

EL DOLO: ¿FENÓMENO ESPIRITUAL O ATRIBUCIÓN NORMATIVA?*

MENS REA: A SPIRITUAL PHENOMENON OR A NORMATIVE ATTRIBUTION?

Armando Sánchez Málaga Carrillo**
Pontificia Universidad Católica del Perú

Mens Rea is a figure of Criminal Law which is very difficult to determine, especially if it is intended to appreciate the intention that a person has while committing a crime, as well as the difference between intent and guilt is not clear in many cases.

For that reason, the author of this article explains different theories that aim to determine when intent exists. Some of these theories are centered in objective factors (normative), which come from the law; and other theories are centered in internal, subjective factors (psychological). Then, the author presents the problems that affect each of the mentioned theories and explains what should be taken into account to elaborate a more efficient theory of Mens Rea.

KEY WORDS: Criminal Law; intent; normative theories; psychological theories; subjective factors; objective factors.

El dolo es una figura de difícil determinación en el Derecho Penal, en especial si se pretende valorar la intención que tiene una persona al momento de cometer un delito, así como la diferencia entre el dolo y la culpa no es clara en muchos casos.

Por ese motivo, el autor del presente artículo explica distintas teorías que pretenden establecer cuándo existe dolo; algunas centradas en factores objetivos, provenientes de la norma (normativas); y otras orientadas a factores internos, subjetivos (psicológicas). Luego, plantea los problemas que afectan a cada una de las teorías planteadas y explica lo que se debería tomar en cuenta para elaborar una teoría del dolo más eficiente.

PALABRAS CLAVE: Derecho Penal; dolo; teorías normativas; teorías psicológicas; factores subjetivos; factores objetivos.

* El presente artículo forma parte de una investigación más amplia, dirigida por la catedrática Mirentxu Corcoy Bidasolo y que el autor lleva a cabo en la Universidad de Barcelona. El objetivo de dicha investigación es proponer un modelo alternativo de determinación del dolo.

** Abogado. Magíster en Derecho Penal por la Universidad de Barcelona. Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socio del Consorcio Róger Yon & SMB Abogados. Contacto: asanchezmalaga@rogeryon-smb.com.

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los elementos que diferencia la imputación de responsabilidad penal de otras formas de responsabilidad, es la evaluación del aspecto subjetivo de la conducta. La exigencia de dolo o imprudencia en la actuación a ser sancionada penalmente constituye, entonces, una garantía del ciudadano frente al poder punitivo del Estado.

Tradicionalmente, se ha asimilado lo subjetivo del delito a elementos internos de la conducta del sujeto, como son los móviles y las intenciones. El dolo es considerado entonces como un fenómeno espiritual, lo que trae no sólo dificultades probatorias, sino problemas de legitimidad al pretender ingresar a la intimidad psíquica del autor.

Frente a dicha perspectiva, existe la propuesta de no considerar el dolo como un fenómeno de la realidad a ser probado, sino como un elemento normativo que es imputado al sujeto, luego de verificarse determinadas circunstancias objetivas. Según tal visión, los hechos psíquicos en sí mismos ya no tienen significado propio para el Derecho Penal. No se trata de una opción cerrada, ya que el grado de normativización puede ser distinto, según se considere que los elementos ontológicos operan o no algún tipo de influencia en la decisión normativa de imputación del dolo. La cuestión a resolver es, entonces, hasta qué extremo puede y debe llegarse en dicho proceso de normativización.

El objetivo del presente artículo es proponer una guía de discusión sobre la determinación del dolo, problema que afecta directamente al actuar cotidiano del juez penal. La existencia de una necesidad operativa judicial se evidencia en la abundante jurisprudencia, en la que la conclusión acerca de la existencia o no de dolo en un caso concreto se aproxima a una opción de fe. Así, no es infrecuente encontrar sentencias de la Corte Suprema en las que se afirma que la “actitud del encausado” permite inferir que “no ha existido un *animus difamandi*”¹; o sentencias en las que se señala que, desde el punto de vista objetivo, los delitos de le-

siones y de homicidio intentado son totalmente semejantes, “teniéndose como única y sola diferencia el ánimo del sujeto”². Sentencias en las que la falta de una adecuada motivación y de criterios para imputar el dolo podrían implicar o bien una indebida afectación de la libertad o bien una indeseable situación de impunidad.

A continuación, se abordan las premisas que marcan la discusión contemporánea acerca del dolo; los enfoques psicológicos del dolo, haciendo especial referencia a los problemas probatorios y de legitimidad que enfrentan; y los enfoques normativos, haciendo énfasis en los distintos grados de normativización que se proponen.

II. PREMISAS DE LA DISCUSIÓN CONTEMPORÁNEA ACERCA DEL DOLO

A fin de conocer el contexto del proceso de normativización del dolo, cabe indicar previamente cuáles son las premisas que delimitan la discusión sobre este tema.

Una primera premisa es la consagración formal a nivel legislativo del **principio de responsabilidad subjetiva**. Dicho principio exige que toda conducta penalmente relevante sea realizada con dolo o, al menos, con imprudencia, de lo cual se deriva la proscripción de la responsabilidad penal objetiva. A dicho principio se encuentra íntimamente vinculado el requisito de proporcionalidad entre la gravedad de la pena y el grado de desvalor subjetivo de la acción³. Asimismo, en su vertiente negativa, la responsabilidad subjetiva dicta que el pensamiento o voluntad criminal, en sí mismos considerados y en tanto no se manifiesten a través del comportamiento externo, resultan penalmente irrelevantes⁴.

La segunda premisa es la **ubicación del dolo en el injusto**. El predominio del concepto normativo de culpabilidad ha implicado el progresivo abandono de la división objetivo-subjetiva del delito y del concepto causalista de culpabilidad⁵, de acuerdo con el cual el dolo y la imprudencia expresaban, en

¹ Ejecutoria Suprema de 17 de septiembre de 1993, recaída en el Expediente 2098-92-Piura. Ver: GARCÍA CAVERO, Percy. “Técnica de Numerus Apertus en las infracciones dolosas y Numerus Clausus en las infracciones imprudentes”. En: “Código Penal Comentado”. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica. 2004. pp. 402 y siguientes.

² Ejecutoria Suprema de 24 de septiembre de 1996, recaída en el Expediente 2493-96-Amazonas. Ver: *Ibidem*.

³ RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. “El dolo y su prueba en el proceso penal”. Barcelona: Bosch. 1999. pp. 36 y siguientes. El autor sostiene que se ha pretendido justificar la mayor penalidad del delito doloso en la maldad y egoísmo del autor doloso, en la mayor facilidad de evitación del autor doloso, en la expresión de una decisión contra los bienes jurídicos por parte del autor doloso, en la mayor peligrosidad para los bienes jurídicos del actuar doloso y en la mayor necesidad de respuesta por parte del Estado frente a la negación de la vigencia de la norma infringida por parte del autor doloso.

⁴ Acerca del principio “*cogitationis poenam nemo patitur*”, ver: SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, Marina. “Dolo e imprudencia en el Código penal español. Análisis legal y jurisprudencial”. Valencia: Tirant lo Blanch. 2007. p. 81.

⁵ Acerca del panorama italiano, ver: DONINI, Massimo. “El caso de la ignorancia invencible”. En: SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo (Coordinador). “Casos que hicieron doctrina en Derecho Penal”. Segunda edición. Madrid: La Ley. 2011. pp. 343-344.

cuanto partes integrantes de la culpabilidad, puras relaciones psicológicas hacia un injusto definido en términos objetivos⁶. Ahora bien, la idea de que el dolo es parte del tipo no implica necesariamente una adhesión al postulado finalista⁷, sino la consecuencia del predominio en la doctrina de una concepción imperativa de la norma jurídico penal⁸.

La tercera premisa está constituida por el **contenido mínimo del dolo**. Si bien en Perú no existe una definición legal de dolo⁹, existe acuerdo en que aquel está contenido como mínimo por un elemento cognitivo. Dicho elemento es deducido de la regulación legal del error, según la cual el error sobre los elementos del tipo penal excluye la realización dolosa del hecho. Por ende, el dolo debe implicar, por lo menos, la realización de un hecho constitutivo de infracción penal, con correcto conocimiento de las circunstancias que integran el tipo de dicha infracción¹⁰.

Ahora bien, existen algunos autores que entienden que la conducta dolosa exige, además, la concurrencia de un elemento volitivo, conclusión que

extraen de la regulación de la tentativa, que es definida por el Código Penal como aquel supuesto en el que el agente comienza la ejecución de un delito que decidió cometer, sin consumarlo¹¹.

La cuarta premisa es la **falta de necesidad de efectuar una clasificación tripartita del dolo** entre dolo directo, dolo de consecuencias necesarias y dolo eventual¹². Debe acusarse la poca coherencia de tal clasificación¹³, al exigir la concurrencia del elemento volitivo en el dolo directo y en el dolo eventual, pero no hacerlo en el caso del dolo de consecuencias necesarias¹⁴, observación que evidencia además que el elemento cognitivo es común a todas las clases de dolo, lo que hace innecesaria una distinción teórica que ni siquiera hace la ley.

III. ENFOQUES DEL PROBLEMA DEL DOLO

Siguiendo a Schünemann, cabe entender que “en el inicio de cualquier intento de construir un sistema del Derecho Penal, se halla la cuestión de si los materiales de dicho sistema han de tomarse

⁶ CANCIO MELIÁ, Manuel. “Estudios de Derecho Penal”. Lima: Palestra. 2010. pp. 162 y siguientes. El autor destaca que la culpabilidad se plantea hoy con referencia a las teorías de la pena.

⁷ Acerca del postulado finalista, ver: WELZEL, Hans. “Estudios de Derecho Penal”. Montevideo-Buenos Aires: B de F. 2002. pp. 53 y siguientes.

⁸ En un sentido distinto, ver: FAKHOURI GÓMEZ, Yamila. “Delimitación entre error de tipo y error de prohibición. Las remisiones normativas: un caso problemático”. Madrid: Thomson-Civitas. 2009. pp. 498-499.

⁹ En Colombia, en cambio, el Código Penal define la conducta dolosa como aquella en la que el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización, así como cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar. En: <http://www.secretariassenado.gov.co/index.php/vigencia-expresa-y-sentencias-de-constitucionalidad>.

¹⁰ RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. Óp. cit. pp. 28-30.

¹¹ HURTADO POZO, José y Víctor PRADO SALDARRIAGA. “Manual de Derecho Penal, Parte General”. Cuarta edición. Lima: Idemsa. 2011. p. 439. En contra, Hruschka sostiene que no cabe equiparar el elemento volitivo al cognitivo, ya que existe entre ambos una relación de dependencia según la cual, siempre que un autor lleva a cabo una determinada conducta, conociendo el carácter de la acción y las circunstancias, quiere también realizar tanto la conducta como las circunstancias en cuestión. Ver: HRUSCHKA, Joachim. “Imputación y Derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación”. Segunda edición. Montevideo-Buenos Aires: B de F. 2009. pp. 183 y siguientes. Una visión distinta en: LAURENZO COPELLO, Patricia. “Dolo y conocimiento”. Valencia: Tirant lo Blanch. 1999. p. 148. Dicha autora niega la exactitud de la máxima “quien es consciente de la alta probabilidad del resultado, quiere su producción”.

¹² Ver: ANTÓN ONECA, José. “Derecho Penal”. Segunda edición. Madrid: Akal. 1986. p. 225. Para el autor, el dolo directo se asimila a la intención, ya que el resultado es el fin que el autor del delito se propone. El dolo de consecuencias necesarias comprende casos en los que el sujeto se representa con seguridad de que su conducta va a generar determinadas consecuencias no queridas, a pesar de lo cual prosigue con su acción. Ejemplo del dolo de consecuencias necesarias es el “caso Thomas” (1875), en el que el autor hizo cargar un explosivo en un barco para cobrar el seguro de hundimiento, sabiendo que sería inevitable que la tripulación muera, aunque no tenía interés en causar muerte alguna. Ver: MIR PUIG, Santiago. “Derecho Penal, Parte General”. Novena edición. Barcelona: Reppertor. 2011. p. 271. En el dolo eventual, el sujeto se representa como posible la producción del resultado, no concurriendo en él propiamente la voluntad de realizar el tipo penal. Al respecto, ver: RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. Óp. cit. p. 49.

¹³ Otras clasificaciones del dolo en: JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. “Principios de Derecho Penal. La ley y el delito”. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 1990. p. 365. El autor distingue entre dolo de ímpetu, dolo repentino, dolo con simple deliberación y dolo premeditado; FONTAN BALESTRA, Carlos. “Tratado de Derecho Penal, Parte General”. Segunda edición. Tomo II. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 1970. p. 265. El autor distingue el dolo específico del dolo genérico; MIRÓ LLINARES, Fernando. “Caso Motassadeq y los atentados del 11-S”. En: SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo (Coordinador). “Casos que hicieron doctrina en Derecho penal”. Madrid: La Ley. 2011. pp. 747 y siguientes. El autor distingue entre dolo de autoría y dolo de participación.

¹⁴ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. “El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado”. Segunda edición. Montevideo-Buenos Aires: B de F. 2008. p. 257. Ver también: CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. “En el límite entre dolo e imprudencia (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1983)”. En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Tomo XXXVIII. Fascículo III (septiembre-diciembre). 1985. p. 965.

del lenguaje descriptivo o del prescriptivo, esto es, de si los elementos de dicho sistema están constituidos por valores o por estados descriptibles empíricamente¹⁵.

Una visión tradicional del problema del dolo centra la discusión en la valoración de los elementos que lo configuran y en el criterio con el que se pretende delimitar el dolo eventual de la imprudencia consciente. En esa línea, existen las **teorías de la voluntad**, que delimitan el dolo de la imprudencia a partir de la presencia de un elemento volitivo en el primero; y las **teorías de la representación**, que plantean que el elemento cognitivo es el único relevante para distinguir el dolo de la imprudencia. Ambas teorías comparten un enfoque psicológico del problema.

Actualmente, la mayor atención se centra en la perspectiva que debe adoptarse para determinar el dolo y no en los elementos que lo conforman. Así, se discute si lo trascendente es adoptar una **perspectiva psicológica**, que conciba al dolo como una realidad natural de carácter psicológico que debe ser descubierta, a través del ingreso al interior del sujeto a fin de conocer qué pensaba y quería al momento de actuar; o si, más bien, debe plantearse el problema desde una **perspectiva normativa**, en la que lo definitivo sea determinar cuándo imputar –atribuir– el dolo a una determinada conducta¹⁶, cumpliendo el Derecho Penal la función de reducir la complejidad, al crear criterios de imputación del dolo¹⁷.

Puede, entonces, distinguirse hasta cuatro enfoques del problema del dolo. En primer lugar, un **enfoque psicológico volitivo**, que, para afirmar el dolo, exige probar la efectiva existencia de los elementos cognitivo y volitivo en la mente del

autor. En segundo lugar, un **enfoque psicológico cognitivo**, que únicamente requiere la prueba del elemento cognitivo. En tercer lugar, un **enfoque normativo volitivo**, que no pretende probar la efectiva concurrencia de los elementos del dolo, sino que establece criterios para imputar al sujeto el conocimiento y voluntad de realizar el tipo. Finalmente, un **enfoque normativo cognitivo**, que elabora criterios de atribución del conocimiento para calificar la conducta como dolosa. En el punto cuatro se abordan los dos primeros enfoques, mientras que en el punto cinco, los dos últimos.

IV. EVALUACIÓN DE LOS ENFOQUES PSICOLÓGICOS DEL DOLO

A. Enfoque psicológico volitivo

El enfoque psicológico volitivo está presente en las tradicionales teorías de la voluntad, según las cuales concurre una conducta dolosa cuando el autor se propone ocasionar el resultado típico. Según Fontán Balestra, “no se trata de haber querido la acción, sino de haber querido el resultado”¹⁸. Maurach, por su parte, sostiene que el dolo, expresado de la manera más general, constituye el querer del resultado típico, el cual presupone, en alguna medida, un saber¹⁹.

Para Roxin, la expresión más influyente de este enfoque es la **teoría de la aprobación o del consentimiento**, en la que el dolo eventual se caracteriza por “la aprobación del resultado como una realidad interior autónoma, añadida a la previsión de la producción del mismo”²⁰.

Existen dos variantes de esta teoría. Por un lado, la teoría hipotética del consentimiento, que parte de la primera fórmula de Frank²¹, al postular que

¹⁵ SCHÜNEMANN, Bernd. “Cuestiones básicas del Derecho Penal en los umbrales del tercer milenio”. Lima: Idemsa. 2006. p. 75.

¹⁶ GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. “Dolus in re ipsa”. En: CARBONELL MATEU, Juan Carlos; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis; ORTS BERENQUER, Enrique y María Luisa CUERDA ARNAU (Coordinadores). “Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)”. Valencia: Tirant lo Blanch. 2009. pp. 827 y siguientes.

¹⁷ Según Pérez Manzano, existen también “teorías mixtas”, que asumen una perspectiva normativa sin excluir la realidad psicológica, a las que se refieren de forma aproximativa. PÉREZ MANZANO, Mercedes. “Dificultad de la prueba de lo psicológico y naturaleza normativa del dolo”. En: GARCÍA VALDÉS, Carlos y otros (Coordinadores). “Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat”. Tomo II. Madrid: Edisofer SL. 2008. p. 1456. Por su parte, Díez Ripollés presenta la “teoría psicológico-colectiva”, que se acerca al planteamiento normativo, tomando como base los conocimientos suministrados por el psicoanálisis, a fin de averiguar cómo perciben los miembros de la sociedad los sucesos psíquicos ajenos; y la “teoría interaccionista”, que explica la criminalidad como un fenómeno interactivo entre el autor y los otros miembros de la sociedad. Díez Ripollés, José Luis. “Los elementos subjetivos del delito. Bases metodológicas”. Segunda edición. Montevideo-Buenos Aires: B de F. pp. 129 y siguientes.

¹⁸ FONTAN BALESTRA, Carlos. Óp. cit. p. 249.

¹⁹ MAURACH, Reinhart y Heinz ZIPF. “Derecho Penal, Parte General. Teoría general del Derecho Penal y estructura del hecho punible”. Tomo I. Buenos Aires: Astrea. 1994. p. 380.

²⁰ ROXIN, Claus. “Derecho Penal, Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito”. Tomo I. Madrid: Civitas. 1997. pp. 430-431.

²¹ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. “El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado”. Óp. cit. Loc. cit.

“concorre el consentimiento necesario para el dolo eventual cuando, habiendo previsto el autor como posible la realización del tipo, puede afirmarse que habría actuado igualmente de haberla previsto como segura”²². Por otro lado, la teoría positiva del consentimiento plantea la exclusión del dolo cuando el autor espera que el resultado no se produzca. Esta variante recurre a la segunda fórmula de Frank, que reza: “si el autor se dijo: sea así o de otra manera, suceda esto o lo otro, en todo caso actúo, entonces su culpabilidad es dolosa”²³.

Otra expresión del enfoque psicológico volitivo es la **teoría de la indiferencia** de Engisch, la cual aprecia dolo eventual “cuando el sujeto da por buenas o recibe con indiferencia las consecuencias accesorias negativas meramente posibles, y sin embargo no cuando considera indeseables esas consecuencias y tiene por ello la esperanza de que no se producirán”²⁴.

B. Enfoque psicológico cognitivo

El enfoque psicológico cognitivo viene representado principalmente por las teorías de la representación, en las que la delimitación entre dolo e imprudencia depende de la presencia del elemento cognitivo en el primero²⁵. A partir de una concepción determinista de la culpabilidad, Von Liszt entiende que el ser humano es capaz de determinarse en función de representaciones. En esa medida, el dolo debe definirse “como la representación del

resultado, que acompaña a la manifestación de voluntad”²⁶. Mir Puig precisa que “lo único decisivo es el grado de probabilidad del resultado advertido por el autor”²⁷. Por su parte, Corcoy entiende que la diferencia esencial entre la teoría de la representación y la teoría del consentimiento²⁸ estriba en que, en la primera, “el objeto del querer pasa del resultado a la conducta”²⁹.

Para Ragués, la versión más extendida de las teorías de la representación la constituye la **teoría de la probabilidad**³⁰, según la cual concurre dolo si, pese a haberse representado como probable la realización del tipo, el sujeto ha decidido actuar³¹. Otra versión –calificada como “radical” por Roxin³²– es la **teoría de la posibilidad**, que afirma que existe dolo eventual “cuando el autor sólo valora la realización del tipo como algo que es en concreto posible”³³. A partir de esta última teoría³⁴, se concluye que pertenece al dolo el ámbito de la duda respecto del riesgo que implica la actuación del sujeto, con lo que sólo existe imprudencia inconsciente, no quedando espacio dentro de la culpa para la imprudencia consciente.

Una versión distinta de las teorías de la representación es la denominada **teoría modificada** de Armin Kaufmann, que es, según Feijóo, “un intento fallido de objetivación del dolo”³⁵. Para Kaufmann, no puede haber dolo cuando la voluntad de realización se ve contrarrestada por una voluntad de evitación³⁶. Lo importante no es ya,

²² RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. Óp. cit. pp. 62-63.

²³ Según Mezger, este segundo planteamiento implica el retroceso de la primera fórmula de Frank al papel de un simple medio de prueba. MEZGER, Edmund. “Tratado de Derecho Penal”. Tomo II. Madrid: Revista de Derecho Privado. 1949. p. 160. Para Sancinetti, acoger la segunda fórmula de Frank implica salirse de los límites de la teoría del consentimiento e ingresar al terreno de la teoría de la representación. SANCINETTI, Marcelo. “Teoría del delito y disvalor de acción”. Primera edición, segunda reimpresión. Buenos Aires: Hammurabi. 2005. p. 167.

²⁴ ROXIN, Claus. Óp. cit. p. 432.

²⁵ Acerca del concepto de conocimiento, ver la monografía de: DÍAZ-ARANDA, Enrique. “Dolo. Causalismo-finalismo-funcionalismo y la reforma penal en México”. México: Porrúa. 2000. pp. 118 y siguientes.

²⁶ VON LISZT, Franz. “Tratado de Derecho Penal”. Tomo II. Cuarta edición. Madrid. 1999. p. 410.

²⁷ MIR PUIG, Santiago. Óp. cit. p. 274.

²⁸ Para Luzon Peña, la versión no pura de la teoría de la representación se acerca a la teoría del consentimiento. LUZON PEÑA, Diego Manuel. “Lecciones de Derecho Penal Parte General”. Segunda edición. Valencia: Tirant lo Blanch. 2012. pp. 246 y siguientes.

²⁹ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. “El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado”. Óp. cit. p. 260.

³⁰ Ver más en: ROXIN, Claus. Óp. cit. p. 435.

³¹ RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. Óp. cit. p. 67.

³² ROXIN, Claus. Óp. cit. p. 433.

³³ JESCHECK, Hans-Heinrich y Thomas WEIGEND. “Tratado de Derecho Penal, Parte General”. Quinta edición. Granada: Comares. 2012. p. 324.

³⁴ RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. Óp. cit. pp. 74-75.

³⁵ FEIJÓO SANCHEZ, Bernardo. “El dolo eventual”. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2002. p. 37.

³⁶ DIAZ PITA, María del Mar. “El dolo eventual”. Valencia: Tirant lo Blanch. 1994. pp. 266 y siguientes. Distingue entre aquellos casos en los que es posible realizar intentos de evitación del resultado lesivo y aquellos en los que la única posibilidad es omitir la acción misma. En el primer grupo, no habrá dolo cuando el sujeto atribuya a su voluntad activa de evitación una eficacia segura y cuando mantenga la duda de si las medidas adoptadas son suficientes, siempre y cuando atribuya a sus esfuerzos una posibilidad real de evitación. Por el contrario, existirá dolo en aquellas situaciones en las que el sujeto, a pesar de reconocer la posibilidad de que la consecuencia accesoria se produzca al igual que la posibilidad de impedirlo, no lleva a la práctica las medidas adecuadas para la evitación del resultado.

entonces, lo que el sujeto quiere o no, sino cómo configura su conducta³⁷.

C. Evaluación de los enfoques psicológicos

Más allá del contenido volitivo o estrictamente cognitivo otorgado al dolo, los enfoques psicológicos son objeto de críticas, las que se reúnen a continuación en cuatro grupos.

1. Dificultades probatorias

Los enfoques psicológicos no resisten un análisis de eficacia probatoria. Al respecto, Paredes Castañón explica que el dolo es un concepto de disposición, que posee “la propiedad de carecer de verificabilidad empírica”³⁸. Dicha dificultad probatoria se agrava en el caso de la teoría del consentimiento, la cual se sustenta en la presunción del elemento volitivo. Al respecto, Jescheck entiende que esta teoría construye el dolo eventual como un dolo directo hipotético³⁹, a lo que Corcoy apunta que “la exigencia del elemento volitivo se traduce, en el dolo eventual [...] en un “querer presunto” que debería ser ineficaz en el ámbito penal”⁴⁰. Gimbernat añade que “la teoría del consentimiento, para funcionar, exige que se pruebe un hecho que no se ha dado en la realidad: no es que sea difícil probar lo acaecido, es que se quiere probar lo que no ha acaecido”⁴¹.

Desde una visión más radical, Ragués concluye que una aplicación coherente de los enfoques psicológicos implicaría la práctica renuncia a la posibilidad de condenar por delito doloso. Entiende que “una aplicación estricta de la idea según la cual sólo resulta legítimo condenar a un sujeto por delito do-

loso cuando consigan averiguarse determinados datos psíquicos que concurrieron en el momento de realización del comportamiento objetivamente típico hace imposible cualquier condena por delito doloso”⁴². Rechaza entonces que los resultados que se obtengan de la confesión del acusado⁴³, de las ciencias empíricas⁴⁴ o de la prueba de indicios⁴⁵ coincidan siempre con lo que fue la realidad psíquica del sujeto en el momento del hecho.

Los déficits probatorios de los enfoques psicológicos son el punto de partida de los enfoques normativos, sea que partan de un escepticismo ontológico, al negar la existencia en sí misma de los hechos mentales; de un escepticismo epistemológico, al negar la posibilidad de conocer lo interno; o de un escepticismo metodológico, al negar la validez de los métodos de verificación de los elementos subjetivos⁴⁶.

2. Vulneración del principio de culpabilidad

Otra crítica dirigida a los enfoques psicológicos reside en que configuran un Derecho Penal de autor, cuando pretenden ingresar a la intimidad del sujeto. Al respecto, Corcoy objeta que la aceptación, la aprobación o la indiferencia ante el resultado “suponen, en último término, un juicio sobre la personalidad del autor”⁴⁷.

Lo mismo sucede con la teoría de la indiferencia, la cual construye el concepto de dolo sustentado en un mero estado de ánimo del sujeto. Al respecto, Bustos sostiene que esta teoría deja libre el camino a la práctica judicial “para partir de la premisa de que el indiferente es el mal ciudadano y no el buen ciudadano”⁴⁸. En ese sentido, entendemos

³⁷ FEIJÓO SANCHEZ, Bernardo. Óp. cit. p. 38.

³⁸ PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel; DÍAZ Y GARCÍA CONLEDO, Miguel y Javier DE VICENTE REMESAL. “Argumentación y prueba en la determinación del dolo (Comentario a la STS 24-10-1989, Pte. Sr.: García Ancos)”. En: Revista de Derecho Penal y Criminología, segunda época, 8 (julio). 2001. p. 334.

³⁹ JESCHECK, Hans-Heinrich y Thomas WEIGEND. Óp. cit. Loc. cit.

⁴⁰ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. “El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado”. Óp. cit. p. 258.

⁴¹ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. “Estudios de Derecho Penal”. Segunda edición. Madrid: Civitas. 1981. p. 185.

⁴² RAGUÉS I VALLÉS, Ramón. Óp. cit. p. 520.

⁴³ Según Ragués, la confesión del acusado no siempre coincide con la realidad, ya que existen casos en los que el individuo no recuerda exactamente qué es lo que se representó en el momento de realizar la conducta, casos en los que no encuentra las palabras adecuadas para describir lo que realmente pasó y casos en los que le interesa ser condenado. Ibid. pp. 234-235.

⁴⁴ Según Ragués, las ciencias empíricas no suministran reglas que aporten certeza sobre el conocimiento ajeno y pretérito en que se basa la determinación procesal del dolo, ya que sólo están en condiciones de aportar cálculos de probabilidad o aportar datos acerca de aspectos de la personalidad del individuo, mas no acerca del contenido cierto de su representación o voluntad en el momento en que realizó el acto delictivo. Ibid. pp. 221-222.

⁴⁵ Según Ragués, la prueba de indicios siempre conlleva un margen de error que no es aceptable para la concepción psicológica. Ibid. p. 258.

⁴⁶ PÉREZ MANZANO, Mercedes. Óp. cit. p. 1460, numeral 23.

⁴⁷ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. “El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado”. Óp. cit. p. 263.

⁴⁸ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. “Política criminal y dolo eventual”. En: RJCat 1. 1984. p. 314.

con Corcoy que, “si la antijuricidad se fundamenta en la gravedad del hecho y no en la bondad o maldad del autor –Derecho Penal del hecho y no Derecho Penal de autor– lo que el sujeto quiera o no, es algo que pertenece a su fuero interno y que no debe ser objeto de valoración”⁴⁹.

La crítica no sólo se dirige a las propuestas teóricas, sino también a la aplicación judicial. Sucede que, frente a las dificultades probatorias antes citadas, la jurisprudencia que parte de un enfoque psicológico del dolo suele acudir a criterios de oportunidad al momento de condenar. Al respecto, Corcoy⁵⁰ sostiene que existen criterios de oportunidad extensivos, que impiden la calificación imprudente de conductas con significado antisocial, en las que se enjuicia la personalidad del autor; y criterios de oportunidad restrictivos, que se acogen para calificar como imprudentes los supuestos de actividades peligrosas, pero que son aceptadas por su utilidad. Un ejemplo de esto último podría ser la calificación imprudente de las lesiones como consecuencia de la infracción de normas de tránsito.

3. Vulneración del principio de lesividad

Se cuestionan también los enfoques psicológicos por no tomar en cuenta el principio de mínima intervención del Derecho Penal. Así, la teoría del consentimiento califica como dolosos supuestos de conciencia de escaso peligro objetivo, y como imprudentes casos de conciencia de extremo peligro para el bien jurídico.

Al respecto, Mir Puig sostiene que esta teoría “lleva a afirmar el dolo eventual en supuestos de conciencia de escaso peligro objetivo, si el autor no se oponía interiormente al resultado. Y, al contrario, obliga a estimar sólo culpa consciente en actividades extremadamente peligrosas, con tal de que el autor, pese a ser consciente de su gran peligrosidad, desease que no produjese el resultado”⁵¹. En este último caso, según Feijóo, las teorías de la voluntad conducen “a privilegiar de forma injusti-

ficada al autor especialmente temerario frente a otros más prudentes”⁵².

Problema similar presenta la teoría modificada de Kaufmann, al calificar como dolosos los supuestos de no disminución de riesgos insignificantes. Según Hassemer, dicha teoría “conduce a resultados inaceptables, dependientes, además, de las peculiaridades de cada caso: quien realiza una voluntad de evitación, que desde su punto de vista suprime cualquier riesgo adicional, no actúa ya dolosamente (y queda desde un principio fuera de esta teoría delimitadora) porque no toma en consideración la posibilidad de un daño; quien, a pesar de una voluntad activa de evitación, observa un riesgo adicional y, sin embargo, actúa, tiene por ello un dolo referido a ese riesgo adicional (lo cual contradice esta teoría delimitadora); quien no disminuye un riesgo insignificante –evitable– debe responder, según esta teoría, por dolo, mientras que aquél que reduce al mismo grado de riesgo un riesgo elevado –evitable– sólo se le puede imputar a título de imprudencia”⁵³. Añade a ello que “la acción de evitación no tiene por qué ser expresión de una actitud interna ajustada a Derecho, sino que puede ser el resultado de un cálculo estratégico-criminal”⁵⁴.

4. Resultados insostenibles

Se evidencia no solo una clara dificultad para delimitar los supuestos de dolo de los de imprudencia en casos límite, sino que se cuestiona los resultados insostenibles a los que los enfoques psicológicos suelen llevar, incluso en casos no límite. Las teorías de la voluntad fracasan “en los casos en los que se excluyen recíprocamente el resultado perseguido y el que se valora como posible”⁵⁵.

Un ejemplo de ello es el caso “Lacmann”, en el que un sujeto apuesta con otro que logrará alcanzar con un disparo el vaso que tiene una mujer en la mano; sin embargo, ocasiona la muerte de la mujer⁵⁶. En este supuesto, como en los demás casos de apuestas que ponen en riesgo un bien jurídico

⁴⁹ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. “Concepto dogmático y procesal de dolo. Ignorancia deliberada, confianza irracional y manifiesto desprecio”. En: *Imprudencia Penal. Cuestiones Generales*. Revista de Doctrina y Jurisprudencia Penal. Universidad de Los Andes 4. Bogotá: Abeledo Perrot. 2011.

⁵⁰ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. “El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado”. *Óp. cit.* pp. 264-265.

⁵¹ MIR PUIG, Santiago. *Óp. cit.* p. 273.

⁵² FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. *Óp. cit.* p. 31.

⁵³ HASSEMER, Winfried. “Los elementos característicos del dolo”. En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo XLIII. Fascículo III (septiembre-diciembre). 1990. pp. 911-912. También en HASSEMER, Winfried. “Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho penal (traducción de MUÑOZ CONDE, Francisco y María del Mar DÍAZ PITA)”. Valencia: Tirant lo Blanch. 1999. pp. 119 y siguientes.

⁵⁴ HASSEMER, Winfried. “Los elementos característicos del dolo”. *Óp. cit.* p. 912.

⁵⁵ JESCHECK, Hans-Heinrich y Thomas WEIGEND. *Óp. cit.* Loc. cit.

⁵⁶ Al respecto, ver MIR PUIG, Santiago. *Óp. cit.* p. 273.

penal, la primera fórmula de Frank llevaría a imputar un homicidio imprudente, ya que, de saber seguro que el delito se produciría, el sujeto no habría efectuado el disparo, ya que habría perdido la apuesta, objeto de su acto. En otras palabras, la teoría del consentimiento “falla estrepitosamente en supuestos en los que el resultado producido es incompatible con los fines del autor o los frustra”⁵⁷.

Al respecto, es muy gráfico el caso de “los mendigos rusos”, quienes mutilan a niños con los que realizan su actividad sabiendo que sus vidas corren peligro, pero si supieran que los niños van a morir, preferirían venderlos o explotarlos de una forma distinta, a fin de no perder dinero. De morir uno de los niños, según la teoría hipotética del consentimiento, podría calificarse la conducta de los mendigos como homicidio imprudente, lo que resulta contrario a un mínimo sentido de justicia⁵⁸.

Las teorías de la representación presentan también dificultades. Así, no sólo es evidente su ineficacia en la resolución de casos límite, siendo imposible establecer el momento en que un resultado “posible” pasa a ser “probable”⁵⁹, sino que llevan a resultados insostenibles, como ocurre en el caso de los sujetos que juegan a la ruleta rusa, apuntando en la sien de uno de ellos con un revólver que sólo tiene puesta una de las seis balas. En dicho caso, la probabilidad de que salga la bala es de una contra cinco, con lo que es más probable que no se produzca la muerte del sujeto.

Para la teoría de la probabilidad, no cabe más remedio que entender este caso como uno de culpa consciente, lo que —desde la perspectiva del merecimiento de pena— resulta insostenible. Además, puede objetarse que esta teoría privilegia casos de individuos que no efectúan ninguna reflexión

respecto del riesgo que importa su conducta. Según Ragués, en los casos en que el sujeto juzga irrelevante lo que a todas luces tiene serios visos de acaecer, “parece indiscutible que la teoría de la probabilidad puede comportar un privilegio para los individuos más irreflexivos”⁶⁰, imputando dolo a quienes —por el contrario— son ciudadanos más diligentes y más conscientes del riesgo que conlleva las actividades que realizan.

V. PROCESO DE NORMATIVIZACIÓN DEL DOLO

Se ha puesto en evidencia que los enfoques psicológicos afrontan no sólo serios problemas de legitimidad, sino también de prueba, ante la evidente constatación de que los elementos subjetivos son inaccesibles de modo directo a una plena constatación empírica. Por ello es que, como bien reconoce Díez Ripollés⁶¹, toda concepción psicológica requiere al menos de una legitimación normativa que permita salvar la distancia entre la inaccesible verdad material de los elementos subjetivos y el procedimiento experimental que vincula sus conclusiones a indicios objetivos⁶².

Mascardi, jurista italiano del siglo XVI, sostuvo que “el dolo no puede probarse realmente porque se trata de un fenómeno espiritual”⁶³. Así, según Hruschka, “como todo lo espiritual, el dolo no se constata y se prueba, sino que se imputa”⁶⁴. Por ello, propone abandonar el presupuesto según el cual “el dolo o sus «componentes» son hechos relevantes para la decisión del juez penal o, incluso, hechos en los que concurre un elemento legal del hecho punible”⁶⁵. En ese sentido, se considera erróneo preguntar qué es el dolo o cuáles son sus componentes, puesto que no se está frente a ningún hecho que permita una “hipótesis ontológica”⁶⁷.

⁵⁷ FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. Óp. cit. p. 51.

⁵⁸ *Ibidem*. Una perspectiva distinta en JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Óp. cit. p. 369.

⁵⁹ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. “El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado”. Óp. cit. p. 263.

⁶⁰ RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. Óp. cit. p. 70.

⁶¹ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. Óp. cit. p. 285.

⁶² Según Paredes Castañón, existen tres alternativas frente al enfoque psicológico: que el juez razone la presencia en el sujeto de determinados elementos subjetivos a partir de los indicios que proporciona su conducta externa, que se impongan por vía normativa los criterios de prueba de los elementos subjetivos y que se construya un conjunto de criterios de determinación procesal de los elementos subjetivos que se apoye en los resultados de la sociología y de la psicología de la atribución. PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. “Problemas metodológicos en la prueba del dolo”. En: Anuario de Filosofía del Derecho. Nueva Época. Tomo XVIII. 2001. pp. 90 y siguientes.

⁶³ HRUSCHKA, Joachim. Óp. cit. p. 194.

⁶⁴ *Ibidem*. p. 195. En un sentido distinto: FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. Óp. cit. p. 122, numeral 189.

⁶⁵ HRUSCHKA, Joachim. Óp. Cit. Loc. cit.

⁶⁶ Una perspectiva disinta, a partir de las reflexiones de Wittgenstein, en: RAMOS VÁSQUEZ, José Antonio. “Un «proceso interno» necesita criterios externos. Algunos apuntes sobre la gramática profunda del elemento volitivo del dolo”. En: CARBONELL MATEU, Juan Carlos; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis; ORTS BERENQUER, Enrique y María Luisa CUERDA ARNAU (Coordinadores). “Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (semananzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)”. Valencia: Tirant lo Blanch. 2009. p. 1649.

⁶⁷ HRUSCHKA, Joachim. Óp. cit. Loc. cit.

Como se ha visto en los puntos precedentes, pueden distinguirse dos enfoques normativos del dolo. Por un lado, el enfoque de las **teorías normativas volitivas**, que, además de imputar el conocimiento al sujeto, consideran indispensable atribuir una decisión —o voluntad— al mismo. Ejemplos de esta corriente son la teoría de la decisión de Roxin y la teoría de los indicadores de Hassemer⁶⁸. Esta última plantea el establecimiento de tres indicadores que pueden deducirse de la ratio de la penalidad del dolo: “peligro (externo), representación (interna) del peligro y decisión (interna) a favor de la realización del peligro reconocido. La primera secuencia puede ser descrita; las dos siguientes no funcionan sin una deducción mediata a través de indicadores”⁶⁹.

Por otro lado, el enfoque de las **teorías normativas cognitivas o teorías puras del conocimiento**⁷⁰, para las cuales “la voluntariedad no es elemento del dolo, sino un elemento de la acción, común, por tanto, a los delitos dolosos e imprudentes”⁷¹; a lo que Silva añade que, desde esta perspectiva, “no basta con un conocimiento naturalístico, sino

que debe darse un conocimiento del contenido de sentido social del hecho”⁷².

Independientemente de que se asuma un enfoque volitivo o meramente cognitivo, el grado de normativización del dolo puede ser distinto según se considere que los elementos ontológicos puedan operar algún tipo de influencia, mayor o menor, en la decisión normativa de imputación de la conducta dolosa. El problema que se plantea es si dicho proceso de normativización de los elementos subjetivos del delito y, en específico, del dolo, puede implicar la anulación del principio de responsabilidad subjetiva, su flexibilización o su simple adaptación a los nuevos tiempos.

En un sentido crítico, Hassemer, por ejemplo, ha advertido que “el principio de culpabilidad está siendo hoy amenazado, tanto en la teoría como en la praxis, por los intereses de una política criminal eficaz”⁷³. Debe preguntarse, entonces, hasta qué extremo resulta posible normativizar el concepto de dolo, a fin de lograr una satisfactoria delimitación con la imprudencia⁷⁴. Con tal fin, se presenta

⁶⁸ Se encuentran las propuestas más destacadas de las teorías normativas volitivas en: ROXIN, Claus. Óp. cit. pp. 416 y siguientes; HASSEMER, Winfried. “Los elementos característicos del dolo”. Óp. cit.; PHILIPPS, Lothar. “Dolus eventualis als Problem der Entscheidung unter Risiko”. ZStW 85. 1973; SCHÜNEMANN, Bernd. Óp. cit. pp. 164 y siguientes; DÍAZ PITA, María del Mar. Óp. cit.; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. “Delitos de peligro, dolo e imprudencia”. Madrid: Universidad Complutense de Madrid. 1994. pp. 41 y siguientes.

⁶⁹ HASSEMER, Winfried. “Los elementos característicos del dolo”. Óp. cit. p. 929.

⁷⁰ Se encuentran las propuestas más destacadas de las teorías normativas cognitivas en: FRISCH, Wolfgang. “Comportamiento típico e imputación del resultado”. Madrid-Barcelona: Marcial Pons. 2004. pp. 623 y siguientes; MIR PUIG, Santiago. Óp. cit. pp. 267 y siguientes; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. “Concepto dogmático y procesal de dolo. Ignorancia deliberada, confianza irracional y manifiesto desprecio”. Óp. cit. pp. 3-30; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. “El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado”. Óp. Cit. pp. 244 y siguientes; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. “Observaciones sobre el conocimiento “eventual” de la antijuricidad”. En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. 1987. pp. 647 y siguientes; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. “Aproximación al Derecho Penal contemporáneo”. Segunda edición. Montevideo-Buenos Aires: B de F. 2010. pp. 647 y siguientes; FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. Óp. cit.; JAKOBS, Günther. “Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional”. Madrid: Civitas. 1996; JAKOBS, Günther. “Bases para una teoría funcional del Derecho Penal”. Lima: Palestra. 2000; JAKOBS, Günther. “El lado subjetivo del hecho”. En: YACOBUCCI, Guillermo Jorge (Director). “Los desafíos del Derecho Penal en el siglo XXI. Libro homenaje al profesor Dr. Günther Jakobs”. Lima: Ara. 2005; JAKOBS, Günther. “Derecho Penal Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación (traducción de CUELLO CONTRERAS, J. y J.L. SERRANO GONZALEZ DE MURILLO)”. Segunda edición. Madrid: Marcial Pons. 1997. pp. 312 y siguientes; JAKOBS, Günther. “Indiferencia como dolo indirecto”. En: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo y ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (Coordinadores). “Dogmática y ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo”. Tomo I. Madrid-Barcelona: Marcial Pons. 2004. pp. 347 y siguientes; JAKOBS, Günther. “Dolus Malus (traducción de Fakhouri Gómez)”. En: <http://www.indret.com/code/getPdf.php?id=1315&pdf=674.pdf>; JAKOBS, Günther. “Sobre la función de la parte subjetivo del delito en Derecho penal”. En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales Tomo XLII. Fascículo II (mayo-agosto). 1989; JAKOBS, Günther. “La imputación jurídico-penal y las condiciones de vigencia de la norma”. En: GÓMEZ JARA, Carlos. “Teoría de sistemas y Derecho Penal. Fundamentos y posibilidad de aplicación”. Lima: Ara. 2007. pp. 242 y siguientes; HERZBERG, Rolf. “Die Abgrenzung von Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit – ein Problem des objektiven Tatbestandes”. En: *JUS* 1986; PUPPE, Ingengborg. “Error de hecho, error de derecho, error de subsunción”. En: FRISCH, Wolfgang y otros. “El error en Derecho Penal”. Buenos Aires: Ad-Hoc. 1999. pp. 89 y siguientes; PUPPE, Ingengborg. “La distinción entre dolo e imprudencia”. Buenos Aires: Hammurabi. 2010; HRUSCHKA, Joachim. Óp. cit. pp. 181 y siguientes.

⁷¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. “Aproximación al Derecho Penal contemporáneo”. Óp. cit. p. 649.

⁷² *Ibid.* p. 651.

⁷³ HASSEMER, Winfried. “Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho penal (traducción de MUÑOZ CONDE, Francisco y María del Mar DÍAZ PITA)”. Óp. cit. p. 117.

⁷⁴ No puede dejar de mencionarse que la prohibición absoluta de la responsabilidad objetiva está siendo por lo menos puesta en duda. CANCIO MELIÁ, Manuel. Óp. cit. p. 168, menciona distintas instituciones que lo evidencian. Es el caso de la “*responsabilité matérielle*” del ordenamiento francés, que se aplica a las faltas en las que para hacer responsable penalmente al sujeto no se exige ningún presupuesto en materia de dirección de la conducta; el caso de la “*absolute liability*” y la “*strict liability*” del Derecho Penal anglosajón, en las que o bien no se exige la prueba del impulso voluntario

a continuación las principales alternativas que se han planteado al respecto:

A. Niveles de normativización intermedia

Existe un grupo de propuestas, con antecedentes que incluso se remontan al periodo tardío romano, que rechazan los enfoques psicológicos y establecen fórmulas normativas de imputación del dolo sin llegar al extremo de objetivarlo.

1. *Dolus ex re*

Una primera alternativa de normativización consiste en deducir el dolo (elemento interno) de lo acontecido (elemento externo). Se trata de acudir a la figura del *dolus ex re*, definida en 1825 por von Weber como “aquel dolo delictivo que, sin que el delincuente mismo lo reconozca y sin que sea necesaria una confesión, ya puede deducirse de forma segura a partir de la clase y el modo de comisión del delito y de las circunstancias externas de la acción concreta”⁷⁵.

Los antecedentes del *dolus ex re* se remontan a Roma⁷⁶, y específicamente al **Digesto**, en el que se señalaba que “si algo ha sucedido con dolo se deduce de lo sucedido”⁷⁷, a lo que se añadía que “conviene que se pruebe el dolo a partir de los indicios externamente perceptibles”⁷⁸. Como bien señala Hruschka, a diferencia de la presunción de dolo, el *dolus ex re* “considera la globalidad de un hecho concreto y se basa en sus circunstancias y naturaleza específicas, pero no permite afirmar de modo general que los hechos sean en su mayor parte hechos dolosos”⁷⁹.

Actualmente, la **teoría normativa de Ragués** propone una fórmula que guarda relación con el razonamiento del *dolus ex re*. Para dicho autor, existe

dolo cuando, “a partir del sentido social de un hecho y de las circunstancias que lo acompañan, puede afirmarse de modo inequívoco que un sujeto ha llevado a cabo un comportamiento objetivamente típico atribuyéndole la concreta capacidad de realizar un tipo penal”⁸⁰.

A fin de concretar lo que es el sentido social, plantea, entre otros, los siguientes criterios normativos⁸¹: (i) el desconocimiento de determinados riesgos no se entiende posible en personas imputables, adultas y con una socialización normal; (ii) existen transmisiones previas de conocimientos que, según su importancia, excluyen la posibilidad de olvido por parte del sujeto; (iii) la exteriorización del propio conocimiento permite su imputación; (iv) las características personales del sujeto –profesión, procedencia, nivel cultural, etc.– pueden ser fuente de atribución de conocimientos.

Una vez imputados dichos conocimientos, Ragués sostiene que deben ser integrados en un juicio de concreta aptitud lesiva, cuya regla dicta que, “cuando un sujeto lleva a cabo una conducta especialmente apta para producir un determinado resultado lesivo y lo hace siendo conocedor de la peligrosidad abstracta de tal conducta y contando con un perfecto «conocimiento situacional», se entiende, desde un punto de vista social, que por fuerza ha juzgado también que su conducta era apta para producir el citado resultado lesivo en aquella específica situación”⁸².

La jurisprudencia no ha sido ajena a la perspectiva del *dolus ex re*, en especial cuando se acude a la prueba de indicios. La imposibilidad de probar el elemento interno ha sido recogida, por ejemplo, por el Tribunal Supremo Español en su sentencia del 10 de febrero de 1982 (A. 644), que precisa que, “ante la infranqueabilidad e impenetrabilidad

o bien del lado subjetivo del hecho delictivo; y la institución de la “ignorancia deliberada”, que permite sustituir el elemento subjetivo del conocimiento por el de la ignorancia voluntaria. Acerca de las hipótesis de responsabilidad objetiva en el ordenamiento penal italiano, ver: MOCCIA, Sergio. “El problema de la responsabilidad objetiva: entre el principio de tipicidad y el principio de culpabilidad”. En: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo y José Miguel ZUGALDÍA ESPINAR (Coordinadores). “Dogmática y ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo”. Tomo I. Madrid-Barcelona: Marcial Pons. 2004. pp. 539 y siguientes.

⁷⁵ HRUSCHKA, Joachim. Óp. cit. pp. 188-189.

⁷⁶ Ver más en: GÓMEZ ROYO, Enrique. “Reflexiones sobre el dolo en Grecia y Roma”. En: CARBONELL MATEU, Juan Carlos; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis; ORTS BERENQUER, Enrique y María Luisa CUERDA ARNAU (Coordinadores). “Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)”. Valencia: Tirant lo Blanch. 2009. p. 797.

⁷⁷ Digesto, 44.4.1.2 y Codex, 2.20(21).6, citado por HRUSCHKA, Joachim. Óp. cit. p. 188.

⁷⁸ Codex, 4.44.8, citado por HRUSCHKA, Joachim. Óp. cit. Loc. cit.

⁷⁹ HRUSCHKA, Joachim. Óp. cit. p. 192.

⁸⁰ RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. Óp. cit. p. 353.

⁸¹ Ibid. pp. 379 y siguientes. Dichos criterios también podrían ser aplicados para imputar el conocimiento del partícipe del delito. Al respecto, ver: MIRÓ LLINARES, Fernando. “Conocimiento e imputación en la participación delictiva. Aproximación a una teoría de la intervención como partícipe en el delito”. Barcelona: Atelier. 2009. pp. 222 y siguientes.

⁸² RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. Óp. cit. pp. 469-470.

del intelecto humano, donde yacen recónditamente las intenciones, es preciso indagar o inquirir cuál fue el verdadero propósito del sujeto activo, acudiendo, para desentrañar tan ardua cuestión, a los actos exteriorizativos, de naturaleza objetiva, que, siendo anteriores, coetáneos o posteriores al suceso, esto es, acompañándolo, circundándolo o aureándolo, revelen esa incógnita intención”⁸³.

En la misma línea, en su sentencia del 14 de junio de 1991 señala que “el elemento subjetivo no se exterioriza de la misma forma que el objetivo. Ha de deducirse del comportamiento externo, es decir, de las circunstancias que anteceden, rodean y siguen al acontecer delictivo configurándolo”⁸⁴. En Perú, en algún caso se señala correctamente que “el dolo no se presume, por lo que debe acreditarse”⁸⁵; de lo que debiera inferirse la necesidad de recurrir a la prueba de indicios.

2. Dolo indirecto

Algunas teorías sobre el dolo eventual tienen como antecedente la doctrina del “dolo indirecto”, según la cual un resultado puede ser considerado como producido dolosamente “si la acción proyectada tiene tendencia a extenderse, con una cierta probabilidad, a este resultado”⁸⁶.

En el siglo XVI, **Diego de Covarrubias** propuso considerar queridos –aunque indirectamente– todos aquellos resultados que, sin constituir el fin del autor, se derivaban normalmente de su acción⁸⁷, dejando fuera de la voluntad los casos fortuitos, con lo que se distanciaba de la fórmula del *versari in re illicita*⁸⁸.

Un siglo después, **Benedikt Carpzov** planteó que “quien se inmiscuye en algo ilícito debe ser vinculado a todo aquello que se sigue de su intención y de su voluntad, cuando se trata claramente de la

causa habitual y tiende a inmediatos delitos subsiguientes, de tal manera que el autor consideró probable o pudo considerar o por lo menos debió de haber pensado en lo que sencillamente iba a suceder”⁸⁹. A diferencia del *versari in re illicita*, en el “dolo indirecto” sólo se incluían en el dolo del sujeto “los resultados que según la experiencia suelen seguirse de un acto inicial, no los que se producen por mero azar”⁹⁰.

Según Ragués, fue Feuerbach quien dio fin a la era del “dolo indirecto”⁹¹. Sin embargo, como refiere Lorenzo, Feuerbach no mantuvo su concepción estricta de la intención por mucho tiempo y elaboró las teorías del “dolo indeterminado” y de la “*culpa dolo determinata*”, que se acercaban a la propuesta del “dolo indirecto”⁹². Respecto del “**dolo indeterminado**”, Feuerbach sostenía que “el *dolus* [...] tiene dos clases, según que el resultado ilícito sea el objetivo inmediato y exclusivo de la comisión, o que la intención del criminal se haya dirigido a varias lesiones jurídicas de una misma clase o género. Aquél se llama dolo determinado (*dolus determinatus*), y éste, dolo eventual o indeterminado (*d. indeterminatus s. eventualis*)”⁹³.

En cuanto a la “*culpa dolo determinata*”, Feuerbach señalaba que “hay casos en que el dolo y la culpa se encuentran en la misma acción, especialmente cuando un criminal haya tenido por fin un determinado resultado antijurídico hacia el que haya dirigido la acción, pero haya tenido lugar otro que haya previsto o podido prever como consecuencia posible de su acción. Aquí hay dolo con respecto al fin que efectivamente quiso; hay culpa con relación a cualquier efecto que sin intención del autor haya producido una acción dirigida a otro fin antijurídico. Se puede llamar, pues, a una lesión que tenga por causa una determinación de la voluntad de esa naturaleza, una culpa determinada por dolo”⁹⁴.

⁸³ Citada por FARRÉ TREPAT, Elena. “Dolo eventual, imprudencia y formas de imperfecta ejecución (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1982)”. En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Tomo XXXIX. Fascículo I (enero-abril). 1986. p. 269.

⁸⁴ DÍAZ PITA, María del Mar. Óp. cit. p. 54, numeral 16.

⁸⁵ Ejecutoria Suprema del 13 de noviembre de 1990. Ver: GARCÍA CAVERO, Percy. Óp. cit. Loc. cit.

⁸⁶ MEZGER, Edmund. “Derecho Penal, Libro de Estudio, Parte General”. Traducción de la sexta edición alemana por Conrado A. Finzi. Tomo I. Buenos Aires. 1957. p. 235.

⁸⁷ LAURENZO COPELLO, Patricia. Óp. cit. p. 31.

⁸⁸ ANTÓN ONECA, José. Óp. cit. p. 56, define al “*versari in re illicita*” como aquella fórmula en virtud de la cual se atribuyen al autor del hecho ilícito “las consecuencias de su conducta, aunque no fueran queridas ni previsibles”.

⁸⁹ RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. Óp. cit. p. 55; quien cita a CARPZOV, Benedict. “*Practica nova imperialis Saxonica rerum criminalium*”. Quaestio I, n. marg. 29.

⁹⁰ RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. Óp. cit. p. 56.

⁹¹ Ibid. p. 57.

⁹² LAURENZO COPELLO, Patricia. Óp. cit. p. 38.

⁹³ VON FEUERBACH, Anselm. “Tratado de Derecho penal común vigente en Alemania”. Buenos Aires: Hammurabi. 1989. p. 85.

⁹⁴ Ibid. p. 86.

A inicios del siglo XX, algunos autores postularon **teorías objetivas del dolo** cercanas a la propuesta del “dolo indirecto”. Fue el caso de Klee, para quien existe dolo “cuando el sujeto ha condicionado un riesgo de producción del resultado y ha sido consciente de aquellas circunstancias del hecho cuya concurrencia, según la opinión general, engendra un peligro de dicha producción”⁹⁵.

En los últimos años, Jakobs se ha pronunciado en contra de la ampliamente difundida concepción según la cual la teoría del “dolo indirecto” serviría para eludir dificultades en el ámbito de la prueba, y se adhiere a lo sostenido por Puppe, en el sentido de que el abandono de esta modalidad de dolo fue una decisión a favor de un concepto de dolo naturalístico-psíquico y en contra de un concepto normativo⁹⁶.

Así, la **teoría del dolo de Puppe** sostiene que debe ser el Derecho, y no el autor, el competente para decidir sobre la relevancia jurídica del peligro de realización del tipo de que es consciente dicho autor⁹⁷. Distingue, entonces, entre peligros de dolo y peligros de imprudencia: “un peligro es propio del dolo, cuando observado en sí mismo, expresa un método idóneo para la causación del resultado” o “una estrategia generalmente apropiada” para dicha causación, afirmaciones que, sin duda, beben de las fuentes del olvidado *dolus indirectus*⁹⁸. No interesa, entonces, cuál era la actitud del sujeto frente a la representación, sino “cuál sería en esas circunstancias la actitud de una persona razonable y conocedora de la relevancia del bien jurídico”⁹⁹. En consecuencia, para esta teoría, existe dolo cuando el sujeto —a nivel objetivo— despliega una estrategia racional de causación del resultado¹⁰⁰.

3. Co-consciencia

Según la **teoría de Platzgummer**, para que pueda afirmarse el dolo, no es necesario tener consciencia actual de cierta clase de elementos del tipo existentes en el momento de la acción, que consisten en características y obligaciones más o

menos duraderas del sujeto¹⁰¹. Resulta suficiente con la “co-consciencia” de dichos elementos: “Lo co-consciente es, pues, aquel contenido de la consciencia al que no se atiende de modo explícito, sino de forma implícita y que se observa de modo necesario y automático”¹⁰².

A partir de ello, sostiene que los elementos abarcados por la co-consciencia se aprehenden de forma implícita, no siendo necesaria una percepción expresa de aquellos; y se trata de un proceso de aprehensión implícita que ocurre en toda situación y de modo automático. Por ejemplo, la circunstancia de ostentar la calidad de “funcionario público” en el contexto de comisión de un delito contra la administración pública.

Díaz Pita se manifiesta en contra de afirmar la validez general de la teoría de la co-consciencia, al considerar que implica una ampliación objetivista y desproporcionada del concepto de dolo¹⁰³. Sostiene que la tesis de Platzgummer es correcta, pero debe hacerse una importante precisión en el sentido de que la síntesis psíquica no se desarrolla siempre de forma automática, sino que se trata de un proceso individual. Ello en atención a que “no todos los sujetos tienen la misma capacidad de percepción y reflexión ante una situación determinada y es por ello que dicha teoría no nos sirve, como patrón general, para resolver todos los problemas que el elemento intelectual del dolo plantea”¹⁰⁴.

B. Niveles de normativización absoluta

Existe otro grupo de propuestas, que van más allá al punto de negar la necesidad del juicio de imputación subjetiva. Veamos:

1. Presunción del dolo

Esta alternativa implica acuñar una presunción de dolo en un precepto legal, según el cual, una vez probada la configuración de los elementos objetivos del delito, se tendrá también por probado el

⁹⁵ Citado por RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. Óp. cit. p. 72.

⁹⁶ JAKOBS, Günther. “Bases para una teoría funcional del Derecho Penal”. Óp. Cit. p. 152.

⁹⁷ Citada por RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. Óp. cit. p. 147; quien cita a: PUPPE, Ingeborg. NK SS 15, n. marg. 61.

⁹⁸ RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. Óp. cit. p. 148.

⁹⁹ LAURENZO COPELLO, Patricia. Óp. cit. p. 263.

¹⁰⁰ Según RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. Óp. Cit. Loc. cit., el concepto de dolo de Puppe no es enteramente objetivo porque los conocimientos del autor siguen desempeñando un importante papel.

¹⁰¹ Al respecto, ver: DÍAZ PITA, María del Mar. Óp. Cit. p. 29.

¹⁰² Ibid. p. 60.

¹⁰³ Ibid. p. 63. La misma autora, en la página 65 de su obra, cita a Kohler (Vorsatzbegriff und Bewusstsein des Vorsatzes, GA 1981, p. 290), quien sostiene que la teoría de Platzgummer “encubre una presunción (naturalmente prohibida) de dolo”.

¹⁰⁴ DÍAZ PITA, María del Mar. Óp. cit. p. 66.

elemento subjetivo (dolo). Esta opción es acusada de colisionar con el principio de presunción de inocencia, contravenir el principio de culpabilidad y relevar a la acusación de la carga de la prueba del extremo subjetivo del ilícito penal.

En su Tratado de Derecho Penal, **Feuerbach** define al dolo como “una determinación de la voluntad que tiene como fin una lesión antijurídica, con la consecuencia de la antilegalidad del afán”¹⁰⁵. Sin embargo, según Hruschka, Feuerbach abogó por el establecimiento de una presunción de dolo, al resumir en 1801 sus argumentos de la siguiente forma: “dado que en cualquier acción humana la intención es la primera explicación; dado que, de acuerdo con la naturaleza del espíritu humano y con la experiencia, la actuación intencionada es la regla; y dado que la causación de una determinada consecuencia mediante una acción querida sin que dicha consecuencia sea objeto del querer es solo una excepción que se basa en presupuestos que no son habituales, el efecto antijurídico provocado por las acciones de una persona debe entenderse como fin de la voluntad mientras no aparezcan razones concretas que permitan sostener lo contrario”¹⁰⁶.

Y fue, justamente, en el artículo 43 del **Código Bávaro de 1813**, norma de su autoría, donde se reguló la siguiente presunción: “Cuando se haya probado un hecho ilícito cometido por una persona, legalmente se considerará que dicha persona ha actuado con dolo antijurídico siempre que a partir de las circunstancias específicas no pueda obtenerse la certeza o la probabilidad de lo contrario”¹⁰⁷.

Las presunciones de dolo no sólo están presentes en preceptos legales, sino que pueden constituir también una cuestionable práctica jurisprudencial. Según Corcoy, ello ocurre en la sentencia de Tribunal Supremo Español del 23 de abril de 1992, recaída con ocasión del **caso del Aceite de Col-**

za¹⁰⁸. Para esta autora, dicha sentencia realiza una interpretación como mínimo analógica de lo que puede entenderse como dolo, ya que, “partiendo de que el dolo es exclusivamente conocimiento lo que no es admisible es presumir ese conocimiento tal y como se realiza en la referida sentencia. Postura que en la actualidad se está adoptando por el Tribunal Supremo a través del concepto de “ignorancia deliberada”. Ello supone extender el concepto de dolo incluso más allá de lo que podríamos calificar como imprudencia. Circunstancia que se agrava en el presente caso a partir de que ni tan siquiera se sabe sobre qué circunstancia o dato debe recaer ese conocimiento”¹⁰⁹.

Ahora bien, en el fondo, las presunciones no se alejan de los enfoques psicológicos arriba cuestionados, ya que estos últimos –frente a la imposibilidad de probar lo interno– crean criterios de oportunidad para condenar, que no son más que presunciones de aquello que debería ser probado.

2. ¿Anulación del tipo subjetivo?

Finalmente, existen teorías que proponen tratar la problemática del dolo en el tipo objetivo. La **teoría de Herzberg** propone distinguir dos modalidades de riesgos no permitidos¹¹⁰. Por un lado, el peligro cubierto o protegido, que se produce “cuando en el momento del hecho existen circunstancias que permiten confiar objetivamente en que el tipo no va a realizarse”¹¹¹. Por otro lado, el peligro descubierto, que ocurre en aquellos casos en que “no existen fundamentos objetivos para la confianza racional en la no realización del tipo penal”¹¹².

La diferencia entre ambos tipos de peligro no depende de consideraciones jurídicas o valorativas, sino de consideraciones fácticas¹¹³, resultando que “el conocimiento por parte del sujeto de un peligro cubierto fundamenta la imprudencia, mientras que si lo que conoce dicho sujeto en el momento

¹⁰⁵ VON FEUERBACH, Anselm. Óp. cit. p. 82.

¹⁰⁶ HRUSCHKA, Joachim. Óp. cit. p. 191.

¹⁰⁷ Ibid. p. 191, numeral 16. Ahora bien, tiempo más tarde Feuerbach abandona sus tesis sobre la “*praesumptio doli*” y, años después de su muerte, en 1848, desaparece dicha figura del Código bávaro. Ver: Ibid. p. 192.

¹⁰⁸ Una visión crítica de esta sentencia en: PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. “Caso del Aceite de Colza”. En: SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo (Coordinador). “Casos que hicieron doctrina en Derecho Penal”. Segunda edición. Madrid: La Ley. 2011. pp. 425 y siguientes. Paredes Castañón sostiene, en la página 437 de su trabajo, que “si no está claro qué es exactamente lo que un sujeto ha de conocer para pasar de la imprudencia consciente al dolo eventual, difícilmente podrá estarlo qué es lo que ha de ser probado ante el órgano juzgador”.

¹⁰⁹ Al respecto, ver CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. “L’insegnamento dell’esperienza spagnola, dal caso della colza ai giorni nostri”, en prensa.

¹¹⁰ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. Óp. cit. pp. 92-93.

¹¹¹ RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. Óp. cit. p. 143.

¹¹² Ibídem.

¹¹³ LAURENZO COPELLO, Patricia. Óp. cit. p. 259.

de actuar es un peligro descubierto, se está ante un caso de dolo¹¹⁴.

Si bien es cierto que se ha cuestionado a esta teoría la división que efectúa entre los riesgos que objetivamente pueden fundamentar el dolo y los que no¹¹⁵, así como Puppe observa que Herzberg se expone a críticas al afirmar que la distinción entre peligro de dolo y peligro de imprudencia es un “problema del tipo objetivo”¹¹⁶, también es verdad que la teoría de Herzberg aborda la problemática poco desarrollada de la confianza irracional en la no realización del tipo penal, sosteniendo que la calidad objetiva del peligro traza la línea entre aquellos casos en que se puede confiar y aquéllos en los que no, aporte que debe ser destacado.

En una línea aún más radical se sitúa la **teoría de Lesch**, quien se pregunta “por qué para fundamentar un injusto basado en la antinormatividad hace falta, además de una imputación objetiva a la persona como construcción normativa, una imputación adicional, a saber, una imputación subjetiva referida al concreto sistema sico-físico «hombre» [...], es decir, conviene preguntarse por qué hay que tener en cuenta el dolo, pese a que sólo es un *factum interno*”¹¹⁷.

Añade que “el dolo, con independencia de que se ubique en la culpabilidad o en el injusto, es una reliquia del antiguo concepto psicológico de culpabilidad y, en tal medida, un cuerpo extraño en una teoría de la imputación que, por lo demás, es puramente normativa”¹¹⁸. En esa línea, refiere que “la culpabilidad penal no significa otra cosa que el propio injusto penal, si se la define en el sentido del principio de culpabilidad por el hecho como una perturbación social que debe ser compensada con la pena”¹¹⁹.

VI. PERSPECTIVAS PARA UNA PROPUESTA

Una propuesta acerca del dolo debe tener en cuenta tres elementos. El primer elemento es la

imposibilidad de efectuar una delimitación precisa entre dolo e imprudencia. Nos encontramos frente a categorías que hacen referencia a atributos graduales, en los que no existen puntos de corte precisos¹²⁰. Siguiendo a Molina Fernández, el dolo es un término aquejado de vaguedad en el que se presenta una “**paradoja sorites**”.

Al respecto, el filósofo griego Eubulides definió dicha paradoja al preguntarse cuántos granos de trigo son necesarios para formar un montón (soros). Respondió entonces que, “como nadie dudaría que, por ejemplo, un millón de granos es un caso claro de montón, y un grano un caso claro de no montón, la lógica más elemental parece decirnos que tiene que haber un momento en el que la adición de un grano haga montón (o su sustracción lo deshaga), y, sin embargo, cuando intentamos precisar cuál es ese momento, cualquier esfuerzo parece inútil”¹²¹.

Sucede lo mismo al pretender determinar cuándo una persona es calva o cuánto dinero debe tener alguien para ser considerado rico. El problema de los sorites puede encontrar solución a partir de la introducción de lógicas multivalentes o graduales¹²². En el caso del dolo, Molina Fernández detecta que se trata de categorías que se construyen “en torno a un elemento común, básico para la imputación subjetiva: el conocimiento de la peligrosidad de la propia acción para el resultado típico”¹²³, elemento que es perfectamente gradual. Plantea entonces que, desde la ley, puede darse respuesta a dicha gradualidad, permitiendo al juez hacer uso del espacio que habitualmente existe entre el marco de pena del delito doloso y el del delito imprudente grave¹²⁴.

El segundo elemento a tener en cuenta para la elaboración de una propuesta acerca del dolo reside en la necesidad de tomar consciencia de que los enfoques psicológicos se encuentran hoy en proceso de superación. Las dificultades probatorias

¹¹⁴ RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. Óp. Cit. Loc. cit.; quien cita a: HERZBERG, Rolf Dietrich. NJW. 1987. p. 1464.

¹¹⁵ Al respecto, ver: Ibid. pp. 145-146; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. Óp. cit. p. 101; y DÍAZ PITA, María del Mar. Óp. cit. p. 234.

¹¹⁶ PUPPE, Ingeborg. “La distinción entre dolo e imprudencia”. Óp. cit. p. 89.

¹¹⁷ LESCH, Heiko Harmut. “Injusto y culpabilidad en derecho penal”. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2001. p. 13.

¹¹⁸ Ibid. p. 17.

¹¹⁹ Ibid. p. 30.

¹²⁰ MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. “La cuadratura del dolo: problemas irresolubles, sorites y Derecho Penal”. En: “Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo”. Madrid: Thomson-Civitas. 2005. p. 733.

¹²¹ Ibid. p. 702.

¹²² Ibid. p. 711.

¹²³ Ibid. p. 734.

¹²⁴ Ibid. p. 740. En el caso de Perú, la aplicación de dicha teoría plantea la necesidad de revisar el marco de penas del Código Penal, el cual no necesariamente se ajusta al principio de proporcionalidad ni materializa siempre la mayor gravedad del injusto doloso frente al imprudente.

que plantean al juez penal son suficiente motivo para entender que no se condicen con un modelo de Estado social y democrático de Derecho, en el que no cabe sancionar penalmente sobre la base de la presunción de algo –lo interno– que no es accesible para el Derecho. Asimismo, se trata de enfoques que colisionan con los principios de culpabilidad y de lesividad, bases de un Derecho Penal democrático.

Finalmente, el tercer elemento es la necesidad de optar por un enfoque normativo del dolo, aun cuando no exista consenso acerca de los niveles de normativización a los que debe llegarse. Ahora bien, debe tenerse en consideración que a las teorías normativas se les cuestiona la posibilidad de que no exista identidad entre la condena y la realidad psicológica. Así, Ferrajoli sostiene que la presunción de inocencia debe ser garantizada “incluso al precio de la impunidad de algún culpable”. “Al cuerpo social le basta que los culpables sean generalmente castigados”, escribió Lauzó di Peret, “pero es su mayor interés que todos los inocentes sin excepción estén protegidos”¹²⁵.

Ante tal cuestionamiento, Ragúes acude a los postulados de Andreas Hoyer, quien sostiene que los

ciudadanos tienen interés en que el Estado les proteja, pero éste “sólo puede satisfacerse si están dispuestos a pagar el precio que implica aceptar el riesgo de poder ser condenados alguna vez como culpables de un delito sin haber cumplido de forma efectiva con todas las circunstancias que la ley exige para tal condena”¹²⁶.

La perspectiva del presente artículo se aproxima a lo afirmado por Ulrich Stein, en el sentido de que, “si no se quiere afirmar que la Constitución se contradice, debe admitirse que la protección de la dignidad de la persona no puede llevarse hasta el extremo de convertir en inefectivo el Derecho Penal”¹²⁷. En esa medida, cabe admitir un enfoque normativo del dolo, que respete ciertos límites de garantía al ciudadano.

Por ello han sido abordados los distintos niveles de normativización, que indican la existencia de propuestas intermedias, como la del “*dolus ex re*” o la del “dolo indirecto”, con alta capacidad de rendimiento, a efectos de plantear nuevas alternativas al problema del dolo. Queda pendiente, entonces, la tarea de fijar cuáles deben ser los indicadores de imputación del dolo, en el marco de una teoría de utilidad práctica para el juez penal.

¹²⁵ FERRAJOLI, Luigi. “Derecho y razón. Teoría del garantismo penal”. Novena edición. Madrid: Trotta. 2009. p. 549.

¹²⁶ RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. Óp. cit. p. 342.

¹²⁷ *Ibidem*.