o eventual*». En realidad, no se trataba de lo que actualmente conocemos como dolo eventual, sino más bien de «delitos calificados por el resultado». En éstos el autor había dirigido su voluntad principalmente hacia un determinado hecho delictivo, pero luego había sobrevenido imprudentemente un resultado que no había sido buscado. En su Tratado llamó a estos problemas como «*culpa dolo determinata*»⁵⁴³.

4.4 El conocimiento y la voluntad

Entre finales del siglo XIX y principios del XX varios autores comenzaron a proponer la ampliación del grupo de casos que debían considerarse dolosos. Aunque seguían siendo partidarios de entender a la «voluntad» como una intención, las necesidades político-criminales los obligaba a reconocer la importancia que el «conocimiento» tenía para todos los supuestos de imputación dolosa. Precisamente, en este período comienza a adoptarse la clásica definición dolo como «conocimiento y voluntad». La consideración de estos dos estados mentales tuvo influencia no solo para la explicación del dolo de consecuencias necesarias, sino también para el dolo eventual.

Autores como BELING sostenían que no solo era necesario que el sujeto haya actuado con voluntad, sino también que se haya representado o hubiese reconocido las circunstancias fácticas del hecho para poder imputarle responsabilidad dolosa⁵⁴⁴. También BAR había señalado que, a raíz de que la voluntad estaba dirigida a algo que se tenía que realizar, el dolo debía suponer también que el sujeto había podido representarse la causalidad de aquello que había querido⁵⁴⁵. La consideración de estos dos estados mentales para caracterizar el dolo condujo a explicar las acciones dolosas como aquellas guiadas por la voluntad de realizar el hecho; sino también de aquellas otras en que las consecuencias se encontraban «necesariamente» vinculadas a la acción, aunque el sujeto no las había buscado directamente; y finalmente también a aquellas conductas en las que el resultado

⁵⁴³ FEUERBACH, *Tratado*, p. 74.

⁵⁴⁴ BELING, *Grundzüge des Strafrechts*, 3ª ed., Ed. Mohr, 1905, pp. 57 y ss.

⁵⁴⁵ BAR, *Gesetz und Schuld im Strafrecht*, vol. II, Ed. Guttentag, 1907, p. 309.

se había presentado como una simple «posibilidad» y que tampoco habían sido queridas directamente por el sujeto (dolo eventual).

Por tanto, si se toma el dolo eventual como la forma básica de dolo, compuesto por una combinación restringida de estos dos elementos, es decir como una mera suposición de que la conducta riesgosa podría realizarse en el resultado; en el dolo de consecuencias necesarias aparece amplificado el componente cognitivo, al punto de exigir certeza o conocimiento seguro del mismo; y, en el caso de dolo de primer grado, lo que aparece amplificado es el elemento volitivo, de forma tal que el resultado se presenta como una consecuencia perseguida por el autor⁵⁴⁶.

4.5 Las emociones

El carácter aparentemente prescindible de la voluntad, sobre todo en los casos de dolo de consecuencias necesarias y dolo eventual, había generado sospechas de que en realidad se había renunciado definitivamente a dicho estado mental. Muchos autores recurrieron a las «emociones» para explicar los casos de dolo eventual, a los que consideraban equivalentes a la voluntad, para poder seguir explicando las conductas dolosas también como voluntarias. En este sentido, se sostuvo que haber estado de acuerdo con la realización del tipo (*einverstanden sein*); haberlo ratificado (*genehmigen*); haberse resignado al mismo (*in Kauf nehmen*); haber estado de acuerdo (*zustimmen*); haberlo consentido (*einwilligen*); haberlo aprobado (*billigen*); haberlo dado por bueno (*gut heißen*); haber contado con él (*rechnen mit*); haberlo incluido entre sus objetivos (*in seinen Zweck einschliessen*); o, incluso, haberlo ambicionado eventualmente (*eventuell erstreben*) eran formas debilitadas de voluntad. Por el contrario, se consideró que no habría dolo sino imprudencia, cuando el sujeto había rechazado internamente o había confiado en que el resultado no se iba a materializar⁵⁴⁷.

⁵⁴⁶ KINDHÄUSER, «Acerca de la delimitación entre dolo e imprudencia», trad. De la Vega, *Revista jurídica Mario Alario D' Filippo*, 2012, p. 15 y s.

⁵⁴⁷ ENGISCH, *Untersuchungen über vorsatz und fahrlässigkeit*, p. 92.

En definitiva, las «emociones» que el sujeto había tenido fueron equiparadas a una versión debilitada de la voluntad⁵⁴⁸ y pronto se convirtieron en la doctrina dominante del dolo⁵⁴⁹. En este sentido, un representante de esta posición como fue VON HIPPEL, expuso en su obra *Die Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit* (1903) detalladamente qué era lo que debía entenderse como «co-querido» (*mitgewollt*):

1º) las consecuencias que estaban vinculadas necesariamente con el resultado perseguido (dolo de segundo grado), este autor las consideraba siempre «co-queridas»⁵⁵⁰.

2º) las consecuencias que se presentaban solo como posibles (dolo eventual) fueron distinguidas por VON HIPPEL según le hayan parecido al sujeto indiferentes o desagradables. Así, estimó que eran «co-queridas» las primeras, pues el sujeto había actuado con la confianza de que estas no se iban a producir; y con relación a las que le parecían desagradables, la confianza en la no realización suponía considerarlas como imprudentes o, dicho con otras palabras, no podían ser consideradas co-queridas⁵⁵¹.

A pesar de ser ampliamente adoptada por la jurisprudencia, esta teoría se ha hecho acreedora de múltiples críticas por parte de la doctrina. El primer reparo consiste en el significado que tienen las emociones, pues parecen ir más allá (o exigen más) que el propio significado que tiene «querer». Una persona podría perfectamente querer la realización de una acción y el resultado parecerle desagradable, o bien, se podría querer alcanzar un determinado resultado y aún así mantenerse indiferente⁵⁵².

⁵⁴⁸ DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, Ed Tirant lo Blanch, 1994, p. 25; RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Ed. Bosch, 1999, p. 59; PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, p. 175.

⁵⁴⁹ En este sentido, CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal español*, 2º ed., Ed. Tecnos, 1998, p. 429. considera que la teoría del consentimiento es doctrina dominante en España y Alemania.

⁵⁵⁰ HIPPEL, *Die Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit*, 1903, p. 134.

⁵⁵¹ HIPPEL, *Die Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit*, 1903, pp. 140 y ss.

⁵⁵² CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, p. 259. En la misma línea del argumento, sostiene HERZBERG, «Das Wollen beim Vorsatzdelikt und dessen Unterscheidung vom bewusst fahrlässigen Verhalten» (2º parte), JZ, 1988, p. 636, que las teorías que parten de la idea de que la confianza excluye el dolo utilizan dos elementos: uno cognitivo-racional (conocer) y otro de pronóstico-irracional (confianza), y añade que la doctrina dominante designa erróneamente al segundo elemento como "volitivo". Otros entienden que, en realidad, el «tomar en serio» el peligro, el «no descartarlo» o «no confiar» en su realización son elementos

Otra crítica está relacionada con la prueba, ya que las emociones plantean las mismas dificultades probatorias que la voluntad⁵⁵³. Probar una intención es tan complejo como probar una emoción o un sentimiento. A pesar de ello, parte de la doctrina no descarta complemente la utilidad de las emociones para el derecho penal, aunque solo las considera necesarias para la determinación de la pena⁵⁵⁴.

Resulta especialmente gráfica la comparación que proponía HERZBERG de aquellos que afirmaban que el dolo era «conocer y querer» con aquellas personas que definen a las «aves» como «animales voladores, vertebrados, de sangre caliente y con plumas» y que, al darse cuenta de que los avestruces o los pingüinos no pueden volar, no suprimen el adjetivo «volador» de la definición inicial, sino que intentan demostrar que «el correr aleteando» de los avestruces o los pingüinos también es un volar «debilitado» o un volar «condicionado», un volar «en sentido amplio», en otras palabras, que también en el caso de estos animales era posible encontrar, aunque sea deformada, una capacidad para volar⁵⁵⁵.

Al margen de estas críticas, a las que considero completamente acertadas, creo que el argumento por el cual deberían descartarse las emociones para imputar responsabilidad dolosa radica en que ellas no podrían explicar las acciones. Si bien es cierto que las emociones, al igual que los estados mentales conativos como el deseo, parecen poseer una gran fuerza motivadora, suelen plantear serias dificultades. Al explicar el razonamiento práctico hemos visto que resulta necesario que los fines, al igual que las circunstancias, estén representados en nuestra mente por alguno de los estados mentales que tienen contenido proposicional, ya que solo de esta manera podrían funcionar como

expresivos de una apreciación intelectual del peligro. Así, MIR PUIG, «Conocimiento y voluntad en el dolo», en JIMÉNEZ VILLAREJO (dir.), *Elementos subjetivos de los tipos penales*, Ed. CGPJ, p. 27 (nota 29).

⁵⁵³ DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, p. 140 (nota 1).

⁵⁵⁴ KAUFMANN, *Strafrechtsdogmatik*, 1958, p. 75; SCHÜNEMANN, «Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars» (1^o parte), *GA*, 1985, p. 363.

⁵⁵⁵ HERZBERG, «Das Wollen beim Vorsatzdelikt und dessen Unterscheidung vom bewusst fahrlässigen Verhalten» (1^o parte), *JZ*, 1988, p. 575.

premisas de un argumento práctico. Los deseos y las creencias son estados mentales con contenido proposicional; pero las emociones, en general, no lo tienen⁵⁵⁶.

Podríamos llegar a preguntarnos si acaso solo los deseos y las creencias proporcionan una razón motivadora para la acción, ¿por qué solemos mencionar a las emociones cuando explicamos algunas acciones? A ello, cabe responder que, si bien es cierto que cotidianamente aludimos a emociones para explicar el comportamiento de una persona, en realidad solo estamos dando más información acerca de la acción realizada, creyendo que así podemos explicar la causa de la verdadera razón motivadora que proporciona el fin a la acción. Por ejemplo, si decimos que Luis saltó la valla porque tenía miedo del perro del vecino, lo que nuestra explicación implica es que fue «el miedo» de Luis lo que «causó el deseo» de huir del perro, siendo el deseo lo que fija en definitiva el fin de la acción de saltar la valla y no el miedo. Por el contrario, si nos limitásemos a mencionar solo el «deseo de huir» del perro, seguiríamos contando con una racionalización; pero nos quedaríamos sin saber por qué Luis albergaba tal deseo⁵⁵⁷.

GIMBERNAT ORDEIG señalaba que la teoría del consentimiento tuvo el mérito de haber podido disipar nuestros posibles escrúpulos a hora de castigar dolosamente ciertos hechos en los que efectivamente no se ha podido probar la voluntad del sujeto⁵⁵⁸. Este salvoconducto vino a ofrecer una solución en los casos en que, aun cuando no hubiese podido probarse «la voluntad que causó la acción», sí podría acreditarse «la emoción que habría causado dicha voluntad». En otras palabras, como no se puede probar la voluntad, se intenta probar aquello que prueba la existencia de una voluntad.

En definitiva, el recurso a las emociones permite eludir la prueba de la voluntad y condenar por dolo, aun cuando no exista, porque las emociones parten de la ficción de que el haber estado de acuerdo, haber ratificado, haberse resignado, haber consentido,

⁵⁵⁶ PINEDA, *Sobre las emociones*, Ed. Cátedra, 2019, p. 195 y s.

⁵⁵⁷ GOLDIE, «Explaining Expressions of Emotion», *Mind*, 2000, p. 26; PINEDA, *Sobre las emociones*, p. 197.

⁵⁵⁸ GIMBERNAT ORDEIG, «Acerca del dolo eventual», p. 247 y s.

haber aprobado o haber dado el resultado por bueno, constituye la verdadera causa de que el sujeto lo «había querido»⁵⁵⁹.

4.6 El conocimiento

En la última década del siglo XIX, autores como VON LISZT y FRANK, sostuvieron que era inadecuado hablar de querer un resultado, pues solo se podría querer una acción. El resultado se produciría por la intervención de varias causas, entre las que se encuentra también la voluntad, pero no es la única, por ello sólo resulta apropiado referirse a la «representación del hecho» para explicar la relación psíquica que existiría entre el autor y el resultado producido que presupone la imputación dolosa⁵⁶⁰.

A pesar de haber definido al dolo como «la previsión del resultado de la acción, o la representación de la causalidad del hacer o del omitir», VON LISZT acaba recurriendo a un elemento emocional como correctivo para explicar los casos de dolo eventual. Así, sostiene que actúa con dolo eventual el autor que se ha representado el resultado como posible y no se hubiese inhibido de actuar, es decir que haya «aprobado» el resultado⁵⁶¹.

La misma suerte corrió la tesis de FRANK que en 1890 propuso una definición de dolo con el objetivo de despojarse del elemento volitivo; pero fracasó, precisamente porque fue invocada por otros autos –como VON HIPPEL– en defensa de las teorías del consentimiento. De acuerdo con su propuesta «la representación de un resultado como posible constituía el dolo si y sólo si su representación segura (*ceteris paribus*) no lo

⁵⁵⁹ En un sentido muy próximo FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, pp. 474 y ss., sostiene que cuando los jueces absuelven por falta de dolo, no es porque no hayan podido probar la indiferencia o la aprobación, sino porque no han podido demostrar que el sujeto actuó con pleno conocimiento y apreciación del riesgo. En otras palabras, el recurso a las emociones opera como un sustituto que pretende reemplazar a los estados mentales que pueden explicar la acción.

⁵⁶⁰ Uno de los primeros en sostener que el resultado no podría ser algo querido por el autor fue BEKKER, *Theorie des Heutigen deutschen Strafrechts*, vol. 1, Ed. Hirzel, 1857, pp. 247 y ss. Lo siguió VON LISZT, *Lehrbuch*, pp. 119 y 165, nota 2. Actualmente, la misma hipótesis es sostenida por KINDHÄUSER, *Intentionale Handlung*, pp. 23 y ss., 74 y ss.

⁵⁶¹ VON LISZT, *Tratado de Derecho Penal*, p. 413.

hubiera inhibido de actuar»⁵⁶². Posteriormente, en el año 1897, FRANK intentó aclarar su tesis de la representación, con la desafortunada expresión «puede ser así o de otra manera, puede ocurrir así o de otra manera, en todo caso yo actúo»⁵⁶³. Evidentemente el autor no pudo plasmar sus ideas en una fórmula (en alemán el método de las reflexiones a través fórmulas se conoce como *Formelgedanke*).

4.6.1 Conocimiento como Representación

Todo el siglo XX estuvo marcado por el predominio de las doctrinas volitivas sobre el dolo, tanto en jurisprudencia como en doctrina. De diferentes maneras, la mayoría de los autores consideraron que el aspecto esencial del dolo era la toma de postura que el autor asumía frente al hecho. Entre muchos otros, por ejemplo ENGISCH⁵⁶⁴, afirmaba que aquello que distinguía al dolo de la imprudencia era precisamente la indiferencia frente a la posibilidad de realización del resultado; para ARMIN KAUFMANN⁵⁶⁵ lo esencial era que pudiese inferirse la voluntad de no evitar el resultado; en STRATENWERTH⁵⁶⁶ lo importante

⁵⁶² FRANK, «Vorstellung und Wille in der modernen Doluslehre» *ZStW* n° 10, 1890, p. 211 y 217. Lo ejemplifica con el caso en el que un bandido habría disparado igualmente, aunque hubiera sabido que se produciría la muerte; o que el fumador habría apagado el cigarrillo, si hubiera sabido que iba a caer una chista en la cama y que esta iba a arder. La previsión del resultado como posible solo sirve para el concepto de dolo cuando la previsión del mismo como seguro no habría detenido al autor, no habría tenido el significado de un contramotivo decisivo, esto es lo que se denomina consentimiento. La utilización de «consentimiento» es empleado aquí para mostrar que dicho elemento es superfluo en la definición de dolo.

⁵⁶³ FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, Hirschfeld, 1897, § 59, p. 90.

⁵⁶⁴ ENGISCH, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit*, p. 234. Para este autor el dolo solo puede obtenerse por una combinación entre la teoría de la representación (motivo) y la teoría del sentimiento (emocional), y se define por el alto grado de indiferencia hacia la realización del delito, es decir por no haberse dejado determinar por la idea de comportarse de manera lícita o, dicho en otras palabras, no ser disuadido de ejecutar un comportamiento ilícito.

⁵⁶⁵ KAUFMANN, ARMIN, «El dolo eventual en la estructura del delito», trad. Suárez Montes, *ADPCP*, 1960, pp. 188-195. El dolo es voluntad de evitación manifestada en la acción, sin embargo se desmarca de las teorías emocionales porque las considera resabios de la concepción del *dolus malus* anterior al finalismo. Además, no considera necesario contar con diferentes concepciones de dolo, pues todas pueden reconducirse a la voluntad; aunque entendida en sentido negativo, esto es, como voluntad de evitación.

⁵⁶⁶ STRATENWERTH, «Dolus eventualis und bewusste Fahrlässigkeit», *ZStW*, n° 71, 1959, pp. 54-59. Para este autor el dolo se compone de un elemento cognitivo y volitivo, siendo éste último una actitud interna a la que define como «tomar en serio» el peligro; en cambio, si el autor no se tomase en serio el riesgo del

era que el autor hubiese tomado en serio el peligro de realización; y en ROXIN, una decisión a favor de la lesión del bien jurídico.

En relación con este último, la esencia del dolo estaría circunscrita a la idea de «realización de un plan», de manera que una persona actúa dolosamente en la medida en que realice su plan, de acuerdo con una valoración objetiva, e imprudentemente si lo hace por negligencia o ligereza. Sin embargo, específicamente con el dolo eventual, ROXIN propone la definición de «decisión a favor de la posible lesión de bienes jurídicos». Cabe aclarar que, si bien este autor se desmarca expresamente de las teorías emotivas (o de la actitud interna), su postura se aproxima bastante a las teorías cognitivas, al considerar únicamente lo que el sujeto se habría representado; pero él mismo se define como un defensor de las teorías volitivas. La decisión no es una resolución psíquica que pueda ser comprobada, sino que la misma es inferida por el derecho a través de actos concluyentes en contra del bien jurídico. En otras palabras, se trata de una propuesta de «voluntad normativizada»⁵⁶⁷.

No obstante, pese el evidente dominio de las teorías volitivas, después de la segunda posguerra, dos autores darían un nuevo impulso a las teorías cognitivas. En este sentido, el pensamiento de SCHRÖDER⁵⁶⁸ y la posterior profundización del mismo en los trabajos de SCHMIDHÄUSER⁵⁶⁹ intentaron reivindicar la idea de que era suficiente para afirmar el

cual es consciente, aunque sea por motivos irracionales, actúa a lo sumo como imprudente. No tomar en serio consiste en que el peligro es ciertamente conocido, pero no reconocido, y por tanto no es tomado en consideración. El autor que coloca entre paréntesis al peligro concreto representado se comporta temerariamente y se corresponde con el dolo, y si careciera de tal conciencia, entonces es un necio o un atolondrado.

⁵⁶⁷ ROXIN/GRECO, *AT*, § 12, n.ºm. 22 y ss.. Sobre la normativización de la voluntad, véase ROXIN, «Zur Normativierung des dolus eventualis und zur Lehre von der Vorsatzgefahr», en ROGALL/PUPPE/STEIN/WOLTER (eds.), *Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag*, 2004, p. 44 y s.

⁵⁶⁸ SCHRÖDER, «Aufbau und Grenzen des Vorsatzbegriffs», en *Festschrift für Wilhelm Sauer*, Ed. De Gruyter, 1949, p. 207 y ss.

⁵⁶⁹ SCHMIDHÄUSER, «Zum Begriff der bewußten Fahrlässigkeit», *GA*, 1957, p. 305 y ss.; EL MISMO, «Über Aktualität und Potentialität des Unrechtsbewußtseins», en AA.VV. *Festschrift für Hellmuth Mayer*, Ed. Duncker & Humblot, 1966, pp. 317 y ss.; EL MISMO, *Vorsatzbegriff und Begriffsjurisprudenz im Strafrecht*, Ed. Mohr, 1968; EL MISMO, *Die Grenze zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Straftat («dolus eventualis»*

dolo que el sujeto se haya representado la posibilidad de que su acción era adecuada para producir un resultado lesivo.

En líneas generales, sostuvieron que la mera representación por parte del sujeto de la posibilidad de que su acción es adecuada para producir el resultado lesivo era suficiente para afirmar el dolo. De esta manera, el concepto central del mismo debe buscarse en el dolo de segundo grado (o dolo de consecuencias necesarias), en lugar del dolo de primer grado (o dolo de intención) como sostenía la doctrina mayoritaria. Esto lo lleva a postular la tesis de que «toda imprudencia es imprudencia inconsciente», de manera que la categoría de imprudencia consciente debía desaparecer y ampliarse el ámbito de las conductas dolosas⁵⁷⁰.

SCHMIDHÄUSER profundiza en las ideas de SCHÖDER y se pregunta por qué es aquello que un sujeto conoce cuando actúa dolosamente y qué es lo que desconoce cuando lo hace imprudentemente. En este sentido, precisa que el autor doloso conoce la peligrosidad concreta de su acción; en cambio, el autor imprudente desconoce la peligrosidad concreta de su acción, pudiendo haber conocido o no la peligrosidad abstracta. Lo que la doctrina mayoritaria llama imprudencia consciente se explica como un acto realizado con conocimiento abstracto, pero con desconocimiento concreto del peligro⁵⁷¹.

und «bewußte Fahrlässigkeit»), *JuS*, 1980, pp 241 y ss. Distingue dos períodos en el pensamiento de este autor, PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, pp. 380 y ss., entre uno «objetivo» en donde se acentúa fuertemente la característica objetiva del peligro y otra «subjetiva», centrada en la presencia o ausencia de una determinada clase de conocimiento al momento del hecho.

⁵⁷⁰ SCHRÖDER, «Aufbau und Grenzen des Vorsatzbegriffs», pp. 224 y ss., 244 y ss. La categorización de este autor dentro de los que defienden un concepto de dolo circunscripto exclusivamente a un elemento intelectual ha sido cuestionado por WOLFF, «Die Grenzen des dolus eventualis und der willentlichen Verletzung», en *Festschrift für Wilhelm Gallas*, Ed. De Gruyter, 1973, p. 201, a raíz de que el mismo SCHRÖDER sostuviera que no es que sea la representación del autor lo que fundamente el reproche de culpabilidad, sino un acto de voluntad, concretamente el «querer pese a» la representación (*Trotzdem-Wollen*). Sin embargo, dado que el mismo sostenía un concepto de *dolus malus*, debe entenderse que la esencia del dolo consiste sólo en la representación, incluido el carácter prohibido de su acción. Por ello, la expresión «pese a» no está referida al dolo, sino a la culpabilidad cuyo contenido se define por no haber atendido a los motivos inhibidores del hecho.

⁵⁷¹ SCHMIDHÄUSER, «Zum Begriff der bewußten Fahrlässigkeit», p. 313; EL MISMO, «Der Begriff des bedingten Vorsatzes in der neuesten Rechtsprechung des BGH und in § 16 Komm», *GA*, 1958, p. 167 y

Además, en contra de la opinión mayoritaria que afirma que el actuar doloso supone un conocimiento efectivo de los hechos y un conocimiento potencial de la antijuridicidad, SCHMIDHÄUSER –partidario de la teoría del dolo– precisa que actuar con consciencia actual no debe suponer que el sujeto haya pensado o reflexionado sobre el hecho (*Sprachdenken*), sino que basta con un conocimiento espontáneo (*Sachdenken*). Lo mismo vale con relación a la antijuridicidad, pues no es necesario que el sujeto conozca el contenido de los preceptos legales, sino únicamente de que su conducta colisiona en contra de un valor básico de la vida en sociedad⁵⁷².

Por último, cabe precisar que las principales críticas que se les suele hacer a las teorías de la representación son las siguientes:

1º) acaba premiando a quien, por ser desconsiderado e inescrupuloso no alcanza a percibir el peligro y, por ello se le castiga por imprudencia. En cambio, castiga más severamente con dolo a quien, por ser excesivamente cuidadoso, ha percibido el peligro⁵⁷³. A dicha objeción, el mismo SCHRÖDER responde que quien actúa cuidadosamente, aunque el resultado se produzca igual, actúa de manera adecuada al derecho; pero si no obra con cuidado, pese haber percibido el peligro, entonces merecerá el castigo doloso, aunque el sujeto haya sido escrupuloso⁵⁷⁴.

2º) la falta de un elemento volitivo difumina las fronteras entre el dolo eventual y la imprudencia consciente, de modo que se les achaca que sin recurrir a un correctivo cualquier acción realizada con representación acaba siendo absorbidas por el dolo. SCHMIDHÄUSER responde que, en consonancia con SCHRÖDER, no existiría una imprudencia consciente. Lo que ocurre es que un sujeto puede pensar o representarse en

179. Así, los casos en que el sujeto confía en la no producción del resultado serían casos de falta de conocimiento necesario para el dolo.

⁵⁷² SCHMIDHÄUSER, «Über Aktualität und Potentialität des Unrechtsbewußtseins», en GEERDS/NAUCKE (eds.), *Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft: Festschrift für Hellmuth Mayer zum 70. Geburtstag*, Ed. Duncker & Humblot, 1966, pp. 325-331.

⁵⁷³ ENGISCH, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, pp. 179 y ss.

⁵⁷⁴ SCHRÖDER, «Aufbau und Grenzen des Vorsatzbegriffes», en *FS- Sauer*, Ed. De Gruyter, 1949, pp. 239-245; SCHMIDHÄUSER, «Der Begriff des bedingten Vorsatzes », p. 179.

algún momento la posibilidad concreta de la circunstancias relevantes; pero si las suprime espontáneamente dejaría de ser consciente y solo cabría imputar imprudencia. Así, lo que la doctrina suele llamar imprudencia consciente, en realidad es siempre inconsciente, puesto que son supuestos en los que la persona ha dejado de representarse la posibilidad concreta de que ocurra el resultado⁵⁷⁵.

4.6.2 Una clase de Conocimiento

Podría pensarse que la postura de JAKOBS es similar a las anteriores, en la medida en que distingue entre dolo e imprudencia de acuerdo con la presencia o ausencia de una representación o conocimiento de un riesgo relevante⁵⁷⁶. Sin embargo, coincido con la opinión de PUPPE acerca de que la propuesta de JAKOBS es similar a la que ofrece FRISCH, pues ambos autores exigen una determinada clase de conocimiento, en el sentido de que van más allá de un simple análisis sobre lo que el sujeto se habría representado o habría percibido⁵⁷⁷. Por esta razón, ubicaré a estos dos autores en el apartado en que se defiende la concepción del dolo como una clase especial de conocimiento.

Para JAKOBS dolo e imprudencia son formas de evitabilidad y no deberían ser confundidos sencillamente con el mero hecho de conocer o desconocer la posibilidad de que se realice el tipo penal. Si estos hechos psíquicos tienen alguna relevancia en el derecho es precisamente porque conforman diferentes formas de evitabilidad y no porque sean elementos sustanciales del concepto de dolo e imprudencia⁵⁷⁸.

El punto de partida para entender el modelo de teoría del delito que propone Günther JAKOBS es la noción de «evitabilidad individual». Así, el tipo objetivo quedaría determinado de acuerdo con una «concepción estandarizada» de aquello que se considera evitable. Sólo serían relevantes para el derecho penal aquellos comportamientos que son evitables según parámetros objetivo-generales que expresen una desviación respecto de

⁵⁷⁵ SCHMIDHÄUSER, «Die Grenze zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Straftat», pp-244-249.

⁵⁷⁶ Consideran a Jakobs dentro de las teorías de la representación LACKNER/KUHL, StGB, 2004, § 15, n^om. 27; SCHONKE/SCHRODER/CRAMER, StGB, 2001, § 15, n^om. 73a, 75.

⁵⁷⁷ PUPPE, «Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis», pp. 9 y ss.

⁵⁷⁸ JAKOBS, «El comportamiento evitable», trad. Cancio Meliá, en *Estudios de Derecho Penal*, 1997, Ed. Civitas, p. 154; EL MISMO, *AT*, 2^o ed., 1997, 9/24.

las expectativas referidas a un sujeto en tanto portador de un determinado rol. Precisamente debido a esta estandarización de lo evitable, no deberían tenerse en cuenta las capacidades individuales del sujeto que actúa, sino únicamente las que tendría cualquier persona que ostente el mismo rol, con las capacidades y conocimientos especiales del mismo. En otras palabras, el comportamiento será objetivamente relevante para el derecho penal si el resultado fuese evitable para cualquier persona que ocupa la misma posición social (rol o posición de garante) y hubiese tenido las capacidades o conocimientos especiales del autor⁵⁷⁹.

Ahora bien, en el tipo subjetivo JAKOBS adopta una posición individualizadora, pues solo a través del dolo o la imprudencia se vuelve típica la realización del tipo objetivo. Para él dolo e imprudencia no son más que formas de evitabilidad determinados por la cognoscibilidad de la realización del tipo: en el dolo, la cognoscibilidad evoluciona hacia el conocimiento y, en la imprudencia, no. Si a lo largo del proceso no se lograra demostrar que el sujeto conocía, pero sí la cognoscibilidad, habría que condenar por imprudencia, pues la falta de conocimiento en la imprudencia no es un elemento sustancial, sino sólo delimitador⁵⁸⁰.

De este modo, si bien la relación entre dolo e imprudencia tendría un carácter gradual, el dolo eventual se distinguiría de la imprudencia porque «el autor, en el momento de la acción, puede juzgar que la realización del tipo no era improbable como consecuencia de esa acción». El hecho de que la persona juzgase su comportamiento como un acontecimiento «no improbable» implica que el juicio que realiza debería poder basarse en una «experiencia válida» y no en una mera conjetura especulativa o en una excesiva preocupación. Si faltase el conocimiento, sea por la misma espontaneidad de la situación, temeridad, indiferencia, miedo o cualquier otra razón por la cual el sujeto no ha reparado en las consecuencias, entonces no cabría imputar dolo⁵⁸¹.

⁵⁷⁹ JAKOBS, «El concepto jurídico penal de acción», trad. Cancio Meliá, en *Estudios de Derecho Penal*, 1997, Ed. Civitas, pp. 113-121; EL MISMO, *AT*, 2º ed., 1997, 6/24.

⁵⁸⁰ JAKOBS, *AT*, 2º ed., 1997, 9/24.

⁵⁸¹ JAKOBS, *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, Ed. De Gruyter, 1972, pp. 116-117; EL MISMO, *AT*, 2º ed., 1997, 8/23. A raíz de la rígida regulación del § 16.1 StGB, JAKOBS entiende que los casos de «ceguera ante los hechos» deben ser tratados como supuestos de imprudencia, pues el tenor literal obliga a tratar cualquier caso de desconocimiento como imprudencia, al margen de cualquier valoración que pudiera

Por otro lado, FRISCH también propone una interpretación funcional del concepto de «conocimiento», pues entiende que la *ratio legis* del mayor castigo del hecho doloso es la que debe utilizarse para separar aquellos casos en los que resulta legítimo imponer una pena mayor y aquellos otros en los que correspondería aplicar una pena menor. Para FRISCH el conocimiento solo constituye el sustrato psíquico del dolo, pero aún falta por analizar las razones por las que el conocimiento coloca al autor en una situación de merecimiento de un castigo doloso⁵⁸².

Es necesario prestar atención a los fundamentos básicos que guían a la aplicación de la pena para entender qué rasgos del conocimiento es necesario para imputar dolo, es decir aquellos aspectos que remitan a un acentuado merecimiento o necesidad de pena. Para ello resulta fundamental analizar las razones teleológicas y axiológicas que condicionan la aplicación de pena⁵⁸³.

En relación con las «razones teleológicas» cabe preguntarse por qué el castigo del hecho doloso es más estricto que del imprudente. Así, conforme a las teorías preventivo generales, el obrar doloso es aquél que conmueve la fidelidad al derecho y la confianza en la inviolabilidad del orden jurídico de un modo más inmediato y violento que el imprudente. Por otro lado, respecto a las teorías preventivo especiales, el autor doloso merecería mayor pena que el imprudente. A dichas razones habría que añadirle las «razones axiológicas» que fundamentan el castigo doloso, que no son otras que el mayor poder de evitación de las consecuencias que posee el autor del hecho doloso en comparación con el imprudente⁵⁸⁴.

El concepto de «representación» o de consciencia sólo haría referencia a la captación intelectual, pero el «conocimiento» incluiría además un juicio respecto de aquello que se ha representado. Esto supone, en el autor, una toma de postura personal respecto del objeto que el sujeto conoce, operación que el denomina «verlo así para sí» (*Für-sich-so-*

hacerse de él. Véase, EL MISMO, *AT*, 2º ed., 1997, 8/23; EL MISMO, «Representación del autor e imputación objetiva», en *Estudios de Derecho Penal*, p. 233.

⁵⁸² FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, p. 168 y ss., 177 y 182.

⁵⁸³ FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, pp. 40-47

⁵⁸⁴ FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, pp. 47-49, 51 y ss.

Sehen). En otras palabras, lo que en definitiva caracterizaría al «conocimiento» es que el sujeto se haya formado un juicio y haya actuado de acuerdo con éste⁵⁸⁵.

Ahora bien, FRISCH sostiene que su propuesta no consiste en una forma especial de conocimiento, sino en un conocimiento normal que recae sobre un objeto muy particular: una conducta que posee un rasgo característico de disvalor que es precisamente lo que la vuelve típica⁵⁸⁶. Precisamente la ejecución de dicha conducta con el conocimiento de ese disvalor es lo que conmueve el ordenamiento jurídico y presenta al sujeto como un autor especialmente peligroso, y a su acto como un «rendimiento fallido calificado» (*qualifizierte Fehlleistung*). Dicho rasgo de la conducta es portadora de un disvalor y que, según la experiencia, configura un riesgo que «debe ser tomado en serio». Este es precisamente el objeto del conocimiento⁵⁸⁷.

Por tanto, para FRISCH faltará dolo en la conducta del sujeto cuando el mismo: 1º) no haya tomado una posición en contra del bien jurídico, pues no habría «visto el peligro así-para-sí», ya sea porque niegue el peligro existente pensando que no ocurrirá, o bien, porque confiase en que el peligro directamente no se realizará; 2º) no haya tomado ninguna postura en absoluto, sin interesar si esta ausencia se debe a una total indiferencia por parte del autor –ceguera ante los hechos– o a otras razones como la rapidez en que se sucedieron los acontecimientos y no pudo reflexionar; 3º) haya obrado suponiendo la existencia de un presupuesto fáctico de una causa de justificación, sea que el presupuesto objetivo

⁵⁸⁵ FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, pp. 192-193.

⁵⁸⁶ FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, pp. 115 y ss., 340 y ss.

⁵⁸⁷ FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, pp. 69-76, 82, 96 y 101. Este autor admite que su punto de vista es parecido a la fórmula de la «decisión a favor de la lesión del bien jurídico» que propone ROXIN; pero aclara que para este último se refiere a un aspecto volitivo de la conducta, en cambio, para él no es más que manifestación objetiva de quien actúa conociendo la existencia de un riesgo concreto no tolerado por la norma. No obstante, buena parte de la doctrina entiende que la tesis de FRISCH no difiere de las fórmulas del tomarse en serio el resultado, conformarse con él, etc. Al respecto, véase HERZBERG, «Das Wollen beim Vorsatzdelikt und dessen Unterscheidung vom bewusst fahrlässigen Verhalten», *JZ*, 1988, p. 636; PUPPE, «Der Vorstellungsinhalt des dolus eventuales», pp. 1 y ss.; SCHÜNEMANN, «Vom philologischen zum typologischen Vorsatzbegriff», en WEIGEND *et al.* (eds.), *Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag*, 1999, pp. 363 y ss.

realmente existía o cuando lo había supuesto erróneamente, pues en ambos casos el sujeto no se habría decidido en contra de los valores establecidos por la norma⁵⁸⁸.

Pese a que la opinión de FRISCH no fue interpretada por la doctrina del mismo modo en que él pretendía, pues en general se la consideró como un forma de «especial conocimiento» antes que como el conocimiento que recae sobre un «objeto especial», este punto de vista puede considerarse precursor a las tesis de HERZBERG y PUPPE que basan la distinción entre el dolo y la imprudencia en las características objetivas del peligro y no en el conocimiento del autor⁵⁸⁹.

4.6.3 Conocimiento de la Probabilidad

A finales de la década de los 80 y 90 las teorías del conocimiento vuelven a estar en el centro de la discusión dogmática, debido en buena medida a las propuestas de HERZBERG y PUPPE. De acuerdo con estas posturas la entidad del peligro creado resulta fundamental para interpretar una conducta como dolosa y no la valoración subjetiva del sujeto. Brevemente, estas posiciones consideran el conocimiento efectivo del sujeto, pero se valora jurídicamente si el sujeto debía o no valorar las circunstancias como peligrosas.

Para HERZBERG la distinción entre dolo e imprudencia puede trazarse ya desde la categoría el tipo objetivo⁵⁹⁰. A través del análisis de algunos casos que ofrece, el autor demuestra que las teorías tradicionales llegarían a conclusiones contraintuitivas, considerando como dolosos algunos riesgos muy escasos, cuya conclusión no sería aceptada por ningún tribunal; pero también, en el caso de riesgos muy elevados, acabarían teniendo que imputar imprudencia, lo que a todas luces resulta inaceptable.

Además, considera que el dolo se agota en la representación, sea acertada o errónea, de un riesgo calificado y que las actitudes voluntativas o emocionales no resultan útiles. Si

⁵⁸⁸ FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, pp. 215 y ss, 225 y ss, 243 y ss.

⁵⁸⁹ PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, p. 560.

⁵⁹⁰ De hecho, el artículo en el que aparece su propuesta lleva como título «La delimitación entre dolo e imprudencia. Un problema de tipo objetivo». HERZBERG, «Die Abgrenzung von Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit - ein Problem des objektivens Tatbestandes», *JuS*, 1986, p. 249.

el riesgo es escaso, no habrá dolo aunque el autor actúe con intención. Y si el riesgo es elevado, no podrá impedir la imputación de dolo aunque no lo apruebe, no lo tome en serio o confíe en que no se producirá. De hecho, los jueces han eliminado el requisito de la voluntad en la práctica, pese a que verbalmente aún lo sigan invocando⁵⁹¹.

Tomando en cuenta estas premisas, HERZBERG distingue entre tres grupos de casos y llega a las siguientes conclusiones:

1º) Cuando el peligro se encuentra cubierto o asegurado a través de la atención humana. La imputación al autor no podrá ir más allá de la imprudencia, incluso aunque el autor haya tenido la intención de producir el resultado. Por ejemplo, en el caso en que el capataz de una obra enviase a un andamio a un operario sin protección o en los accidentes producidos en el tráfico vial, la potencial víctima aún cuenta con posibilidades de protegerse del peligro creado por el autor⁵⁹².

2º) Cuando se trata de un peligro descubierto o no asegurado, debido a que la potencial víctima no puede contar con posibilidades de ejercer alguna clase de protección frente a sus bienes jurídicos, la clase de riesgo creada solo puede ser dolosa. Por ejemplo, en el supuesto en que dos amigos decidieran jugar a la ruleta rusa con un revólver, no existiría ninguna posibilidad de que la víctima pueda ejercer algún tipo de cuidado o de atención que pueda protegerle. Por ello, bastará con probar que el autor conoció el peligro descubierto o no asegurado para imputar dolo, ya que ni su confianza (irracional) en un desenlace feliz podría excluir este tipo de imputación⁵⁹³.

3º) Y en los casos en que el peligro se presenta de manera descubierta o sin posibilidad de aseguramiento por parte de la víctima, pero el autor concibe la realización del riesgo de manera extraordinariamente improbable, entonces se trata de un «desafortunado accidente» y solo cabe imputar imprudencia. En cambio, si reconoció que la producción del resultado no era extraordinariamente improbable, entonces debería imputarse dolo⁵⁹⁴.

⁵⁹¹ HERZBERG, «Die Abgrenzung von Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit», *JuS*, 1986, p. 253.

⁵⁹² HERZBERG, «Die Abgrenzung von Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit», *JuS*, 1986, pp. 254-256.

⁵⁹³ HERZBERG, «Die Abgrenzung von Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit», *JuS*, 1986, pp. 255-256.

⁵⁹⁴ HERZBERG, «Die Abgrenzung von Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit», *JuS*, 1986, pp. 256.

En la misma línea, PUPPE propone un concepto de dolo basado en la normativización del elemento volitivo, manteniendo el conocimiento del autor como dato fáctico del mismo. Sin embargo, dicha situación fáctica-psicológica no alcanza para imputar dolo, sino que es necesario que su comportamiento sea interpretado dentro de un proceso de comunicación entre seres racionales que se orientan conforme a ciertas máximas de conducta. En otras palabras, para que un comportamiento pueda ser considerado doloso es preciso que la situación fáctica reconocida por el autor pueda ser interpretada como lesiva a través de un parámetro objetivo⁵⁹⁵.

Ahora bien, en relación con el concepto de «voluntad», PUPPE señala que sólo en el dolo de primer grado se lo considera en un sentido psicológico, entendido como «querer»; pero en el dolo de consecuencias necesarias y eventual se lo emplea en un sentido normativo, es decir como el resultado de un juicio en el que el autor no podría alegar en su descargo que no quería el resultado (en un sentido psicológico). Dicha autora aceptaría cualquier definición de voluntad siempre que sea en sentido normativo, como consentimiento o decisión en contra del bien jurídico. Además, a través de algunos ejemplos, acaba demostrando por qué criterios introducidos por la teoría de la imputación objetiva, como la adecuación social, son en realidad aspectos normativos del dolo⁵⁹⁶.

Con relación al elemento intelectual, esta autora –al igual que HERZBERG– se encargan de aclarar que el «conocimiento» que posee el autor es un requisito psicológico indispensable, pues no debe ser normativizado ni objetivado, sino que debería ser tratado como un dato empírico. Sin embargo, lo esencial es el contenido de dicha representación:

⁵⁹⁵ PUPPE, «Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis», p. 14 y s. En la misma línea, KINDHÄUSER, «¿La indiferencia como dolo?», trad. García Cavero, en *Cuestiones actuales de Derecho Penal general y patrimonial*, Ed. ARA, 2005, p. 49, sostiene que actúa dolosamente quien no evita un comportamiento que conduce, con una probabilidad relevante para la decisión de un destinatario fiel a la norma, a la realización del tipo penal. Bajo estas premisas, afirma KINDHÄUSER, el dolo configura su función de imputación a partir de elementos fácticos y normativos. Normativamente hay que determinar qué grado de probabilidad en el juicio de prognosis del resultado configura el dolo. Si el autor parte de una probabilidad de aparición del resultado relevante para la decisión, podrá imputársele la realización del tipo penal a título de dolo.

⁵⁹⁶ PUPPE, «Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis», 1991, p. 14-15; LA MISMA, *Vorsatz und Zurechnung*, p. 39 y s., 69; LA MISMA, *NK-StGB*, § 15, n° m. 26-29 y 89.

la calidad del peligro de lesión que el sujeto conscientemente ha creado. En este punto cita la conocida frase de HERZBERG de que «no se trata de que el autor haya tomado en serio un peligro que ha reconocido, sino que haya reconocido un peligro que debe ser tomado en serio»⁵⁹⁷. Dicho brevemente, es preciso someter el efectivo conocimiento del sujeto a una interpretación objetiva basada en la calidad del peligro creado.

El hecho de que el peligro creado tenga que ser interpretado bajo parámetros objetivos no supone que el dolo se traslade al tipo objetivo, sino únicamente que el mismo tipo objetivo ya prevé la realización de una cierta clase de peligro: peligros de imprudencia (*Fahrlässigkeitgefahren*) y peligros de dolo (*Vorsatzgefahren*). La distinción entre ambos no se obtiene únicamente de la magnitud del peligro creado, sino también de la evidencia sensorial del peligro, la inminencia de la realización, la posibilidad de que el riesgo sea neutralizado, o la confianza del autor en su propia capacidad de evitar el resultado⁵⁹⁸.

En definitiva, PUPPE pretende zanjar la distinción entre dolo e imprudencia de manera cualitativa, a diferencia de las teorías cognitivistas del dolo en que se establece una delimitación gradual, tomando como punta de partida el conocimiento del autor y luego, distinguiendo si lo que conocía constituía una estrategia idónea para la producción del resultado (dolo) o no (imprudencia)⁵⁹⁹.

5. DIFERENCIA CUALITATIVA O CUANTITATIVA

Hemos dicho que la doctrina mayoritaria se suele decantar por un concepto volitivo de dolo, lo que implica reconocer que el dolo de primer grado (intención) es la categoría básica de la imputación y que la distinción con la imprudencia tiene carácter lógico-conceptual; sin embargo, la principal crítica que se les suele hacer es que la voluntad no parece ser un elemento común en todas las formas de imputación dolosa y que solo

⁵⁹⁷ PUPPE, «Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis», p. 17; LA MISMA, *Vorsatz und Zurechnung*, p. 42 y 73; LA MISMA, «§ 15», nm. 72. La frase es tomada de HERZBERG, «Die Abgrenzung von Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit», *JuS*, 1986, p. 262.

⁵⁹⁸ PUPPE, «Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis», p. 17 y s., 21, 32-33; LA MISMA, « § 15 », nm. 85 y ss.

⁵⁹⁹ PUPPE, *Vorsatz und Zurechnung*, p. 74; LA MISMA, «§ 15», nm. 67, 90-92, y 103. La sigue, KINDHÄUSER, «Acerca de la delimitación entre dolo e imprudencia», p. 13.

aparecería reflejado con exactitud en el dolo de primer grado⁶⁰⁰. A pesar de dicha tendencia, en los últimos años se han impuesto varias opiniones que sustentan una concepción cognitiva del dolo, en las que también se suele considerar al dolo eventual como una categoría básica y que la distinción con la imprudencia es indefectiblemente gradual. La crítica que se les suele hacer radica en la inaplicabilidad práctica de los criterios utilizados, pues es evidente que difícilmente puedan establecerse a partir de qué porcentajes exactos de conocimiento⁶⁰¹ o de probabilidad pueda hablarse de dolo o imprudencia.

Pese a la insistencia con la que HERZBERG y PUPPE –dos representantes de las teorías cognitivas– se han esforzado por intentar sostener una distinción cualitativa (*aliud*) entre el dolo y la imprudencia, lo cierto es que buena parte de la doctrina considera que no lo han logrado. El primero de ellos porque al tomar en cuenta la probabilidad de producción del resultado termina abrazando un criterio cuantitativo⁶⁰² y la segunda porque acaba recurriendo a parámetros cuantitativos para distinguir ambas categorías⁶⁰³.

A pesar de ello, creo que existe un aspecto muy interesante que se puede extraer de la propuesta de PUPPE y que consiste en la aclaración que dicha autora realiza en relación con la noción de probabilidad. Según la autora, la probabilidad no podría reemplazar al concepto mismo de dolo, pues se trata de un concepto vago; pero tampoco podría ser utilizado como el único indicio en la aplicación del mismo, sino que es necesario acudir

⁶⁰⁰ PUPPE, «§ 15», nm. 5, 23-27. La sigue GRECO, «Dolo sin voluntad», p. 12 y s. En el mismo sentido, MOLINA FERNÁNDEZ, «La cuadratura del dolo: problemas irresolubles, Sorites y Derecho Penal», en JORGE BARREIRO (coord.), *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Ed. Civitas, 2005, p. 727, explica que, por un principio de economía cognitiva, psicológicamente se tiende a agrupar conjuntos de manera definida y separada, con puntos de corte precisos, aunque en la realidad los atributos se suelen presentar de una manera gradual o continuada.

⁶⁰¹ Excepto para quienes definen que dolo es conocimiento e imprudencia, desconocimiento. Para estos autores, la diferencia es cualitativa. En esta línea puede verse SCHRÖDER, «Aufbau und Grenzen des Vorsatzbegriffs», pp. 224 y ss., 244 y ss. y SCHMIDHÄUSER *Vorsatzbegriff und Begriffsjurisprudenz im Strafrecht*, Ed. Mohr, 1968, p. 20 y s.

⁶⁰² El criterio utilizado por HERZBERG ha sido considerado gradual (plus-minus) por PUPPE, «Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis», p. 19; JESCHECK/WEIGEND, *AT*, trad. Olmedo Cardenete, 5º ed. 1996, p. 302; PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, p. 462.

⁶⁰³ PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, p. 494.

también a otros indicios⁶⁰⁴. Creo que esta distinción, que PUPPE insinúa, entre conceptos de dolo e indicios para la aplicación del mismo puede ser útil para distinguir entre dolo e imprudencia. Precisamente la tesis que propongo defender consiste en separar el análisis de los «enunciados» que versan sobre el dolo y el que versa sobre los «hechos» que podrían ser considerados dolosos.

Los problemas de indeterminación que afectan a estas categorías es una dificultad a la que no escapan siquiera los lenguajes tan formalizados como el de las matemáticas. Hace cien años EINSTEIN llamaba la atención sobre lo irónico que podía parecer el hecho de contar con un lenguaje exacto en el plano teórico y la vaguedad o porosidad a la que suelen enfrentarse los teóricos cuando pretenden aplicar los conceptos a la realidad. La frase expresada para ilustrar el problema sería retomada años más tarde por algunos filósofos del Derecho, como ALCHOURRÓN y BULYGIN, para exhibir ciertos dilemas a los que también se enfrentan los juristas: «*as far as the laws of mathematics refer to reality, they are not certain; and as far as they are certain, they do not refer to reality*»⁶⁰⁵.

La distinción entre conceptos teóricos y conceptos aplicados a la realidad puede ejemplificarse de manera muy sencilla. Así, si pretendiésemos dar una definición sobre qué es el número cinco podríamos definir que se trata de un número que se ubica entre el cuatro y el seis. Desde el punto de vista teórico, el significado obtenido parece ser bastante claro y preciso, aunque permanece en un plano abstracto, es decir que es utilizado sin tomar contacto con la realidad. Basta con conocer el significado de cuatro y seis para poder distinguirlo de otros números. Sin embargo, cuando se intenta utilizar dicho número cinco para describir una realidad nos encontramos con que no existe nada en la experiencia sensible que se corresponda con este número. En este plano no bastará con conocer cuál es el significado de los términos utilizados, sino que será necesario echar mano a ciertas herramientas que, aunque ajenas al concepto, permiten la aplicación del mismo. Por ejemplo, en el caso del número cinco, tomar cinco manzanas para guiar al

⁶⁰⁴ PUPPE, «Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis», pp. 18, 30 y 32.

⁶⁰⁵ EINSTEIN, *Geometry and Experience*, 1922, p. 1; ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Sistemas Normativos*, p. 49. En el mismo sentido, advierte PÉREZ MANZANO, «Dificultad de la prueba de lo psicológico y naturaleza normativa del dolo», en VV.AA., *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, vol. 2, 2008, p. 1479, señala que cualquier ley o fórmula, incluso las que provienen de las ciencias científico naturales, se difuminan en la aplicación a un caso concreto, por ello nunca pueden ofrecer certeza.

interlocutor al mismo significado de cinco. Otro supuesto en el que puede notarse esta distinción es el concepto de «muerte», pues una definición teórica podría ser «extinción de la vida»; pero un indicio ajeno a dicho concepto, pero vinculado necesariamente él, precisamente porque permite su aplicación, es el «paro cardio respiratorio» o, desde la sanción de la ley de trasplante de órganos, el de «muerte encefálica». Esto es lo que más adelante llamaré «indicadores» y que, como hemos visto, pese a estar vinculados con el concepto no pueden ser confundidos con el mismo.

A nivel conceptual, dolo e imprudencia se presentan como dos categorías sustancialmente distintas; en cambio, en la determinación fáctica de los mismo, los indicadores que facilitan la aplicación del concepto son necesariamente graduales⁶⁰⁶. En lo que sigue presentaré una sumaria exposición de ambas posiciones:

5.1 Una relación de *aliud*

En general, la doctrina mayoritaria entiende que dolo e imprudencia son opuestos contradictorios. Dicha explicación suele tomar como punto de partida el significado cotidiano, donde se suele contraponer el significado de aquello que se realiza con miras a alcanzar una finalidad antepuesta, pretendida, o lo que en el sentido natural de la palabra se entiende como «querido», y el significado que adquieren las conductas causadas por negligencia, descuido o falta de cuidado, que en el sentido natural se interpretan como «no queridas»⁶⁰⁷.

Entre muchos otros autores que sostienen que la distinción de dolo e imprudencia es categorial –o una relación de *aliud*– se encuentran JESCHECK y WEIGEND. Para estos la imprudencia no sería una forma atenuada del dolo, sino algo esencialmente diverso. El que realiza un comportamiento imputable a título de dolo actúa con el conocimiento y la voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo, mientras que, a quien se le imputa imprudencia, actúa sin alguno de dichos elementos. De acuerdo con esta concepción no

⁶⁰⁶ Sobre esta distinción, véase ROGÉ SUCH, «La relación entre dolo e imprudencia ¿*aliud* o *plus-minus*?» InDret 3/2022.

⁶⁰⁷ PUPPE, «§ 15» nm. 6. También advierte sobre la confusión que proviene del lenguaje cotidiano HERZBERG, *Festschrift 50-Jahre BGH*, v. IV, p. 61.

podría tener el mismo significado la conducta de quien persigue un resultado y la de quien actúa de manera descuidada, sin darse cuenta o, incluso, teniendo el resultado como posible pero confiando en que no se llegaría a producir⁶⁰⁸.

Por su parte, ROXIN también mantuvo parcialmente esta posición afirmando que, si bien el dolo y la imprudencia se excluirían conceptualmente el uno con el otro, no negaba que pudiera observarse también una relación gradual con respecto a la desaprobación social de la conducta. En otras palabras, se trataría de dos conceptos esencialmente distintos, pero que serían susceptibles de un reproche que solo es distinguible en razón de grados o cantidades, pues el dolo tendría un plus de injusto y de culpabilidad con relación a la imprudencia. Por esta razón ROXIN afirmaba que, aunque sean conceptos cualitativamente distintos, existe entre ambas una «relación gradual normativa»⁶⁰⁹. No obstante, en la más reciente edición de esta obra, ROXIN/GRECO se decantan completamente por una relación *plus-minus*, pues reconocen que el contenido del delito imprudente está incluido en el doloso, lo que podría ser graficado en la siguiente ecuación: [dolo = imprudencia + X]⁶¹⁰.

El tipo de razonamiento que subyace a la relación cualitativa, como explica VARELA, obedece a una forma de reflexionar que parece estar guiada por una lógica de carácter binaria o bivalente, es decir, por un método en el que solo serían posibles dos alternativas y en el que no se admitiría una tercera solución intermedia. Las únicas respuestas plausibles se resuelven en términos de Verdadero/Falso, o de 0/1. Esta manera de razonar

⁶⁰⁸ JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal Parte General*, 5ª ed., 2002, p. 606; ROXIN, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., nm. 24/70 ss.; GAEDE, «§ 15», en *StGB*, 2013, nm. 61; DUTTGE, «§ 15», en SAFFERLING, *MüKoStGB*, 3ª ed., 2017, nm. 101-104; VOGEL/BÜLTE, «§ 15», en *Leipziger Kommentar StGB*, v. 1, 2020, nm. 12-20; STEIN, «§ 15», en WOLTER, *SK-StGB*, 9ª ed., 2017, nm. 12; STERNBERG-LIEBEN/SCHUSTER, «§ 15», en *S/S StGB*, 30ª ed., 2019, nm. 3.

⁶⁰⁹ ROXIN, *DPPG*, § 24, nm. 72. Lo sigue, MYLONOPOULOS, *Komparative und Dispositionsbegriffe im Strafrecht*, Ed. Peter Lang, 1998, pp. 74 ss. En relación con esta solución ecléctica de aludir a «grados normativos» para referirse solo a la pena, HERZBERG ironiza con que no se puede tener las dos cosas, es decir, seguir manteniendo un concepto dogmático en el que los términos se vinculan como un *aliud*, y una aplicación procesal de estos, donde los términos se relacionan de manera gradual. HERZBERG, «Der Vorsatz als 'Schuldform', als 'aliud' und als 'Wissen und Wollen?'», en *Festschrift 50-Jahre BGH*, v. IV, Ed. C.H. Beck, 2000, p. 63.

⁶¹⁰ ROXIN/GRECO, *AT*, n° m. 24/80.

tiene la ventaja de permitir zanjar el problema de la delimitación por sus extremos, dando como resultado compartimentos estancos; aunque puede criticarse que se desconozcan las zonas grises que pudieran presentarse entre ellos⁶¹¹.

El dolo y la imprudencia serían, desde este punto de vista, categorías esencialmente distintas, definidas en términos opuestos como conocimiento/desconocimiento, voluntario/involuntario, a los que correspondería aplicar marcos penológicos distanciados o, al menos, que no sean colindantes. Esto ocurriría, por ejemplo, con la pena prevista en España para el homicidio, de uno a cuatro años de prisión para el homicidio imprudente, y de diez a quince años de prisión para la modalidad dolosa.

La contraposición cualitativa se advierte tanto en los casos extremos, como en los más próximos. Así, si la intención o propósito se refería al supuesto de quien persigue la realización de las circunstancias del hecho, la imprudencia inconsciente designaba los casos en que dicha consecuencia había quedado oculta. También, los supuestos de dolo eventual se referirían a casos ejecutados por quien se resignaba a la producción del resultado, y los de imprudencia consciente a aquellos realizados por quien confiaba simultáneamente en su no producción.

Esto explica por qué la concepción del *aliud* es favorecida, sobre todo, por aquellos autores que sostienen un concepto volitivo de dolo, según el cual dolo sería el conocimiento y la voluntad de realizar el tipo objetivo⁶¹²; pero también, en menor medida, por quienes defienden una concepción cognitiva, sea que definan el dolo como conocimiento e imprudencia como desconocimiento⁶¹³, o bien, que definan el dolo como una determinada clase de conocimiento⁶¹⁴.

⁶¹¹ VARELA, *Dolo y Error. Una propuesta para una imputación auténticamente subjetiva*, 2016, pp. 269-271.

⁶¹² En España, por ejemplo, LUZÓN PEÑA, *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, 3ª ed., 2016, nºm. 16/32; ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC, *Compendio de Derecho Penal Parte General*, 8ª ed., 2019, pp. 332-334.

⁶¹³ Por ejemplo, SCHRÖDER, «Aufbau und Grenzen des Vorsatzbegriffs», pp. 224 y ss., 244 y ss. y SCHMIDHÄUSER *Vorsatzbegriff und Begriffsjurisprudenz*, p. 20 y s.

⁶¹⁴ Por ejemplo, FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, p. 193 se refiere a un conocimiento que puede conmovir *ex ante* al ordenamiento jurídico en una medida singular, de forma que la interpretación de dicha clase de

En el sistema que propusieron las escuelas clásica y neoclásica, el dolo y la imprudencia aparecían en el plano de la culpabilidad, por lo que dichas categorías compartían las mismas características a nivel de injusto. La diferencia solo podía ser advertida en el plano de la culpabilidad, donde era posible cobijar tanto distinciones cualitativas como cuantitativas. Con la irrupción del modelo finalista, ambas categorías fueron trasladadas al injusto y la distinción comenzó a ser trazada en un plano objetivo. De esta manera, el dolo y la imprudencia debían ser entendidos como hechos cualitativamente distintos. Esta es la razón por la que en Alemania hubo que forzar un instituto de subsunción alternativa o hablar de una relación de gradación normativa entre ambas figuras, pues en caso de duda sobre la concurrencia de dolo no podía condenarse directamente por imprudencia sin acudir a esta clase de institutos⁶¹⁵.

En definitiva, quienes defienden que existen normas de comportamiento distintas para delitos dolosos e imprudentes subsiste necesariamente una relación de *aliud* entre ambas categorías. Así, por ejemplo, para CORCOY BIDASOLO existe una norma para el delito doloso que obliga al destinatario a desistir de realizar una conducta sobre la cual el sujeto ya conoce el efectivo peligro que entraña, y otra norma para el delito imprudente que lo obliga a conocer exactamente las consecuencias de su conducta⁶¹⁶.

Crítico con esta posición, HERZBERG sostenía que el dolo y la imprudencia no podían distinguirse como dos categorías cualitativamente distintas, con independencia de si se consideraban en el plano del injusto o de la culpabilidad. Para él había que superar el «dogma de la otredad». En tono mordaz argumentaba que, si la tesis del *aliud* realmente

conocimiento presenta al autor como un sujeto especialmente peligroso, lo que incluye no solo el conocimiento del sustrato fáctico, sino también con una dimensión valorativa en la que el sujeto adopta una postura personal respecto del riesgo, que él llama «verlo para sí» (*fur sich so sehen*).

⁶¹⁵ VOGEL/BÜLTE, en *LK*, nm. 17; PUPPE, «§ 15», nm. 5. Sobre esta acumulación en el tipo, que opera desde el finalismo, críticamente KINDHÄUSER, «El tipo subjetivo en la construcción del delito», p. 6 y s., considera inconsistente incorporar junto a la descripción del suceso antijurídico, también criterios de evitabilidad, como el dolo y la imprudencia.

⁶¹⁶ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, pp. 55-68. También afirma la existencia de una norma dirigida a conductas dolosas distinta de la que prohíbe conductas imprudentes, MIR PUIG, *La función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de Derecho*, 2ª ed., Ed. Bosch, 1982, pp. 74- 45.

fuera correcta, sus defensores habrían demostrado desde hace tiempo, con ejemplos, cómo es que alguien podía cometer un delito doloso sin actuar imprudentemente, es decir, sin violar ningún deber objetivo de cuidado. Imaginemos que un boxeador espera causar una hemorragia cerebral que ocasione la muerte de su oponente y durante el combate, pese a cumplir estrictamente con las reglas del boxeo, crea un peligro para la vida de su contrincante con un golpe y acaba por matarlo. En este caso quedaría demostrado que un sujeto no puede cometer un delito doloso sin realizar previamente uno imprudente, pues está claro que los delitos dolosos y los imprudentes tienen una base fáctica objetivamente idéntica⁶¹⁷. Como afirma CORCOY BIDASOLO, el riesgo creado es relevante para el dolo y la imprudencia, o ni siquiera es relevante para el derecho penal⁶¹⁸.

5.2 Una relación de *plus minus*

En el otro extremo se encuentran aquellos que, como HERZBERG, PUPPE, SCHMIDHÄUSER, JAKOBS y PAWLIK, sostienen que entre ambas figuras media una relación de *plus-minus*. Dolo e imprudencia serían, para esta posición minoritaria, categorías imposibles de clasificar que obedecen a atributos graduales, distinguibles de mayor a menor, en los que no existirían puntos de corte precisos como los que insisten en encontrar los partidarios del *aliud*⁶¹⁹.

A diferencia del planteamiento anterior, esta manera de razonar se parecería más al recurso retórico de la paradoja sorites (o del montón), en el que los extremos analizados se encuentran entrelazados por una línea continua que los une (por ejemplo, un gramo y un kilogramo de arena) y no admiten fácilmente ser distinguidos entre sus partes de forma cualitativa, sino únicamente de manera cuantitativa (por ejemplo, que siete gramos de arena se encuentran más cercanos a un gramo que a un kilogramo de arena)⁶²⁰.

⁶¹⁷ HERZBERG, «Der Vorsatz als 'Schuldform', als '*aliud*' und als 'Wissen und Wollen?'», en GEIß (ed.), *Festschrift 50-Jahre BGH*, Band IV, C.H. Beck, pp. 60-66.

⁶¹⁸ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, pp. 326 y ss.

⁶¹⁹ MOLINA FERNÁNDEZ, «La cuadratura del dolo», p. 733.

⁶²⁰ VARELA, *Dolo y Error*, pp. 269-271.

Esta visión tiene la ventaja de reconocer que existe una conexión entre ambos criterios de imputación y que, además, el dolo y la imprudencia comparten un mismo objeto de referencia. Según la ubicación sistemática que se adopte, la gradación entre dolo e imprudencia podría ser entendida, bien como categorías de un injusto con características más o menos graves, o bien, como formas escalonadas de reproche personal por la infracción a una misma norma de comportamiento.

La primera posibilidad es la que parecen explorar CORCOY BIDASOLO y FEIJOO SÁNCHEZ cuando afirman que el dolo y la imprudencia no son conceptos ontológicos ni psicológicos, sino normativos que surgen de la interpretación del Derecho positivo. La infracción del deber es un elemento que caracteriza a ambas figuras; pero se distingue en que la infracción de deberes dolosos resultan tan palmarios que no hace falta detenerse o insistir sobre ellos, pues se trataría de un deber directo o inmediato. En cambio, los deberes imprudentes se caracterizarían porque establecen deberes de evitación indirectos o mediatos. Este autor se enrola en una corriente ecléctica que concibe al delito como la decisión de una persona contra una norma de comportamiento, sea dolosa o imprudente. La diferencia entre dolo e imprudencia se encontraría en los diversos niveles de conocimiento a la hora de tomar una decisión. De esta manera, el autor doloso es aquel que se decide por una conducta típica que «tiene ante los ojos» y el imprudente por ser aquel que toma una decisión que se desvía de la norma de conducta, pero carece de esa previsión del tipo⁶²¹. En definitiva, para este autor se trata de una diferencia cuantitativa que toma como base a los deberes, algunos evidentes y otros menos, pero que en todo caso se extraen del conocimiento o no del riesgo previsto en la norma de comportamiento.

Otra posibilidad consiste en ubicar la graduación del dolo y la imprudencia en el ámbito de la culpabilidad. En esta posición ambas categorías compartirían una misma base común (tipo objetivo) y presentaría las siguientes ventajas: 1º) que dichas categorías se presentan como criterios alternativos de imputación; 2º) que para imputar imprudencia resultaría necesario excluir antes la posibilidad de atribuir dolo; y 3º) la imprudencia ha

⁶²¹ CORCOY BIDASOLO, «Imputación objetiva en el delito imprudente», *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 24, 1994, pp. 61, 79 y ss.; FEIJOO SÁNCHEZ, *El Dolo eventual*, Ed. Olejnik, 2018, pp. 17-19, 51 s.

de estar estrictamente referida a la inevitabilidad actual (al momento del hecho) de la realización del tipo⁶²².

En el año 2002, JAKOBS realiza este cambio en su sistema cuando traslada el dolo y la imprudencia hacia la culpabilidad⁶²³. Para este autor objetivamente no existirían mayores deberes en el dolo que en la imprudencia, sino que ambas figuras se distinguirían por el grado de evitabilidad del hecho típico que estaba disposición del sujeto. No es el deber lo que varía, sino el reproche dirigido a la persona que actúa con mayor o menor conocimiento. En este sentido, se imputa dolo a quien no evita aquello que realiza conociendo, e, imprudencia, a quien no evita aquello que, a pesar de no ser conocido por él, le resultaba cognoscible. En otras palabras, el reproche doloso se funda en el hecho de que el sujeto contaba con conocimientos suficientes para evitar el resultado, y, la imprudencia, en que el sujeto no tenía el conocimiento actual de aquello que era necesario para evitar su realización, pero pudo tenerlo⁶²⁴.

En la misma ubicación sistemática, PAWLIK -inspirado en VON GROLMAN- explica que la distinción entre ambas figuras tiene carácter gradual, dependiendo de cómo se sitúen los sujetos en relación con el Derecho penal. Una persona que actúa de mala fe adopta una actitud de «enemistad» frente al Derecho (*Rechtsfeindschaft*) y, por esta razón, le cabría responsabilidad dolosa. La mera «falta de amistad» con el Derecho (*Mangel an Rechtsfreundschaft*) es lo que fundamentaría la infracción imprudente. Este autor renuncia a una explicación basada en estados mentales y se sustenta en una distinción que dependería de criterios axiológicos: si a todo individuo le incumbe adoptar una actitud previsor, que consiste tanto en averiguar las circunstancias fácticas, como adquirir conocimientos sobre la relevancia jurídica de sus conductas, es evidente que este déficit de fidelidad dependerá de la dimensión o medida de la infracción que resultaba de su propio ámbito de competencia⁶²⁵.

⁶²² Cfr. MAÑALICH, «La imprudencia como estructura de imputación», *Revista de Ciencias Penales*, XLIII, nº 3, 2015, p. 16.

⁶²³ JAKOBS, «Gleichgültigkeit als dolus indirectus», *ZStW*, nº 114, 2002, p. 595. También en EL MISMO, *Kritik des Vorsatzbegriffs*, 2020, p. 23, sostiene expresamente que no es posible separar la intención de realizar el tipo penal de la conciencia de antijuridicidad.

⁶²⁴ JAKOBS, *Derecho Penal Parte General*, 2ª ed., 1997, nm. 9/82.

⁶²⁵ PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, pp. 257, 367, 371 y 373-375.

De este modo, ambas categorías no se encontrarían en una relación de alternatividad —es esto, o bien, aquello—, pues no tienen características contradictorias, como las que podrían encontrarse entre los elementos que definen a las figuras del robo y la apropiación indebida. Por contraposición, se trata como una relación de especialidad, pues son categorías subordinadas en las que los elementos del dolo presuponen a los de la imprudencia, sin que pueda valer también en sentido inverso, como ocurriría entre la figura del asesinato y el homicidio⁶²⁶.

Al ser entendida como una relación de *plus-minus* sería factible condenar por imprudencia cuando no fuese posible probar dolo, de la misma forma en que se admite condenar por hurto cuando no se pueda probar algún elemento típico del robo, o por tentativa cuando no se pueda probar la consumación, o como cómplice cuando no pueda hacérselo como partícipe, etc. En definitiva, existiría entre ambos conceptos una relación lógica de implicación, lo que torna innecesario acudir al instituto de la subsunción alternativa, pues el dolo incluiría todos los requisitos que contendría la imprudencia⁶²⁷.

6. EL SIGNIFICADO DE LOS CONCEPTOS PSICOLÓGICOS

Muchas dificultades a las que se enfrenta la doctrina penal en la determinación del dolo u otros aspectos subjetivos de la teoría del delito se deben, en cierta medida, a una confusión sobre la clase de problemas que corresponden a los juristas o filósofos y aquellos que conciernen exclusivamente a los científicos. Esto no debería suponer que los planteamientos que existen en uno u otro no puedan ser complementarios entre sí, sino sólo que ambos tipos de problemas no deberían ser confundidos.

⁶²⁶ Sobre las relaciones conceptuales de los tipos penales, véase KLUG, *Problemas de la filosofía y de la pragmática del Derecho*, 2002, pp. 68 ss.

⁶²⁷ PUPPE, «§ 15», nm. 6; LA MISMA, *Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung*, nm. 7/2. En este sentido, afirma CORCOY BIDASOLO, «Normativización del dolo e ignorancia deliberada», *Conferencia magistral de académica española Mirentxu Corcoy en Universidad Mayor*, 2015, p. 19 y s., que aun cuando concorra algún indicio relevante acerca del conocimiento del riesgo por parte del sujeto, no concurrirá dolo si se han probado otros indicios que nos llevan al desconocimiento. En estos casos, el principio *in dubio pro reo* debe conducir a la absolución o, en su caso, a la calificación de los hechos como imprudentes.

El análisis conceptual sobre los estados mentales que determinan la imputación subjetiva constituye una cuestión a priori respecto a la investigación científica, pues la determinación del significado que tienen determinados conceptos psicológicos es la base para aclarar cuáles son las condiciones en las que sería correcto (o no) aplicar dichos conceptos. En otras palabras, si desconocemos cómo funcionan los conceptos difícilmente podamos averiguar cuál es la naturaleza de aquello que es denotado por ellos⁶²⁸. Por ejemplo, cuando un científico nos informa que una creencia se corresponde con determinadas conexiones neuronales producidas en el cerebro humano no está diciéndonos cuál es el concepto de creencia, sino que únicamente nos estaría explicando qué es aquello a lo que se aplica a nuestro concepto de creencia.

La razón de comenzar por un análisis semántico, antes que uno ontológico, consiste en que muchas de las características que tienen los conceptos psicológicos utilizados para describir nuestra propia vida mental y la de los demás se extrae de nuestro proceso de socialización y no -precisamente- de los avances científicos. En este sentido, hemos ido asimilando e interiorizando muchos de estos conceptos, generalmente sin pruebas ni demostraciones científicas que nos digan qué procesos físico-químicos o qué conexiones neuronales se encuentran implicados en ellos. La filosofía de la mente es una rama que pretende hacer compatibles las intuiciones conceptuales que tenemos acerca de las creencias, los deseos, las intenciones u otros conceptos psicológico con los avances científicos que intentan explicar dichos fenómenos⁶²⁹.

Los psiquiatras, psicólogos, científicos cognitivos o sociólogos también se enfrentan a la misma vaguedad que sufrimos los juristas cuando utilizamos conceptos como voluntad,

⁶²⁸ PINEDA, *La mente humana*, Ed. Catedra, 2012, p. 15 y s. La filosofía no descubre nuevos hechos ni propone leyes que expliquen el comportamiento, sino que analiza, clarifica y sistematiza conceptos. Al hacerlo, pone en cuestión las creencias recibidas, reordena nuestros saberes y puede formular nuestros marcos conceptuales. VILLORO, *Creer, saber, conocer*, 4º ed., Ed. Siglo XXI, 1987, p. 12.

⁶²⁹ MOYA, *Filosofía de la Mente*, p. 24 y s.; PINEDA, *La mente humana*, p. 16. Por su parte, BUNG, *Wissen und Wollem im Strafrecht*, 2009, pp. 60- 63, señala que la dogmática penal puede beneficiarse del carácter interdisciplinar con el que la filosofía de la mente aborda los problemas conceptuales de términos como la voluntad y el conocimiento, tradicionalmente utilizados en la imputación subjetiva. En el mismo sentido, VILLORO, *Creer, saber, conocer*, p. 13, señala que esto no quiere decir que los planteamientos filosóficos y científicos sobre el conocimiento no se requieran mutuamente, sólo que no se confundan, pues si permanecen separadas sus preguntas y sus métodos pueden ser de utilidad recíproca.

intención, conocimiento, creencia u otros conceptos psicológicos para intentar caracterizar una determinada conducta. La dogmática penal puede aprovechar el arsenal conceptual desarrollado por la filosofía de la mente para precisar el significado de dichos términos e intentar fijar las condiciones de aplicación de estos.

En este sentido, por ejemplo, el tratamiento de la percepción, la génesis de las ideas, la constitución de los objetos de conocimiento, el condicionamiento social de las creencias, etc. poco ayudarían a la determinación semántica del «conocimiento». Precisamente el proceso debería ser al revés: aclarar el significado de este para que luego un científico nos pueda decir cuáles son –hipotéticamente– las conexiones neuronales que se producirían en el cerebro humano cuando alguien conoce algo.

Por otro lado, tampoco nos serviría hacer un análisis semántico de todos y cada uno de los estados mentales, sino únicamente de los que se consideran «intencionales»⁶³⁰, es decir de aquellos en los que un sujeto adopta una cierta actitud, como las creencias, deseos, intenciones, esperanzas, etc. pues, como hemos visto, son los que permiten explicar las acciones. Para muchos filósofos las «creencias» y los «deseos» son los estados mentales intencionales básicos, tradicionalmente agrupadas en las categorías de «cognición» y «volición». La razón por la cual se las considera formas básicas de intencionalidad se debe a que la mayoría de los estados mentales intencionales pueden ser reducidas a estas dos clases. Así, por ejemplo, el caso del «temor» es una combinación de «creer que p» y «no querer que p»; las «expectativas» son creencias sobre el futuro; los «disgustos» es haber «esperado que no p» y «querido que no p», y ahora «creer que p»; etc⁶³¹. De acuerdo con la terminología propuesta por PINEDA, llamaré a estas categorías como estados mentales doxásticos y conativos⁶³².

6.1 Los estados mentales doxásticos

⁶³⁰ Véase, supra Cap 2.7.1 II) e infra Cap. 4.1, II). Quedan fuera de la consideración semántica los estados fenomenológicos, como el dolor o el placer, que se caracterizan por la cualidad de ser sentida o por el modo en el que aparecen al sujeto.

⁶³¹ SEARLE, *Intencionalidad*, pp. 43-50.

⁶³² PINEDA, *La mente humana*, p. 50

El término *doxa* proviene del griego que significa «opinión» y en él se incluyen todos aquellos estados mentales que se caracterizan porque su contenido se corresponde o se ajusta a cómo es el mundo. De acuerdo con SEARLE los estados mentales doxásticos (llamado por él «Cre») tienen una dirección de ajuste que va de mente-a-mundo, pues es la mente la que debe adaptarse a cómo es el mundo. En este sentido, una creencia será correcta (o verdadera) si se corresponde sobre cómo es el mundo o un fragmento de él; pero, en cambio, la creencia será incorrecta (o falsa) cuando la misma no coincida con el mundo. En estos casos, cuando descubrimos que una de nuestras creencias es falsa, no intentamos cambiar el mundo, sino que cambiamos nuestra creencia y nos formamos una nueva creencia que coincida o se ajuste a cómo es el mundo.⁶³³.

Dentro de esta categoría no solo se encuentra la creencia, sino también la certeza, los presentimientos, las suposiciones y otros grados de convicción. Por ejemplo, si una persona creyese que puede matar a su enemigo colocándole 30 mg de cianuro en el café y luego, al leer un libro de química descubre que eran necesarios 150 mg para matar a una persona, entonces cambiará su creencia por esta otra nueva. En los estados mentales doxásticos lo que se adapta es el estado mental, es decir las creencias o los conocimientos que el sujeto tenía sobre lo que constituye una dosis letal para una persona (mente-a-mundo).

6.2 Los estados mentales conativos

Por otro lado, el término *conatus* es un término latino que significa «esfuerzo» o «inclinación», y con él se agrupan a los estados mentales que tengan la función de movernos o inclinarnos hacia la transformación del mundo. De acuerdo con SEARLE los estados mentales conativos (llamados por él «Des») tienen una dirección de ajuste que va de mundo-a-mente, pues es el sujeto intentará cambiar o adaptar el mundo al contenido que tenga en su mente. En este sentido, un deseo exitoso es aquél que se cumple y un deseo fracasado el que seno se cumple. En estos casos, cuando el mundo no se ha

⁶³³ PINEDA, *La mente humana*, p. 50; SEARLE, *Intencionalidad*, p. 43 y s.

adaptado al deseo, no reaccionamos cambiando el deseo, sino que intentaremos cambiar el mundo hasta que coincida o se ajuste con nuestro deseo⁶³⁴.

Dentro de esta categoría no solo se encuentra el deseo, sino también el querer, anhelar, codiciar, ansiar y otros muchos grados de deseo. Por ejemplo, si un sujeto deseara convertirse en millonario podría intentar comprando un billete de lotería; pero si no la ganase, entonces podría intentar hacer un buen negocio. Y si tampoco lo lograra, entonces podría robar un banco. En los estados mentales conativos lo que se adapta es el mundo, es decir las formas en las que el sujeto realiza cambios en el mundo para que puedan coincidir con su deseo de ser millonario (mundo-a-mente).

7. EL SIGNIFICADO DE CONOCIMIENTO

En pocos temas de filosofía se puede encontrar un consenso tan general como en la definición de qué es el «conocimiento»⁶³⁵. El análisis tradicional de este se remonta hasta un pasaje del *Teetetes* de Platón, en el cual define al conocimiento como tener una «creencia verdadera y justificada»⁶³⁶. Estos tres aspectos llevan a VARELA a distinguir

⁶³⁴ PINEDA, *La mente humana*, p. 50; SEARLE, *Intencionalidad*, p. 43 y s. De acuerdo con VARELA, *Dolo y Error*, 2016 p. 187, la diferencia entre el querer y el conocimiento reside en que en la voluntad el sujeto no se pregunta por la esencia del objeto, no se trata de una verdad de la situación objetiva, sino, por el contrario de la importancia que ella tiene para el sujeto.

⁶³⁵ Véase, entre muchos otros, AYER, *El problema del conocimiento*, Ed. Eudeba, 1968; CHISHOLM, *Perceiving: a philosophical study*, Ed. Cornell University, 1957; EL MISMO, *Theory of Knowledge*, Ed. Englewood Cliffs, 1966; HINTIKKA, *Knowledge and Belief*, Ed. Cornell University, 1962; DANTO, *Analytical philosophy of knowledge*, Ed. Cambridge University, 1968. Similares a la definición tradicional son, por ejemplo, la de CHISHOLM, quien entiende que las condiciones necesarias y suficientes para el conocimiento son 1º) S acepta P; 2º) S tiene evidencia adecuada de P; y 3º) P es verdadera. Por otro lado, para AYER, una persona conoce P si: 1º) P es verdadera; 2º) S está seguro de que P es verdadera; y 3º) S tiene derecho a estar seguro de que P es verdadera. Frente a esta concepción canónica de conocimiento, GETTIER, «Is Justified True Belief Knowledge?», *Analysis*, vol. 23, pp. 121-123, argumenta a través de dos casos que se puede tener una creencia, estar justificada y ser verdadera, aunque no pueda afirmarse que el sujeto conoce. Lo relevante es la conexión entre la verdad y la justificación de la creencia.

⁶³⁶ PLATÓN, *Teeteto*, 201 b-d. Además, con un sentido similar, en EL MISMO, *El Menón* 98 a, sostiene que las opiniones verdaderas se escapan del alma y no valen gran cosa hasta que se las encadena con un razonamiento causal y, solo entonces se convierten en saberes y se hacen permanentes.

tres categorías de análisis en el análisis del concepto de «conocimiento»: 1º) una condición subjetiva, que hace referencia a que el sujeto crea en una determinada realidad; 2º) una condición objetiva, que hace referencia a que la creencia subjetiva encierre el carácter de verdad; y 3º) una condición procedimental, que es la justificación de las creencias⁶³⁷. Como intentaré mostrar a continuación, la segunda condición no es un requisito necesario para imputar dolo, por ello la exigencia de «conocimiento» resulta excesiva para atribuir dolo⁶³⁸.

Antes de ello, quisiera aclarar que utilizaré los verbos «conocer» y «saber» como sinónimos. Esta distinción también existe en el idioma francés, con *savoir* y *connaître*; en el alemán, con *wissen* y *kennen*; e incluso en el latín, con *cognoscere* y *scire*. Sin embargo, en la lengua inglesa no existe esta distinción y ambos términos remiten al mismo verbo *to know*. Esto condujo a RYLE a tener que distinguir entre dos usos, que podrían traducirse como «saber que» (*knowing that*) y «saber cómo» (*knowing how*). Este último también podría traducirse al castellano como «saber hacer» y no alude a un conocimiento en sentido estricto, sino a una cualidad de la acción, una habilidad más o menos relevante del sujeto, que puede ir desde la simple posibilidad de ejecutar una acción hasta el logro de una destreza o pericia especiales. Algunos penalistas han llamado a este sentido como «capacidades». Sin duda, quien tiene una habilidad también tiene un saber proposicional (quien sabe manejar, sabe que debe detenerse con luz roja del semáforo), pero quien tiene un «saber que» o saber proposicional, no implica necesariamente lo otro (puedo saber muchas cosas sobre los automóviles, pero no saber manejar). En este trabajo me referiré al «saber que» o saber proposicional, pues es el que se refiere a una especie de creencia, aunque se utilicen los verbos «conocer» y «saber» como sinónimos⁶³⁹.

7.1 Una creencia (o conjetura)

⁶³⁷ VARELA, *Dolo y error*, p. 196.

⁶³⁸ MAÑALICH, « Tentativa, error y delito putativo», *Política Criminal*, vol .14, Nº 27, 2019, p. 130 y 315.

⁶³⁹ VILLORO, *Creer, saber, conocer*, pp. 126-129; MOSTERÍN, *Lo mejor posible*, 2008, pp. 185-189. Fundamental sobre la distinción «saber qué» y «saber cómo», RYLE, *El concepto de lo mental*, pp. 39 y ss.; HACKER, *The intellectual Powers. A Study of human Nature*, Ed. Wiley-Blackwell, 2013, pp. 175 y ss., 186 y ss.

En un sentido restringido «creer» significa tener algo por verdadero, pero sin estar seguro de ello, ni contar con pruebas suficientes. Equivale a «suponer», «presumir», «conjeturar»; pero no a «estar cierto». Dicho de otra forma, la creencia tiene un carácter vacilante o inseguro que el saber no lo tiene, pues quien cree en algo lo tiene por verdadero o existente, aunque no pueda dar pruebas (suficientes) para ello. Por tanto, todo saber implica también una creencia, pero no toda creencia implica saber. Sería contradictorio decir que se sabe algo, pero no se cree en ello. «Saber que p» es «creer que p» de una manera especial o justificada⁶⁴⁰.

A quien posee un estado mental «doxástico», como hemos visto en el punto anterior, se le atribuye una determinada actitud hacia un estado de cosas (contenido proposicional) que consiste en tener a este por existente. En otras palabras, cuando decimos que una persona «cree que S», queremos decir que la persona actúa como si «S fuese verdadero», independientemente de si posteriormente se verifica (o no), es decir al margen de si finalmente el estado de cosas tiene (o no) lugar en el mundo⁶⁴¹.

Ahora bien, en consonancia con las teorías cognitivas del dolo, el dolo eventual se presenta como la forma básica de éste⁶⁴² y, de acuerdo con la definición tradicional de conocimiento, se corresponde con el estado mental de «tener una creencia», en tanto que el dolo de segundo grado (consecuencias necesarias) y el dolo de primer grado (intención)

⁶⁴⁰ VILLORO, *Creer, saber y conocer*, p. 15 y s. En la historia de la filosofía no ha existido una discusión enfocada específicamente en el concepto de opinión o creencia, en buen medida porque se ha dado por supuesto. La atención a este concepto es algo propio de la filosofía contemporánea, que ha encontrado buenas razones para ocuparse del concepto de creencia u opinión, junto al de otros estados mentales estrechamente relacionados, y que forman parte de las discusiones filosóficas más vivas en un área colindante con la epistemología, como es la filosofía de la mente. QUESADA, *Saber, Opinión y Creencia*, p. 35.

⁶⁴¹ MOSTERÍN, *Lo mejor posible*, 2008, p. 171; MAÑALICH, «Tentativa, error y delito putativo», p. 304 y s.; EL MISMO, «El dolo como creencia predictiva», *Revista de Ciencias Penales*, vol. XLVII, 2020, p. 19.

⁶⁴² Sin pretensión de exhaustividad, LUCAS, *Die subjektive Verschuldung im heutigen deutschen Strafrechte*, Ed. Decker's, 1883, p. 17; SAUER, *Allgemeine Strafrechtslehre*, 3ª ed., Ed. De Gruyter, 1955, pp. 176 y s.; SCHMIDHÄUSER, *AT*, 7/57 y ss.; PUPPE, *Vorsatz und Zurechnung*, pp. 37, 64 y s.; CORCOY BIDASOLO, «En el límite entre dolo e imprudencia», *ADPCP*, 1985, p. 965; SANCINETTI, *Subjetivismo e imputación objetiva en derecho penal*, Ed. Ad-Hoc, 1997 pp. 70 y ss.; LAURENZO COPELLO, *Dolo y conocimiento*, Ed. Tirant lo Blanch, 1999, pp. 234 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 650.

son formas calificadas del mismo. En otras palabras, la forma básica del dolo puede amplificarse cognitivamente de forma tal que, en lugar de la suposición de un riesgo concreto, se exija certeza o conocimiento seguro de la entrada del resultado, esto es, el dolo de segundo grado. También podría amplificarse agregándole un elemento volitivo en la medida en que se exija que el resultado sea la consecuencia perseguida por el autor de la conducta, esto es, dolo con intención⁶⁴³.

Por tanto, comparto la opinión de MAÑALICH de que el concepto de «conocimiento» es excesivo para la imputación de dolo y que basta con el sujeto haya tenido la «creencia» de que su comportamiento muy probablemente tiene las propiedades para convertirlo en una clase de realización (no justificada) del tipo en cuestión⁶⁴⁴.

7.2 Es irrelevante que sea verdadera

Una persona puede creer que ha matado a otro ser humano porque ha embestido a un peatón con su coche cuando este cruzaba una esquina. Sin embargo, puede ocurrir que su creencia no sea verdad porque, por ejemplo, el peatón haya logrado salir ileso dándole un golpe en el costado del automóvil y por ello el conductor creyó que lo había matado. Lo que le faltaba a su creencia para ser un saber es que correspondiera a la realidad. Solo a las creencias que consideramos verdaderas podemos llamar saberes. Sería contradictorio decir que el conductor «sabía que había matado al peatón, aunque eso no sea cierto». Si

⁶⁴³ KINDHÄUSER, «Acerca de la delimitación entre dolo e imprudencia», p. 15 y s.

⁶⁴⁴ MAÑALICH, «Tentativa, error y dolo», p. 304; EL MISMO, «El dolo como creencia predictiva», p. 14, 24 y nota 21. Cabe aclarar que MAÑALICH agrega a la definición de dolo la cualidad de ser «predictiva». Si bien el planteamiento es correcto, no creo necesario incorporarlo a la definición por razones prácticas. Este autor utiliza una clasificación que MOORE, *Mechanical Choices*, 2020, pp. 93 y ss. propone entre los diferentes significados que tiene el término «intención» y también toma la distinción que BUNGE, *Buscar la filosofía en las Ciencias Sociales*, Ed. Siglo XXI, 1999, pp. 224 y ss., establece entre «predicción», entendida como una conjetura acerca de lo que pasará en el futuro, y «retrospección», como conjetura sobre el pasado; sin embargo explicita en una nota al pie que dicho término no es más que una especificación técnica del concepto más general de previsión. Creo que basta con entender que la creencia es un estado mental intencional o dirigido hacia el futuro, pues una creencia que mira hacia el pasado no tienen el carácter intencional. De hecho, ANSCOMBE, *Intención*, pp. 61-67, considera esta clase de conjeturas como causas mentales y no intenciones, excepto que se pueda concebir como algo bueno o malo, ya que solo así constituye una razón para actuar.

se equivocó, no podríamos decir que sabía, sino a lo sumo que «creía saber». En otras palabras, solo a las creencias verdaderas podemos llamarlas «saberes»⁶⁴⁵.

Precisamente, una creencia no verificada equivale al dolo de la tentativa. Como hemos visto, es necesario abandonar la definición de dolo como conocimiento también en estos casos. Lo característico de toda tentativa de delito es que el sujeto haya actuado con la creencia (no verificada) de que su comportamiento muy probablemente reúne las propiedades de una conducta típica no justificada. En otros términos, el tipo subjetivo de la tentativa se corresponde con la disposición de una creencia no verificada (o falsa)⁶⁴⁶.

Esto último zanjaría la discusión de si el contenido del tipo subjetivo en la tentativa equivale (o no) al del delito consumado. De acuerdo con BINDING el dolo en la tentativa no equivale a un «dolo total» (Totalvorsatz), es decir un dolo dirigido desde el comienzo hasta la consumación. Para ello, apeló al ejemplo de quien solo desea intentar probar la eficacia de una dosis de veneno en su enemigo, pero no matarlo, lo que equivaldría a un «dolo de tentativa». En contra de su opinión, MAYER, y luego PETROCELLI, sostuvieron que no existía una clase de dolo especial para la tentativa. Si lo que se pretende es envenenar a una persona para producirle una perturbación, entonces habrá un dolo de lesiones; pero si dirige a causar la muerte de este, entonces habrá dolo homicida, que es idéntico al dolo de delito consumado⁶⁴⁷. De acuerdo con el concepto de dolo aquí mantenido, la tentativa inacabada se correspondería con una «creencia no verificada ni justificada» y la tentativa acabada con una «creencia justificada y no verificada». A continuación, explicaré la justificación de la creencia.

⁶⁴⁵ VILLORO, *Creer, saber y conocer*, p. 16. De acuerdo con FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, pp. 352-355, solo existe un determinado grupo de casos en los que sí puede hablarse de conocimiento «verdadero», como en el caso del conocimiento de la edad de la víctima, aunque en el resto de los elementos previstos en el tipo penal los destinatarios de las normas tendrán la simple creencia de que la circunstancia prevista en el tipo puede tener lugar. Es coherente con este punto de vista la decisión del legislador en castigar los casos de tentativa inidónea, pues la posibilidad de vulneración del bien jurídico según lo que ha conjeturado el autor es lo que justifica su punibilidad.

⁶⁴⁶ MAÑALICH, «El dolo como creencia predictiva», p. 30; EL MISMO, «Tentativa, error y dolo», p. 298 y s.

⁶⁴⁷ BINDING, *Die Normen*, T. II, p. 873; MAYER, *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, 2ª ed., Ed. Carl Winter, 1923, p. 343; PETROCELLI, *Il delitto tentato*, Ed. Pedova, 1955, p. 36.

7.3 Una creencia justificada

No basta con que una persona haya «creído que p» para afirmar que sabía, sino que además es necesario que haya tenido «razones suficientes que justifiquen su creencia». Podría resultar que una creencia fuese cierta por mera casualidad, sea porque el sujeto acertara sin proponérselo siquiera o porque ni siquiera tenía conciencia del porqué de su acierto. De una persona que cree en algo sin ningún fundamento, sin razones que justifiquen su creencia, o bien que crea en algo por razones livianas o equivocadas, no diremos que sabe, aunque resulte por azar verdadero aquello en lo que cree⁶⁴⁸.

Hemos visto que basta con que el sujeto «haya creído» que su comportamiento probablemente reuniría las propiedades para ser una clase de acción contraria a la norma para poder imputarle responsabilidad a título de dolo eventual. Ahora bien, el dolo de consecuencias necesarias puede ser caracterizado como una clase especial del dolo básico que puede ser explicado a través de una «creencia justificada».

En otras palabras, si bien la creencia bastaría para orientar nuestras acciones en el mundo, sólo si tenemos una garantía segura de que nuestra acción corresponde a la realidad podemos confiar en que la creencia no fallará. La «justificación» de la creencia supone un encadenamiento o una ligadura (como dice en *El menón*) que tiene la propiedad de asegurar con firmeza el acierto de nuestras creencias⁶⁴⁹. Esta es la peculiaridad que siempre ha explicado los casos de dolo con consecuencias necesarias.

En relación con la justificación de esta, podemos decir que una persona posee una «creencia justificada en p» cuando: 1º) p es deducible de otras ideas como q, r, etc. y estemos justificados a creer en ellas; 2º) si podemos comprobar directa y personalmente que p; 3º) si la idea de que p está vigente en la ciencia; 4º) si existen testimonios fiables de que p⁶⁵⁰.

⁶⁴⁸ VILLORO, *Creer, saber y conocer*, p. 16.

⁶⁴⁹ VILLORO, *Creer, saber y conocer*, p. 18.

⁶⁵⁰ MOSTERÍN, *Lo mejor posible*, p. 23 y s. Por su parte, VILLORO, *Creer, saber, conocer*, pp. 78-85, entiende que la «razón» es todo aquello que justifica la verdad o la probabilidad de la creencia, es decir el fundamento en el que se basa su creencia. La justificación es una actividad reflexiva y no puede aplicarse a las creencias inconscientes del sujeto. Si no se ha reflexionado sobre las creencias, entonces no puede hablarse de una

7.4 Racionalidad e irracionalidad de la creencia

Cuando introducimos explicaciones sobre los fenómenos intencionales, como las creencias, estamos agregando un componente adicional que es el de la «racionalidad», pues brindar una justificación de una creencia equivale a dar una explicación racional. Sin embargo, no debería confundirse la «justificación» de una creencia con la «racionalidad» de esta. Un estado mental puede no estar justificado sin que por ello sea irracional. Por ejemplo, puedo comprar acciones en la bolsa por una «corazonada» sin que esto justifique mi elección, pero mi acción no sería por eso mismo necesariamente irracional. Tanto la racionalidad como la justificación son nociones normativas, en el sentido de que uno no tiene primero una creencia y luego le añade formas racionales de valoración, sino que el mismo hecho de tener creencias implica un fenómeno que está sujeto a normas; pero se distinguen en que la racionalidad es mucho más general que la justificación. Todos los estados intencionales justificados son racionales, pero no todos los estados racionales intencionales están justificados⁶⁵¹. Por tanto, un sujeto podría contar perfectamente con una creencia irracional, o una creencia racional no justificada, o con una «creencia justificada».



Uno de los problemas que ha inquietado a los penalistas en los últimos años es el de la responsabilidad fundada en «creencias irracionales». De acuerdo con la doctrina dominante, en los casos en los que un sujeto actúa con una creencia deficiente de la

justificación de la creencia, sino simplemente de creencia inconsciente. De hecho, podemos atribuir la creencia a un bebé de que la sonaja sonará al moverla, pues la creencia es solo una disposición a actuar de una manera determinada por un objeto o situación que hemos aprendido con anterioridad. Aunque hayan creado sus creencias, no podemos decir que tienen razones, precisamente porque no han sido capaces de reflexionar sobre ellas.

⁶⁵¹ SEARLE, *Razones para actuar*, p. 128. En un sentido muy próximo, Cfr. BUNG, *Wissen und Wollen im Strafrecht*, pp. 202-204, siguiendo a Davidson, considera irracionales aquellas conductas en las que existe una causa mental, pero que no es en sí misma una razón.

situación en la que se halla o con la confianza errónea de que el resultado finalmente no se producirá, debería castigarse a lo sumo como imprudente. JAKOBS, PAWLIK y PÉREZ BARBERÁ son los únicos autores que consideran, con diferentes fundamentos, que estos casos deberían castigarse como dolosos.

Se trata, en rigor, de dos supuestos marginales en la jurisprudencia que han sido clasificados por la doctrina como «casos de ignorancia deliberada», cuya nota característica consiste en que existe un elemento volitivo para no creer (llámese deliberación, cálculo o querer ignorar), y el como «casos de ceguera ante los hechos», en los que simplemente existe ignorancia crasa de aquello que es evidente.

La solución que JAKOBS propone consiste en rechazar la concepción psicológica del dolo y reemplazarla por una noción completamente «normativa», en el que el conocimiento y el desconocimiento del autor solo son tenidos como indicios de lo que realmente debe interesar: la falta de fidelidad hacia el derecho. De este modo, para JAKOBS los casos de creencias irracionales fundados en la indiferencia o una falta de interés hacia la situación en la que actúa también son razones para considerarlos dolosos por su enemistad hacia el derecho⁶⁵². En un sentido muy próximo, PAWLIK también recoge esta opinión y argumenta que lo importante no son los estados mentales, sino que el sujeto haya manifestado, en el dolo, su enemistad hacia el derecho (*Rechtsfeindlichkeit*), como sucede en los casos de indiferencia o desconsideración, en los que el autor demuestra su falta de voluntad para evitar el quebrantamiento de la norma pese a la elevadísima peligrosidad de su conducta. En cambio, en la imprudencia, el sujeto solo obrará con falta de amistad (*Mangel an Rechtsfreundschaft*), porque la errónea apreciación de las circunstancias no era enteramente atribuible a su responsabilidad⁶⁵³. En definitiva, ambos autores rechazan la explicación de una conducta dolosa o imprudente a través de estados mentales y atienden únicamente a lo que cualquier observador racional puede considerar moralmente reprochable y acaban por considerar que una creencia irracional no puede ser excusable precisamente porque el sujeto habría actuado con indiferencia o desconsideración.

⁶⁵² JAKOBS, «Indiferencia como dolo indirecto», 2002, pp. 346 y 349; EL MISMO, «Dolus malus», 2008, p. 4 y s.

⁶⁵³ PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, pp. 373-375.

Por su parte, PÉREZ BARBERÁ considera que castigar por motivos morales es contrario a un derecho penal liberal y que lo único exigible al destinatario es la evitación de un resultado, por ello es justo que quien tiene mayores posibilidades de evitación también se lo haga responder con más. Cabe destacar que este autor acoge la distinción sobre estados mentales mencionada anteriormente e, incluso utiliza la definición tradicional de «conocimiento» como creencia justificada y verificada, y además define a la «creencia racional» no verificada como aquella que se conforma a partir de los marcos epistémicos equivalentes a los que generarían conocimiento y a la «creencia irracional» como aquella que se conformaría a partir de marcos epistémicos individuales o limitados a un grupo, compartible a lo sumo mediante una persuasión no objetivable. Sin embargo, esta distinción no es relevante para atribuir dolo, pues lo que importa a PÉREZ BARBERÁ es que el sujeto se haya encontrado en mejores condiciones de control o mayor dominio para prever un posible apartamiento a la norma de comportamiento. Por ello, desde su concepción, actuaría dolosamente no sólo quien actúa con una creencia racional, sino también quien contaba con una irracional, pero se encontraba en una mejor posición para evitar la infracción a la norma. Por otro lado, considera que actúa imprudentemente no sólo quien no cuenta con una creencia, sino también quien tenía una creencia irracional, pero no estaba en una posición que le hubiera permitido evitar la realización de la conducta⁶⁵⁴.

Ahora bien, algo que todo el mundo puede aceptar es que no es racional creer al mismo tiempo dos ideas contradictorias, pues lo racional sería dejar de creer en una o la otra, o incluso dejar de sostener ambas creencias. En otras palabras, sería irracional «creer que p» y a la vez «no creer que p»⁶⁵⁵. Los casos de ignorancia deliberada y de ceguera ante los hechos no son supuestos en los que el sujeto desconoce por completo lo que se hace, sino que únicamente no se representa un aspecto importante de su conducta o de las posibles consecuencias, o bien, si se las representa pero confía ingenuamente en que no ocurrirá⁶⁵⁶. En otras palabras, los casos que la doctrina considera «irracionales» son en

⁶⁵⁴ PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, pp. 79-81, 650, 674 y s.; EL MISMO, «¿Dolo como indiferencia? Una discusión con Michael Pawlik sobre ceguera ante los hechos e ignorancia deliberada», *En Letra Derecho Penal*, N° 11, 2021, p. 113 y 116.

⁶⁵⁵ SEARLE, *Razones para actuar*, p. 128; MOSTERÍN, *Lo mejor posible*, p. 25 y s.

⁶⁵⁶ JAKOBS, «¿Dolo como indiferencia?», p. 118.

rigor casos en los que el sujeto posee creencias racionales e irracionales al momento de actuar.

Tomemos el caso que JAKOBS propone: un terrorista atraviesa una barrera de control de la policía conduciendo un coche a gran velocidad, sin tener en cuenta que podría matar a uno de los agentes de policía que corren apresuradamente por el arcén, pues está concentrado más que nada en lograr pasar sin perder el control del vehículo⁶⁵⁷. Se trata de un supuesto en el que la persona tiene «razones para creer» que los guardias de seguridad serán atropellados por el coche que conducen, pero «no cree» (irracionalmente) en que los mismos mueran. Lo relevante es que el sujeto haya conocido lo suficiente para evitar el hecho contrario a la norma y, salvo que sea un sujeto inimputable –en cuyo caso la mayor parte de sus conductas son consideradas irracionales–, cabe imputarle responsabilidad dolosa porque mantiene una «creencia justificada» (racional) que lo «vincula» o lo «ata» con el resultado y que, además, tiene mayor peso que la simple «creencia» ingenua de que no pasará nada.

Está claro que una «creencia justificada» constituye una «atadura» para la creencia que asegura el resultado de su conducta en la realidad y por ello no podría ser suprimida lisamente por una mera conjetura o una creencia no fundada de carácter irracional. El terrorista del caso de JAKOBS actuaba con una creencia racional, justificada en ideas previas, como la cantidad de muertos que se producen en accidentes viales, o porque había comprobado directa y personalmente el peligro que estaba generando, de modo que no podría negarlas a través de la simple conjetura o creencia ingenua de que el policía podía salir ileso. Lo mismo ocurrirá en los casos en que el deudor de hacienda tiene razones para creer» en que le llegará una multa, pero «cree ingenuamente» que si no mira el correo podrá alegar que no estaba al tanto de su deuda y evitar pagarla; o el sujeto que tiene la «intención» de herir fuertemente a su enemigo en una zona vital, pero «no cree» (irracionalmente) que la víctima morirá; o cuando la persona tiene una «creencia fundada» en que los disparos con armas de fuego matan a otras y además posee una «creencia no fundada» en que dios desviará la bala a último momento.

⁶⁵⁷ JAKOBS, «Indiferencia como dolo indirecto», 2002, p. 347.

8 EL SIGNIFICADO DE VOLUNTAD

Hemos visto que resulta excesivo exigir «conocimiento» para la imputación de dolo. En este apartado intentaré justificar por qué es incorrecto también hablar de «voluntad» en la imputación subjetiva, más allá de los distintos argumentos que la doctrina ha esgrimido para prescindir de este, como aquellos que derivan de la misma estructura de la teoría del delito, el que impide castigar por los pensamientos o la imposibilidad de probarla en un proceso penal. Por otro lado, el dolo de primer grado, cuya nota característica remite a un componente conativo, lo correcto sería explicarlo a través del estado mental de una «intención».

8.1 Argumentos derivados del sistema de la teoría del delito

Son varios los autores que sostienen que la voluntad no debe formar parte de la categoría de imputación subjetiva. Para SCHMIDHÄUSER la voluntad forma parte de la acción y por ello es un elemento común en los delitos dolosos y en los imprudentes⁶⁵⁸. En la misma línea, MIR PUIG señalaba que la voluntad se encontraría en la categoría de la acción, puesto que este elemento solo «limita» el ámbito de lo injusto, pero no lo «fundamenta». Esto quiere decir que la voluntad constituye una condición sin la cual nunca podría prohibirse un comportamiento, a diferencia de la función que debería tener si se pretendiera fundamentar el injusto con él. En otras palabras, la voluntad es aquel elemento mínimo para que una conducta sea considerada como objeto de prohibición, pero no es la razón por la cual se castiga con mayor pena. Lo que mueve al legislador a introducir tipos penales no es la voluntad del agente, sino la peligrosidad que entrañan ciertas conductas y, por esta razón, la voluntad no debería formar parte del tipo penal, pero sí de la acción⁶⁵⁹.

En el mismo sentido, la doctrina ha advertido que tampoco el dolo de primer grado se agrava por el hecho de que el sujeto haya tenido una actitud interna hacia el resultado delictivo, sino por el nivel de peligro que entrañaría su conducta. Lo mismo vale para el

⁶⁵⁸ SCHMIDHÄUSER, *Vorsatzbegriff und Begriffsjurisprudenz im Strafrecht*, p. 21 y ss. En el mismo sentido, también FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, p. 225 y ss.

⁶⁵⁹ MIR PUIG, *Función de la pena y Teoría del Delito*, p. 75. También coincide en la ubicación de la voluntad en la categoría de la acción, ALCÁCER GUIRAO, *La tentativa inidónea*, Ed. Comares, 2000, pp. 391 y ss.

dolo de consecuencias necesarias, en el que no se requiere la presencia de la voluntad del agente, sino que bastaría con que el sujeto supiese con seguridad que la acción desembocará en el resultado⁶⁶⁰. Y, en último lugar, quienes afirman la presencia de la voluntad en el dolo eventual no les queda otra que extender el concepto hasta admitir que «querer» equivale a tener una especial relación emocional con el resultado. En este sentido, ya no es la voluntad lo que agravaría esta clase de conductas, sino que serían las propias emociones del sujeto ligadas al resultado: estar de acuerdo, ratificar, resignarse, consentir, aprobar, incluir en sus objetivos, o contar con el resultado⁶⁶¹.

Todas estas formulaciones, ensayadas para explicar el dolo eventual, tienen un significado diferente al que posee el verbo «querer» o al de «tener la intención». La aprobación no es un estado mental que pueda fortalecerse lentamente hasta convertirse en una voluntad. Que A apruebe la muerte de B o que A quiera la muerte de B son dos cosas diferentes. Además, las expresiones «acordar», «aprobar», «consentir» o estar «de acuerdo» se refieren siempre a la acción de otro. Nadie aprueba o está de acuerdo con su propia acción en el sentido habitual de la palabra. Si A quiere beber una taza de té, no lo consiente. Además, la expresión «resignarse» tiene un matiz fatalista. Uno asume el hecho de que su oponente político gane las elecciones. Pero uno no se resigna a algo que tiene su propia acción⁶⁶². La cuarta crítica está dirigida a la ambigüedad del concepto de voluntad, ahora solo pretendo señalar que el dolo eventual tampoco remite estrictamente a la voluntad.

Otro argumento es el que se deriva del tratamiento del error, pues el dolo solo se vería excluido en los supuestos de ausencia de conocimiento y no ante la falta de voluntad. Esto demuestra que tampoco sería necesario este elemento en la definición del dolo. En otras palabras, el Código penal solo contempla expresamente una atenuación de pena por la menor relevancia del injusto cuando falta el elemento intelectual, pero no lo establece en caso de ausencia de un querer⁶⁶³.

⁶⁶⁰ CORCOY BIDASOLO, «En el límite entre dolo e imprudencia», *ADPCP*, 1985, p. 965; MOLINA FERNÁNDEZ, «La cuadratura del dolo», p. 735; RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, p. 157.

⁶⁶¹ ENGISCH, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit*, p. 132.

⁶⁶² KINDHÄUSER, «Vorsatz als Zurechnungskriterium», *ZStW*, nº 96, 1984, p. 23.

⁶⁶³ MOLINA FERNÁNDEZ, «La cuadratura del dolo», p. 736; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 650.

Además, si se comparte la idea de que el dolo no solo se ubica en el nivel de la tipicidad, sino que además se manifiesta en las causas de justificación y en la imputación personal, no se entiende por qué la voluntad solo sería necesaria en el primero y no en los demás. Solamente el conocimiento de los presupuestos objetivos de una causa de justificación y el conocimiento de la prohibición o permisión sería suficiente en estas categorías, entonces ¿por qué exigiríamos voluntad en el tipo?⁶⁶⁴.

8.2 Argumentos derivados del *ius puniendi*

Ahora bien, la segunda objeción se deriva del hecho de que la voluntad aludiría a fenómenos que están ubicados en la vertiente interna o más íntima de las personas⁶⁶⁵, por lo que la búsqueda de la verdad vulneraría su derecho a la intimidad. De hecho, al proceso penal ni siquiera le interesa probar la «verdad» de los hechos, sino exclusivamente la obtención de una versión formalizada de ella (verdad forense) y para ello despliega una serie de prohibiciones destinadas a proteger la esfera personal del acusado durante la fase probatoria⁶⁶⁶.

El argumento por el cual se descarta la voluntad por pertenecer al fuero íntimo de la persona se remonta hasta la revolución francesa. A un estado de derecho solo le resulta legítimo prohibir penalmente aquellos comportamientos externos y no los meros pensamientos. Además, según el principio del hecho, tampoco sería legítimo castigar personalidades, formas de ser o caracteres, como castigaba el «derecho penal de autor» del régimen nacionalsocialista del III Reich⁶⁶⁷.

Lo llamativo de esta clase de críticas radica en que el argumento debería valer, en igual medida, tanto para las teorías volitivas como para las cognitivas. Si no puede indagarse en los estados mentales de un agente para fundamentar el castigo, que sea el conocimiento

⁶⁶⁴ FEIJOO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, p. 23 y s.; SILVA SÁNCHEZ, «Observaciones sobre el conocimiento eventual de la antijuridicidad», *ADPCP*, 1987, p. 651 y s.

⁶⁶⁵ HASSEMER, *Persona mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal*, Ed. Temis, 1999, p. 67; RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, p. 120.

⁶⁶⁶ HASSEMER, *Fundamentos del Derecho Penal*, Ed. Bosch, 1984, pp. 182-191.

⁶⁶⁷ MIR PUIG, *DPPG*, p. 196.

o la voluntad da igual, ya que ambos pondrían en peligro el principio *cogitationis poenam nemo patitur* en igual medida.

El peligro de acabar castigando a una persona por el mero pensamiento, de forma desvinculada al hecho mismo, ha llevado a autores como HERZBERG y PUPPE a trasladar parte del dolo y la imprudencia al tipo objetivo. Para ellos existen peligros de imprudencia (*Fahrlässigkeitgefahren*) y peligros de dolo (*Vorsatzgefahren*). En esta línea, PUPPE señala que tanto las teorías de la representación como de la voluntad adolecen del mismo defecto básico: se involucran en la cuestión de cómo el autor procesa psicológicamente la decisión errónea de un conflicto entre su deseo y la integridad ajena jurídicamente protegida. Sin embargo, esto es un asunto interno de la persona que no concierne en absoluto al derecho. Lo que debería interesarle no consiste en averiguar si efectivamente el sujeto había consentido o reprimido la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, sino solo si su comportamiento, interpretado como el de un ser racional, constituye la exteriorización de dicho consentimiento⁶⁶⁸.

Entiendo que esta concepción es errónea. No existe una frontera natural entre lo interno y lo externo, en el sentido de que todo aquello que se encuentre detrás de la piel de una persona debería permanecer ajeno al derecho. Los límites dependen, en rigor, de criterios normativos, pues es la sociedad la que fija los límites entre lo privado y lo público. Nótese que, en estrechas relaciones íntimas como las comunidades religiosas, o los estados totalitarios, sí resulta posible realizar reproches a los pensamientos de las personas⁶⁶⁹.

En resumen, si lo que está al margen del Derecho se plantea en términos naturales, es decir, entre lo interno y lo externo, entonces tanto la voluntad como el conocimiento vulneran el principio que impide castigar por el pensamiento; pero si se plantea en términos normativos, lo privado/público dependerá de cómo hayan sido configuradas estas esferas por la sociedad.

⁶⁶⁸ PUPPE, «Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis», pp. 14 y ss.

⁶⁶⁹ JAKOBS, «Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico», en *Estudios de Derecho Penal*, Ed. Civitas, 1997, pp. 296-297. Por ejemplo, en el decálogo de la iglesia cristiana, «no desearás la mujer de tu prójimo», o «no codiciarás bienes ajenos».

En un Estado de Derecho que pretende proteger libertades, el control no se ejerce sobre los actos internos o los motivos personales, sino sobre los aspectos externos que, además, resulten ser especialmente perturbadores para la sociedad. Solo así la persona se convierte en deudora de una explicación, en el sentido de que se le impone una interpretación del significado de su conducta que ya no puede reclamar como privada⁶⁷⁰.

Por tanto, si las acciones solo pueden ser explicadas a través de los estados mentales, entonces el estado resulta legitimado para indagar en el grado de conocimiento o de voluntad que habría tenido una persona al realizar su conducta. Si se impidiese indagar sobre estos aspectos, las explicaciones de las conductas solo podrían ser hechas en términos causales e interpretarse como meros movimientos corporales⁶⁷¹.

De hecho, el dilema entre lo público/privado no solo ocurre con el dolo, sino que también ciertos comportamientos externos solo podrían ser explicados a través de estados mentales, como sucede con los actos preparatorios, los delitos contra la seguridad del estado, asociación ilícita, fabricación de moneda falsa, las reglas de la accesoriedad en la participación, etc.

8.3 Argumentos derivados de la prueba

La tercera crítica al elemento volitivo se refiere a su imposibilidad de ser probado. Así se ha referido CORCOY BIDASOLO cuando afirma que no tendría sentido exigir el «querer» en el concepto de dolo y que luego no pudiera ser probado en juicio. Para ello expone algunas sentencias del Tribunal Supremo en las que pareciera que los magistrados tienden a eludir la necesidad de demostrar el consentimiento y lo sustituyen por una serie de presunciones. Por ejemplo, que se tiende a castigar por imprudencia cuando el contexto de la acción se desarrolla en ámbitos socialmente adecuados y por dolo cuando ocurre en ámbitos antisociales. Además, se suelen calificar como dolosas aquellas conductas que no admiten una infracción imprudente⁶⁷².

⁶⁷⁰ JAKOBS, «Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico», 1997, p. 301 y s.

⁶⁷¹ GONZÁLEZ LAGIER, «La prueba de la intención y la explicación de la acción», p. 180.

⁶⁷² CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, p. 276.

Precisamente han sido los partidarios de las teorías volitivas quienes primero advirtieron que la clave del problema del dolo no se encuentra en su aspecto conceptual, sino en el procesal. Desde entonces esta tendencia se ha extendido también a los cognitivistas e, incluso, se ha reforzado. La pregunta sobre qué es el dolo y, en especial, qué es el dolo eventual y cómo se distingue conceptualmente de la imprudencia ha sido desplazada por la cuestión sobre qué características, indicios o indicadores reconocibles externamente obligan a constatar la existencia de dolo en un proceso penal⁶⁷³.

Habría que agregar que las mismas dificultades que supone probar fenómenos internos como la voluntad o el conocimiento, afecta a todos los estados mentales, incluso a otros elementos subjetivos distintos al dolo como, por ejemplo, el ánimo de apropiación, de lucro, el asesinato para facilitar la comisión de un hecho punible, etc.

Cuando nos preguntamos cómo podemos estar seguros de que conocemos o queremos algo, la primera respuesta que solemos dar consiste en afirmar que lo sabemos por «introspección». Cada uno es consciente de lo que conoce o de lo que quiere; pero esto no nos sirve para conocer los estados mentales de los demás, excepto que lo confiesen. Otra manera es acudir a las herramientas que ofrece la «psicología popular», utilizando principios y generalizaciones que permitan vincular los estados mentales de un agente con su conducta, siendo útil tanto para la atribución propia como la de terceros⁶⁷⁴.

Frente a este panorama, nos encontramos frente a la inaccesibilidad por medio de la «introspección» a los estados mentales de otros y la desconfianza que producen las generalizaciones de la «psicología popular». De hecho, hay quienes expresamente reconocen que la psicología popular resulta insuficiente para la prueba del elemento volitivo y que sería más eficaz acudir a la «psicología científica», pese a que rara vez esta encuentre abiertas las puertas de las Salas de la Justicia⁶⁷⁵. Lo que no termina de quedar claro es si existe un concepto de voluntad popular y un concepto de voluntad científico.

⁶⁷³ PUPPE, «Perspectivas conceptuales del dolo eventual», en *El derecho Penal como ciencia*, Ed. B de F, 2016, p. 292.

⁶⁷⁴ PINEDA, *La mente humana*, pp. 18-24.

⁶⁷⁵ TORÍO LÓPEZ, «Acción peligrosa y dolo», en JIMÉNEZ VILLAREJO, *Elementos Subjetivos de los tipos penales*, Ed. Consejo General del Poder Judicial, 1994, p. 175. Estudios como los que aporta la «psicología del testimonio» solo se dirigen a constatar la credibilidad de las declaraciones, detectar mentiras, o señalar

Sin embargo, es cierto que la prueba de la voluntad tiene una dificultad superior a la del conocimiento; pero no consiste en el problema de cómo pueden ser probados -que afectan a ambos por igual- sino en cómo pueden ser falseados. Para explicar esta distinción es preciso acudir a la noción de «dirección de ajuste» que introduce SEARLE en su obra *Intentionality* (1983). Cada clase de estado mental posee diversas condiciones de satisfacción: las creencias -lo que habitualmente solemos llamar conocimiento en derecho penal- pueden ser correctas o incorrectas; los anhelos o deseos -en este caso, la voluntad-, se satisfacen o no; y las intenciones o propósitos se llevan a cabo o no.

Dicho esto, el conocimiento -o una creencia- es exitosa si resulta verdadera y fracasada si resulta falsa o no coincide con el mundo. Por ejemplo, creo que disparando el arma mato a mi enemigo, pero mi creencia es falsa porque el arma es de juguete. Las condiciones de satisfacción presentan una dirección de ajuste mente-a-mundo, en el sentido de que si un sujeto posee una creencia errónea sobre cómo es el mundo, entonces el sujeto cambiará sus creencias⁶⁷⁶. Que una creencia no resulte verdadera es algo que solo puede verificarse públicamente, por ello resulta posible castigar las tentativas.

Por el contrario, la voluntad o el deseo es exitoso si se cumple, y fracasado si no se cumple. Por ejemplo, si mi anhelo es volverme rico, entonces juego a la lotería; pero, si no acertase, entonces iré a robar un banco. En este ejemplo que explicado que las condiciones de satisfacción de la voluntad tienen una dirección de ajuste de mundo-a-mente, pues si advertimos que mundo no ha coincidido con el deseo de volverse rico, no cambiamos nuestro deseo o voluntad, sino que volvemos a intentar cambiar el mundo de modo que coincida o se ajuste con nuestros deseos⁶⁷⁷. De esta manera, que la voluntad sea exitosa o no es algo que solo puede ser verificado privadamente y que no está a disposición de terceros. Por ello, cuando un deseo, un anhelo o una voluntad no coincide

los móviles que podría tener el declarante para mentir; pero no a detectar si el acusado había querido o no realizar un comportamiento bastante tiempo atrás. Sobre la psicología del testimonio, véase GORPHE, *La crítica del testimonio*, Ed. Hammurabi, 2007, pp. 344 y ss.

⁶⁷⁶ SEARLE, *Intencionalidad*, p. 26; PINEDA, *La mente humana*, p. 49.

⁶⁷⁷ SEARLE, *Intencionalidad*, p. 26; PINEDA, *La mente humana*, p. 50.

con el mundo no podría ser castigada, excepto cuando vaya acompañada de una creencia, como ocurre en el caso de las «intenciones»⁶⁷⁸.

En un sentido muy próximo a esta idea, JAKOBS considera que los defectos volitivos no atenuarían la responsabilidad, precisamente porque no es demostrable si el sujeto infringió la norma porque era su deseo o porque actuó desconsideradamente; pero si los defectos cognitivos, donde se ha manifestado una errónea configuración del mundo y pueden la posibilidad de que el autor también resulte perjudicado (amenaza de *poena naturalis*).

8.4 Argumentos derivados del significado de «voluntad»

Por último, a diferencia del significado bastante preciso que tiene el término «conocimiento» –como creencia verdadera y justificada–, el concepto de «voluntad» plantea problemas semánticos que difícilmente puedan resolverse. En sintonía con esta clase de argumentos, por ejemplo, HRUSCHKA afirma que la voluntad es un término estéril unido a la idea misma de agente; mientras que para ROSS, la voluntad es una reliquia del antiguo *dolus malus* y su uso una mera palabrería; y según SCHMIDHÄUSER el concepto nunca había sido tomado demasiado en serio por la doctrina, ya que inicialmente fue empleado en un sentido psicológico, pero pronto comenzó a ser modificado con el objeto de evitar ciertas lagunas de punibilidad, hasta el punto de crear un concepto exclusivo de carácter jurídico⁶⁷⁹.

⁶⁷⁸ Sobre el concepto de intención, véase infra cap. IV), 6.2.V. JAKOBS, «Sobre el tratamiento de los defectos volitivos y de los defectos cognitivos», trad. Suárez González, en *Estudios de Derecho Penal*, Ed. Civitas, 1997, pp. 136-138.

⁶⁷⁹ KINDHÄUSER, «Der Vorsatz als Zurechnungskriterium», pp. 2-4. EL MISMO, *Analytische Strafrechtswissenschaft*, T. 2º, p. 874. SCHMIDHÄUSER, *Vorsatzbegriff und Begriffsjurisprudenz im Strafrecht*, pp. 9-13. De hecho, el mismo SCHMIDHÄUSER, había propuesto reemplazar el término «Vorsatz», vinculado al concepto de voluntad, por el término «Vorsätzlichkeit», que podría traducirse al castellano como «dolosidad», pues consideraba que no era necesario referirse a ella para definir el dolo. Así, en EL MISMO, «Zum Begriff der bewußten Fahrlässigkeit», pp. 309 y 312; EL MISMO, «Der Begriff des bedingten Vorsatzes», p. 180.

A pesar de contar con un significado propio sobre lo voluntario o involuntario en el ámbito jurídico, estos términos continúan siendo bastante ambiguos en nuestra disciplina, dado que se utilizan para referirse a una multiplicidad de circunstancias distintas. Así, por ejemplo, se suele entender por «voluntario» al poder innato que tendría una persona, una determinada facultad de la mente, el dominio o el autogobierno de la propia personalidad u otros aspectos de naturaleza intrínseca, etc. En definitiva, cuando se intenta explicar cualquier operación mental, el concepto de voluntad aparece como un recurso extremadamente sencillo para referirse a una facultad fundamental del agente. Este tipo de respuestas, si bien alivian la curiosidad escudriñadora de cualquier investigador común, suele ser bastante engañosa. Sostener que algo ha sido voluntario confiere una peculiar vanidad e indolente sabiduría a quien la invoca, sumado a la ventaja que supone no tener que poner demasiado esfuerzo en dar mayores explicaciones. En otras palabras, el concepto de voluntad serviría para explicar muchas cosas, pero nadie parece ser capaz de explicar qué es la voluntad⁶⁸⁰.

Bajo este término se suelen englobar una multiplicidad de fenómenos psicológicos, sin una base empírica, como una forma especial de querer, desear, esforzarse o de sentimientos de tensión y excitación, placer o desagrado, de decisión o resolución, combinaciones de creer y querer, de intentar, hasta actividades neuronales que desencadenan contracciones musculares⁶⁸¹.

A causa de esta indeterminación semántica, el término «voluntad» parece ser capaz de poder explicar una diversidad de categorías en el interior de la teoría del delito. Así, se lo suele emplear para distinguir entre acciones humanas y meros acontecimientos de la naturaleza o reacciones corporales, como los movimientos reflejos o la fuerza física irresistible; pero también para distinguir entre conductas dolosas e imprudentes; o el desistimiento de la tentativa; e incluso, la libertad de la voluntad de poder actuar de otro modo en la imputación personal, etc.

Así mismo, en el interior de la categoría de la imputación subjetiva se suele hablar de voluntad en un sentido fuerte y en otro débil. El primero de ellos se refiere a la intención

⁶⁸⁰ BUCHANAN, *The Philosophy of Human Nature*, 1812, Ed. John A. Grimes, p. 298 y ss.

⁶⁸¹ STUCKENBERG, *Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum*, p. 213.

y, a consecuencia de este significado, resultaría excluida la categoría de dolo eventual, pues solo se considerarían «voluntarias» aquellas conductas realizadas con una intención directa o, a lo sumo, aquellas consecuencias de la acción que el autor previó como seguras. Por otro lado, quienes conciben a la voluntad en un «sentido débil» lo circunscriben a emociones que suelen considerarse cercanas a la voluntad, pudiendo así recoger así también los casos de dolo eventual⁶⁸².

Dicho esto, cabe preguntarse si existe un significado original para el término voluntad, o bien, si existe uno preciso en el ámbito de la psicología, o si puede encontrarse uno en la filosofía de la mente. La respuesta es decepcionante, pues no existe un significado primigenio u original para el término voluntad. El concepto suele ser utilizado para describir una variedad de fenómenos, no solo en el lenguaje cotidiano, sino también en el círculo de los psicólogos o de los filósofos, y en ninguno de ellos se podría encontrar una mínima nitidez conceptual⁶⁸³.

No obstante, creo que resulta posible hacer al menos dos precisiones sobre el significado de la voluntad: en primer lugar, que tradicionalmente se lo entiende como un fenómeno de la mente capaz de movilizar a las personas; y en segundo, que normativamente el concepto tiene un campo semántico –innecesariamente– mucho más amplio del que utilizamos cotidianamente.

1º) El significado tradicional de voluntad como fenómeno movilizador del agente.

La definición de voluntad puede rastrearse muy remotamente en el siglo IV a.C., en la *Ética a Nicómaco* de ARISTÓTELES, obra en que advertirse tempranamente la ambigüedad del término. Este autor consideró voluntarios aquellos actos que eran originados por obra de los agentes y, por esta razón, era posible realizar elogios o censuras sobre los mismos, en tanto que, los involuntarios solo podían ser objeto de indulgencia o compasión. El concepto de voluntad que plantea ARISTÓTELES no estaba referido a nada que tuviera un carácter mental, sino al hecho de que la conducta simplemente había sido iniciada por un agente. De esta manera, aquellos actos realizados por influencia de una fuerza ajena o con

⁶⁸² PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, p. 169-185.

⁶⁸³ STUCKENBERG, *Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum*, p. 210.

ignorancia debían ser considerados comportamientos involuntarios, en la medida en que simplemente no habían tenido su origen en la obra del agente⁶⁸⁴.

Esta definición bastante sencilla enfrentó a Aristóteles con la necesidad de resolver ciertos casos difíciles, a los que denominó «mixtos». Por ejemplo, las conductas realizadas por miedo a sufrir un mal mayor, como cuando una persona arroja la carga al mar para salvar su vida de las tempestades. Estos supuestos representaban casos dudosos para él, porque si bien habían nacido en el propio sujeto, nadie elegiría realizar dichos actos. En general, esta clase de conductas suelen poner en tensión excesiva la propia naturaleza humana del agente, haciendo que sea insoportable tener que realizarlos⁶⁸⁵.

Siguiendo a Aristóteles, TOMÁS DE AQUINO también ofreció en el siglo XIII una definición de voluntad en su *Suma Teológica*, aunque ahora vinculada a una corriente metafísica que la entendía como una facultad del intelecto que gozaba de una dignidad superior. En este sentido, sostuvo que la voluntad era una fuerza inmaterial que se correspondía con la naturaleza de los hombres y que, por esta misma razón, solo podía estar orientada hacia el bien común. La voluntad, entonces, sería una fuerza latente en la esencia de los sujetos que no siempre se traducía en actos⁶⁸⁶. La voluntad para AQUINO tampoco hacía referencia a un estado mental, sino a una fuerza espiritual que trascendía a los sujetos y que los orientaba siempre hacia el bien.

Por su parte, KANT también defendió una concepción especulativa de la voluntad en su *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* –publicada en el año 1785– al

⁶⁸⁴ ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, 1110a, trad. por Calvo Martínez, Alianza Ed., 2001. Esta concepción es criticada porque confunde el hecho de “iniciar algo” intencionadamente con “hacer algo de forma intencionada”. Un sujeto podría empezar a actuar de manera intencionada y terminarlo de forma automática. Por ejemplo, uno podría preguntarse ¿cómo he llegado a casa? ¿qué ruta he tomado? Y responderse que no tiene idea. Del mismo modo, puedo empezar algo sin quererlo realmente y luego decidir seguir, como cuando las razones por las que uno comenzó a hacer una determinada actividad cambian y continúa haciéndola. Por ejemplo, comenzar a hacer golpecitos con los pies al ritmo de la música y continuar haciéndolo por diversión. SETIYA, *Reasons without rationalism*, 2007, Ed. Princeton University Press, pp. 57-59.

⁶⁸⁵ ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, 2001, 1110b.

⁶⁸⁶ AQUINO, *La suma Teológica*, tomo II, trad. por Martínez Casado, Ed. Biblioteca de Autores Cristianos, 1993, cuestión 10, artículo a).

considerarla como un principio trascendental a todos los seres humanos. Para él, la voluntad debía ser entendida como un motor de la acción que solo podía verse amenazada o limitada por la causalidad natural, propia del mundo regido por leyes empíricas. En este sentido, el impulso de la libertad podía ser limitado de dos maneras: 1º) por una necesidad incondicional y absoluta que excluiría cualquier clase de posibilidad; y 2º) por determinadas eventualidades que podían llevar al sujeto a tener que elegir entre –al menos dos– posibilidades alternativas en su autodeterminación⁶⁸⁷.

En el pensamiento de Kant aparece mejor explicitada la vinculación (círculo vicioso según el autor) que existiría entre la libertad, la autonomía de la voluntad y las leyes morales. En este sentido, la libertad no estaría referida a la capacidad de elegir, ni a los estados mentales, sino que se trataría de la espontaneidad de la razón, una característica moral que se encontraba ligada a su propia racionalidad y que pertenecería al mundo de lo inteligible. Por ello, desde su concepción, solo existiría un «querer racional» atribuible de manera independiente a cualquier otra volición contingente, inclinaciones o, incluso, apetencias de los sujetos. Solo al entrar en contacto con el mundo de lo sensible, la voluntad dejaría de darse su propia ley y se transformaría en algo instrumental. La voluntad, en tanto razón trascendental, se erigiría como un principio práctico de autonomía de la voluntad que dependía de leyes empíricas⁶⁸⁸.

Esta concepción metafísica de voluntad fue adoptada también por juristas. Por ejemplo, HRUSCHKA recogió la idea kantiana de voluntad ligada al concepto de libertad y, tomando la diferencia de los términos *Wille* y *Wunsch* del idioma alemán, distinguió entre dos sentidos de voluntad en el interior de la teoría del delito: 1º) los actos con volición –*willentlich*– se refieren a aquellos actos realizados libremente que permiten imputar un suceso, o inactividad, como la realización u omisión de una acción; y 2º) los actos

⁶⁸⁷ KANT, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, trad. por García Morente, Ed. Tecnos, 2005, IV:406. En el pensamiento Kantiano, el concepto de voluntad se encuentra ligado al de libertad, por esto se oponen libertad y necesidad, pues lo necesario no opera con posibilidades, sino en una sola dirección. Lo sigue, ENGISCH, *La teoría de la libertad de la voluntad en la actual doctrina filosófica del derecho penal*, trad. Guzmán Dalbora, Ed. B de F, 2006, p. 54.

⁶⁸⁸ Cfr. KANT, *La Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, 2005, IV:453-455.

realizados voluntariamente –*freiwillig*– se refieren a aquellas acciones que pueden ser imputadas a la culpabilidad⁶⁸⁹.

Tomando estos dos sentidos de voluntad, HRUSCHKA distinguió entre actos sin voluntad –*willentlich*–, como aquellos en que se actúa por influencia de una fuerza física irresistible o cuando se desconocieran las circunstancias relevantes del hecho; y actos sin voluntariedad –*freiwillig*–, como cuando se lo hace en estado de necesidad o desconociendo la norma que pretendía motivar su conducta.

2º) El significado psicológico y el normativo de voluntad.

Por otro lado, si se presta atención al sentido original con el que aparece el dolo en el Derecho romano⁶⁹⁰, es fácil advertir que, en sus inicios, se lo identificaba únicamente con la intención o, mejor aún, con la mala intención o malicia en la realización de un hecho ilícito. Las dificultades probatorias, como la necesidad de dar una respuesta adecuada a aquellos supuestos de conductas realizadas voluntariamente, en las que la consecuencia superaba el resultado que inicialmente había perseguido el autor, llevaron a que los juristas propusieran numerosas fórmulas que, poco a poco, fueron socavando este significado inicial⁶⁹¹.

En otras palabras, lo que ha ocurrido es que los juristas hemos tomado el concepto de «voluntad» del lenguaje cotidiano y lo hemos ido ampliando semánticamente, hasta poder abarcar en él todos los casos que –desde un punto de vista político criminal– merecerían una pena mayor que aquella prevista para los delitos imprudentes. Esto quiere decir que

⁶⁸⁹ HRUSCHKA, «La conducta de la víctima como clave para un sistema de los delitos patrimoniales que llevan consigo sustracción», en *Imputación y Derecho Penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, Ed. Thomson Aranzadi, 2005, pp. 224-227

⁶⁹⁰ Véase el conocido rescripto del emperador Adriano (117-118): *In maleficiis voluntas spectatur, non exitus* (Dig. 48, 8, 14).

⁶⁹¹ LAURENZO COPELLO, *Dolo y Conocimiento*, Ed. Tirant lo Blanch, 1999, pp. 27-30; RAGUÉS I VALLÈS, *La ignorancia deliberada*, p. 194; y en particular, JÍMENEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, t. II, Ed. Losada, p. 25, donde explica que los prácticos italianos acudieron a una progresiva ampliación del dolo porque no contaban con un concepto lo suficientemente desarrollado como para captar aquellos supuestos que escapaban a la pura intencionalidad del agente.

ha sido la práctica discursiva de atribución de responsabilidades la que ha provocado una sobrecarga en el significado de voluntad⁶⁹². Al punto de que hoy parece que podemos distinguir entre un concepto cotidiano o psicológico de voluntad, por un lado, y uno normativo, por el otro.

En un sentido descriptivo-psicológico, la expresión «el autor quiso el resultado» significaría que él lo buscó a propósito, es decir que habría actuado tendiendo a ese fin. Este es el caso no solo de cuando el sujeto lo hubiese pretendido porque le parecía deseable como tal, sino también cuando lo ha empleado como medio para alcanzar otros fines también deseados. Con relación a este último supuesto, la persona deseaba el resultado al menos como medio para sus otros fines y, por ello, podemos decir que lo había valorado también positivamente. En este sentido, el predicado «querido» es idéntico al predicado «a propósito»⁶⁹³.

Por otro lado, en un sentido de imputación normativa, la frase «el autor quiso el resultado» significa que, para poder desgravarse de responsabilidad, al sujeto no le alcanzaría con invocar que no quería el resultado en un sentido psicológico, es decir, que no lo había buscado a propósito. El concepto de dolo comprende más casos que los contemplados dentro del campo semántico de voluntad como propósito o intención, por ejemplo, aquellos en los que alguien hiciera explotar con una bomba el avión donde viajaba su adversario político, aunque no haya tenido el propósito de matar a los acompañantes de este⁶⁹⁴. A estas alturas cabe preguntarse si es convenientes seguir ampliando el concepto de voluntad, o si es preferible acudir a otro estado mental – distinto al propósito o intención– que permita explicar por qué ciertas conductas merecen un castigo mayor.

De manera un poco descuidada, la doctrina mayoritaria entiende que la voluntad normativa equivale a una decisión en favor de la posible lesión del bien jurídico⁶⁹⁵. Sin

⁶⁹² STUCKENBERG, *Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum*, p. 209; RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, p. 53.

⁶⁹³ PUPPE, «§ 15», nm. 23. La sigue GRECO, «Dolo sin voluntad», pp. 12-14.

⁶⁹⁴ PUPPE, «§ 15», nm. 24.

⁶⁹⁵ ROXIN / GRECO, *AT. 2020*, § 12 n° m.21; HASSEMER, «Los elementos característicos del dolo», *ADPCP*, tomo 43, 1990, p. 918 y ss; PÉREZ MANZANO, «Elemento volitivo del dolo, responsabilidad por el hecho y responsabilidad subjetiva», en VICENTE REMESAL *et al.* (dirs.), *Libro Homenaje al prof. Luzón Peña*, Ed. Reus, 2020, pp. 339-350.

embargo, lo curioso es que una «decisión» no es un estado mental, sino que se trata de una explicación de la conducta a través de ellos. Relegar la explicación de por qué consideramos que las conductas realizadas con ciertos estados mentales merecen la pena de dolo no resuelve el problema. En general, uno se decide porque cree, desea, tiene una intención, etc., pero el concepto de decisión no permite explicar por sí solo una conducta.

En este sentido, por ejemplo, PÉREZ MANZANO explica que la decisión abarca no solo la representación correcta del peligro que genera una conducta, sino también la voluntad de realizar una conducta capaz de conducir a un resultado, e incluso, la confianza infundada en las posibilidades de evitación del resultado⁶⁹⁶. En definitiva, decir llanamente que dolo equivale a decisión contra el bien jurídico, sin explicar qué estados mentales son lo que permiten hablar de una decisión, supone no hacerse cargo de la definición de dolo. Tampoco tiene mucho sentido equiparar «voluntad normativa» y «decisión» si no se explica por qué ciertos estados mentales sí, y por qué otros no, pueden ser suficientes para imputar dolo.

En otras palabras, la teoría de la decisión solo permite explicar las conductas ajenas con base a criterios de mínima racionalidad, a la que subyacen no solo creencias, sino también deseos y otras actitudes relevantes al momento en que el agente realiza determinadas elecciones. Lo que se analiza cuando hablamos de «decisión» es cómo los estados mentales se cohesionan entre sí para realizar una elección; pero deja de lado las cuestiones sustanciales sobre si son las creencias, los deseos o las intenciones las que permiten fundamentar un reproche doloso⁶⁹⁷.

Por tanto, resulta difícil sostener que existe un concepto psicológico y otro normativo de voluntad. Tampoco se resuelve la ambigüedad al decir que la voluntad normativa equivale a una decisión contra el bien jurídico, si antes no se justifica por qué ciertos estados mentales permiten tratar la conducta como una decisión. En definitiva, no es un concepto seguro para poder explicar porque una conducta debe ser considerada dolosa.

⁶⁹⁶ PÉREZ MANZANO, «Elemento volitivo del dolo», pp. 339-350.

⁶⁹⁷ STEELE / STEFÁNSSON, «Decision Theory», *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2020 Edition.

8.5 El concepto de intención

Hemos visto que el concepto de «voluntad» es un término demasiado ambiguo para atribuir responsabilidad penal, ya que no se refiere un fenómeno o un estado mental concreto, sino que es utilizado para diversos intereses teóricos de carácter especulativo. El significado que tiene el término «voluntad» se encuentra demasiado influenciado por ideas metafísicas relacionadas a lo que puede considerarse una causa eficiente en la acción humana, como fueron el alma o la razón misma⁶⁹⁸. En este sentido, es conveniente descartar un concepto tan ingenuo como el de «voluntad» para la explicación de acciones dolosas.

En su lugar, resulta conveniente analizar el significado que tiene el término «intención» (no intencionalidad) pues, como hemos adelantado, también puede ser explicado a través de la combinación de estados mentales doxásticos y conativos. Antes de ello es preciso aclarar que no nos referimos a la explicación de acciones intencionales, sino a la intención como un concepto que alude a una cierta configuración psicológica de los agentes.

De acuerdo con la concepción clásica, la «intención» se considera un estado mental que podría ser reducido en términos de creencias y deseos. Por ejemplo, si «yo tengo la intención de hacer A», podría explicarlo como la «creencia de que me es posible hacer A» y que, en algún sentido, también «deseo hacer A». Además, en la concepción clásica la intención se caracteriza porque el agente ha realizado una deliberación previa a la ejecución de la acción. Este último rasgo nos permite distinguir entre intencionalidad e intención, pues perfectamente podrían existir acciones intencionales que no tengan una intención previa. Por ejemplo, podría estar sentando pensando en cómo escribir el próximo párrafo y levantarme y pasearme por el despacho mientras reflexiono. La acción de levantarme de la silla y pasear son evidentemente intencionales, pero no las he realizado con alguna intención. De este modo, las acciones intencionales realizadas espontáneamente (sin reflexión) y aquellas subsidiarias que acompañan a mi intención, pero no he reflexionado sobre ellas, no podrían ser caracterizadas como «intenciones»⁶⁹⁹.

⁶⁹⁸ STUCKENBERG, *Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum*, pp. 211-218.

⁶⁹⁹ SEARLE, *Intencionalidad*, pp. 48, 96 y s.

Esta simplificación en la explicación de las intenciones ha sido criticada por varios filósofos de la mente. Quizás, el más relevante sea BRATMAN, para quien las intenciones son estados mentales distintos a las creencias y deseos del agente, pues estos últimos solo influyen en la acción de manera potencial y en la intención se hace de modo más directo; pero también porque las intenciones no se sopesan entre otras, como ocurriría con dos deseos en pugna. El componente conativo, en la concepción de BRATMAN, aparece vinculado a la noción de «plan de acción». Cuando planeamos hacia el futuro tenemos adquirimos un compromiso con las acciones y, a su vez, con sub-planes que conducen al cumplimiento del plan inicial. Por tanto, para BRATMAN la «intención» se presenta como el rostro bifronte de Jano, con una cara que mira hacia el fin intentado y otra que mira hacia aquello que garantiza el fin. En otras palabras, la intención se explica como una articulación de «fines intentados» y «medios seleccionados»⁷⁰⁰.

Por tanto, sea que las «intenciones» sean explicadas como una deliberación previa sobre los deseos y creencias del agente (SEARLE), o bien, como una creencia y un plan (BRATMAN), la intención constituye una forma especial de dolo en la que se amplifica el elemento volitivo al punto de que el resultado pueda ser visto como una consecuencia perseguida por el autor con su conducta.

⁷⁰⁰ BRATMAN, «Two faces of intention», *The philosophical Review*, vol. 93, Nº 3, 1984, p. 376-378; EL MISMO, *Intentions, Plans, and Practical Reason*, Ed. Harvard University, 1987, p. 274 y s.; De acuerdo con BRATMAN, «Intention», en GUTTENPLAN (Ed.), *A companion to the Philosophy of Mind*, Ed. Blackwell, 1995, p. 377, tener una intención es algo análogo a darse una orden más que un deseo.

CAPITULO IV: CUESTIONES ONTOLÓGICAS DEL DOLO

En el apartado anterior nos hemos referido a la cuestión semántica del dolo, intentando responder cuál es el concepto de dolo, es decir ¿cómo se define el dolo?, ¿es una actividad de descripción o adscripción de estados mentales? y ¿cuá es el rol que tiene el juez cuando imputa dolo? Ahora bien, en este capítulo me centraré en la cuestión ontológica. Si consideramos que la forma básica de dolo se corresponde con lo que conceptualmente llamamos una creencia, entonces corresponde responder ahora a ¿qué tipo de entidad es una creencia?, o bien, antes de ello, ¿qué tipo de entidad es un estado mental? Para ello es necesario también referirse a la cuestión epistemológica del dolo, es decir cómo podemos saber que una persona actuó dolosamente. Las respuestas sobre la semántica, la ontología y la epistemología del dolo se comportan de manera interdependiente, pues si se considera que la ontología del dolo es de una determinada manera, también debería aceptar una determinada concepción semántica e, incluso una determinada perspectiva epistémica para acceder a ellos⁷⁰¹.

En un sentido muy próximo, PAREDES CASTAÑÓN distingue tres clases de problemas que cualquier teoría del dolo debería incorporar e integrar: la fundamentación valorativa, la delimitación conceptual y la aplicación procesal. En primer lugar es necesario determinar cuál ha de ser la fundamentación del dolo como criterio de imputación, es decir qué sentido tiene la imputación de dolo en la construcción de la teoría del delito; luego, en relación con el concepto, es necesario determinar cuales son las características del lenguaje sobre los estados mentales; y, por último, fijar los criterios de aplicación procesal de este elemento. Un estudio sobre el dolo debe ser capaz de transitar desde el plano filosófico hasta el empírico de manera coherente⁷⁰². Este último aspecto es el que intentaré desarrollar en este último capítulo.

⁷⁰¹ En este sentido, PÉREZ MANZANO, «Algunos datos empíricos sobre la atribución de estados mentales: ¿fracaso del principio de responsabilidad subjetiva o de un determinado concepto de dolo?». *RECPC*, 2021, p. 15, demuestra a través de la exposición de varios estudios en neurociencias aplicados a los conceptos utilizados por penalistas, cómo la forma en la que se definan los estados mentales y se presentan a los ciudadanos influye en la correcta identificación de los estados mentales.

⁷⁰² PAREDES CASTAÑÓN, «Recensión a Sánchez Málaga, Armando: Una teoría para la determinación del dolo», *InDret*, nº1, 2019, p. 7 y s.

La interdependencia que tienen los problemas conceptuales y los probatorios también son señalados por DÍEZ RIPOLLÉS cuando distingue entre las «limitaciones normativas originales» que se presentarían al momento de formular y aplicar distintos conceptos subjetivos, y los «condicionamientos sobrevenidos» que se presentarían en la constatación empírica de estos conceptos en el proceso. En un primer momento, los elementos subjetivos a los que se refiere el dolo se presentan como el producto de un trabajo realizado por distintos juristas y se limitan a reflejar determinadas decisiones normativas por medio de un procedimiento abstracto de configuración conceptual. Luego, los jueces se suelen enfrentar al problema de no contar con instrumentos útiles para acceder a ellos y su constatación empírica se vuelve una tarea casi imposible, por ello suelen echar mano a incómodas presunciones y ficciones para poder ajustar ciertos datos de la realidad a los marcos conceptuales que han señalado los dogmáticos⁷⁰³.

Hablar de estados mentales es cuestión que genera muchos inconvenientes. Ni los médicos, ni psicólogos, ni –mucho menos– los juristas se han puesto de acuerdo sobre qué es aquello a lo que se están refiriendo cuando hablan de la mente de las otras personas. Por ejemplo, los psiquiatras utilizan la expresión enfermedades «mentales» para incluir algunas que tienen origen fisiológico, como las oligofrenias; pero también lo utilizan para referirse a otras que solo aluden a problemas de la personalidad, como malos hábitos o los conflictos personales, sin que tengan una causa biológica, como en el caso de la esquizofrenia o de la depresión. Por otro lado, aunque suele admirarse por la mayoría de las personas que la percepción es una característica de la mente, pues los sentidos consituyen una propiedad inherente de ella, al punto que los médicos consideran que la sordera o la ceguera son trastornos de percepción, lo curioso es que no se las suele considerar como enfermedades mentales.

No sólo en el campo de la medicina, sino también en la psicología o en las ciencias cognitivas, que tradicionalmente han sido consideradas disciplinas que estudian específicamente a la mente, se refieren a ella como algún aspecto cerebral. Sin embargo, la psicología suele encargarse de la psicometría de la personalidad y las ciencias cognitivas se interesan en la autoorganización, el procesamiento de la información y el

⁷⁰³ DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos del delito. Bases Metodológicas*, Ed. Tirant lo Blanch, 1990, p. 37-65.

comportamiento adaptativo de las personas. Cabe aclarar que, aunque esta última disciplina sí se ocupa de los problemas de percepción, tampoco consideran que la ceguera y la sordera sean enfermedades mentales.

Problemas similares suelen presentarse a los juristas en la constatación de conceptos psicológicos utilizados habitualmente en el derecho penal. Algunos de ellos no son atribuibles a insuficiencias de la psicología o la psiquiatría, sino a la ausencia o a la pluralidad de criterios sociales referentes a determinados hechos psicológicos. Es un error pretender dejar en manos de peritos psiquiatras o psicólogos la constatación empírica de todos los conceptos subjetivos utilizados por juristas. Por ejemplo, existen algunas causas de inimputabilidad que son fácilmente comprobables; pero otras, como las psicosis endógenas, cuya base somática no está aún claramente comprobada como ocurre con las exógenas, se trata de hipotéticas alteraciones bioquímicas no relacionadas con alteraciones lesionales observables⁷⁰⁴. Lo mismo podría decirse cuando se examina la posible inimputabilidad al momento del hecho, pues el perito se sitúa en un momento bastante posterior al que se realizó el hecho. De hecho, hace tiempo que la psiquiatría actual ha abandonado el concepto de «intervalo lúcido» y se acoge a la idea de unidad de la personalidad, siendo imposible separar con total nitidez unas fases y otras⁷⁰⁵. Esto ha llevado a que forenses como WITTER critiquen la anticuada psicología utilizada por juristas y a señalar que algunos conceptos son tan extraños a los peritos que les impide dar una opinión sobre ellos⁷⁰⁶. Por tanto, un primer paso para la determinación empírica del dolo será determinar cuál es la naturaleza que tienen los estados mentales.

1. CONCEPCIONES SOBRE EL DOLO

Existen muchas teorías que intentan responder a la pregunta de si realmente existe (o no) algo que pueda ser interpretado como mente. El mero hecho de referirnos a ella no debe conducirnos necesariamente a pensar que existe una única respuesta y que siempre nos hemos referido a ella como el cerebro humano. De hecho, las concepciones psicológicas

⁷⁰⁴ ORTEGA MONASTERIO, “semiología y aspecto médico-legales de los grandes síndromes psicopatológicos”, en AAVV, *Jornadas sobre Psiquiatría Forense*, Ed. Ministerio de Justicia, 1990, p. 16.

⁷⁰⁵ Cfr. CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código Penal*, tomo I, p. 213; MIR PUIG, *DPPG*, p. 593; LÓPEZ SÁIZ / CODÓN, *Psiquiatría Jurídica penal y civil*, tomo II, 3ª ed., 1969, Ed. Aldecoa, p. 827.

⁷⁰⁶ WITTER, *Grundriß der gerichtlichen Psychologie und Psychiatrie*, Ed. Springer, 1970, p. 188 y 192.

del dolo, que entendieron a la «mente» como un fenómeno situado en el «cerebro», recién adquirieron un papel preponderante en el siglo XIX⁷⁰⁷. Antes de ello ni siquiera fue considerada esta cuestión. En este sentido, podemos distinguir dos concepciones acerca de la naturaleza de los estados mentales del dolo:

1.1 La concepción psicológica del dolo

De acuerdo con esta postura, solo la búsqueda de la «verdad material», entendida como una relación de correspondencia entre una realidad empírica y la representación de ella, es lo que garantizaría que en un proceso judicial se respete la dignidad de una persona. La posibilidad de una realidad psíquica que pueda derivarse, sin mediaciones, de las leyes físicas de la naturaleza sería la única manera de que la aplicación del Derecho penal tenga un carácter racional. Y, además, el Derecho penal solo podría funcionar como pauta orientadora para un comportamiento fiel al mismo si se encuentra vinculada con dicha verdad material⁷⁰⁸.

La explicación a través de la cual se ha identificado el cerebro humano con la identidad personal surge de una larga tradición, que hunde sus raíces en la segunda parte del siglo XVII cuando se debatía sobre la «localización del alma», «la teoría corpuscular de la materia» e, incluso, «la filosofía de la identidad personal» de LOCKE. Recién en el siglo XVIII, los intelectuales de la época comenzaron a identificar al cerebro como la única parte del cuerpo que necesitamos para ser nosotros mismos hasta que, ya en el siglo XIX, se iniciaron estudios estructurales y funcionales del cerebro, reafirmando el nexo que existiría entre el cerebro y la personalidad⁷⁰⁹.

Esta vinculación entre la mente y el cerebro se ajustaba perfectamente a la idea que tenían algunos penalistas en el siglo XVIII, como FEUERBACH, que afirmaban que la pena tenía que cumplir con funciones preventivo-generales de carácter negativo. De acuerdo con la «teoría de la coacción psicológica» que él mismo defendía, era necesario amenazar al delincuente con infringirle un mal que resulte superior al mal que le pueda suponer tener

⁷⁰⁷ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, pp. 277-279.

⁷⁰⁸ DíEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos del delito*, p. 31-37.

⁷⁰⁹ VIDAL/ORTEGA, *Being Brains. Making the cerebral Subject*, 2017, Ed. Fordham, pp. 13-58.

que renunciar a la comisión de dicho delito para lograr disuadirlo del mismo. Solo cuando el sujeto hubiese decidido no renunciar a la comisión de un delito, después de haber ponderado racionalmente las ventajas y desventajas que podría reportarle una determinada actuación, la imposición de una pena aparecía como una consecuencia legítima⁷¹⁰.

En otras palabras, de acuerdo con la concepción psicológica es necesario probar la existencia de un estado mental en el sujeto para poder imponer una pena legítimamente, pues lo contrario supondría instrumentalizar al acusado con el castigo, en la medida en que el mismo acabaría pagando con sus derechos los costes de la intimidación, motivación o confirmación de las expectativas que el estado pretende imponer a la colectividad⁷¹¹. El recurso del juez a las ciencias empíricas parecería ser el medio adecuado para determinar si el sujeto ha contado con el grado de conocimiento que supone el dolo. Desde esta perspectiva, el psicólogo o el psiquiatra desempeñarían en el ámbito del dolo un papel similar al que podrían ejercer, por ejemplo, el perito calígrafo o el experto en balística. Si no se constata empíricamente en la psiquis del agente que el mismo se había representado lo que hacía se estaría violando su dignidad, y se podría caer en el riesgo de que los jueces acaben utilizando referencias a la psiquis individual como una mera pantalla para proyectar otros contenidos⁷¹².

1.2 La concepción normativa del dolo

En contraposición con las concepciones psicológicas expuestas, se encuentran los planteamientos normativos sobre el dolo. A grandes rasgos, esta perspectiva se caracteriza por el hecho de que los segmentos de la realidad que el derecho maneja no

⁷¹⁰ FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*, 14^o ed., Gießen, 1847, p. 37 y ss; véase también TORIO LÓPEZ, «El sustrato antropológico de las teorías penales», RFDUC monográfico 11, en *Estudios de Derecho penal en homenaje al Prof. Jiménez de Asúa*, 1986, p. 671.

⁷¹¹ ALBRECHT, «Unsicherheitszonen des Schuldstrafrechts», GA, 1983, p. 197.

⁷¹² Díez RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos del delito*, p. 305. En el mismo sentido, explica RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, pp. 211-215, que esta vinculación entre lo que consideramos mental y a lo que nos referimos como el cerebro genera un efecto tranquilizador en los ciudadanos, ya que les garantizaba no castigarles (por delito doloso) si en el momento del hecho realmente no había actuado con la conciencia de estar realizando el tipo penal

tienen una naturaleza empírica, sino que se trata de una «realidad valorada», cuya importancia se advierte no solo en la configuración de esta, sino también en su misma comprobación⁷¹³.

Lo interesante de este tipo de enfoque es que el dolo no aparece como un dato psicológico, es decir, como una realidad previa que pueda describirse, sino que surge como resultado de un proceso de interpretativo por parte de quien afirma que el sujeto efectivamente se ha comportado dolosamente⁷¹⁴.

Antes de que irrumpiera la concepción psicológica en la explicación de los fenómenos mentales, los juristas también se referían a la voluntad, a las intenciones, al conocimiento y a las creencias de una persona para atribuir responsabilidad; pero empleaban criterios completamente desvinculados a la psicología. Esto puede advertirse en la doctrina del *dolus ex re* del derecho romano, en la prueba tasada del derecho germánico, en la doctrina del *versari in re illicita* del derecho canónico, o en el mismo *dolus indirectus* que hemos analizado en el capítulo anterior.

1.2.1 La doctrina del *dolus ex re*

Esta doctrina aparece recogida en el Derecho romano en diferentes pasajes del Digesto de Justiniano (año 533 d.C.) como *dolum ex indiciis perspicuis probari convenit* (es conveniente que el dolo se pruebe por indicios evidentes) y *an dolo quid factum sit, ex facto intelligitur* (se entiende cuando se ha obrado con dolo por las circunstancias de cada caso)⁷¹⁵, es decir que, conforme a esta concepción, el dolo se deduciría siempre a través de los indicios que externamente habrían tenido lugar.

⁷¹³ DIEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos del delito*, p. 73-74.

⁷¹⁴ De acuerdo con Así, DIEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos del delito*, p. 73 y s., los segmentos de realidad que se manejan ya no pueden calificarse como realidad empírica sino como realidad valorada, dado el papel determinante de las perspectivas axiológicas en su configuración y comprobación, y la rareza de las verificaciones experimentales. No se duda en calificar, por tanto, de construcción ideológica a tales actividades conceptuales y prácticas, en cuanto su misión fundamental reside en plasmar adecuadamente y sin contradicciones los puntos de vista valorativos en los que se inspira el derecho penal, aún a costa con frecuencia de una correcta correspondencia entre lo definido o lo constatado y las realidades subyacentes.

⁷¹⁵ Así en *El Digesto de Justiniano*, tomo III (trad. d' Ors y otros), libro XLIV, título IV, fragmento 1, párrafo 2º, Pamplona, 1975. En el derecho germánico no se presentaba este inconveniente, ya que la regla

Si bien se trata de una doctrina sobre la prueba del dolo, llegó a ser postulada como una concepción particular del dolo y fue reconocida hasta bien entrado el siglo XIX. VON WEBER la definía como un método que permitiría resolver casos sin que el delincuente lo haya reconocido y sin que haya sido necesaria su confesión, pues el dolo podía deducirse de una forma segura a través de la clase y el modo de comisión del delito y de las circunstancias externas de la acción concreta⁷¹⁶.

Esta doctrina supuso un gran avance frente al sistema de la prueba legal o tasada, propia de los procedimientos inquisitivos, que establecían que el único medio para probar el dolo era a través de la confesión del acusado y que no bastaban los meros indicios para tenerlo por acreditado, por ello el *dolus ex re* constituía una excepción a dicha regla porque tomaba en cuenta las circunstancias externas que rodearan al hecho (artículo 22 de la *Constitutio Criminalis Carolina* del año 1532). Sin embargo, esta teoría comenzó a ser abandonada a mediados del siglo XIX, precisamente cuando el Derecho procesal penal comenzaba a adquirir progresivamente una mayor autonomía científica con respecto al derecho sustantivo y se adoptó como regla interpretativa la «libre valoración de la prueba»⁷¹⁷.

De todos modos, cabe aclarar que la doctrina del *dolus ex re* constituye una forma de argumentar y no un concepto distinto de dolo, cuyo germen aún permanece vigente, precisamente gracias a que esta fundamentada en las reflexiones que cualquier persona emplearía cotidianamente para atribuir estados mentales a otras personas. Por ejemplo, cuando una persona se pone roja de cólera, deducimos que está furiosa; si palidece y empieza a temblar, deducimos que tiene miedo; y si se retuerce y lanza gritos inarticulados, entonces podemos deducir que padece de algún dolor⁷¹⁸.

general era la responsabilidad por el resultado: «Die Tat tötet den Mann». JIMENEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, vol. V, Losada, 1958, p. 317 y ss.

⁷¹⁶ HRUSCHKA, «Sobre la difícil prueba del dolo», p. 150.

⁷¹⁷ VOLK, «Dolus Ex Re», pp. 614-616; RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 281 y s.; PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, p. 591 y s.

⁷¹⁸ HRUSCHKA, «Sobre la difícil prueba del dolo», p. 151.

Por otro lado, aclara HRUSCHKA que no debería confundirse entre *dolus ex re* con presunción del dolo o *praesumptio doli*, pues éstas últimas se limitaban a reconocer que los hechos solían ser en su mayor parte dolosos, salvo prueba en contra (*Facta laesione praesumitur dolus, donec probetur contrarium*); mientras que, el *dolus ex re* tenía en cuenta a la totalidad de un hecho concreto y se basaba en sus circunstancias y naturaleza específicas⁷¹⁹.

A raíz de estas ventajas, VOLK se lamenta que la figura haya sido olvidada por la doctrina, pues, aunque los juristas lo nieguen, continúa vigente en la práctica judicial actual. Está claro que el concepto de dolo (aspecto semántico) no se encuentra desvinculado de su prueba (aspecto ontológico), por ello considera necesario replantearse a qué nos estamos refiriendo cuando hablamos de estados mentales⁷²⁰.

1.2.2 La doctrina del *versari in re illicita*

De acuerdo con el principio *qui versatur in re illicita respondit etiam pro casu* (tratándose de una actuación ilícita, se responderá incluso del caso fortuito), una persona debe responder por las consecuencias que su acto ilícito ha causado, aunque no fueran queridas, ni previstas, ni previsibles por él. Se trata de una doctrina que consagra la responsabilidad objetiva porque se imputa responsabilidad por dolo al agente por el mero hecho de su vinculación causal con un acto ilícito. Por ejemplo, si un sujeto quiere matar al caballo de su vecino, movido por un deseo de venganza, aunque no haya podido percibir que junto al animal se encontraba también su dueño y acaba matándolo a él, se considerará doloso aun cuando ni siquiera lo hubiese sabido⁷²¹.

El origen de esta doctrina se remonta al derecho canónico, en el que se solía considerar que todo homicidio debía imputarse sin restricción alguna, esto es, que cualquier homicidio debía ser imputado como doloso. Recién en el siglo IX, tomando como base la obra de Agustín de Hipona, el derecho canónico excluyó la imputación de responsabilidad cuando el asesinato había sido causado por una conducta legal o moralmente permisible.

⁷¹⁹ HRUSCHKA, «Sobre la difícil prueba del dolo», p. 151 y s.

⁷²⁰ VOLK, «Dolus Ex Re», pp. 616-618.

⁷²¹ CEREZO MIR, «El ‘versari in re illicita’ en el Código Penal», ADPCP, N° 15, 1962, p. 47; MIR PUIG, *DPPG.*, p. 456.

Sin embargo, aunque concebido como una forma de restringir la responsabilidad por el resultado, este principio terminó por admitir la responsabilidad por resultados imprevistos, siempre que hayan sido ocasionados por comportamientos ilícitos anteriores. Recién en el siglo XIII la doctrina del *versari in re illicita* pasó a integrar el derecho canónico y luego influyó también al derecho secular, como las formas de responsabilidad por *culpa praecedens* o la teoría del *dolus indirectus* del siglo XVI⁷²².

Hasta la reforma introducida por la Ley Orgánica 8/1983, subsistía en el código penal español esta clase de presunción en un párrafo que establecía «el que cometiere voluntariamente un delito o falta incurrirá en responsabilidad criminal, aunque el mal ejecutado fuere distinto del que se había propuesto ejecutar». La necesidad de adecuar el código penal al nuevo de estado de Derecho obligó a desterrar la responsabilidad objetiva y exigir el dolo o culpa como únicos fundamentos de la responsabilidad penal, dejando en claro en su art. 1º que «cuando la pena venga determinada por la producción de un ulterior resultado más grave, sólo se responderá de este si se hubiere causado, al menos, por culpa». Sin embargo, junto a esta presunción de la voluntariedad, otras regulaciones como los delitos preterintencionales, los delitos determinados por el resultado y los delitos cualificados por el resultado han sido considerados restos de la doctrina *versari in re illicita* en la historia reciente del derecho penal español⁷²³.

Al margen de estas particularidades, a todas la teorías normativas del dolo se le suele acachar dos clases de problemas: 1º) un déficit de legitimidad, en el sentido de que en toda condena concurriría un riesgo de no coincidencia entre los hechos probados y la realidad psicológica efectivamente acaecida, de forma tal que en toda condena podría

⁷²² STUCKENBERG, *Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum*, 2007, p. 517-519. En el mismo sentido RODRÍGUEZ DEVESA / SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte general*, Ed. Dykinson, 1993, p. 464-465, consideran que la teoría del *dolus indirectus* constituyó un considerable progreso, frente a la *versari in re illicita*, porque redujo la imputación a título de dolo sólo para aquellas consecuencias que se derivaban *per se et non per accidens* de la acción del sujeto.

⁷²³ JAEN VALLEJO, «La evolución del concepto de dolo», Cuadernos de política Criminal, Nª 131, 2021, p. 294 y s.

resultar una posible instrumentalización del individuo⁷²⁴; y 2º) una indeterminación de los criterios de atribución, pues estas concepciones deberían mostrar de forma convincente cuáles han de ser los criterios para, ante un supuesto concreto, decidir si corresponde (o no) atribuir determinados conocimientos a un sujeto y justificar porque determinados criterios son los correctos y no otros⁷²⁵.

1.3 La concepción mixta del dolo

Una posición intermedia, como ha señalado PÉREZ MANZANO, es la que adopta la mayoría de la doctrina, al combinar un concepto psicológico de dolo con una determinación normativa del mismo. En otras palabras, esta concepción mixta reconoce la existencia una realidad psicológica ubicada en el cerebro humano; pero, al mismo tiempo, admite que el juicio de imputación de dolo no exige una plena correspondencia con ella, sino que la aplicación depende de criterios normativos a través de los cuales se decide aplicarlo a un caso concreto⁷²⁶.

Por ejemplo, en la STS 474, de 24 de mayo de 2013, aparecería de manera patente esta concepción mixta cuando dispone que «aun admitiendo las relevantes connotaciones normativas que presenta el dolo, no puede negarse una base o sustrato fáctico integrado por fenómenos psicológicos naturalísticos inferibles mediante prueba indiciaria». También en la STS 723, de 24 de noviembre de 2015, cuando sostiene que «el elemento subjetivo del delito, conforme a la actual jurisprudencia, es un hecho que debe figurar entre los hechos probados, al tratarse del conocimiento e intención que tenía el sujeto al realizar la acción u omisión. Al ser un elemento subjetivo, psicológico, interno, espiritual o anímico de la persona, no cabe prueba directa sobre el mismo, pero se llega a conocer razonablemente a través de indicios, de los que se induce».

Frente a las críticas que se le suelen achacar a la concepción psicológica del dolo, en particular de que se trata de una realidad inaccesible a la observación externa, PÉREZ

⁷²⁴ Cualquier construcción jurídica al margen de o fingiendo la realidad es grave fuente de arbitrariedades y deja la puerta abierta a la mayor inseguridad, científica y jurídica. MUÑOZ CONDE, prólogo a DIEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos*, p. 13.

⁷²⁵ RAGUÉS I VALLÈS, *La prueba del dolo*, p. 276.

⁷²⁶ PÉREZ MANZANO, «Dificultad de la prueba de lo psicológico», p. 1456 y s.

MANZANO responde que, si bien se trata de una realidad subjetiva, esto no impide que el conocimiento del dolo sea epistémicamente objetivo⁷²⁷.

Al igual que ocurre con la prueba de los elementos del tipo objetivo, la prueba del dolo se obtiene a partir de un razonamiento jurídico. El conocimiento de los hechos siempre es mediato o indirecto para los jueces, pues en todos los casos se encuentran intentando reconstruir un hecho que ha ocurrido en el pasado y del que solo quedan vestigios en el presente. Los jueces nunca obtienen una prueba directa, incluso en el caso de los testigos, donde lo único directo es el mero hecho de declarar, pero nunca lo que ha ocurrido. Si se negase la prueba indirecta de los estados mentales, entonces habría que negar cualquier extremo que se quiera probar. En rigor, la única diferencia que existiría entre una prueba directa y una indirecta radica en que la primera tiene una cadena menor de inferencias. Cada eslabón de inferencia genera una nueva posibilidad de error, por ello la verdad que podría alcanzarse en un proceso judicial tiene inevitablemente un carácter falible⁷²⁸.

Sin embargo, creo que existe una diferencia entre la prueba «a través de indicios» de los elementos objetivos y los subjetivos. Si entendemos que un indicio es un hecho o una circunstancia a través de la cual podemos inferir, mediante una operación lógica, la existencia de otro hecho⁷²⁹, entonces la prueba del dolo genera problemas que son insalvables. Por ejemplo, si se intenta inferir que «se ha dañado» una cosa ajena, quien razona puede reconocer cual es el estado normal que tiene la cosa (por ejemplo, un cristal) y puede inferir del estado actual que ha sido dañado; sin embargo, si se afirma que el dolo tiene una existencia subjetiva, ¿cómo es posible conocer indirectamente una realidad que por definición no se puede conocer? La diferencia es que los elementos del tipo objetivo son cognoscibles con independencia de los indicios que tenga el juez, en cambio, los estados mentales –según la concepción psicológica– no. En definitiva, ¿cómo sabe el juez cuáles son los indicios si ni siquiera sabe cómo luce aquello que quiere probar?

2. CARACTERÍSTICAS DE LOS ESTADOS MENTALES

⁷²⁷ PÉREZ MANZANO, «Dificultad de la prueba de lo psicológico», p. 1464 y s.

⁷²⁸ PÉREZ MANZANO, «Dificultad de la prueba de lo psicológico», pp. 1470-1472.

⁷²⁹ CAFFERATA NORES, *La prueba en el proceso penal*, 3º ed., Ed. Depalma, 1998, p. 192.

Cuando intentamos caracterizar a los fenómenos mentales, habitualmente agrupamos un conjunto heterogéneo de propiedades y estados, como las sensaciones, creencias, deseos, sentimientos, emociones, intenciones, decisiones, rasgos de carácter, disposiciones y diversas habilidades. No parece haber una «esencia» de lo mental, es decir una característica que permita definir qué son y cómo se distingue de otros fenómenos similares⁷³⁰.

El primer intento serio de clasificación de estados mentales corresponde a PLATÓN, quien distinguió entre tres clases de fenómenos psíquicos o, como él decía, tres partes del alma: la concupiscible, la irascible y la racional. De esta manera, creyó poder situar la primera en el vientre, la segunda en el corazón y la tercera en la cabeza⁷³¹.

Posteriormente, ARISTÓTELES ofreció otra clasificación de los fenómenos psíquicos al distinguir entre pensar y apetecer (*nous* y *orexis*). A la primera corresponde la capacidad de realizar abstracciones, la percepción sensible, la imaginación, la memoria y la expectativa basada en la experiencia; en cambio, en las apetencias estaban comprendidos los deseos o tendencias superiores y los impulsos más bajos, junto a toda otra clase de sentimientos y afectos⁷³². Esta clasificación bipartita de los estados mentales, en tanto facultad cognoscitiva y facultad apetitiva, permaneció en vigor durante toda la Edad Media e influyó en algunas importantes obras de la Edad Moderna, como las de WOLFF y la de HOBBS⁷³³.

Probablemente la clasificación de fenómenos psíquicos más importante fue la que expusieron TETENS y MENDELSON en la segunda mitad del siglo XVIII. Estos autores propusieron una clasificación tripartita de estados mentales: el primero distinguió entre el sentimiento, entendimiento y fuerza activa (voluntad); y el segundo, entre facultad cognoscitiva, facultad sensitiva o aprobativa, y facultad apetitiva. La influencia que tuvo esta clasificación se debió a que luego KANT se apropió de ella y distinguió entre conocer,

⁷³⁰ MOYA, *Filosofía de la mente*, p. 18 y s.

⁷³¹ PLATÓN, *La república*, Libro IV; EL MISMO, *El Fedro*, 48b. (He tomado esta clasificación de la trad. castellana de Eggers Lan, *Dialogos III y IV*, Ed. Biblioteca clásica Gredos, 1988).

⁷³² ARISTÓTELES, *De Anima* III, 9.

⁷³³ BRENTANO, *Psicología desde el punto de vista empírico*, trad. Sánchez-Migallón, Ed. Sigüeme, 2020, p. 217 y s.

sentimiento y querer. Precisamente, al análisis de la primera dedicó su obra *Crítica de la razón pura*; a la segunda, su obra *Crítica del juicio*; y a la tercera, su obra *Crítica de la razón práctica*⁷³⁴.

Recientemente, MOYA ha propuesto una sencilla clasificación bastante más sencilla para los estados mentales: 1º) Estados intencionales, que se distinguen por tener un contenido ante el cual un sujeto adopta una cierta actitud, entre los que pueden nombrarse las creencias, deseos, intenciones, esperanzas, etc.; 2º) Estados fenomenológicos, caracterizados por una cualidad sentida o un modo peculiar de aparecer al sujeto, en el que podrían señalarse las sensaciones de dolor o placer, post-imágenes, experiencias visuales, auditivas, olfativas, etc. Y otras dos clases de estados mentales derivados de los anteriores: 3º) Estados mentales mixtos, que se caracterizan por poseer, a la vez, una cierta actitud hacia un contenido y por tener cierta cualidad sentida, entre los que pueden enumerarse a las emociones y los sentimientos; 4º) Tendencias o disposiciones puras que, aunque no posean un contenido semántico ni fenomenológico, se conciben como capacidades o rasgos del carácter y, por esta razón también son parte de lo mental⁷³⁵.

Por su parte, también GONZÁLEZ LAGIER ha ofrecido una clasificación de los estados mentales, distinguiendo entre: 1º) las voliciones, en el que se incluirían los deseos y las intenciones; 2º) las cogniciones, donde tendrían lugar estados mentales como las creencias y los conocimientos; 3º) las percepciones y sensaciones; 4º) y los actos mentales, como podrían ser el planear, decidir, etc.⁷³⁶ Dada la complejidad que supone el análisis de lo mental, creo conveniente comenzar con un análisis de algunas de las propiedades que filósofos han utilizado para caracterizarlo.

2.1 Algunas propiedades de los estados mentales

⁷³⁴ BRENTANO, *Psicología desde el punto de vista empírico*, trad. Sánchez-Migallón, Ed. Sígueme, 2020, pp. 218-219. Así, para KANT, *Crítica del juicio*, Tecnos, 2007, p. 87, todas las facultades del alma o capacidades pueden reducirse a tres, que no se dejan deducir ya de una base común, y son la facultad de conocer, el sentimiento y la facultad de desear.

⁷³⁵ MOYA, *Filosofía de la mente*, p. 18 y s.

⁷³⁶ GONZÁLEZ LAGIER, «Filosofía de la mente y prueba de los estados mentales», *Questio facti. Revista Internacional sobre razonamiento probatorio*, nº 3, 2022, p. 52.

Además de las tres propiedades que voy señalar, existen otras como podría ser la de generar sensaciones internas (o *qualia*), el modo subjetivo de creencia, o la de si efectivamente causan (o no) algunos movimientos físicos. Me referiré únicamente a las tres más importantes.

2.1.1 La conciencia

La forma tradicional de caracterizar a los estados mentales se encuentra vinculada al rasgo de tener «conciencia». Ser consciente significa no ser un «zombie» o un mero «robot», es decir ser capaz de sentir y conocer introspectivamente nuestra vida mental, reconociéndola como propia⁷³⁷. Con otras palabras, la consciencia es el conocimiento que toda persona puede tener de sí mismo y de sus actos. En síntesis, el conocimiento de lo que sucede «dentro nuestro».

SEARLE define a la consciencia como un estado del sentir y del advertir, que normalmente se inicia con nuestro despertar y concluye cuando nos dormimos, dejamos de existir o cuando de un modo u otro caemos en un estado de inconsciencia. Dentro del campo de la consciencia existen grados diferentes de consciencia que van de la somnolencia a la alerta plena⁷³⁸.

Sin embargo, esta propiedad de la mente no podría ser explicado a través de algún estado fisiológico. Por ejemplo, en este momento podría decir que te encuentras leyendo esta página, que tus ojos están abiertos, que tu cerebro está conectado con tus nervios ópticos, etc.; pero no podría explicar por qué has tomado «consciencia» de la página que estas ahora leyendo⁷³⁹.

Además, el problema de ceñirse a esta propiedad para explicar los estados mentales que caracterizan al dolo es que deberían quedar fuera de consideración muchas creencias que

⁷³⁷ GARCÍA CARPINTERO, «El funcionalismo», en BRONCANO (ed.), *La mente humana*, Ed. Trotta, 2007, p. 46; LIZ, *Perspectivas actuales en Filosofía de la mente*, Ed. la Dirección General de Universidades, 2001, p. 188; GONZÁLEZ LAGIER, «Filosofía de la mente y prueba de los estados mentales», p. 52.

⁷³⁸ SEARLE, *El redescubrimiento de la mente*, 1996, p. 96; EL MISMO, *El misterio de la conciencia*, Ed. Paidós, 2000, pp. 19 y ss.

⁷³⁹ PRIEST, *Teorías y Filosofías de la mente*, Ed. Cátedra, 1994, p. 256 y s.

explican comportamientos, pero que el sujeto no estaba pensando en el momento del hecho o inclusive, quizás nunca había pensado en ellas. Piénsese, por ejemplo, en la atribución de una agravante por razón de género. En estos casos solemos atribuirle a un varón la creencia (inconsciente) de que puede ejercer actos de dominación sobre las mujeres, sin que el acusado sea consciente de ello⁷⁴⁰.

2.1.2 El contenido representacional

Otra característica de muchos estados mentales se refiere a la posibilidad que tienen de versar sobre objetos y estados de cosas del mundo distintos de ellos mismos. Este contenido no tiene por qué estar presente o existir en realidad, ya que puede pertenecer al pasado, al futuro o ser ficticios. Por ejemplo, los estados mentales como los deseos y las creencias pueden versar sobre la muerte de una persona, bien sea porque se cree en la posibilidad de que un peatón muera si se conduce un automóvil a 120 km/h, bien que se desee atropellar a la primera persona que se le cruce en el camino. La capacidad de representarse algo es hacer que cierto estado de cosas lleve información sobre otro estado de cosas. El primero sería representante de lo segundo que es lo representado. Continuando con el ejemplo, la conducción temeraria representa para el conductor la posibilidad de que otra persona muera⁷⁴¹.

En un sentido fenomenológico, se considera que la representación es una imagen que se hace presente en la consciencia como reflejo de un objeto exterior o interior, como una experiencia visual introspectiva o como un fenómeno puramente psíquico. Por ejemplo, cuando observamos un paisaje, lo plasmamos en nuestra mente y podemos recordarlo tantas veces cuando ya no estemos delante de él. Del mismo modo, también podemos

⁷⁴⁰ Una caracterización de las creencias subconscientes puede ver en MOSTERÍN, *Lo mejor posible*, p. 173. De acuerdo con SEARLE, *El redescubrimiento de la mente*, trad. Valdés Villanueva, Ed. Crítica, 1996, pp. 31 y 141, las creencias, los deseos y, en general, todo lo intencional son siempre potencialmente conscientes, incluso en los casos en los que son efectivamente inconscientes. Lo sigue, VARELA, *Dolo y Error*, p. 172 y s., para quien las creencias y los deseos no son necesariamente conscientes, sino que pueden permanecer en algún nivel de la subconsciencia o de la inconsciencia.

⁷⁴¹ LIZ, *Perspectivas actuales*, p. 192; GONZÁLEZ LAGIER, «Filosofía de la mente y prueba de los estados mentales», p. 53.

representarnos algo que no estemos observando en el presente, pero que forma parte de nuestros recuerdos e, incluso, de nuestra imaginación⁷⁴².

Por último, es necesario distinguir los actos de percepción directa de un objeto y la representación de este. Lingüísticamente, a través del prefijo «re», la lengua distingue la presencia ideal del objeto en la mente del sujeto y la presencia real del mismo. De acuerdo con SEARLE, la presentación es una subclase de la representación. Cuando un sujeto tiene realmente ante sí a su víctima, o la percibe, tiene un acceso directo a ella, es decir que el objeto se presenta y revela tal cual es a la mente del sujeto. En cambio, la representación se concibe como una forma de actualizar el conocimiento de algo, de modo que un objeto dado en la representación no proporciona un nuevo saber al sujeto, sino solo una evocación de algo que ya se sabe⁷⁴³.

Cabe señalar que, al margen de esta característica que pueden tener algunos estados mentales, ya hemos visto que la mera representación de la posible producción de un resultado no justifica la imposición a un sujeto de la pena más grave prevista para el dolo.

2.1.3 La intencionalidad

El filósofo y psicólogo FRANZ BRENTANO consideraba que lo mental podía distinguirse de lo que no lo era por su carácter «intencional». En este sentido, afirmaba que *«todo fenómeno mental se caracterizaba por lo que los escolásticos de la Edad Media llamaron inexistencia intencional de un objeto y que nosotros podríamos llamar, aunque en términos no totalmente carentes de ambigüedad, la referencia a un contenido, una dirección hacia un objeto o una realidad inmanente»*⁷⁴⁴.

Son intencionales todos aquellos estados mentales que tratan sobre algo o que se orientan hacia un objeto, como las creencias, los deseos, las sospechas, etc. Esto no debe confundirse con los objetos intencionales, que es aquello que es creído, deseado o sospechado. El objeto puede ser, por ejemplo, un estado de cosas o una proposición como

⁷⁴² VARELA, *Dolo y Error*, p. 167.

⁷⁴³ SEARLE, *Intencionalidad*, p. 59; Lo sigue, VARELA, *Dolo y Error*, p. 167.

⁷⁴⁴ BRENTANO, *Psychologie von empirischen Standpunkt*, Ed. Felix Meiner, 1925, p. 124.

«está lloviendo» y el carácter intencional del estado mental es la creencia dirigida a dicho proposición o estado de cosas. Precisamente por las características que algunos estados mentales de estar dirigidos al contenido de una proposición, también se llama «actitudes proposicionales»⁷⁴⁵.

En otras palabras, el rasgo intencional de algunos estados mentales consiste en que pueden ser caracterizado porque están orientados hacia un objeto o una proposición. Decimos que se cree «en algo» o que se desea «algo»⁷⁴⁶. Una forma para distinguir los estados intencionales de aquellos que no lo son es que a los primeros puede responderse a las preguntas como «¿sobre qué (crees)?», o «¿qué es lo que (deseas)?». Resultaría absurdo decir que se tiene una creencia o un deseo sobre nada, a diferencia de la felicidad, depresión o ansiedad que sí podrían tenerse y no estar dirigidos a un objeto⁷⁴⁷. Esta nota dejaría fuera de consideración muchos otros fenómenos que también son mentales, como los dolores, placeres o experiencias sensoriales, incluso algunas emociones o sentimientos, como la tristeza, dado que pueden no estar dirigidos a algo⁷⁴⁸.

2.2 El acceso a los estados mentales (cuestiones epistemológicas)

La aplicación de conceptos psicológicos pone de manifiesto una determinada característica que los distingue de cualquier otra clase de términos. Esta particularidad consiste en que al describir la vida mental de una persona, los estados mentales parecen ser utilizados con un sentido distinto si se aplican a la propia mente y si se emplea para la mente de otros. Esta peculiaridad se conoce como «dualidad epistémica de los conceptos psicológicos» y pone en evidencia que al utilizar dichos conceptos no

⁷⁴⁵ LIZ, *Perspectivas actuales*, p. 191.

⁷⁴⁶ DAVIDSON, «Sucesos Mentales», en *Ensayos sobre sucesos y acciones*, Ed. UNAM, 1995, p. 265 y s.. La intencionalidad no es lo mismo que la consciencia, puesto que muchos estados conscientes no son intencionales, como un repentino sentimiento de felicidad y, por otro lado, muchos estados que intencionales no son necesariamente conscientes, como las creencias sobre las que no estoy pensando en este momento y sobre las que puede que no haya pensado nunca. SEARLE, *Intencionalidad*, p. 18.

⁷⁴⁷ SEARLE, *Intencionalidad*, p. 17 y s.

⁷⁴⁸ MOYA, *Filosofía de la mente*, p. 19.

atendemos al mismo tipo de cosas (condiciones de aplicación) cuando son utilizados en primera o en tercera persona⁷⁴⁹.

Por ejemplo, el mismo estado psicológico que supone «tener dolor de cabeza» se sirve de algunas formas de conducta para aplicarlo a otras personas, pero no cuando las utilizamos para describir nuestro propio estado mental. En este sentido, podría decir que una persona tiene dolor de cabeza porque lo he visto presionando sus sienes con los dedos y cierra los ojos al hacerse eso, o incluso porque no los ha expresado con anterioridad. En cambio, si fuese yo mismo quien tuviese el dolor de cabeza no haría falta que haga nada de eso para atribuirme que estoy sufriendo un dolor de cabeza. Podemos decir que normalmente acudimos a la «introspección» cuando se trata de nuestra propia vida mental y a determinadas «formas de conducta» para describir la mente de los demás.

2.2.1 La introspección (perspectiva de la primera persona)

El término «introspección» deriva de los vocablos latinos *spicere*, que significa «ver» y de *intro*, que significa «dentro». Conocer los estados mentales por introspección supone afirmar que contamos con una visión interior, o una percepción interna, o un órgano sensorial interno, que nos permitiría acceder a ellos de una manera distinta a la que se tendría para acceder a los estados mentales de las demás personas. Esta es una característica que la mayoría de los filósofos de la mente admitirían, excepto los conductistas⁷⁵⁰.

El método de conocimiento introspectivo de los estados mentales puede ser caracterizado del siguiente modo:

1º) Se trata de un modo de «conocimiento inmediato» ya que no conocemos nuestros estados mentales infiriéndolos de cualquier otra cosa, como nuestra conducta. De acuerdo

⁷⁴⁹ PINEDA, *La mente Humana*, 2012, p. 17; MOYA, *Filosofía de la mente*, p. 23 y s.; STUCKENBERG, *Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht*, p. 77.

⁷⁵⁰ SHOEMAKER, «Introspection», en GUTTENPLAN (ed.), *A companion to the philosophy of Mind*, 1994, p. 395. De acuerdo con GRASNICK, *Über Schuld, Strafe und Sprache*, Ed. Mohr Siebeck, 1987 p. 74, en el derecho penal la mayoría de las posturas del dolo se interesan por averiguar ciertos hechos históricos ubicados en la interioridad de la persona.

con esta característica de la introspección, resultaría absurdo tener que dar razones para justificar que contamos con un determinado estado mental⁷⁵¹. Si una persona dijese que «se encuentra cansado» parecería absurdo preguntarle «¿cómo sabes que estas cansado?», o bien, si una persona confesara que «tenía la intención de realizar algo» resultaría igualmente descabellado preguntarle «¿cómo sabes que tenías esa intención?».

2º) Es una «forma privada» de conocimiento, pues nadie más excepto yo puede tener el acceso introspectivo a mis propios estados mentales, del mismo modo en que yo no podría tener un acceso introspectivo a los estados mentales de los otros⁷⁵².

3º) Confiere cierta «autoridad epistemológica» sobre el estado mental que se trate. Algunos han entendido que se trata de una forma de conocimiento infalible, pues la misma persona no podría estar equivocado sobre el estado mental que ostenta, es decir que «cree que», «desea tal», etc. Otros, un poco más moderados, prefieren decir que los juicios introspectivos no tienen por qué ser infalibles, aunque sí son incorregibles. Esto es, que si bien podemos estar equivocados sobre nuestros juicios introspectivos no hay forma de averiguar que esto es así, que estamos equivocados en nuestro juicio⁷⁵³.

2.2.2 La psicología de sentido común (perspectiva de la tercera persona)

Por otro lado, algunos consideran que el conocimiento de los estados mentales se basa en una serie de principios y generalizaciones que vinculan los estados mentales de un agente con su conducta. Se trata de principios que aprendemos en los primeros años de vida y algunos pueden tener una base biológica innata⁷⁵⁴. En un trabajo reciente, PÉREZ MANZANO señala que existen estudios en neurociencias que demuestran que los seres humanos adquirimos la capacidad de asignar estados mentales a otros seres humanos con nuestro desarrollo neuronal. En este sentido, la capacidad de representarse las distintas finalidades se adquiere en torno a los diez o doce meses de vida; a los dos años se suele desarrollar el concepto de deseo y también pueden inferir que las demás personas pueden

⁷⁵¹ PINEDA, *La mente humana*, p. 18 y s.; MOYA, *Filosofía de la mente*, p. 23.

⁷⁵² PINEDA, *La mente humana*, p. 19.

⁷⁵³ PINEDA, *La mente humana*, p. 20 y s.; SHOEMAKER, «Introspection», p. 396.

⁷⁵⁴ PINEDA, *La mente humana*, p. 22.

tengan deseos distintos a los suyos; a los cinco se vuelven capaces de formular predicciones sobre el comportamiento de terceros a partir de las inferencias sobre la concurrencia de las creencias e intenciones de otras personas. En otras palabras, desde los cinco años los seres humanos desarrollan la habilidad de inferir estados mentales de otras personas, de manera que nuestro cerebro comienza a funcionar como un «acusador intuitivo» que busca evidencias sobre el estado mental de los demás⁷⁵⁵.

Precisamente por su accesibilidad temprana y su carácter universal, los filósofos de la tradición analítica han denominado a este corpus de conocimientos adquiridos a través de las generalizaciones del comportamiento de otras personas como «psicología de sentido común». La necesidad de relacionarnos con otras personas, para asegurar nuestra supervivencia, nos mueve a intentar comprenderlos y coordinar nuestras acciones con las de ellos, por ello es necesario poder atribuirles estados mentales valiéndonos de una psicología de sentido común. Supongamos que observo como un compañero de trabajo tiene un actitud excesivamente servil hacia nuestro jefe y, a raíz de mi asombro por la situación, decido preguntarle a otro compañero que lo conoce mejor que yo. Éste me explica que aquél tiene la intención de conseguir un aumento de sueldo. Al margen de que apruebe o no su comportamiento, lo cierto es que gracias a la explicación se ha vuelto inteligible para mí sus intenciones. Una persona que perdiera esta competencia respecto a este tipo de psicología quedaría completamente aislado socialmente y sería incapaz de comprender a los otros seres humanos⁷⁵⁶.

Podemos decir que existe una asimetría entre la primera y la tercera persona, es decir en el modo en que se conocen los propios estados mentales y el modo en que se conoce el de los demás. Piénsese, por ejemplo, en un estudio recientemente mostrado por PÉREZ MANZANO que señala como solemos minusvalorar el riesgo real de producción de eventos negativos cuando somos nosotros quienes estamos implicados en la generación de dicho riesgo; pero, sin embargo, no solemos tener en cuenta la misma minusvaloración cuando estamos juzgando la conducta de terceros⁷⁵⁷. Esto, más que una diferencia sobre el objeto de conocimiento, solo evidencia la dualidad de tratamiento que recibe el estado mental

⁷⁵⁵ PÉREZ MANZANO, «Algunos datos empíricos sobre la atribución de estados mentales», p. 7 y s.

⁷⁵⁶ PINEDA, *La mente humana*, p. 22 y s.

⁷⁵⁷ PÉREZ MANZANO, «Algunos datos empíricos sobre la atribución de estados mentales», p. 18.

que se pretende conocer según se realice en primera o en tercera persona. Solemos considerar más fiable el propio conocimiento que el conocimiento inferencial que tenemos de las otras mentes.

Esto no debería suponer que la introspección es el único modo de acceder a nuestros propios estados mentales, pues también podríamos echar mano a las generalizaciones del sentido común para auto atribuir nuestros estados mentales. Por ejemplo, cuando reparo en que siempre me muestro inquieto cuando tengo que ir a reuniones con mis compañeros de trabajo y busco excusas para no ir, o simplemente procuro asistir a la menor cantidad de reuniones posible, caigo en la cuenta de que detesto el ambiente tenso que existe en mi lugar de trabajo. En este caso, el acceso al estado mental no se produce introspectivamente, sino que viene mediado por la reflexión que he hecho acerca de mi propia conducta, similar a la que haría con las otras personas⁷⁵⁸.

3. LA ONTOLOGÍA DE LOS ESTADOS MENTALES

Hemos visto que la «mente» tiene determinadas propiedades que permiten distinguirla de otros procesos físicos, como la posibilidad de ser conscientes, realizar representaciones o el hecho de estar dirigidos a un estado de cosas o a una proposición. Sin embargo, aún no hemos podido responder qué es la mente, sino únicamente cuáles son sus propiedades y cuales serían los formas de acceder a ella. En general, solemos tener una imagen demasiado materialista sobre la mente y tendemos a vincularla directamente con el cerebro. Esta simplificación del estudio de la mente genera demasiados problemas. Por ejemplo, si esta afirmación fuese cierta, entonces tendríamos problemas para responder ¿cómo es que algo completamente material como el cerebro puede tener conciencia?, ¿cómo puede ser real algo que es esencialmente subjetivo?, ¿cómo interactúa con lo físico?, etc. Estos y muchos otros problemas son los que han intentado resolver los filósofos de la mente y este tipo de cuestiones corresponde al estudio de la «ontología de los estados mentales»

Quizás resulte exagerado decir que la filosofía de la mente comienza en la antigua Grecia, ya que desde los *diálogos* de PLATÓN o el «*De Anima*» de ARISTÓTELES hasta el nacimiento de la ciencia moderna, el estudio de lo que llamamos mente había estado

⁷⁵⁸ PINEDA, *La mente humana*, p. 24.

limitado por una noción muy genérica que llamaban «alma». Los grandes temas sobre los que giraban dichos estudios era el carácter inmaterial de ella, la posible inmortalidad y la capacidad del alma para controlar un cuerpo vivo. En aquel momento no se duda que el material de estudio se obtenía exclusivamente a través de la introspección y el análisis que se hacía de este tenía básicamente un carácter especulativo. Durante el siglo XIX, la ciencia moderna continuaba estudiando el alma, aunque en este momento comenzó a realizarse con métodos de carácter más científico, es decir que se estudiaban los mismos problemas, aunque dejando de lado la metafísica y la teología. Este cambio de enfoque en el estudio del alma condujo a los filósofos a nuevos interrogantes y acabó por generar el nacimiento de la psicología como disciplina científica. A partir de entonces, el estudio del alma fue reconducido hacia el estudio acerca de la formación de los conceptos, la manera en que se constituye nuestro conocimiento y también la explicación de la libertad, la acción humana y otras manifestaciones físicas de nuestra vida mental⁷⁵⁹.

Los laboratorios de psicología empírica habían comenzado con estudios sobre las conductas reflejas y al poco tiempo se cristalizó en un movimiento conocido como «conductismo», que constituyó el paradigma científico hasta mediados del siglo XX. De acuerdo con este enfoque, la psicología se desvincula completamente del «alma» y se convierte en una ciencia que estudia las formas de «comportamiento». En estos años emerge también la filosofía analítica y rápidamente se interesa con los problemas relacionados con la mente, dando origen a una forma particular de conductismo conocido como «conductismo lógico» (o conceptual). Según este enfoque, los estados mentales no eran más que disposiciones de la conducta a comportarse de una determinada manera⁷⁶⁰.

A mediados del siglo XX el conductismo comenzó a recibir fuertes críticas. Una de ellas era que los estados mentales fenomenológicos no podían ser explicados como meras disposiciones de conducta. En 1956, PLACE propone una tesis que, desde su punto de vista, era complementaria al conductismo lógico. El mismo consideraba que el análisis conductista era correcto para los conceptos cognitivos (saber, creer, entender, recordar, etc.) y volitivos (desear, tener una intención, etc.); pero en otros, como el tener una sensación, una experiencia, la consciencia misma o una imagen mental no se podían

⁷⁵⁹ LIZ, *Perspectivas actuales*, p. 18 y s.

⁷⁶⁰ LIZ, *Perspectivas actuales*, p. 19 y s.

explicar como disposiciones de conducta, sino que se trataría directamente de estados cerebrales⁷⁶¹. La respuesta que algunos autores conductistas, como CARNAP y WITTGENSTEIN, dieron a esta clase de cuestión era que cuando una persona decía «tengo dolor», en realidad no estaba describiendo nada en su interior, sino que se trataba de una «expresión» de dolor que venía a reemplazar a las expresiones conductuales más primitivas, como el grito o la queja. No conformes con esta explicación, PLACE y SMART adujeron que cuando alguien decía «me duele» no era una expresión, sino que era un informe sobre algo físico. En este contexto se formula la «tesis de la identidad», de acuerdo con la cual las experiencias fenomenológicas se correspondían con procesos cerebrales. En realidad, la tesis de la identidad no era más que una hipótesis científica de que era posible describir estados mentales como si fuesen objetos físicos (y no algo «no físico» como sostenía el cartesianismo), con propiedades reales que tienen lugar en nuestro cerebro; pero que las investigaciones psicológicas y neurológicas deberían por confirmar o refutar⁷⁶².

A finales de los cincuenta, el programa conductista entra definitivamente en crisis, principalmente al no poder explicar el aprendizaje del lenguaje. En un contexto en el que la psicología ya estaba consolidada plenamente como una disciplina científica y se habían abierto nuevos caminos para entender la mente, surgen los primeros «modelos computacionales». En la segunda mitad del siglo XX se produce un desarrollo tecnológico que cambiaría completamente nuestro mundo: la invención de los computadores. En pocos años la metáfora de la mente como un computador había sustituido completamente al conductismo como paradigma dominante. La mente comienza a ser vista como un peculiar «software» incorporado a cierto «hardware» biológico que es nuestro cerebro⁷⁶³. El computacionalismo sólo es una tesis acerca de cómo funciona la mente, no acerca de si ese funcionamiento puede ser descrito o no en términos puramente físicos.

El funcionalismo es una teoría sobre los conceptos de estados mentales elaborada por PUTNAM en los años sesenta que propone comparar la mente con los programas de un

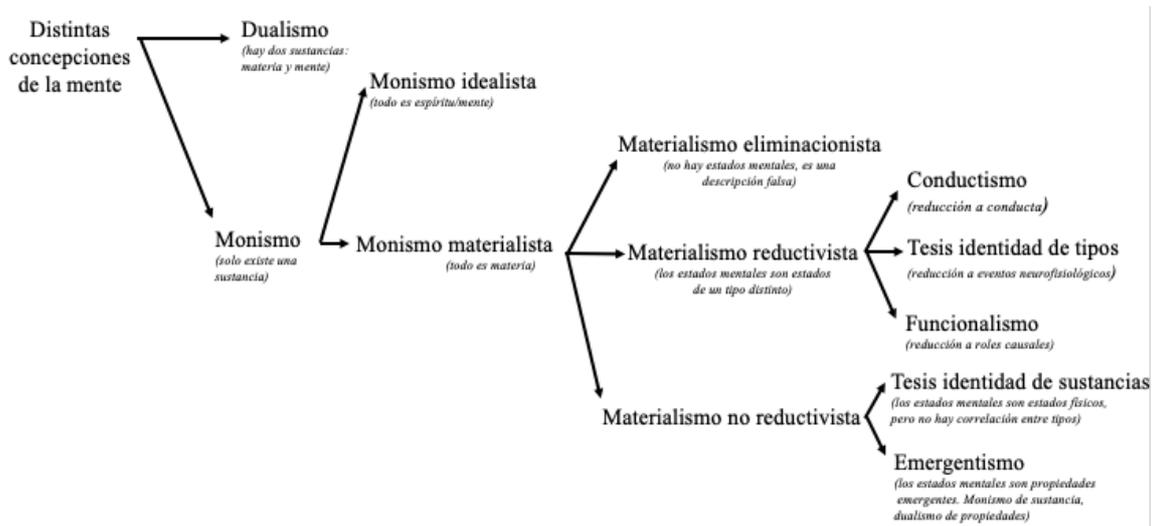
⁷⁶¹ PLACE, «Is Consciousness a Brain process?», *British Journal of Psychology*, 1956, pp. 44-50.

⁷⁶² PLACE, «Is Consciousness a Brain process?», p. 30; MOYA, *Filosofía de la Mente*, pp. 78-80.

⁷⁶³ LIZ, *Perspectivas actuales*, p. 20 y s.

ordenador (particularmente las «máquinas» de Turing utilizadas por los lógicos). En este sentido, la mente es descrita como un proceso causal en el que se explicitan los *inputs* que recibe, estados internos o procesos intermedios y a los *outputs* que produce. En otras palabras, para un funcionalista la intencionalidad de lo mental es caracterizada por el modo en que se obtienen ciertos *outputs*, dados ciertos *inputs*⁷⁶⁴. De hecho, esta similitud es lo que ha estimulado a día de hoy al desarrollo de la inteligencia artificial. La construcción de este nuevo marco teórico, como ha indicado FODOR, supuso un enorme esfuerzo interdisciplinar, donde se entrecruzan tanto la investigación empírica como la reflexión filosófica y la especulación psicológica⁷⁶⁵.

La explosión de diversas teorías, durante el último siglo, que intentan explicar si realmente existe (o no) algo que podemos llamar «mente» pueden ser entendidas como propuestas sobre la ontología de lo mental. En el siguiente cuadro, elaborado por GONZÁLEZ LAGIER, se pueden vislumbrar una clasificación de las teorías de la mente más importantes que se han expuesto en los últimos años⁷⁶⁶.



Al margen de las diversas particularidades que podrían ofrecer cada una de estas teorías, la discusión actual oscila entre entender que la mente humana consiste en ciertos

⁷⁶⁴ GARCÍA CARPINTERO, «El funcionalismo», pp. 54-60; LIZ, *Perspectivas actuales*, p. 190.

⁷⁶⁵ FODOR, *El lenguaje del pensamiento*, Ed. Alianza, 1984, p. 16 y s.

⁷⁶⁶ GONZÁLEZ LAGIER, «Filosofía de la mente y prueba de los estados mentales», pp. 57 y ss.

mecanismos altamente abstractos (parecidos a nuestros ordenadores), o bien, que se trata de «disposiciones de conducta» existentes en nuestro cuerpo⁷⁶⁷. Esta es la razón por la que solamente distinguiré entre dos alternativas, agrupándolas según tenga el juez que probar el dolo en unos hechos internos o externos.

3.1 Son hechos internos

Si bien la filosofía de la mente no es reconocida como disciplina filosófica hasta bien entrado el siglo XX, la reflexión filosófica sobre la mente recorre prácticamente toda la historia de la filosofía. La tradición filosófica, salvo algunas excepciones, transmitió la idea de que la mente tiene una naturaleza completamente distinta al cuerpo. El dualismo es una doctrina metafísica sobre la naturaleza del alma (o la mente) y su relación con el cuerpo. La versión radical fue sostenida por DESCARTES y sostiene que la mente y el cuerpo son dos entidades ontológicamente independientes, al punto de que podrían existir la una sin la otra. Aún persiste la creencia generalizada de que lo mental y lo físico son cualitativamente distintas. De acuerdo con DESCARTES el ser humano sería el resultado de dos substancias, una pensante e inmaterial, llamada mente o espíritu (el término latino original es *mens*) y otra substancia extensa o material, que es el cuerpo⁷⁶⁸. Así, puede leerse en el siguiente párrafo de sus *Meditaciones*:

«me basta concebir clara y distintamente una cosa sin otra, para estar seguro de que la una es diferente de la otra, etc. Y un poco después: aunque tenga un cuerpo que me esté estrechamente unido, sin embargo, como tengo, por una parte, una idea clara y distinta de mí mismo, en cuanto que soy sólo una cosa pensante, y no extensa, y, por otra parte, tengo una idea clara y distinta del cuerpo, en cuanto que es sólo una cosa extensa, y no pensante, es cierto entonces que yo, o sea, mi espíritu o mi alma, por la cual soy lo que soy, es entera y realmente distinta de mi cuerpo, y puede existir sin él. A lo que fácilmente puede añadirse: todo cuanto puede pensar es espíritu, o es llamado espíritu; ahora bien, pues entre cuerpo y espíritu hay una distinción real, ningún cuerpo es espíritu»⁷⁶⁹.

⁷⁶⁷ LIZ, *Perspectivas actuales*, p. 25.

⁷⁶⁸ PINEDA, *La mente humana*, p. 68 y s.; MOYA, *Filosofía de la mente*, p. 29; GARCÍA CARPINTERO, «El funcionalismo», p. 46.

⁷⁶⁹ DESCARTES, *Meditaciones Metafísicas con objeciones y respuestas*, 1977, p. 109.

Esta concepción de la mente se impuso hasta la década del treinta y fue seguramente en la que estaba pensando FEUERBACH cuando reclamaba el regreso a un dolo de carácter psicológico, intentando escapar de las arbitrariedades a las que se había llegado con la doctrina del *dolus indirectus*⁷⁷⁰. No obstante, uno de los mayores problemas a lo que se enfrentó esta teoría fue el de la «causalidad mental». El dualismo no podría responder cómo es que una sustancia no física como la mente podía causar que un cuerpo se moviera. El movimiento del brazo (un acontecimiento físico) estaría causado por ciertos impulsos nerviosos, que a su vez son causados por impulsos nerviosos ubicados en el córtex, que a su vez fueron causados por la luz que percibió mi retina, y así podría retrotraerme a través de una cadena de fenómenos físicos sin poder explicar cuándo se conecta con aquello con carácter inmaterial que podemos llamar «mente»⁷⁷¹.

En varias resoluciones judiciales aún suele hacerse referencias a este tipo de axiomas trascendentales para explicar los fenómenos mentales. Por ejemplo, en las sentencias del Tribunal Supremo español puede leerse que el dolo «es algo perteneciente a lo más íntimo de la psique del individuo» y que «se encuentra en ese arcano profundo y escondido del alma humana, en donde la persona guarda y custodia sus más recónditos pensamientos, querer e impulsos motivadores». También en Tribunal Penal Internacional se encuentran fragmentos similares, como «el dolo es un factor mental difícil, incluso imposible determinar, razón por la cual, en ausencia de confesión del acusado, la intención puede inferirse a partir de una serie de presunciones de hecho»⁷⁷²

Además de las teorías dualistas, también algunas teorías monistas ubican a la mente en el interior del sujeto. Según ellas, la mente se identifica con determinadas experiencias fenomenológicas o procesos cerebrales. A diferencia de las teorías dualistas, los estados mentales se conciben como realidades psíquicas internas de carácter material (no

⁷⁷⁰ PUPPE, «Beweisen oder Bewerten. Zu den Methoden der Rechtsfindung des BGH, erläutert anhand der neuen Rechtsprechung zum Tötungsvorsatz», *ZIS*, n° 2, 2014, p. 70.

⁷⁷¹ MOYA, *Filosofía de la mente*, p. 37; PINEDA, *La mente humana*, p. 82 y s; GARCÍA CARPINTERO, «El funcionalismo», p. 48 y s.

⁷⁷² STS 6672/89, de 20 de septiembre (ponente Moner Muñoz); STS 581/92, de 29 de enero (ponente De Vega Ruiz); ICTR 96-4-A, *Prosecutor v. Akayesu*, Trial Chamber, Judgement of September 2, 1998. En relación con el dualismo cartesiano aún impregnado en las resoluciones judiciales, véase STUCKENBERG, *Vorstudien zu Vorsatz*, pp. 70-72.

inmaterial). Las consecuencias que se extraen pueden ser varias: 1º) que los conceptos mentales estarían condenados a desaparecer hasta ser reemplazados por descripciones neuronales (postura del eliminacionismo); 2º) sin ser reemplazados, los conceptos mentales deberían ser reducidos a la actividad cerebral (teoría de la identidad de tipos); y 3º) los estados mentales deben ser reducidos a las funciones y roles causales (teoría del funcionalismo).

Los problemas ontológicos a los que se enfrentan las teorías dualistas y algunas monistas condicionan los aspectos epistemológicos para acceder a la mente de las otras personas y se ven obligados a recurrir al argumento de que lo interno se puede probar de manera indirecta. En este sentido, sostiene PÉREZ MANZANO que toda la prueba tiene un carácter indirecto, tanto la que recae sobre hechos objetivos como la que recae sobre hechos subjetivos, pues incluso los hechos externos solo pueden ser conocidos gracias a las inferencias que realizan los jueces sobre la prueba obtenida. La única diferencia que existe es que, en el caso de los hechos psicológicos, habría una mayor cadena de inferencias entre aquello que se quiere probar y la prueba que se tiene⁷⁷³.

Si bien es necesario distinguir entre el concepto de dolo (cuestión semántica) y los criterios a través de los cuales es posible acceder a ellos (aspectos epistémicos) para su determinación⁷⁷⁴, no se puede desatender al análisis de aquello que se quiere probar. El objeto de la prueba es una cuestión ontológica y no una conceptual. Si se mantiene como referencia algo interno al sujeto y se acude exclusivamente a la prueba externa, se corre el riesgo de desatender la realidad del dolo y, como afirma VOGEL, cambiar un concepto referido a «algo que se encuentra en la cabeza del autor» por uno que «algo que depende de las cabezas de quienes juzgan». Este descuido acabaría con imponer una penal al autor mediante una valoración que se produce en la cabeza de los otros, antes que por aquello que la persona misma preparó con un deseo malintencionado⁷⁷⁵.

⁷⁷³ PÉREZ MANZANO, «Dificultad de la prueba de lo psicológico», pp. 1470-1472.

⁷⁷⁴ KÖHLER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Ed. Springer, 1997, p. 150; en el mismo sentido, SCHMIDHÄUSER, «Die Grenze zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Straftat. («dolus eventualis» und «bewusste Fahrlässigkeit»)», *JuS*, 1980, p. 243, señala que la determinación del concepto de dolo es un problema distinto a la determinación del mismo, que podría acreditarse perfectamente a través de las confesiones, testigos o indicios.

⁷⁷⁵ VOGEL, «dolo y error», trad. Valls Prieto, CPC, nº 95, 2008, p. 9.

Si se quiere ser coherente con una ontología de los estados mentales referido a algo interno del sujeto, afirma PAREDES CASTAÑÓN, debería relativizarse el valor que suele darse a los testimonios y a los juicios psicosociales de atribución de actitudes proposicionales, para dar mayor cabida a explicaciones sustentadas en procesos computacionales y patrones de activación neuronales⁷⁷⁶.

Es curiosa la obstinación que subsiste en vincular lo interno, tengan carácter inmaterial (dualismo) o material (monismo), con la mente de los sujetos. De hecho, las teorías de la identidad entre la mente y los estados fenomenológicos cerebrales fueron propuestas como una hipótesis razonable (no arbitraria) de que aquello que llamamos creencias, deseos, intenciones, etc. sean en realidad procesos y estados del sistema nervioso central; pero se encomendaron a los avances en fisiología y neurología para su comprobación⁷⁷⁷. En otras palabras, teóricamente es plausible sostener la vinculación de estados mentales con aspectos neurofisiológicos del sistema nervioso; pero esto es algo que todavía deberá confirmarse empíricamente.

Muchos experimentos y avances se han producido en las neurociencias; pero, hoy en día, la prueba de los estados mentales todavía es inviable. Los experimentos realizados por el científico norteamericano LIBET (LIBET, GLEASON, WRIGHT y PEARL) en el año 1983 han puesto en duda la idea tradicional de que existe una voluntad consciente que envía una señal a las áreas motoras del cerebro para que el cuerpo ejecute un movimiento⁷⁷⁸. Este

⁷⁷⁶ PAREDES CASTAÑÓN, «Dolo y Psicología de sentido común», en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO *et al.* (dirs.), *LH-Luzón Peña*, Ed. Reus, 2020, pp. 875-884. También EL MISMO, «Problemas metodológicos en la prueba del dolo», *AFD*, 2001, pp. 67-93.

⁷⁷⁷ ARMSTRONG, «The causal Theory of the Mind», en LYCAN (ed.), *Mind and Cognition*, Ed. Blackwell, 1990, p. 40

⁷⁷⁸ LIBET/GLEASON/WRIGHT/PEARL, «Time of conscious intention to act in relation to onset of cerebral activity (readiness- potential): The unconscious initiation of a freely voluntary act», en *Brain*, nº 106-3, 1983, pp. 623-642. Pese a que este estudio no se encuentra suficientemente validado ni replicado, el experimento parece mostrar que no tenemos autonomía de la voluntad, sino que seríamos autómatas biológicos. Este experimento consistía en medir el tiempo de las reacciones de la corteza cerebral con sensores electromagnéticos y se llegó a la conclusión de que los seres humanos no tendríamos conciencia de la voluntariedad de nuestros actos y que normalmente no haríamos lo que realmente queremos, sino que queremos aquello que hacemos. PASTOR, «Libre Albedrío y Responsabilidad jurídica. Tal vez un mito, pero

ensayo demostró que primero se registra actividad cerebral en las zonas motora y luego surgiría la voluntad de realizar el movimiento que se ejecuta. El cerebro ya estaría ejecutando el movimiento antes de que el sujeto sintiese la voluntad de hacerlo. Es la información inconsciente que el sujeto tiene lo que generaría la voluntad o el deseo, por ejemplo, en una persona que siente hambre, recibe señales químicas, las vincula con experiencias pasadas, con gustos personales y con sus conocimientos previos, y recién ahí es cuando se genera la voluntad de preparar su comida. Los resultados alcanzados son coincidentes a los que se llegó en el año 2008, con el experimento practicado por John HAYNES (junto a SOON, BRAAS, HANS y HAYNES) en Instituto Max Planck de Leipzig⁷⁷⁹.

No sólo existe una serie de obstáculos empíricos que habría que superar para relacionar las pruebas de imágenes cerebrales con el estado mental del acusado en el momento de cometer el delito. A ello se le suma el problema de que el juez tiene que reconstruir datos psíquicos que se encuentran en el pasado, por lo que el uso de este tipo de pruebas suele requerir inferir un estado mental pasado a partir de datos neuronales actuales. Como señala MAYBERG, catedrática de neurología y psiquiatría: «Incluso si se superara este obstáculo, sin embargo, la brecha empírica entre la información actual sobre el cerebro y los estados mentales concretos es demasiado grande para inferir si un acusado tenía o no un estado mental concreto»⁷⁸⁰.

Por esta razón, la doctrina procesal ha comparado, en alguna medida, la actividad que realizan los jueces con la de los historiadores. Aunque sólo en referencia al hecho de que ambos reconstruyen un hecho pasado, puesto que en referencia al método empleado, a la valoración que se hace de los hechos, a los fines perseguidos y a la selección de cuáles

uno muy funcional», en PASTOR/ROCA *Neurociencias y Derecho*, T. 1, 2019, Ed. Hammurabi, pp. 91-104. También, FRISCH, «sobre el futuro del Derecho penal de la culpabilidad», en FEIJOO SÁNCHEZ, *Derecho Penal de la Culpabilidad y Neurociencias*, Ed. Civitas, 2012, pp. 26 ss. Sobre la repercusión de este experimento en la filosofía del Derecho, véase GONZÁLEZ LAGIER, «¿La tercera humillación? Sobre neurociencia, filosofía y Libre albedrío», en TARUFFO/NIEVA FENOLL, *Neurociencia y proceso penal*, Ed. Marcial Pons, 2013, pp. 25 y ss.

⁷⁷⁹ SOON/BRAAS/HEINZE/HAYNES, «Unconscious determinants of free decisions in the human brain», en *Nature Neuroscience*, n° 11-5, 2008, pp. 543-545.

⁷⁸⁰ PARDO/PATTERSON, *Minds, Brains, and Law. The conceptual Foundations of Law and Neuroscience*, Ed. Oxford University, 2013, p. 135.

fueron los hechos relevantes es muy distinta⁷⁸¹. En definitiva, si los experimentos no han podido demostrar de manera simultánea con la acción que se puede verificar empíricamente un estado mental intencional, entonces menos podría hacerlo el juez en un futuro cuando lo está investigando.

3.2. Son hechos externos (disposiciones de conducta)

El «conductismo lógico» o analítico fue la posición dominante en filosofía de la mente entre la década de los treinta y de los sesenta del siglo pasado, nacida en el seno del positivismo lógico, principalmente gracias a los trabajos CARNAP, aunque luego también existieron versiones del conductismo lógico vinculadas a la noción de lenguaje ordinario, como las propuestas de RYLE y WITTGENSTEIN. Si bien ha sido prácticamente abandonada, algunas aportaciones de esta doctrina continúan estando vigentes, como la vinculación *a priori* entre los estados mentales de un sujeto y su comportamiento, el ataque a la introspección de la tradición cartesiana y su evidente influencia en algunas formas de funcionalismo. La tesis central del conductismo lógico es que los conceptos psicológicos denotan ciertas disposiciones de la conducta, por lo que consideran un error suponer que los estados mentales deben aplicarse a estados internos del sujeto que no son observables. Dicho de otro modo, cuando decimos que «Juan deseaba X» solo estamos verificando el condicional en subjuntivo de que, si se dieran ciertas circunstancias observables, ese sujeto se comportaría de ciertos modos y maneras determinadas⁷⁸².

La versión original del conductismo lógico fue propuesta por CARNAP. Su pensamiento hay que entenderlo dentro del llamado «Círculo de Viena», cuyo objetivo consistía en unificar todo el conocimiento científico en torno a la física, oponiéndose así a la metafísica tradicional. En este sentido, consideraba posible reducir todo el lenguaje psicológico a un lenguaje fisicalista, a través del cual pretendía reemplazar dichos

⁷⁸¹ TARUFFO, *La prueba de los hechos*, Ed. Trotta, 2017, pp. 336-341; FERRAJOLI, *Derecho y Razón*, Ed. Trotta, 1995, pp. 51 y ss.

⁷⁸² PINEDA, *La mente humana*, pp. 111-113; MOYA, *Filosofía de la mente*, p. 43; GARCÍA CARPINTERO, «El funcionalismo», p. 50.

términos por descripciones de movimientos y fenómenos físicos observables, como los movimientos corporales⁷⁸³.

CARNAP buscaba mostrar que el lenguaje psicológico habla en realidad de procesos físicos, sin pretender sustituir dichos conceptos, pues sigue siendo útil emplearlos para significar conductas. En otras palabras, la ontología de los estados mentales no es otra cosa que formas de comportarse. Por ejemplo, la proposición psicológica «Juan tiene dolor de muelas» puede ser registrada como «Juan grita», «Juan emite sonidos ‘me duele la muela’», «Juan se lleva la mano a la mejila» etc. ¿Y si Juan decide no hacer nada de eso? Entonces, bastaría con referirse a las propensiones o disposiciones de Juan a llevar a cabo este tipo de conductas⁷⁸⁴. Por ejemplo, la proposición psicológica «Juan está excitado» significa nada más que «Si ahora se le aplicasen estímulos de tal y tal clase, Juan reaccionaría de tal y tal manera»⁷⁸⁵.

La propuesta de CARNAP es aplicable tanto a los enunciados en primera persona, como por ejemplo «yo tengo dolor», y a los que se hacen en tercera persona, como «Juan tiene dolor». Reconoce que existe cierta resistencia para aplicar el conductismo a los enunciados mentales de uno mismo. En primera persona, la proposición «tener dolor» parece estar mejor vinculada con una «sensación» antes que con una conducta. Sin embargo, esto es intuición ligada al dualismo, pues una persona verifica que tiene dolor de muelas por dos vías: por inferencia racional de sus conductas e intuitivamente (directo) cuando se oye decir «tengo dolor de muelas»⁷⁸⁶.

⁷⁸³ En este sentido, decía CARNAP, «Psicología en lenguaje fisicalista», en AYER (comp.), *El positivismo lógico*, Ed. FCE, 1978, p. 203, que toda proposición psicológica se refiere a sucesos físicos que tienen lugar en el cuerpo de la persona (o personas) en cuestión; por ello la psicología resulta una parte de la ciencia unificada, basada en la física. No queremos significar por «física» al sistema de las leyes físicas actualmente conocidas, sino más bien a aquella ciencia caracterizada por su procedimiento para la formación de conceptos: reduce todo concepto a relaciones de magnitud, esto es, a una sistemática atribución de números a puntos espaciotemporales; entendida así la «física», podemos expresar nuestra tesis -tesis parcial del fisicalismo- del modo siguiente: la psicología es una rama de la física.

⁷⁸⁴ MOYA, *La filosofía de la mente*, p. 46 y s.

⁷⁸⁵ CARNAP, «Psicología en lenguaje fisicalista», p. 192.

⁷⁸⁶ MOYA, *Filosofía de la mente*, p. 46-49.

La aproximación de RYLE al conductismo se distancia del fisicalismo de CARNAP e intenta explicar cómo utilizamos los conceptos psicológicos en nuestro lenguaje cotidiano. Desde su concepción, los fenómenos mentales no harían referencia a una realidad inmaterial interna a la persona (al que se refiere como el «fantasma de la máquina»), sino más bien a la manera de llevar a cabo ciertas actividades públicas o a ciertas disposiciones y capacidades para realizar dichas tareas. Ejercitar una cualidad mental no es una actividad paralela a ejercitar cualidades físicas, sino que consiste en ejercitar estas últimas de determinado modo y manera⁷⁸⁷. Al actuar con una intención no pueden separarse «intención» y «acción», sino que se trata de ejecutar la acción de una determinada manera que podamos llamar «acción intencional».

En relación al conocimiento de la propia mente, que es el problema con el que suele tropezar el conductismo, RYLE considera que se descubre del mismo modo que la mente de los demás, con la diferencia de que al referirse a los propios estados mentales la persona tiene un monto mayor de datos para saber sobre sí mismo⁷⁸⁸. De esta manera descarta que la propia mente tenga un acceso privilegiado, como el que defendía el dualismo.

En último lugar, analizaré la obra de WITTGENSTEIN como otra variante del conductismo lógico, aunque debo mencionar que han existido algunos reparos en posicionarla dentro de este movimiento. El argumento más fuerte que utiliza en contra de la concepción que afirma el carácter interno de los estados mentales es el que se extrae del argumento de la «imposibilidad del lenguaje privado», es decir de que un lenguaje que no puede ser enseñado o transmitido a otras personas no es realmente un lenguaje.

Para rechazar la posibilidad de un lenguaje privado, WITTGENSTEIN utiliza dos clases de argumentos: 1º) que el significado solo puede ser obtenido por el uso, y 2º) que concepto supone tener reglas para usarlo. En relación con el primero, podemos comenzar pensando en la forma que se fija el significado de un concepto: podríamos dar una definición del

⁷⁸⁷ MOYA, *Filosofía de la mente*, p. 58.

⁷⁸⁸ RYLE, *El concepto de lo mental*, p. 179. De hecho, considera que la autoconciencia no es otra cosa que el conocimiento que tenemos de las propias expresiones lingüísticas espontáneas, incluyendo las propias declaraciones explícitas, sean dichas en voz alta, murmurando o en silencio (p. 164).

concepto, pero para ellos también deberíamos acudir a otros términos par y deberíamos presuponer que el interlocutor conoce cuales son los significados de las palabras utilizadas. También podría conocerse mediante una explicación ostensiva, señalando un caso paradigmático de aplicación del mismo⁷⁸⁹. Sin embargo, el interlocutor podría no haber inferido correctamente el significado, sencillamente porque malinterpretó el acto ostensivo. Por ejemplo, al señalar una manzana y decir «esto es una manzana», el interlocutor podría pensar que me estoy refiriendo al color rojo, a las frutas en general o a la forma geométrica circular⁷⁹⁰. En cualquier caso, es evidente que las definiciones y los actos ostensivos no pueden fijar el significado de una palabra, sino que es preciso atender al papel o al rol con que se utiliza la palabra. Esto supone reconocer que existen reglas para el uso del lenguaje, a través de las cuales podemos discernir entre los modos correctos e incorrectos de empleo. Por tanto, podemos concluir en que todo concepto tiene «carácter normativo», al punto de que podríamos reconocer que quien usara una expresión de modo arbitrario no comprende realmente el significado del término.

Si la definición ostensiva y la explicación no sirven para fijar el uso correcto o incorrecto del término, entonces ¿cómo se puede inferir su significado? No podemos caer en una regresión infinita de señalamientos y explicaciones. La salida que encuentra WITTGENSTEIN a este círculo vicioso es que existe una forma de captar la regla que no surge de la interpretación, sino que se aprende de una práctica o costumbre. En otras palabras, ha captado la regla interpretativa quien actúa conforme al uso estable del concepto⁷⁹¹. Esto explica que existan algunas expresiones básicas que aparezcan necesariamente vinculadas con acciones. En definitiva, usar una expresión con significado es poder seguir una regla y seguir una regla es actuar de un cierto modo.

Ahora bien, aplicado todo este arsenal argumentativo a los conceptos psicológicos podríamos preguntarnos, ¿cómo aprendemos a usar expresiones como «me duele la

⁷⁸⁹ WITTGENSTEIN, *Los cuadernos azul y marrón*, Ed. Tecnos, 1976, pp. 28-31.

⁷⁹⁰ WITTGENSTEIN, *Investigaciones Filosóficas*, Ed. Altaya, 1999, § 28, 30 y 31.

⁷⁹¹ En palabras de WITTGENSTEIN, *Investigaciones Filosóficas*, § 198, toda interpretación pende del aire, ya que por sí solas las interpretaciones no determinan el significado, sino que la regla interpretativa depende de la acción realizada, es decir de cómo haya sido adiestrado para una determinada reacción a ese signo. Lo que quiere decir aquí es que las reglas interpretativas solo pueden servir para precisar la corrección o incorrección del uso en la medida en que haya un uso estable o una costumbre.

muela» o «tengo la intención de hacer X»? Si acudimos a la explicación del lenguaje privado, deberíamos decir que la persona podría tener una determinada sensación e intentar recordarla cada vez que la tiene hasta poder reconocer cuándo es o no correcto o utilizar la expresión. Sin embargo, todo aquello que le parezca similar a la sensación será necesariamente correcto, incluso aunque el contenido de sus recuerdos pudieran cambiar, por ello un lenguaje privado no le permitiría distinguir entre el uso correcto o incorrecto del concepto⁷⁹². Para ello es necesario contar con criterios públicos de corrección, independientes a lo que podría parecerle a cada hablante. Así, en el caso de los conceptos psicológicos, estos criterios consisten en manifestaciones conductuales de dicho concepto. En palabras de WITTGENSTEIN, «*todo proceso interno necesita criterios externos*»⁷⁹³. De esta manera, concluye en que los conceptos mentales solo pueden existir en un contexto determinado, en un marco de relaciones, que contribuya a fijar los conceptos psicológicos, sean intencionales o fenomenológicos.

No obstante, señala WITTGENSTEIN que existe una diferencia entre los «estados fenomenológicos», como el dolor, y los «estados intencionales», como creer, desear o tener una intención. Estos último no tendrían una duración real, no podría determinarse con un cronómetro cuánto dura una creencia o un deseo. Lo que intenta mostrar es que una actitud intencional no es un episodio fechado, con un principio y un final, al que se pueda acceder mediante la conciencia o introspección⁷⁹⁴. Por tanto, su propuesta sobre los estados mentales intencionales no resulta muy alejada a la de CARNAP y RYLE, al entender que los estados intencionales son disposiciones o tendencias a realizar un determinado comportamiento. Lo que sustituye al enunciado «tengo la intención de realizar X» es la tendencia a realizarlo.

Algunos penalistas, como señala MYLONOPOULOS, señala que el dolo no puede seguir siendo considerado un hecho interno que pretenda probarse de maneras muy extrañas, incluso de manera indirecta, ya que dichos conceptos deben ser entendidos como

⁷⁹² Según WITTGENSTEIN, *Investigaciones Filosóficas*, § 258, podría intentar concentrar la atención e imprimirme la conexión del signo con la sensación, y así acordarme en el futuro de la conexión correcta, aunque no tendré un criterio de corrección. Será correcto si me parece que es correcto, por tanto no podría hablarse aquí de «correcto».

⁷⁹³ WITTGENSTEIN, *Investigaciones Filosóficas*, § 580.

⁷⁹⁴ MOYA, *Filosofía de la mente*, p. 71.

disposiciones de la conducta que se le adscriben a su autor. Los términos disposicionales contienen una declaración de probabilidad que les confiere un carácter de pronóstico. No describen ningún acontecimiento, sino que contienen un enunciado sobre lo que pasaría o podría pasar si la persona que tiene una propiedad disposicional se encontrase en un estado determinado. Por esta razón, estos términos no son susceptibles de ser definidos de forma completa, sino solo de una explicación parcial, necesitados de otros hechos empíricos que nos permite utilizar la palabra dolo⁷⁹⁵.

Sostener que los conceptos psicológicos utilizados para la imputación de dolo son conceptos disposicionales, supone afirmar que el uso correcto de los mismos queda determinado cuando concurren las circunstancias apropiadas que son desencadenantes de dicho estado mental. La ontología de los conceptos no está referida a algo inmaterial o a una improbable conexión neuronal, sino a la disposición que tendría una persona a actuar en caso de que se dieran las circunstancias desencadenantes apropiadas y no cualesquiera⁷⁹⁶.

Lo curioso de esta propuesta es que la determinación de estados mentales a través de determinadas formas de comportamiento ya había sido introducida varios siglos antes, aunque no por una reflexión filosófica, sino como consecuencia de una práctica judicial específica destinada a probar la intención del acusado, conocida como doctrina del *dolus ex re* o *dolus in re ipsa*, cuyos orígenes se remontan al Derecho romano. Esta modalidad fue definida por VON WEBER del siguiente modo:

*«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»*⁷⁹⁷.

⁷⁹⁵ MYLONOPOULOS, «Vorsatz als Dispositionsbegriff», en FREUND *et Al.* (eds.), *Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag*, Ed. Duncker & Humblot, 2013, p. 358-361.

⁷⁹⁶ PINEDA, *La mente humana*, pp. 119-120.

⁷⁹⁷ VON WEBER, «Ueber die verschiedenen Arten des Dolus», *NACR*, T. 7, 1825, pp. 549 ss.

«sin que el delincuente lo reconozca y sin que haga falta su confesión, se puede conocer con seguridad (su dolo) a partir de la forma y modalidad de comisión del delito y a partir de las circunstancias externas de la acción concreta»⁷⁹⁸.

Cabe destacar que, como sostiene HRUSCHKA aunque los antiguos argumentos del *dolus ex re* hayan desaparecido formalmente del lenguaje jurídico, aún siguen siendo utilizados por los tribunales y por la mayoría de las personas en su vida cotidiana. Así, cuando alguien palidece y empieza a temblar, deducimos que tiene miedo; cuando alguien lanza flechas y acierta en el punto central, deducimos que está apuntando y que actúa con esa intención. Lo mismo cuando deducimos, a partir de la conducta externa del agente, si el sujeto conocía o quería la realización del hecho y, por tanto, decimos que actuaba dolosamente⁷⁹⁹.

3.3 El problema de las lagunas en la subsunción

Como hemos visto, un análisis semántico sobre el concepto de dolo puede generar «lagunas normativas», sea porque se desconoce el significado del término (vaguedad semántica) o porque se duda de aquellos casos genéricos a los que podría ser aplicado el mismo (vaguedad pragmática). Ahora bien, cuando se analiza la dimensión ontológica del dolo pueden presentarse lagunas en la subsunción. Esta clase de indeterminación pueden ser de dos clases: 1º) lagunas de conocimiento, son aquellas que se refieren a la falta de información acerca de los hechos que se pretenden subsumir; y 2º) las lagunas de reconocimiento, son aquellas en que resulta dudoso si un hecho concreto es subsumible (o no) en un grupo de casos genérico debido a la vaguedad semántica de los términos empleados para delinear los supuesto de hecho abstractos⁸⁰⁰.

Una laguna de conocimiento se presenta cuando faltan conocimientos empíricos y esto resulta, hasta cierto punto, remediable. Los juristas han encontrado un ingenioso recurso práctico que consiste en acudir a presunciones legales y así obviar la falta de información fáctica para resolver estas lagunas de conocimiento de los hechos que se pretenden probar,

⁷⁹⁸ VON WEBER, «Ueber die verschiedenen Arten des Dolus», p. 564.

⁷⁹⁹ HRUSCHKA, «Sobre la difícil prueba del dolo», p. 155. También, PUPPE, «Perspectivas conceptuales del dolo eventual», en LA MISMA, *El Derecho Penal como Ciencia*, 2016, p. 308.

⁸⁰⁰ ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Sistemas Normativos*, p. 47.

supliendo dicha falta de prueba para actuar como si se conocieran todos los aspectos relevantes del caso⁸⁰¹. Es importante destacar que en el Derecho penal esta clase de presunciones se establecen a favor del reo.

Por otro lado, una laguna de reconocimiento es un problema semántico que afecta a los hechos y que recién aparece cuando se intenta subsumir una regla general a un caso individual. Puede suceder que, aun conociendo perfectamente todos los extremos fácticos del caso, esto es, todas las conductas y circunstancias relevantes, subsistan dudas de si la conducta puede ser imputada a título de dolo. Siempre cabe la posibilidad de que se presente una circunstancia atípica e insólita y escape a las reglas que hacen aplicables las categorías de la imputación dolosa. La indeterminación de las lagunas de reconocimiento pueden ser mitigadas, hasta cierto punto, mediante la introducción de términos técnicos (que en este trabajo llamaremos indicadores)⁸⁰².

3.3.1 Indicios de un hecho interno

La doctrina mayoritaria afirma que el dolo es un hecho interno y, a pesar de no haber accedido nunca a él, trasladan el problema como una cuestión probatoria, dejando en manos del juez el descubrimiento de aquellos «indicios» externos del estado mental⁸⁰³. También la jurisprudencia, por ejemplo, la STS 474/2013, de 24 de mayo, sostuvo que «no puede negarse una base o un sustrato fáctico integrado por fenómenos psicológicos naturalísticos, inferibles mediante prueba indiciaria». O la STS 723/2015, de 24 de noviembre, «el ánimo o elemento subjetivo del delito, conforme a la actual jurisprudencia, es un hecho que debe figurar entre los hechos probados, al tratarse del conocimiento e intención que tenía el sujeto al realizar la acción u omisión. Al ser un elemento subjetivo, psicológico, interno, espiritual o anímico de la persona, no cabe

⁸⁰¹ ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Sistemas Normativos*, p. 48. En un sentido muy próximo, advierte VON WRIGHT, *Explicación y Comprensión*, pp. 177-179, que no se trata de un defecto de los términos y predicados en los actos de adscripción, sino tan solo de una característica particular de la interpretación de conductas. Nunca será posible contar con una definición completa, en términos de condiciones necesarias y suficientes, para poder adscribir acciones. Lo sigue, PAREDES CASTAÑÓN, «Metodología para la imputación del injusto penal», p. 809.

⁸⁰² ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Sistemas Normativos*, pp. 48 y ss.

⁸⁰³ En esta línea, ROXIN/GRECO, *AT*, n.ºm. 12/32, sostienen que el dolo debe decidirse a partir de indicios, porque no es susceptible de observación directa.

prueba directa sobre el mismo, pero se llega a conocer razonablemente a través de indicios, de los que se induce».

De acuerdo con la definición que ofrece PÉREZ MANZANO, la prueba de «indicios» consiste en establecer una vinculación entre ciertos hechos o circunstancias (indicios) con otros (los hechos que se quieren probar) a partir de una regla general que permite unir en abstracto tales hechos. Este procedimiento se caracteriza porque admitiría cualquier clase de hechos (indicios) que sirvan como base para formular dichas inferencias y porque las inferencias establecen vinculaciones probables y no necesarias⁸⁰⁴. En el mismo sentido, señala PUPPE que los indicios, a diferencia de los indicadores, se basan en «relaciones empíricas» o naturales entre el hecho indiciario que se puede observar y aquello que se pretende interpretar (dar significado). Por ejemplo, a través del hecho de ver humo se puede inferir que se trata de un incendio en el bosque; pero, como se trata de una relación empírica (o natural), la vinculación establecida es necesariamente contingente, pues es posible que el humo que se observa no provenga necesariamente de un incendio, sino que sea producto de la combustión de un motor⁸⁰⁵.

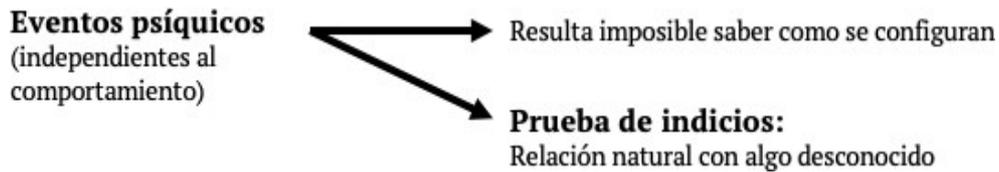
Sin embargo, el mayor problema que encuentro a este análisis para el dolo no es que se trate de una relación contingente entre indicio y el concepto de dolo, sino que el razonamiento intente probar un hecho que, por ser interno, no se sabe cómo es en realidad. La prueba de indicios no genera inconvenientes para inferir un hecho externo a partir de otro hecho también externo, ya que el primero es público e igualmente accesible para diversos sujetos. En el ejemplo del incendio se pueden hacer inferencias precisamente porque se sabe que el fuego produce humo y que la presencia de humo en el bosque puede significar que se esté produciendo un incendio. Sin embargo, en la prueba de los estados mentales, al menos si se entienden como hechos internos, es decir con carácter privado y accesible sólo por medio de la introspección, nadie sabe exactamente cómo luce ese hecho interno⁸⁰⁶. De forma irónica decía BAUMANN «nadie nunca ha visto al dolo». En

⁸⁰⁴ PÉREZ MANZANO, «Prueba y subsunción en el dolo: una cuestión de garantías constitucionales», en VVAA, *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, Ed. B de F, 2017, p. 363.

⁸⁰⁵ PUPPE, *Kleine Schule des juristischen Denkens*, 3ª ed., Ed. Vandenhoeck & Ruprecht, 2014, p. 52; MAÑALICH, «El dolo como creencia predictiva», p. 32. Sobre la relación de significado natural, véase BAKER/HACKER, *Wittgenstein: Understanding and Meaning*, 2005, pp. 129 ss.

⁸⁰⁶ Cfr. PINEDA, *La mente humana*, p. 150.

definitiva, ¿cómo el juez puede saber la forma en la que se exterioriza el estado mental que caracteriza al dolo, si ni siquiera sabe cómo es ese algo que se pretende tener por probado?



3.3.2 Indicadores del significado de la conducta

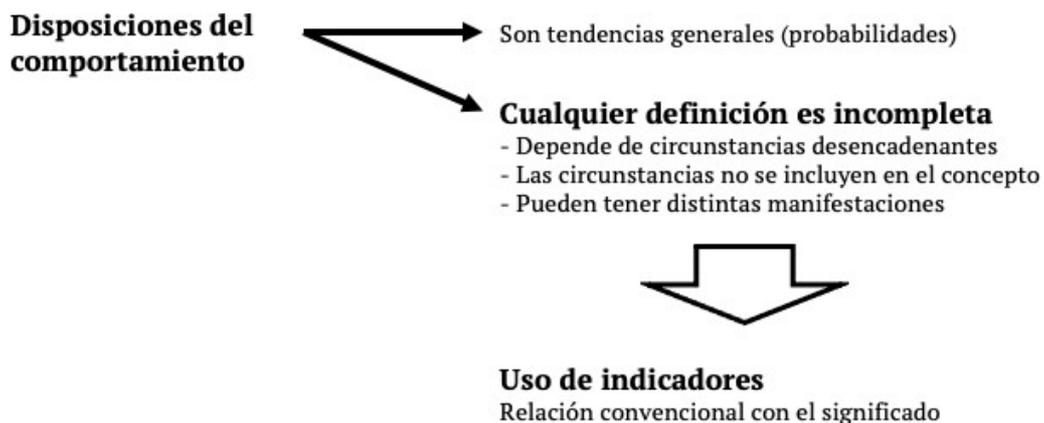
Para los conductistas un estado mental denota exclusivamente una disposición de la conducta, es decir una tendencia o probabilidad de comportarse de una determinada manera si se dieran ciertas circunstancias. Para interpretar correctamente un estado mental es imprescindible definir cuáles con esas condiciones normales en que una conducta desencadenaría sus efectos. En otras palabras, ¿cómo se comporta una persona que cree que puede alcanzar un resultado?, o bien, ¿cómo actúa una persona que tiene una intención? El problema al que se enfrentan los conductistas es que actuar con determinada «creencia» o «intención» puede adoptar infinitas formas de concretarse, por ello la determinación de cuál es la conducta capaz de expresar dicha disposición depende –en última instancia– de las facultades que los usuarios tengan para reconocer una circunstancia como normal o anormal en el uso correcto de un concepto psicológico⁸⁰⁷.

A diferencia de la prueba de indicios, los indicadores son hechos que constituyen una razón o motivo para poder atribuir un estado mental y, aunque no formen parte estrictamente del concepto, sí que condicionan sus aplicación. Los indicadores son hechos que sirven semánticamente al concepto psicológico. Retomando el ejemplo mencionado en el capítulo anterior, los hechos como «muerte encefálica» o «paro cardio respiratorio» constituyen razones para aplicar el concepto de «muerte». Como PUPPE ha señalado, el mérito que tiene recurrir al uso de indicadores consiste en que no sólo harían aplicable un

⁸⁰⁷ PINEDA, *La mente humana*, pp. 119-123.

concepto disposicional, sino que permiten una consideración ilimitada de las particularidades del caso concreto. El problema está en saber si estos permiten establecer una vinculación suficiente, lo cual no parece lógico porque el catálogo de indicadores no suele ser exhaustivo, pero también porque no se fija el peso que debe tener cada uno de ellos⁸⁰⁸.

Dicho esto, el vínculo que se establece entre indicador y concepto tiene carácter convencional y, una vez establecido, constituye una relación necesaria⁸⁰⁹. No se trata de una relación natural o empírica, sino semántica, entre aquello que se observa y el significado que se le atribuye. Así, por ejemplo, la luz verde de un semáforo significa convencionalmente que se debe avanzar con el vehículo. Son las convenciones sociales las que hacen aplicable el concepto disposicional⁸¹⁰.



En otras palabras, los indicadores de una disposición de conducta, aunque vinculados a la definición del estado mental, no pueden ser confundidos con ella⁸¹¹. Cabe recordar que existen opiniones contrarias, como la de VOLK, según la cual cada vez que se justifica la

⁸⁰⁸ PUPPE, *Kleine Schule des juristischen Denkens*, pp. 52-54.

⁸⁰⁹ En sentido contrario, PÉREZ BARBERÁ, «¿Dolo como indiferencia?», p. 107, considera que los indicadores de dolo son contingentes, pues no considera que sea necesario que tengan que darse ciertos indicadores para que sea viable imputar dolo.

⁸¹⁰ Sobre la relación convencional de sentido, BAKER/HACKER, *Wittgenstein: Understanding and Meaning*, p. 129.

⁸¹¹ En el mismo sentido, el significado de los términos debe ser distinguido de aquello que se dice con el uso de ellos en una ocasión determinada, aunque el primero determina parcialmente al segundo. BAKER/HACKER, *Understanding and Meaning*, p. 130

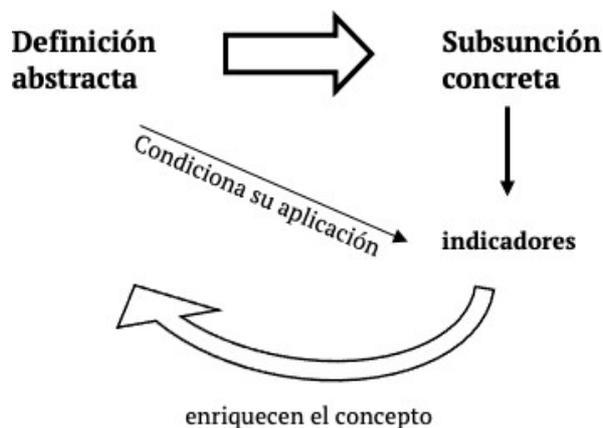
aplicación de un concepto a un caso individual, desaparecerían las diferencias entre las características de un concepto y los criterios de aplicación de la prueba⁸¹².

Esto no debe suponer que deba restarse importancia al uso de definiciones en el dolo. Las mismas cumplen, como ha señalado PÉREZ BARBERÁ, un papel relevante en la aplicación de los conceptos psicológicos. Contar con un metaconcepto, es decir una definición, permite: 1º) desarrollar las bases a partir de las cuales se puede reconstruir el dolo; 2º) predetermina qué reglas habrán de seguirse para determinar la relevancia de los datos empíricos que conforman los casos individuales a subsumir eventualmente en éste; 3º) establece de qué manera dichos datos pueden probarse empíricamente en un proceso⁸¹³.

Sin embargo, aunque permanezcan separados, el concepto y los indicadores de dolo establecen una relación simbiótica innegable en la aplicación del mismo. Por un lado, una definición condiciona la clase de indicadores harían aplicable un determinado estado mental y estos, a su vez, nutren el concepto original de dolo. La relación es tan estrecha que, a veces, llegan a confundirse el concepto y las condiciones de aplicación del dolo. Por ejemplo, el hecho de crear un peligro alto para un bien jurídico no es un elemento que pertenezca a la definición de dolo, al menos si se entiende que es un estado mental que hubiese permitido al agente evitar el hecho típico, sino al indicador que haría aplicable la creencia o intención del sujeto en una determinada situación.

⁸¹² VOLK, «Begriff und Beweis subjektiver Merkmale», en *50 Jahre Bundesgerichtshof Festgabe aus der Wissenschaft*, 2000, T. IV, pp. 739-746. También HASSEMER, «Los elementos característicos del dolo», p. 925 y s., sostiene que los indicadores no pueden separarse del concepto de dolo. En el mismo sentido, STUCKENBERG, *Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum*, p. 388 y s., considera dudosa la división entre el concepto de dolo y su prueba, pues en los «hechos internos», tanto las pruebas empíricas como las reglas de inferencia pertenecen a la prueba. En España, BACIGALUPO ZAPATER, «Presunción de inocencia, in dubio pro reo y recurso de casación», *ADPCP*, (2), 1988, p 379, afirma que lo referente a la realización de la norma solo puede ser una cuestión de posibilidad conceptual.

⁸¹³ PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, p. 681. En el mismo sentido, PUPPE, en «Perspectivas conceptuales del dolo eventual», p. 291.



La relación entre concepto e indicador de dolo puede ser ejemplificada con los criterios que maneja la jurisprudencia del BGH alemán sobre el dolo eventual. Los jueces de dicho tribunal han adoptado la definición de dolo eventual que da la teoría del consentimiento, en virtud de la cual consideran que existe dolo cuando el agente consienta o apruebe la posibilidad del resultado. Los indicadores que suele utilizar para hacer aplicable la definición de dolo como consentimiento son: 1º) que el autor haya proseguido con su actuación extremadamente peligrosa, pese a haber considerado la posibilidad de producción del resultado típico; y 2º) que quien actúa con conocimiento de la especial peligrosidad de su acción, es evidente que deja al azar el ulterior desarrollo de los acontecimientos, por ello no basta la mera esperanza de que no pasará nada para tener por aceptado el resultado que fue considerado como posible. Por contraposición, consideran contra indicadores que excluyen el dolo a: 1º) la reciprocidad del peligro de muerte, es decir si el peligro que introduce el autor lo afecta a él en la misma medida, pues se puede entender que no aprobaría el resultado; 2º) la voluntad activada de evitación o de conductas que el autor dirige a impedir el resultado; y 3º) que el lesionado o un tercero sean capaces, por su formación u otras habilidades, de dominar o poner bajo control el peligro creado por el autor⁸¹⁴.

La gradualidad de los criterios de aplicación (no del concepto) es un problema que afecta, como bien apunta MOLINA FERNÁNDEZ, no solo a la subsunción del dolo y la imprudencia, sino también a otros conceptos, como la imprudencia grave y la leve; actos preparatorios y ejecutivos; complicidad y cooperación necesaria; autoría mediata e

⁸¹⁴ MYLONOPOULOS, «Vorsatz als Dispositionsbegriff», pp. 351-355. PUPPE, «§ 15», nm. 80-82. En un sentido similar, Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, pp. 93-101

inducción; autoría y participación; etcétera. También en la parte especial es posible advertir lagunas de subsunción en figuras como las coacciones y las detenciones ilegales, u otras figuras definidas en los tipos contra el patrimonio o la vida humana. En todos ellos, la progresividad de los criterios fácticos aparece de forma recurrente como un elemento problemático y la delimitación de figuras se vuelve imposible⁸¹⁵.

En definitiva, tener un dominio sobre cuáles son las condiciones normales para el uso correcto de un concepto disposicional equivale a tener un relativo control en la imputación de un estado mental. Estas condiciones nunca podrían estar previstas completamente de antemano, pues existe una infinidad de condiciones anormales que solo podrán ser advertidas en los casos individuales. Por esta razón, PHILIPPS entiende correctamente que, si bien los indicadores no formarían parte del concepto de dolo, la decisión de un juez debería tener en cuenta todos los indicadores existentes, sean favorables o contrarios al mismo⁸¹⁶.

4. PROPUESTAS EN EL USO DE INDICADORES

Hemos llamado a los criterios o atributos empíricos que hacen aplicable un estado mental que caracteriza a la actuación dolosa como «indicadores». Dichos rasgos son recurrentes en doctrina y praxis judicial. A continuación expondré las propuestas de cuatro autores diferentes sobre el uso de indicadores.

En su trabajo de habilitación, SAFFERLING había considerado como indicadores relevantes de dolo, a los que también denomina «sistema modular de textos» (*Textbausteinsystem*), entre otros, la peligrosidad objetiva del acto, el motivo de la acción, la perceptibilidad de la situación peligrosa, el hábito del autor de asumir riesgos, la experiencia previa en situaciones peligrosas, la controlabilidad del curso de los acontecimientos desde el punto de vista del autor, el ejercicio de la voluntad de evitar, las medidas de autoprotección a disposición de la víctima, la acción en un repentino arrebató emocional, la cercanía

⁸¹⁵ MOLINA FERNÁNDEZ, «La cuadratura del dolo», p. 693.

⁸¹⁶ PHILIPPS, «An der Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit - Ein Modell multikriterieller computergestützter Entscheidungen», en SCHÜNEMANN *et al.* (eds.), *FS-Roxin*, 2001, Ed. Gruyter, pp. 365-378.

emocional entre el autor y la víctima, etc. Si bien la lista no exhaustiva, el autor remarca que los indicadores en sí mismos no son elementos del dolo, sino que sólo pretenden ayudar a determinarla. Además, reconoce que, aunque ontológicamente pueda determinarse el límite entre dolo e imprudencia, faltan métodos para reconocer el estado mental del autor y, por eso mismo es necesario contar con un marco normativo de indicadores que hagan aplicable el concepto al caso individual⁸¹⁷.

Por su parte, PHILIPPS elaboró un sistema de indicadores basado en la lógica difusa que aplicaban los economistas en la toma de decisiones. De acuerdo con la teoría del consentimiento seguida por él, el autor propone un diagrama en forma de árbol para la toma de decisiones en los casos de dolo eventual, considerando que los dos troncos principales del árbol se corresponden con el elemento intelectual y el voluntario, aclarando que si uno de ellos se encuentra debilitado podría ser compensado por el otro elemento. A partir de allí se colocan los indicadores y contraindicadores según corresponda a cada tronco, con un valor gradual entre el 0 y el 1 (0,1; 0,2; 0,3; etc.) que se establece en función del nivel de cumplimiento. Si la compensación de criterios no dejase satisfecho al juez, éste puede acudir a su sentido para torcer el resultado. Este último punto no desvirtúa el hecho de que es una herramienta que ayuda a la toma de una decisión⁸¹⁸.

También FEIJÓO SÁNCHEZ suscribe a la idea de tener en cuenta de manera interrelacionada los siguientes indicadores de dolo: 1º) La amenaza de una *peona naturalis* para el autor o para las personas estimadas para el autor, puesto que en general las personas tienden a su supervivencia; 2º) La habitualidad que tenga al riesgo para hacerlo ver como algo lejano o no; 3º) La inminencia de la lesión o la magnitud del riesgo, pues mientras más probable resulte el peligro de lesión, menos admisible será para el autor refugiarse en la ignorancia; 4º) Que el autor haya interpuesto medios hasta el final para evitar la realización del resultado o que haya intentado mantener el riesgo bajo control; 5º) La relación volitiva o emotiva con el resultado. No obstante, el autor relativiza la utilización de estos indicadores, explicando que no serían válidos para toda situación sin excepciones. Por

⁸¹⁷ SAFFERLING, *Subjektive Täterelemente im deutschen und englischen Strafrecht*, Ed. Mohr Siebeck, 2008, pp. 185-187

⁸¹⁸ PHILIPPS, «An der Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit», pp. 365-378.

ejemplo, en el primer supuesto podría tratarse de conductores suicidas-homicidas, atentados terroristas, etc.; o bien, en el cuatro supuesto, que el sujeto haya manifestado una voluntad de evitación y se tratase de una confianza irracional. Por último, señala que no deberían tenerse en cuenta los antecedentes y la personalidad del reo, puesto que no se trata de imputar personalidades.⁸¹⁹

Por su parte, SÁNCHEZ MÁLAGA considera a los indicadores como guías que limitan el razonamiento judicial y que sirven para mantener dentro de los cauces de la racionalidad las inferencias que realizan los jueces. En general, estos se sirven de ciertas generalizaciones (máximas de experiencia) que deberían ser evitadas. Los indicadores constituyen herramientas que limitan la tarea interpretativa de los jueces, aunque no se trata de una lista lista cerrada, preciso y exacta, ni supone que no se adminta prueba en contrario, sino que debe tratarse de una lista abierta y provisional, siempre perfectible y corregible. Si el catálogo fuese cerrado, entonces acabaría por reemplazar el sistema de libre valoración de la prueba por un de prueba tasada⁸²⁰. A continuación, elabora una lista provisional de los siete indicadores que considera más relevantes:

En primer lugar, señala el «grado de riesgo» científicamente probado sirve para limitar las intuiciones del juez y, además impide que se pueda alegar desconocimiento en casos de riesgos evidentes; luego, examina el grado de «evitabilidad» de la conducta como una premisa del deber de conocimiento del riesgo generado; la consideración del «contexto específico», es decir de las circunstancias especiales y temporales del caso introducen matices indiscutibles en las generalizaciones por tratarse de hechos públicos y notorios; la «experiencia previa del autor» en riesgos similares al creado y todo aquello que pertenezca a su historia personal impide que se asume el conocimiento como consecuencia de meras generalizaciones basadas en la notoriedad o aceptación general del riesgo en una comunidad, además de que permitiría descartar alegaciones de confianza irracional en la no producción del riesgo, o bien, a considerar la posibilidad de error cuando el sujeto se encuentre habituado al riesgo; el «rol en sentido material» y no el formal, es decir que se deben tener en cuenta las funciones efectivamente desplegadas a partir de la cuales se atribuyen deberes y derechos; y otras «aspectos específicos» del

⁸¹⁹ FEIJOO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, pp. 93-97

⁸²⁰ SÁNCHEZ MÁLAGA, *Una teoría para la determinación del dolo*, Ed. B de F, 2018, pp. 412 y s.; 431.

caso, como la interposición de medios para evitar la realización del resultado o mantener el riesgo bajo control, como haber pisado el freno del vehículo antes del impacto, o bien, que el sujeto haya puesto en peligro sus propios bienes jurídicos o de personas estrechamente vinculadas al mismo; y, por último, aquellos «motivos racionales» que permiten agravar la conducta (como el homicidio en asesinato), proveer defensas (como el sadomasoquismo en delitos de lesiones) o establecer condiciones mínimas de responsabilidad (como el delito de traición), debiendo dejar de lado los motivos interiores o componentes emocionales⁸²¹.

4.1 Indicadores de conocimiento (propuesta de Ragués i Vallès)

Este autor parte de la idea de que el dolo consiste en una actividad de atribución o imputación de conocimiento al acusado, es decir, no se trata de llevar a cabo una averiguación empírica de ciertos fenómenos psíquicos, sino que estos juicios coinciden con los criterios sociales a través de los cual se predica que una persona conocía⁸²².

La corrección de un juicio de imputación de dolo, entonces, depende de las reglas sociales que rigen a un proceso de comunicación. Las personas son miembros de una misma sociedad implicados en un constante proceso de comunicación y comparten una serie de valoraciones de acuerdo con las cuales entienden que, dadas determinadas realidades objetivas, otro sujeto cuenta de forma inequívoca con ciertos conocimientos. Los criterios de atribución correctos no son más que meros desarrollos de las preconcepciones que rigen en una determinada sociedad sobre cuando una persona conoce o desconoce algo⁸²³. Estos son:

1º) Conocimientos mínimos: Se supone que una persona media posee conocimientos básicos, propios de la cultura occidental, como por ejemplo que un arma es un instrumento apto para matar a otro. Se pueden presumir estos conocimientos, excepto

⁸²¹ SÁNCHEZ MÁLAGA, *Una teoría para la determinación del dolo*, pp. 415-431.

⁸²² RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, p. 357.

⁸²³ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, p. 359.

cuando se pruebe que el sujeto padece determinados trastornos psíquicos, en la percepción, o si fuese de corta edad, o incluso si ha tenido una socialización «exótica»⁸²⁴.

A partir de esta presunción de conocimiento, RAGUÉS I VALLÈS pretende resolver los casos de «desconocimientos irracionales del riesgo» o, como él mismo los llama, confianza irracional en el no acaecimiento del resultado, ya que sencillamente no resulta creíble que personas imputables, adultas y con una socialización normal puedan desconocer determinados hechos⁸²⁵.

2º) Transmisiones previas de conocimientos: Si el sujeto ha sido advertido previamente, por ejemplo, de que el arma estaba cargada y luego la dispara, no podría alegar desconocimiento, o bien, si ha sido informado de ser portador del virus del SIDA y luego mantiene relaciones sexuales sin protección⁸²⁶.

Siempre cabe la posibilidad de que el sujeto se haya olvidado, aunque socialmente no estamos dispuestos a admitirlo en aspectos relevantes o importantes de la vida, o bien, cuando la transmisión del conocimiento se realizó en un espacio temporal próximo al hecho⁸²⁷.

3º) Exteriorización del propio conocimiento: en principio deben tenerse en cuenta las manifestaciones verbales o los actos concluyentes del mismo; pero, aún cuando el sujeto haya confesado, es preciso valorarlo y no deducir el conocimiento directamente del mismo. Puede ser anterior, en especial si se trata de un conocimiento que tenga cierta entidad o haya sido reciente, aunque también deberá sopesarse si el nivel de excitación

⁸²⁴ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, pp. 379-382 y 387-389. No obstante, el autor hace una precisión en relación a ciertos conocimientos que no pueden presumirse para la generalidad de las personas como, por ejemplo, que la anilina cause envenenamiento. Realizar presunciones *iuris et de iure*, cómo aquellas que presuponen conocidas las marcas y patentes inscritas, se opondrían al principio de culpabilidad y por tanto, deberían ser rechazadas (pp. 384-385)

⁸²⁵ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, p. 390-392.

⁸²⁶ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, p. 403-405.

⁸²⁷ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, pp. 406-407 y 408-409. El autor reconoce que existen casos límites, cómo el conocimiento que un sujeto podría tener sobre el contenido de un documento firmado, pues en principio no resultaría inimaginable que se haya firmado sin leerlo previamente.

pudo hacerlo olvidar. También podrá ser simultáneo, salvo que se pruebe que lo exteriorizado no coincida con los datos que poseía. Las confesiones posteriores que lo perjudiquen se suelen considerar verdaderas y las que lo exoneren, como meras excusas⁸²⁸.

4º) Características personales del sujeto: Al igual que la atribución de los conocimientos mínimos, responde a la estructura «si el sujeto S reúne en su persona las características A, B y C, entonces conoce X». Se presume que el sujeto posee todos aquellos conocimientos que se encuentran intrínsecamente ligados al hecho de reunir determinadas características personales, como los que pudieran surgir del ejercicio de una profesión, su lugar de procedencia o su residencia, sus relaciones personales con otros individuos, su nivel cultural, etc.⁸²⁹

La posición social de quien delega la obtención de conocimientos en otras personas dependerá de lo que el delegado le haya comunicado: si la información es cierta podrá atribuírsele conocimiento; pero si fuese falsa, entonces no, salvo que el delegante haya tenido deberes de vigilancia. Y si el delegante prefiriese no saber nada, no será un caso típico de error, por ello podrá imputársele conocimiento⁸³⁰.

5º) El correcto conocimiento situacional: Hasta ahora RAGUÉS I VALLÈS se había referido a la atribución de conocimientos teóricos, es decir al proceso en virtud del cual se le puede atribuir a un sujeto el conocimiento de un determinado objeto tal cual es, pero no a la

⁸²⁸ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, pp. 411-416. En relación con los actos que exteriorizan conocimiento el autor aclara que existen casos claros y dudosos de interpretar (pp. 416-420), o también algunos patológicos que socialmente no parecen razonables, como el de confesar haber sido autor de una tentativa (pp. 420-423).

⁸²⁹ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, p. 425-429. Por ejemplo, es inimaginable que un padre desconozca la edad de su hija, pero podría apreciarse que un usuario del transporte público ha olvidado sellar su billete. Siempre es necesario contextualizar el conocimiento en cada supuesto, ya que no alcanzaría, por ejemplo, con haber ocupado el cargo de presidente del Consejo de administración de una empresa, sino que es necesario que haya ejercido de manera efectiva las funciones ligadas a éste. Tampoco sirve considerar aspectos como el carácter violento del autor (p. 429-434).

⁸³⁰ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, pp. 434-438 y 439-441.

representación de lo que una persona debería hacer en una situación determinada⁸³¹. A tal efecto, comienza por destacar que es preciso considerar las capacidades sensoriales del sujeto a fin de saber si es posible atribuirle la percepción de determinados fenómenos. También es necesario prestar atención a algunos factores ambientales en los que había actuado, como la proximidad entre el sujeto y el objeto, el tiempo transcurrido entre la percepción previa y la ejecución del hecho. Incluso, a ciertas características del objeto, como la edad de la víctima, el precio vil de la cosa, etc.⁸³²

Ahora bien, RAGUÉS I VALLÈS entiende que si dolo equivale a conocimiento de riesgo, entonces es preciso integrar el conocimiento teórico (puntos 1 a 4) con la situación concreta (punto 5), pues si faltase alguno de ellos solo concurriría –en caso que correspondiese– una imputación imprudente⁸³³. Sin embargo, aún no se ha dicho cómo se integran dichos conocimientos. Esta claro que las «características personales», como ser escrupuloso o despreocupado, no pueden ser consideradas; tampoco sus «experiencias afortunadas anteriores», pues no puede confundirse su buena fortuna con el desconocimiento de la aptitud lesiva del riesgo que estaba creando; y, mucho menos, su «estado emocional», ya que esto supondría confundir conocimiento y culpabilidad⁸³⁴.

El indicador de dolo que RAGUÉS I VALLÈS propone proviene del significado social de lesividad que la conducta realizada tendría: si el sujeto conocía la peligrosidad abstracta de su conducta y también conocía la situación en la que actuaba, entonces deberá imputarse dolo; pero si el sujeto realizaba una conducta que socialmente no se la considera con aptitud lesiva (neutral), entonces debería condenarse por imprudencia⁸³⁵.

⁸³¹ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, p. 443-445. Por ejemplo, el conocimiento teórico permite atribuir el conocimiento abstracto de que las armas pueden matar y que la invocación de dioses no tiene ningún efecto.

⁸³² RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, pp. 445-454.

⁸³³ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, p. 455-460. Por ejemplo, no solo es necesario poder atribuir el conocimiento de que el sujeto conocía que un arma constituye un medio apto para causar la muerte de una persona, sino que también es necesario atribuir el conocimiento de que se encontraba frente a la víctima, entonces podrá atribuirse dolo homicida si el sujeto disparase el arma.

⁸³⁴ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, p. 462-468.

⁸³⁵ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, pp. 468-475 y 484-496. Por ejemplo, colocar una bomba de potencia media o golpear con una barra de hierro, aunque pueda generar un riesgo menor que la conducción temeraria de un automóvil, socialmente tiene la significación de una conducta dolosa.

Por último, aborda el problema que generan los supuestos de «irracionalidad» de los medios empleados por el sujeto, como ocurre en los casos en que el mismo pusiese en peligro intereses ajenos y, simultáneamente, también los propios. Estos casos suelen ser considerados como imprudentes por la doctrina y la jurisprudencia, aunque para RAGUÉS I VALLÈS este es un criterio dudoso por las siguientes razones: 1º) es demasiado laxo, en la medida en que la mayoría de las conductas típicas serían irracionales si se las compara con los perjuicios que podrían derivarse de una futura condena; 2º) es voluble, ya que el criterio dependerá de si el resultado efectivamente ocurrió o no, como el hecho de preguntarse si la conducción era o no temeraria en razón de si accidente se produjo o no; 3º) poco seguro, pues no obsta a que el sujeto efectivamente haya sido consciente y, no obstante decidido correr con dicho riesgo⁸³⁶. Tampoco es seguro tomar como indicador el hecho de que el mismo haya manifestado su disconformidad con las consecuencias después de haber ejecutado el hecho, puesto que el mismo podría no haber sido consciente, o bien haberlo sido y haberse arrepentido después⁸³⁷.

4.2 Indicadores de Racionalidad (propuesta de Pérez Barberá)

La posición de este autor es bastante peculiar, pues el mismo reconstruye el concepto de dolo como un reproche basado en patrones netamente objetivos de racionalidad, dejando a un lado el principio de culpabilidad. En este sentido, dolo e imprudencia no serían más que formas de reproche (valor negativo) de carácter objetivo, fundado exclusivamente en la mayor o menor posibilidad de haber podido evitar el comportamiento contrario a la norma. En otras palabras, la determinación del dolo y la imprudencia dependería de si la posición en la que el sujeto se encontraba *ex ante* era objetivamente privilegiada o no para prever que su conducta era contraria a la norma⁸³⁸.

En consecuencia, merece reproche doloso quien se encontraba en mejores condiciones (o con mejores posibilidades) para prever un apartamiento a la regla, lo que ocurriría no solo cuando el mismo actuaba conociendo racionalmente lo que hacía, sino también cuando

⁸³⁶ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, p. 497-502.

⁸³⁷ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, p. 503-509.

⁸³⁸ PÉREZ BARBERÁ, *El dolo Eventual*, p. 648 y 663.

irracionalmente no conocía. Por el contrario, actúa imprudentemente no solo quien actuaba sin conocer de manera racional, sino también quien lo hacía conociendo irracionalmente. Lo que interesa es si la forma de comportamiento comunica con mayor o menor intensidad el apartamiento de la regla⁸³⁹.

Para PÉREZ BARBERÁ la representación del autor no es más que un dato empírico, entre muchos otros, que debe ser sometido a un juicio objetivo de relevancia. Lo realmente importante son las «reglas de relevancia» que permiten aplicar el concepto de dolo. Estas no son otra cosa que pautas dirigidas al juzgador en las que se seleccionan algunos datos empíricos, físicos o incluso psíquicos para imputar dolo o imprudencia⁸⁴⁰. En otras palabras, las reglas de relevancia (o indicadores) que el autor propone son:

1º) cualquier dato físico, psíquico o empírico es relevante para el dolo en la medida en que sea idóneo para influir en el grado de posibilidad objetiva de previsión del apartamiento de una regla jurídico-penal. Se trata de un filtro metodológico que se aplica intuitivamente para datos que estadística o probabilísticamente puedan influir en la valoración de este como, por ejemplo, la entidad del peligro, su inminencia, que esté asegurado; pero también los estados mentales, como el conocimiento, desconocimiento, intención, confianza, etc.⁸⁴¹

2º) los estados mentales solo serán relevantes en la medida en que tengan un origen o fuente racional, pues si los mismos fuesen irracionales –de acuerdo con una hipótesis objetiva de probabilidad– no deberán ser tenidos en cuenta para valorar a una conducta como dolosa. A PÉREZ BARBERÁ no le interesa lo que el sujeto haya creído internamente acerca de la probabilidad de la conducta, ni si llegó a considerarla eficaz para alcanzar un resultado, sino que lo importante es para él que la acción o la omisión hayan sido

⁸³⁹ PÉREZ BARBERÁ, *El dolo Eventual*, p. 650. El autor radicaliza las posiciones objetivas de dolo que, como la PUPPE, no dejan en manos del autor la competencia para decidir qué hechos son relevantes jurídicamente. Sin embargo, Pérez Barberá va un paso más allá y considera que aquello que debe juzgarse según parámetros objetivos no sólo lo que el sujeto se representó, sino también lo que no se representó. Véase, EL MISMO, *El dolo Eventual*, p. 674 y s.

⁸⁴⁰ PÉREZ BARBERÁ, *El dolo Eventual*, p.751.

⁸⁴¹ PÉREZ BARBERÁ, *El dolo Eventual*, pp. 752-754.

«objetivamente racionales», es decir que solo interesa que para un espectador objetivo haya sido comunicativamente idónea para alcanzar el resultado⁸⁴².

En derecho penal se tiende a tildar como «irracionales» a las conductas extremadamente riesgosas. El uso de este adjetivo no depende necesariamente de los estados mentales del sujeto, pues bien podrían incumplirse temerariamente algunas reglas técnicas o de seguridad y no ser considerada irracional, en la medida en que la persona podía confiar objetivamente en sus propias capacidades para controlar el riesgo⁸⁴³. En este sentido, la «confianza» del sujeto no se extrae de lo que cree, sino de las razones o motivos que haya tenido el sujeto para asumir dicho riesgo. En definitiva, PÉREZ BARBERÁ prescinde de los estados mentales en la imputación de dolo y se centra en el grado de justificación o en las razones que objetivamente el sujeto tenía para poder confiar.

En otras palabras, una creencia simple no podría determinar el carácter doloso de una acción, sino que es necesario que la misma se encuentre «epistémicamente justificada»⁸⁴⁴. La racionalidad de un indicador psíquico (estado mental) viene dado por la mayor o menor justificación objetiva que el sujeto pueda ofrecer en la explicación de su comportamiento⁸⁴⁵.

Las razones que justifican (o no) a un estado mental se extraen del propio derecho y se rigen por el «principio de no extravagancia». Según el mismo, una explicación de la conducta será considerada irracional (o epistémicamente infundada) si es una manifestación objetivamente extravagante en la situación en que se ejecuta. Por tanto, un estado mental será epistémicamente irracional cuándo: 1) sea incompatible con la base

⁸⁴² PÉREZ BARBERÁ, *El dolo Eventual*, p. 758 y s.

⁸⁴³ PÉREZ BARBERÁ, *El dolo Eventual*, p. 757 y s.

⁸⁴⁴ PÉREZ BARBERÁ, *El dolo Eventual*, p. 762 y s. Una creencia podría encontrarse justificada de diferentes maneras, ya sea porque existen otras opiniones coincidentes, o bien por las relaciones ontológico-nomológicas que operan como razones de creencias.

⁸⁴⁵ PÉREZ BARBERÁ, *El dolo Eventual*, p. 766. Las creencias podrían justificarse por el hecho de que coinciden otras opiniones, o bien porque existan razones. Estas razones pueden ser de carácter «internalista» cuando deban ser conocidas por el agente, o bien, «externalistas» cuando es indiferente que estas sean conocidas por él, sino que lo que realmente interesa es que sean accesibles por un observador hipotético objetivo.

ontológica y nomológica objetivamente existente en el ámbito correspondiente; 2) sea objetivamente incompatible con la base epistémica y/o afectivo-emocional que el sujeto ostenta; y 3) sea objetivamente incompatible con las normas de conducta elementales características de la generalidad o de la actividad específica de que se trate, que garanticen un desarrollo de esa actividad acorde a estándares mínimos que permitan identificar dicha actividad en cuestión como «esa» actividad⁸⁴⁶.

Por último, el autor señala que el concepto de peligro relevante para el derecho penal tampoco es estrictamente empírico, aunque si cabe aclarar que cuando la probabilidad de realización sea muy alta o baja las consideraciones no empíricas no son tendidas en cuenta. En otras palabras, en los casos de riesgo extremadamente elevado o insignificante los estados mentales no deberían ser siquiera considerados en la determinación del dolo⁸⁴⁷.

En primer lugar, los riesgos bajos (o de peligro insignificante) no se analizan porque ni siquiera crean un riesgo prohibido, sino que sólo merecen ser tenidos en cuenta los que sobrepasan el carácter de no permitido, aunque la probabilidad de que ocurran sea mínima o insignificante. Por ejemplo, en el caso en que un mal tirador efectúa un disparo con arma de fuego de escaso calibre, desde una distancia muy lejana y, pese a ello, acaba por matar a la persona contra la que apuntaba (caso de Thyren), es resuelto por PÉREZ BARBERÁ como imprudencia. La intención del autor sólo entraría en consideración si el peligro inherente a la acción fuera de una entidad suficiente como para poder, por sí mismo y prescindiendo de cualquier otra circunstancia, fundar una posibilidad objetivamente privilegiada de previsión de un apartamento a la regla⁸⁴⁸.

⁸⁴⁶ PÉREZ BARBERÁ, *El dolo Eventual*, p. 766 y s.

⁸⁴⁷ PÉREZ BARBERÁ, *El dolo Eventual*, p. 768 y s.

⁸⁴⁸ PÉREZ BARBERÁ, *El dolo Eventual*, p. 769 y s. cabe hacer una precisión porque, con relación a los peligros mínimos o insignificantes, deben descartarse las intenciones; pero no los conocimientos especiales. Por ejemplo, cuando un sujeto dispara un arma a una distancia en la que resulta muy improbable dar en el blanco, sus intenciones no tendrían nada que añadir; pero si el sujeto fuese un tirador experto, entonces sus conocimientos especiales deberían ser tenidos en cuenta para valorar el peligro. Por esta razón es que la segunda regla de relevancia no puede aplicarse a los conocimientos especiales, ya que estos conforman el peligro, lo constituyen a través del él (pp. 772-774).

Y, en relación con los riesgos extremadamente altos, la falta de intención también resulta irrelevante, ya que corresponde imputar el comportamiento como doloso, en virtud de las razones normativas que se infieren de la *ratio legis* de mayor castigo⁸⁴⁹.

En definitiva, PÉREZ BARBERÁ sostiene que el significado de dolo se nutre no solo de datos psíquicos, como sostendrían las teorías dominantes, sino también de empíricos que conformarían el contexto de significación de la conducta. Lo provocador de su tesis consiste en negar la relevancia de los estados mentales cuando el riesgo empírico sea muy alto o, incluso, de bajísima entidad. Así, podría imputarse como dolosa la conducta del sujeto por el solo hecho de haber realizado un hecho altamente riesgoso, aunque desconociera el contexto en que lo realizaba.

4.3. La determinación del dolo a partir de definiciones e indicadores

La distinción entre lagunas normativas y de subsunción permite deslindar dos clases de problemas que se plantean en la imputación de dolo. En general, se tiende a dar por sentado que las palabras tienen un significado preconstituido y que los jueces simplemente lo detectan y logran subsumirlo en un caso individual, entremezclando así, en una misma operación deductiva, premisas normativas y fácticas que merecen ser diferenciadas⁸⁵⁰.

Separar estas dos clases de problemas permite dar cuenta de por qué las definiciones –y todas las redefiniciones que se han propuesto– de dolo son incapaces de solucionar todos los problemas de indeterminación que se generan al intentar adscribir dolo. Lo que ocurre es que, aunque se proponga una nueva definición, por más detallada que ésta sea, el intérprete siempre se enfrenta con un sinfín de realidades posibles cuando tiene que aplicarlo a un caso individual. Dicho de otra manera, sea que el legislador establezca definiciones en el código, sea que hayan sido propuestas por la doctrina, o incluso que

⁸⁴⁹ PÉREZ BARBERÁ, *El dolo Eventual*, p. 771-772.

⁸⁵⁰ La operación de subsunción puede ser utilizada para referirse a dos clases problemas diferentes: a la subsunción de casos genéricos (en un plano conceptual) y para la subsunción de un caso individual (en un plano empírico). Véase ALCHOURRÓN/BULYGIN, «Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico», *Análisis Lógico y Derecho*, Ed. CEC, 1991, pp. 303 y ss.; también LOS MISMOS, *Sistemas Normativos*, pp. 44-56.

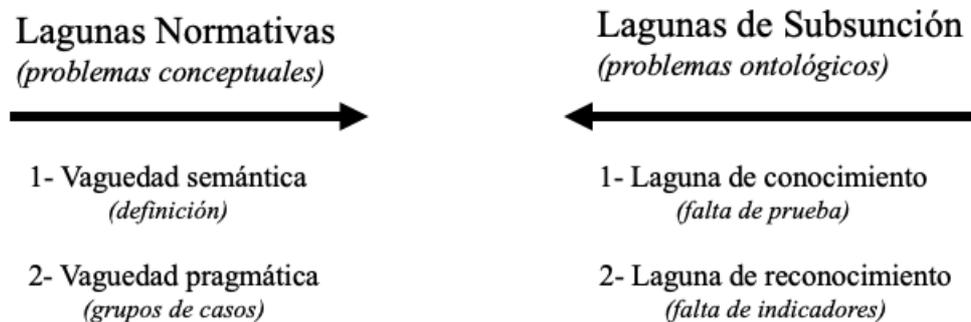
los jueces las hayan estipulado, estas solo serían útiles en abstracto. Las definiciones solo reducen las lagunas normativas al señalar a qué grupo de casos abstractos se puede aplicar el concepto de dolo; pero no dicen nada acerca de los criterios que se deben tener en cuenta para vincular casos genéricos con casos individuales.

En otras palabras, pese a que hemos podido brindar una definición unitaria de dolo, como «declaración emitida por un juez en la que adscribe un estado mental a una persona con el que hubiese podido evitar la conducta antinormativa», y que también hayamos precisado a qué estados mentales se refiere la definición, no se solucionan todos los problemas de indeterminación. Además de los desafíos conceptuales, la determinación del dolo supone que se considere la dimensión ontológica del mismo. No sólo debe conocerse el significado de dolo y que grupo de casos de refiere, sino también si resulta necesario explicar qué es un estado mental.

Dado que la tesis de que la mente son estados internos inaccesibles resulta insostenible, cabe explorar la tesis del conductismo lógico (o analítico), según la cual los estados mentales denotan ciertas disposiciones de la conducta. Esta concepción sobre la ontología de los estados mentales acarrea el problema de que resulta necesario determinar cuáles son las circunstancias fácticas que permitan interpretar correctamente si el sujeto ha actuado porque creía o tenía la intención de alcanzar un determinado resultado. La falta de especificación coloca al intérprete frente a una laguna de reconocimiento, pues desconoce si las circunstancias del caso corresponden a dicho estado mental. Es decir, conoce el concepto y los grupos de casos, también conoce los hechos; pero no sabe si ciertas circunstancias caben dentro del campo semántico de aquella categoría. Dado que las circunstancias que podrían presentarse son infinitas no pueden ser fijadas de antemano en una definición, sino que solo podrían ser mitigadas –a lo sumo– a través de un catálogo de indicadores sobre el uso correcto del término. Las lagunas de reconocimiento no pueden ser eliminadas por completo, aunque el legislador haya previsto todos los casos posibles (sin lagunas normativas) o, incluso, cuando se conozcan todos los detalles del hecho (sin lagunas de conocimiento)⁸⁵¹.

⁸⁵¹ Las lagunas de reconocimiento afectan no solo al lenguaje cotidiano, sino incluso a los lenguajes puramente formales como la matemática. En la terminología de HART, éstos son casos de penumbra. ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Sistemas Normativos*, pp. 47-56. En el mismo sentido, BALDÓ LAVILLA,

En definitiva, además de los problemas semánticos que presentan «los conceptos» de dolo, existen problemas semánticos sobre las «circunstancias fácticas» que deberían tenerse en cuenta para aplicar el término a un caso concreto. En este sentido, tiene razón PUPPE cuando distingue que los indicadores de dolo quedan determinados por la definición de dolo que se adopte (problema conceptual); pero no deben ser confundidos con ellos, como propondrían HASSEMER y VOLK, al punto de que los indicadores acaben por reemplazar al concepto mismo,⁸⁵².



La vía más promisorio para reducir esta clase de lagunas es la de fijar un catálogo abierto de indicadores que conceptualmente sugiera al intérprete que la acción desplegada por el autor realiza una determinada clase de delito⁸⁵³. Dicho de otro modo, el indicador señala al intérprete que una circunstancia, presente en la realización de la conducta, tiene el significado suficiente para afirmar que el sujeto actuó «creyendo que iba a matar», o que tenía la «intención de matar a otro», etc.

«Observaciones metodológicas sobre la construcción de la teoría del delito», en *Libro Homenaje a Claus Roxin*, 1997, Ed. Bosch, p. 364 y s., señala que ni siquiera adoptando el legislador un excesivo casuismo podrían obviarse los problemas interpretativos.

⁸⁵² PUPPE, *Kleine Schule des juristischen Denkens*, p. 32; LA MISMA, «Perspectivas conceptuales del dolo eventual», pp. 296, 298 y 316. En este texto PUPPE incluye también a Philipps; pero, como hemos visto, dicho autor no propone reemplazar el concepto por el uso de indicadores, sino que simplemente obliga al juez a tomar en cuenta a cada uno de ellos.

⁸⁵³ PUPPE, *Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung*, § 9, nm. 5; MAÑALICH, «El dolo como creencia predictiva», p. 32.

Dejar en manos del legislador la elaboración de un catálogo de indicadores no sólo resulta poco práctico, sino que además supondría caer en un sistema de prueba tasada. Por su parte, la jurisprudencia ha rechazado establecer un sistema cerrado de indicadores por considerarlo contrario al principio de la libre valoración de la prueba e, incluso, también se ha negado a fijar una escala según el peso abstracto de cada uno de estos criterios. Sencillamente se ha limitado a decir que, en la aplicación de un concepto, deberían sopesarse todas las razones a favor y en contra de una imputación. Sin un catálogo los jueces acaban decidiendo libremente qué clase de indicadores utilizan, qué importancia tienen y, sobre todo, cuándo pueden ser utilizados o descartados, por ello la imputación de dolo seguirá siendo una práctica insegura, incalculable e inconsistente⁸⁵⁴.

Lo lógico es que sean los juristas y los jueces quienes elaboren un catálogo abierto de indicadores, pues son quienes acaban interpretando los hechos que merecen ser considerados dolosos. Esto supondría admitir que los juristas y los jueces actúan como «co-legisladores» del dolo, en la medida en que acaban decidiendo el significado que tienen determinadas circunstancias del hecho relevantes para imputar dolo⁸⁵⁵.

⁸⁵⁴ PUPPE, *Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung*, 2010, nm. 9/8-11. LA MISMA, «§ 15», nm. 80-82; LA MISMA, «Comprobar, imputar y valorar: Reflexiones semánticas sobre la fundamentación de sentencias penales y la posibilidad de su revisión jurídica», *InDret*, n.º 3, 2013, p. 15; LA MISMA, «Beweisen oder Bewerten», p. 70.

⁸⁵⁵ BALDÓ LAVILLA, «Observaciones metodológicas», p. 360 y s. En el mismo sentido, advierte SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación y Teoría del delito*, pp. 503 y ss., que el análisis del comportamiento humano no es compatible con la subsunción lógica, sino con la lógica propia de la imputación.

CONCLUSIONES:

1) Una aproximación analítica al Derecho penal no constituye un nuevo «modelo» de ciencia jurídica, sino que se trata de un método de aproximarse a los mismos problemas tradicionales del Derecho penal desde la Filosofía del Lenguaje. Frente al prejuicio de que la Filosofía analítica constituye una disciplina «fría», que desatiende el contenido material del Derecho y que solo conduciría a problemas superficiales, cabe aclarar que los problemas de los que esta se ocupa son exactamente los mismos que la doctrina tradicional y que solo se diferencian en la forma de aproximarse a ellos. En la concepción tradicional, la indagación por el significado de los conceptos suele concluir en algo análogo a una «experiencia sensorial» o inmaterial, generando así la sensación de que se ha entrado a indagar la verdadera «sustancia» que debería importarle al derecho (problemas «de fondo»). Por el contrario, el enfoque analítico no pone coto a la indagación por el significado de los términos utilizados y se pregunta por la forma en que estos son utilizados y, sobre todo, por la manera en que nuestras comprensiones se articulan por medio de expresiones lingüísticas. El modelo de normas que propone Kindhäuser está basado en esta forma de razonar, pero no es el único sistema que podría adoptarse con este enfoque.

2) Un modelo analítico de Ciencia jurídica entiende que el Derecho «es un discurso» que se construye a partir de los actos lingüísticos que realizan sus operadores. Ontológicamente, el Derecho está constituido por los actos lingüísticos de la promulgación de leyes (textos normativos), la interpretación de los mismos (normas) y los actos de aplicación de normas (normas vigentes). Desde un punto de vista metodológico, es necesario preguntarse qué es lo que los operadores jurídicos hacen cuando interpretan textos. En la línea marcada por Kelsen, la interpretación es entendida como un acto «decisorio» o de voluntad, y no de conocimiento. Esto no debe suponer que deba ser considerada una actividad arbitraria o que no tenga límites, pues el intérprete no puede darle al lenguaje el uso que a su antojo mejor le parezca. Finalmente, en relación con la epistemología, la ciencia del Derecho no puede ser vista como un «metalenguaje» de la ley, sino como un «discurso» favorecidos por el lenguaje del legislador, el de los juristas y el de los jueces, insertos en proceso osmótico en el que ellos se confunden.

3) El modelo de normas que propongo está basado en las diferentes formas en las que puede ser analizada la acción humana: un análisis formal de «los enunciados» sobre la acción (antinormatividad) y un análisis práctico de «los eventos» que podrían ser considerados una acción (antijuridicidad). En otras palabras, el significado de los textos que versan sobre acciones y el significado que tienen ciertos eventos que podemos considerar acciones. Esta distinción es relevante porque si decimos que la norma es un fenómeno lingüístico, entonces aquello que es identificado como «antinormativo» no podría ser algo distinto a otro enunciado en el que se describa una conducta con un sentido contrario a la acción prescrita por la norma. Por otro lado, en la «antijuridicidad» la acción es considerada como una realidad extralingüística, es decir como un determinado suceso o hecho que reviste determinadas características en virtud del cual puede ser considerado una acción.

4) Cuando interpretamos un hecho delictivo realizamos ambas actividades, aunque muchas veces sea de manera inadvertida. Con relación a los enunciados (o textos) que expresan acciones, solemos preguntarnos por el significado que tiene el verbo contenido en el texto normativo. Una actividad diferente es la que tiene lugar cuando nos preguntamos por el significado que podría tener un determinado «suceso» localizable espaciotemporalmente (e irrepetible). Las reglas interpretativas que se utilizan para cada tipo de operación son completamente distintas. Los «enunciados-acción» son interpretados formalmente a través de un silogismo teórico deductivo y se trata de una operación esencialmente lingüística; en cambio, para la interpretación de los «sucesos-acción» se acude a un silogismo de carácter práctico, donde el lenguaje pasa a tener una importancia notablemente menor.

5) Otra premisa para la construcción de un modelo analítico es la que proviene de distinguir entre lo que solemos hacer cuando hablamos sobre las acciones de una persona, ya sea «describiendo» lo que se hace o «adscribiéndole» responsabilidad. Hablar de acciones supone reconocer que existe una especie de causalidad o iniciativa que surge de la misma persona (acciones), mientras explicar aquello que nos pasa implica reconocerse como meros receptores de algo que no hemos iniciado (sucesos). Actuar es llevar a cabo algo, cambiar –dentro de ciertos límites– el curso de las cosas y no ser pasivos a ellos. Los juristas y filósofos suelen coincidir en que resulta necesario que ocurran determinados movimientos corporales (o no, en el caso de omisiones), cambios en el

mundo y cierta clase de intenciones para hablar de acciones. Sin embargo, se discute si las «intenciones» son suficientes para caracterizar la acción. Las posiciones descriptivistas consideran suficiente describir los movimientos y los cambios producidos como el producto de una intención, encontrando así una correspondencia con el mundo; en cambio, para los adscriptivas no es posible hallar una total correspondencia con el mundo cuando hablamos de acciones, pues las intenciones dependen de ciertas reglas sociales destinadas a atribuir responsabilidad.

6) El primer paso para el análisis del hecho punible está constituido por el juicio de antinormatividad que se realiza de la acción. Esta etapa consiste determinar cuál es el «objeto de la imputación» y se distingue de los «fundamento de la imputación», y ambas operaciones se corresponden con la relación funcional tradicional que existe entre norma de comportamiento y de sanción. La clase de problemas que se pueden presentar al analizar formalmente la acción consiste principalmente en determinar cuál es el significado de los «enunciados» utilizados. En otras palabras, cuando hablamos de antinormatividad nos referimos al enunciado emitido por un juez, a través del cual se expresa que lo ocurrido posee el mismo significado que la acción prescrita por la norma. En el modelo propuesto por Hruschka, esta etapa se corresponde con la «*applicatio legis ad factum*». En este sentido, el juicio de antinormatividad coincidiría con el juicio retrospectivo que realiza el juez utilizando las normas de comportamiento en su dimensión *ex post facto*, es decir como pauta o baremo para determinar si la conducta realizada por el agente guarda (o no) correspondencia con el modelo de comportamiento expresado por ellas. Además, la interpretación de un comportamiento como antinormativo constituye un juicio puramente deductivo o de subsunción formal, en el que la premisa mayor describiría la clase de conducta prescrita por la norma y la premisa menor la conducta que ha sido identificada por el juzgador.

7) Esta distinción resulta crucial para la ubicación del dolo, pues si la atribución de los estados mentales es lo que permite explicar por qué un suceso (y no un enunciado) puede ser considerado como acción humana, entonces la consideración de los estados mentales (dolo) es innecesario para referirse a una determinada clase de acción. El dolo no forma parte del contenido del objeto de la imputación. Al no tener en cuenta las capacidades, ni los conocimientos del destinatario de la norma en la formulación del juicio *ex post*, estos enunciados (aunque versen sobre una acción) suele ser caracterizados como «juicios

objetivos». Esta posición es diametralmente opuesta al modelo de análisis finalista que emplea la doctrina dominante. Así, si para Welzel y Kaufmann el dolo debía formar parte del contenido de la norma de comportamiento y el resultado un presupuesto de la norma de sanción, en el modelo analítico que propongo el resultado es esencial para describir la clase de acción prevista en la norma de comportamiento y el dolo para explicar por qué esa acción debe ser sancionada (fundamento de la norma de sanción). En otras palabras, si para Kaufmann la norma de comportamiento solo podía generar efectos si el autor contaba con la capacidad para actuar y tenía conocimiento de la situación típica; en el modelo analítico se elude esta conclusión invocando un argumento que proviene de la lógica del lenguaje: una norma no puede indicar por sí misma en qué condiciones un agente resulta obligado por ella. Esto se conoce como «prohibición de autorreferencia».

8) El segundo paso consiste en interpretar «sucesos como acciones» que resultan contrarias a la norma. Este análisis se realiza a través de un silogismo práctico y está compuesto por una serie de reglas a través de las cuales un suceso es considerado obra de una persona y plantea la posibilidad de atribuir responsabilidad por dicha acción. Estas reglas tienen carácter adscriptivo y se llaman «reglas de imputación». Es mérito de Hruschka haber recuperado el significado clásico de la imputación (*imputatio*) que, en la formulación de Kant, puede ser definida como un juicio a través del cual una persona es considerado autor (*causa libera*) de una acción (*actio*), que entonces pasa a denominarse acto (*factum*). La naturaleza de estas reglas no se encuentran destinadas a determinar si un comportamiento puede resultar correcto o incorrecto en relación con el derecho, sino a establecer los criterios que permiten afirmar que aquello que ha ocurrido es obra de un comportamiento jurídicamente defectuoso del autor y así poder posteriormente atribuirle responsabilidad.

9) Explicar por qué un determinado evento merece ser llamado «acción» y no algo que simplemente ocurre o que nos ocurre, equivale a dar una explicación de que el cambio que ha ocurrido en el mundo tiene algo que lo hace distinto del resto de las cosas que suceden a nuestro alrededor, «tiene algo más», y que de alguna manera la persona le ha impreso «su intimidad». La acción constituye una clase de evento que se distingue porque ha tenido lugar gracias a la intervención de un agente y porque la persona había actuado intencionalmente para conseguir que dicho evento pueda finalmente tener lugar. La distinción entre lo que hacemos y lo que nos ocurre se detecta a través de nuestra forma

de expresarnos sobre el modo de realizar acciones o en las actitudes que adoptamos. Precisamente esta es la razón por la que autores como Hruschka, Kindhäuser y Vogel sostienen que la consideración de un evento como acción depende de la aplicación de determinadas reglas interpretativas, pues se trata de un juicio cuya conclusión está determinada por ellas. De este modo, una acción intencional es aquella con respecto a la cual resulta pertinente preguntar por «las razones» que llevaron al agente a realizar el hecho. Saber por qué razón una persona actuó como lo hizo puede ayudarnos a interpretar, por ejemplo, la promesa como una mentira, el hecho de dar dinero como el pago de una deuda, etc. Captar las intenciones, propósitos, creencias, deseos de una acción, en un contexto de reglas, costumbres, convenciones y de expectativas, permiten explicar por qué los eventos son acciones. A esta tesis subyace la idea que impuso el conductismo lógico en la filosofía de la mente y que también remite a los filósofos de orientación wittgensteiniana, según la cual los estados mentales no son independientes a los criterios conductuales que se utilizan para adscribirlos. Por otro lado, cabe señalar por qué la acción y la imputación subjetiva deberían ser analizados en un mismo nivel sistemático (primer nivel de imputación).

10) No es sencillo descubrir cuáles son las razones que permiten explicar una acción. De acuerdo con Anscombe, solo podría responderse a la pregunta «¿por qué (lo hizo)?» si se atiende a las razones que pueden utilizarse para interpretar una determinada acción o para mencionar algo futuro. Una historia pasada no sería una razón para la acción, salvo que en la respuesta esté involucrada la idea de bien o mal. Otra manera de distinguir entre distintas razones surge de la consideración de su estatus ontológico: las razones puede ser identificadas como «factuales» o «psicológicas». Las primeras se conocen como razones normativas (o justificativas) y constituyen razones «a favor de» las que se suelen realizar determinadas acciones; en cambio, las segundas se conocen como razones motivadoras (o explicativas) y se refiere a las razones «por las que» se realiza una determinada acción. Esta distinción permite advertir las diferentes funciones que ambas clases de razones cumplen en la explicación del hecho punible: El «hecho» de que las normas existan constituye una razón para comportarse de una determinada manera y la consideración los «estados mentales» del sujeto forman las razones por las que se ha ejecutado u omitido dicha acción.

11) La lógica deductiva-formal que se emplea para interpretar enunciados no constituye una herramienta útil para explicar por qué un determinado suceso puede ser considerado una acción. Eso ocurre no solo porque se menciona en sus premisas aspectos que son intencionales, sino también porque no persigue alcanzar una conclusión teóricamente correcta, sino más bien una acción adecuada. En el razonamiento práctico no procesamos información en la que se describe cómo es el mundo, sino que procesamos información acerca de qué tenemos que hacer en una situación determinada, de manera que nuestras necesidades, deseos u objetivos reciban algún tipo de satisfacción. El silogismo práctico rescatado del olvido por Anscombe (y propuesto originalmente por Aristóteles) permite articular el razonamiento humano sobre la base de los deseos y creencias. De este modo, los elementos volitivos e intelectuales que caracterizan a las acciones explican la conexión práctica que existe entre la finalidad y el medio utilizado para ello. Así, si una persona hubiese pretendido alcanzar un determinado objetivo y sabe que para lograrlo tiene que realizar (u omitir) determinada acción, se comportaría de modo contradictorio si no lo hiciera. De acuerdo con este esquema, «la premisa mayor» del razonamiento sobre la antijuridicidad está compuesta por el tipo objetivo (formulado contrafácticamente), pues se trata de aquello que se quiere evitar; la «premis menor» constituye el tipo subjetivo (conocimientos relevantes para alcanzar el fin); y la «conclusión» permitiría inferir si el sujeto ha infringido intencionalmente (o no) la norma.

12) En relación con la imputación subjetiva, el primer problema que se aborda es el «concepto» de dolo. Los problemas de indeterminación semántica en el derecho se conocen como «lagunas normativas» y consiste en que se desconoce el significado de los enunciados lingüísticos, sea porque se duda acerca de las propiedades que lo definen («vaguedad semántica»), o bien porque se duda de si la regla puede ser aplicada a un caso genérico («vaguedad pragmática»). La primera dificultad puede ser superada a través de una definición abstracta y única para todos los casos de dolo y, la segunda, con una definición concreta en la que se especifiquen los grupos de casos a los que se puede aplicar la definición de dolo.

13) En la tesis he propuesto definir el concepto de dolo como un «juicio emitido por el juez en el que se declara que un sujeto contaba al momento del hecho con un estado mental que le hubiese permitido evitar la realización de un hecho contrario a la norma». Esta definición abstracta no solo permitiría al intérprete desechar aquellos supuestos que

no están referidos a un estado mental (casos de responsabilidad objetiva) u otros donde el estado mental no hubiese podido evitar la realización del hecho contrario a la norma (casos de imprudencia). De acuerdo con la caracterización propiciada por la teoría de los actos de habla, la imputación es un acto híbrido en el que se combina una «aserción» del juez sobre la presencia de un determinado estado mental en el sujeto y una «declaración» que, en definitiva, es el que constituye el hecho como doloso. El carácter institucional del acto exige que sea el juez quien realiza el acto de imputación y la exigencia de tener que referirse a una estado mental constituye un reflejo del principio general según el cual no puede exigirse a nadie más allá de sus propias capacidades (*ultra posse nemo obligatur*).

14) Por otro lado, la indeterminación de «casos genéricos de dolo» también afectan a la cuestión semántica. Cuando nos referimos a ellos no aludimos a otra cosa que a los estados mentales que permitirían explicar por qué una determinada persona pudo haber evitado la comisión de hecho contrario a la norma. Históricamente se ha hecho referencia a supuestos de «voluntad directa», «voluntad indirecta», a un «concepto psicológico de intención», al «conocimiento y voluntad» unidos, a las «emociones» y a distintas maneras de entender el «conocimiento». Por mi parte, considero que la mejor vía es realizar un análisis conceptual sobre los distintos estados mentales que determinan la imputación subjetiva. El análisis conceptual de cada uno constituye una cuestión *a priori* respecto a la investigación sobre cómo pueden probarse en un proceso judicial, pues el significado los conceptos psicológicos constituye una base sólida para aclarar cuáles son las condiciones en las que sería correcto (o no) aplicar dichos conceptos.

15) Comenzando por el análisis del que considero la forma básica del dolo, es decir el «dolo eventual», entiendo que resulta excesivo acudir a la noción de «conocimiento» para definirlo, ya que bastaría con que el sujeto haya tenido la «creencia» de que su comportamiento muy probablemente reúne las propiedades para convertirlo en una clase de realización (no justificada) del tipo en cuestión. El dolo de segundo grado (consecuencias necesarias) y el dolo de primer grado (intención) son formas calificadas del mismo.

16) El dolo de consecuencias necesarias puede ser caracterizado como una clase especial del dolo básico, que consiste en una «creencia justificada». La «justificación» de una creencia supone un encadenamiento o una ligadura que tiene la propiedad de asegurar

con firmeza el acierto de nuestras creencias. Podemos decir que una persona posee una justificación para creer cuando es deducible de otras ideas; o cuando se puede comprobar directa y personalmente; o si la idea está vigente en la ciencia; o si existen testimonios fiables para creer en ello.

17) Uno de los problemas que ha inquietado a los penalistas en los últimos años es el de la responsabilidad fundada en «creencias irracionales». De acuerdo con la doctrina dominante, en los casos en los que un sujeto actúa con una creencia deficiente de la situación en la que se halla o con la confianza errónea de que el resultado finalmente no se producirá, debería castigarse a lo sumo como imprudencia. En general, se suele tratar de dos supuestos marginales que han sido clasificados como «casos de ignorancia deliberada», cuya nota característica consiste en que existe un elemento volitivo para no creer (llámese deliberación, cálculo o querer ignorar) y «casos de ceguera ante los hechos», en los que simplemente existe una ignorancia crasa de aquello que es evidente. Ahora bien, entiendo que tener una creencia irracional implica que el sujeto tenga al mismo tiempo dos ideas que son contradictorias, pues lo racional sería dejar de creer en una o la otra, o incluso dejar de sostener ambas creencias. En otras palabras, sería irracional «creer que p» y a la vez «no creer que p». Los casos de ignorancia deliberada y de ceguera ante los hechos no son supuestos en los que el sujeto desconoce por completo lo que se hace, sino que únicamente no se representa un aspecto importante de su conducta o de las posibles consecuencias, o bien, sí se las representa pero confía ingenuamente en que no ocurrirá. Dicho de otro modo, los casos que la doctrina considera «irracionales» son, en rigor, supuestos en los que el sujeto posee simultáneamente creencias racionales e irracionales en el momento de actuar. Lo relevante para solucionar este tipo de casos consiste en determinar si el sujeto había conocido lo suficiente para evitar el hecho contrario a la norma y, salvo que sea un sujeto inimputable —en cuyo caso la mayor parte de sus conductas son consideradas irracionales—, cabe imputarle responsabilidad dolosa, ya sea porque mantiene una «creencia justificada» (racional) que lo «vincula» o lo «ata» en mayor medida con el resultado que el peso de una simple «creencia» ingenua de que no pasará nada.

18) Por otro lado, también sería incorrecto seguir hablando de «voluntad» en el dolo de primer grado, más allá de los distintos argumentos que la doctrina haya esgrimido para prescindir de este, como los que surgen de la estructura de la teoría del delito, el que

impide castigar por los pensamientos o derivados de la imposibilidad de poder probarla en un proceso penal. Lo correcto sería explicar el dolo de primer grado a través del estado mental de la «intención». La intención se considera un estado mental que podría ser reducido en términos de creencias y deseos. En otras palabras si «yo tengo la intención de hacer A», es porque tengo la «creencia de que me es posible hacer A» y que, en algún sentido, también «deseo hacer A». La posición clásica define la intención haciendo referencia a que el agente haya realizado una deliberación previa a la ejecución de la acción. Existe otra postura, sostenida por Bratman, que alude a la noción de «plan de acción» y la considera distinta a la explicación sobre la base de deseos y creencias.

19) Los problemas ontológicos del dolo apuntan a definir qué tipo de entidad son los estados mentales. Si consideramos que la forma básica del dolo se corresponde con lo que conceptualmente llamamos creencia, entonces habrá que responder qué tipo de entidad es una creencia. La interdependencia que existe entre los problemas conceptuales y probatorios es evidente, pues de nada serviría que se formularan conceptos precisos para cada caso de dolo, si luego el juez se encuentra con instrumentos inútiles para su constatación. Existen muchas teorías que intentan responder a la pregunta de si realmente existe (o no) algo que pueda ser interpretado como estado mental, ya que no siempre nos hemos referido a la mente como cerebro humano. Cuando hablamos sobre lo mental se suelen señalar ciertas propiedades que la distinguen de otros procesos físicos, como la posibilidad de ser «conscientes» (sentir y conocer introspectivamente nuestra vida mental), la capacidad de realizar «representaciones» (experiencia visual introspectiva) o el hecho de ser «intencionales» (estar dirigidos a un estado de cosas o a una proposición). Si redujésemos lo mental exclusivamente al cerebro, entonces tendríamos que poder responder ¿cómo es que algo completamente material como el cerebro puede tener conciencia?, ¿cómo puede ser real algo que es esencialmente subjetivo?, ¿cómo interactúa con lo físico?, etc. Estos y muchos otros problemas son los que han intentado resolver los filósofos de la mente y a este tipo de cuestiones intentan responder quienes estudian la «ontología de los estados mentales».

20º) La tradición filosófica, salvo algunas excepciones, ha transmitido la idea de que la mente tiene una naturaleza completamente distinta al cuerpo. En primer lugar, el «dualismo» cartesiano fue una doctrina metafísica sobre la naturaleza del alma (o la mente) y su relación con el cuerpo, que sostuvo que la mente y el cuerpo eran dos

entidades ontológicamente independientes, siendo una inmaterial y la otra material. Además de ella, las teorías monistas consideraron ubicar a la mente en el interior del sujeto y la identificaron con determinadas experiencias fenomenológicas o procesos cerebrales. Lo curioso es que estas propuestas fueron formuladas como una hipótesis razonable de que aquello que llamamos creencias, deseos, intenciones, etc. son, en realidad, procesos y estados del sistema nervioso central; pero encomendaron a los avances en fisiología y neurología su comprobación. Muchos experimentos y avances se han producido en las neurociencias; pero aún la prueba de los estados mentales es algo inviable. Incluso, si se superara este obstáculo, subsistiría una brecha empírica demasiado grande entre la información actual que existe en el cerebro del acusado y los estados mentales concretos que tenía en el momento de realizar el hecho.

21) Una posición distinta al dualismo y algunas monistas fue el «conductismo lógico» o analítico, que ocupó la posición dominante en filosofía de la mente entre la década de los treinta y de los sesenta del siglo pasado. Aunque actualmente ha sido prácticamente abandonada, algunas aportaciones continúan vigentes, como la vinculación *a priori* entre los estados mentales de un sujeto y su comportamiento, o el ataque a la introspección de la tradición cartesiana. La tesis central del conductismo lógico es que los conceptos psicológicos denotan ciertas disposiciones de la conducta, por lo que consideran un error suponer que los estados mentales deben referirse a estados internos del sujeto que no son observables. Dicho de otro modo, cuando decimos que «Juan deseaba X» solo estaríamos verificando el condicional en subjuntivo de que, si se dieran ciertas circunstancias observables, ese sujeto se comportaría de ciertos modos y maneras determinadas. Lo que sustituye al enunciado «tengo la intención de realizar X» es la tendencia a realizarlo. Los términos disposicionales contienen una declaración de probabilidad que les confiere un carácter de pronóstico. No describen ningún acontecimiento, sino que contienen un enunciado sobre lo que pasaría o podría pasar si la persona que tiene una propiedad disposicional se encontrase en un estado determinado. Por esta razón, estos términos no son susceptibles de ser definidos de forma completa, sino que solo admiten una explicación parcial, pues es necesario acudir a otros hechos empíricos que nos permitan utilizar los conceptos psicológicos. Lo curioso de esta propuesta es que la determinación de estados mentales a través de determinadas formas de comportamiento ya había sido introducida varios siglos antes, aunque no como una reflexión filosófica, sino como consecuencia de una práctica judicial específica destinada a probar la intención del

acusado, que fue conocida como doctrina del *dolus ex re* o *dolus in re ipsa*, cuyos orígenes se remontan hasta el Derecho romano. Hruschka ha sostenido que, si bien los antiguos argumentos del *dolus ex re* han desaparecido formalmente del lenguaje jurídico, aún siguen siendo utilizados por los tribunales y por la mayoría de las personas en su vida cotidiana. Así, lo habitual es que cuando alguien palidece y empieza a temblar, deducimos que tiene miedo; o que cuando alguien lanza flechas y acierta en el punto central, deducimos que está apuntando y que actúa con esa intención.

22) La indeterminación ontológica genera lagunas en la subsunción. Un estado mental puede estar indeterminado cuando falta de información acerca de los hechos, sea que se desconozca el contenido inmaterial (dualismo), las conexiones neuronales (algunas monistas), o las conductas realizadas (conductismo). Esto se conoce como «lagunas de conocimiento». Además de ellas, suelen surgir «lagunas de reconocimiento», que se refiere a los casos en que resulta dudoso si un hecho concreto puede ser subsumible (o no) en un determinado estado mental, debido a la vaguedad semántica de los términos empleados para delinear los supuesto de hecho abstractos. Aun cuando no existan dudas semánticas sobre los estados mentales (sin lagunas normativas) y aun cuando se conozcan perfectamente todos los extremos fácticos del caso (sin lagunas de conocimiento), siempre cabe la posibilidad de que se presente una circunstancia atípica e insólita y escape a las reglas que hacen aplicables un estado mental. Esta clase de lagunas pueden ser mitigadas, hasta cierto punto, mediante la introducción de términos técnicos que se conocen como «indicadores».

23) Si para los conductistas un estado mental denota exclusivamente una disposición de la conducta, es decir una tendencia o probabilidad de comportarse de una determinada manera si se dieran ciertas circunstancias, entonces es necesario definir cuáles son las condiciones normales en que una conducta podría desencadenar sus efectos si se quieren evitar lagunas de reconocimiento. En otras palabras, es necesario explicar ¿cómo se comporta una persona que cree que puede alcanzar un resultado?, o bien, ¿cómo actúa una persona que tiene una intención? Tener un dominio sobre cuáles son estas condiciones equivale a tener un relativo control en la imputación de un estado mental. Estas condiciones nunca podrían ser previstas completamente de antemano, pues existe una infinidad de condiciones anormales que solo podrán ser advertidas en los casos individuales, por ello la determinación de los indicadores depende –en última instancia–

de las facultades que tienen los usuarios para reconocer una circunstancia como normal (o anormal) en el uso correcto de un concepto psicológico. Por ello, la vía más promisoría para reducir esta clase de lagunas es que la doctrina fije un catálogo abierto de indicadores que conceptualmente sugiera al intérprete que la acción desplegada por el autor realiza una determinada clase de delito.

BIBLIOGRAFÍA:

ACERO, *Lenguaje y Filosofía*, Ed. Octaedro, 1993.

ALBRECHT, «Unsicherheitszonen des Schuldstrafrechts», GA, 1983.

ALCÁCER GUIRAO, *La tentativa inidónea*, Ed. Comares, 2000.

ALCHOURRÓN, «Sobre el Derecho y lógica», *ISONOMÍA*, N° 13, 2000.

ALCHOURRÓN/BULYGIN, «Definiciones y Normas», en ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Análisis lógico y Derecho*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

- LOS MISMOS, «Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico», *Análisis Lógico y Derecho*, Ed. CEC, 1991.
- LOS MISMOS, *Sistemas Normativos. Introducción a la metodología de las Ciencias jurídicas*, 2ª ed., 2012, Ed. Astrea.

ALEXY, «Interpretazione giuridica», Enciclopedia delle Scienze Sociali, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1996.

ALVAREZ, «Reasons for action, acting for reason, and rationality», *Synthese*, N° 195, 2018.

ALWART, *Recht und Handlung. Die Rechtsphilosophie in ihrer Entwicklung vom Naturrechtsdenken und vom Positivismus zu einer analytischen Hermeneutik des Rechts*, Ed. Mohr Siebeck, 1987.

ANSCOMBE, *Intención*, trad. Stellino, Ed. Paidós, 1991.

AQUINO, *La suma Teológica*, tomo II, trad. por Martínez Casado, Ed. Biblioteca de Autores Cristianos, 1993.

ARENA, «La identificación de la acción individual», *Analisi e Diritto*, 2008.

ARISTÓTELES, *De Anima III*,

- EL MISMO, *Ética a Nicómaco*, 1110a, trad. por Calvo Martínez, Ed. Alianza, 2001.

ARMSTRONG, «The causal Theory of the Mind», en LYCAN (ed.), *Mind and Cognition*, Ed. Blackwell, 1990.

ATIENZA, «La Dogmática Jurídica como Tecno-praxis», en CARBONELL/OTROS, *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo. Estado constitucional*, tomo IV, volumen 1, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, 2015.

ATRIA, «Sobre lagunas», en ATRIA/BULYGIN/MORESO/NAVARRO/RODRÍGUEZ/RUIZ MANERO, *Las lagunas en el derecho. Una controversia sobre el derecho y la función judicial*, Ed. Marcial Pons, 2005.

AUSTIN, *Cómo hacer cosas con las palabras*, 3ª ed., Ed. Paidós, 2017.

AYER, *El problema del conocimiento*, Ed. Eudeba, 1968.

BACIGALUPO ZAPATER, «Presunción de inocencia, in dubio pro reo y recurso de casación», *ADPCP*, nº 2, 1988.

- EL MISMO, «La Función del concepto de Norma en la dogmática penal», *Lecciones y Ensayos*, Nº 51, 1989.

BAKER/HACKER, *Wittgenstein: Understanding and Meaning*, 2005.

BALDÓ LAVILLA, «Observaciones metodológicas sobre la construcción de la teoría del delito», en *Libro Homenaje a Claus Roxin*, 1997, Ed. Bosch

BAR, *Gesetz und Schuld im Strafrecht*, vol. II, Ed. J. Guttentag, 1907.

BARBERIS, «Un poco de realismo sobre el realismo Genovés», en FERRER BELTRÁN/RATTI, *El realismo jurídico Genovés*, Ed. Marcial Pons, 2011.

BEKKER, *Theorie des Heutigen deutschen Strafrechts*, vol. 1, Ed. Hirzel, 1857,

BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, 1964, Ed. Aalen.

- EL MISMO, *Grundzüge des Strafrechts*, 3ª ed., Ed. Mohr Siebeck, 1905.
- EL MISMO, *La doctrina del delito-tipo*, trad. Soler, Librería El Foro, 2002.

BENTHAM, *An introduction to the principles of Morals and Legislation*, Ed. Oxford University, 1789.

- EL MISMO, *Of Law in general*, Ed. The Athlone, 1970.

BERNER, *Grundlinien der criminalistischen Imputationslehre*, Ed. Sauer & Auvermann, 1968.

BINDING, «Strafgesetzgebung, Strafjustiz und Strafrechtswissenschaft in normalem Verhältnis zu einander», *ZStW*, 1881.

- EL MISMO, *Die Normen und Ihre Übertretung*, tomo I, 4º ed., Ed. von Wilhelm Engelmann, 1922.
- EL MISMO, *Die Normen und Ihre Übertretung*, tomo II, 2º ed., 1º parte, Ed. von Wilhelm Engelmann, 1914.
- EL MISMO, *Handbuch des Strafrechts*, vol. I, Ed. Duncker & Humblot, 1885.
- EL MISMO, *La Culpabilidad en Derecho Penal*, trad. Cancio Meliá, Ed. BdeF, 2009

BIX, *Jurisprudence theory and context*, 2ª ed., Ed. Sweet & Maxwell, 1999.

BOBBIO, «Normas primarias y secundarias», en EL MISMO, *Contribución a la Teoría del Derecho*, Ed. Debate, 1990.

- EL MISMO, *Iusnaturalismo y Positivismo Jurídico*, Ed. Trotta, 2015.

BRANDOM, *Hacerlo explícito*, Ed. Herder, 2005.

BRATMAN, «Intention», en GUTTENPLAN (ed.), *A companion to the Philosophy of Mind*, Ed. Blackwell, 1995.

- EL MISMO, «Two faces of intention», *The philosophical Review*, vol. 93, Nº 3, 1984.
- EL MISMO, *Intentions, Plans, and Practical Reason*, Ed. Harvard University, 1987.

BRENTANO, *Psicología desde el punto de vista empírico*, trad. Sánchez-Migallón, Ed. Sígueme, 2020.

- EL MISMO, *Psychologie von empirischen Standpunkt*, Ed. Felix Meiner, 1925, p. 124.

BUCHANAN, *The Philosophy of Human Nature*, Ed. John A. Grimes, 1812.

BULYGIN, «Dogmática Jurídica y Sistematización del Derecho», en ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Análisis Lógico y Derecho*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1981.

BULYGIN, «Lógica Deóntica», en ALCHOURRÓN, *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, 7, Ed. Trotta, 1995.

- EL MISMO, «Los jueces ¿crean derecho?», *Isonomía*, vol.18, 2003.

- EL MISMO, «Normas, Propositiones normativas y enunciados jurídicos», en ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Análisis Lógico y Derecho*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

BUNG, *Wissen und Wollem in Strafrecht*, Ed. Vitorio Klostermann, 2009.

BUNGE, *Buscar la filosofía en las Ciencias Sociales*, Ed. Siglo XXI, 1999.

- EL MISMO, *La investigación científica: su estrategia y su filosofía*, 2ª ed., Ed. Ariel, 2000.

BÜNGER, «Über Vorstellung und Wille als Elemente der Subjektivn Verschulddung», *ZStW*, 6, 1886.

BURKHARDT, «Die Aufgabe des Strafrechts und die Legitimation von Strafe bei Welzel», en PAWLIK et Al., *Lebendiges und Totes in der Verbrechenslehre Hans Welzels*, 2015, Ed. Mohr Siebeck.

- EL MISMO, «La teoría final de la acción de Welzel y la teoría filosófica de la acción», trad. Silva Olivares, en FRISCH/JAKOBS/KUBICIEL/PAWLIK/STUCKENBERG, *Lo vivo y la muerto en la teoría del delito de Hans Welzel*, Ed. Universidad Externado de Colombia, 2022.

CAFFERATA NORES, *La prueba en el proceso penal*, 3º ed., Ed. Depalma, 1998, p. 192.

CARNAP, «Psicología en lenguaje fisicalista», en AYER (comp.), *El positivismo lógico*, Ed. FCE, 1978.

- EL MISMO, *Meaning and Necessity*, Ed. The University of Chicago, 1947.

CARPZOV, «Practica nova imperialis Saxonica rerum criminalium», Ed. Balthasaris Christophori Wustii, 1635.

CEREZO MIR, «El ‘versari in re illicita’ en el Código Penal», ADPCP, N° 15, 1962.

- EL MISMO, *Curso de Derecho Penal español*, 2º ed., Ed. Tecnos, 1998

CHIASSONI, *El discreto placer del Positivismo Jurídico*, Ed. Universidad Externado de Colombia, 2016.

- EL MISMO, *La tradición analítica en la Filosofía del Derecho*, Ed. Palestra, 2017.
- EL MISMO, *Técnicas de interpretación jurídica. Brevario para juristas*, trad. Luque Sánchez y Narváez Mora, Ed. Marcial Pons, 2011.

CHISHOLM, *Perceiving: a philosophical study*, Ed. Cornell University, 1957.

- EL MISMO, *Theory of Knowledge*, Ed. Englewood Cliffs, 1966.

COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho Penal Parte General*, 5ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, 1999.

COMANDUCCI, *Razonamiento jurídico. Elementos para un modelo*, ED. Fontamara, 1999.

COPI, «Essence and Accident», *Journal of Philosophy*, 1952.

CORCOY BIDASOLO, «Concepto dogmático y jurisprudencial del dolo», *Revista Fundación internacional de Ciencias Penales*, 2012.

- LA MISMA, «En el límite entre dolo e imprudencia», *ADPCP*, 1985.
- LA MISMA, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, 2ª ed., Ed. B de F, 2013.
- LA MISMA, «Imputación objetiva en el delito imprudente», *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 24, 1994

- LA MISMA, «Normativización del dolo e ignorancia deliberada», *Conferencia magistral de académica española Mirentxu Corcoy en Universidad Mayor*, 2015

CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código Penal*, tomo I, p. 213.

- EL MISMO, *Culpabilidad y Pena*, Ed. Bosch.

CÓRDOBA, F. «dolo y evitabilidad individual», *Pensar en Derecho*, N° 1, 2012.

- EL MISMO, «Evitabilidad individual y lesividad en la teoría del delito», *Indret*, N° 3, 2015.
- EL MISMO, *La evitabilidad del error de prohibición*, Ed. Marcial Pons, 2012.

CRAMER/STERNBERG-LIEBEN, «§ 15», en SCHÖNKE/SCHRÖDER/CRAMER, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 26ª ed., 2001.

DANCY, *Practical Reality*, Ed Oxford University, 2000.

DANTO, *Analytical philosophy of knowledge*, Ed. Cambridge University, 1968.

DAVIDSON, «Acciones, Razones y Causas», en *Ensayos sobre acciones y Sucesos*, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, 1995.

- EL MISMO, «Adverbs of Action», *Essays on Actions and Events*, 2º ed., Oxford Press, 2002.
- EL MISMO, «De la acción», en *Ensayos sobre acciones y Sucesos*, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, 1995.
- EL MISMO, «La individuación de los sucesos», en *Ensayos sobre acciones y Sucesos*, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, 1995.

- EL MISMO, «Sucesos Mentales», en *Ensayos sobre sucesos y acciones*, Ed. UNAM, 1995

DE LA FUENTE, *¿Que prohíben las normas de comportamiento?*, Ed. Universidad Externado de Colombia, 2019.

DENNETT, *Darwin's Dangerous Idea*, Ed. Penguin Books, 1995.

DESCARTES, *Meditaciones Metafísicas con objeciones y respuestas*, 1977.

DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, Ed. Tirant lo blanch, 1994.

DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos del delito. Bases Metodológicas*, Ed. Tirant lo Blanch, 1990.

DUTTGE, «§ 15», en JOECKS/MIEBACH (eds.), *MiKoStGB*, 3ª ed., 2017.

EINSTEIN, «Geometry and Experience», en *Sidelights on relativity*, Ed. Methuen & Co. 1922.

ENDICOTT, *La vaguedad en el Derecho*, Ed. Dykinson, 2006.

ENGELMANN, *Die Schuldlehre der Postglossatoren und ihre Fortentwicklung*, Ed. Duncker & Humblot, 1895.

ENGISCH, «Der Unrechtstatbestand im Strafrecht, eine kritische Betrachtung zum heutigen Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit im Strafrecht», en VON CAEMMERER et Al., *Hundert Jahre deutsches Rechtsleben: Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860 – 1960*, Tomo 1, Ed. Müller, 1960.

- EL MISMO, *La teoría de la libertad de la voluntad en la actual doctrina filosófica del derecho penal*, trad. Guzmán Dalbora, Ed. B de F, 2006.

- EL MISMO, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, Ed. Scientia Aalen, 1967.

EXNER, *Das Wesen der Fahrlässigkeit*, Ed. Franz Deuticke, 1910.

FALLON, «The Meaning of Legal ‘Meaning’ and Its Implications for Theories of Legal Interpretation», *University of Chicago Law Review*, Nº 82 (3), 2015.

FEIJÓO SANCHEZ, «La teoría de la ignorancia deliberada en Derecho Penal: una peligrosa doctrina jurisprudencial», *InDret*, Nº 3, 2015.

- EL MISMO, *El Dolo eventual*, Ed. Olejnik, 2018.

FEINBERG, *Doing and Deserving*, Ed. Princeton University, 1970.

FERRAJOLI, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Ed. Trotta, 1995.

FEUERBACH, *Kritik des Kleinschrodischen Entwurfs zu einem peinlichen Gesetzbuche*, 2º tomo, Gießen, 1804..

- EL MISMO, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*, 14º ed., Gießen, 1847.
- EL MISMO, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, 2º parte, Ed. Scientia Aalen, 1966.
- EL MISMO, *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*, trad. Zaffaroni, Ed. Hammurabi, 1989.
- EL MISMO, *Über Philosophie und Empirie in ihrem Verhältnis zur positiven Rechtswissenschaft*, Ed. Joseph Attenkofer, 1804.

FIGUEROA RUBIO, «Reconocer y Explicar lo que hacemos. Una lectura de la agencia humana desde las observaciones de Ludwig Wittgenstein», en ORMEÑO KARZULOVIC

(ed.), *Acciones, razones y agentes. Ensayos sobre teoría de la acción e imputabilidad jurídica y moral*, Ed. LOM, 2016.

FLETCHER, «La Ciencia del derecho penal desde el punto de vista del derecho comparado», en MUÑOZ CONDE (Coord. Versión española), *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*, Ed. Tirant Lo Blanch, 2004.

- EL MISMO, *Rethinking Criminal Law*, Ed. Oxford University, 2000.

FODOR, *El lenguaje del pensamiento*, Ed. Alianza, 1984.

FRANK, «Vorstellung und Wille in der modernen Doluslehre» *ZStW*, N° 10, 1890.

- EL MISMO, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, Ed. Hirschfeld, 1897.

FREUND, *Normative Probleme der "Tatsachenfeststellung": eine Untersuchung zum tolerierten Risiko einer Fehlverurteilung im Bereich subjektiver Deliktsmerkmale*, Ed. C.F. Müller, 1987.

FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, trad. Cuello Contreras, Ed. Marcial Pons, 2004.

- EL MISMO, «sobre el futuro del Derecho penal de la culpabilidad», en FEIJOO SÁNCHEZ, *Derecho Penal de la Culpabilidad y Neurociencias*, Ed. Civitas, 2012.
- EL MISMO, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, Ed. C.F. Müller, 1988.
- EL MISMO, *Vorsatz und Risiko*, Ed. Heymanns, 1983.

GAEDE, «§ 15», en MATT/RENZIKOWSKI (ed.), *StGB Kommentar*, Ed. Franz Vahlen, 2013.

GARCÍA AMADO, «Tópica, Derecho y Método Jurídico», *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 4, 1987.

GARCÍA CARPINTERO, «El funcionalismo», en BRONCANO (ed.), *La mente humana*, Ed. Trotta, 2007.

GETTIER, «Is Justified True Belief Knowledge?», *Analysis*, vol. 23, 1963.

GIMBERNAT ORDEIG, «¿tiene futuro la dogmática jurídicopenal?», en *Estudios de Derecho Penal*, 3ª ed., Ed. Tecnos, 1990.

- EL MISMO, «Acerca del dolo eventual», en *Estudios de Derecho penal*, 3.º ed., Ed. Tecnos, 1990.
- EL MISMO, «Algunos aspectos de la reciente doctrina jurisprudencial sobre los delitos contra la vida (dolo eventual, relación parricidio-asesinato)», *ADPCP*, 1990.
- EL MISMO, «Sobre los conceptos de omisión y de comportamiento», *ADPCP*, 1987.
- EL MISMO, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Ed. Reus, 1966.

GIUFFRÉ, *La repressione criminale nell'esperienza romana*, Ed. Jovene, 1998.

GOLDIE, «Explaining Expressions of Emotion», *Mind*, 2000.

GÓMEZ MARTÍN, «Concepto de Acción y Función clasificatoria: una retrospectiva metodológica», en SILVA SÁNCHEZ et Al (coord.), *Estudios de Derecho Penal Homenaje al prof. Santiago Mir Puig*, Ed. B de F, 2017.

GONZÁLEZ LAGIER, «¿La tercera humillación? Sobre neurociencia, filosofía y Libre albedrío», en TARUFFO/NIEVA FENOLL, *Neurociencia y proceso penal*, Ed. Marcial Pons, 2013.

- EL MISMO, «Buenas razones, malas intenciones», *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 26, 2003.
- EL MISMO, «Filosofía de la mente y prueba de los estados mentales», *Questio facti. Revista Internacional sobre razonamiento probatorio*, nº 3, 2022.
- EL MISMO, «La prueba de la intención y la explicación de la acción», *ISEGORIA*, nº 35, 2006.
- EL MISMO, *Acción y Norma en G.H. von Wright*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1995.
- EL MISMO, *Las paradojas de la acción humana. Una introducción a la teoría de la acción humana desde el punto de vista del derecho y de la filosofía*, 2ª ed., Ed. Marcial Pons, 2013.

GORPHE, *La crítica del testimonio*, Ed. Hammurabi, 2007.

GRASNICK, *Über Schuld, Strafe und Sprache*, Ed. Mohr Siebeck, 1987.

GRECO, «Dolo sin voluntad», *Nuevo Foro Penal*, nº 88, 2017.

GUASTINI, «El escepticismo ante las reglas replanteado», *Discusiones*, nº 11, 2012.

- EL MISMO, «Realismo jurídico redefinido», en NUÑEZ VAQUERO (coord.), *Modelando la Ciencia Jurídica*, Ed. Palestra, 2014.
- EL MISMO, «Rule-Scepticism Restated», en GREEN/LEITER (ed.), *Oxford Studies in Philosophy of Law: vol. 1*, Ed. Oxford University, 2011.
- EL MISMO, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, 3ª ed., Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, 2001.

- EL MISMO, *Interpretar y argumentar*, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.
- EL MISMO, *La sintaxis del Derecho*, Ed. Marcial Pons, 2016.
- EL MISMO, *Teoría Analítica del Derecho*, Ed. Zela, 2017.

GUEST, «Logic in Law», en GUEST (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence*, Ed. Oxford University, 1961.

HABERMAS, *Pensamiento Postmetafísico*, Ed. Taurus Humanidades, 1990.

- EL MISMO, *Teoría de la acción Comunicativa 1*, Ed. Taurus Humanidades, 1999.

HACKER, *The intellectual Powers. A Study of human Nature*, Ed. Wiley-Blackwell, 2013.

HAFFKE, «El significado de la distinción entre Norma de Conducta y Norma de Sanción para la imputación jurídico-penal», en SCHÜNEMANN/FIGUEIREDO DIAS, *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho Penal. Libro-Homenaje a Claus Roxin*, Ed. Bosch., 1995.

HART, «American Jurisprudence through English Eye: The nightmare and the Nobel dream», *Georgia Law Review*, vol. 11, 1977.

- EL MISMO, «The Adscription of Responsibility and Rights», *Proceedings of the Aristotelian Society*, 1948
- EL MISMO, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Ed. Clarendon, 1983.
- EL MISMO, *Punishment and Responsibility*, Ed. Oxford University, 1973.

HASS, «La doctrina penal de la imputación», *Indret*, N° 1, 2016.

HASSEMER, «Los elementos característicos del dolo», *ADPCP*, tomo 43, 1990.

- EL MISMO, *Fundamentos del Derecho Penal*, Ed. Bosch, 1984.
- EL MISMO, *Persona mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal*, Ed. Temis, 1999.

HEGEL, *Ciencia de la Lógica*, trad. por Mondolfo, Ed. Solar, 1982.

HERNÁNDEZ MARÍN, *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, 2º ed., Marcial Pons.

HERZBERG, «Das Wollen beim Vorsatzdelikt und dessen Unterscheidung vom bewusst fahrlässigen Verhalten» (2º parte), JZ, 1988.

- EL MISMO, «Das Wollen beim Vorsatzdelikt und dessen Unterscheidung vom bewusst fahrlässigen Verhalten» (1º parte), JZ, 1988.
- EL MISMO, «Der Vorsatz als 'Schuldform', als 'aliud' und als 'Wissen und Wollen?'», en *Festschrift 50-Jahre BGH*, v. IV, C.H. Beck, 2000.
- EL MISMO, «Die Abgrenzung von Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit - ein Problem des objektiven Tatbestandes», JuS, 1986.

HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, «Sostiene Barberis. Consideraciones sobre el trayecto genovés desde el realismo jurídico al constitucionalismo», en FERRER / RATTI (ed.), *El realismo jurídico genovés*, Ed. Marcial Pons, 2011.

- EL MISMO, *Principios de filosofía del lenguaje 2. Teoría del significado*, Ed. Alianza, 1992.

HINTIKKA, *Knowledge and Belief*, Ed. Cornell University, 1962.

HIPPEL, *Die Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit: eine dogmatische Studie*, Ed. S. Hirzel, 1903.

- EL MISMO, *Rechtstheorie und Rechtsdogmatik*, Ed. Vittorio Klostermann, 1964.

HOLMES, «The Path of the law», en *Collected Legal Papers*, Ed. Harcourt, Brace and Co., 1920.

HONIG, «Kausalität und objektive Zurechnung», HEGLER (coord.) *Festgabe für Reinhard von Frank zum 70 Geburtstag*, Ed. Mohr Siebeck, 1930.

HRSUCHKA, «Reglas de comportamiento y Reglas de imputación», *Imputación y Derecho Penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, Ed. Thomson Aranzadi, 2005.

- EL MISMO, «La conducta de la víctima como clave para un sistema de los delitos patrimoniales que llevan consigo sustracción», *Imputación y Derecho Penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, Ed. Thomson Aranzadi, 2005
- EL MISMO, *Strukturen der Zurechnung*, Ed. De Gruyter, 1976.
- EL MISMO, «¡Repensar el Derecho Penal!», *Imputación y Derecho Penal*, Ed. Thomson Aranzadi, 2005.
- EL MISMO, «¿puede y debería ser sistemática la dogmática jurídico-penal?», *Imputación y Derecho Penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, Ed. Thomson Aranzadi, 2005.
- EL MISMO, «Imputation», *Brigham Young University Law Review*, nº 669, 1986.
- EL MISMO, «Kant, Feuerbach y los fundamentos del derecho penal», en MONTIEL, *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, Ed. Marcial Pons, 2012.
- EL MISMO, «Sobre la difícil prueba del dolo», en *Imputación y Derecho Penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, Ed. Thomson Aranzadi, 2005. (HRUSCHKA, «Über Schwierigkeiten mit dem Beweis des Vorsatzes», en *FS-Kleinknecht*, 1985)

- EL MISMO, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode: Systematisch entwickelte Fälle mit Lösungen zum Allgemeinen Teil*, 2º ed., Ed. Gruyter, 1988.

HRUSCHKA/BYRD, *Kant's Doctrine of Right: A Commentary*, Ed. Cambridge University, 2010.

HUGHES/LONDEY, *The Elements of Formal Logic*, Ed. Methuen, 1965.

JAEN VALLEJO, «La evolución del concepto de dolo», CPC, nº 131, 2021.

JAKOBS, «La indiferencia como dolo indirecto», trad. Pérez del Valle, en ZUGALDÍA ESPINAR/LÓPEZ BARJA DE QUIROGA (coords.), *Dogmática y ley penal: Libro Homenaje a Bacigalupo*, Marcial Pons, 2004.

- EL MISMO, «Comportamiento evitable y sistema del derecho penal», trad. Cancio Meliá, en *Estudios de Derecho Penal*, Ed. Civitas, 1997.
- EL MISMO, «Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico», trad. Peñaranda Ramos, en *Estudios de Derecho Penal*, Ed. Civitas, 1997.
- EL MISMO, «Dolus malus», *Indret*, Nº 4, 2009.
- EL MISMO, «El comportamiento evitable», trad. Cancio Meliá, en *Estudios de Derecho Penal*, Ed. Civitas, 1997.
- EL MISMO, «El concepto jurídico penal de acción», trad. Cancio Meliá, en *Estudios de Derecho Penal*, Ed. Civitas, 1997.
- EL MISMO, «Sobre el tratamiento de los defectos volitivos y de los defectos cognitivos», trad. Suárez González, en *Estudios de Derecho Penal*, Ed. Civitas, 1997

- EL MISMO, *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed., trad. Cuello Contreras y Serrano González, Marcial Pons, 1997.
- EL MISMO, *Kritik des Vorsatzbegriffs*, Ed. Mohr Siebeck, 2020.
- EL MISMO, *Norm, Person, Gesellschaft. Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*, 3.ª ed., Ed. Duncker & Humblot, 2008.
- EL MISMO, *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, Ed. De Gryter, 1972.

JESCHECK, *Tratado de Derecho Pena: Parte General*, 3ª ed., trad. Mir Puig y Muñoz Conde, ed. Bosch, 1981.

JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal Parte General*, 5ª ed., trad. Olmedo, Ed. Comares, 2002.

JIMENEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo V, Ed. Losada, 1950. JIMENEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, vol. V, Losada, 1958.

JUSTINIANO, *El Digesto de Justiniano*, tomo III (trad. d' Ors y otros), libro XLIV, título IV, fragmento 1, párrafo 2º, Pamplona, 1975.

KANT, *Crítica de la razón pura*, trad. Morente, Ed. Victoriano Suarez, 1928.

- EL MISMO, *Crítica del juicio*, Tecnos, 2007.
- EL MISMO, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, 1ª ed., trad. por García Morente y García Trevijano, Ed. Tecnos, 2005.
- EL MISMO, *La metafísica de las costumbres*, 4º ed., trad. Cortina Orts y Conill Sancho, Ed. Tecnos, 2008.
- EL MISMO, *Principios metafísicos de la ciencia de la naturaleza*, trad. Másmela, Ed. Alianza, 1989.

KAUFMANN, «El dolo eventual en la estructura del delito», trad. Suárez Montes, *ADPCP*, 1960.

- EL MISMO, *Teoría de las Normas. Fundamentos de la dogmática penal moderna*, trad. Bacigalupo y Garzón Valdés, Ed. Depalma, 1977.

KELSEN, *¿Qué es la Justicia?*, trad. Calsamiglia, Ed. Ariel, 1957.

- EL MISMO, «Norm and Value», *California Law Review*, vol.54, 1966.
- EL MISMO, «Preface. On interpretation», trad. Núñez Vaquero, *Eunomía*, N° 1, 2011.
- EL MISMO, «Value Judgments in the Science of Law», en *What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science*, Ed. University of California, 1957.
- EL MISMO, «What is the Pure Theory of Law?», *Tulane Law Review*, vol.34, 1960.
- EL MISMO, *General Theory of Law and State*, Ed. Harvard University, 1949.
- EL MISMO, *Teoría Pura del Derecho*, trad. Vernengo, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, 1982.

KINDHÄUSER, «Zur Logik der Zurechnung. Anmerkungen zum Straftatmodell Joachim Hruschkas», en JOERDEN/SCHUHR, *Strafrecht und Rechtsphilosophie. Zugleich Gedächtnisschrift für Joachim Hruschka*, Ed. Duncker & Humblot, 2019

- EL MISMO, «¿La indiferencia como dolo?», KINDHÄUSER/GARCÍA CAVERO/PASTOR, en *Cuestiones actuales de Derecho Penal general y patrimonial*, Ed. ARA, 2005.
- EL MISMO, «Acerca de la delimitación entre dolo e imprudencia», trad. De la Vega, *Revista Jurídica Mario Alario D' Filippo*, 2012.

- EL MISMO, «Acerca de la fundamentación de las exigencias de cuidado», *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 22, 2015.
- EL MISMO, «Acerca del Concepto jurídico penal de Acción», trad. De la Vega Martinis, *Cuadernos de Derecho Penal*, 2012.
- EL MISMO, «Acerca del objeto y la tarea de la ciencia penal del derecho penal», *Derecho Penal contemporáneo Revista Internacional*, 2019.
- EL MISMO, «Causalidad e imputación del resultado», trad. Mañalich Raffo, en *Crítica a la teoría de la imputación objetiva y función del tipo subjetivo*, Ed. Grijley, 2007.
- EL MISMO, «Der Vorsatz als Zurechnungskriterium», *ZStW*, N° 96, 1984.
- EL MISMO, «El tipo subjetivo en la construcción del delito», *InDret*, N° 4, 2008.
- EL MISMO, «imputación objetiva y subjetiva en el delito doloso», trad. Pastor Muñoz, *ADPCP*, vol. LIX, 2006.
- EL MISMO, «La protección de los bienes jurídicos por medios de las prohibiciones de lesión y exposición al peligro», en *Derecho Penal de la culpabilidad y conducta peligrosa*, Ed. Universidad Externado de Colombia, 1996.
- EL MISMO, «Zu Gegenstand und Aufgabe der Strafrechtswissenschaft», en JOERDEN/SCHMOLLER, *Rechtsstaatliches Strafen.: Festschrift für Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Keiichi Yamanaka zum 70. Geburtstag*, Ed. Duncker & Humblot, 2017.
- EL MISMO, *Analytische Strafrechtswissenschaft*, tomo I, Ed. Nomos, 2021.
- EL MISMO, *Analytische Strafrechtswissenschaft*, tomo II, Ed. Nomos, 2021
- EL MISMO, *Gefährdung als Straftat*, Ed. Vittorio Klostermann, 1989.

- EL MISMO, *Intentionale Handlung. Sprachphilosophische Untersuchungen zum Verständnis von Handlung im Strafrecht*, Ed. Duncker & Humblot, 1980.
- EL MISMO, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 6.^a ed., Ed. Nomos, 2013.
- EL MISMO «Acerca de la distinción entre error de hecho y error de derecho», en FRISCH/PUPPE/KINDHÄUSER/GRÜNWALD/PAEFFGEN, *El error en el Derecho Penal*, Ed. Ad-Hoc, 2010

KIRCHMANN, *Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, Ed. Springer, 1848.

KLUG, «Der Handlungsbegriff des Finalismus als methodologisches Problem», en KLUG (ed.), *Philosophie und Recht: Festschrift fuer Carl August Emge*, Ed. Steiner, 1960.

KLUG, *Problemas de la filosofía y de la pragmática del Derecho*, Ed. Fontamara, 2002.

KÖHLER, *Die bewußte Fahrlässigkeit*, Ed. Carl Winter, 1982.

- EL MISMO, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Ed. Springer, 1997.
- EL MISMO, *Studien aus dem Strafrecht*, vol. 1, Ed. Bensheimer, 1890.

KRIES, *Die Prinzipien der Wahrscheinlichkeitsrechnung: Eine logische Untersuchung*, vol. II, Ed. Mohr Siebeck, 1886.

KÜHL, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4^a ed., Ed. Vahlen Jura, 2002.

LACKNER/KÜHL, *Strafgesetzbuch: Kommentar*, 25^o ed., Ed. Beck, 2004.

LAURENZO COPELLO, *Dolo y conocimiento*, Ed. Tirant lo Blanch, 1999.

LESCH, «Dolus directus, indirectus und eventualis», *JA*, 1997.

LIBET/GLEASON/WRIGHT/PEARL, «Time of conscious intention to act in relation to onset of cerebral activity (readiness- potential): The unconscious initiation of a freely voluntary act», en *Brain*, nº 106-3.

LIZ, *Perspectivas actuales en Filosofía de la mente*, Ed. la Dirección General de Universidades, 2001.

LÖFFLER, *Die Schuldformen des Strafrechts. In vergleichend-historischer und dogmatische Darstellung*, Ed. Hirschfeld, 1895.

LÓPEZ SAIZ / CODÓN, *Psiquiatría Jurídica penal y civil*, tomo II, 3ª ed., 1969, Ed. Aldecoa.

LUCAS, *Die subjektive Verschuldung im heutigen deutschen Strafrechte*, Ed. Decker, 1883.

LUZÓN PEÑA, «Alcance y Función del Derecho Penal», *ADCPC*, 1989.

- EL MISMO, *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, 3ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, 2016.

LUZZATI, *La política de la legalidad. El rol del jurista en la actualidad*, Ed. Marcial Pons, 2013.

MACKIE, *Persons, and Values. Selected Papers II*, Ed. Oxford Clarendon, 1985.

MANRIQUE/NAVARRO/PERALTA, *La relevancia de la dogmática penal*, Ed. Universidad del Externado de Colombia, 2011.

MAÑALICH, , «La imprudencia como estructura de imputación», *Revista de Ciencias Penales*, Vol. XLII, Nº3, 2015.

- EL MISMO, «¿Reglas del Entendimiento? Acerca de la Juridificación de la comunicación en la pragmática Universal de Jürgen Habermas», *Estudios Públicos*, N° 119, 2010.
- EL MISMO, «El concepto de la acción y el lenguaje de la imputación», *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n° 34, 2012.
- EL MISMO, «El dolo como creencia predictiva», *Revista de Ciencias Penales*, vol. XLVII, 2020.
- EL MISMO, «La exculpación como categoría del razonamiento práctico», *InDret*, N° 1, 2013.
- EL MISMO, «La imprudencia como estructura de imputación», *Revista de Ciencias Penales*, XLIII, N° 3, 2015.
- EL MISMO, «La tentativa de delito como hecho punible. Una aproximación analítica», *Revista Chilena de Derecho*, vol. 44, n.º 2, 2017.
- EL MISMO, «Norma e imputación como categorías del hecho punible», *Revista de Estudios de Justicia* n° 12, 2010.
- EL MISMO, «Norms, Authority, and Practical Reason», *Rechtsphilosophie Zeitschrift für die Grundlagen des Rechts*, N° 4, 2022.
- EL MISMO, «Tentativa, error y delito putativo», *Política Criminal*, vol .14, N° 27, 2019.
- EL MISMO, *Norma, Causalidad y Acción*, Marcial Pons, 2014.
- EL MISMO, *Nötigung und Verantwortung*, Ed. Nomos, 2009.

MARMOR, *Interpretation and Legal Theory*, 2º ed., Ed. Hart, 2005..

MARRONE, *Istituzioni di Diritto Romano*, Ed. Palumbo, 1994.

MARTÍ, «El Realismo Jurídico: ¿una amenaza para el liberalismo y la democracia?», *Isonomía*, 2002.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La Imputación objetiva*, Ed. Edersa, 1992.

MAURACH, *Tratado de Derecho Penal*, trad. Córdoba Roda, Ed. Ariel, 1962.

MAYER, *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, 2ª ed., Ed. Carl Winter Ed., 1923

- EL MISMO, *Derecho penal. Parte general*, 1ª ed., trad. Politoff Lifschitz, Ed. B de F, 2007.
- EL MISMO, *Normas Jurídicas y Normas de Cultura*, trad. Guzmán Dalbora, Ed. Hammurabi, 2000.

MEZGER, «Die Subjektiven Unrechtselemente», *Der Gerichtssaal*, N° 89, 1924.

- EL MISMO, *Derecho Penal Libro de Estudio*, trad. Núñez, Ed. Lerner, 1958.
- EL MISMO, *Tratado de Derecho Penal*, tomo 1, trad. Rodríguez Muñoz, Editorial Revista de Derecho Privado, 1946.

MIR PUIG, «Antijuridicidad Objetiva y Antinormatividad en Derecho Penal», *ADPCP*, 1994.

- EL MISMO, «Conocimiento y voluntad en el dolo», en JIMÉNEZ VILLAREJO (dir.), *Elementos subjetivos de los tipos penales*, Ed. Consejo General del Poder Judicial, 1994.
- EL MISMO, «La perspectiva *ex ante* en derecho penal», *ADPCP*, 1983.

- EL MISMO, «Valoraciones Normas y Antijuridicidad Penal», RECPC, N° 06-02, 2004.
- EL MISMO, *Derecho Penal Parte General*, 10ª ed., Ed. Reppertor, 2016.
- EL MISMO, *Función de la pena y Teoría del Delito en el estado social y democrático de Derecho*, 2º ed., Ed. Bosch, 1982.
- EL MISMO, *Introducción a la bases del Derecho Penal*, 2ª ed., B d F., 2003.

MOLINA FERNÁNDEZ, «La cuadratura del dolo: problemas irresolubles, Sorites y Derecho Penal», en JORGE BARREIRO (coord.), *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Ed. Civitas, 2005.

- EL MISMO, *Antijuridicidad Penal y Sistema del delito*, Ed. Bosch, 2001.

MONTIEL, «Aproximación a las estructuras elementales de la responsabilidad», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Año IX, N° 1, Febrero 2019.

MOORE, *Mechanical Choices: The Responsibility of the Human Machine*, Ed. Oxford University, 2020.

MORESO, *Legal indeterminacy and Constitutional Interpretation*, Ed. Springer, 1998.

MOSTERÍN, «Introducción», en ANSCOMBE, *Intención*, Ed. Paidós, 1991.

- EL MISMO, *Lo mejor posible. Racionalidad y Acción humana*, Ed. Alianza, 2008.

MOYA, «Introducción a la filosofía de Davidson», en DAVIDSON, *Mente, mundo y acción*, ed. Paidós, 1992.

- EL MISMO, *Filosofía de la Mente*, PUV, 2004.

MÜNZBERG, *Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung*, Ed. Vittorio Klostermann, 1966.

MUÑOZ CONDE, prólogo a Díez Ripollés, *Los elementos subjetivos*.

MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal Parte General*, 9ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, 2015.

MYLONOPOULOS, «Vorsatz als Dispositionsbegriff», en FREUND *et Al.* (eds.), *Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag*, Ed. Duncker & Humblot, 2013.

- EL MISMO, *Komparative und Dispositionsbegriffe im Strafrecht*, Ed. Peter Lang, 1998

NIETO/GORDILLO, *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, Ed. Trotta, 2003.

NIEVA FENOLL, *La valoración de la prueba*, Ed. Marcial Pons, 2010.

NINO, *Algunos modelos metodológicos de “ciencia” jurídica*, Ed. Fontamara, 1995

- EL MISMO, *Introducción a la Filosofía de la Acción Humana*, Ed. Eudeba, 1987.
- EL MISMO, *Introducción al análisis del Derecho*, 2º ed. Astrea, 2003.
- EL MISMO, *Los límites de la responsabilidad penal*, Ed. Astrea, 1980.

NÚÑEZ VAQUERO, *Modelando la Ciencia Jurídica*, Ed. Palestra, 2014.

ORTEGA MONASTERIO, «Semiología y aspecto médico-legales de los grandes síndromes psicopatológicos», en AAVV, *Jornadas sobre Psiquiatría Forense*, Ed. Ministerio de Justicia, 1990.

ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC, *Compendio de Derecho Penal Parte General*, 8ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, 2019.

OXMAN, «El dolo como adscripción de conocimiento», *Política Criminal*, vol. 14, nº 28, 2019.

PAEFFGEN, «§ 32», en KINDHÄUSER/NEUMANN/PAEFFGEN, *Nomos Kommentar. Strafgesetzbuch*, 2ª ed., Ed. Nomos, 2005.

PAPAYANNIS, «¡Basta de vehículos en el parque! Una defensa de la distinción entre la interpretación en abstracto y en concreto», en CHIASSONI/COMANDUCCI/RATTI, *L'arte della distinzione. Scritti per Riccardo Guastini*, Ed. Marcial Pons, 2018.

PARDO/PATTERSON, *Minds, Brains, and Law. The conceptual Foundations of Law and Neuroscience*, Ed. Oxford University, 2013.

PAREDES CASTAÑÓN, «Metodología para la imputación del injusto penal», en *Un modelo integral de Derecho Penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*, 2022.

- EL MISMO, «Recensión a Sánchez Málaga, Armando: Una teoría para la determinación del dolo», *InDret*, nº1, 2019.
- EL MISMO, «Problemas metodológicos en la prueba del dolo», *AFD*, 2001.
- EL MISMO, «Dolo y Psicología de sentido común», en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO *et al.* (dirs.), *LH-Luzón Peña*, Ed. Reus, 2020.

PARFIT, «Reasons and motivation», *Proceedings of the Aristotelian Society*, Supplementary vol. nº 71, 1997.

PASTOR, «Libre Albedrío y Responsabilidad jurídica. Tal vez un mito, pero uno muy funcional», en PASTOR/ROCA *Neurociencias y Derecho*, T. 1, 2019, Ed. Hammurabi.

PAWLIK, «Teoría de la ciencia del derecho penal», *Cuadernos de Política Criminal*, 2012.

- EL MISMO, *Confirmación de la norma y equilibrio en la identidad*, Ed. Atelier, 2019.
- EL MISMO, *Das Unrecht des Bürgers. Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenlehre*, Ed. Mohr Siebeck, 2012.

PÉREZ BARBERÁ, «¿Dolo como indiferencia? Una discusión con Michael Pawlik sobre ceguera ante los hechos e ignorancia deliberada», *En Letra Derecho Penal*, Nº 11, 2021.

- EL MISMO, *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*, Ed. Hammurabi, 2011.

PÉREZ MANZANO, «Algunos datos empíricos sobre la atribución de estados mentales: ¿fracaso del principio de responsabilidad subjetiva o de un determinado concepto de dolo?». *RECPC*, 2021.

- EL MISMO, «Dificultad de la prueba de lo psicológico», en VVAA, *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, vol. 2, Ed. Edisofer, 2008.
- EL MISMO, «Elemento volitivo del dolo, responsabilidad por el hecho y responsabilidad subjetiva», en VICENTE REMESAL *et al.* (dirs.), *Libro Homenaje al profesor Luzón Peña*, Ed. Reus, 2020.
- EL MISMO, «Prueba y subsunción en el dolo: una cuestión de garantías constitucionales», en VVAA, *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, Ed. B de F, 2017.

PETROCELLI, *Il delitto tentato*, Padova Ed., 1955.

PHILIPPS, «An der Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit - Ein Modell multikriterieller computergestützter Entscheidungen», en SCHÜNEMANN *et al.*

(eds.), *FS-Roxin*, 2001, Ed. De Gruyter.

- EL MISMO, *Der Handlungsspielraum*, Ed. Vittorio Klostermann, 1974.

PINEDA, *La mente humana*, Ed. Catedra, 2012.

- EL MISMO, *Sobre las emociones*, Ed. Cátedra, 2019.

PITCHER, «Hart on Action and Responsibility», *Philosophical Review*, Nº 69, 2, 1960.

PLACE, «Is Consciousness a Brain process?», *British Journal of Psychology*, 1956, pp. 44-50.

PLATÓN, «*El Fedro*», trad. Eggers Lan, en *Dialogos III y IV*, Ed. Biblioteca clásica Gredos, 1988.

- EL MISMO, «El Menón», en *Diálogos II*, Ed. Gredos, 1987.
- EL MISMO, «Teeteto», en *Diálogos V*, Ed. Gredos, 1988.
- EL MISMO, *La república*, Libro IV;

PORCIÚNCULA, *Lo objetivo y lo subjetivo en el tipo penal*, Ed. Atelier, 2014.

PRIEST, *Teorías y Filosofías de la mente*, Ed. Cátedra, 1994.

PRITTWITZ, «Die Ansteckungsgefahr bei AIDS», *JA*, 1988.

PUPPE, «§ 15», en KINDHÄUSER/NEUMANN/PAEFFGEN, *Nomos Kommentar. Strafgesetzbuch*, 5ª ed., Ed. Nomos, 2017 (existe una versión castellana de la 3ª edición, titulada *La distinción entre dolo e imprudencia. Comentario al art. 15 del Código Penal Alemán*, trad. Sancinetti, 2010).

- LA MISMA, «Beweisen oder Bewerten. Zu den Methoden der Rechtsfindung des BGH, erläutert anhand der neuen Rechtsprechung zum Tötungsvorsatz», *ZIS*, n° 2, 2014.
- LA MISMA, «Causalidad», en *El Derecho penal como ciencia*, Ed. B de F, 2016.
- LA MISMA, «Comprobar, imputar y valorar: Reflexiones semánticas sobre la fundamentación de sentencias penales y la posibilidad de su revisión jurídica», *InDret*, n° 3, 2013.
- LA MISMA, «Der Vorstellungsinhalt des dolus eventuales», *ZStW* N° 103, 1991.
- LA MISMA, «Perspectivas conceptuales del dolo eventual», en LA MISMA, *El Derecho Penal como Ciencia*, 2016.)
- LA MISMA, *Kleine Schule des juristischen Denkens*, 3ª ed., Ed. Vandenhoeck & Ruprecht, 2014.
- LA MISMA, *Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung*, 2ª ed., Ed. Nomos, 2010.
- LA MISMA, *Vorsatz und Zurechnung*, Ed. Decker & Müller, 1992.

PUTNAM, H. «The meaning of meaning», en *Mind, Language and Reality*, Ed. Cambridge University Press, 1975.

QUESADA, *Saber, Opinión y Creencia*, Ed. Ariel, 1998.

QUINE, «Events and Reification», en LEPORÉ/MCLAUGHLIN (eds.), *Actions and Events: Perspectives on the Philosophy of Davidson*, Ed. Oxford Blackwell, 1986.

RADBRUCH, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, Ed. De Gruyter, 2015.

RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Ed. Bosch, 1999.

- EL MISMO, *La ignorancia deliberada en Derecho Penal*, Ed. Atelier, 2007.

RAZ, *From Normativity to Responsibility*, Ed. Oxford University, 2011.

- EL MISMO, *Razón práctica y normas*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- EL MISMO, *The authority of law. Essays on Law and Morality*, Ed. Clarendon, 1983.

RECASÉNS SICHES, *Introducción al Estudio del Derecho*, 12ª ed., Ed. Porrúa, 1997.

RENZIKOWSKI, «Die Unterscheidung von primären Verhaltens- und sekundären Sanktionsnormen in der analytischen Rechtstheorie», en *Festschrift für Karl Heinz Gössel zum 70. Geburtstag*, Ed. Müller, 2002.

ROBLES PLANAS, «Normas de Conducta», *InDret*, nº 1, 2019.

- EL MISMO, *Teoría de las Normas y Sistema del delito*, Ed. Atelier, 2021.

RODRÍGUEZ DEVESA / SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte general*, Ed. Dykinson, 1993,

RODRÍGUEZ, *Teoría Analítica del Derecho*, Ed. Marcial Pons, 2021

ROGÉ SUCH, «La relación entre dolo e imprudencia ¿aliud o plus-minus?», *Indret* Nº 3, 2022.

ROSS, *Lógica de las normas*, trad. Hierro Sánchez Pescador, Ed. Tecnos, 1971.

- EL MISMO, *Sobre el Derecho y la Justicia*, Ed. Eudeba, 2005.

ROXIN, «Contribución a la crítica de la teoría final de la acción», en EL MISMO, *Problemas básicos del Derecho Penal*, trad. Luzón Peña, Ed. Reus, 1976.

- EL MISMO «Unterlassung, Vorsatz und Fahrlässigkeit, Versuch und Teilnahme», en ROXIN/STREE/ZIPF/JUNG, *Einführung in das neue Strafrecht*, 1974, Ed. Beck.
- EL MISMO, «Die Lehre von der objektiven Zurechnung», *National Chengchi Law Review*, vol. 50, 1994.
- EL MISMO, «Finalidad e imputación objetiva», *Cuadernos de Política Criminal*, nº 40, 1990.
- EL MISMO, «Reflexiones sobre la problemática de la imputación en el Derecho penal», trad. Luzón Peña, en *Problemas básicos del Derecho penal*, Ed. Reus, 1976.
- EL MISMO, «Sobre el fin de protección de la norma en los delitos imprudentes», trad. Luzón Peña, *Problemas básicos del Derecho penal*, Ed. Reus, 1976.
- EL MISMO, «Sobre la significación de la sistemática y dogmática del derecho penal», trad. Bustos Ramírez y Hormazabal, *Política Criminal y estructura del delito*, Ed. PPU, 1992.
- EL MISMO, «Zur Normativierung des dolus eventualis und zur Lehre von der Vorsatzgefahr», en ROGALL/PUPPE/STEIN/WOLTER (eds.), *Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag*, 2004.
- EL MISMO, *Derecho Penal. Parte General*, T. I, 2ª ed., Ed. Civitas, 2008.
- EL MISMO, *Política Criminal y Sistema de Derecho Penal*, 2ª ed., trad. Muñoz Conde, Ed. Hammurabi, 2002.
- EL MISMO, *Problemas básicos del Derecho penal*, trad. Luzón Peña, Ed. Reus, 1976.

ROXIN/GRECO, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, tomo I, 5ª ed., Ed. C. H. Beck, 2020.

RUDOLPHI, «Vor § 1», en WOLTER (ed.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, tomo 1, 6ª, Luchterhand, 1997.

- EL MISMO I, «Vorhersehbarkeit und Schutzzweck der Norm in der strafrechtlichen Fahrlässigkeitslehre», JuS, 1969.

RYLE, *El concepto de lo mental*, Ed. Paidós, 2005.

SAFFERLING, *Subjektive Täterelemente im deutschen und englischen Strafrecht*, Ed. Mohr Siebeck, 2008,

SÁNCHEZ MÁLAGA, *Una teoría para la determinación del dolo*, Ed. B de F, 2018

SÁNCHEZ OSTIZ, *Imputación y Teoría del delito*, Ed. B de F, 2018

- EL MISMO, *La libertad del Derecho Penal*, Ed. Atelier, 2014

SANCINETTI, *Subjetivismo e imputación objetiva en derecho penal*, Ed. Ad-Hoc, 1997.

SARRABAYROUSE, «La crisis de la legalidad, la teoría de la legislación y el principio in dubio pro reo», en MONTIEL, *La Crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, Ed. Marcial Pons, 2012.

SAUER, *Allgemeine Strafrechtslehre*, 3ª ed., Ed. De Gruyter, 1955.

SCHAFFSTEIN, *Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts*, Ed. Springer, 1986.

SCHMIDHÄUSER, «Die Grenze zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Straftat («dolus eventualis» und «bewußte Fahrlässigkeit»)), JuS, 1980.

- EL MISMO, «Der Begriff des bedingten Vorsatzes in der neuesten Rechtsprechung des BGH und in § 16 Komm», GA, 1958.
- EL MISMO, «Über Aktualität und Potentialität des Unrechtsbewußtseins», en GEERDS/NAUCKE (eds.), *Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft: Festschrift für Hellmuth Mayer zum 70. Geburtstag*, Ed. Duncker & Humblot, 1966.
- EL MISMO, «Was ist aus der finalen Handlungslehre geworden?», JZ 1986.
- EL MISMO, «Zum Begriff der bewußten Fahrlässigkeit», GA, 1957.
- EL MISMO, *Form und Gehalt der Strafgesetze*, Vandenhoeck & Ruprecht, 1988.
- EL MISMO, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Studienbuch*, 2ª ed., Ed. Mohr, 1984.
- EL MISMO, *Vorsatzbegriff und Begriffsjurisprudenz im Strafrecht*, Ed. Mohr, 1968.

SCHRÖDER, «Aufbau und Grenzen des Vorsatzbegriffes», en SAUER (ed.), *Festschrift für Wilhelm Sauer zu seinem 70. Geburtstag*, Ed. De Gruyter, 1949.

SCHÜNEMANN «Die Gesetzesinterpretation im Schnittfeld von Sprachphilosophie, Staatsverfassung und juristischer Methodenlehre», en KOHLMAN (ed.), *Festschrift für Ulrich Klug zum 70. Geburtstag*, vol. 1, Ed. Deubner, 1983.

- EL MISMO, «Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars» (1º parte), GA, 1985.
- EL MISMO, «Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal», *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*, Ed. Tecnos, 1991.

- EL MISMO, «Moderne Tendenzen In der Dogmatik der Fahrlässigkeits und Gefährdungsdelikte», JA 1975.
- EL MISMO, «Vom philologischen zum typologischen Vorsatzbegriff», en WEIGEND *et al.* (eds.), *Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag*, 1999.

SEARLE, «Una taxonomía de los actos ilocucionarios», *Teorema Revista internacional de filosofía*, vol. 6, nº 1, 1976.

- EL MISMO, *Creando el mundo Social: La estructura de la civilización humana*, Ed. Paidós, 2017.
- EL MISMO, *El misterio de la conciencia*, Ed. Paidós, 2000.
- EL MISMO, *El redescubrimiento de la mente*, trad. Valdés Villanueva, Ed. Crítica, 1996.
- EL MISMO, *Expression and Meaning*, Cambridge University Press, 2005.
- EL MISMO, *Intencionalidad. Ensayo sobre la filosofía de la mente*, trad. Ujaldón Benítez, Ed. Tecnos, 1992.
- EL MISMO, *Razones para actuar*, Ed. Nobel, 2000,

SELLARS, «Action and Events», *Noûs*, vol. VII, 1973.

SETIYA, *Reasons without rationalism*, Ed. Princeton University, 2007.

SHOEMAKER, «Introspection», en GUTTENPLAN (ed.), *A companion to the philosophy of Mind*, 1994.

SILVA OLIVARES, «Dolo, Valoración y la Teoría Final de la acción», en ACEVEDO *et al.* (coord.), *La justicia como Legalidad. Estudios en Homenaje a Luis Ortiz Quiroga*, Ed. Thomson Reuters, 2020.

SILVA SÁNCHEZ, «Los tres ámbitos de la dogmática jurídico penal», *Indret* N° 4, 2019.

- EL MISMO, «Metadogmática jurídico-penal. Sobre el método de elaboración de las reglas doctrinales», en SANTANA VEGA *et Al.* (directores), *Una perspectiva global del Derecho penal. Libro homenaje al profesor Dr. Joan J. Queralt Jiménez*, Ed. Atelier, 2022.
- EL MISMO, «Sobre la “interpretación” teleológica en Derecho Penal», en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/GARCÍA AMADO, *Estudios de Filosofía del Derecho Penal*, Ed. Universidad del Externado de Colombia, 2006.
- EL MISMO, «Straftatsystematik deutscher Prägung: Unzeitgemäß?», *GA*, 2004.
- EL MISMO, *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, 2º ed., Ed. B de F., 2010.
- EL MISMO, *Normas y Acciones en derecho penal*, Ed. Hammurabi, 2003.
- EL MISMO, «Observaciones sobre el conocimiento eventual de la antijuridicidad», *ADPCP*, 1987

SNEDDON, *Action and Responsibility*, Ed. Springer, 2006.

SOLAR CAYÓN, «Karl N. Lewellyn: Algo de realismo sobre el realismo. Los orígenes del realismo jurídico americano», *Eunomía Revista en Cultura de la Legalidad*, 2012.

SOON/BRAAS/HEINZE/HAYNES, «Unconscious determinants of free decisions in the human brain», en *Nature Neuroscience*, n° 11-5, 2008.

STEELE / STEFÁNSSON, «Decision Theory», en *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2020 Edition.

STEIN, «§ 15», en WOLTER, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 9ª ed., 2017.

STRATENWERTH, «Dolus eventualis und bewusste Fahrlässigkeit», *ZStW* N° 71, 1959,

STÜBEL, *System des allgemeinen peinlichen Rechts*, vol. II, Ed. Sommerschen, 1795.

STUCKENBERG, *Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht*, Ed. De Gruyter, 2007.

TARELLO *Diritto, enunciati, Usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Ed. Il Mulino, 1974.

- EL MISMO, *La interpretación de la Ley*, Ed. Palestra, 2013.

TARUFFO, *La prueba de los hechos*, Ed. Trotta, 2017.

TAYLOR, «The Politics of Recognition», en *Multiculturalism: Examining the Politics Recognition*, Ed. Princeton University, 1994.

TORÍO LÓPEZ, «Acción peligrosa y dolo», en JIMÉNEZ VILLAREJO, *Elementos Subjetivos de los tipos penales*, Ed. Consejo General del Poder Judicial, 1994,

- EL MISMO, «El sustrato antropológico de las teorías penales», RFDUC monográfico 11, en *Estudios de Derecho penal en homenaje al Prof. Jiménez de Asúa*, 1986.

TUGENDHAT, *Introducción a la Filosofía Analítica*, trad. Navarro, Ed. Gedisa, 2003.

VALIENTE IVAÑEZ, «La doble dimensión del dolo como criterio de imputación», en GÓMEZ MARTÍN et Al. (dirs), *Libro Homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*, ED. BOE, 2022.

- EL MISMO, «Imputación extraordinaria como modelo de adscripción de responsabilidad jurídico-penal. Ejemplo de la imprudencia», RECPC 22-22, 2020.

VARELA, *Dolo y Error. Una propuesta para una imputación auténticamente subjetiva*, Ed. Bosch, 2016.

VERNENGO, *La interpretación literal de la ley y sus problemas*, 2º ed., Ed. Abeledo Perrot, 1994.

VIDAL/ORTEGA, *Being Brains. Making the cerebral Subject*, 2017, Ed. Fordham.

VIEHWEG, *Tópica y Jurisprudencia*, 2ª ed., trad. Díez-Picazo Ponce de León, Ed Thomson Civitas, 2007.

VILLORO, *Creer, saber, conocer*, 4º ed., Ed. Siglo XXI, 1987.

VIVES ANTÓN, *Fundamentos del Sistema Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, 1996.

VOGEL, «dolo y error», trad. Valls Prieto, *CPC*, nº 95, 2008.

- EL MISMO, «Legislación Penal y Ciencia del Derecho Penal (reflexiones sobre una doctrina teórico-discursiva de la legislación penal)», trad. Sánchez Lázaro, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2003.
- EL MISMO, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Ed. Duncker & Humblot, 1993

VOGEL/BÜLTE, «§ 15», en CIRENER et al (dir.), *Leipziger Kommentar StGB*, vol. 1, 2020.

VOLK, «Begriff und Beweis subjektiver Merkmale», en *50 Jahre Bundesgerichtshof Festgabe aus der Wissenschaft*, 2000, T. IV.

- EL MISMO, «Dolus ex re», en HAFT (ed.), *Strafgerechtigkeit. Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag*, Ed. Müller, 1993.

VON BUBNOFF, *Die Entwicklung des strafrechtlichen Handlungsbegriffes von Feuerbach bis von Liszt unter besonderer Berücksichtigung des Hegelschule*, Ed. Carl Winter, 1966.

VON LISZT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 3ª ed., Ed. Guttentag, 1888.

- EL MISMO, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Ed. de Gruyter, 1970.
- EL MISMO, *Tratado de Derecho Penal*, T II, trad. Jiménez de Asúa de la 20ª ed. alemana, Ed. Hijos de Reus, 1917.

VON WEBER, «Ueber die verschiedenen Arten des Dolus», *NACR*, T. 7, 1825.

VON WRIGHT, «Practical Inference», *The Philosophical Review*, vol. 72, 1963.

- EL MISMO, *Explicación y Comprensión*, trad. Vega Reñón, Ed. Alianza, 1979.
- EL MISMO, *Norma y Acción. Una investigación lógica*, Ed. Tecnos, 1979.
- EL MISMO, *Practical Reason*, Ed. Blackwell, 1983.

WELZEL, «Causalidad y Acción», en *Estudios de Derecho Penal*, Ed. B de F, 2002.

- EL MISMO, «Estudios sobre el Sistema de Derecho Penal», *Estudios de Derecho Penal*, Ed. B de F, 2002.
- EL MISMO, *Derecho penal alemán. Parte general*, 11ª ed., trad. por Bustos Ramírez y Yáñez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, 1970.

- EL MISMO, *Derecho Penal Parte General*, trad. Fontán Balestra, Ed. Depalma, 1956.
- EL MISMO, *El Nuevo Sistema del Derecho Penal*, trad. Cerezo Mir, ed. Ariel, 1964.

WHITE, «Introducción», en *La Filosofía de la Acción*, FCE, 1976,

WISEMAN, *Routledge Philosophy Guidebook to Anscombe's Intention*, Ed. Routledge, 2016.

WITTER, *Grundriß der gerichtlichen Psychologie und Psychiatrie*, Ed. Springer, 1970.

WITTGENSTEIN, *Investigaciones Filosóficas*, Ed. Altaya, 1999.

- EL MISMO, *Los cuadernos azul y marrón*, Ed. Tecnos, 1976.

WOLFF, «Die Grenzen des dolus eventualis und der willentlichen Verletzung», en LACKNER *et al.* (ed.), *Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag*, Ed. De Gruyter, 1973.

WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionellen Straftatsystem*, Ed. Duncker & Humboldt, 1981.

WRÓBLEWSKI, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Ed. Civitas, 1988.