

# El dolo como concepto normativo. Acerca de la delimitación entre dolo eventual e imprudencia

Marco Bustinza Siu<sup>1</sup>

## 1. Introducción<sup>2</sup>

A manera de introducción enunciaremos cuál es nuestro planteamiento del problema en el presente artículo, el cual le otorgará una mayor sistematicidad a nuestra propuesta. Luego de ello enunciaré una hipótesis de investigación que se viene dando en la práctica, la cual cobrará mayor sentido al momento de analizar la tragedia de Utopía, luego analizaremos en una apretada síntesis, como producto de la aplicación del método deductivo-documental aplicado a las teorías reseñadas<sup>3</sup>, cómo la doctrina entiende los términos voluntad y conocimiento. Para luego explicar nuestra toma de postura respecto a los conceptos de dolo e imprudencia y su aplicación práctica.

### 1.1. Planteamiento del problema

La delimitación entre el dolo eventual e imprudencia ha devenido en un problema debido a que las diferentes teorías que han tratado de conceptualizar ambas categorías las han identificado con datos físicos, psíquicos y empíricos, lo cual no ha hecho posible una distinción clara a nivel conceptual; y ello ha repercutido directamente sobre la delimitación entre el dolo eventual e imprudencia.

### 1.2. Hipótesis de Investigación

Debido al problema planteado, nuestra hipótesis de investigación queda descrita de la siguiente manera: *“En nuestro sistema penal, la práctica jurisdiccional y la doctrina nacional no han definido o conceptualizado lo que se debe entender por dolo (dolo eventual) e imprudencia (imprudencia consciente), situación que viene generando una afectación a los intereses y fines del Derecho penal”*.

Entendiéndose por fines la protección de bienes jurídicos cuyo aseguramiento se da a través de un conjunto de normas que conforman nuestro sistema penal<sup>4</sup>. Y

---

<sup>1</sup> Abogado. Magíster en Derecho penal por la Pontificia Universidad Católica del Perú. (PUCP)

<sup>2</sup> El presente artículo constituye un resumen a la tesis que presentara a la Escuela de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú, en marzo de este año.

<sup>3</sup> Tesis inédita: BUSTINZA SIU, Marco Antonio, *Delimitación entre el dolo eventual e imprudencia*, Lima, PUCP, 2014, pp. 55-206

<sup>4</sup> En el presente artículo se obvia toda discusión acerca del fin (o fines) de la pena, pues él (o ellos) han de constituir una inferencia más de los puntos de partida que se desarrollen acerca del fin de

por sistema penal aquél que está configurado por un conjunto de normas directivas de conducta (normas primarias) y por normas de sanción (normas secundarias)<sup>5</sup>, las cuales a su vez se circunscriben a la aplicación y eficacia de los principios de legalidad estricta, de lesividad, de proporcionalidad mínima, de trascendencia mínima, de buena fe (*pro homine*), y de culpabilidad<sup>6</sup>. De la aplicación efectiva de estos principios dependerá si nuestro sistema penal es de *última ratio* o no.

### 1.3. La cuestión en nuestro derecho positivo

Nuestro código penal vigente no constituye impedimento alguno para la explicación del dolo como un concepto normativo, que no se identifique necesariamente con el “conocimiento” o la “voluntad”. Así por ejemplo, el art. 14, sólo menciona un “error” sobre un elemento del tipo penal o respecto a una circunstancia que agrave la pena, es algo que sabremos no porque nuestro ordenamiento así lo determine, sino antes por criterios valorativo-normativos, de racionalidad mínima que operen tanto en la dogmática como a nivel jurisprudencial.

Tampoco el art.12, propone un determinado concepto de dolo; sin embargo señala la exigencia de dolo para la imposición de pena. Con lo cual es posible hacer una interpretación de carácter normativo-valorativa de los artículos 11 °, 12 ° y 14 ° de nuestro sistema positivo congruentes con las exigencias político criminal de nuestro Estado de Derecho<sup>7</sup>.

---

derecho penal. Esa inferencia acerca de los fines de la pena, sin embargo, excede por completo el marco teórico de la presente investigación. En este lugar sólo cabe acotar que un desarrollo coherente dentro de nuestro marco teórico tendría que conducirnos a aceptar como fin de la pena la prevención general negativa en el sentido que lo plantea Ferrajoli. Cf. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón*, Segunda edición, Trotta, Madrid, 1997, p.336.

<sup>5</sup> Cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona, 1992, pp. 311 y ss.

<sup>6</sup> Cf. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, PG, 3ra. reimpresión., Grijley, Lima, 2009, pp.89 y ss. Cf. ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR, PG, Segunda edición, Temis-Ediar, Buenos Aires, 2002, pp.110 y ss.

<sup>7</sup> En los anteproyectos de Código penal, tanto del 2004 como del 2009, se define al dolo de la siguiente manera: “La ley penal siempre describe la infracción dolosa. La infracción culposa debe estar expresamente establecida por ley”. Asimismo el error de tipo y error de prohibición, se define de la siguiente manera: “El error sobre un elemento del tipo penal o sobre una circunstancia que atenúe o agrave la pena, si es invencible, excluye la responsabilidad, la agravación o la atenuación. Si fuere vencible, la infracción será castigada como culposa cuando se hallare prevista en la ley.

El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal, excluye la responsabilidad. Si el error fuera vencible se atenuará la pena. En cuanto al error de tipo, se agrega la posibilidad que el error de tipo se produzca sobre una causa de atenuación”. Cf. *Anteproyecto de Ley de Reforma del Código Penal*. Título Preliminar (Principios Generales) y Libro Primero (Parte General), Congreso de la República del Perú, Lima, 2009, pp.34 y ss. Una retrospectiva de la evolución de la técnica legislativa a través de las codificaciones de 1862, 1924, y 1991, se puede hallar en: ARMAZA GALDÓS, Julio, ARMAZA, Emilio José, *Digesto de Derecho Penal Peruano*, Tomo II, Criminalistas del siglo XIX, Pangea, Arequipa, 2013.

## 2. Voluntad en sentido psicológico y voluntad en sentido descriptivo

En la doctrina contemporánea como ha quedado demostrado por Puppe<sup>8</sup>, la discusión sobre el dolo en términos de voluntad está impregnado de diversos sentidos, polisémicos. Algunas veces se designa la voluntad como un estado mental, algo que ocurre literalmente en la cabeza del autor, una entidad empírica que pertenece al universo psíquico de alguien. La proposición: “la voluntad del autor estaba dirigida a matar a X”, tendría un contenido empírico, una cuestión de hecho, referida a un estado de las cosas. Aquí la voluntad es entendida en sentido psicológico-descriptivo.

También es posible entender la voluntad en sentido atributivo-normativo. Aquí la voluntad ya no es una entidad interna que ocurre en la psique de alguien, sino una atribución, esto quiere decir una forma de interpretar el comportamiento con amplia independencia respecto a la situación psíquica del autor. Decir: “la voluntad del autor estaba dirigida a X”, significa en base a esta comprensión, que hay algo dentro de la cabeza del autor que es susceptible de ser designado por el término voluntad, pero sin que se pueda comprender de mejor manera el comportamiento del autor, de alguna forma se aproxima a aquello que realizó y se considera plenamente responsable por ello.

Las diferencias se hacen más claras si imaginamos el caso de un estudiante que no estudia ante la víspera de un examen, recibe la llamada de un amigo, sale, bebe, no duerme y llega directo de la discoteca a hacer el examen. Puede ser que el lamente con sinceridad sus malos resultados: “Mi voluntad no era que esto ocurriese” o “fue sin querer”. Un amigo honesto le dirá: “No reclames, tu quisiste ser reprobado”. En este pequeño diálogo, el estudiante utiliza el término voluntad en sentido psicológico-descriptivo, y el amigo en sentido atributivo normativo<sup>9</sup>.

### 2.1. Teorías volitivas y teorías cognitivas del dolo

¿En qué sentido usa la doctrina el termino voluntad?, acaso la voluntad es equiparable con la realización del tipo, o el conformarse con el resultado, no queda claro si la voluntad debe ser entendida en sentido psicológico descriptivo o atributivo normativo. La definición de dolo aceptada generalmente por los buenos manuales es la del “conocimiento y voluntad de realizar el tipo objetivo”. Según esta concepción el dolo tendría un doble contenido psicológico, uno correspondiente al componente cognitivo y otro correspondiente al volitivo. En la primera de ellas significa que en la subjetividad del autor tendría que haber una

<sup>8</sup> PUPPE, Ingerborg, La distinción entre el dolo e imprudencia, Trad. Marcelo Sancinetti, Hamurabi, Buenos Aires, 2010, pp. 31 y ss.

<sup>9</sup> Para una delimitación más exacta de los sentidos psicológicos descriptivos y atributivos normativos, la dogmática del dolo recurre a la filosofía del lenguaje y de la mente. Tal aporte puede verse en las tesis de Pérez Barberá, Molina Fernández, Puppe y Kindhäuser, entre otros.

especie de fotografía de la realidad, una especie de imagen de cómo el mundo se encontraba en el momento de la acción del sujeto y después de él. Luego de este componente cognitivo, el dolo presupone la voluntad en sentido psicológico, una toma de postura por parte del autor respecto de esa fotografía interna o mejor dicho de esa imagen mental que opera en su subjetividad. Al autor le podría “serle indiferente”, o haber aprobado, o consentido<sup>10</sup>, o haberse “tomado en serio la realización del tipo”<sup>11</sup>, o haberse “decidido contra el bien jurídico”<sup>12</sup>, o haberse “apropiado de las condiciones constitutivas del injusto”<sup>13</sup>, o la imputación a título de dolo podría simplemente depender de la teoría que se defiende<sup>14</sup>; y solamente cuando se comprueba la existencia empírica de los dos componentes psíquicos estaría justificado un reproche doloso. Este grupo de posturas dualistas, que exige conocimiento y voluntad para que se configure el dolo, son denominadas como teorías volitivas.

Obsérvese que las objeciones formuladas a las teorías volitivas contra la inclusión de este elemento en el concepto de dolo, no se refieren a problemas de definición, ni a problemas de prueba. Estos problemas están claros que existen. El primero de ellos, el problema de definición, se puede predicar de las diversas teorías volitivas reseñadas, cada una refiriéndose a un dato psíquico diverso- consentimiento, asunción del riesgo, asunción aprobadora del riesgo, decisión contra el bien jurídico, etc., encontrando un déficit explicativo entre todas las teorías al no saber cuáles son las diferencias sustantivas entre unas y otras. El segundo de los problemas, es el problema de la prueba, respecto al hecho que cualquiera sea la definición que se considera correcta respecto al elemento volitivo, nunca será realmente posible probar su existencia de manera compatible con las exigencias del principio de presunción de inocencia e in dubio pro reo, por causa del llamado

---

<sup>10</sup> Como lo sostienen las teorías de la aprobación o del consentimiento, este grupo de teorías surgen a partir de un caso paradigmático en la jurisprudencia alemana, denominado como el caso de la correa de cuero en donde autores como Maurach se muestran partidarios de dicha teoría. Cf. MAURACH, Reinhart, ZIPF, Heinz, PG, Astrea, Buenos Aires, 1995, Nro. 22, n.ºm. 1 y ss.

<sup>11</sup> Cf. STRATENWERTH, Günther, PG, Trad. Manuel Cancio Meliá/ Marcelo Sancinetti, Hamurabi, Buenos Aires, 2005, Nro.8, n.ºm.61.

<sup>12</sup> ROXIN, Claus, PG, Trad. Diego Manuel Luzón Peña/Miguel Díaz García Conlledo/ Javier Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997, pp.425 y ss.

<sup>13</sup> Como lo sostiene la tesis Schroth, en DÍAZ PITA, María del Mar, *El dolo eventual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp.208 y ss.

<sup>14</sup> Cf. Supra nota 2, como lo hacen las denominadas teorías integradoras desarrolladas en nuestra tesis en pp. 178-192. con especial énfasis al planteamiento de Prittwitz sobre el particular. Cf. FEIJÓO, Bernardo, *El dolo eventual*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2002, pp. 116-142. Estas teorías parten de considerar a determinados indicadores suficientes como para fundamentar el dolo. En sentido muy similar la tesis de Kaufmann, en KAUFMANN, Armin, *El dolo eventual y la estructura en la teoría del delito*, Trad. Suárez Montes, ADPCP, 1960. Congruentes con estos postulados la tesis de Hassemer o también denominada en nuestro trabajo de investigación como el dolo como concepto disposicional. Cf. HASSEMER, Winfried, *Los elementos característicos del dolo*, ADPCP, 1990. En nuestro ámbito hispano americano, muy próxima a la tesis de Hassemer, DÍAZ PITA, María del Mar, *El dolo eventual*, pp.301 y ss.

Una crítica que demuestra que estas perspectivas se aproximan al derecho penal de autor, se puede encontrar en la tesis de Puppe, en: PUPPE, Ingerborg, *La distinción entre dolo e imprudencia*, trad. Marcelo Sancinetti, Hamurabi, Buenos Aires, pp. 84 y ss.

acceso privilegiado que tiene el autor respecto a sus estados mentales<sup>15</sup>, en rigor ello siempre será posible de tener en consideración si se tiene en cuenta el estado mental preferido por una teoría volitiva, sin que el juez, como aplicador de normas de sanción, tenga que comprobar un estado mental o si el sujeto está mintiendo. El hecho que existan condenas por dolo en casos en los que no ha habido confesión por parte del acusado, revela en el fondo, que la voluntad entendida en sentido psicológico descriptivo nunca fue tomada muy en serio.

La objeción que compone la espina dorsal del presente artículo, es que la voluntad es irrelevante para el apartamiento o evitabilidad de una norma directiva de conducta que sólo puede ser vulnerada por un comportamiento doloso e imprudente, y a partir de allí justificar el tratamiento más severo que debe recibir aquél que actuó con dolo. De forma independiente a los dos problemas mencionados, de definición y de prueba, consideramos que el elemento volitivo puede ser definido con mayor claridad y probado con mayor precisión, de no ser así no debería conformar parte del concepto de dolo, sino sólo como su base empírica, hasta que no haya un fundamento suficiente. La objeción principal se basa, por lo tanto en la fundamentación.

## **2.2. El contenido psicológico del dolo: Conocimiento**

Ahora bien, que el dolo presupone conocimiento, también parece, a primera vista, claro. El término “conocimiento” padece de la misma ambigüedad a lo que nos referíamos respecto a la voluntad. Así pues el conocimiento designa más que un estado mental una actitud interna de cara a comprender lo que es objeto de representación del sujeto. El conocimiento es entendido en un sentido psicológico descriptivo, o también puede ser entendido como una interpretación, vale decir en sentido atributivo normativo. La pregunta por lo tanto es la siguiente: ¿Debe el dolo si quiera tener un rasgo de un componente psicológico, o afirmar el dolo en un determinado comportamiento presupone un conocimiento en sentido psicológico? Los defensores de la doctrina dominante que respondan esta pregunta de modo afirmativo, tienen que ser capaces de otorgar razones que fundamenten porqué la conducta que presenta un mayor conocimiento presenta un mayor contenido de desvalor que una conducta que actúa sin conocimiento. Estas razones que se esgriman han de tener una potencia conceptual suficiente para explicar el tratamiento más severo que recibe el dolo frente a la imprudencia; más severo, en primer lugar por su extensión: pues la mayor parte de los delitos se

---

<sup>15</sup> Sobre el particular es importante el desarrollo del término en las corrientes de la filosofía de la mente e de la epistemología, véase los estudios compilados en: CRUZ, Manuel, *Filosofía contemporánea*, Taurus, Madrid, 2002, pp.273 y ss.

pune por una realización dolosa, y no imprudente<sup>16</sup>, y sólo unos casos en donde se funda el dolo se pune por tentativa, y desde luego también por consideraciones punitivas.

En las diferentes teorías reseñadas en el presente trabajo de investigación se entiende el conocimiento como una entidad de carácter psicológico descriptivo. Así por ejemplo en las teorías de la representación en su primer desarrollo en donde se encuentran autores como Mayer, Sauer y Welzel, relacionan a la representación con la probabilidad subjetiva de la realización típica, y ella atiende básicamente a lo que el sujeto se representa como probable, y ello generaría ciertas arbitrariedades pues no se sabría a ciencia cierta qué porcentaje es el necesario para la realización típica un 50%, 60, o 70%; argumento que por lo demás puede ser llevado al absurdo, por depender única y exclusivamente de la subjetividad del sujeto<sup>17</sup>.

En las teorías de la posibilidad<sup>18</sup>, el dolo es entendido como conocimiento de las posibles circunstancias de la realización del tipo y la imprudencia como desconocimiento o error de tipo o de prohibición, una de las objeciones centrales que se la ha hecho a esta teoría es la vaguedad del término conocimiento, y por ello ha sido rechazada por la doctrina mayoritaria al ampliar en demasía el ámbito del dolo, ello lleva a esta teoría a consecuencias indeseables como equiparar el dolo de puesta en peligro con el dolo eventual de lesión, como es sabido, el concepto-objeto de ambas clases de dolo es distinto, pues el dolo de puesta en peligro concreto empieza en un nivel más bajo que el peligro de dolo, ello en respeto irrestricto al principio de lesividad del art. IV del título preliminar que usa la conjunción de la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos tutelados por ley, lo cual denota dos significados distintos. Así por ejemplo, quien desconsideradamente deja de respetar la prioridad de paso de otro conductor, o que, al adelantársele, le corta el paso de tal manera que este tiene que frenar o desviarse, causa un peligro concreto para su salud y su vehículo, pero no aplica un método apto para lesionar la integridad corporal o dañar una cosa, en tanto se tenga la chance real de impedir la colisión frenando o desviándose.

Las teorías denominadas de la representación con especial énfasis en el aspecto subjetivo, hacen depender la distinción entre dolo e imprudencia sólo y exclusivamente del sustrato psíquico del autor cognoscente, y que incluso pasa a hacer distinciones de carácter empírico respecto a la psique de las personas (que inclusive se puede predicar de las tesis como las de Frisch<sup>19</sup>, en donde su tesis no deja de tomar elementos volitivos y emocionales, lo cual no significa que su tesis tenga como centro la representación de un riesgo jurídicamente desaprobado,

<sup>16</sup> Los tipos imprudentes que el legislador ha previsto son quince y se encuentran en los artículos: 111°, 124°, 141°, 210°, 229°.2, 278°, 282°, 288°, 304°, 307°.2, 330°.3, 331°.2, 372°.2, 387°.3 y 414°.3. Cf. VILLA STEIN, Javier, PG, tercera edición, Grijley, Lima, 2008, p.262.

<sup>17</sup> Cf. RAGUÉS I VALLÉS, Ramón, El dolo y su prueba en el proceso penal, Bosch, Barcelona, 1999, pp.66-81.

<sup>18</sup> Cf. ROXIN, PG, pp.433-435.

<sup>19</sup> Cf. PÉREZ BARBERÁ, Gabriel, El dolo eventual, Hamurabi, Buenos Aires, 2010, p.372, nota 469.

como hemos podido apreciar casi ninguna teoría de la representación ha podido abandonar de forma absoluta los elementos emotivos y emocionales o de actitud interna), o mejor dicho de entender el conocimiento en forma psicológico descriptiva.

Finalmente las teorías del riesgo o denominadas en el trabajo de investigación como segundo renacimiento de la teoría de la probabilidad<sup>20</sup> intentan basar sus teorías en criterios objetivos, como el peligro jurídico penalmente relevante, y se esfuerzan por hacer una distinción entre dolo e imprudencia de carácter cualitativo, de índole o de aliud, y en otros desarrollos teóricos de carácter cuantitativo o de plus- minus, y es aquí donde entra a tallar la teoría de la probabilidad, a la cual dotan de un contenido específico, no siempre uniforme y que halla su fundamento en una diversidad de criterios, que al momento de explicar nuestra tesis abordaremos.

Pese a ello, consideramos que el conocimiento en términos psicológicos descriptivos, es necesario para la conformación de nuestro concepto de dolo, pues conforma una base empírica imprescindible, porque solo el conocimiento genera dominio sobre la realización del hecho, dominio del hecho<sup>21</sup> que justifica una punición más severa por aumentar las necesidades de prevención, como la responsabilidad de quien actúa.

### **2.3. Crítica principal a la teorías cognitivas y normativas del dolo**

Ahora bien, es posible recurrir a un contra-argumento un tanto común entre los defensores de la teoría de la voluntad, de que una teoría cognitiva o normativa del dolo expande de manera excesiva el alcance del dolo, y transformar este argumento en una tesis negativa en donde el elemento volitivo es necesario, porque sólo puede operar como una restricción de la punibilidad<sup>22</sup>. En cuanto a esto último es preciso hacer tres observaciones. La primera es que la exigencia del elemento volitivo pocas veces es tomada en serio por sus defensores, que acostumbran, las más de las veces a atribuirla o negarla, valiéndose de criterios objetivos, como la intensidad del peligro<sup>23</sup>, o lo que es peor recurriendo a intuiciones difíciles de explicar. La teoría normativa que a continuación expondré, pune menos, piénsese en casos en donde el riesgo jurídicamente desaprobado por el sujeto es de una entidad irrelevante, o si el conocimiento del que se vale no es ontológicamente (realidad) o nomológicamente (norma directiva de conducta) acertado (acorde con la 8va. conclusión), como contrapunto de nuestra propuesta es posible encontrar en nuestra jurisprudencia, no sólo en el Caso Utopía, Sentencias que fundan el dolo partiendo de teorías volitivas, de manera que estos resultados a nivel jurisprudencial podrían ser fácilmente negados a partir de una

<sup>20</sup> Cf. Supra nota 3.

<sup>21</sup> Entiende también el conocimiento como dominio del hecho. GRECO, LUIS, *Dolo sem vontade*. Una versión sobre este artículo se puede obtener en internet.

<sup>22</sup> ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR, PG, p.520.

<sup>23</sup> Cf. RAGUÉS I VALLÉS, Ramón, *El dolo...* pp.200-207.

teoría normativa del dolo o si se quiere desde el punto de vista empírico por una teoría cognitiva basada en una teoría de la probabilidad lógica. Y tercero porque se dice que punir menos es siempre algo positivo. Es superficial suponer que punir menos será siempre una buena razón, porque toda razón para punir al menos se torna en su ausencia como una razón para punir más. Por ello, exigir el elemento volitivo, denota por un lado que quien actué sin voluntad quedará impune frente a una posible pena por dolo, y por otro que en quien se presente la voluntad recibirá una pena más grave, de allí que no se sepa el porqué de la relevancia de esa voluntad.

Ninguno de los fundamentos mencionados logra convencer. Eso significa que si continuamos puniendo por dolo basados en la voluntad y el conocimiento en sentido psicológico descriptivo, estaríamos puniendo basados en algo cuyo fundamento desconocemos. En tanto los defensores de las teorías volitivas y de las teorías cognitivas de orden psicológico descriptivo, no ofrezcan mejores fundamentos, parece necesario abandonar esta concepción en favor de un dolo normativo que cuente con criterios propios de esta naturaleza, cuya base empírica no sólo sea la voluntad o el conocimiento (datos psíquicos), sino también otras clase de datos físicos, empíricos, fácticos que puedan influir en el resultado típico.

Uno de los objetivos de nuestro artículo no es sino, el de cuestionar las posturas de corte volitivo y de corte cognitivo de carácter psicológico-descriptivo que contienen a su vez elementos de actitud interna para diferenciar las categorías de dolo e imprudencia y creen encontrar a través de tales posturas una diferenciación cualitativa. Para ello hemos analizado si el conocimiento, en sentido psicológico-descriptivo está justificado y si la exigencia de la voluntad en sentido psicológico-descriptivo también se halla justificada. Para ahora explicar nuestra propuesta desde una perspectiva normativa valorativa en donde se respeten las exigencias de orden político criminal en un Estado de Derecho. Esta exigencia se encuentra una afirmación del Profesor Claus Roxin que ha guiado las presentes reflexiones, en su libro “Política Criminal y Estado de Derecho”<sup>24</sup> cuyo original data de 1970, en donde afirma: “Únicamente el dolo confiere a un suceso sus contornos delimitados. Si se prescinde de él, como lo ha hecho el llamado sistema “clásico” bajo el influjo del poderoso naturalismo se llega forzosamente a una ampliación de la extensión de la pena, que desde el punto de vista del Estado de Derecho, es objetable”.

### **3. Concepto de dolo e imprudencia**

A continuación haré una breve referencia a las distinciones y definiciones que puede alcanzar el dolo básico o eventual y la imprudencia desde el punto de vista de la filosofía del lenguaje o semiótica. Así por ejemplo una aproximación sintáctica será sólo de carácter formal, ya que en ella se hace una abstracción del

---

<sup>24</sup> 2da. reimpresión, trad. Muñoz Conde, Hamurabi, Buenos Aires, 2002, p.70.



significado y objeto de referencia de los signos, con lo cual el objeto de referencia viene a constituirse por una relación entre signos no interpretados. En tanto que las interpretaciones de carácter semántico estudian la relación entre signos usados en contextos específicos. Por otra parte las definiciones de carácter pragmático hacen referencia a las definiciones de carácter formal y cuyo campo de conocimiento se ocupa de las particularidades de los actos del habla, es decir de las particularidades comunicativas en la práctica comunicativa cotidiana<sup>25</sup>.

Sin ánimo de exhaustividad pasaré brevemente a explicar lo que se entiende por dolo e imprudencia desde el punto de vista sintáctico y desde el punto de vista pragmático, ocupando un lugar posterior en nuestra exposición el sentido semántico de ambas categorías.

Pues bien, desde el punto de vista sintáctico el dolo es una propiedad de un caso genérico, es decir algo a ser subsumido en un caso individual, desde esta perspectiva el dolo no puede ser un hecho psíquico, ni físico, ni institucional, tal como lo describen las diferentes teorías estudiadas, tampoco puede ser un juicio adscriptivo como sostienen Hruschka<sup>26</sup> o Ragués i Vallés,<sup>27</sup> porque el dolo no es una propiedad empírica que se atribuye a una persona sino una propiedad normativa<sup>28</sup> que caracteriza al presupuesto abstracto previsto en una norma primaria o directiva de conducta como condición de su aplicación de una solución determinada. No está de más mencionar que en un proceso penal lo que se atribuye a un ciudadano es la posesión o no de determinados datos psíquicos al momento de la acción, v.gr.- conocimiento, intención, actitudes internas<sup>29</sup>. Todas estas características, indicadores o indicios objetivos como los sostienen las teorías integradoras<sup>30</sup>, son útiles siempre y cuando el concepto semántico de dolo o imprudencia, como propiedades definitorias de un caso genérico permita considerar tales datos como relevante o irrelevantes<sup>31</sup>.

---

<sup>25</sup> ECO, Umberto, *Semiotics and Philosophy of Language*, Indiana University Press, 1983, p.53. Una aproximación más exacta a nuestro campo de conocimiento y tal vez la mayor contribución a la dogmática del dolo, partiendo de los fundamentos de la filosofía analítica se puede encontrar en KINDHÄUSER, Urs, *La lógica de la construcción del delito*, Trad. Juan Pablo Mañalich, Taller de ciencias penales de UNMSM, Setiembre, 2009, pp. 1-11., en donde extrae consecuencias interesantes para las definiciones de dolo e imprudencia.

<sup>26</sup> HRUSCHKA, Joachim, *Sobre la difícil prueba del dolo*, en *Imputación y Estudios de Derecho penal*, segunda edición, B de F, Buenos Aires, 2009, pp.181-197.

<sup>27</sup> RAGUÉS I VALLÉS, Ramón, *El dolo*, pp.357 y ss.

<sup>28</sup> PÉREZ BARBERÁ, Gabriel, *El dolo eventual*, pp. 171 y ss. En el mismo sentido: PUPPE, *La distinción entre dolo e imprudencia*, pp.121 y ss. Coincide en tanto el dolo como la imprudencia comparten la misma estructura normativa: MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, *Antijuricidad penal y sistema del delito*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pp. 573 y ss.

<sup>29</sup> Como las postuladas por las teorías eclécticas. Cf. FEIJÓO, Bernardo, *El dolo eventual*, pp. 52 y ss.

<sup>30</sup> HASSEMER, WINFRIEND, Los elementos característicos del dolo, pp.909 y ss.

<sup>31</sup> En este sentido PUPPE, INGERBORG, *La distinción*, pp. 84 y ss., y PÉREZ BARBERÁ, Gabriel, *El dolo eventual*, pp.171 y ss.

Desde el punto de vista pragmático el dolo e imprudencia no son conceptos que describen y explican una determinada situación empírica sino que enjuician conforme a las particularidades comunicativas de una sociedad determinada, entiéndase por ello la dación o elaboración de determinados tipos legales, cuya estructura está conformada por normas primarias o de conducta y normas secundarias o de sanción.

En el presente artículo se ha dotado de un contenido conceptual al dolo e imprudencia desde el punto de vista semántico, basados en las siguientes salvedades: 1) Definir al dolo también importa una definición de imprudencia. 2) La definición de dolo que se ofrece en el trabajo de investigación es la definición de un dolo básico, o sea del dolo eventual. 3) Se hace una definición del “concepto de dolo” la cual es equiparable a lo que el dolo hace referencia, es decir, al denominado “concepto-objeto”.

Desde el punto de vista semántico se han dado las siguientes definiciones, *el dolo es un reproche objetivo cuando el sujeto desde una perspectiva ex ante pudo prever objetivamente de forma privilegiada el apartamiento de una norma directiva de conducta, imprudencia por el contrario es también un reproche objetivo cuando el sujeto desde una perspectiva ex ante pudo prever objetivamente de forma atenuada el apartamiento de una norma directiva de conducta.*

Es de advertir que la definición de ambas categorías (dolo e imprudencia) está sujeta a un margen de imprecisión un problema que como afirma Roxin<sup>32</sup> opera en todos los conceptos jurídicos ya que: “es inevitable que quede una inseguridad residual”. Opinión que también es sostenida por Popper en su libro: “*La lógica de la investigación científica*”<sup>33</sup> en donde sostiene que el criterio a utilizar en el conocimiento científico no es el de la *verificabilidad* de los sistemas sino el de *falsabilidad*, es decir que no es necesario que un sistema científico pueda ser seleccionado de una vez y para siempre, en un sentido positivo; pero sí que sea susceptible de selección en un sentido negativo por medio de contrastes y pruebas empíricas, por ello *ha de ser posible refutar por la experiencia un sistema científico empírico*. Así, según el ejemplo popperiano, el enunciado “lloverá o no lloverá mañana” no se considerará empírico, por el simple hecho que no puede ser refutado; mientras que este otro: “lloverá aquí mañana” debe considerarse empírico por ser refutable. Es lo que se pretende al dotar de una definición acerca de lo que debería entenderse como dolo e imprudencia; conceptos que han de ser verificables a través de la base empírica con la que se cuente en un caso concreto.

---

<sup>32</sup> ROXIN, PG, p.447.

<sup>33</sup> K.R.POPPER, *La lógica de la investigación científica*, Tecnos, Madrid, 1962.

Sin embargo, es necesario comprobar si nuestras definiciones acerca de dolo e imprudencia son coherentes con los fines del derecho penal y con el sistema penal.

En primer lugar sostenemos que la diferencia entre dolo e imprudencia es graduable; así que un comportamiento *doloso* se dará *cuando el sujeto ha de tener ex ante tuvo una previsibilidad objetiva de forma privilegiada de apartarse de norma directiva de conducta*, por el contrario el comportamiento *imprudente* acaecerá *cuando el sujeto desde una perspectiva ex ante tuvo una previsibilidad objetiva atenuada de apartarse de la norma directiva de conducta*. Al ser una definición de carácter semántico se podría afirmar que dolo e imprudencia son propiedades empíricamente no independientes, pues una, imprudencia, es condición necesaria, pero no suficiente de dolo, y porque el dolo es condición suficiente, pero no necesaria de imprudencia; esto es lo que en el fondo subyace en ambos conceptos, pero debe insistirse en que esta regla de correspondencia se da sólo a un nivel semántico. Por lo tanto la relación conceptual entre dolo e imprudencia se da de modo comparativo, es decir la relación es de *plus-minus* sólo de gradualidad; pues ambos comportamientos lesionan una norma directiva de conducta y son sancionables a través de las normas secundarias o de sanción.

### **3.1. Elucidación de los términos utilizados en nuestra definición semántico-normativa**

En las definiciones de dadas sobre el dolo e imprudencia, se parte de la premisa que ambos comportamientos disvaliosos son un reproche objetivo a una acción jurídico penalmente relevante. Que se trate de un reproche quiere decir que se trata de un juicio de valor, y que se trate de un reproche objetivo denota dos cosas: en primer lugar que se trata de un reproche fundado en una norma de sanción y no en un parecer subjetivo individual, el emisor del reproche es el propio sistema jurídico (legislador). Y en segundo lugar denota que el objeto del reproche es una acción y no un autor, ello en respeto irrestricto al principio de proscripción de responsabilidad objetiva, recogido en el art. VII del Título preliminar del Código penal vigente, además de ello cabe señalar que el reproche individual queda reservado para otro estadio de la teoría del delito como el de la culpabilidad<sup>34</sup>.

Un reproche es por lo tanto, un juicio de valor con un contenido específico, se expide negativamente sobre lo que se valora. Y en su acepción negativa, significa: “contario a una norma directiva de conducta” (objetivamente válida). Todo reproche objetivo, es por antonomasia un juicio de valor normativo, pues siempre se funda en alguna clase de norma (jurídica, moral, estética, etc.)

Otro término utilizado en nuestra definición es el de la *previsibilidad objetiva*<sup>35</sup> que en una de sus primeras formulaciones fue utilizada por Engisch<sup>36</sup> como un

<sup>34</sup> RACUÉS I VALLÉS, El dolo, pp.369 y ss.

<sup>35</sup> La previsibilidad objetiva, no es otra cosa sino la posibilidad objetiva de producción del resultado. Y este resultado está ligado a la presencia imprescindible del riesgo jurídicamente

elemento de la imprudencia, pero que podía ser aplicado razonablemente para la previsibilidad objetiva, tal como es propia de la adecuación. Además para que la previsibilidad objetiva opere y alcance utilidad tiene que realizarse el peligro del resultado típico, en lo que se refiere a la forma especial de realización del tipo, y esto está directamente relacionado con el concepto de probabilidad lógica que manejamos en nuestra propuesta. Aquí cabe detenernos un momento.

En el panorama de la doctrina contemporánea se encuentra bastante difundida la idea que la teoría de la probabilidad se muestra como la más idónea para explicar un comportamiento típico doloso, sin embargo no se explicita de forma detallada cómo debe ser entendida esta probabilidad. Así por ejemplo criterios como el propugnado por Herzberg, en referencia carácter desprotegido y protegido del riesgo conscientemente creado por el autor, o el de Puppe, de entender a la probabilidad como una estrategia racional de producción del resultado<sup>37</sup>, o como una no-improbabilidad<sup>38</sup>, o también entendida por el Profesor García Caveró como grados distintos de conocimiento que provocan niveles diferenciados de evitabilidad<sup>39</sup>, o también es entendida por un sector de la doctrina brasileña, representado por Souza Santos que entiende a la probabilidad superior al 50% excluyendo de la base del cálculo los factores referidos a la autoprotección de la víctima, como señala Greco es un problema al que se debe dedicar más atención<sup>40</sup>. O en la reciente entrevista al Profesor Claus Roxin<sup>41</sup>, hecha por el Profesor Doctor iur Raúl Pariona Arana, acerca de qué piensa sobre las tesis radicales que basan el dolo en elementos objetivos, se muestra a favor de las teorías de la probabilidad

---

desaprobado, o si se quiere del peligro típicamente relevante. Este por su entidad es de carácter variable, pudiendo ser este alto, medio o nulo. Por lo tanto la previsibilidad objetiva privilegiada hace referencia a una probabilidad 1, es decir de mayor certeza respecto a la realización del resultado típico. En cambio una probabilidad 0 apenas es una previsibilidad objetiva atenuada respecto a la realización del resultado típico. Luego de un estudio de los problemas de la teoría de la causalidad en la dogmática contemporánea, considero que el término previsibilidad objetiva es el más adecuado para fundar un juicio de adecuación respecto a la relación acción-resultado, que no se contradice con el fin de protección a la norma, fundamento básico de la imputación objetiva. Para una lectura sobre la medición del riesgo permitido en la doctrina contemporánea. Cf. FRISTER, Helmut, *La imputación objetiva*, 2007, pp.503-505., SAMSON, Erich, *Imputación del resultado y riesgo. Interrogatorio crítico a la teoría de la imputación objetiva*, 2002, pp.383-401., JAKOBS, Günther, *Concurrencia de riesgos. Curso lesivo y curso hipotético en Derecho penal*, 1987, pp.313-344., FRISCH, Wolfgang, *Lo fascinante, lo acertado y lo problemático de la teoría de la imputación objetiva del resultado*, 2001, pp.355-381. En *Causalidad, riesgo e imputación*, trad. Marcelo Sancinetti, Hamurabi, Buenos Aires, 2009.

<sup>36</sup> ENGISCH, Karl, *La causalidad como elemento de los tipos penales*, Trad. Marcelo Sancinetti, Hamurabi, Buenos Aires, 2008, pp. 124 y ss., nota 62.

<sup>37</sup> PUPPE, Ingerborg, *La distinción*, pp.89 y ss.

<sup>38</sup> Tal como lo sostiene SANCINETTI, Marcelo, en: "Teoría del delito y disvalor de la acción", pp. 201 y ss.

<sup>39</sup> GARCÍA CAVERO, PERCY, *La imputación subjetiva en el Derecho penal*, AA.VV., Ara, Lima, 2012, p.27.

<sup>40</sup> GRECO LUIS, *Dolo sem vontade*, L-H. SOUZA SANTOS, pp.902-903.

<sup>41</sup> CONVERSACIONES CON CLAUD ROXIN, 3/2/2014, min.19 y ss.

en donde se funda el dolo en la posibilidad objetiva de producción del resultado siempre y cuando el autor haya tenido la decisión de lesionar el bien jurídico<sup>42</sup>.

En las definiciones arribadas en nuestros conceptos de dolo e imprudencia se encuentra ínsito el desarrollo de la teoría de la probabilidad, al estar presente el término: “previsibilidad objetiva” que también podría ser reemplazado por otra terminología como: “posibilidad objetiva de previsión”. Ambos términos nos parecen válidos y creemos son útiles para denotar la diferencia de gradualidad entre el dolo e imprudencia de cara al apartamiento de una norma directiva de conducta.

### 3.2. ¿Qué debe entenderse por probabilidad lógica?

Es necesario explicar lo que entendemos por probabilidad lógica, para ello es menester definir previamente lo que es probabilidad objetiva y subjetiva. Desde el campo de la filosofía de la ciencia, se entiende que el concepto de probabilidad objetiva a aquél que hace referencia al valor de frecuencia relativa con que puede darse un suceso. Así por ejemplo: “la probabilidad de la propiedad P en el objeto de referencia R es x”. En este enunciado, tanto la propiedad P, como el objeto de referencia R y el número x se refieren a objetos, por lo que un enunciado como éste pertenece a un lenguaje-objeto. Este concepto de probabilidad no nos interesa en el marco teórico de la presente investigación.

El concepto subjetivo de probabilidad, se refiere al juicio de un enunciado, o hipótesis de probabilidad, donde un emisor determinado otorga a la ocurrencia de un suceso determinado en un tiempo determinado y con relación a un conjunto de datos determinados. Los enunciados subjetivos de probabilidad se conforman de la siguiente manera: “para el emisor E, la probabilidad de ocurrencia de un suceso S en virtud del conjunto de datos D en el tiempo T es x”. En este enunciado, S y D no designan objetos, sino que forman parte de un enunciado emitido por E, por lo que los enunciados propios del concepto subjetivo de probabilidad pertenecen a un metalenguaje, que es precisamente el lenguaje del emisor E. Este concepto tampoco interesa para los fines de nuestra investigación.

Finalmente, el concepto lógico de probabilidad hace referencia al tipo de inferencia existente entre una conclusión y sus premisas, que es precisamente el tipo de inferencia que caracteriza a la lógica inductiva. La diferencia con el concepto subjetivo de probabilidad y otro consistente con el concepto lógico de probabilidad, no es relativo a un emisor o a un tiempo determinado. De allí que la forma de los enunciados que los contienen se formulen de la siguiente manera: “la probabilidad de una hipótesis H en virtud del conjunto de datos D es x”.

---

<sup>42</sup> Como señala PÉREZ BARBERÁ, El dolo eventual, p. 333. Coherente con esta toma de postura su artículo publicado en Homenaje a RUDOLPHI (2004), en el cual acentúa su preferencia por un concepto normativo de dolo, donde se decanta por un normativismo volitivo, consistente en no basarse sólo en el peligro inherente a la acción, sino también en otros indicadores. Sostiene que la “decisión contra el bien jurídico” es un “principio rector normativo”.

Este es el concepto de probabilidad al que hacíamos referencia, en donde al antecedente se le denominará D (datos), que en su conjunto está integrado por datos empíricos, físicos y psíquicos. Así por ejemplo: si ocurren los datos  $x_1$ ,  $x_2$ ,  $x_3$ ,  $x_n$ , etc. El consecuente se denominará H, que no es más que una hipótesis. En virtud de lo antes dicho, se podrá determinar que la previsibilidad objetiva de realización del tipo es alta, baja, media o nula. Cabe añadir que la lógica entre datos e hipótesis es inductiva, pues la hipótesis opera como conclusión, por lo tanto no está contenida ni sujeta a D, es decir a los datos físicos, empíricos y psíquicos. La conclusión de H es propia de un enunciado probabilístico, es una hipótesis de probabilidad. Al ser una hipótesis de probabilidad lógica, es objetiva, de tal forma que es irrelevante lo que se representa una persona en particular acerca de esa probabilidad. Pues, el análisis del enunciado de probabilidad, es un análisis complejo de datos con el que se relaciona.

Ahora bien, en el ámbito propio del derecho penal, en virtud a su naturaleza punitiva, dicha conclusión empírica requiere una legitimación normativa, que a nuestro modo de ver ha sido señalado correctamente por Puppe, cuando afirma: “no es el autor a quien le compete decidir sobre la relevancia jurídica de la realización típica del peligro de la que es consciente, sino al Derecho”<sup>43</sup>. Como advirtiéramos la teoría de la probabilidad, aquí planteada dista de los conceptos subjetivos de probabilidad, las que se centran en demasía en lo que el autor se ha representado. Así lo sostienen las teorías de la representación, representada por las tesis de Mayer, Sauer, Welzel, en un primer estadio, también las teorías de la posibilidad como las tesis de Schröder, la tesis del primer y segundo período de Schmidhäuser, así como las tesis de Zielinski y Frisch, y respecto a la probabilidad subjetiva del riesgo jurídicamente desaprobado que se representa el sujeto, particularmente las tesis de Jakobs quien incluye un elemento de actitud interna para diferenciar el dolo de la imprudencia, basado en la indiferencia con la que actúa el sujeto, y en menor medida las tesis de Herzberg y de Puppe como se señaló líneas arriba<sup>44</sup>.

En síntesis, se trata de una hipótesis objetiva de probabilidad, no de una hipótesis de probabilidad subjetiva. Lo objetivo es la hipótesis no el concepto de probabilidad aplicado, que es un concepto lógico.

Por ello, la formulación verbal de los conceptos de dolo e imprudencia, “previsibilidad objetiva privilegiada” y “previsibilidad objetiva atenuada”, se corresponde con el carácter comparativo del concepto de probabilidad lógica usado en nuestras definiciones. Entendiendo que ambos conceptos son comparativos en la forma de: “más o menos” o “plus-minus”, sin acudir para ello

<sup>43</sup> PUPPE, Ingerborg, *La distinción entre dolo e imprudencia*, p.89.

<sup>44</sup> El desarrollo de estas tesis pueden verse en: BUSTINZA SIU, Marco Antonio, *Delimitación entre el dolo eventual e imprudencia*, tesis inédita, pp.123-171., por lo que me remito a ello.

a valores numéricos; ya que dicha formulación sería imprecisa y es prácticamente inaplicable a nuestro campo de conocimiento, por ser ambos conceptos comparativos conforme a su índole, es decir a su propiedad normativa, ya que lo que torna doloso o imprudente a un caso genérico es una determinada valoración de él como más o menos grave<sup>45</sup>.

Se puede aducir que la reconstrucción conceptual de dolo e imprudencia es imprecisa, pero no por tal imprecisión se debe dudar de la idoneidad y la capacidad de rendimiento conceptual. En rigor, ni siquiera los conceptos cuantitativos son precisos, pues su exactitud depende del desarrollo técnico de los respectivos instrumentos de medición, los cuales como lo muestra la constante evolución tecnológica, habida especialmente en las últimas décadas, son también en ése sentido inexactos y requieren continuas mejoras. Además de ello en las definiciones brindadas, con el fin de que sean corroborables tienen que ser **susceptibles de selección en un sentido negativo por medio de contrastes y pruebas empíricas, por ello compartimos el enunciado popperiano de: *ha de ser posible refutarlas por la experiencia de un sistema científico empírico***, de allí la necesidad de contar con un método operacional.

#### 4. El método operacional

La idea básica del método operacional u operacionalismo es el contrastar reacciones observables, positivas o negativas, dependiendo de las operaciones que se hagan dentro de un sistema.

Así por ejemplo, conceptos disposicionales tenemos a los siguientes: “conocer”, “querer”, “tomar en serio”, “tener la intención”, “ser indiferente”, “confiar”, “consentir”, “aprobar”, “contar con”, etcétera. Son conceptos disposicionales porque no son observables, pero se manifiestan mediante reacciones observables. Se trata en buena cuenta de términos teóricos, esto es términos no observacionales. De allí que el operacionalismo esté en condiciones de hacer contrastaciones empíricas intersubjetivamente discutibles, esto es en el ámbito propio del proceso penal; por ejemplo respecto a la fundamentación de la prueba de esta clase de hechos.

Esto importa hacer un contrapunto a las reglas de atribución de conocimientos de Ragués i Vallés que si bien es cierto parte de un método operacional, infiere de normas jurídicas en sentido estricto, de aquellos conocimientos que en función de ciertas pautas generalmente generalizadas, se presume, legal o jurisprudencialmente, que un sujeto debe poseer<sup>46</sup>, y que por lo tanto se le adscriben. Esta forma de proceder, se emparenta con el sistema de prueba legal, en la práctica importa introducir presunciones de dolo en el proceso penal, y en

<sup>45</sup> PÉREZ BARBERÁ, Gabriel, *El dolo eventual*, p.173.

<sup>46</sup> RAGUÉS I VALLÉS, Ramón, *El dolo...*, pp.357 y ss.

consecuencia resulta ilegítima desde el punto de vista del Estado de Derecho, tal como fuese advertido por Hruschka<sup>47</sup>.

El método aquí utilizado parte de la base que la prueba de los conocimientos y otros datos psíquicos se obtienen a partir de un método empírico de verificación, de datos que realmente caracterizan el obrar de las personas. No se recurre a la adscripción de conocimientos, sino que se entienden a estos como propiedades disposicionales de índole psíquica a ser susceptibles de ser verificables en un proceso penal, y siempre a partir de las circunstancias particulares de cada caso en concreto. Por este motivo no compartimos la idea de que no existen métodos científicos que permitan la plena constatación de estados mentales<sup>48</sup>, ya que conforme a este dictamen los fenómenos psíquicos serían algo oculto en las infranqueables profundidades y reconditeces del intelecto humano.

Sin embargo, el método operacional aludido quedaría vacío si es que no se incluyen algunas hipótesis o reglas de relevancia que nos permita discriminar que cualidad de datos físicos, psíquicos, o estados mentales deben ser considerados en contextos epistémicamente racionales.

En síntesis lo que se ha pretendido establecer son reglas de subsunción de un caso individual a un caso genérico de dolo o imprudencia, que a la vez opera como un método de contraste para comprobar o no el aserto de nuestras definiciones semántico-normativas.

En la doctrina contemporánea se puede notar que sobre todo a partir del desarrollo de las teorías del riesgo a las que hemos denominado como el segundo nacimiento de las teorías de la probabilidad, entre las cuales se encuentran las tesis de Herzberg o el conocimiento del peligro protegido, la tesis de Jakobs o también denominada como el riesgo habitual, la tesis de Puppe y la tesis doctoral de Pérez Barberá, cuya valoración obra en la tesis presentada, intitulada: Delimitación entre el dolo eventual e imprudencia, ha venido gravitando de modo más ostensible la idea de basarse en una prognosis del peligro creado por el autor ante la consecución de un determinado resultado típico<sup>49</sup>.

Como consecuencia de esta orientación, en la tesis de Pérez Barberá se toma este consenso convergente y desarrolla dos hipótesis de relevancia que él denomina: “metaconcepto de dolo” que no es sino, desde nuestra perspectiva dotar de

---

<sup>47</sup> HRUSCHKA, Joachim, *Sobre la difícil prueba del dolo*, p.187.

<sup>48</sup> RAGUÉS I VALLÉS, Ramón, *El dolo*, p.357.

<sup>49</sup> Esta idea está lejos de ser novedosa, ya que aparece en los desarrollos teóricos de Engisch, en “La causalidad como elemento de los tipos penales”, que data de 1931, o en otros como Müller cuyo artículo data de 1912 intitulado como: “La significación de la relación causal”, o en Richard Honig, en su trabajo intitulado: “Causalidad e Imputación Objetiva” que data de 1930, por citar algunos trabajos relevantes en los que se han basado los autores reseñados.



contenido a un método operacional que nos sirva para contrastar las definiciones propuestas.

Consideramos en líneas generales este método como óptimo pues se basa en dos premisas que consideramos útiles, aunque en algunas consecuencias prácticas mantenemos nuestras reservas. Estas dos premisas o hipótesis de relevancia que conforman nuestro método operacional son las siguientes:

1. La primera hipótesis de relevancia está conformada por la entidad del peligro inherente a la acción. Y por otra parte por cualquier dato empírico, psíquico, físico o fáctico que sea posible de ser considerado idóneo para influir en el grado de previsibilidad objetiva, privilegiada o atenuada, del apartamiento de norma directiva de conducta, o en la realización del resultado típico.
2. La segunda regla de relevancia establece que: “si un estado mental es epistémicamente racional, entonces él es relevante y debe tomarse en cuenta para la formulación de la hipótesis objetiva de probabilidad, en el que se funda, el reproche doloso o imprudente, según sea el caso. Explica el autor reseñado, que lo racional o irracional se determina por el criterio según el cual es irracional aquella génesis de un estado mental o explicación de una determinada relación entre sujeto y mundo que supone “una pretensión objetivamente extravagante en relación con el contexto empírico y epistémico que se trate; no pudiendo identificarse sin más la confianza excesiva como confianza irracional<sup>50</sup>, cuya tesis obra en pp.171-178.

Pues bien las dos reglas de relevancia nos parecen óptimas porque en la primera hipótesis de relevancia se tiene a la entidad del peligro inherente creado por el autor como uno de los factores a considerar. En efecto al definir al dolo e imprudencia como previsibilidad objetiva, privilegiada o atenuada según sea el caso, se tiene que hacer una referencia necesaria a la entidad del peligro inherente a la acción que desarrolla un sujeto determinado. Además esta regla o hipótesis de relevancia deja abierta la consideración a qué determinados datos físicos, fácticos o psíquicos puedan ser valorados de acuerdo a su influencia o no en el resultado típico, en el caso de los datos psíquicos o estados mentales se hará uso de la prueba indiciaria, de allí que se puedan conformar indicios objetivos o indicadores que determinen si el comportamiento de un sujeto fue doloso o imprudente, es decir si pudo prever objetivamente de forma privilegiada el apartamiento de una norma directiva de conducta (dolo) o si pudo prever de forma atenuada el apartamiento de una norma directiva de conducta (imprudencia).

---

<sup>50</sup> PÉREZ BARBERÁ, El dolo eventual, p. 755.

Ahora bien, respecto a la segunda regla de relevancia, tenemos ciertas reticencias por las consecuencias prácticas que acarrearía la aplicación estricta de este postulado. Por las consideraciones que pasaremos a explicar.

Partimos de la premisa que la racionalidad desde la perspectiva de la teoría de las normas proviene del mismo sistema penal<sup>51</sup>, por ellas conformadas, de tal manera que una conducta será reputada como racional, en tanto se encuentre conforme a Derecho. Ahora bien, desde esta perspectiva, sólo se puede predicar que la racionalidad o irracionalidad respecto a conocimientos, creencias o representaciones.

En la presente investigación hemos definido al conocimiento como un saber que es únicamente verificado racionalmente a partir de marcos epistémicos compartidos por todos en el universo que se trate y propios de ese universo, o compartibles mediante contrastaciones objetivas intersubjetivamente accesibles, sólo en estos casos se puede decir que el sujeto sabe<sup>52</sup>.

Ya en el ámbito propio de nuestra materia, la obra de Frisch<sup>53</sup> nos aporta consideraciones nucleares sobre lo que ha de entenderse por creencia y representación. La creencia será una convicción no verificada, sea racional o irracional acerca del estado de las cosas. Se reputará como racional siempre y cuando tenga similitudes con el conocimiento (de acuerdo con nuestra 8va. conclusión, el conocimiento tendrá que ser nomológicamente (orientado por una norma directiva de conducta) y ontológicamente (realidad) para poder reputarse como acertado). La representación, en cambio, es la activación psíquica de un conocimiento o de una creencia, operada en el presente exacto y por lo tanto no puede tener duración.

Entonces podemos afirmar que sólo el conocimiento detenta el carácter de racional, la falta de conocimiento, así como la ausencia o falta de representación pueden ser de carácter racional o irracional.

---

<sup>51</sup> Pues nuestra tesis es internalista, pues pone especial énfasis en el carácter normativo de la racionalidad y tiene como contenido principal erigir normas epistémicas que determinen cuando existen buenas razones, al menos cognoscibles (imprudencia) para tener una opinión justificada, entendiéndose como opinión la exteriorización de la conducta del sujeto. De manera tal que la relación epistémica, es la relación cognitiva sujeto-mundo, consiste en el respeto de estas normas epistémicas. (normas directivas de conducta). Por ello prescindimos del criterio del espectador objetivo ya fija un doble deber, uno para el ciudadano y otro sobre los conocimientos que debería poseer, lo cual vulnera el principio de igualdad real. En el mismo sentido se ha pronunciado Jakobs respecto a su teoría de la indiferencia, en el sentido que los conocimientos especiales deben ser dejados de tomar en cuenta, sólo se debe tener en cuenta los conocimientos estandarizados, al menos si pretendemos que el derecho penal no se transforme en una institución totalizadora. Véase, JAKOBS, Günther, *Dolus malus*, pp. 8 y ss.

<sup>52</sup> WITTEGENSTEIN, Ludwig, *Investigaciones Filosóficas*, Crítica, Barcelona, 1988, aforismo n°66

<sup>53</sup> FRISCH, Wolfgang, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp.51 y ss.

Estas consideraciones son importantes, pues de una aplicación estricta de la segunda hipótesis de relevancia planteada por Pérez Barberá, podría llevar a considerar a todos los casos de ceguera ante los hechos, deberían dar lugar a una imputación dolosa, pese a la amenaza de pena natural, en donde sólo se tomaría como factor determinante la entidad del peligro inherente a la acción del sujeto. En casos como estos habría que hacer la siguiente ponderación: la ausencia o falta de representación puede ser de carácter racional o irracional, por lo tanto la falta de representación no siempre puede ser equiparada como conocimiento irracional (esto de acuerdo con la 9na conclusión-ciertos casos).

Por ello consideramos que la segunda regla de relevancia debe quedar conformada de la siguiente manera: 1) Sólo detentará el carácter de racional aquél conocimiento que parta de una base nomológica (norma directiva de conducta) y ontológica (conocimiento de la realidad) acertada de acuerdo al ámbito de competencia donde se desarrolla el sujeto, 2) Si hay compatibilidad entre el conocimiento y la base afectivo emocional del sujeto actuante, 3) Si hay compatibilidad entre el conocimiento del sujeto y las normas elementales en la actividad específica que desempeña (lex artis, protocolos de seguridad, entre otras)<sup>54</sup>.

Por ejemplo un médico A experimentado tiene que realizarle un aborto terapéutico a su paciente B, quien se encuentra inconsciente y no puede darle su consentimiento a A. Para ello entiende que es necesario someter a B a un método quirúrgico altamente riesgoso, pues el aborto terapéutico no ha sido aprobado en el “Protocolo de interrupción del embarazo” en la Región Arequipa<sup>55</sup> (*lex artis*). No obstante A opera a B, confiando en que todo saldrá bien por su experiencia médica hasta entonces obtenida en base a algunos casos difíciles. Pero nada sale bien: B muere durante la operación. Aquí conforme a la primera regla de relevancia, se ha de tener en consideración el peligro creado por el sujeto, lo cual funda un juicio de valoración ex post de que el médico tuvo una previsibilidad objetiva privilegiada (probabilidad 1) de que el resultado ocurra, sin embargo la confianza de A proviene de un conocimiento racional: nomológica y ontológicamente acertado, por lo tanto según nuestra segunda regla de relevancia, la confianza es objetivamente compatible con el conocimiento del sujeto y las normas elementales de la actividad específica en que se desempeña. Por lo tanto nuestra hipótesis objetiva de probabilidad, quedaría conformada de la siguiente manera: el dato físico: elevada entidad del peligro creado, más la confianza racional por parte de A, que atenúa el peligro creado (de esta manera funciona el método operacional indicadores y contraindicadores), por lo tanto A tuvo la previsibilidad objetiva atenuada de apartarse de una norma directiva de conducta (ergo imprudencia). Ahora bien que sucedería si el resultado no se produce, se puede decir que hubo tentativa, no, porque según el artículo 16 de nuestro Código penal, para la tentativa hace falta un dolo cualificado, sea éste de primer o

<sup>54</sup> De un modo similar PÉREZ BARBERÁ, Gabriel, *El dolo eventual*, p.792.

<sup>55</sup> El ejemplo es tomado de un caso real. Véase, CARO JHON, José, *Dogmática penal aplicada*, Ara, Lima, 2010, pp.79-99.

segundo grado. Recuérdese que aquí se está definiendo el dolo básico, o sea el dolo eventual, en donde la intensidad comunicativa de la norma directiva de conducta y de la norma de sanción es menor. Por esta razón la doctrina mayoritaria entiende al dolo eventual e imprudencia consciente como conocimientos inseguros respecto al dominio de la acción que produzca una realización típica.

A que es portador del virus del sida y lo sabe, mantiene relaciones sexuales no violentas con B, con la intención de contagiarla. La tentativa de lesiones debe descartarse, porque la intención de contagiar queda descartada por irracional, en virtud de la ínfima probabilidad de contagio. Si el contagio se produce, debe quedar descartado el dato de la intención, porque parte de una base nomológica y ontológica desacertada según el contexto en donde ocurre la acción ex ante. Por lo tanto nuestra hipótesis objetiva de probabilidad solo estaría conformada por el peligro inherente a la acción, que en este caso es mínimo, por lo tanto A tuvo una previsibilidad objetivamente atenuada (ergo: imprudencia). Supuesto de consumación objetiva inesperada.

Variante del caso del karateka: A es experto en artes marciales y padre de un niño de diez meses de edad, a quien siempre ha cuidado con amor y denuedo. A se encuentra cuidando al niño, cuando de repente recibe una llamada por teléfono que le está comunicando malas noticias. Mientras esto sucede, el niño comienza a llorar, pero A no puede atenderlo porque está profundamente preocupado por la noticia que viene recibiendo, y muy atento a las consecuencias de la conversación telefónica. El niño llora entonces con todas sus fuerzas, con gritos potentes y agudos. Precisamente en ese momento A necesita escuchar lo que le están diciendo, con los nervios en punta, le pega a su hijo con el canto de la mano en la cabeza para hacerlo callar, aplicando instintivamente la técnica marcial que domina, pero sin representarse en absoluto ni el poder ni la fuerza de su mano experta en karate ni la posibilidad de que en virtud de ese golpe su hijo pudiera resultar lesionado o morir. Pero el niño muere, precisamente por el golpe recibido. Los datos a analizar, conforme a nuestra primera regla de relevancia, la entidad del peligro creado, y por otro lado, la falta de representación por parte de A de ese peligro y su consecuente falta de intención de lesionar o matar al niño, además de relación afectiva con él, según nuestra segunda hipótesis de relevancia, que el conocimiento o falta de él sea objetivamente compatible con la base afectivo emocional que el sujeto ostenta al momento de su acción. En el presente caso la entidad del peligro se acerca a la de probabilidad 1 (=máxima probabilidad), las ausencias de intenciones, devienen en irrelevantes. Cabe distinguir en este supuesto, el resultado de muerte del resultado de lesión. En cuanto al resultado de muerte, cabe decir que el peligro es sin dudas muy elevado, pero no lo suficiente para considerarlo de máxima probabilidad, dada la conformación ósea de los niños de esa edad, es habitual que resistan a esos golpes. La no intención de matar de A deviene en relevante por la base afectivo emocional que el sujeto ostenta, por ello cabe aceptar la racionalidad de la falta de representación de A. Nuestra hipótesis objetiva de probabilidad queda conformada, por la entidad del peligro

creada por el sujeto actuante, pero con el atenuante de la falta de representación del resultado ya que proviene de una base racional y también afectivo emocional, por ello para A al momento de la acción le era previsiblemente y objetivamente atenuado el resultado de muerte. (ergo: imprudencia). Respecto al peligro del resultado de lesiones, el único dato que conforma nuestra hipótesis objetiva de probabilidad es el dato físico de la entidad del peligro creado, en este supuesto no se toma en cuenta el dato psíquico falta de intención, ya que deviene en irrelevante. Por lo tanto A respecto al resultado de lesiones tuvo la previsibilidad objetivamente privilegiada de apartarse de una norma directiva de conducta. (ergo: dolo). Este último ejemplo puede ser de utilidad frente a los casos de ceguera ante los hechos.

Sin embargo es indudable que el fenómeno de ceguera ante los hechos y de ignorancia deliberada nos fuerzan a revisar nuestra manera tradicional de atribuir responsabilidad. En nuestra sociedad actual nos enfrentamos cotidianamente con situaciones de alta complejidad (movimientos de capitales, supervisión de transacciones comerciales, o estructuras productivas, entre otras) en las que los sujetos tienden a pasar por alto detalles relevantes sobre lo que están haciendo. Ello puede deberse a un completo egoísmo por parte del sujeto (como sostiene Pérez Barberá), y en este sentido serán conductas que pretenden aprovecharse de las justificaciones que tiene el sistema penal para los casos de desconocimiento. Sin embargo como he tratado de demostrar anteriormente, esas no pueden ser las únicas motivaciones para los casos de ignorancia deliberada. Al igual que Pérez Barberá y Ragués i Vallés, considero que hay buenas razones para reprochar de una manera más grave a los sujetos que fraudulentamente manipulan el contexto epistémico para aminorar su responsabilidad, pero creo que en respeto al principio de responsabilidad subjetiva es necesario que nuestro sistema penal garantice que los sujetos puedan explicar las razones de su ignorancia, ello en el marco de un proceso penal. De esta manera, la ceguera ante los hechos o la ignorancia deliberada no conforma una doctrina que sustituya la prueba del dolo sino que resulta un complemento indispensable para atribuir responsabilidad de manera proporcional.

## **5. CONCLUSIONES:**

1. Dolo e imprudencia comparten la misma estructura normativa, por esta razón no es posible hacer una distinción cualitativa sino de grado.
2. Al decir que el dolo y la imprudencia comparten la misma estructura normativa, nos referimos a la teoría de las normas, toda norma directiva de conducta está dirigida a un ciudadano con conocimientos estandarizados, sin embargo para evitar el apartamiento de las normas de comportamiento son necesarias las normas de sanción, cuya naturaleza y aplicación corresponden al Juzgador al determinar el reproche individual del eventual sujeto infractor.

Antecede a estas operaciones intrasistemáticas, la noción que entre norma de comportamiento (norma primaria) y norma de sanción (norma secundaria), existe una relación normativa que comunica intersubjetivamente, de allí se puede inferir, que la norma comunica.

3. El objeto de la norma directiva de conducta (imperativo) es el dolo y la imprudencia.
4. De acuerdo a nuestro marco teórico, el dolo no tiene porqué identificarse con el conocimiento y la voluntad; imprudencia tampoco es ausencia de conocimiento y voluntad. Por lo tanto el dolo no es una entidad preexistente sino que es una propiedad normativa, en función de él se subsumen hechos y no es el dolo el que se subsume a hechos. Siendo una propiedad normativa, no se debe identificar al dolo con actitudes internas, ni con hechos psíquicos, ni con representaciones, creencias, ni intenciones.
5. Dolo e imprudencia desde el punto de vista semántico quedan definidos, de la siguiente manera: dolo es reproche objetivo cuando el sujeto desde una perspectiva *ex ante* pudo prever objetivamente de forma privilegiada el apartamiento de una norma directiva de conducta; imprudencia es reproche objetivo cuando el sujeto desde una perspectiva *ex ante* pudo prever objetivamente de forma atenuada el apartamiento de una norma directiva de conducta.
6. El reproche objetivo del dolo y la imprudencia se funda en la probabilidad lógica, acerca del grado objetivo de previsibilidad del apartamiento de una norma directiva de conducta y si esta fue privilegiada o atenuada, de allí, la diferencia de grado entre ambos conceptos, de *plus-minus*.
7. El método operacional utilizado en el presente trabajo de investigación, es de utilidad para definir los datos empíricos, que son a su vez hechos disposicionales y no observables. Para ello se ha utilizado la probabilidad lógica para crear una hipótesis de relevancia y dos reglas según las cuales los datos empíricos podrían ser contrastados, este método es utilizado implícitamente por nuestros Juzgados y Salas.
8. Sobre la racionalidad o irracionalidad de un conocimiento, sostenemos que la racionalidad viene dada por el propio sistema normativo. Por ser un criterio objetivo, esto es establecido desde el mismo Derecho, se debe tratar de una relación intersubjetivamente orientada a relaciones cognitivas objetivamente justificadas, es decir, racionales. Y para que esta relación opere dentro del sistema, el conocimiento de un sujeto será racional, siempre y cuando se oriente de modo nomológico (normas directivas de conducta) y ontológico (de la realidad). Si al conocimiento del sujeto le faltase cualquiera de los dos incurrirá en un error de tipo o de prohibición según sea el caso; inclusive en un error sobre elementos normativos del tipo; si en cambio el conocimiento

del sujeto no tiene una base ni nomológica ni ontológica entonces se reputará como irracional. Las orientaciones cognitivas objetivamente justificadas son motivadas a través de las normas de sanción.

9. Sólo los conocimientos racionales son tenidos en cuenta para el reproche doloso. Por ello se niega el dolo aunque haya intención de realizar el peligro inherente a la acción, e incluso si el riesgo representado coincida con el que se realiza (negación de dolo en consumación objetivamente inesperada). El tratamiento de ciertos casos de ceguera ante los hechos o de ignorancia deliberada, donde el sujeto no se representó el peligro, pese a haber generado un peligro de una entidad considerable, fundamenta el dolo, pues la falta de representación es equiparada con un conocimiento irracional.
10. Los conocimientos no se atribuyen sino que se prueban en el marco de un proceso penal, en tanto estos son datos disposicionales, no fácilmente observables; y corresponden probarlos en el proceso, porque son la base empírica del concepto de dolo.
11. Por mandato del artículo 16 del Código penal para la tentativa punible no es suficiente el “dolo básico” o “dolo eventual”, si se requiere de más elementos cognitivos o volitivos, entonces se tratará de un dolo cualificado, sea de primer o segundo grado; ya que entre los límites de la presente investigación sólo se ha definido el dolo eventual, el cual entendemos como la forma básica de dolo.

## 6. Bibliografía

AA.VV., *Causalidad, riesgo e imputación*, trad. Marcelo Sancinetti, Hamurabi, Buenos Aires, 2009

ARMAZA GALDÓS, Julio, ARMAZA, Emilio José, *Digesto de Derecho Penal Peruano*, Tomo II, Criminalistas del siglo XIX, Pangea, Arequipa, 2013.

*Anteproyecto de Ley de Reforma del Código Penal*. Título Preliminar (Principios Generales) y Libro Primero (Parte General), Congreso de la República del Perú, Lima, 2009

BUSTINZA SIU, Marco Antonio, *Delimitación entre el dolo eventual e imprudencia*, Lima, PUCP, marzo, 2014, Tesis Inédita.

CARO JHON, José, *Dogmática penal aplicada*, Ara, Lima, 2010

CRUZ, Manuel, *Filosofía contemporánea*, Taurus, Madrid, 2002

DÍAZ PITA, María del Mar, *El dolo eventual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004

ECO, Umberto, *Semiotics and Philosophy of Language*, Indiana University Press, 1983

- ENGISCH, Karl, *La causalidad como elemento de los tipos penales*, Trad. Marcelo Sancinetti, Hamurabi, Buenos Aires, 2008
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón*, Segunda edición, Trotta, Madrid, 1997
- FRISCH, Wolfgang, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, Marcial Pons, Madrid, 2004
- GARCÍA CAVERO, PERCY, *La imputación subjetiva en el Derecho penal*, AA.VV., Ara, Lima, 2012
- HASSEMER, Winfried, *Los elementos característicos del dolo*, ADPCP, 1990
- HRUSCHKA, Joachim, *Sobre la difícil prueba del dolo*, en *Imputación y Estudios de Derecho penal*, segunda edición, B de F, Buenos Aires, 2009
- KINDHÄUSER, Urs, *La lógica de la construcción del delito*, Trad. Juan Pablo Mañalich, Taller de ciencias penales de UNMSM, Setiembre, 2009
- MAURACH, Reinhart, ZIPF, Heinz, PG, Astrea, Buenos Aires, 1995
- KAUFMANN, Armin, *El dolo eventual y la estructura en la teoría del delito*, Trad. Suárez Montes, ADPCP, 1960
- PÉREZ BARBERÁ, Gabriel, *El dolo eventual*, Hamurabi, Buenos Aires, 2010
- PUPPE, Ingerborg, *La distinción entre el dolo e imprudencia*, Trad. Marcelo Sancinetti, Hamurabi, Buenos Aires, 2010
- POPPER, K.R, *La lógica de la investigación científica*, Tecnos, Madrid, 1962.
- RAGUÉS I VALLÉS, Ramón, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 1999
- ROXIN, Claus, PG, Trad. Diego Manuel Luzón Peña/Miguel Díaz García Conlledo/Javier Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997
- STRATENWERTH, Günther, PG, Trad. Manuel Cancio Meliá/ Marcelo Sancinetti, Hamurabi, Buenos Aires, 2005
- VILLA STEIN, Javier, PG, tercera edición, Grijley, Lima, 2008
- VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, PG, 3ra. reimpresión., Grijley, Lima, 2009
- WITTGENSTEIN, Ludwig, *Investigaciones Filosóficas*, Crítica, Barcelona, 1988
- ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR, PG, Segunda edición, Temis-Ediar, Buenos Aires, 2002