

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

ESCUELA DE POSTGRADO

Maestría con mención en Derecho Penal



Título de la Tesis:

**CONCEPTOS de DOLO EVENTUAL, CULPA CONSCIENTE y su APLICACIÓN -
ABANDONO de la TEORÍA ECLÉCTICA**

Teoría Única Global de la Imputación del Dolo Eventual y la Culpa Consciente

Autor:

Roger De La Cruz, Sisniegas Rodríguez

Grado Académico:

Magister

Asesor de Tesis

Dr. Raúl Pariona Arana

Miembros del Jurado:

Dr. Raúl Pariona Arana

Dr. Felipe Villavicencio Terreros

Dr. Iván Meini Méndez

Lima, agosto del 2016



A la memoria de mi Padre y Mejor Amigo

Roger Sisniegas Sánchez.

Agradecimientos

El presente trabajo constituye la labor dogmática a la cual me dediqué con mucho esfuerzo desde que decidí ingresar al mundo del Derecho Penal. Es una minúscula contribución a la solución de conflictos dentro de la dogmática Penal y la práctica Procesal Penal. Esta labor contó con cuatro pilares fundamentales que me sostuvieron desde el inicio hasta hoy, a los cuales no puedo dejar de agradecer:

En primer lugar a DIOS, que sin ÉL nada es posible.

A mi familia: a mi Padre Roger Sisniegas Sánchez ejemplo de Honradez, Trabajo y Bondad, cada pequeño logro mío es suyo y siento que siempre me observa desde el cielo. A mi Madre Carmen Rosa Rodríguez Cruzado por confiar en mí, incluso en los momentos que yo dejé de hacerlo. A mi Hermano y mejor Amigo Adrián Sisniegas Rodríguez, por ser mi consejero y socio. A mi Abuelo Alejandro Rodríguez Gil, por cuidar de mi Madre ante la ausencia de mi Padre. A mi Tía Marina Rodríguez Cruzado y mis primos Alejandro y Rocío Salazar Rodríguez, por compartir los valores y aficiones que nos unen.

En el aspecto académico un sincero agradecimiento a mi Maestro, Asesor y Amigo el Doctor Raúl Pariona Arana, por confiar en mí. A mis Profesores y Amigos: Doctor Fernando Núñez Pérez y Ricardo Guerrero Sánchez, por ser parte importante en mi formación universitaria.

Por último, pero no menos importante, a mis amigos de toda la vida: Ronald, Jorge, Violeta, Robert, Omar, Brian, Eliana y Nilson. A mis compañeros y amigos de la Maestría en Derecho Penal de la PUCP Promoción 2015-2. A mis compañeros y amigos de la facultad de Derecho Especialidad Penal de la USMP Promoción 2012-2. A mis hermanos de Life Symphony Lima-68.

Todos y cada uno de estos cuatro pilares constituyen mi esencia y son parte importante de mi vida, guardo todos los recuerdos y anécdotas en mi corazón. Gracias Gracias Gracias... por confiar en mí.

**CONCEPTOS de DOLO EVENTUAL,
CULPA CONSCIENTE y su APLICACIÓN -
ABANDONO de la TEORÍA ECLÉCTICA**

**Teoría Única Global de la Imputación del Dolo
Eventual y la Culpa Consciente**

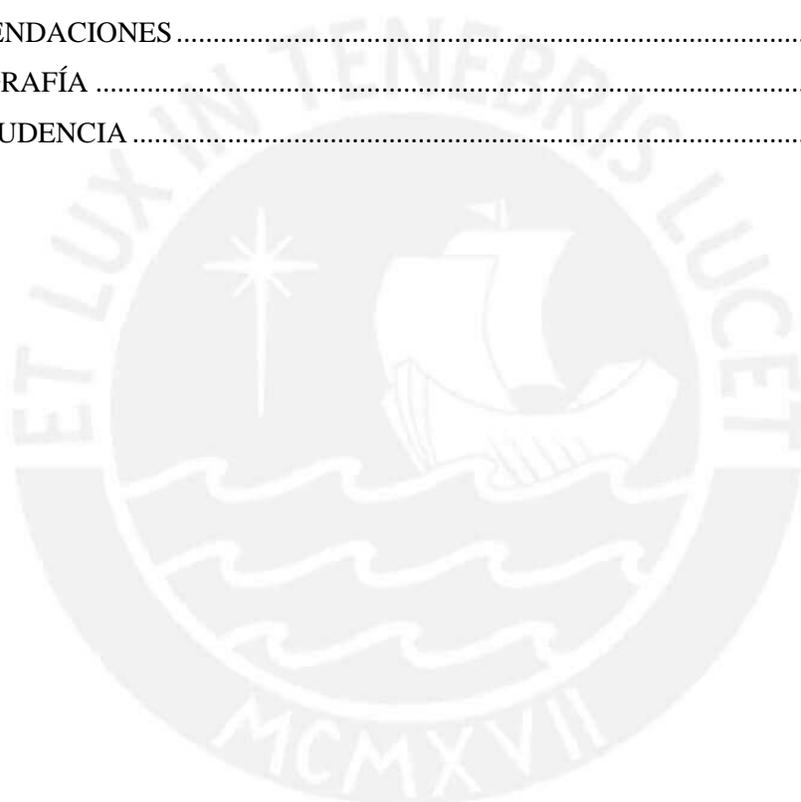
CONCEPTOS de DOLO EVENTUAL, CULPA CONSCIENTE y su APLICACIÓN - ABANDONO de la TEORÍA ECLÉCTICA

Teoría Única Global de la Imputación del Dolo Eventual y la Culpa Consciente

CAPÍTULO I - PROBLEMA - INTRODUCCIÓN	2
CAPÍTULO II - DISTINTOS TRATAMIENTOS DOCTRINARIOS EN REFERENCIA AL DOLO EVENTUAL Y LA CULPA CONSCIENTE-ESTADO DE LA CUESTIÓN	9
Subcapítulo I - ¿Cómo se definen los elementos subjetivos del tipo dolo y culpa actualmente en nuestro ordenamiento jurídico-penal?.....	9
1. Dolo.....	9
2. Culpa.....	11
Subcapítulo II - Acercamiento a los conceptos de dolo eventual y culpa consciente en la doctrina nacional	13
1. Dolo Eventual	13
2. Culpa Consciente	16
Subcapítulo III - Definición de dolo eventual y culpa consciente desde la óptica de las teorías imperantes. De modo aislado	18
1. Definiciones de dolo eventual y culpa consciente desde las teorías que privilegian el aspecto Volitivo	18
a) Teoría del Consentimiento	18
b) Teoría de la Indiferencia	19
c) Teoría de la no Puesta en Práctica de la Voluntad de Evitación (Kaufmann).....	20
2. Definiciones de dolo eventual y culpa consciente desde las teorías que privilegian el aspecto Cognitivo.....	21
a) Teoría de la Probabilidad o de Representación.....	21
b) Teoría de la Posibilidad.....	22
c) Teoría de la No Improbable Producción del Resultado (Jakobs).....	23
d) Teoría del Riesgo (Frisch).....	24
e) La Teoría del Peligro no Cubierto o Asegurado (Herzberg)	24
f) Teoría de la Asunción de los Elementos Constitutivos del Injusto (Schroth).....	25
Subcapítulo IV - Teoría Ecléctica: Fusión de la Teoría del Consentimiento y la Teoría de la Probabilidad	26
Subcapítulo V ¿Correcta aplicación de la teoría ecléctica en la Sentencia “Utopía”?.....	30
Subcapítulo VI - ¿Correcta aplicación de la teoría ecléctica en la Sentencia “Ivo Dutra”?.....	31
Subcapítulo VII - Jurisprudencia extranjera. Aplicación del dolo eventual.....	32
a) España.....	32

b) Costa Rica.....	34
c) Argentina.....	34
d) Colombia.....	34
CAPÍTULO III - TESIS	37
Subcapítulo I Nociones antecedentes para formular los conceptos de dolo eventual y culpa consciente.....	37
Introducción	37
1) Visualización de los elementos del dolo eventual.....	42
a) Elemento Cognitivo del dolo eventual	42
b) Elemento Volitivo del dolo eventual.....	46
2) Visualización de los elementos de la culpa consciente.....	50
Introducción	50
a) La Cognoscibilidad en la culpa consciente	55
b) La Previsibilidad Atenuada en la culpa consciente	56
3) Concepto de dolo eventual. Supuestos para casos similares.....	58
4) Concepto de culpa consciente. Existe un sólo supuesto	73
Subcapítulo II TEST (Test Para Determinar el Elemento Subjetivo del Tipo-Dolo Eventual o Culpa Consciente).....	77
a) Componentes del TEST (Test para determinar el Elemento Subjetivo del Tipo).....	86
a.1 La Hipótesis Base.....	87
a.1.1 Primera regla específica: Son valiosas todas las constantes forenses que justifican la imputación a título de dolo eventual	87
a.1.2 Segunda regla específica. Datos variables que proporcionan el agente social imputado y/o su defensa.....	88
b) Aplicación del Test a dos casos emblemáticos en nuestra jurisprudencia y al caso “globo aerostático”.....	91
b.1 Caso “Utopía” (Correcta aplicación del Test).....	91
b.1.1 Introducción	91
b.1.2 La aplicación el test en su plenitud práctica (Caso “Utopía”).....	93
b.2 Caso “Ivo Dutra” (Correcta aplicación del Test).....	97
b.2.1 Introducción	97
b.2.2 La aplicación el test en su plenitud (Caso “Ivo Dutra”).....	98
b.3 Caso “Globo Aerostático”.....	100
b.3.1 Introducción	100
b.3.2 La aplicación del test en su plenitud práctica (Caso “Globo Aerostático”).....	100

Subcapítulo III Breve reseña de la correcta aplicación de la Teoría Única Global de la Imputación del Dolo Eventual y la Culpa Consciente a temas puntuales	103
Introducción	103
1.- Conductores de servicio público.....	104
2.- Conductores en estado de embriaguez o drogadicción	105
3.- Organización de eventos abiertos al público	105
4.- Construcción inmobiliaria.....	106
5.- Productos destinados al consumo humano	106
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	109
CONCLUSIONES	109
RECOMENDACIONES	111
BIBLIOGRAFÍA	112
JURISPRUDENCIA.....	121





CAPÍTULO I

CAPÍTULO I - PROBLEMA - INTRODUCCIÓN

¿Es necesario conceptualizar las figuras penales del dolo eventual y culpa consciente?

1 El rótulo del presente trabajo promete un colosal trabajo dogmático, por lo tanto, es necesario delimitar el objetivo del mismo. La discusión sobre los límites entre el dolo eventual y la culpa consciente comprenden muchas décadas y aún ahora en todos los manuales de derecho penal siempre existe un apartado donde se trata la “problemática” existente.

El tema está lejos de ser zanjado, abriéndose cada día a nuevas propuestas, teorías, criterios, indicadores, etc. Es por ello que en el presente trabajo se busca conceptualizar las citadas instituciones, llenarlas de contenidos, señalar los supuestos y fundamentar un método para su aplicación práctica.

2 En un Estado Social y Democrático de Derecho los principios son la plataforma y el fundamento de toda interpretación de las leyes penales. Por tanto, profundicemos en nuestro ordenamiento jurídico penal para observar el porqué de la importancia de esta labor académica, la cual intenta solucionar un conflicto jurídico penal de larga data (zanjar la eterna “problemática” que genera la indeterminación teórica-práctica de las figuras penales dolo eventual y culpa consciente).

3 En un Estado Social y Democrático de Derecho, la defensa de la Dignidad de la persona¹, la Igualdad ante la ley, el principio de legalidad² y el principio de proporcionalidad son ejes fundamentales de todo ordenamiento jurídico-penal que se jacte de armonizar con los Derechos Humanos. Conjuntamente, el Estado Peruano garantiza la vigencia de los

¹ “Artículo 1.- La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”. Constitución Política del Perú de 1993.

² “Artículo 2.- Toda persona tiene derecho: (...) 24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia: (...) d. Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley.” Constitución Política del Perú de 1993.

Derechos Humanos, protege a la población de amenazas contra su seguridad y garantiza el bienestar general de la sociedad³.

4 Se observa una falta de consenso al momento de conceptualizar e imputar el dolo eventual y la culpa consciente, existiendo a la vez un trato impreciso a nivel judicial.

La aludida indeterminación desestabiliza el mandato de optimización de legalidad, el cual exige al legislador que en la criminalización primaria exista un cierto grado de certeza (lex certa). Tal como se sabe, este principio no es absoluto, y a pesar que se da en la mayor medida de lo posible, tampoco se puede dejar el campo abierto a subjetividades nocivas para los justiciables.

Si el principio de legalidad es contravenido por leyes oscuras e indeterminación jurisprudencial, las demarcaciones de nuestra libertad resultan inseguras. Esto es fundamental, pues a mayor claridad de las leyes penales es mayor la libertad para el ciudadano y menor discrecionalidad para los jueces; discrecionalidad que puede devenir en injusticia.

Esta indeterminación viene sucediendo cotidianamente en el tratamiento del dolo eventual y la culpa consciente en nuestro ordenamiento jurídico-penal y sobre todo en los órganos judiciales encargados de impartir justicia.

5 Dentro del principio de culpabilidad⁴, uno de sus subprincipios es el de exclusión de la responsabilidad objetiva, el cual indica que no se puede sancionar al agente por un mero hecho fortuito o por un hecho sin acción u omisión relevante para el derecho penal y sin la imputación de dolo o culpa.

³ “Artículo 44.- Deberes del Estado Son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación. Asimismo, es deber del Estado establecer y ejecutar la política de fronteras y promover la integración, particularmente latinoamericana, así como el desarrollo y la cohesión de las zonas fronterizas, en concordancia con la política exterior.” Constitución Política del Perú de 1993.

⁴ Artículo VII del Título Preliminar del Código Penal de 1991: “La pena requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva.”

En los artículos 11 y 12⁵ del código penal de 1991, se describe que las acciones u omisiones sólo son castigadas si son perpetradas con dolo o culpa, asentándose así las bases de la punibilidad. El dolo y la culpa son exigencias imprescindibles para poder aplicar las consecuencias jurídico-penales. En el artículo 12, por técnica legislativa, se marca que los delitos culposos son exclusivamente sancionados si están tipificados (numerus clausus).

El mandato de optimización de culpabilidad se pone en riesgo en cada caso donde el impartidor de justicia se tropieza con la disyuntiva de definir si una conducta es imputada a título de dolo eventual o de culpa consciente (Imputación subjetiva del tipo). La indeterminación de las citadas figuras degenera en inseguridad jurídica. El mandato de optimización de culpabilidad también exige que no se pueda ser intransigente y confundir dolo con culpa, pues la diferencia de la cuantía de la pena puede causar grave perjuicio para los posibles justiciables.

6 El principio de proporcionalidad es transgredido cuando se aplican penas culposas (culpa consciente) a claros casos dolosos (dolo eventual). En esos casos la proporcionalidad se ve subestimada en sus tres niveles: idoneidad, necesidad y proporcionalidad propiamente dicha.

7 A lo largo de los años, sin generalizar, observamos la triste realidad de nuestro Poder Judicial, en el cual existe un grave problema de corrupción. Asimismo, la falta de un buen puntal teórico que busque solución a los casos penales y, en lo que nos atañe, los casos donde el camino se bifurca en la imputación de dolo eventual o culpa consciente, donde los impartidores de justicia brindan un trato desigual a casos similares, quebrantando así el principio de igualdad.

8 La dogmática penal afirma sus bases en los principios, si no es mera filosofía o entelequia. La indefinición de las citadas figuras vulnera principios fundamentales que rigen el derecho penal. La solución actual que se brinda en la práctica (“teoría ecléctica”) decae en

⁵ “Artículo 11.- Son delitos y faltas las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la ley.”
“Artículo 12.- Las penas establecidas por la ley se aplican siempre al agente de infracción dolosa. El agente de infracción culposa es punible en los casos expresamente establecidos por la ley.” Código Penal de 1991.

el uso desmedido y arbitrario de las “antiguas” y “nuevas” teorías que diferencian el dolo eventual de la culpa consciente. Además, estas teorías no cruzan la barrera de la teoría a la práctica o viceversa. En palabras de Muñoz Conde, “el verdadero problema del Dolo Eventual desemboca, a la larga, en la identificación de los indicadores externos idóneos para demostrar, en sede judicial (...)”⁶.

9 Si interpretamos y analizamos los últimos fallos relacionados al conflicto existente sobre la diferenciación del dolo eventual y la culpa consciente, a partir de un somero análisis de éstos, se colige que, todavía, se está utilizando en nuestro ordenamiento jurídico penal las “nuevas” y “antiguas” teorías diferenciadoras de ambas figuras, denominando a éste mecanismo “teoría ecléctica”. La “teoría ecléctica” es la “llave” para abrir la puerta a las tres teorías volitivas (teorías que asumen los elementos cognitivos y volitivos del dolo eventual) y a las seis teorías cognitivas (teorías que prescinden del elemento volitivo del dolo eventual), las mismas que son actualmente utilizadas por nuestros magistrados selectivamente y sin uniformidad. De esa manera se desestabiliza la seguridad jurídica del sistema penal, la seguridad jurídica entendida como el derecho que tenemos de acudir ante un órgano judicial y que no se nos cambien las reglas de “juego”. Mínimamente, como salvaguarda, se exige que haya predictibilidad.

En casos emblemáticos, y, por qué no decirlo, en casos donde la presión mediática y la sociedad civil consiguieron respuestas “nuevas” para sancionar conductas que antes eran calificadas como culposas (culpa consciente), se logró que algunos casos fueran calificados como dolosos (dolo eventual). Lo aberrante de todo esto es que actualmente casos similares de homicidios cometidos por conductores de transporte público (caso “Ivo Dutra”) son sancionados como culposos, mientras hechos similares al caso “Utopía” (muertes y lesiones al interior de una discoteca) no llegan siquiera a ser sancionados como culposos, quedando impunes al ser calificados como meros accidentes.

En un Estado Social y Democrático de Derecho se deben guardar los cánones que posibiliten al justiciable, cuando este acuda ante el órgano judicial competente, saber “el por qué” y “el cómo” va a ser juzgado (predictibilidad). Actualmente, en nuestro país, las

⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco. “Derecho Penal”. Cuarta edición. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2000. pg. 310.

sentencias en los casos “Utopía” e “Ivo Dutra” únicamente generan más dudas sobre el tratamiento de dichas figuras.

Queda claro que la “teoría ecléctica” contraviene principios fundamentales del derecho penal y es inaplicable en la práctica judicial. En el presente trabajo, al plantearse la Teoría Única Global de la Imputación del Dolo Eventual y la Culpa Consciente, se abarcarán los conceptos de dolo eventual y culpa consciente, sus contenidos, los supuestos y su aplicación (TEST), solucionándose así los mencionados conflictos. Se busca una solución plausible que no infrinja principios fundamentales del derecho penal y que sea aplicable con igualdad en la práctica para casos similares.

10 Ingresar y ahondar en este campo como se señala: “delimitar el dolo eventual de la culpa consciente es uno de los problemas más difíciles y discutidos del derecho penal”⁷.

Por los motivos expuestos, concluimos que es necesario, obligatorio e imperante conceptualizar el dolo eventual y la culpa consciente.

En el Capítulo II el lector encontrará lo siguiente: conceptos básicos introductorios, las teorías imperantes utilizadas en nuestra jurisprudencia para diferenciar el dolo eventual de la culpa consciente y la visualización del mal uso de la teoría ecléctica en nuestro país y en el derecho comparado.

En el Capítulo III-subcapítulo I, definiremos el dolo eventual y la culpa consciente, el contenido de estos y los supuestos.

En el Capítulo III-subcapítulo II, se fundamentará un método para que los conceptos sean aplicados en la práctica —sin entrar de lleno al tema procesal, pues rebasaría el presente trabajo—, denominado *Test para determinar el Elemento Subjetivo del Tipo* (en adelante Test o TEST).

En el Capítulo III-subcapítulo III, se hará una breve reseña de la correcta aplicación de nuestros conceptos a temas puntuales.

⁷ WELZEL, Hans. “Derecho Penal Parte General”. Trad. de Conrado A. Finzi. Depalma. Buenos Aires. 1956. pg. 83.

Al final de la lectura el lector tendrá clara la Teoría Única Global de la Imputación del Dolo Eventual y la Culpa Consciente (teoría-práctica), la cual abarca las definiciones de dolo eventual y culpa consciente (delimitación de los criterios de imputación), el contenido de estas figuras, los supuestos y la manera de aplicarlos en la práctica (TEST). De esta manera, se cierra la discusión y se supera a las demás teorías existentes.





CAPÍTULO II

CAPÍTULO II - DISTINTOS TRATAMIENTOS DOCTRINARIOS EN REFERENCIA AL DOLO EVENTUAL Y LA CULPA CONSCIENTE-ESTADO DE LA CUESTIÓN

Subcapítulo I - ¿Cómo se definen los elementos subjetivos del tipo dolo y culpa actualmente en nuestro ordenamiento jurídico-penal?

1. Dolo

11 Actualmente, en nuestro Código Penal no encontramos una definición clara y concisa del dolo, la cual sirva de parámetro para iniciar de una manera directa el presente trabajo, pues la dogmática penal sienta sus bases en la ley. Sin embargo, la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia actual configuran y aceptan que dolo es conocimiento y voluntad de la realización de todos los elementos del tipo objetivo y es el núcleo de los hechos punibles dolosos. Cabe aclarar, que el dolo también puede abarcar a los elementos que agravan o atenúan la pena⁸. Al existir unanimidad en los conceptos de dolo directo y dolo de consecuencias necesarias, no existe mayor conflicto en las citadas figuras.

El dolo se presenta dentro del tipo desempeñando una función reductora, como una de las bases alternativas de imputación subjetiva que impiden la responsabilidad objetiva, sorteando el *versari in re illicita*⁹.

El maestro del finalismo, Welzel, entiende como elementos del dolo a: 1) Toda acción consciente es llevada por la decisión de acción, es decir, por la conciencia de lo que se quiere. Este es el elemento intelectual. 2) La decisión de querer realizar la conducta, el elemento volitivo. Hay que tener en cuenta que la finalidad del agente es muy importante para el mencionado sistema.

El mismo autor señala que el dolo como mera decisión de un hecho es penalmente irrelevante, pues el derecho penal no puede afectar el mero ánimo de obrar. Solamente cuando conduce al hecho real y lo domina, es penalmente relevante. El dolo penal tiene

⁸ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. "Derecho Penal Parte General". Grijley. Lima. 2007. pg. 354.

⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl//ALAGIA, Alejandro/ SLOKAR, Alejandro. "Derecho Penal Parte General". Ediar. Buenos Aires. 2000. pg. 495.

siempre dos dimensiones, no es solamente la voluntad tendiente a la concreción del hecho, sino también la voluntad apta para la concreción del hecho. Dolo es conocimiento y querer de la concreción del tipo¹⁰.

12 Para el funcionalismo, si la expectativa normativa consiste en que una persona actúe en sociedad motivándose en el cumplimiento de la norma, es decir, actuando como ciudadano perfecto portador de un rol, la evitabilidad que se exige no sería una de carácter individual, sino objetiva. En consecuencia, el déficit de motivación que exista en la persona se manifestaría como algo que, en términos tradicionales, se corresponderían con el dolo y la culpa. El dolo —y todos los elementos del lado subjetivo—, como hecho psíquico no fundamentaría el injusto, sino solamente sería un indicio de la existencia de la falta de motivación para cumplir la norma. Y esta motivación recién se podría verificar en un nivel ulterior, en la culpabilidad¹¹. Se divide al dolo en el injusto y en la culpabilidad.

Dicha postura es aquí rechazada, pues en el presente trabajo defendemos la tesis que indica que el dolo, con sus elementos cognitivos y volitivos, se sitúa en la imputación subjetiva del tipo. Sin menospreciar el citado pensamiento, se sitúan estas ideas en nuestra actual teoría del delito.

13 Es obvio que para abordar la discusión entre dolo eventual y culpa consciente es primordial definir las tres divisiones del dolo en la doctrina mayoritaria. El dolo se divide en: a) Si el agente social tiene la intención y la voluntad directa de ejecutar el delito (dolo directo). b) Si tiene la intención y la voluntad indirecta de ejecutar el delito (resultado necesariamente ligado al efecto querido) (dolo indirecto)¹². c) Dolo eventual, el cual desarrollaremos con mayor amplitud, infra, en el actual trabajo.

Presentaremos algunos ejemplos para aclarar las categorías que se encuentran dentro del dolo. El agente social-autor tiene por meta acabar con la vida de su suegra, por motivos “x”. Entonces prepara un succulento almuerzo el cual producirá la muerte de ésta, pues hay una dosis letal de veneno que él mismo ha mezclado en la comida. La suegra ingiere el

¹⁰ WELZEL, Hans. “Derecho Penal Parte General”. Trad. de Conrado A. Finzi. Depalma. Buenos Aires. 1956. pgs. 63, 64.

¹¹ ABANTO VÁZQUEZ, Manuel A. “¿Normativismo Radical o Normativismo Moderado? Conferencia Dictada En El Marco Del “VI Curso Internacional De Derecho Penal””.

¹² BACIGALUPO, Enrique. “Manual De Derecho Penal”. Temis. Bogotá. 1996. pg. 112.

alimento y muere a causa del veneno instalado en los alimentos; por tanto, dolo directo. Dolo de consecuencias necesarias, (dolo indirecto o dolo de segundo grado), en puridad de verdad es sólo una variante del anterior. El agente social con su conducta comunica igual meta — matar a su suegra—, pero en el plan que realiza sabe que puede ocasionar otras muertes — con seguridad—. Ejemplo: el agente en el afán de matar a su suegra coloca un explosivo potente en un bus interprovincial donde ella va a viajar. Se trataba de un feriado largo — semana santa— y dicho bus estaba repleto de pasajeros, en el trayecto la explosión mata a todos en el bus. La muerte de la suegra se ha realizado con dolo directo —es la “meta” del autor—, mientras que la de los demás pasajeros se ha producido con dolo de consecuencias necesarias, siendo una consecuencia de la acción buscada por el agente social-autor. Hasta aquí el concepto de dolo en la doctrina mayoritaria.

14 *El dolo de primer grado o directo (Imputación subjetiva del tipo), es la comunicación contraria a la norma jurídico penal que es de fácil aprehensión práctica, debido a que se manifiesta una intensidad comunicativa agravada en base a la elevación desmedida del riesgo permitido. Y la clara previsibilidad del agente hacia su deber inmediato de salvaguardar derechos ajenos. El agente contraviene la norma jurídico-penal con la máxima probabilidad lógica que el hecho sucediera. En este punto los datos forenses son nítidamente superiores y cualquier alegación en contra de la realidad es irrelevante.*

15 *El dolo de consecuencias necesarias o de segundo grado (imputación subjetiva del tipo), es la comunicación contraria a derecho dirigida a atacar derechos de un agente social determinado, pero que en el camino de dicha comunicación se afectan otros derechos. La comunicación era previsible nítidamente por la elevada intensidad del riesgo jurídicamente desaprobado. La norma jurídico-penal es desestabilizada claramente y se observa nítidamente la probabilidad lógica de los resultados: el próximo y el adyacente; no son valederas las alegaciones en contra.*

2. Culpa

16 El dolo es la forma ordinaria y más gravosa, pues el agente al conducirse en sociedad demuestra con su conducta dotada de conocimiento y voluntad, una evidente contrariedad a la norma jurídico penal. En la culpa el agente comunica contrariedad al ordenamiento

jurídico, pero sin conocimiento y voluntad. Por el contrario, lo hace con cognoscibilidad y previsibilidad (elementos subjetivos) al infringir un deber de cuidado sin siquiera representarse la elevación o creación de un riesgo jurídicamente desaprobado (culpa inconsciente).

El daño ocasionado en la esfera jurídica ajena no puede diferenciar el dolo de la culpa. El resultado dañoso de una conducta culposa puede ser mucho más grave (cuantitativamente), pero sin conocimiento ni voluntad. Se asume que al existir unanimidad en el trato de la culpa inconsciente en nuestro ordenamiento jurídico no existe mayor dificultad dogmática ni práctica en la mencionada figura.

La culpa es la menos grave y excepcional en relación a las consecuencias jurídicas por el ilícito cometido; siendo de menor punición. A título de culpa únicamente se responde penalmente si una disposición particular lo dispone respecto de un delito determinado (*numerus clausus*).

A diferencia del dolo, la culpa no confina su ratio en la comprensión y voluntad delictivas. La razón de ser de la culpa habita en la voluntad inversa a la precaución que el autor está obligado a observar en determinadas situaciones para no dañar intereses ajenos con su organización defectuosa. Sin embargo, el tipo delictivo culposo no está compuesto por un comportamiento imprudente, negligente, imperito o inobservante de reglamentos o deberes, los cuales no son, en sí mismos, otra cosa que contravenciones a deberes de cuidado a observar en el comportamiento personal¹³.

Fundamentalmente, la tipicidad del delito culposo requiere que el autor haya infringido un deber de cuidado. Si se trata además de uno con resultado de lesión, el resultado deberá ser objetivamente imputable a la acción¹⁴. No existe en nuestro Código Penal ninguna figura imprudente independiente que no cuente con su contraparte dolosa.

Existen muchas formas de clasificación del tipo penal imprudente. En nuestro país se asume la postura que le da mayor jerarquía al contenido psicológico, por ende, se dividiría

¹³ C. NÚÑEZ, Ricardo. "Manual De Derecho Penal Parte general". Marcos Lerner. Córdoba. 1999. pg. 193-195.

¹⁴ BACIGALUPO, Enrique. "Manual De Derecho Penal". Temis. Bogotá. 1996. pgs. 213- 217.

en culpa consciente (llamada tradicionalmente luxuria) y culpa inconsciente (llamada en la dogmática clásica negligencia).

El legislador al momento de la criminalización primaria no hace diferencia alguna en las modalidades de la culpa consciente o inconsciente, por ello no hay distingos respecto a su quantum punitivo. Esta diferencia tiene un reconocimiento jurisprudencial y es utilizada como criterio para determinar la pena en el caso concreto¹⁵. Así, se entiende y desenvuelve la culpa en nuestro ordenamiento jurídico.

17 *Culpa inconsciente (imputación subjetiva del tipo) es la comunicación contraria a la norma jurídico-penal con la imposibilidad fáctica de observar el riesgo prohibido, es una comunicación errónea pero salvable. Las constantes forenses hacen notoria la deficiencia de visualización del riesgo jurídicamente desaprobado del agente social al momento de comunicar. La previsibilidad es casi nula.*

Subcapítulo II - Acercamiento a los conceptos de dolo eventual y culpa consciente en la doctrina nacional

1. Dolo Eventual

18 Al igual que en el dolo directo y el dolo de consecuencias necesarias, el trato del dolo eventual es meramente jurisprudencial. No existe un consenso, lo cual se debe a las diversas teorías imperantes, pero vamos a intentar explicar el dolo eventual (como se entiende en nuestra jurisprudencia). Se acepta en la doctrina dominante lo siguiente: el elemento volitivo del dolo eventual no se trata de una voluntad de hecho eventual condicionado, sino de una voluntad no condicionada para el hecho, el cual se extiende a cosas que guardan posibilidad,

¹⁵ RODRÍGUEZ DELGADO, Julio. "El Tipo Imprudente: Una Visión Funcional Desde El Derecho Penal Peruano". Grijley. Lima. 2007. pgs. 47, 52, 53, 78, 123 y 127.

eventualmente, de producirse. El querer condicionado, es decir, indeciso en absoluto, no es todavía ningún dolo¹⁶.

En algunos acontecimientos cotidianos, el actuar del agente comunica tan solo una acción con fin atípico, pero en su organización llega a afectar otros ámbitos de organización ajenos que sin mediar previsión y conociendo de las leyes de la causalidad acepta la posible producción del hecho punible ("actuando pese a"), es decir, abarcando en la voluntad realizadora del fin atípico la posibilidad de producción de un resultado típico concomitante¹⁷.

En la jurisprudencia, como observaremos más adelante, se llega a la admisión de que el autor se ha conformado con la realización del tipo penal. Esto significa que, una mera posibilidad teórica se solidifique en una posibilidad real, deviniendo luego en probabilidad y, finalmente, en una alta probabilidad.

19 De esta forma, existe dolo eventual cuando, el autor, según la probabilidad de la producción del resultado por él conocida, ya no puede confiar razonablemente en su no producción o cuando su confianza en un buen desenlace se traduce en una mera esperanza vaga, impotente, sin fundamentos reales o quizás en una esperanza contra su propia convicción¹⁸. Más adelante, en la Posición, se explicará lo fundamental de la probabilidad, empero no desde el punto de vista del sujeto, sino de una probabilidad lógica.

20 Ejemplos clásicos de dolo eventual y de culpa consciente: T estrangula a O para dejarlo inconsciente y así poder desvalijar tranquilamente su apartamento. El estrangulamiento conduce a la muerte de O. Durante su conducta, T fue consciente de ello como una posibilidad... T estaba decidido a conformarse también, si fuera preciso, con la muerte de O (dolo eventual)... si confió en que O no moriría por el estrangulamiento (culpa consciente)¹⁹.

¹⁶ WELZEL, Hans. "Derecho Penal Parte General". Trad. de Conrado A. Finzi. Depalma. Buenos Aires. 1956. pág. 75.

¹⁷ ZAFFARONI, Eugenio. "Tratado De Derecho Penal Parte General. Tomo III". Ediar. Argentina. 1981. pg. 87.

¹⁸ UDO, EBERT. "Derecho Penal Parte General". Universidad Autónoma Del Estado De Hidalgo. México. 2005. pg. 74.

¹⁹ UDO, EBERT. *Íbid*. pg. 75.

A continuación, un ejemplo que reúne la posición ecléctica para su desarrollo: “Si el autor sabe... que la mujer perderá la vida con seguridad, entonces actúa con dolo directo (con voluntad de concreción de consecuencias secundarias que se producen con seguridad). Si sólo lo cree posible, pero quiere realizar el incendio también en ese caso obra con dolo, pero dolo eventual (la voluntad de concreción de consecuencias posibles). Entonces, quiere el hecho incondicionalmente, aun cuando tengan que presentarse ciertas consecuencias secundarias punibles”²⁰. En este supuesto, el autor se representa la realización del tipo como posible. Sin embargo, el concepto de dolo eventual requiere algo más que la representación de la posibilidad de la realización del tipo penal (de difícil probanza en la práctica judicial). En qué consiste este plus es cuestión discutida en la teoría y en la práctica²¹.

21 Por todas estas imprecisiones a la hora de definir el dolo eventual, al no poder generar criterios comunes o algún común denominador, en nuestro país la concepción dominante asume la teoría ecléctica: dolo eventual significa que el autor considera seriamente la posibilidad de realización del tipo legal y se conforma con ella. Nos referimos a tomar en serio la posibilidad que el hecho punible se realice²². Sólo se debería aceptar la posible realización del hecho punible, no el resultado en sí, porque en tal caso hay dolo directo. Ejemplo: en el caso de los mendigos rusos (LÖFFLER) que mutilaban niños para estimular la caridad y algunos morían a consecuencia de ellas, los mendigos no aceptaban el resultado, pues los niños muertos no servían a sus intereses. Los mendigos realizaban las conductas aceptando la posibilidad de la producción del resultado²³. Como se observa, la teoría ecléctica abre el campo a un sinnúmero de teorías e indefiniciones.

²⁰ WELZEL, Hans. “Derecho Penal Parte General”. Trad. de Conrado A. Finzi. Depalma. Buenos Aires. 1956. *pg.* 75.

²¹ BACIGALUPO, Enrique. “Manual De Derecho Penal”. Temis. Bogotá. 1996. *pg.* 112.

²² JESCHECK, Hans-Heinrich y WEINGEND, Thomas. “Tratado de derecho penal parte general 5° ed. Renovada y ampliada”. Trad. De Miguel Olmedo Cardenote. Comares. Granada. 2002. *pg.* 321.

²³ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. “Derecho Penal Parte General”. Grijley. Lima. 2007. *pgs.* 372-373.

22 Ciertas referencias a la teoría ecléctica en la jurisprudencia nacional:

“La conducta del agente es imputable a título de dolo eventual, puesto que aunque el querer de éste no estuvo referido directamente a producir la muerte de la agraviada, es evidente que pudo prever su producción y sobre esa base decidió efectuar el disparo”²⁴.

“La descarga eléctrica se produjo debido a que el procesado exprofesamente así lo hizo con la intención de asustarlo, sin mediar las consecuencias fatales que podía ocasionar. Por lo tanto, tal resultado es imputable al acusado por dolo eventual, toda vez que por circunstancias del caso —aquel reconoce que advirtió que el agraviado se encontraba sudoroso y que aquello, se sabe, aumenta la conducción de la electricidad —, se confirma que el resultado producido era previsible, siendo su accionar conectar energía eléctrica en la rejilla del establecimiento cuando el menor se encontraba sujeto a esta un medio idóneo para producir dicho resultado...”²⁵.

“En el comportamiento a título de dolo eventual, el sujeto activo al desplegar su conducta asume la posibilidad de producción del resultado”²⁶.

2. Culpa Consciente

23 Otro concepto que es necesario precisar es la culpa consciente o con representación (según el entendimiento de la doctrina mayoritaria). En lo que respecta a la culpa consciente o con representación, ésta se presenta cuando, si bien no se quiere causar la lesión, se advierte su posibilidad y, sin embargo, se actúa. Por ende, el agente reconoce el peligro de la situación, pero confía, muchas veces por temeridad, en que no se dará lugar al resultado lesivo.

En la culpa consciente o con representación, el sujeto conoce y tiene voluntad de realizar aquello que la norma prohíbe: generar un riesgo realizado en el marco de un

²⁴ Exp. 589-94. “Anales Judiciales de la Corte Suprema de Justicia de la Republica LXXXII”. Ancash. 1998. pg. 187.

²⁵ Exp. 3242-94 en Rojjasi Pella. 1997. pgs. 152-153. y 187.

²⁶ Ejecutoria Suprema del 3-10-97. Exp. 3365-96. Piura. ROJAS VARGAS, Fidel. “Jurisprudencia Penal”. Gaceta Jurídica. 1997. pg. 101.

incumplimiento del deber de cuidado a través de la violación de un reglamento o ley. El agente quiere realizar la acción, pero confía en que el resultado disvalioso no se producirá. Algunos autores aclaran que debe distinguirse entre la "confianza" y una mera "esperanza" en que el resultado no se produzca.

Quien confía en un desenlace airoso, habitualmente por una sobrevaloración de su habilidad para dominar la situación, no toma seriamente en cuenta el resultado delictivo y por tanto no actúa dolosamente. Sin embargo, quien toma en serio la posibilidad de un resultado delictivo y no confía en que todo saldrá bien puede igualmente tener la esperanza de que la suerte esté de su lado y no pase nada.

Se señala que la culpa consciente se presenta cuando, si bien no se quiere causar la lesión, se advierte su posibilidad y, sin embargo, se actúa. Por lo tanto, si el sujeto deja de confiar en la no producción del resultado, el título de imputación subjetivo es de dolo directo. Es por ello que esta modalidad de culpa era tradicionalmente entendida como una culpa más grave, llamada también culpa lata o gruesa²⁷.

A continuación, se abordarán las teorías dominantes que actualmente son utilizadas en nuestro ordenamiento jurídico para diferenciar el dolo eventual de la culpa consciente en la práctica judicial. Más allá de los libros se inicia la dificultad real de la imputación de los citados elementos subjetivos del tipo. La breve exposición de las teorías relevantes comienza con las teorías volitivas, continúa con las teorías cognitivas y concluye con la conceptualización de la teoría ecléctica, la cual es la que posibilita el uso de todas las teorías en la práctica judicial, todo dentro del alcance explicativo del estado de la cuestión.

²⁷ RODRÍGUEZ DELGADO, Julio. "El Tipo Imprudente: Una Visión Funcional Desde El Derecho Penal Peruano". Grijley. Lima. 2007. pgs. 53-54.

Subcapítulo III - Definición de dolo eventual y culpa consciente desde la óptica de las teorías imperantes. De modo aislado

1. Definiciones de dolo eventual y culpa consciente desde las teorías que privilegian el aspecto Volitivo

a) Teoría del Consentimiento

24 Esta teoría, que siempre fue antagónica con la de la representación, es a la vez la más aceptada e influyente de las teorías volitivas. La misma exige para el dolo eventual, junto a la previsión del resultado, que el sujeto haya certificado el resultado interiormente, es decir, que haya estado de acuerdo con el resultado. Si el agente no consiente el resultado nos ubicamos en el campo de la culpa consciente.

Es precisamente en la aprobación del resultado —como una realidad interior autónoma añadida a la previsión de la producción del mismo— donde radica la característica esencial del dolo eventual. (Hay que tener mucho cuidado con esta teoría, ya que la aceptación del resultado como posible significa abarcar los límites con el dolo de primer y segundo grado respectivamente). En consecuencia, para la mencionada teoría, es primordial que el agente vea y se resigne con el resultado.²⁸ Esto es indemostrable en la práctica.

De acuerdo a la conocida fórmula de Frank²⁹, existe dolo eventual si el sujeto se dice a sí mismo: “si yo supiese que ha de tener lugar el resultado delictivo, dejaría enseguida de

²⁸ ROXIN, Claus. “Derecho Penal Parte general. Tomo I Fundamentos La Estructura De La Teoría Del Delito”. Civitas. S. A. Madrid. 1997. pgs. 430-431.

²⁹ Las fórmulas de Frank se encuentran detalladas en: ROXIN, Claus. “Derecho Penal Parte general. Tomo I Fundamentos La Estructura De La Teoría Del Delito”. Civitas. S. A. Madrid. 1997. pgs. 438-439.

actuar³⁰. Dos elementos son necesarios: a) Que el sujeto se represente el resultado típico como probable, y b) Que el sujeto consienta o acepte el resultado³¹.

b) Teoría de la Indiferencia

25 Del mismo nombre se puede deducir la teoría aquí expuesta. El agente, al momento de comunicar su conducta, muestra total indiferencia (subjetiva) hacia la posible realización del tipo, configurándose el dolo eventual, en oposición si el agente se preocupa o no está de acuerdo con la producción del hecho típico estamos ante culpa consciente³².

La teoría de la indiferencia constituye la versión más estricta de la teoría del consentimiento³³. El agente social debe de actuar con indiferencia con la seria posibilidad de lesionar o colocar en peligro al bien jurídico, de modo que asume el riesgo de su realización³⁴. La indiferencia es un indicio inequívoco de que el sujeto se ha resignado al resultado y por tanto ha actuado dolosamente. La indiferencia constituye dolo, porque no es lo mismo el no saber que el no querer saber. Entonces, cuando el agente observa el riesgo y muestra interés, es decir, actúa sin indiferencia, se asume la culpa consciente.

³⁰ MIR PUIG. "Derecho Penal Parte General". B de f. Julio César Faira editor. Montevideo -Buenos Aires. 2007. pg. 266.

³¹ MADRIGAL GARCÍA, Carmelo, y RODRÍGUEZ PONZ, Juan Luis. Magistrados. "Derecho Penal Parte General". Carperi. Madrid. 2004. pg. 6-6.

³² MADRIGAL GARCÍA, Carmelo, y RODRÍGUEZ PONZ, Juan Luis. Magistrados. Íbid. pgs. 6-7.

³³ ROXIN, Claus. "Derecho Penal Parte general. Tomo I Fundamentos La Estructura De La Teoría Del Delito". Civitas. S. A. Madrid. 1997. pg. 432.

³⁴ TAVARES citado en VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. "Derecho Penal Parte General". Grijley. Lima. 2007. pg. 371.

c) Teoría de la no Puesta en Práctica de la Voluntad de Evitación (Kaufmann)³⁵

26 Dentro de las teorías volitivas, la teoría de la no puesta en práctica de la voluntad de evitación, emana del concepto de acción final de Armin. Kaufmann, quien afirma que cuando el sujeto se ha representado la posibilidad del resultado existe visiblemente dolo eventual. Por el contrario, niega la concurrencia de dolo eventual cuando el individuo se ha representado la posibilidad del resultado y su voluntad conductora estuviera dirigida a la evitación del resultado³⁶.

Cuando el sujeto deja que los sucesos sigan su curso sin hacer nada en contra, a menudo se puede deducir que el mismo se ha resignado al resultado. Si, por el contrario, realiza esfuerzos para evitarlo, entonces con frecuencia confiará en el éxito de aquellos y por tanto no actuará dolosamente³⁷.

Las tres teorías descritas, supra, son las volitivas con más arraigo en nuestro ordenamiento jurídico. No solucionan el conflicto del dolo eventual y la culpa consciente en la práctica diaria judicial. En seguida se verán las teorías cognitivas.

³⁵ KAUFMANN, Armin. "El dolo eventual en la estructura del delito". Trad. Suárez Montes. ADPCP. Madrid. 1960. pgs. 185-201.

³⁶ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. "Derecho Penal Parte General". Grijley. Lima. 2007. pg. 371.

³⁷ ROXIN, Claus. "Derecho Penal Parte general. Tomo I Fundamentos La Estructura De La Teoría Del Delito". Civitas. S. A. Madrid. 1997. pgs. 436 y 437.

2. Definiciones de dolo eventual y culpa consciente desde las teorías que privilegian el aspecto Cognitivo

a) Teoría de la Probabilidad o de Representación

27 Estas teorías difieren de las volitivas porque dejan de lado el elemento volitivo y se centran únicamente en el elemento cognitivo del dolo. El problema central de esta teoría está en cómo medir la probabilidad. La teoría de la probabilidad dice que hay dolo si el sujeto considera predominantemente la probabilidad que se efectuará el tipo del delito. Pero entramos al conflicto de cómo establecer la probabilidad en la cabeza del agente; ciertamente imposible.

Como modificación de las variantes de esta teoría, se establece en la conciencia un quantum de elementos causales de los que se deriva un riesgo de elaboración del resultado que ha de tomarse en serio; sin embargo, continuamos con la misma dificultad de determinar la probabilidad³⁸ que se representó el agente social en el caso concreto.

Si el agente advierte de probable el resultado habrá dolo eventual, y si el agente observa como lejana la probabilidad del resultado³⁹, estamos ante culpa consciente. No importa que el sujeto esté o no de acuerdo con el resultado, ni que consienta o no con el mismo⁴⁰. Esta teoría exige menos requisitos que la del consentimiento para afirmar la existencia del dolo eventual.

Para los partidarios de esta teoría, es suficiente que el autor se haya representado o planteado la posibilidad que el resultado pudiera producirse y, a pesar de ello, actuó. Prescinde pues, de indagar si el sujeto consintió o no, por entender ante todo que no es preciso político-criminalmente saberlo y, en segundo lugar, porque esta averiguación psicológica ofrece dificultades enormes.

³⁸ ROXIN, Claus. *Ibíd.* pg. 433.

³⁹ UDO, EBERT. "Derecho Penal Parte General". Universidad Autónoma Del Estado De Hidalgo. México. pg. 74.

⁴⁰ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. "Derecho Penal Parte General". Grijley. Lima. 2007. pg. 371.

La diferencia entre el dolo directo y el dolo eventual radicaría en una diferencia de posibilidades, todas en el dolo directo y en el dolo de segundo grado, muchas en el dolo eventual⁴¹.

Es necesario señalar que la probabilidad del resultado es un factor importante, pero no la probabilidad que se planteó el agente social al momento de contradecir la norma, pues no todos vamos por la vida planteándonos probabilidades de todos nuestros actos. Además, saber con certeza la mencionada probabilidad es materialmente imposible.

b) Teoría de la Posibilidad

28 La versión extrema de la teoría de la probabilidad la desnaturaliza, ya que corta la discusión entre dolo eventual y culpa consciente. Toda culpa es culpa inconsciente, afirma Schröder, pues no se podría hablar de culpa consciente en el sentido en que se ha hecho hasta ahora, de modo que habría que distinguir dolo e imprudencia totalmente como conocimiento y desconocimiento. En el caso de Schmidhäuser, el tenaz mantenimiento de la teoría de la posibilidad es consecuencia de una concepción discrepante por principio sobre la cualidad de doloso, que él concibe como elemento de la culpabilidad sin elemento volitivo alguno, del mismo modo que pretende restringir en general la conducta volitiva al injusto y entender la culpabilidad como conducta intelectual lesiva de bienes jurídicos⁴².

⁴¹ MADRIGAL GARCÍA, Carmelo, y RODRÍGUEZ PONZ, Juan Luis. Magistrados. "Derecho Penal Parte General". Carperi. Madrid. 2004. pgs. 6-7.

⁴² Autores citados en: ROXIN, Claus. "Derecho Penal Parte general. Tomo I Fundamentos. La Estructura De La Teoría Del Delito". Civitas. S. A. Madrid. 1997. pg. 433.

c) Teoría de la No Improbable Producción del Resultado (Jakobs)

29 El agente social, en el caso concreto, debe juzgar que su conducta puede ocasionar un hecho típico, y dicha probabilidad está fundada en el riesgo creado⁴³. Debemos observar y no dejar pasar de lado que la teoría de la imputación objetiva está incluida en todo el tipo penal.

El dolo eventual se manifiesta en el momento de la acción, donde el agente juzga que la realización del tipo como consecuencia de su acción no es improbable. Para la mencionada teoría, es básica la demostración del elemento cognitivo.

La culpa consciente se manifiesta cuando no hay probabilidad visible para el agente al tiempo de realizar la acción. Jakobs utiliza la figura de la habituación al riesgo, explica que hay riesgos no permitidos que sin duda existen estadísticamente, pero que ya no se pueden mostrar en la experiencia individual. Quien conduce moderadamente bebido un automóvil origina un riesgo estadísticamente calculable, pero individualmente insignificante si existe cierta habituación en relación con el resultado.

Lo mismo sucedería cuando se supera la velocidad máxima o cuando no se respeta la distancia de seguridad. Tendría en cambio dolo de lesión quien adelanta en una carretera estrecha invadiendo el carril contrario o atraviesa a ciegas un semáforo en rojo. La dificultad de la teoría es esencialmente demostrar la probabilidad que el agente social observó al representarse su conducta (estado mental)⁴⁴.

⁴³ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. "Derecho Penal Parte General". Grijley. Lima. 2007. pg. 372.

⁴⁴ JAKOBS, Günther. "Derecho Penal Parte General Fundamentos y Teoría de la Imputación". Marcial Pons. Madrid. 1997. pgs. 271-278.

d) Teoría del Riesgo (Frisch) ⁴⁵

30 En la teoría del riesgo que Frisch acomete en su monografía "Vorsatz und Risiko" ("Dolo y Riesgo" 1983), la aludida teoría claramente cognitiva nos revela que para calificar una conducta a título de dolo eventual únicamente es necesario el conocimiento de la elevación del riesgo no permitido⁴⁶. Así, nos situamos en el elemento objetivo del tipo, ya que para esta teoría el "saber" del sujeto no podría referirse al resultado típico, simplemente por la sencilla razón de que este no se ha producido en el momento de la acción. Se debe rescatar lo transcendental de esta premisa ya que, en el dolo eventual, el agente social no puede percatarse del resultado de su acción porque ahí el trabajo se nos simplifica y acudiríamos directamente al dolo directo o al dolo de consecuencias necesarias.

Esta teoría deja totalmente de lado el elemento volitivo, únicamente el conocimiento del riesgo justificaría la más inflexible punición del dolo. Para quien se ha percatado del riesgo propio de su conducta, que la convierte en prohibida y típica normalmente, puede y debe cumplir el mandato de la norma de una manera más sencilla que la persona que justamente no ha aprehendido esa peligrosidad amenazante⁴⁷.

e) La Teoría del Peligro no Cubierto o Asegurado (Herzberg)

31 Un peligro no cubierto o asegurado significa que luego de la acción el agente social deja a la casualidad o a la suerte el resultado. De esta forma, los hechos por si solos no conllevan a una conducta típica (dolo eventual). En contraposición, un riesgo cubierto o asegurado se da cuando adicional a la elevación el riesgo la "víctima" puede evitar, posiblemente, la producción del resultado prestando atención (culpa consciente).

⁴⁵ FRISCH, Wolfgang. "Comportamiento típico e imputación del resultado". Marcial Pons. Madrid. 2004. pgs. 47-57

⁴⁶ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. "Derecho Penal Parte General". Grijley. Lima. 2007. pg. 372.

⁴⁷ ROXIN, Claus. "Derecho Penal Parte general. Tomo I Fundamentos. La Estructura De La Teoría Del Delito". Civitas. S. A. Madrid. 1997. pgs. 439-440.

Por ejemplo, un capataz que envía a un novato aprendiz a un tablado sin el preceptivo dispositivo de seguridad contra caídas (larguero de barandilla o parapeto), o el de un profesor que permite a los alumnos bañarse en un río peligroso, a pesar de la señal prohibitiva que lo advierte. En ambos casos si el desenlace es mortal existe por tanto sólo un homicidio imprudente, con independencia de la valoración subjetiva del sujeto. Pues el peligro estaba cubierto o asegurado, puesto que las víctimas podrían haber evitado su muerte con previsión y cuidado.

Lo propio regiría para el adelantamiento en cambios de rasante y para el saltarse el semáforo en rojo. Más allá de esto, Herzberg pretende (o pretendía) negar el dolo también en el caso de peligros no cubiertos o asegurados, cuando el sujeto solo crea un peligro remoto⁴⁸.

Estas afirmaciones son muy extremas. Se debe observar en cada caso concreto el deber del agente y la intensidad comunicativa. Por ejemplo, en el caso de los estudiantes, si el profesor observa objetivamente el riesgo y envía a sus alumnos, el actuar es doloso. El caso del aprendiz es relativo, si estaba cubierto todo el riesgo no cabría siquiera culpa porque no existe riesgo desaprobado para el derecho penal.

f) Teoría de la Asunción de los Elementos Constitutivos del Injusto (Schroth)

32 Para esta teoría el agente debe de observar y hacer suyas las condiciones constitutivas del injusto con conocimiento del riesgo. El agente por tanto debe saber en primer lugar que es fácil que con su actuación se produzcan las circunstancias constitutivas del injusto. Pero aun cuando haya percibido lo anterior, el dolo está excluido si el sujeto reprime los elementos del peligro. Si no los reprime pero parte seriamente de la idea de que la lesión del bien jurídico no se producirá o si hace patentes esfuerzos por impedirlo cabría la culpa consciente⁴⁹. Es una variante de la teoría del riesgo.

⁴⁸ UDO, EBERT. "Derecho Penal Parte General". Universidad Autónoma Del Estado De Hidalgo. México. pg. 74.

⁴⁹ ROXIN, Claus. "Derecho Penal Parte general. Tomo I Fundamentos La Estructura De La Teoría Del Delito". Civitas. S. A. Madrid. 1997. pgs. 445-446.

Las teorías cognitivas puras, supra, dejan con el pecho descubierto al justiciable, por exigir un menor análisis valorativo de los hechos.

Subcapítulo IV - Teoría Ecléctica: Fusión de la Teoría del Consentimiento y la Teoría de la Probabilidad

La teoría ecléctica es un cajón de sastre. En la actualidad es la que registra mayor aceptación, es recibida con mucho automatismo en diversos ordenamientos jurídicos y es de predominante mal usanza actualmente.

Se fundamenta en el intento de unir las dos teorías principales de las teorías cognitivas y volitivas, respectivamente, es decir, la teoría del consentimiento y de la probabilidad. En Alemania, el maestro Roxin se inclina por la citada postura ecléctica.

33 Para aplicar la teoría ecléctica, se requiere por una parte que el agente-social en su comunicación tome en serio la posibilidad de la realización de un delito y por otra que él se conforme con dicha posibilidad, sin importar si es a disgusto. Conformarse con la posible producción del delito encarna por lo menos resignarse a ella, sea el resultado eventual desagradable, cuya posibilidad no logra hacer renunciar al sujeto de su acción.

El agente puede ser consciente de que no hay probabilidad, sino mera posibilidad no elevada del hecho. Según eso, no se lo toma en serio y sin embargo acepta conformarse con su eventual producción. La citada posibilidad la reconoce tanto la teoría de la probabilidad en su versión estricta como la teoría del consentimiento. Ambas defienden la existencia del dolo eventual a menos que el sujeto sea consciente de que hay sólo posibilidades mínimas y remotas que la acción sea inadecuada, en cuyo caso no hay auténtico dolo.

Asimismo, el agente puede considerar probable e incluso muy probable el hecho y sin embargo confiar en su no producción, lo que excluye el dolo para la teoría pura del consentimiento, que para ello se conforma con una confianza aunque sea puramente subjetiva, irracional e infundada, en el fondo con un simple deseo o esperanza de que no se produzca⁵⁰.

A pesar de todo, es difícil unir las dos teorías antes descritas y que los resultados coincidan, ya que, se quiera o no, se usan las demás teorías cognitivas y volitivas para sustentar los criterios e indicadores adicionales, ocasionando así un conflicto casi insalvable de teorías mixtas y combinadas.

34 Para las teorías combinadas o mixtas no es infrecuente que se intente describir el dolo eventual mediante una combinación de distintos principios. Schroeder afirma lo siguiente: "El dolo eventual... se da cuando el sujeto considera posible y aprueba la realización del tipo, la considera probable o la afronta con indiferencia". Prittwitz desarrolla una "teoría indiciaria de orientación procesal penal", que cita sobre todo la probabilidad y la aprobación de la realización del riesgo como indicios a favor de la apreciación del dolo y la puesta en práctica de la voluntad de evitación, la posibilidad de influir en la producción del resultado y la cobertura o aseguramiento del peligro como indicios en contra de ella. Schünemann señala el carácter más o menos pronunciado de los elementos cognitivos y emocionales del dolo, y niega el dolo en caso que al agente le resulta indeseable una lesión del bien jurídico, pues en ese caso el sujeto no se habría colocado claramente en contra del Derecho⁵¹.

35 Adicionalmente, existía una especie de fórmula práctica que se utilizaba para determinar cuándo se estaba ante culpa consciente y cuándo se estaba ante dolo eventual. El sujeto que actuaba de forma ilícita dentro del territorio criminoso, siendo predecible la producción de resultado típico, se le imputaba un delito a título de dolo eventual. Pero, cuando el sujeto partía de una actuación dentro del riesgo permitido, la atribución del hecho

⁵⁰ MADRIGAL GARCÍA, Carmelo, y RODRÍGUEZ PONZ, Juan Luis. Magistrados. "Derecho Penal Parte General". Carperi. Madrid. 2004. pgs. 6-8.

⁵¹ Autores citados en: ROXIN, Claus. "Derecho Penal Parte general. Tomo I Fundamentos. La Estructura De La Teoría Del Delito". Civitas. S. A. Madrid. 1997. pg. 439.

era a título de culpa consciente. Esto ha cambiado con la creación de nuevos riesgos⁵². Como puede apreciar el amable lector, se observa claramente que la teoría ecléctica degenera en teorías mixtas o combinadas, quebrantando principios fundamentales del derecho penal y creando inseguridad jurídica. Además, los jueces motivan las sentencias con las teorías (cognitivas o volitivas) que les parecen más adecuadas según cada caso concreto, sin uniformidad y violando el principio de igualdad.

36 En la jurisprudencia nacional se acepta la teoría ecléctica:

“Para que exista dolo eventual es necesario que el agente, al realizar la conducta lesiva, se haya representado seriamente la posibilidad del daño (elemento cognitivo del dolo), y que, a pesar de ello, se conforma con el resultado posible (elemento volitivo), aun cuando no quiera el mismo. La culpa consciente, por el contrario, exige en el sujeto la confianza que el resultado, a pesar de su posibilidad, no se producirá.”⁵³

“Realiza una conducta típica con dolo eventual quien se representa seriamente la posibilidad del daño y, a pesar de ello, se conforma con el posible resultado de su conducta, aun cuando no quiera el mismo. La culpa consciente, por el contrario, exige en el sujeto la confianza que el resultado, a pesar de su posibilidad, no se producirá.”⁵⁴

“Lo que diferencia al dolo eventual de la culpa consciente, es que en el primer caso el agente considera seriamente la probabilidad del resultado dañoso, aceptando necesariamente dicha probabilidad con la realización de la conducta peligrosa, per se, por

⁵² RODRÍGUEZ DELGADO, Julio. “El Tipo Imprudente: Una Visión Funcional Desde El Derecho Penal Peruano”. Grijley. Lima. 2007. pgs. 78-79.

⁵³ Sentencia N° 035-98 de la Sala Mixta de Camaná de la Corte Superior de Justicia de Arequipa del 10 de febrero de 1998. ARMAZA GALDOS, Jorge, y ZAVALA TOYA, Fernando. “La decisión judicial para leer el Derecho Positivo a través da la Jurisprudencia”. Gaceta Jurídica. Lima. 1999. pg. 27.

⁵⁴ Exp. 167-97-P/COR-Camaná. ARMAZA GALDOS, Jorge, y ZAVALA TOYA, Fernando. “La decisión judicial para leer el Derecho Positivo a través da la Jurisprudencia”. Gaceta Jurídica. Lima. 1999. pg. 26.

otra persona. En la culpa consciente, en cambio, existe la creencia de que el peligro no va a concretarse.”⁵⁵

Todas las teorías explicadas, supra, son inaplicables en la práctica. La teoría ecléctica sólo es la entrada de todas estas teorías en la labor judicial. De esa forma, los jueces pueden optar por acogerse a la teoría que deseen o mezclarlas. Así se violan principios fundamentales del derecho penal y se crea inseguridad jurídica.

Para tener una mayor referencia sobre los problemas que genera la “teoría ecléctica”, analizaremos de una manera breve y superficial dos sentencias de relevancia, por ser recientes y debido a la resonancia en los medios de comunicación. Nos referimos a las sentencias de los casos “Utopía” e “Ivo Dutra”, respectivamente:



⁵⁵ Sentencia de la Primera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Lima del 24 de noviembre de 2004. Exp. N° 306-2004. “Dialogo con la Jurisprudencia”. Gaceta Jurídica. Año 10 N° 76. Lima - enero 2005. pg. 176.

Subcapítulo V ¿Correcta aplicación de la teoría ecléctica en la Sentencia “Utopía”?

37 El fin de incorporar este sucinto análisis de las sentencias, ya mencionadas, en esta parte del trabajo es, simplemente, para observar el mal uso de la teoría ecléctica por nuestros órganos judiciales.

Hechos: se realiza una fiesta en la Discoteca Utopía, el Gerente del mencionado local de diversión nocturna no tenía permiso para la realización del evento, el cual es expedido por la municipalidad del distrito correspondiente. Además, no había habilitado extintores, el local no contaba con señalización correspondiente. Se suma a estos elementos fácticos que la capacidad del local fue sobrepasada en demasía y, como si todo ello no fuese suficiente el día de la fiesta se realizó un juego con fuego a cargo de un barman, el cual inició el incendio que ocasionó la muerte de los asistentes. Las sentencias y apelaciones se basaron en distintos fundamentos. Al final del proceso la Corte Suprema concluyó que existió homicidio a título de dolo eventual.

38 En la sentencia se llega a la conclusión que los hechos encajan dentro de la figura de dolo eventual utilizando los siguientes argumentos⁵⁶: “No era remota la posibilidad del resultado, por lo que hay presencia de dolo eventual, ya que el autor advirtió una gran probabilidad de que se produjera el resultado...” (Teoría de la probabilidad). También se utiliza “el sujeto tiene la actitud de contar con el riesgo...” (La Teoría Del Riesgo - FRISCH). En la misma sentencia, “el autor se presenta como probable un resultado, pero a causa de su indiferencia llega a realizarlo” (La Teoría De La Indiferencia - English). En otro punto, “no haciendo posible la evitación del resultado representado como probable” (La Teoría De La No Puesta En Práctica De La Voluntad De Evitación-Kaufmann). Como prevenimos, supra, en estas pocas líneas de la sentencia, se utilizan varias teorías para explicar el dolo eventual, lo cual es inaceptable desde todo punto de vista jurídico. Se contravienen Principios fundamentales del derecho penal y se “crea” inseguridad jurídica.

⁵⁶ Exp. N° 43-05. Sentencia del veintidós de noviembre del dos mil once, emitida por la Tercera Sala Penal para procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima.

Subcapítulo VI - ¿Correcta aplicación de la teoría ecléctica en la Sentencia “Ivo Dutra”?

39 El citado caso fue de mucha relevancia jurídica, pues, sin temor a decirlo, es una excepción a la regla, porque después del caso Ivo Dutra no se sancionó a otro conductor de servicio público por homicidio a título de dolo eventual, con similares datos fácticos.

El hecho: un bus a elevada velocidad, por el carril que no le corresponde, cruzando la avenida en luz roja, en competencia por pasajeros con otros vehículos de servicio público atropella y mata a un transeúnte.

40 La sentencia llega a la conclusión que los hechos encajan dentro de la figura de dolo eventual utilizando los siguientes argumentos: En dicho texto se lee⁵⁷: “el autor considera seriamente como posible la realización del tipo legal y se conforma con tal eventual realización” (Teoría Ecléctica). También: “el autor, a pesar de ser consciente de la inminente realización del resultado... continua... basado en la esperanza de que fuerzas o factores ajenos a su propio dominio impidan la realización del resultado lesivo-muerte” (La Teoría Del Peligro No Cubierto o Asegurado De Herzberg). A su vez: “la consecuencia muerte fue representada por el autor, asumiendo el riesgo, no detuvo su actuar, produciéndose la muerte. En ese sentido, si el peligro creado conlleva una muy alta probabilidad de producir el resultado, podrá inducirse que el autor se representó el resultado” (La Teoría Del Riesgo - FRISCH).

Del mismo modo que la sentencia “Utopía”, el órgano judicial utiliza diversas teorías para configurar el dolo eventual, destrozando la seguridad jurídica. A continuación, notaremos que la mal usanza de la teoría ecléctica no es exclusividad de nuestros tribunales.

⁵⁷ Exp. N° 18707-2011. Corte Superior de Justicia de Lima. Vigésimo Octavo Juzgado Penal. Sentencia emitida el dos de mayo del año dos mil doce.

Subcapítulo VII - Jurisprudencia extranjera. Aplicación del dolo eventual

41 Introducción

En España y Argentina tienen tratamientos similares al dolo eventual y la culpa consciente en relación a nuestro país, con la diferencia que se está aceptando las nuevas corrientes. Sin embargo, aún no existe una influencia llamativa en su jurisprudencia. La dogmática ya ha evolucionado y sólo falta el salto al ordenamiento jurídico. Es de resaltar la influencia de Ramón Ragués I Vallès y de Gabriel Pérez Barberá en sus países de origen y en todo el mundo del Derecho penal. En el caso de Colombia, se observa un desapego hacia las corrientes finalistas y se nota un notorio y destacable acercamiento al Derecho penal del doctor Jakobs. El caso de Costa Rica es particular, ya que existe una definición de dolo eventual muy interesante en su código penal.

a) España

42 En España, se dictamina en diversas sentencias: “...Como expone a continuación la Audiencia Provincial, esta Sala de Casación viene entendiendo que actúa con dolo —al menos eventual— quien conoce el alto riesgo de producción del resultado que genera con su acción y, a pesar de ello, continúa con la ejecución.” Se utiliza la teoría del Riesgo y la del consentimiento. “En definitiva, actúa dolosamente quien acepta la realización de una conducta claramente ilícita sin mostrar ningún interés por averiguar sus circunstancias y condiciones, poniendo con ello de relieve que no establece límites a su aportación; o, lo que es lo mismo, quien no quiere saber aquello que puede y debe conocer y, sin embargo, trata de beneficiarse de dicha situación. Si es descubierta no puede alegar ignorancia alguna y, por el contrario, debe responder de las consecuencia de su ilícito actuar.”⁵⁸ Acá podemos analizar, fugazmente, que se utiliza la teoría ecléctica, pero con las variantes de la teoría de la Indiferencia y la teoría de la asunción de los elementos constitutivos del injusto.

⁵⁸ Tribunal Supremo del Reino de España, en resolución N° 130/2010, N° de recurso 11363.

“Lo que caracteriza la diferencia entre la culpa consciente y el dolo eventual, es precisamente que, para el caso de la primera, el autor no se representa como probable la producción del resultado, porque confía en que no se originará, debido a la pericia que despliega en su acción o la inidoneidad de los medios para causarlo. En otras palabras, obra con culpa quien representándose el riesgo que la realización de la acción puede producir en el mundo exterior, afectando a bienes jurídicos protegidos por la norma, lleva a cabo tal acción confiando en que el resultado no se producirá; sin embargo, éste se origina por el concreto peligro desplegado. En el dolo eventual, el autor también se representa como probable la producción del resultado dañoso protegido por la norma penal, pero continúa adelante sin importarle o no la causación del mismo, aceptando de todos modos tal resultado (representado en la mente del autor). En la primera (culpa consciente), no se acepta como probable el hipotético daño, debido a la pericia que el agente cree desplegar, o bien confiando en que los medios son inidóneos para producir aquél, aun previendo conscientemente el mismo. En el segundo (dolo eventual), el agente actúa de todos modos, aceptando la causación del daño, siendo consciente del peligro que ha creado, al que somete a la víctima, y cuyo control le es indiferente...”⁵⁹. Notoriamente se acepta la teoría ecléctica.

b) Costa rica

43 En Costa Rica encontramos la definición de dolo eventual, la cual se ubica en su artículo 31 del Código Penal, el cual versa: “Obra con dolo quien quiere la realización del hecho tipificado, así como quien la acepta, previéndola a lo menos como posible”. Claramente observamos el uso de la teoría ecléctica. Además, admite la participación en los casos con elemento subjetivo de dolo eventual y se encuentra encuadrado en su artículo 48 del Código Penal, que versa así: “Los partícipes serán responsables desde el momento en que el hecho se haya iniciado, según lo establecido en el artículo 19. Si el hecho fuera más grave del que quisieron realizar, responderán por aquél quienes lo hubieren aceptado como una

⁵⁹ STS 25-3-204 (RC 315/03) Foja 14-España.

consecuencia probable de la acción emprendida”. En el Perú no cabe dificultad de asumir la participación en los delitos donde se impute dolo eventual como elemento subjetivo del tipo.

c) Argentina

44 En Argentina, el Tribunal de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina⁶⁰ apunta: “se actúa con dolo eventual cuando el sujeto considera seriamente como posible la realización del tipo penal y aunque pueda no quererlo, lo acepta y tolera con indiferencia, por considerar aleatoria su producción y que está fuera de su control, basado en un confiar temerario de que el resultado no se producirá, continuando con su ejecución sin desistir de dicha conducta exteriorizada y evitable, generando con una serie de maniobras voluntarias y conocidas un peligro concreto de que se produzca el resultado desvalorado por la ley, y una vez producido se conforma con la producción del resultado típico”. Esta sentencia es una clara muestra de la desnaturalización del dolo eventual, ya que existe una mezcla de la teoría de la indiferencia, la teoría del peligro no cubierto o asegurado, la teoría del consentimiento y la teoría la no puesta en práctica de la voluntad de evitación.

d) Colombia

45 En Colombia, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Penal, sentencia N° 079, dictaminó: “...Además, al disparar hacia el vehículo, se generó riesgo para todos los ocupantes del bus y las personas que lo estaban abordando, de modo que la muerte o la lesión de cualquiera de ellos era un evento probable, que el procesado asumió con indiferencia. Esta contingencia, que el impugnante no discute, lleva a la convicción de que aquí no solamente se atentó contra Víctor Eduardo Galeano Santillana, queriéndole matar, sino que la conducta realizada fue idónea y potencialmente apta para afectar la vida y/o la integridad personal, no

⁶⁰ Jurisprudencia en el tema de dolo eventual de la nación hermana de Argentina. Revisar: Sentencia de Cámara Nacional de Casación Penal, 8 de Septiembre de 2009 (caso Rivas, Osvaldo Arturo) y la Sentencia de Cámara de Apelación en lo Penal de Venado Tuerto, 9 de Abril de 2012 (caso B., W.).

sólo de dicho conductor, que alcanzó a arrojarse al piso, sino también del menor, que fue quien recibió el tiro, o de cualquier otro ocupante o abordante del bus, como alcanzó a prever Carlos Arturo Obregón Santamaría pero, desdeñoso de la vida humana, no le importó y disparó, lo que ciertamente hace ver que las lesiones personales agravadas causadas al niño fueron producidas con dolo eventual, y no culposamente...”⁶¹. Esta sentencia es la más cercana a una propuesta novedosa, pero a su vez habla de riesgo e indiferencia, entonces es otra teoría mixta, además no se marca cómo arribaron a esas conclusiones.

46 Se nota, claramente, que en todas las sentencias extranjeras se utiliza la teoría ecléctica y no existe un concepto claro de dolo eventual y culpa consciente que limite los criterios de imputación. ¿Es importante un concepto de dolo eventual y culpa consciente?, pues sostenemos la tesis que sí. Es imperativo un concepto para delimitar los criterios de imputación y los contenidos de dichas figuras, así como determinar los supuestos y un modo práctico de aplicación para solucionar conflictos en la práctica judicial (TEST). Con todo este mecanismo dogmático y práctico, denominado Teoría Única Global de la Imputación del Dolo Eventual y la Culpa Consciente, se crea seguridad para los miembros de la sociedad que ven menoscabada su libertad por falta de congruencia dogmática y práctica.

Para terminar, y antes de entrar de lleno a la tesis central del trabajo, no podría concluir el marco teórico sin dejar de mencionar a Günther Jakobs, Ramón Ragués I Vallès y Gabriel Pérez Barberá, cuyos trabajos son la base y la inspiración del nacimiento de estas nuevas ideas. Sería incapaz de adjudicarme ideas ajenas y mucho menos mezquino en no mencionar a estos grandes exponentes del Derecho penal.

⁶¹ Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. Sentencia N° 079. 15-05-2000.

CAPÍTULO III



CAPÍTULO III - TESIS

Subcapítulo I: Nociones antecedentes para formular los conceptos de dolo eventual y culpa consciente

Introducción

47 Por lo antes expuesto, en el Estado de la Cuestión, se llegó a comprender la problemática del dolo eventual y la culpa consciente, así como la necesidad de definiciones claras, concisas y palpables de éstas, para su posterior aplicación. El Derecho penal es el encargado de sostener, mantener y controlar el *statu quo* de la Sociedad, la Constitución, la Democracia y el Estado⁶² ante los ataques más graves (Principio de intervención mínima⁶³)

⁶² El derecho penal se legitima materialmente en la necesidad de mantener la constitución de la sociedad y del Estado, contradiciendo las comunicaciones de los agentes-sociales contrarias al ordenamiento jurídico-penal; para mayor referencia: JAKOBS, Günther. "Derecho Penal Parte General Fundamentos y Teoría de la Imputación". Marcial Pons. Madrid. 1997. pgs. 44-47.

Una breve referencia al derecho como estructura de la sociedad y hacia quien va dirigido en: JAKOBS, Günther. "Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal". Trad. de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez. Civitas. Madrid. 2003. pg. 17.

"Partiendo de tal comprensión, el Derecho aparece como estructura de la sociedad, y tanto los deberes como los derechos, hablando en los términos de la teoría de los sistemas: las expectativas normativas, no están dirigidas a individuos, sino a destinos construidos comunicacionalmente que se denominan personas". "... el Derecho penal restablece en el plano de la comunicación la vigencia perturbada de la norma cada vez que se lleva a cabo seriamente un procedimiento como consecuencia de una infracción de la norma." En: JAKOBS, Günther. "Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional". Trad. de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez. Civitas. España. 1996. pgs. 19, 82-86.

En contraposición el Doctor Roxin asume y subraya la posición de la protección de los bienes jurídicos por parte del derecho penal; sobre este punto Vid. ROXIN, Claus. "Derecho Penal Parte general. Tomo I Fundamentos. La Estructura De La Teoría Del Delito". Civitas S. A. Madrid. pgs. 47-56.

⁶³ El Estado peruano es un Estado social democrático de derecho, el derecho penal protege esa configuración (Artículo 43 de nuestra constitución: Estado social democrático de derecho. Forma de Gobierno La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana. El Estado es uno e indivisible. Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes.) ante comunicaciones discordes a las normas preestablecidas. El Estado tiene el deber de proteger a los miembros de éste, garantizar el bienestar de la sociedad y crear fidelidad a las normas jurídico-penales (Artículo 44 de nuestra carta magna: Deberes del Estado Son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su

y de esa forma no dejar a la sociedad desprotegida ante el arbitrio de las comunicaciones desestabilizantes de algunos agentes-sociales⁶⁴ (se excluye a los “individuos”⁶⁵ alejados de la comunicación social).

seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación. Asimismo, es deber del Estado establecer y ejecutar la política de fronteras y promover la integración, particularmente latinoamericana, así como el desarrollo y la cohesión de las zonas fronterizas, en concordancia con la política exterior.); sin embargo el derecho penal solo debe de activarse luego de agotar los medios que menos interfieran en la esfera jurídica del ciudadano defraudador de las expectativas normativas.

Una vista panorámica del Principio de intervención mínima en: VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. “Derecho Penal Parte General”. Grijley. Lima. 2007. pgs. 91-93.

⁶⁴ En todo el trabajo utilizo el término “agente-social”, que no es más que la descripción de un miembro de la sociedad que es competente de ser responsable del delito comunicado por su conducta. Es el destino de expectativas normativas, titular de deberes y en cuanto titular de derechos. El doctor Jakobs usa el término persona con fundamentos similares, la terminología no cambia la sinonimia de los significados.

La descripción detallada de persona o agentes social en: JAKOBS, Günther. “Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal”. Trad. de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez. Civitas. Madrid. 2003. pgs. 17-25.

⁶⁵ El individuo es el “miembro” de la sociedad que no comunica relevantemente para el derecho penal, son básicamente los inimputables. Vid.: JAKOBS, Günther. “Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional”. Trad. de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez. Civitas. España. 1996. pgs. 71-73.

Existe una diferencia notable con los enemigos, los enemigos a primeras luces son agentes sociales pero su contradicción, desidia e infidelidad reiterada a la configuración de la sociedad los hacen merecedores de otro tipo de derecho por no ofrecer garantías: derecho penal del enemigo o derecho de tercera velocidad; para la práctica lo mismo. El doctor Jakobs y el doctor Cancio desde ópticas distintas describen esta realidad; referencialmente las páginas, pero la lectura completa del citado libro describirá la realidad: JAKOBS, Günther, y CANCIO MELIÁ, Manuel. “Derecho Penal del enemigo”. Civitas. S. L. Madrid – 2003. pgs. 55-56, 83-86.

Además, Vid. JAKOBS, Günther. “Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal”. Trad. de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez. Civitas. Madrid. 2003. pgs. 59-57.

Algunas instituciones de derecho penal del enemigo en nuestro ordenamiento jurídico: Aumento de pena por reincidencia y habitualidad, delitos cualificados por el resultado, leyes contra el terrorismo, delito de “reglaje”, delito de criminalidad organizada, medidas de seguridad, disminución de beneficios carcelarios para algunos delitos, etc. En el tema procesal cada vez menos requisitos para poder restringir derechos en post de la investigación.

Asimismo: “Las personas inimputables no pueden responder penalmente de sus conductas violentas porque actúan o, mejor dicho, han actuado sin libertad. La enfermedad mental puede suponer una patología de la libertad, que impide al enfermo adquirir la plena dimensión de un ser inteligente e intencional. En estas condiciones el sujeto no puede regular su conducta desde una adecuada y objetiva percepción de sí mismo y de su entorno, ni desde una capacidad de autodeterminación que le permita comportarse según decisiones previstas y elegidas conscientemente desde una estructura cognitiva y emocional normal. Sin embargo, toda persona que comete hechos anormales desde el punto de vista moral no es necesariamente anormal (enfermo mental) desde un punto de vista

48 En un mundo donde el ser humano se encuentra en constante estado de guerra⁶⁶, no de paz como creen algunos, sin el Derecho Penal la sociedad automáticamente desaparecería —no es extremista la afirmación—. Recordemos lo que sucedió en Argentina: en un momento donde existían muchos problemas políticos, sociales, incluido el descontento por

psicológico y médico.” En: E. Esbec E. Echeburúa. Artículo especial: “Violencia y trastornos de la personalidad: implicaciones clínicas y forenses”. Actas Esp. Psiquiatría 2010. pg. 258.

⁶⁶ Thomas Hobbes en su *Leviatán* analiza la formación de los Estados. En una visión que compartimos describe que la naturaleza del hombre es un estado de guerra constante, es decir el hombre sin Estado y sin leyes que configuren la sociedad eliminaría a otros hombres en busca de su satisfacción y beneficio personal. Por ese miedo a la muerte es que nacen los Estados. Si bien algunas concepciones de Hobbes son contrariadas por las actuales teorías del Estado liberal, existen muchos ejemplos que validan las aseveraciones de Hobbes. El Derecho penal es la forma en que buscamos la paz social, en base a la razón solidaria y común para alejarnos del estado de guerra inherente al ser humano. Algunas líneas tomadas del *Leviatán* para mostrar la concepción del estado de guerra: Thomas Hobbes *Leviatán* Capítulo VII: “El afán de lucha se origina en la competencia. La pugna de riquezas, placeres, honores u otras formas de poder, inclina a la lucha, a la enemistad y a la guerra. Porque el medio que un competidor utiliza para la consecución de sus deseos es matar y sojuzgar, suplantar o repeler a otro.” Capítulo XIII “Fuera del estado civil hay siempre guerra de cada uno contra todos. Con todo ello es manifiesto que durante el tiempo en que los hombres viven sin un poder común que los atemorice a todos, se hallan en la condición o estado que se denomina guerra; una guerra tal que es la de todos contra todos.” Capítulo XIV “La ley fundamental de naturaleza. La condición del hombre (tal como se ha manifestado en el capítulo precedente) es una condición de guerra de todos contra todos, en la cual cada uno está gobernado por su propia razón, no existiendo nada, de lo que pueda hacer uso, que no le sirva de instrumento para proteger su vida contra sus enemigos. De aquí se sigue que, en semejante condición, cada hombre tiene derecho a hacer cualquiera cosa, Incluso en el cuerpo de los demás. Y, por consiguiente, mientras persiste ese derecho natural de cada uno con respecto a todas las cosas, no puede haber seguridad para nadie (por fuerte o sabio que sea) de existir durante todo el tiempo que ordinariamente la Naturaleza permite vivir a los hombres. De aquí resulta un precepto o regla general de la razón, en virtud de la cual, cada hombre debe esforzarse por la paz, mientras tiene la esperanza de lograrla; y cuando no puede obtenerla, debe buscar y utilizar todas las ayudas y ventajas de la guerra. La primera fase de esta regla contiene la ley primera y fundamental de naturaleza, a saber: buscar la paz y seguirla. La segunda, la suma del derecho de naturaleza, es decir: defendernos a nosotros mismos, por todos los medios posibles.” HOBBS, Thomas. “*Leviatán: la materia, forma y poder de un estado eclesiástico y civil*”. Traducción, prólogo y notas de Carlos Mellizo. Alianza. Madrid. 1996.

Desde el punto de vista criminológico y determinado en el ámbito freudiano ZAFFARONI señala: “conforme al esquema freudiano, la cultura reprime las tendencias agresivas (instintos) generando una suerte de control interno a través de lo que llama “súper yo”, que no los elimina sino que los mantiene en el inconsciente. Esta presencia inconsciente y las pulsiones que desde el inconsciente pugnan por aflorar, producen en el propio inconsciente una culpa que impulsa a la búsqueda de punición como manera de compensarla. El delito sería en definitiva la manifestación de esta tendencia y la vía para satisfacer la necesidad de punición.” En: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. “*Criminología, Aproximación Desde Un Margen*”. Tercera reimpresión. Temis. Buenos Aires. 2003. pg. 210.

los bajos sueldos en el sector público, la Policía decide ir a huelga. Todos o un alto porcentaje de personas delinquieron. Hubo saqueos, hurtos, conducción en estado de ebriedad, agresiones ilegítimas, venganzas privadas, etc. Sin analizar los pormenores del caso concreto, se desprende que sin autoridad —y lo que nos compete sin Derecho Penal (en este caso criminalización secundaria⁶⁷, la policía⁶⁸)— que mantenga la vigencia de las normas no existiría sociedad⁶⁹.

Los agentes sociales se relacionan con sus iguales en libertad, y esta libertad de organización⁷⁰ está limitada por la norma⁷¹. La Justicia penal⁷² es necesaria para obtener paz

⁶⁷ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. “Introducción a la criminología”. Grijley. Lima. 2000. pgs. 165 y ss.

⁶⁸ Constitución política del Perú: Artículo 166.- “Finalidad de la Policía Nacional La Policía Nacional tiene por finalidad fundamental garantizar, mantener y restablecer el orden interno. Presta protección y ayuda a las personas y a la comunidad. Garantiza el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público y del privado. Previene, investiga y combate la delincuencia. Vigila y controla las fronteras.”

⁶⁹ La vigencia de la norma abarca la afirmación del Pacto Social, de la Constitución, de la Democracia, del Estado, de la Sociedad y de la Libertad.

Jakobs aclara: “Pero la vigencia de la norma no es un fin en sí mismo; las personas quieren establecerse en el ordenamiento jurídico y encontrar allí su libertad y su bienestar.” En: JAKOBS, Günther. “Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal”. Traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez. Civitas. Madrid. 2003. pg. 54.

⁷⁰ La libertad de organización es la capacidad de los agentes sociales de desarrollarse en el tráfico por medio de los contactos sociales, respetuosos de sus deberes y ejerciendo sus derechos. La competencia por la organización puede ser institucional u organizacional desprendiéndose deberes positivos y negativos respectivamente. Si aceptamos estos conceptos la distinción entre acción y omisión cae en vana.

Sobre los deberes: “Los derechos y deberes de las personas pueden representarse como relaciones negativas (no perturbadoras) o positivas (de auxilio). Para la determinación de la infracción del deber la diferenciación entre un hacer o un omitir es más bien marginal.” En: JAKOBS, Günther. “Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal”. Trad. de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez. Civitas. Madrid. 2003. pg. 43.

Sobre libertad de organización: “La libertad de organización implica responsabilidad por las consecuencias, ése es el contexto normativo solidificado de cualquier sociedad y en ese sentido una institución social elemental.” en: JAKOBS, Günther. “Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal”. Trad. de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez. Civitas. Madrid. 2003. pg. 30.

Sobre acción y omisión Vid.: JAKOBS Günther. “Derecho Penal Parte General Fundamentos y Teoría de la Imputación”. Marcial Pons. Madrid. 1997. pgs. 940-943.

⁷¹ ROXIN, Claus. “Política Criminal y sistema del derecho penal”. Traducción e introducción de Francisco Muñoz Conde 2da edición. Hammurabi. Buenos Aires. 2002. pg. 50.

⁷² “Como ciencia sistemática da la base para una Administración de justicia uniforme y justa, pues sólo el conocimiento de las relaciones internas del derecho eleva su aplicación por encima del acaso

social, reconciliar y promover la democracia. De esa forma, se elimina la posibilidad de que los miembros de la sociedad retornen a su estado natural de un estado de guerra. El Derecho penal evita la anarquía⁷³, protege los derechos y mantiene los deberes.

49 Si se quiere que los conceptos que voy a postular sean posteriormente introducidos en nuestro sistema jurídico penal nacional, primero tenemos que revisar qué contiene el dolo eventual. Todas las clases de dolo están constituidas por dos elementos: 1) El elemento cognitivo y 2) El elemento volitivo. Es necesario, hacer hincapié en estos dos elementos, pues, si bien puede parecer superfluo a primera instancia, para el presente trabajo, respetuoso del Estado Social y Democrático de Derecho, son elementos básicos e imprescindibles.

Los mencionados elementos psicológicos-normativos sí se pueden imputar en la práctica. Se debe respetar de sobremanera el Principio de Culpabilidad⁷⁴, por tanto, en consecuencia, negamos todo tipo de responsabilidad objetiva⁷⁵. Paso automáticamente a redefinir los elementos del dolo eventual:

y la arbitrariedad” en: WELZEL, Hans. “Derecho Penal Parte General”. Trad. de Conrado A. Finzi. Depalma. Buenos Aires. 1956. pg. 1.

⁷³ De la misma idea ROXIN: “Por consiguiente, el derecho penal evita la anarquía, y, por tanto, es indispensable.” en: ROXIN, Claus - DÍAZ ARANDA, Enrique- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique-JÄGER, CHRISTIAN. “Problemas fundamentales de política criminal y derecho penal”. Editor: Enrique Díaz Aranda. Universidad Autónoma de México. 2002. pg. 91.

⁷⁴ Está positivizado en el Título preliminar del Código Penal: Artículo VII.- “Responsabilidad Penal La pena requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva.”.

El principio de culpabilidad tiene un triple significado: 1.- Fundamento de la pena. 2.- Determinación o medición de la pena 3.- Contrario a la responsabilidad por el mero resultado. Incluye: 3.1) Principio de dolo o culpa: consecuencia del principio de culpabilidad, solo se sanciona por dolo o culpa. Evita la responsabilidad objetiva y el *versari in re illicita* (principio de responsabilidad subjetiva). 3.2) Principio de imputación personal: es personal la culpabilidad, no hay responsabilidad colectiva ni responsabilidad de personas jurídicas. Como categoría jurídica. 3.3) Principio de responsabilidad por el hecho: derecho penal de acto y responsabilidad por el hecho cometido. Se prohíbe responsabilidad por el mero resultado y derecho penal de autor. Nadie puede ser castigado por sus deseos antes de salir de su esfera jurídica.

El principio de Culpabilidad se relaciona con el principio de legalidad, ya que la conducta prohibida tiene que estar tipificada. Relación con el principio de proporcionalidad: la proporcionalidad de la pena tiene que ir de acuerdo al hecho normativo cometido por el agente social-autor.

⁷⁵ “*Versari in re illicita casus imputatur*” o “quien quiso la causa quiso el efecto”, esta prohibición “ataca” y deslegitima los delitos cualificados por el resultado.

1) Visualización de los elementos del dolo eventual

a) Elemento Cognitivo del dolo eventual

50 El elemento cognitivo⁷⁶ está dotado del conocimiento de la norma y de la situación de riesgo. El conocimiento de la situación de riesgo debe ser racional, es decir, que coincida con determinadas bases epistemológicas (estado psíquico-normativo imputado luego del TEST), con base en modos de actuar normales de la generalidad o de quienes se desempeñan en una actividad concreta dentro de una sociedad determinada⁷⁷.

El conocimiento es un saber comprobado racionalmente a partir de marcos epistemológicos compartidos por todos en el mundo natural y especialmente en el mundo normativo (contactos sociales⁷⁸), del caso que se trate propios de ese universo. Dichos conocimientos son compartibles mediante contrastaciones objetivas intersubjetivamente accesibles. Si el agente social no tiene ese conocimiento actual situacional del riesgo (imposibilidad de imputárselo), no hay elemento cognitivo del dolo eventual.

En una medida primordial, es importante determinar, como mínimo, la imputabilidad del agente social, y a su vez entender que no cualquier desconocimiento deviene en error⁷⁹. No se puede exigir un conocimiento excelente, pues aquel conocimiento psicológico-

⁷⁶ Vid.: JAKOBS, Günther. "Derecho Penal Parte General Fundamentos y Teoría de la Imputación". Marcial Pons. Madrid 1997. pg. 311. y pgs. 656-686.

⁷⁷ Conceptos extraídos de PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. "Dolo como reproche Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental". pg. 188.

⁷⁸ "Por consiguiente, el mundo de las personas es un mundo de titulares de derechos, que de modo recíproco tienen el deber de respetar los derechos de otros, y en el ámbito de los delitos contra las personas, es esta relación jurídica la que vulnera el autor; la destrucción de cuerpos o cosas sólo es delito en cuanto vulneración de una relación jurídica; de lo contrario sería un mero suceso natural." En: JAKOBS, Günther. "Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal". Trad. de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez Civitas. Madrid. 2003. pgs. 27-28.

⁷⁹ El error en delitos de homicidio y lesiones es demasiado difícil de imputar en la práctica, en contraposición el error es factible de ser imputado en los delitos que necesitan especialidades distintas. Vid. JAKOBS, Günther. "Derecho Penal Parte General Fundamentos y Teoría de la Imputación". Marcial Pons. Madrid. 1997. pgs. 347-355.

normativo del suceso (imputado fácilmente) situaría la discusión en el campo del dolo directo o en el dolo de consecuencias necesarias.

Basta con la alta probabilidad lógica⁸⁰ que el hecho podría suceder, así como que la conducta que logró el resultado comunique contrariedad a la norma jurídico-penal. También es suficiente con que el agente social haya intentado perennizar su propia norma en un hecho altamente previsible⁸¹ en base a su deber⁸² y que su conocimiento situacional del riesgo sea idóneo.

En el momento que el agente-social-competente sale de su esfera jurídica y afecta una esfera jurídica ajena podemos asumir, a priori, el conocimiento situacional del riesgo (distinto es el trato a las comunicaciones erróneas y las comunicaciones de los “individuos⁸³”).

⁸⁰ La probabilidad lógica es la que se aleja del autor (subjetiva). Es la que se deviene del análisis-valoración que realiza el juez de las constantes forenses y los datos variables (TEST), expuestos en juicio, se analizará el riesgo prohibido y la previsibilidad objetivo-individual para de esa forma observar la intensidad comunicativa y la probabilidad lógica que el resultado podría suceder o no en la realidad. Revisar: Pérez Barberá, Gabriel. “Dolo como reproche Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental”. pgs. 202-205.

Distinto: JAKOBS Günther. “Derecho Penal Parte General Fundamentos y Teoría de la Imputación”. Marcial Pons. Madrid. 1997. pg. 333. Como característica del dolo eventual Jakobs utiliza la probabilidad que se plantea el agente al momento de su representación, imposible de verificar.

Vid.: ROXIN, Claus. “Derecho Penal Parte general. Tomo I Fundamentos. La Estructura De La Teoría Del Delito”. Civitas S. A. Madrid. 1997. pg. 427.

⁸¹ “En el plano subjetivo, la evitabilidad requiere previsibilidad. Solo se puede evitar aquello que se puede prever.” En: EXNER, Das Wesen der Fahrlässigkeit. pgs. 137 y s. Citado en CORDOVA, Fernando. “Dolo y evitabilidad individual”.

⁸² Sobre los deberes por organización e institucionales Vid.: JAKOBS, Günther. “La imputación penal de la acción y de la omisión”. Trad. de: Javier Sánchez - Vera Gómez – Trelles. Universidad Externado de Colombia. Colombia. 1996. pgs. 31 y ss.

⁸³ Sobre los individuos Jakobs apunta: “Sin embargo, esta equiparación oculta una enorme diferencia: en la prevención general positiva, el dolor penal se inflige a una persona competente, capaz de ser culpable, y precisamente no a un niño o a seres humanos mentalmente enfermos o débiles; pues frente a éstos no hay expectativas normativas que puedan ser defraudadas.” En: JAKOBS, Günther. “Sobre la normativización de la dogmática jurídico - penal”. Trad. de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez. Civitas. Madrid. 2003. pg. 57. Al individuo se le aplica Medidas de Seguridad.

Mucho se ha escrito sobre la naturaleza jurídica de las medidas de seguridad, se habla de un “fraude de etiquetas” al intentar catalogarlas como penas. El conflicto se suscita básicamente en la capacidad de determinar una sanción jurídico-penal sin sustento en el principio de culpabilidad, actualmente se sostiene que son penas para de esa manera afianzar el sistema y así poder revestir a estas medidas de garantías tales como: principio de legalidad, jurisdiccionalidad, proporcionalidad,

51 Las representaciones son actividades psíquicas (se imputan normativamente) que operan dentro del agente social sobre un conocimiento o una creencia sobre el presente puntual de una situación y que, por tanto, no puede tener permanencia amplia. Las mencionadas representaciones únicamente se dan al inicio de la acción, no podemos colocarnos en una situación ex post de dicha representación.

Las representaciones que el agente social alega en el juicio⁸⁴ únicamente serán tomadas en cuenta si se corresponden con los hechos probados en juicio (constantes forenses). Se descarta de antemano las creencias, en el dolo eventual, debido a que estas vienen a ser la representación no comprobada acerca de la efectividad del estado de las cosas⁸⁵. Se debe analizar caso por caso, puesto que un desconocimiento o representación racional sustentada en constantes forenses es atípico o es culpa consciente, respectivamente. Todos estos conocimientos y representaciones son imputados en la práctica (TEST).

etc. Al no existir culpabilidad su fundamento es la peligrosidad criminal del agente social; se sostiene en fines preventivos especiales. En un Estado Social y Democrático de Derecho las medidas de seguridad solo son post-delictuales. En general y desde distintos puntos sobre el concepto, fundamento y aspectos problemáticos Vid. los siguientes artículos: ZIFFER, Patricia. "Medidas de seguridad y pronóstico de peligrosidad". BRUZZONE (Coord.). Cuestiones penales. Homenaje al profesor doctor Esteban J. A. Rigui. Buenos aires. 2012. Ad-Hoc. pgs. 765-800. JAKOBS, Günther. "Coacción y personalidad. Reflexiones sobre una teoría de las medidas de seguridad complementarias a la pena". InDret. Barcelona. 2009. número 1. FRISCH, Wolfgang. "Las medidas de corrección y seguridad en el sistema de consecuencias jurídicas del Derecho Penal." InDret. Barcelona. 2007. número 3. ORÉ SOSA, Eduardo. "Medidas de seguridad" En: Oré Sosa y Palomino Ramírez. "Peligrosidad criminal y sistema penal en el Estado social y democrático de derecho". Reforma. Lima. 2014. pgs. 9-22. En particular Vid.: JAKOBS, Günther. "Derecho Penal Parte General Fundamentos y Teoría de la Imputación". Marcial Pons. Madrid. 1997. pgs. 38-42. ROXIN, Claus. "Derecho Penal Parte general. Tomo I Fundamentos La Estructura De La Teoría Del Delito". Civitas S. A. Madrid. 1997. pgs. 103-107.

⁸⁴ Dentro del proceso penal son aceptadas las declaraciones del agente social-imputado que se coinciden con las constantes forenses valoradas normativo-socialmente, según cada caso concreto.

⁸⁵ Conceptos extraídos de Pérez Barberá, Gabriel. "Dolo como reproche. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental". pg. 188.

52 El agente-social, al momento de comunicar, debe expandirse y salir del riesgo permitido⁸⁶, pues es al asumir un riesgo no permitido jurídicamente desaprobado donde el elemento cognitivo toma consistencia normativa y es indicio del elemento volitivo.

Posterior o conjuntamente, la no evitación del riesgo no permitido⁸⁷ que degenera la comunicación contraria a la norma jurídico penal determina la intensidad comunicativa⁸⁸. La posibilidad objetiva de que el agente haya podido prever el resultado viene dada con sustento en un análisis global de las circunstancias objetivas y de las capacidades especiales.

Más allá de referir la probabilidad que se representa el autor⁸⁹, vamos a trabajar con una probabilidad lógica, apartándonos en este punto de todas las teorías actuales que utilizan las probabilidades objetivas o subjetivas.

A continuación, el elemento volitivo del dolo eventual:

⁸⁶ Para mayor conceptualización: “El actuar delictivo no puede entenderse como la causación de un resultado o como su no evitación, sino únicamente como incremento de los riesgos de la vida por encima de lo permitido, y el límite de lo permitido no se determina exclusivamente en función del tipo de riesgo o de la cantidad del mismo, sino también en función de la competencia en la administración del riesgo, y esta no sólo depende del «autor», sino que también puede depender de la víctima (actuación a propio riesgo), o de terceros (principio de confianza, prohibición de regreso, esto último muy discutido), o puede tratarse de una casualidad (casum sentit dominus)” en: Günther Jakobs. “Dolus malus”. InDret. Barcelona. 2009.

Roxin: “De acuerdo con esta teoría, el injusto típico no es un suceso causal o final, sino la realización de un riesgo no permitido dentro del ámbito (es decir, del fin de protección) del tipo respectivo.” En: ROXIN, Claus. “Política criminal y sistema del derecho penal”. Traducción e introducción de Francisco Muñoz Conde. 2da edición: Hammurabi. Buenos Aires. 2002. pg. 8.

⁸⁷ JAKOBS, Günther. “La Imputación Objetiva en el Derecho Penal”. Ad-Hoc. Primera reimpresión. Argentina. 1997. pgs. 43 y ss.

⁸⁸ La intensidad comunicativa se desprende del total de pruebas actuadas en juicio (Constantes forenses y Datos variables), que determinan el riesgo prohibido jurídicamente relevante, la probabilidad lógica del resultado contrario a la norma jurídico-penal y la capacidad de evitabilidad del agente social en cada caso concreto. Sobre el riesgo y la intensidad comunicativa necesarios para el dolo eventual en: JAKOBS, Günther. “Derecho Penal Parte General Fundamentos y Teoría de la Imputación”. Marcial Pons. Madrid. 1997. pgs. 333-335. Pérez Barberá, Gabriel. “Dolo como reproche. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental”. pgs. 188-200.

⁸⁹ Jakobs utiliza una probabilidad sustentada en la probabilidad de la representación del autor, entiendo que es lo más “saludable”, pero es imposible en la práctica determinar la probabilidad que se plantea el agente social al momento de comunicar. En su manual coloca el ejemplo del “Karateca” y del “portador de VIH”, Vid.: JAKOBS, Günther. “Derecho Penal Parte General Fundamentos y Teoría de la Imputación”. Marcial Pons. Madrid. 1997. pgs. 326-328.

b) Elemento Volitivo del dolo eventual

53 El elemento volitivo discutido y olvidado por las nuevas teorías cognitivas, por su difícil “probanza”, no debe ni puede ser dejado de lado⁹⁰. ¿Es acaso un retroceso a las teorías volitivas “antiguas”? ¿Se observa un distanciamiento de lo novedoso de las corrientes cognitivas “modernas”? o ¿Caemos en el mismo problema teórico-práctico de la “indemostrabilidad” del elemento volitivo? La respuesta es negativa. El elemento volitivo tiene que ser normativizado⁹¹ e imputado, pues es nuestro seguro en la práctica para evitar la peligrosa responsabilidad objetiva, la cual en puridad de verdad las nuevas teorías cognitivas aduciendo modernidad procesal y penal, evitan mencionar o por lo menos hacer el intento de imputar el elemento volitivo.

54 Ahora bien, el elemento volitivo se desprende del cumulo de datos reales y comprobados⁹² (constantes forenses) los cuales sustentan la contrariedad hacia la norma jurídico-penal⁹³, del riesgo generado por el agente⁹⁴, de la irracionalidad de los presupuestos alegados por el agente social-imputado y/o su defensa y así como también de la evitabilidad privilegiada del agente social. Todo esto sirve para que luego de comunicar contrariedad hacia la norma jurídico-penal el agente social-imputado no alegue rectitud en su actuar (TEST). Esta valoración parte en primer lugar del elemento cognitivo, el cual a su vez está

⁹⁰ Vid.: ROXIN, Claus. “La teoría del delito en la discusión actual”. Trad. de Manual A. Abanto Vásquez. Grijley. Lima. 2007. pg. 172. RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. “Consideraciones Sobre La Prueba Del Dolo”. REJ – Revista de Estudios de la Justicia – N° 4 – Año 2004. Facultad de Derecho Universidad de Chile. 2002. pg. 13.

⁹¹ ROXIN, Claus. “La teoría del delito en la discusión actual”. Trad. de Manual A. Abanto Vásquez. Grijley. Lima 2007. pg. 173.

⁹² JAKOBS, Günther. “Derecho Penal Parte General Fundamentos y Teoría de la Imputación”. Marcial Pons. Madrid. 1997. pg. 317.

⁹³ “(...) la validez fáctica de la norma sólo se ve menoscabada cuando el autor se arroga una organización que no le está asignada” en: JAKOBS, Günther. “Derecho Penal Parte General Fundamentos y Teoría de la Imputación”. Marcial Pons. Madrid. 1997. pg. 58.

⁹⁴ El riesgo relevante y la intensidad de la comunicación de este riesgo se determina mediante un juicio jurídico y no individual. Es el juez quien determina lo socialmente relevante. Vid.: JAKOBS, Günther. “Derecho Penal Parte General Fundamentos y teoría de la imputación”. Marcial Pons. Madrid. 1997. pgs. 333-334.

basado en la Teoría de la Imputación Objetiva⁹⁵ ⁹⁶ del tipo, siendo así una cadena infranqueable e irrompible para argumentar el dolo eventual.

⁹⁵ “Por consiguiente, la imputación objetiva del comportamiento es imputación vinculada a la sociedad concreta.” En: JAKOBS, Günther. “La Imputación Objetiva en el Derecho Penal”. Ad-Hoc. Primera reimpresión. Argentina. 1997. pg. 18.

⁹⁶ En la presente tesis intento dilucidar una pequeña parcela de la configuración de un delito (imputación subjetiva del tipo, sea dolo eventual o culpa consciente). En este estadio se asume que ya pasamos el “filtro” de la teoría de la imputación objetiva, pero siempre es bueno resumir la teoría de la imputación objetiva con fines académicos: 1) Imputación objetiva de la conducta: a) Riesgo permitido: En el ámbito de organización que tenemos todos dentro de la sociedad y siendo portadores de un determinado rol, nuestras conductas están limitadas por el riesgo permitido (socialmente adecuado) una vez pasada la muralla del riesgo permitido automáticamente nos hallamos ante una conducta antijurídica en relación al resultado o peligro creado. Hay riesgos permitidos (viajes aéreos con utilidad social, tráfico vehicular, etc.). El riesgo permitido excluye la tipicidad. El riesgo creado por el agente social-sujeto activo debe ser un riesgo típicamente relevante y no debe de estar comprendido dentro del ámbito del riesgo permitido (socialmente adecuado), pues de lo contrario se excluiría la imputación. El riesgo permitido es una causal de exclusión de la imputación objetiva. la sociedad decide que conducta es socialmente aceptada o no. b) Disminución del riesgo: Opera el consentimiento presunto, se da cuando el agente social disminuye el riesgo en medida que el derecho de la “víctima” es dañado en menos proporción modificando el curso causal. Ejemplo: objeto desviado que iba a matar a B y solo causa lesiones. El “sujeto activo” evita la producción de un resultado mayor. Se excluye la Imputación objetiva del tipo. c) Riesgo insignificante: No significación social de la conducta. Al ser irrelevante socialmente, en consecuencia, es irrelevante para el derecho. Ejemplo: el microbusero que retiene al pasajero una cuadra no comete secuestro. Falta de significación social de la conducta. d) Principio de confianza: El sujeto obra confiado en que los demás actuaran dentro de los límites del riesgo, es decir dentro de su rol. Implica una limitación a la previsibilidad. Resulta necesaria una división del trabajo para que los participantes no tengan que controlar todas las posibilidades de influencia ante los constantes contactos anónimos. Ejemplo: el conductor, dentro de su rol, conduce un vehículo observa la señalización del semáforo en rojo y confía que los demás también acataran las normas preestablecidas. El agente social obra confiado en que los demás actuaran dentro del riesgo permitido. e) Prohibición de regreso: (Jakobs enfatiza la utilización de esta figura para determinar la intervención delictiva de cada agente social que participa en un ilícito) Conducta que de modo estereotipado es inocua, cotidiana, neutral o banal y no constituye participación en el delito de un tercero; ejemplo: chofer actúa dentro de su rol, cumple las expectativas normativas y no expande su ámbito de organización transportando una carga sin saber que contenía droga (para una parte de la doctrina no interesa el conocimiento, sino únicamente el ejercicio correcto del rol). f) Imputación a la víctima: Autopuesta en peligro de la víctima. La misma víctima realiza una conducta con riesgo no permitido y se pone en peligro. La creación del riesgo recae sobre la víctima. 2) Imputación objetiva del resultado: a) Relación del riesgo: Ejemplo: A dispara a B, quien es llevado al hospital. Luego, este se incendia y B muere. No hay relación con el riesgo primigenio. b) Nexos causales desviados: Ejemplo: La conducta esta preestablecida para causar la muerte del agente por ahogo, pero muere antes al chocar contra las piedras. El nexo causal se “desvía”, pero igual el riesgo generado y el dolo están presentes. c) Interrupción del nexo causal: Rompe la causalidad natural. El agente A dispara a B luego viene C y mata a B, interrumpe la causalidad natural. d) Resultados producidos a largo plazo: Daño permanente, daño sobreviniente y resultado tardío (sida). e) Fin de protección de la norma penal: Ejemplo: Noticia mala y muere de la

55 Es voluntad encubierta la que se alega en el presente trabajo (indiferencia psicológica-normativa). El mencionado tipo de voluntad se desprende de la comunicación del agente social-imputado en un momento histórico determinado, luego de la confrontación entre las constantes forenses (hechos probados en juicio) y las alegaciones del agente social-imputado y/o su defensa. En este punto: a) Si las alegaciones se coinciden con la intensidad de los hechos probados en juicio no existirá elemento volitivo. b) Si las declaraciones del imputado y/o su defensa no coinciden con las constantes forenses, por mostrar indiferencia psicológica-normativa⁹⁷ hacia la configuración de la sociedad, emerge a la luz el elemento volitivo del dolo eventual (mayor claridad en el TEST).

Hay que tener muy en claro que las meras creencias o confianzas no sustentadas en bases epistemológicas⁹⁸ coherentes con lo racional son desechadas de por sí para la imputación del dolo eventual. Nos referimos a la clásica postura del agente social-procesado, el cual por derecho a defensa se le permite no autoincriminarse o el famoso “derecho a mentir”, tan cuestionado, manifestando “que creía o confiaba que el resultado no podría sobrevenir a su conducta o que él no tenía la voluntad de realizar el tipo”.

Se arriba a la conclusión que el único elemento psicológico-normativo del elemento volitivo del dolo eventual, normativizado y valorado socialmente que puede ser imputado en la práctica es la indiferencia psicológica-normativa. Esta se desprende de la intensidad comunicativa de los actores del agente social-imputado.

impresión. La norma no sanciona lo imprevisible y menos si no existe dolo o culpa. f) Imputación del resultado en el ámbito de responsabilidad por el producto.

Algunos autores señalan dentro de la teoría de la imputación objetiva las siguientes figuras: A) Obrar por disposición de la ley. B) Ejercicio de un deber o ejercicio de profesión. C) Consentimiento (Jakobs ubica al consentimiento dentro de la imputación a la víctima). Fuentes: JAKOBS, Günther. “La Imputación Objetiva en el Derecho Penal”. Ad-Hoc. Primera reimpresión. Argentina. 1997. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. “Derecho Penal Parte General”. Grijley. Lima. 2007. pgs. 321-339.

⁹⁷ La Indiferencia es el único elemento psicológico-normativo que forma parte del elemento volitivo del dolo eventual en nuestra Teoría Única Global de la Imputación del Dolo Eventual y la Culpa Consciente.

⁹⁸ La epistemología estudia el conocimiento en general, pero para otras concepciones epistemología se restringe a uno de los tipos de conocimiento: el científico. PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. “El dolo eventual”. Hammurabi. Buenos Aires. 2010. pgs. 755 y ss.

56 Un ejemplo simple (ejemplo desde la perspectiva del observador omnipresente-omnisciente⁹⁹. Los agentes sociales-jueces no poseen esta facultad para juzgar): (EJEMPLO 1) el agente social A, que no tiene licencia de conducir, se encuentra bebiendo y apuesta con B que puede cruzar una avenida principal, con su automóvil, pasando cinco semáforos en rojo¹⁰⁰. Al segundo semáforo atropella y mata a C.

57 Observamos todos los datos relevantes para determinar la actitud del agente social que comunica contrariedad a la norma jurídico penal “no matar”, la irracionalidad de su creencia (que no iba a matar a nadie), el elevado riesgo prohibido y la capacidad de evitar el resultado desde un punto de vista objetivo privilegiado por parte del agente.

En base a la irracionalidad de su conducta y el riesgo creado, se desprende el elemento volitivo “escondido” en la conducta. A primera vista es una simple apuesta o culpa consciente, pero para la Teoría Única Global de la Imputación del Dolo Eventual y la Culpa Consciente, la cual aquí se sostiene, existe nítido dolo eventual con el elemento cognitivo y volitivo. Nos alejamos de las teorías del consentimiento que necesitan el elemento volitivo como un “querer” (elemento psicológico puro) de una manera primordial casi rosando el dolo de primer grado o el de consecuencias necesarias. Aquí, el agente social demuestra indiferencia psicológica-normativa¹⁰¹, que es el único elemento fundamental del elemento

⁹⁹ En el caso del dolo eventual los ejemplos de la doctrina tienen un “talón de Aquiles”, y es que todos o casi todos están redactados con los datos mentales puntuales del agente social-autor del delito. Con este déficit se rompe la unión teórico-práctico de los ejemplos. Al revisar los manuales de parte general nos encontramos con ejemplos en donde nos señalan todos los pormenores del hecho y se suman los datos mentales. Los mencionados ejemplos paradigmáticos de la dogmática penal varían en resultado si se cambia el dato mental del agente social-autor. Cuando el caso llega al proceso penal no llega con estos datos. El juez tiene que imputar el dato mental con fundamento en las constantes forenses, no existe otra forma. Por ello, en el presente trabajo se intenta ejemplificar cada caso en base al observador omnipresente-omnisciente, para luego ejemplificar la verdadera forma como llega el caso a los tribunales y así unir teoría y práctica.

¹⁰⁰ JAKOBS, Günther. “Derecho Penal Parte General Fundamentos y Teoría de la Imputación”. Marcial Pons. Madrid. 1997. pg. 335

¹⁰¹ La indiferencia psicológica-normativa que se sostiene como el elemento central del elemento volitivo del dolo eventual (el único estado mental psicológico-normativo que puede ser imputado en el caso del dolo eventual, en su elemento volitivo), va de la mano al principio de Solidaridad. Este principio nos enarbola como miembros de la sociedad, nos sitúa en la proyección de bienestar común con los demás miembros de la sociedad y a prestar socorro en algunos casos. En nuestro ordenamiento jurídico penal el delito de omisión de socorro (Art. 127 Código Penal de 1991) es una clara muestra del principio de solidaridad (consideraciones ético-sociales) que se busca alcanzar en nuestra sociedad. El principio de solidaridad está presente en todo el ordenamiento jurídico-penal.

volitivo del dolo eventual. La indiferencia psicológica-normativa es el desprecio por las esferas jurídicas ajenas y a la sociedad en general. Esta indiferencia es el único elemento psicológico-normativo-social que el juez puede imputar en la práctica en el caso del dolo eventual.

Al agente social-autor, desde un punto privilegiado, le era previsible evitar esa conducta, porque él tenía el deber de no elevar el riesgo. Sin embargo, lo elevó hasta “convertirlo” en un riesgo jurídicamente desaprobado. No importan las alegaciones del agente social imputado y/o su defensa sobre el desconocimiento o las representaciones al momento de comunicar, ya que éstas no coinciden con la gravedad de su comunicación.

2) Visualización de los elementos de la culpa consciente

Introducción

58 La culpa como inicialmente se denominó a esta figura, y como está nombrada en nuestro actual código penal¹⁰², pasó por varios estadios en la teoría del delito¹⁰³. En su momento, el sistema causalista¹⁰⁴ la ubicaba al igual que el dolo en el análisis de la

Vid.: JAKOBS, Günther. “Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal”. Trad. de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez. Civitas. Madrid. 2003. pg. 133 y 159. JAKOBS, Günther. “Derecho Penal Parte General Fundamentos y Teoría de la Imputación”. Marcial Pons. Madrid. 1997. pgs. 481- 483.

¹⁰² En el código penal vigente se usa la terminología dolo y culpa para definir el elemento subjetivo del tipo: “Artículo 11.- Son delitos y faltas las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la ley.” A diferencia del proyecto de ley del nuevo código penal-2014: “artículo 20. Infracciones punibles 1. Son delitos y faltas las acciones u omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley. (...)”. Mientras tanto... nos acogemos al tenor literal del texto actual.

¹⁰³ Los sistemas penales se sostienen en estructuras lógicas, y su fundamento es filosófico-normativo-social, que sirven para determinar que conductas contravienen a la sociedad y así dialécticamente contrariarlas con la pena, de esa forma estabilizar la configuración social.

¹⁰⁴ El causalismo: 1) Acción: el movimiento corporal, relación entre acción y resultado con fundamento en la teoría de la equivalencia de condiciones. 2) Tipicidad: principio de legalidad y que la acción encaje en la descripción de un suceso especificado en el tipo. 3) Antijuricidad: es un juicio valorativo-objetivo-formal. 4) Culpabilidad: relación psicológica, se ubican en este estadio el dolo y la culpa. Para revisar los detalles del mencionado sistema y su evolución al sistema causalista valorativo Vid.: VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. “Derecho Penal Parte General”. Grijley. Lima. 2007. pgs. 234-241.

culpabilidad¹⁰⁵. En el sistema finalista¹⁰⁶ se determina su posición correcta dentro del elemento subjetivo del tipo. Debido a la vida moderna y cada vez mayor tecnificación del tráfico, los delitos culposos son ahora en la sociedad un parámetro fundamental.

¹⁰⁵ Culpabilidad en Jakobs: Los agentes sociales dentro del tráfico en los contactos sociales deben de guiar su ámbito de organización acorde al derecho, es decir, ser fieles al derecho. A un agente social perfectamente motivable le es exigible una conducta determinada. Cuando el agente social decide serle infiel al derecho e ir contra la norma jurídico-penal, este déficit de fidelidad, debe ser castigado para estabilizar la norma y así estabilizar el ordenamiento jurídico y la confianza en el ordenamiento para los miembros de una sociedad determinada. Fines preventivos generales positivos. Vid.: JAKOBS, Günther. "Derecho Penal Parte General Fundamentos y Teoría de la Imputación". Marcial Pons. Madrid. 1997. pgs. 566-586.

Culpabilidad en Roxin: un agente social es responsable cuando es asequible a la norma y tiene capacidad de autocontrol; por tanto debió conducirse acorde a ella. Al incumplir la norma merece una sanción en base a la culpabilidad y a la necesidad preventiva de pena; para más detalles Vid.: ROXIN, Claus. "Derecho Penal Parte general. Tomo I Fundamentos. La Estructura De La Teoría Del Delito". Civitas, S. A. Madrid. 1997. pgs. 791-794.

Concepto de Culpabilidad Villavicencio Terreros: "...culpabilidad es imputar responsabilidad por un injusto a un individuo en base a la exigibilidad en un ámbito comunicativo, en atención a condicionamientos reconocibles, en una determinada práctica social." en: VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. "Derecho Penal Parte General". Grijley. Lima. 2007. pg. 565.

Culpabilidad en el finalismo: Reproche que se le hace al autor por su acción u omisión con capacidad de culpabilidad, conocimiento de la Antijuricidad, sin mediar ninguna causa que disminuya su comprensión de los hechos, etc.; para observar el funcionamiento de la culpabilidad en el sistema finalista en: WELZEL, Hans. "Derecho Penal Parte General". Trad. de Conrado A. Finzi. Depalma. Buenos Aires, 1956. pgs. 147-154.

Culpabilidad en el causalismo: relación psicológica, se ubican en este estadio el dolo y la culpa. Para revisar los detalles del mencionado sistema y su evolución al sistema causalista valorativo Vid.: VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. "Derecho Penal Parte General". Grijley. Lima 2007. pgs. 234-241.

¹⁰⁶ El sistema finalista: 1) Acción: la acción no es causal es final. WELZEL, Hans. "Derecho Penal Parte General". Trad. de Conrado A. Finzi. Depalma. Buenos Aires, 1956 pg. 14. 2) Tipicidad: uno de los avances más importantes del sistema finalista es la ubicación de los elementos objetivos y subjetivos en el estadio del análisis de la tipicidad, sustrayéndolos de la culpabilidad; como hacían los causalistas. Dolo y culpa se encuentran en el segundo escalón (Tipicidad) de la construcción del ilícito penal. Sin dejar de lado la finalidad. WELZEL, Hans. "Derecho Penal Parte General". Trad. de Conrado A. Finzi. Depalma. Buenos Aires. 1956. pg. 73. 3) Antijuricidad: algunas causas de justificación: "a) La necesidad: defensa legítima; estado de necesidad jurídico-civil, estado de necesidad supra-legal. b) Situaciones que exigen el empleo inmediato de fuerza: auto-ayuda; detención provisional. c) El consentimiento del lesionado." WELZEL, Hans. "Derecho Penal Parte General". Trad. de Conrado A. Finzi. Depalma. Buenos Aires. 1956. pg. 90. 4) Culpabilidad: en este fragmento del delito se ubica el reproche al agente por no actuar como debía de actuar, pudiendo actuar de otra manera con conocimiento de la antijuricidad, con una resolución voluntaria hacia un fin y sin mediar impedimentos. WELZEL, Hans. "Derecho Penal Parte General". Trad. de Conrado A. Finzi. Depalma. Buenos Aires. 1956. pgs. 147-154.

59 La culpa inconsciente¹⁰⁷ no genera conflicto, ya que la ausencia de visualización del riesgo por parte del agente social-autor nos demuestra un error que no requiere mayor análisis en el presente trabajo. Ejemplo: el agente-social A al salir de casa olvidó revisar los frenos. En un cruce peatonal intenta frenar; sin embargo, los frenos no desempeñan su función y, en consecuencia, mata al transeúnte B que cruzaba con total normalidad la avenida. El agente social-autor crea un riesgo jurídicamente desaprobado al no revisar los frenos (él no “visualiza” el riesgo pero incumple su deber) y comunica contrariedad a la norma jurídico penal, pero su grado de intensidad comunicativa es pequeñísima y su previsibilidad¹⁰⁸ casi nula.

60 En contraposición, en la culpa consciente¹⁰⁹ nos ubicamos en el momento situacional en que el agente social tiene una representación errónea¹¹⁰ del riesgo —esta representación psicológica-normativa es imputada—. En ese contexto, sus confianzas, creencias o representaciones erróneas son aceptadas (imputadas) por coincidir con la mínima intensidad comunicativa, el minúsculo riesgo creado, la baja probabilidad lógica que el hecho normativo pudiera suceder en la realidad (pero sucede) y la previsibilidad disminuida. Todo esto se resuelve luego de la valoración de las constantes forenses y la “confrontación” de estas con las alegaciones del imputado y/o su defensa. Las alegaciones del agente social-autor armonizan con la realidad forense. El juez, en el caso de la culpa consciente, al contrastar las alegaciones del agente-social-imputado y los datos forenses, debe asumir la postura que el error existe y, conjuntamente, que no se puede imputar elemento volitivo alguno (TEST).

¹⁰⁷ JAKOBS, Günther. “Derecho Penal Parte General Fundamentos y Teoría de la Imputación”. Marcial Pons. Madrid. 1997. pgs. 380-382.

¹⁰⁸ “La decisión acerca de lo que en tal situación es aún dolo y lo que es ya imprudencia debe adaptarse en consideración al fin de separación entre dolo e imprudencia, es decir, en consideración a la distinción entre la causación del resultado más fácilmente evitable y aquella otra evitable con más dificultad” en: JAKOBS, Günther. “Derecho Penal Parte General Fundamentos y Teoría de la Imputación”. Marcial Pons. Madrid 1997. pg. 325.

¹⁰⁹ “Los hechos imprudentes afectan la validez de la norma menos que los hechos dolosos, ya que la imprudencia pone de manifiesto la incompetencia del autor para el manejo de sus propios asuntos.”; en: JAKOBS, Günther. “Derecho Penal Parte General Fundamentos y Teoría de la Imputación”. Marcial Pons. Madrid 1997. pg. 312.

¹¹⁰ JAKOBS, Günther. “Derecho Penal Parte General Fundamentos y teoría de la imputación”. Marcial Pons. Madrid. 1997. pg. 313.

61 Ejemplo (observador omnipresente-omnisciente): (EJEMPLO A) el agente social A es un ingeniero que fue contratado para construir un puente. Él no realiza todas las medidas de seguridad contra un terremoto de intensidad de cinco grados, porque leyó e investigó que en esa zona nunca, a lo largo de la historia, ocurrió un sismo de tal magnitud y que no cabe la posibilidad que suceda, ya que no se encontraban en la línea de fuego y no había registros sobre algún movimiento de tal magnitud en toda la historia de dicha ciudad. Entonces, construye el puente sin las medidas correspondientes. El terremoto sucede y el puente cae, muriendo cientos de personas.

La representación del agente social-autor es racional pero desacertada, ya que ocurre el movimiento telúrico de cinco grados, el puente cae y otros agentes sociales mueren. Los agentes sociales tienen el deber de seguir las reglas que reconfiguran el mundo natural. Se observa que el riesgo elevado era mínimo, que la probabilidad lógica que el terremoto sobreviniera era pequeña, la intensidad comunicativa era mínima y el grado de previsibilidad era reducido. Entonces, las creencias, confianzas y representaciones erróneas son aceptadas porque se condicen con los datos forenses por ser epistemológicamente racionales. En consecuencia, se imputa el elemento subjetivo-culpa consciente. Un hecho normativo erróneo tiene que ser sancionado puesto que los agentes sociales no pueden vivir en la sociedad en base a sus creencias irracionales.

62 Otro ejemplo de culpa consciente (observador omnisciente-omnipresente): (EJEMPLO B) el agente social médico cirujano A durante la operación al paciente B observa que el bisturí no cuenta con el filo adecuado para realizar la operación, pero asume que no puede pasar nada, porque ya había operado muchas veces así y asume que igual era posible ejecutar la incisión de manera apropiada con un esfuerzo añadido e intrascendente. Inicia la operación y a la mitad de ésta, por la fuerza extra que tiene que realizar, el médico, para poder cortar, hace un corte “malo” que genera la muerte del paciente B.

Analizamos que la representación psicológica-normativa era correcta (imputada luego del TEST), un mínimo desajuste no podía devenir en trágico. Se generó un riesgo mínimo y

la probabilidad lógica que el hecho normativo sucediera era mínima. Además el agente social-autor (el médico A) debió suspender la acción o prever lo que podía suceder, pero al ver la mínima entidad del riesgo continuó y es aquí donde su análisis o representación se contradice con la realidad (error). El output lesivo es imputable a título de culpa consciente, su confianza o creencia fue racional pero no coincidió con la realidad¹¹¹.

63 Imaginemos los dos casos de forma objetiva: en el caso del ingeniero supra, “llega” al juez el dato del incumplimiento de las reglas de construcción, las secuelas del sismo en la construcción, los daños y muertes ocasionadas por el derrumbe (todas pruebas corroboradas y actuadas en juicio). Posteriormente en la declaración del ingeniero, el agente social-abogado defensor con el agente social-imputado explican: que él visualizo el riesgo pero confió en la imposibilidad que el hecho normativo suceda, ya que era extremadamente remoto que acontezca el sismo. La declaración armoniza con las constantes forenses, con lo cual el juez imputa la representación errónea del riesgo y niega el elemento volitivo del dolo eventual.

Distinto sería el caso si se llega a demostrar que el agente-social arquitecto (EJEMPLO 2) había comprado material de ínfima resistencia con dolo de hurto, que el lugar de la construcción del puente resultase ser una zona sísmica y aun así se construyó el puente con materiales endebles y peligrosos, etc., estos datos extras elevan la intensidad de la comunicación, considerando esta información adicional estaríamos ante un caso común de dolo eventual.

El caso del médico es igual. Al juez le “llegan” los datos y la representación del médico; los cuales se condicen con los datos forenses. Pero si a ello le sumamos datos extras como por ejemplo: (EJEMPLO 3) que el médico estaba ebrio o no era cirujano, automáticamente estaríamos ante una figura de dolo eventual por la elevada comunicación y previsibilidad

¹¹¹ KELSEN, Hans. “La Teoría Pura del Derecho. Introducción a la Problemática Científica del Derecho”. Trad. de Jorge G. Tejerían. Tribuna Abierta. Perú. 2011. pg. 19.

privilegiada¹¹². La probabilidad lógica que el hecho normativo suceda aumenta, en ese caso se imputaría el elemento subjetivo-dolo eventual.

a) La Cognoscibilidad¹¹³ en la culpa consciente

64 Desde un punto objetivo el juez debe de imputar partiendo de la hipótesis que se desprende del Test si el agente pudo conocer (elemento psicológico-normativo) que su comunicación era errónea (visualización errónea del riesgo jurídicamente desaprobado), atendiendo a elementos racionales y comportamientos normales de todos en la sociedad. Este elemento de la culpa consciente se sustenta en una visualización del riesgo prohibido, sin embargo errónea.

El agente debió reparar que el riesgo que el observó, por minúsculo que fuera, significaba una probabilidad lógica que el hecho normativo sucediera, sin embargo igual comunica confiado (psicológico-normativamente e imputado luego del TEST) que no sucedería nada trágico. Además él pudo evitar¹¹⁴ tanto el riesgo como el output lesivo.

65 El juez imputa la representación errónea, siempre que exista concordancia con los datos forenses. En este punto se aceptan o no las falsas creencias, creencias irracionales y las falsas confianzas; claro está observados desde un punto objetivo¹¹⁵.

¹¹² Vid. la sentencia del 18/08/2005 del Cuarto Juzgado Penal, caso Max Álvarez Miranda homicidio de Carla Fabiana Badaraco.

¹¹³ JAKOBS, Günther. "Derecho Penal Parte General Fundamentos y Teoría de la Imputación". Marcial Pons. Madrid. 1997. pg. 313. ROXIN, Claus. "Derecho Penal Parte general. Tomo I Fundamentos de la Estructura de la Teoría del Delito". Civitas S. A. Madrid. 1997. pgs. 1021-1030. CORCOY BIDASÓLO, Mirentxu. "El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado." PPU Barcelona. 1999. pgs. 236 y 249. RODRÍGUEZ DELGADO, Julio. "El Tipo Imprudente Una Visión Funcional Desde El Derecho Penal Peruano". Grijley Lima. 2007. pgs. 185-188.

¹¹⁴ "...con ello no se hace referencia solamente a que la evitabilidad subjetiva de un curso dañino determina la imputación (...) sino a que la evitación debe ser también objetivamente tarea de la persona, si es que ésta ha de responder penalmente." En: JAKOBS, Günther. "La imputación penal de la acción y de la omisión". Trad. de Javier Sánchez-Vera Gómez – Trelles. Universidad Externado de Colombia. Colombia. 1996. pg. 43.

¹¹⁵ Al respecto Puppe señala: "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" en: PUPPE, Ingerborg.

66 Debemos tener muy en claro que la cognoscibilidad, acá redefinida, del agente social-autor difiere de la indiferencia psicológica-normativa, ya que la indiferencia psicológica-normativa la ubicamos dentro del dolo eventual¹¹⁶. También, la cognoscibilidad que debe tener el agente escapa al error de tipo invencible¹¹⁷. El juez acepta las declaraciones del agente-social-autor y/o su defensa, que señalan error, creencias o confianzas epistemológicamente valederas.

b) La Previsibilidad Atenuada en la culpa consciente

67 Para iniciar la conceptualización de esta figura es necesario tener en claro que el término previsibilidad usado en la culpa consciente, que vamos a utilizar, es la conocida como previsibilidad objetiva-individual¹¹⁸. La previsibilidad es uno de los elementos en común con el dolo eventual; pero prever no es lo mismo en el dolo que en la culpa (varía la intensidad).

La previsibilidad como deber¹¹⁹ está presente en todos los tipos penales dolosos o culposos. Resulta ser el deber de todo agente social el organizarse con las medidas

“La distinción entre el dolo e imprudencia”. Trad. de Marcelo Sancinetti. Hamurabi. Buenos Aires, 2010. pg. 89.

Del mismo parecer Barberá en: PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. “El Concepto De Dolo En El Derecho Penal Hacia Un Abandono Definitivo De La Idea De Dolo Como Estado Mental”. Pensar en Derecho N° 1-2012. pg. 205.

Jakobs indica: “Sin embargo, tampoco en el ámbito de los delitos dolosos es determinante la interpretación que el autor dé a su hecho, sino la interpretación objetiva, orientada con base en el rol...” en: JAKOBS, Günther. “La Imputación Objetiva en el Derecho Penal”. Ad-Hoc. Primera reimpresión: septiembre 1997. Argentina. pg. 22.

¹¹⁶ JAKOBS, Günther. “Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional”. Traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez. Civitas. España 1996. pg. 55-58.

¹¹⁷ ROXIN, Claus. “Derecho Penal Parte general”. Tomo I Fundamentos la Estructura de la Teoría del Delito”. Civitas S. A. Madrid. 1997. pgs. 458-476.

¹¹⁸ Sobre previsibilidad objetiva en: RAGUÉS I VALLÉS, Ramón. “El dolo y su prueba en el proceso penal”. Bosch. Barcelona. 1999. pgs. 369 y ss. JAKOBS, Günther. “Derecho Penal Parte General Fundamentos y Teoría de la Imputación”. Marcial Pons. Madrid, 1997. pgs. 385-389.

¹¹⁹ A manera de apoyo académico los deberes: A.- Los deberes en virtud de la responsabilidad por organización: 1.- Los deberes de aseguramiento, relación con injerencia: por elevar el riesgo

correspondientes y en base a sus capacidades¹²⁰ a fin de no acometer en esferas jurídicas ajenas¹²¹; observadas por el impartidor de justicia en cada caso concreto.

La previsibilidad es atenuada en el caso de la culpa consciente, dicha previsibilidad atenuada se desprende de los datos reales epistemológicamente comprobados (constantes forenses). La previsibilidad de la culpa consciente, según la hipótesis que se desprenda del TEST, debe de ser atenuada porque el agente se representó un mundo paralelo o aceptable en términos racionales, sin embargo la naturaleza da un vuelco de ciento ochenta grados y le demuestra, a dicho agente, que por muy minúsculo que hubiera parecido el riesgo en su representación del hecho normativo, esta resultó ser errónea y el hecho relevante para el derecho sucede.

68 Ejemplo (siempre desde el punto de vista del observador omnisciente-omnipresente): (EJEMPLO C) el agente A sale de su casa y va al mecánico, el mecánico le comunica: que tiene que arreglar los frenos, ya que pueden fallar si va muy rápido. Entonces, el agente social-chofer se plantea que él va a ir muy despacio y nada sucederá, pero algo sucede. En un cruce los frenos no responden y como consecuencia una niña es embestida por el vehículo y fallece. Su representación era “buena”, los datos del caso concreto nos dicen que la probabilidad lógica que el hecho normativo suceda era mínima, pero sucedió; su representación del mundo fue errónea y tiene que pagar por su falta al mundo social.

Ahora vayamos a redefinir el dolo eventual y la culpa consciente:

permitido, si está dentro del riesgo permitido no tiene el deber de salvar. 2.- Los deberes de salvación por injerencia: salvar si la organización sale del riesgo permitido, se tiene el deber de salvar por la injerencia. 3.-Asunción de deberes: asume una responsabilidad o un foco de peligro, responde por él. 4.- Los deberes de responsabilidad por organización para impedir autolesión: no se responde si no es garante. Pero por institucional sí, ya que en institucional no sólo es organización sino se le suma deber institucional. B. Deberes institucionales los mismos supra. Para mayor claridad y amplitud Vid.: JAKOBS, Günther. “Derecho Penal Parte General Fundamentos y Teoría de la Imputación”. Marcial Pons. Madrid. 1997. pgs. 940-1009. JAKOBS, Günther. “Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal”. Traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez. Civitas. Madrid 2003. pgs. 61-105.

¹²⁰ JESCHECK, Hans-Heinrich. “Tratado de derecho penal. Parte general.”. Traducción José Luis Manzanares Samaniego. Comares. Granada 1993. pgs. 525-526. LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. “Curso De Derecho Penal Parte General I”. Universitas. Madrid 1999. pg. 503.

¹²¹ JAKOBS, Günther. “La imputación penal de la acción y de la omisión”. traducción de: Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. Universidad Externado de Colombia. Colombia. 1996. pg. 24.

3) Concepto de dolo eventual. Supuestos para casos similares

69 El primer supuesto¹²² engloba casos que se repiten constantemente y encajan dentro del dolo eventual: este primer supuesto nos marca que el agente social-autor que actúa con una clara orientación¹²³ en contra de la norma jurídico-penal en el tráfico, con conocimiento situacional del riesgo e indiferencia psicológica-normativa hacia la configuración de la sociedad (objetivamente nítidos y con sustento epistemológico-racional-normativo) y que, además, dicha orientación genera un output lesivo, en consecuencia el agente social-autor merece y es “acreedor” del castigo mayor: dolo eventual.

Si el agente social decide por la prerrogativa que le da la libertad: 1) Apartarse de la norma jurídico-penal vigente. 2) Demostrar infidelidad hacia la norma jurídico-penal. 3) Esta conducta es considerada, objetivamente, con conocimiento situacional del riesgo epistemológicamente racional e indiferencia psicológica-normativa. 4) La clara orientación en contra de la norma jurídico-penal causa un output lesivo en la realidad. 5) Elevada intensidad comunicativa. Por todo ello, se imputa (TEST) al agente social-autor el elemento subjetivo del tipo-dolo eventual.

70 Todo agente social está obligado a desenvolverse en sociedad respetando su rol¹²⁴, el que le toque “representar”¹²⁵, al salir de su rol e invadir esferas jurídicas ajenas e interrumpir

¹²² El Doctor PÉREZ BARBERÁ utiliza estas divisiones para conceptualizar el dolo, el cual él entiende como un reproche. En esta parte del trabajo se utilizan las divisiones para solucionar la problemática del dolo eventual y la culpa consciente, así encasillar casos con características similares. Ya en mi Tesina Monográfica sustentada el año 2013 en la Universidad de San Martín de Porres-Lima, con la cual obtuve el título de Abogado, utilicé la diferenciación acá redefinida para nuestros intereses dogmáticos; Vid.: PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. “El Concepto De Dolo En El Derecho Penal Hacia Un Abandono Definitivo De La Idea De Dolo Como Estado Mental”. pgs. 188-189.

¹²³ JAKOBS, Günther. “Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal”. Traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez. Civitas. Madrid 2003. pgs. 48,99 y 182.

¹²⁴ Para mayor precisión sobre los roles Vid.: JAKOBS, Günther. “La Imputación Objetiva en el Derecho Penal”. Ad-Hoc. Primera reimpresión. septiembre 1997. Argentina. pgs. 71 y ss.

¹²⁵ JAKOBS, Günther. “Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional”. Traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez. Civitas. España. 1996. pgs. 50-54.

el normal desenvolvimiento de las mismas, dicho agente social merece un castigo. El agente social muestra, no estar de acuerdo con la configuración actual de la sociedad y opta por desconocer de una manera patética el pacto social¹²⁶. Esta conducta resulta consecuente con el acontecer de los sucesos, que devienen en contrarios al ordenamiento jurídico-penal.

El resultado de esta infidelidad, que coincide con la intervención en esferas jurídicas ajenas, necesariamente nos lleva a negar de manera objetiva los argumentos del autor¹²⁷, quien una vez materializados los sucesos señala: “que él está de acuerdo con la regla jurídico-penal”, que él mismo desestabilizó, “que confiaba en que el devenir de la acción no iba a configurar un ilícito penal” o “que él no quería que suceda el resultado”.

71 La epistemología moderna, o ciencia de la investigación o filosofía del conocimiento, es la base para los conocimientos científicos y los conocimientos en general. Nos interesa en este momento el conocimiento situacional objetivo del riesgo que el agente social tenía en el momento preciso de decidirse por comunicar contrariedad a la norma jurídico-penal. Debido a la clara orientación en contra de la norma jurídico-penal, la indiferencia psicológica-normativa se imputa claramente de las constantes forenses; por tal motivo cualquier alegación en contra (datos variables) es desechada (TEST).

¹²⁶ El pacto social (con el que nacemos todos los miembros dentro de una determinada sociedad) genera que “brindemos” algunas libertades en favor de obtener otras. El único que puede sacrificar esas libertades para el bien de la sociedad es el Estado (sin ampliar: las causas de justificación y exculpación permiten este sacrificio de libertades por parte de los mismos miembros de la sociedad; tema muy amplio para abarcarlo en su totalidad en la presente tesis.). El Estado es un conjunto de hombres elegidos por los miembros de la sociedad para actuar de “Leviatán”, cuyo límite es el pacto social (la Constitución). El citado pacto social genera deberes y derechos de ambas partes, de los agentes sociales y del Estado. Vid.: HOBBS, Thomas. “Leviatán: la materia, forma y poder de un estado eclesiástico y civil”. Traducción, prólogo y notas de Carlos Mellizo. Alianza. Madrid-1996.

¹²⁷ El agente social imputado tiene que ser escuchado (Principio de contradicción: artículo 95 del Nuevo Código Procesal Penal) en su declaración, claro está si él quiere declarar. Es parte de su derecho de defensa (derecho de defensa en: artículo 71.4 del Nuevo Código Procesal Penal-2004 y 139.14 de la Constitución Política Del Perú-1993). El agente social imputado tiene la libertad de declarar o no, así como de decir la verdad o no (Convención Americana de Derechos Humanos artículo 8.2.g: “derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable...”). No puede ser coaccionado por ningún mecanismo para obtener su declaración (la verdad se obtiene respetando la dignidad dentro de un Estado Social y Democrático de Derecho; artículos 1 y 44 de nuestra Constitución Política de 1993).

72 Antes de ejemplificar, tenemos que tener muy en cuenta que todos los ejemplos doctrinarios nos dan los presupuestos exactos con una lectura “en la cabeza del delincuente” y contándonos una realidad “inexistente”. La realidad que únicamente puede ser imputada luego del decurso del procedimiento penal¹²⁸. Imagine el lector si pudiésemos contar con estos datos ex ante o el juez pudiera leer la mente del agente social-procesado, así la tarea de impartir justicia sería la más sencilla del mundo y la labor dogmática que intento realizar carecería de sentido. El agente social-procesado no nos va hacer la tarea fácil. Es labor del impartidor de justicia el observar en juicio las actuaciones de las pruebas y posteriormente realizar una valoración apropiada con el fin de recrear la verdad forense¹²⁹.

73 Ejemplo de la clara orientación en contra de la norma jurídico-penal: (EJEMPLO 4) el agente social A está en plena realización de un robo en el banco de la nación, instantes después llega la policía. Sus cómplices demostrando la deslealtad propia de los agentes sociales que se desenvuelven en este “rubro” escapan. El agente social A sale del recinto bancario por la parte trasera y corre hacia la calle adyacente, pero es descubierto por el agente social B que cumple su rol de policía, inmediatamente se realiza una persecución cinematográfica. El agente social A está a punto de ser detenido, ya que siente que las piernas

¹²⁸ El derecho procesal penal es una rama del derecho público que goza de autonomía legislativa, científica y académica. Busca la verdad forense y la correcta aplicación del derecho penal. Su trabajo se sostiene en solucionar conflictos sociales con decisiones correctas en cada caso y así generar paz social. El derecho procesal penal regula: 1) La configuración organizacional de los tribunales penales, el ministerio público y la policía judicial. 2) La correcta aplicación del derecho penal sustantivo. 3) El proceso en su conjunto. Vid.: ASECIO MELLADO, José María. “Introducción al derecho procesal penal”. Tirant lo Blanch. Valencia. 1997. pg. 28. MAIER, Julio B.J. “Derecho Procesal Penal”. Editores del puerto. Buenos Aires. 1996. pgs. 76-78. ROXIN, Claus. “Derecho procesal penal”. Editores del Puerto. Buenos Aires. 2000. pgs. 2 y ss.

¹²⁹ “Este principio de la verdad judicial o forense, aun cuando tiene fundados límites, exige que el caso judicial no debe estar construido sobre datos que no existan y que no debe faltar ninguno de los que sean relevantes, de ahí que las normas jurídicas que regulan la prueba se asientan en la racionalidad de una metodología empírica; por consiguiente, una cuestión de hecho relevante para el caso debe quedar fijada en la convicción judicial o probada cuando es conforme según un criterio empírico.” En: SAN MARTÍN CASTRO, César. “Derecho Procesal Penal”. Grijley. Lima. 2000. pg. 784.

“Frente a la imposibilidad de alcanzar la verdad histórica, el discurso procesal actual se decanta por un concepto formal, forense o procesal de verdad, preferible a un concepto de verdad real que además de proponer un ideal que se reconoce como inalcanzable, contiene una carga ideológica que debe, a toda costa, superarse.” En: REYNA ALFARO, Luis Miguel. “Litigación Oral y técnica de persuasión aplicadas al código procesal penal”. Juristas Editores. Lima. 2010. pg. 34.

se le acalambran por el trájín, entonces, decide disparar. Realiza cinco disparos con su pistola Pietro Beretta de cañón corto, la misma que compró en el mercado negro, apuntando hacia atrás. Él se representa y sabe que puede matar a B con esos cinco disparos, pero con total indiferencia dispara hacia atrás sin dejar de observar su camino de huida. Y uno de los disparos perfora el abdomen del agente social B que muere en el acto. Esta comunicación que viola la expectativa normativa¹³⁰ de “no matar” y ataca el derecho vida se subsume en el primer supuesto¹³¹.

Se observa una clara orientación en contra de la norma jurídico penal (todo el contexto de la comunicación —robo, huida, disparos, etc. — sitúan al agente social-autor en una clara orientación contra la sociedad en general), ya que los conocimientos situacionales del riesgo se sustentan en bases epistemológicas claras. Cinco disparos pueden causar la muerte de un agente social (en este caso al policía), posteriormente entrará a tallar el departamento de criminalística de la policía nacional para determinar, luego de los exámenes científicos (balística, necropsia, etc.), si ese disparo causo la muerte del agente social B. Dichos

¹³⁰ Toda sociedad necesita una configuración que la respalde, el derecho la configura delimitando los derechos y deberes de sus miembros. La norma jurídico-penal genera expectativas normativas destinadas a los agentes sociales. El agente social se desenvuelve con el límite de las expectativas que emanan de las normas que configuran la sociedad. En los contactos sociales, todos los agentes sociales esperan que las conductas de los demás miembros de ésta se desenvuelvan dentro de las normas. En caso de que la conducta de un agente social comunique contrariedad a la norma, dicha norma debe ser estabilizada mediante un castigo (la pena) y así confirmar la vigencia de la norma. Vid.: JAKOBS, Günther. “Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal”. Traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez. Civitas. Madrid. 2003. pgs. 17,20, 49, 50,71 y 72. Al respecto de las expectativas normativas, en otro campo pero similar, Luhmann señala: “El modo de la expectativa queda prefigurado en el sistema jurídico mismo. El sistema se encamina a sí mismo hacia el nivel de la observación de segundo orden... El derecho no se afirma ayudándose de un poderoso apoyo político, para lograr imponerse. Al contrario, el derecho es justamente más derecho cuando se puede esperar que la expectativa normativa se guarde normativamente.” En: NIKLAS LUHMANN. “El derecho de la sociedad”. Herder. México. 2005. pg. 201.

“La expectativa normativa, contra fácticamente, se refuerza, sobre todo, mediante el hecho de que el expectante adquiere el derecho de mantener su expectativa y de sostenerla públicamente, a pesar de la decepción. Así, el reconocimiento de la decepción no decide entonces acerca del destino de la expectativa, y esta predecisión se puede simbolizar como una esfera de sentido particular del valor, del deber ser.” En: LUHMANN, Niklas. “Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general.”. Traducción Silvia Pappé y Brunhilde Erker. CEJA. México. 1998. pg. 294.

¹³¹ Vid. un ejemplo similar en: PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. “El Concepto De Dolo En El Derecho Penal Hacia Un Abandono Definitivo De La Idea De Dolo Como Estado Mental”. Pensar en Derecho N° 1-2012. pg. 189.

conocimientos situacionales del riesgo (imputados) son racionales, es decir el agente social-autor conocía que uno de esos disparos podían dar en el blanco.

Por lo tanto, el elemento cognitivo del dolo eventual (conocimiento situacional del riesgo) y el elemento volitivo “oculto” (la indiferencia psicológica-normativa) son imputados (TEST). El mencionado elemento volitivo se desprende de la intensidad comunicativa, de la posición privilegiada del agente de prever el resultado, la elevación del riesgo permitido y del desecho de las declaraciones del imputado y/o su defensa que alegan rectitud en su actuar.

74 Analicemos este ejemplo con los datos que “llegan” al juez: el agente social-imputado huye luego de intentar robar el banco, dispara cinco veces hacia atrás sin visualizar su objetivo y mata a un policía. En el proceso penal el agente A indica que: “únicamente quiso disparar para ahuyentar al policía”, “que no quería matar a nadie”, “confiaba en que los policías al escuchar el primer disparo no continuarían la persecución”, etc. El impartidor de justicia desecha estos argumentos irracionales y basándose en los datos desprendidos del hecho (constantes forenses) imputa el dolo eventual con sus elementos cognitivos y volitivos. Se visualiza que el hecho era altamente probable que sucediera en la realidad, por tanto el agente social-autor merece una sanción a título de dolo eventual.

75 Hay que tener presente que esta forma es una regla general de cómo actúan los jueces en la realidad judicial. El problema deviene en la cantidad de teorías, criterios, indicadores, etc. que pueden usarse en la práctica; para poder armonizar este desajuste doctrinario-práctico se debe utilizar exclusivamente los planteamientos establecidos en el presente trabajo (Teoría Única Global de la Imputación del Dolo Eventual y la Culpa Consciente).

76 Otro ejemplo para situarnos con claridad en el dolo eventual y en el supuesto de las claras orientaciones contra la norma jurídico-penal (observador omnipresente-omnisciente): (EJEMPLO 5) el agente social A, dueño de una fábrica de aceites para uso alimenticio, mezcla su producto con elementos tóxicos, posteriormente no limpia los recipientes del producto que antes contenían elementos insecticidas (letales para cualquier ser humano); sumado a ello la fábrica trabaja de modo ilegal, tampoco cuenta con certificado de salubridad

necesario, etc. El agente social A (propietario de la fábrica de aceites para uso alimenticio), saca el producto a la venta representándose la posibilidad que esto puede causar la muerte de sus clientes, sin embargo el beneficio económico lo seduce. Finalmente el producto sale al mercado y al ser consumido mueren cincuenta personas¹³².

En el ejemplo nos ubicamos ante una clara orientación en contra de la norma jurídico-penal. La probabilidad lógica de que el hecho sucediera era altísima. No obstante en juicio el agente social-imputado alegue otras representaciones, su comunicación es disvaliosa en extremo y su punto privilegiado de prevenir el resultado lo sitúan como infiel a la norma jurídico-penal, la Constitución Política, el Estado y a la Sociedad.

77 Este primer supuesto orientará al juez (más allá de nuestros conceptos que delimitan los criterios) a imputar de una manera más sencilla el elemento subjetivo del tipo-dolo eventual, cuando la comunicación del agente social nos demuestre claramente orientación en contra de la norma jurídico-penal. Los supuestos nos sirven para asegurar y “sellar” la Teoría Única Global de la Imputación del Dolo Eventual y la Culpa Consciente.

78 Segundo supuesto: se da cuando el agente social-imputado alega en su declaración algún tipo de desconocimiento o ausencia de representación, ambas epistemológicamente irracionales. Por lo tanto, en este segundo supuesto el agente comunica una orientación despótica e indiferente de desprecio a la norma jurídico-penal y a la sociedad en su conjunto.

79 El agente social en su ámbito de organización ocasiona un output lesivo, empero el agente social intenta darle su propio significado, pretende alegar: “que no sabía lo que podría suceder, que todo lo sucedido fue un simple accidente, que no quería cometer el ilícito, que no se imaginó el trágico suceso, que creía que no podría suceder, etc.”. El agente social quiere hacer coincidir una realidad jurídica con una realidad natural, es decir hacer pasar un delito

¹³² Revisar el caso “Colza” sentencia del TS del 23 de marzo de 1992 España, con hechos similares pero no iguales. Análisis del doctor GIMBERNAT al caso “Colza” en: ROXIN, Claus - DÍAZ ARANDA, Enrique- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique- JÄGER, CHRISTIAN. “Problemas fundamentales de política criminal y derecho penal”. Editor: Enrique Díaz Aranda. Universidad Autónoma de México. 2002. pgs. 59-61.

como un simple accidente. Desde el punto de vista social al agente social-imputado no le compete este trabajo, es el derecho quien define lo socialmente relevante para él; diferenciándolo del mundo natural.

Esta arbitrariedad del agente social para conducirse en la sociedad, desestabilizando la configuración social, privilegiando sus caprichos por encima de la norma jurídico-penal y demostrando actuares abusivos, intransigentes e indiferentes hacia los demás miembros de la sociedad, son intensamente contrarios a la norma jurídico-penal.

Desde un punto objetivo, se interpreta que la conducta del agente social comunica desdén por su “prójimo”. Así como en la Biblia se hace referencia a la frase “trata a tu prójimo como a ti mismo”¹³³, esa misma frase en términos jurídicos se entiende de la siguiente forma: condúctete en la sociedad sin intervenir en los derechos ajenos, así, con esa reciprocidad serás tratado por el Estado y si no cumples con conducirte dentro de tu rol, el Estado como el gran Leviatán te “castigará”.

El agente social inicia su organización desestabilizando el sistema social (la norma) en general, sin medir en las consecuencias. Luego de “hacer y deshacer” las normas de la sociedad no puede alegar a su favor entendimiento con la sociedad que él mismo ofendió. Ni siquiera hay un mea culpa y para empeorar las cosas existen contradicciones en sus explicaciones.

¹³³ Mateo 22:39.

Algunos pueden alegar: “pero si existe poena naturalis¹³⁴ ¿para qué más castigo?”, pues por su autoritarismo, desdén por la sociedad, arbitrariedad contraria al Derecho¹³⁵, por querer vivir en un mundo primitivo, por querer hacer su capricho en un mundo civilizado, por ser él quien se puso en peligro a sí mismo y a sus seres queridos, por dañar esferas jurídicas ajenas, por menospreciar el pacto social y por transgredir lo socialmente establecido. Por ser el Caín de la sociedad. Lo que suceda con el agente social infractor (poena naturalis) ya no es materia del derecho penal, esto no quiere decir que deje de ser ajeno a nuestra sociedad, pues él es un agente-social que se “equivocó” y al elegir su satisfacción personal por encima de las normas lo reconocemos como agente-social¹³⁶. El Estado lo abraza con la pena y le susurra al oído: “te reconozco como miembro de la sociedad pero lo que hiciste está “mal” y tienes que “pagar””. Algunos podrían afirmar: “pero dichas conductas son siempre sancionadas como culposas”, he ahí una falencia del sistema judicial (salvo en el caso “Ivo Dutra” y en el caso “Utopía”).

80 Ahora ejemplifiquemos el segundo supuesto para que el lector encaje éste en un caso concreto (observador omnisciente-omnipresente): (EJEMPLO 6) un día normal, común y corriente en la vida del agente social X, él se divierte en una discoteca y toma bebidas

¹³⁴ Jakobs entiende que una comunicación contraria a la configuración de la sociedad con pena natural de por medio es imprudencia, en esa visión el agente social-autor que actúa en su contra disminuyendo algún derecho suyo o de alguien cercano no actuaría con dolo; Vid.: JAKOBS, Günther. “Derecho Penal Parte General Fundamentos y Teoría de la Imputación”. Marcial Pons. Madrid. 1997. pg. 313. JAKOBS, Günther. “Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional”. Traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez. Civitas. España. 1996. pg. 58.

Del mismo modo ROXIN: “Y es que, como el causante del peligro se somete a sí mismo a un riesgo tan grande como al que es puesto en peligro, resulta plausible admitir que, pese a la creación del peligro concreto, él ha confiado en evitar el resultado de lesión”; en: ROXIN, Claus. “La teoría del delito en la discusión actual”. Traducción Manual A. Abanto Vásquez. Grijley. Lima. 2007. pg. 188.

En el presente trabajo se sostiene que la pena natural no puede suplantar a la pena social.

¹³⁵ JAKOBS, Günther. “Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional”. Traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez. Civitas. España, 1996. pg. 70.

¹³⁶ El agente social que contraría una norma jurídico-penal no deja de ser parte de la sociedad, al contrario el derecho penal lo reconoce como persona. Vid.: JAKOBS, Günther. “Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal”. Traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez. Civitas. Madrid. 2003. pg. 55. JAKOBS, Günther. “Sobre la teoría de la pena”. Traducción de Manuel Cancio Meliá. Universidad Externado de Colombia. Colombia 1998. pg. 20.

alcohólicas que lo colocan en un estado de embriaguez pero no de inimputabilidad¹³⁷. Luego de divertirse y beber en la discoteca sale de ella con un grupo de amigos, cuatro en total, el auto es de su padre. Al observar que él estaba mareado los amigos lo increpan para que él no conduzca, pero él se superpone a los reclamos y toma el volante. El agente social X no era un buen conductor, desaprobó el examen de manejo para obtener la licencia de conducir y la misma le fue negada; por ese motivo consiguió una licencia de conducir ilegalmente. Las primeras cuerdas de la vía el agente social X conduce con normalidad, al llegar a una avenida principal cuyo indicador de velocidad máxima es de ciento veinte kilómetros por hora, sin importarle la vida de sus acompañantes, ni su propia integridad y mucho menos la vida de los demás agentes sociales que conducían por la avenida en otros automóviles, acelera su vehículo a ciento sesenta kilómetros por hora y conduce en zigzag para esquivar a los otros vehículos que circulaban en su mismo sentido, hasta que, en una de esas maniobras (él alega que no se representó ningún riesgo, es más en una de sus últimas declaraciones en el proceso alega que si bien pudo existir un peligro, él confiaba en que todo iba a seguir normal sin ningún daño, ya que el siempre hacia eso todos los fines de semana) pierde el control y embiste, a esa velocidad, por detrás, a otro automóvil. Como consecuencia del impacto

¹³⁷ Se aclara que el agente social no está en estado de inimputabilidad. Si el agente bebió hasta un punto en el cual ya no es motivable por la norma, dicha conducta podría suponer una causal de falta de culpabilidad o si el agente llega a este punto de inimputabilidad pero a “consciencia” asumiríamos el actio libera in causa. El actio libera in causa es la irrelevancia de la falta de personalidad jurídica del agente, desde un punto de vista normativo, no importa si el mismo agente social sale de su personalidad jurídica poniéndose en inimputabilidad a sabiendas. Es infiel a la personalidad jurídica, para luego ser infiel no “consciente” de la norma jurídico-penal; se castiga la infidelidad a la personalidad jurídica y a la norma jurídico-penal. Para precisar el Actio libera in causa Vid.: BACIGALUPO, Enrique. “Manual De Derecho Penal”. Temis. Bogotá, 1996. pgs. 161-162. C. NUÑEZ, Ricardo. “Manual De Derecho Penal Parte General”. Marcos Lerner. Córdoba. 1999. pgs. 181-184. WELZEL, Hans. “Derecho Penal Parte General”. Traducción Conrado A. Finzi. Depalma. Buenos Aires. 1956. pg. 167. ROXIN, Claus. “Derecho Penal Parte general. Tomo I Fundamentos. La Estructura De La Teoría Del Delito”. Civitas S. A. Madrid. 1997. pgs. 850- 858. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. “Derecho Penal Parte General”. Grijley. Lima. 2007. pgs. 603-605. JAKOBS, Günther. “Derecho Penal Parte General Fundamentos y Teoría de la Imputación”. Marcial Pons. Madrid. 1997. pgs. 611-615. JAKOBS, Günther. “Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal”. Traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez. Civitas. Madrid. 2003. pgs. 25-27.

mueren dos de sus acompañantes y las dos personas que iban dentro del vehículo embestido¹³⁸.

81 Las alegaciones del agente social-autor: en su primera declaración alega desconocimiento o ausencia de representación, en su última declaración dentro del proceso penal alega que vio el peligro pero confió en que nada iba a suceder; ambas razones dadas por el agente social X son epistemológicamente irracionales.

Debemos enfocarnos en la falta de solidaridad hacia la configuración normativa y con sus congéneres. En los contactos sociales estamos interrelacionados entre todos los miembros de la sociedad por el pacto social, es como un lazo que llevamos desde nuestro nacimiento dentro de una sociedad determinada. En el ejemplo descrito el agente social está negando toda la sociedad, nos está comunicando que las normas que configuran la sociedad le importan un bledo.

No puede alegar ex post que su comunicación fue irrelevante para el derecho, a X no le compete esa determinación. Si bien, él se puso en peligro eso es irrelevante, el Estado tiene que mantener la configuración de la sociedad y repeler este tipo de comunicaciones contrarias al ordenamiento jurídico-penal.

82 Ante la alta probabilidad lógica de que el hecho sucediera, el agente comunicó intensamente contrariedad a la norma jurídico-penal, sus alegatos son epistemológicamente irracionales, la previsibilidad que tenía el agente desde un punto de vista privilegiado eran altas y el alto riesgo jurídicamente desaprobado generado por el agente social, por todo esto

¹³⁸ Vid. casos muy similares, de conductores intoxicados, en la jurisprudencia comparada sentenciados a título de dolo eventual: "Castro, Matías Daniel p.s.a homicidio simple, etc." 09/11/2009 Cámara de acusación de Córdova-Argentina y analizado en: GARCÍA AMUCHASTEGUI, Sebastián Félix. "La delimitación del dolo eventual y la culpa consciente en la jurisprudencia local. Una cuestión de hermenéutica jurídica o de política criminal." Revista IN IURE. Año 3 Vol. 1 Argentina. 2013. pgs. 116-134. Colombia corte suprema de justicia sala de casación penal 25/08/2010 caso del ciudadano Rodolfo Sebastián Sánchez Rincón; analizada en: HUERTAS DÍAZ, Omar. "Dolo eventual en accidentes de tránsito: Reflexión sobre el caso colombiano".

se desprende: que el agente actuó con dolo eventual con sus elementos cognitivo y volitivo imputables por los datos objetivos¹³⁹(TEST).

83 Otro ejemplo (segundo supuesto) para visualizar la imputación del elemento subjetivo del tipo-dolo eventual con sus elementos cognitivos y volitivos propios (observador omnisciente y omnipresente): (EJEMPLO 1-7) unos amigos celebran bebiendo licor el exitoso negocio que habían realizado en la compra y venta de automóviles y acuerdan una apuesta. B, que no tenía licencia de conducir, acepta la apuesta de A. ¿Cuál es la apuesta?, B tiene que conducir el automóvil de A en una avenida principal diez cuadras sin frenar y pasándose los cinco semáforos en rojo que existen en dicha avenida. El agente social B conduce y en el tercer semáforo atropella a una ancianita que cruzaba la avenida; ella muere al instante.

El elemento cognitivo es imputado (TEST), ya que el agente crea un riesgo elevado desaprobado para el derecho¹⁴⁰, el agente pudo prever desde un punto privilegiado el output lesivo, la probabilidad lógica que el resultado se diera era alta y los alegatos: “que él no quería matar a nadie” y que “confiaba que como era domingo no habría nadie en la avenida” son epistemológicamente irracionales, además, contradicen la configuración social; por lo tanto el conocimiento situacional del riesgo es imputado (elemento cognitivo del dolo eventual). El agente social-autor al comunicar su capricho, menosprecio y desdén hacia la norma jurídico-penal muestra total indiferencia psicológica-normativa hacia la configuración social (elemento volitivo del dolo eventual).

¹³⁹ Lo subjetivo por ser inaccesible, se sostiene en constantes forenses y se imputa luego del proceso penal justo al agente social-condenado.

Del mismo parecer Jakobs: “La subjetividad de un ser humano, ya per definitionem, nunca le es accesible a otro de modo directo, sino siempre a través de manifestaciones, es decir de objetivaciones que deben ser interpretadas en el contexto de las demás manifestaciones concurrentes.” en: JAKOBS, Günther. “Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional”. Traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez. Civitas. España. 1996. pgs. 51-52.

¹⁴⁰ JAKOBS, Günther. “Derecho Penal Parte General Fundamentos y Teoría de la Imputación”. Marcial Pons. Madrid. 1997. pg. 359.

84 Hasta acá espero haber saciado al amable lector con una vista panorámica sobre el contenido del dolo eventual y los supuestos que pueden darse en la realidad. En las siguientes líneas se esbozará un concepto (delimitación de criterios), que unido a los contenidos previos y sumándole el TEST solucionan el conflicto del dolo eventual y la culpa consciente en la teoría y en la práctica (Teoría Única Global de la Imputación del Dolo Eventual y la Culpa Consciente).

85 En consecuencia, dolo eventual es: *Dolo eventual es la especial clase de imputación subjetiva del tipo que contiene elementos cognitivo y volitivo, que se imputa al agente-social autor en base a su comunicación contraria a una determinada norma jurídico-penal, en un contexto social determinado. Dicha comunicación demuestra intensa contrariedad hacia la norma jurídico-penal, por mediar ex-ante la alta probabilidad lógica de que el hecho normativo sucediera, además, el agente social-autor desde un punto de vista objetivo y privilegiado debió prever y evitar la contradicción normativa jurídico-penal.*

86 El concepto diseñado nos ayuda a delimitar los criterios de valoración para imputar el elemento subjetivo del tipo-dolo eventual. El impartidor de justicia sólo utilizará los criterios descritos en el concepto, así se zanja la indefinición generada por la teoría ecléctica y la utilización de cualquier otra teoría ajena a la Teoría Única Global de la Imputación del Dolo Eventual y la Culpa Consciente descrita en el presente trabajo.

87 Atomicemos el concepto: como ya mencionamos, supra, el dolo eventual como el dolo en general está dentro del tipo, concisamente en la imputación subjetiva del tipo. En la sociedad nos desenvolvemos en base a parámetros preestablecidos, cuando existe un cambio de la configuración social el derecho reacciona. Cuando el mencionado cambio tiene excesiva relevancia social y se ven afectados derechos importantísimos se activa el derecho penal, que es la “mano dura” del Estado.

88 La expectativa normativa que ha sido quebrada tiene que estar previamente positivizada en un precepto penal (principio de legalidad^{141 142 143}). Posteriormente, cabe determinar si dicha comunicación contraria a la norma jurídico-penal fue un mero hecho fortuito, donde el derecho penal no entra a tallar, o es un hecho normativo cometido por un agente social-competente.

89 El agente-social dentro de su esfera jurídica debe conducir su ámbito de organización cimentado en una consciencia incorporada. Figurativamente: como el ángel en el oído a las normas jurídico-penales y al diablillo en el otro oído que es su capricho. En el caso del dolo

¹⁴¹ Vid.: - CIDH Caso Castillo Petruzzi y otros - Exp. N° 2758-2004 HT/TC. - Exp. N° 2050-2002-AA/TC del 16/06/2003. - Exp. N° 0010-2002-AI/TC, caso Marcelino Tineo Silva y más de 5000 ciudadanos. - EXP. N.° 02022-2008-PHC/TC N° 0012-2006-AI/HC (Caso Colegio de Abogados de Lima, fs. 17-26).

¹⁴² Principio de legalidad: los principios son mandatos de optimización que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, de acuerdo a las posibilidades jurídicas y fácticas que juegan en sentido contrario. El principio de legalidad está consagrado en: Título preliminar código penal Artículo II.- “Principio de Legalidad Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella”. Constitución Política del Perú 2.20 d. “Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley.” Declaración Universal de Derechos Humanos Artículo 11. 1: “Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”. Pacto Internación de Derechos Civiles y Políticos Artículo 15. 1: “Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”. Convención Americana Sobre Derechos Humanos Artículo 9. “Principio de Legalidad y de Retroactividad Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable.”

¹⁴³ Sobre el principio de legalidad en la doctrina penal, Vid.: JAKOBS, Günther. “Derecho Penal Parte General Fundamentos y Teoría de la Imputación”. Marcial Pons. Madrid, 1997. pgs. 78 y ss. ROXIN, Claus. “Derecho Penal Parte general. Tomo I Fundamentos La Estructura De La Teoría Del Delito”. Civitas S. A. Madrid. 1997. pgs. 137-175. MIR PUIG, Santiago. “Función de la Pena y Teoría del Delito en el Estado Social y Democrático de Derecho”. BOSCH Casa S. A. Barcelona 1982. pgs. 20 y ss. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. “Derecho Penal Parte General”. Grijley. Lima. 2007. pgs. 133 y ss. WELZEL, Hans. “Derecho Penal Parte General”. Trad. Conrado A. Finzi. Depalma. Buenos Aires, 1956. pgs. 25 y ss. JESCHECK, Hans-Heinrich. “Tratado de Derecho Penal. Parte general.”. Traducción José Luis Manzanares Samaniego. Comares. Granada. 1993. pgs. 115 y ss. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. “Tratado De Derecho Penal Parte General”. Tomo I. Ediar. Argentina. 1981. pgs. 131 y ss.

eventual el agente social escuchó a su diablillo y no se percató de su ángel, es decir las normas jurídico-penales que iban a ser despreciadas. Luego que comete la “diablura” repite lo que le dijo su ángel al otro oído.

90 La intensidad comunicativa la medimos en base a constantes forenses y alegaciones del agente social-imputado y/o su defensa que son tomados en cuenta para formar la hipótesis (TEST) en cada caso concreto.

91 La probabilidad que usan las antiguas teorías es fundamentalmente la probabilidad que el agente social observó al momento de comunicar, algunas teorías nos hablan de la probabilidad del resultado que el agente social observó en su acción y otras de la probabilidad del riesgo que observó el agente; todas equivocadas de antemano. El estado mental psíquico puro nunca lo sabremos, el juez no puede hacer ese trabajo, no puede entrar a la mente del autor, no tiene una máquina del tiempo para ver que sucedió en el momento exacto y no es omnisciente ni omnipresente. El juez, es un agente-social cumpliendo su rol de juez; nada más. El juez hoy y siempre exclusivamente se dedica a imputar los estados psíquicos-normativos. Ningún juez de la historia pudo saber lo que el delincuente quiso hacer o sabía previo, durante o después de cometer el ilícito, sino que lo imputa con criterios normativos determinados por cada sociedad en cada momento histórico. Con los conceptos trazados delimitamos los criterios que usará el juez y de esa forma protegemos a los justiciables.

Por ello, la probabilidad que se menciona en el concepto de dolo eventual es una probabilidad lógica que el hecho relevante para el derecho penal podría suceder al momento de comunicar y confirmado con el output lesivo. El delito era “altamente probable” que suceda, fundado en leyes de la lógica, que decantan en que era probable lógicamente que el hecho normativo suceda. No resulta de interés conocer la probabilidad que el agente social tuvo en ese momento (inaccesible), sino la probabilidad lógica de que el hecho normativo era altamente probable que sucediera.

92 La previsibilidad que se menciona es una previsibilidad objetivo-individual determinada por el rol¹⁴⁴ que desempeñaba el agente social en cada caso concreto. Con estos fundamentos observaremos la capacidad de evitar del output lesivo y el dominio social de los aconteceres.

93 El dolo eventual no se prueba en la cabeza del agente autor, sino se imputa. Si queremos que estas breves palabras tengan relevancia práctica¹⁴⁵ y no sean una tesis más sobre el dolo eventual debemos aceptar la realidad de las cosas. El concepto acá diseñado supera todas las teorías volitivas y cognitivas, se enmarca en la vanguardia del derecho penal moderno y lo más importante facilita la imputación del elemento subjetivo del tipo-dolo eventual sin caer en la responsabilidad objetiva. Si bien es una teoría volitiva (Teoría Única Global de la Imputación del Dolo Eventual y la Culpa Consciente), es una teoría volitiva moderna y aplicable en la práctica diaria judicial. Con elementos psicológicos-normativos imputables en la práctica.

94 Ejemplo corto para clarificar: (observador omnipresente-omnisciente): (EJEMPLO 8) el agente social-chofer de buses interprovinciales acude a su centro de trabajo en estado de ebriedad. El agente social-gerente de la empresa de transportes observó el estado del agente social-chofer y no le importó. En esas condiciones sale del terminal terrestre, a las dos horas de viaje y a excesiva velocidad se estrella contra otro bus interprovincial que venía en sentido contrario. En el trágico accidente mueren catorce pasajeros, siete por cada unidad de transporte.

Los elementos cognitivo y volitivo se imputan con facilidad, ya que la intensidad comunicativa es alta, la cual se desprende de toda la comunicación contraria a la norma jurídico-penal, el riesgo jurídicamente desaprobado es alto, la previsibilidad objetiva del hecho normativo es privilegiada y los alegatos de ausencia de representación o desconocimiento son epistemológicamente irracionales; por todo esto el conocimiento

¹⁴⁴ JAKOBS, Günther. "La imputación penal de la acción y de la omisión". Traducción de: Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. Universidad Externado de Colombia. Colombia. 1996. pgs. 31-70.

¹⁴⁵ Vid.: RAGUÉS I VALLÉS, Ramón. "Consideraciones Sobre La Prueba Del Dolo". REJ – Revista de Estudios de la Justicia – Nº 4 – Año 2004. Facultad de Derecho Universidad de Chile. 2002. pg. 17.

situacional del riesgo (elemento psíquico-normativo) es nítido (imputado). Luego de desechar los estados mentales argüidos por el agente social imputado y/o su defensa, el elemento volitivo-indiferencia psicológica-normativa que demuestran los agentes sociales responsables de las muertes sale a la luz por mostrar arbitrariedad ante el ordenamiento jurídico-penal y a la sociedad en su conjunto.

4) Concepto de culpa consciente. Existe un sólo supuesto¹⁴⁶

95 Único supuesto: La culpa consciente se presenta cuando el agente social-autor visualiza el riesgo jurídicamente desaprobado (cognoscibilidad psicológica-normativa imputada en la práctica-TEST), pero en el caso de la culpa consciente esa representación es errónea (fallidas representaciones, confianzas, creencias, suposiciones, etc.). Una vez iniciado el proceso comunicativo¹⁴⁷ el agente social-autor responde por su comunicación, ya que su representación (imputada luego del TEST) no se coincide en la realidad y es relevante para el mundo normativo-social.

Si bien se tiene que pagar el coste por ese defecto comunicativo, no se paga con la misma intensidad del dolo eventual sino con cierta levedad, empero mayor que la sanción por culpa inconsciente. Este defecto en la realidad golpea a la norma jurídico-penal y a la vez golpea al agente social-autor que infringe la norma jurídico-penal, ya que él se imaginó en un momento dado que el riesgo que él visualizaba no arribaría a ningún output lesivo; luego todo le fue esquivo. Esta representación errónea, confianza, creencia, etc., del mundo alegada por el agente social-imputado y/o su defensa se imputa únicamente si está de acuerdo a las constantes forenses.

¹⁴⁶ Metodología extraída del trabajo del Doctor Pérez Barberá; Vid.: PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. "El Concepto De Dolo En El Derecho Penal Hacia Un Abandono Definitivo De La Idea De Dolo Como Estado Mental.". Pensar en Derecho N° 1-2012. pgs. 189-190.

¹⁴⁷ "El tipo subjetivo debe concurrir en el momento de emprender la acción ejecutiva. La acción ejecutiva es la realización de aquella acción con la que el autor deja salir de su ámbito de organización el curso causal conducente al resultado, realmente (consumación) o según su representación (tentativa)" en: JAKOBS, Günther. "Derecho Penal Parte General Fundamentos y Teoría de la Imputación". Marcial Pons. Madrid. 1997. pg. 309.

El agente social-autor comunica con su conducta defectuosa que no quería contravenir de una forma voluntaria (elemento psicológico-normativo del dolo eventual) la norma jurídico-penal —es claro que no existe elemento volitivo imputable—, sin embargo al elevar el riesgo prohibido desestabiliza la norma jurídico-penal. El agente social-autor pudo prever dicho apartamiento pero atenuadamente porque desde un punto de vista objetivo su conducta no era demasiado peligrosa, además la probabilidad lógica que el output lesivo ocurra era exigua si se observa la mínima intensidad comunicativa; pero la realidad fue otra.

96 Situémonos en un ejemplo (EJEMPLO D) (observador omnisciente-omnipresente): Carlos pasea por las montañas de los andes peruanos donde existe un majestuoso bosque de eucaliptos y cipreses. Existe en el lugar mucha hojarasca, pero Carlos era un fumador inclemente y decidió encender un cigarrillo. Luego de pasear observa una cabaña cercana donde se encuentran vacacionando muchos turistas, al momento de terminar el cigarrillo observa que la hojarasca es tupida en el suelo del bosque y por un segundo se representa la posibilidad que pueda ocurrir un incendio, mira a todos lados buscando otro lugar donde botar la colilla pero está seguro que no ocurrirá nada, ya que es minúscula la colilla de cigarro se dice: “no creo que esta pequeña colilla degenera en un incendio¹⁴⁸”. —Como se señala en el presente trabajo: una vez que el agente social-autor comunica contrariedad a la norma jurídico-penal tiene que responder¹⁴⁹—. Luego, más tarde, ve en el noticiero que ocurrió un gran incendio en el bosque en donde fallecieron los turistas que estaban en la cabaña aledaña. Su pensamiento fue racional pero defectuoso, porque ocurrió todo lo contrario en la realidad. Entonces, el caso es calificado a título de culpa consciente. Sus confianzas, creencias o representaciones erróneas son imputadas por coincidirse con las constantes forenses.

¹⁴⁸ PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. “El Concepto De Dolo En El Derecho Penal Hacia Un Abandono Definitivo De La Idea De Dolo Como Estado Mental”. pg. 24.

¹⁴⁹ JAKOBS, Günther. “Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal”. Traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez. Civitas. Madrid. 2003. pgs. 101 y ss. JAKOBS, Günther. “Derecho Penal Parte General Fundamentos y Teoría de la Imputación”. Marcial Pons. Madrid. 1997. pgs. 940 y ss.

97 Ahora observemos el ejemplo desde un punto de vista objetivo¹⁵⁰: el dato de la colilla de cigarrillo (mínimo riesgo prohibido) nos “dice” que el agente social-autor no “quería” provocar ese output lesivo y que su accionar fue defectuoso, ya que sus declaraciones (datos variables) coinciden con las constantes forenses. El agente social-autor comunicó contrariedad a la norma jurídico-penal, esta comunicación no fue intensa basándonos en constantes forenses. Es plausible luego de observar la comunicación defectuosa, la baja intensidad de ésta, los datos fácticos (colilla de cigarrillo es un diminuto riesgo jurídicamente relevante), la racionalidad epistemológica de las alegaciones que indican que la colilla de cigarro no podría causar todo lo acaecido y por las bajas probabilidades lógicas existentes que el output lesivo suceda, nos lleva a la conclusión que es un claro caso de culpa consciente. El único supuesto abarca claramente los casos que se ubican dentro de la culpa consciente, delimitando de esa forma su alcance, superando a las demás teorías en el aspecto de delimitar en la teoría y en la práctica la mencionada figura.

98 El concepto de culpa consciente acá rediseñado es: *Culpa consciente es la especial clase de imputación subjetiva del tipo, que se imputa al agente-social autor en base a una determinada comunicación errónea con visualización del riesgo prohibido, en un contexto social determinado. Dicha comunicación demuestra sutilmente contrariedad hacia la norma jurídico-penal, por mediar ex-ante una probabilidad lógica mínima que el hecho normativo sucediera, además, el agente-social autor desde un punto de vista objetivo pero atenuado debió prever y evitar esa contradicción normativa jurídico-penal.*

99 Desmembremos el concepto de culpa consciente: en el ámbito de los contactos sociales existen comunicaciones intensas que denotan que el agente social-autor quiere perennizar su norma por encima de las ya preexistentes acordadas por todos en sociedad (dolo eventual), pero en el caso de la culpa consciente la intensidad comunicativa es mínima, así la culpa consciente es un error comunicativo con visualización errónea del riesgo jurídicamente desaprobado. Todo esto basándonos en constantes forenses y las alegaciones del agente social-imputado y/o su defensa; ambas se amalgaman por ser coherentes.

¹⁵⁰ JAKOBS, Günther. “Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional”. Traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez. Civitas. España. 1996. pg. 67.

El derecho penal sanciona al agente social-autor por el error de su representación, pero tenuemente. A la sociedad en general el Estado le grita a viva voz: sean más prudentes en su ámbito de organización que por sutil que sea su comunicación contraria a derecho (errónea) también tiene “castigo”.

El agente debió prever el resultado, sin embargo dada su defectuosa representación de la realidad (elemento psicológico-normativo imputado en la práctica) ese prever es atenuado en cada caso concreto, es decir, el agente social al comunicar desde un punto defectuoso y basándose en datos que a primeras luces objetivamente eran valederos para él, pero que no se coinciden con la realidad, se imputa que él no tuvo una correcta visualización del riesgo que creó —ni la voluntad— que dirigiera su ámbito de organización.

100 Para concluir el presente apartado, un último ejemplo (perspectiva omnisciente-omnipresente): (EJEMPLO E) el agente social-propietario de una embarcación adecúa su embarcación con las máximas medidas de seguridad, sin embargo omite enviar, el fatídico día, la bomba que succiona el agua que puede salvar al barco de naufragar en el caso de tormentas de grueso calibre. Se representa erróneamente y confía que no va a ocurrir una tormenta, vio el pronóstico del tiempo y nada hacía presagiar una tormenta. Él no viaja. En el transcurso del viaje ocurre una tormenta de grandes magnitudes y por la falta de este mecanismo el barco se hunde y mueren los agentes sociales-tripulantes empleados del propietario.

Se nota claramente que la confianza era acertada, ya que está basada en los datos mínimos de la propensión a tormenta que él antes revisó en el periódico local. Él pudo prever estos acontecimientos¹⁵¹, pero no lo hizo. Estos datos llegan al juez, basados en la irrelevancia de las constantes forenses y la representación errónea valedera (elemento psicológico-normativo)

¹⁵¹ JAKOBS, Günther. “Derecho Penal Parte General Fundamentos y Teoría de la Imputación”. Marcial Pons. Madrid. 1997. pgs. 171 y 173.

del agente social-autor se imputa culpa consciente.¹⁵² Es clara la ausencia de voluntad. Sus confianzas, creencias o representaciones erróneas son imputadas por coincidir con las constantes forenses. Por lo tanto: las alegaciones en juicio del agente social-imputado donde indica: que “visualizó el riesgo pero confió que no podría darse una tormenta de gran magnitud que ocasione el naufragio del barco”, son aceptables y racionales, dicha conducta es calificada a título de culpa consciente.

Subcapítulo II TEST (Test Para Determinar el Elemento Subjetivo del Tipo-Dolo Eventual o Culpa Consciente)¹⁵³

Introducción

101 Rediseñados los elementos, los supuestos y nuestros conceptos de dolo eventual y culpa consciente, ahora es necesario detallar un mecanismo, para aplicarlos en la práctica diaria, al cual denomino: Test Para Determinar El Elemento Subjetivo Del Tipo (Dolo Eventual o Culpa Consciente) (de ahora en adelante TEST o Test es la denominación que se va a utilizar para el mecanismo que nos servirá para imputar el Elemento Subjetivo del Tipo). Se utilizan constantes forenses y se desechan declaraciones epistemológicamente irracionales (dolo eventual). Con el presente mecanismo se cierra la Teoría Única Global de la Imputación del Dolo Eventual y la Culpa Consciente, de esta forma se une teoría y práctica. El Test es un método fehaciente, eficiente y práctico para excluir o admitir: constantes

¹⁵² Existe un caso similar en la jurisprudencia Argentina, con datos particulares obviamente, pero, que a mi entender calza también dentro de la culpa consciente; y así lo determinó el órgano judicial correspondiente: Cámara en lo Criminal 2 (Córdoba-Argentina) En auto interlocutorio 04/03/2004.

¹⁵³ Metodología extraída de: Gabriel Pérez Barberá. “Dolo como reproche Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental”. pgs. 206-210. La metodología es la misma. Los términos, los contenidos y la posición del dolo eventual y la culpa consciente en la teoría del delito son distintos.

forenses y declaraciones del imputado (datos variables). Las constantes forenses¹⁵⁴ no son otra cosa que pruebas indiciarias¹⁵⁵ relevantes actuadas en juicio¹⁵⁶.

¹⁵⁴ PUPPE, Ingeborg. “Comprobar, imputar, valorar: reflexiones semánticas sobre la fundamentación de sentencias penales y la posibilidad de su revisión jurídica”. InDret Barcelona. pg. 14.

¹⁵⁵ RAGUÉS I VALLÈS Ramón. “Consideraciones Sobre La Prueba Del Dolo” REJ – Revista de Estudios de la Justicia – N° 4 – Año 2004. Facultad de Derecho. Universidad de Chile. 2002. pg. 18. Puppe sobre la prueba indiciaria señala: “Existe una diferencia fundamental entre circunstancias con las cuales se fundamenta una afirmación sobre hechos –los así llamados indicios- y afirmaciones fácticas con las cuales se fundamenta la valoración de un hecho. Estas últimas son parte integrante del juicio de valor y, en esa medida, quedan sometidas en tanto que valoración judicial a la revisión jurídica en sede de casación o nulidad. En base al ejemplo del dolo eventual, el “aprobar” o “contar con” del autor con el resultado no puede considerarse un hecho interno, que se comprueba aplicando los criterios desarrollados por la jurisprudencia del BGH en una valoración conjunta. Más bien se trata aquí de un concepto valorativo y, en los criterios del dolo, de las circunstancias a valorar. El “aprobar” o “contar con” el resultado más bien se imputa al autor en base a una consideración y valoración conjunta de todas las circunstancias del caso concreto.” En: PUPPE, Ingeborg. “Comprobar, imputar, valorar: reflexiones semánticas sobre la fundamentación de sentencias penales y la posibilidad de su revisión jurídica” InDret. pg. 1.

El Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116 hace una referencia a la figura dolo eventual y a la prueba indiciaria para el delito de lavado de activos. Es útil, para nosotros, apreciar la formación de la prueba indiciaria y su valoración en nuestro ordenamiento jurídico (fundamento 33): “33°. La prueba sobre el conocimiento del delito fuente y del conjunto de los elementos objetivos del lavado de activos será normalmente la prueba indiciaria —no es habitual, al respecto, la existencia de prueba directa—. En esta clase de actividades delictivas, muy propias de la criminalidad organizada, la prueba indiciaria es idónea y útil para suplir las carencias de la prueba directa. La existencia de los elementos del tipo legal analizado deberá ser inferida —a partir de un razonamiento lógico inductivo, apoyado en reglas de inferencia que permiten llegar a una conclusión a partir de determinadas premisas— de los datos externos y objetivos acreditados, conforme se ha establecido en la Ejecutoria Suprema Vinculante número 1912–2005/Piura, del 6 de septiembre de 2005 (Acuerdo Plenario número 1– 2006/ESV–22, del 13 de octubre de 2006). Los indicios han de estar plenamente acreditados, así como relacionados entre sí y no desvirtuados por otras pruebas o contraindicios. El Tribunal deberá explicitar el juicio de inferencia de un modo razonable. Como presupuestos generales —materiales y formales— en orden a la habilidad de la prueba indiciaria para constatar la realidad del delito de lavado de activos, se requiere: A. Existencia de hechos base o indicios plenamente acreditados, que en función a su frecuente ambivalencia, han de ser plurales, concomitantes al hecho que se trata de probar e interrelacionados —de modo que se refuercen entre sí—. B. Entre los hechos base, apreciados en su globalidad, y el hecho consecuencia ha de existir un enlace preciso según las reglas del pensamiento humano [perspectiva material]. C. El razonamiento del Tribunal ha de ser explícito y claro, debe (i) detallar y justificar el conjunto de indicios y su prueba, que van a servir de fundamento a la deducción o inferencia, así como (ii) sustentar un discurso lógico inductivo de enlace y valoración de los indicios, que aun cuando sucinto o escueto es imprescindible para posibilitar el control impugnativo de la racional de la inferencia [perspectiva formal].”

El acuerdo plenario N° 3-2010/CJ-116 sobre lavado de activos, es utilizado para señalar que soluciona el problema del dolo eventual y la culpa consciente. Para nosotros, no es más que la afirmación del uso de la prueba indiciaria, sus reglas y la forma de motivación. No cierra la discusión del dolo eventual y la culpa consciente.

El TEST es un método científico¹⁵⁷, usado durante siglos, que consiste en una hipótesis que nos ayuda a: 1) Recabar constantes forenses y datos variables¹⁵⁸ útiles para determinar el elemento subjetivo del tipo¹⁵⁹. 2) Ordenar las constantes forenses. 3) Descartar los datos variables irracionales (dolo eventual) o aceptar los datos variable racionales (culpa consciente); y así se podrá obtener una verdad forense. La verdad¹⁶⁰ a la que arribaremos se desprende de la valoración de las constantes forenses y de los datos variables¹⁶¹. El conjunto de constantes forenses que señalan el camino directo al dolo eventual y no se coinciden con la declaración¹⁶² del agente social y/o su defensa (donde explica su estado mental al momento de comunicar) determinan la imputación correcta del elemento cognitivo y del elemento volitivo en el caso del dolo eventual.

Además, sobre la prueba indiciaria Vid.: SAN MARTÍN CASTRO, César. “Derecho Procesal Penal”. Grijley. Lima. 2000. pgs. 743-755.

¹⁵⁶ Numeral 2 del Artículo I del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Penal del 2004: “Artículo I. Justicia Penal.- (...) 2. Toda persona tiene derecho a un juicio previo, oral, público y contradictorio, desarrollado conforme a las normas de este Código.”

Vid.: GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás, RABANAL PALACIOS, Aladino, CASTRO TRIGOSO, William Hamilton. “El Código Procesal Penal. Comentarios Descriptivos, Explicativos Y Críticos.”. Juristas Editores. Lima abril del 2012. pgs. 735-747.

¹⁵⁷ Con el método acá aplicado, en términos generales, se busca que haya una sistematización y aplicación del mismo método a todos los casos que se den en la práctica diaria judicial, en donde se tenga que “discriminar” entre dolo eventual y culpa consciente.

¹⁵⁸ Las declaraciones del agente social imputado y/o su defensa son datos variables, es decir no son constantes forenses que no varían. Para que una declaración tome “fuerza” tiene que tener su cimiento en constantes forenses.

¹⁵⁹ “Al tipo subjetivo pertenecen precisamente aquellas circunstancias que convierten la realización del tipo objetivo en acción típica; es decir, dolo e imprudencia...” en: JAKOBS, Günther. “Derecho Penal Parte General Fundamentos y Teoría de la Imputación”. Marcial Pons. Madrid. 1997. pg. 309.

¹⁶⁰ “la verdad judicial es, además una verdad normativa construida sobre la base de un método constituido por reglas y procedimientos que disciplinan la comprobación de la verdad y le imprimen un carácter autorizado y convencional...” en: SAN MARTÍN CASTRO, César. “Derecho Procesal Penal”. Grijley. Lima. 2000. pg. 784.

¹⁶¹ ROXIN, Claus. “La teoría del delito en la discusión actual”. traducción Manual A. Abanto Vásquez. Grijley. Lima 2007. pg. 173.

¹⁶² RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. “La determinación del conocimiento como elemento del tipo subjetivo (Comentario a la STS de 24 de noviembre de 1995. Ponente Sr. Delgado García)”. Anuario de derecho penal. ADPCP. Vol. XLIX Fasc. II. 1996. pg. 807.

102 El Test también es muy útil para el trabajo del abogado defensor¹⁶³ dentro del proceso penal, porque puede sustanciar y fundar su Test con las constantes forenses y datos variables obtenidos por sus peritos de parte, documentos, declaraciones del imputado, testigos, etc. El abogado defensor¹⁶⁴ sustentará la respuesta de su Test¹⁶⁵, a su vez el fiscal¹⁶⁶ hará lo mismo y el juez decidirá en base a la respuesta obtenida por su propio Test. El juez aceptará la hipótesis-proposición que sea más cercana a la verdad forense, la labor de motivación del

¹⁶³ Se observan siempre las mínimas garantías procesales (artículo 139 de la Constitución Política Del Perú de 1993) y en salvaguarda de la libertad el agente social-imputado tiene que contar con defensa letrada (defensa formal).

Las funciones del agente social-abogado defensor se encuentran detalladas en el Nuevo Código Procesal Penal del 2004, donde se fijan sus funciones y su necesidad en: Artículo IX del Título Preliminar y en los Artículos 80 al 85.

¹⁶⁴ Gimeno Sendra señala: “el derecho público constitucional que asiste a toda persona física a quien se le pueda atribuir la comisión de un hecho punible, mediante cuyo ejercicio se garantiza al imputado la asistencia técnica de un abogado defensor y se les concede a ambos la capacidad de postulación necesaria para oponerse eficazmente a la pretensión punitiva y poder hacer valer dentro del proceso el derecho constitucional a la libertad del ciudadano” en: GIMENO SENDRA, Vicente. “Constitución y proceso”. Tecnos. Madrid. 1988. pg. 89.

¹⁶⁵ La introducción del sistema acusatorio garantista por el Nuevo Código Procesal Penal del 2004 genera igualdad entre las partes y la oralización de las audiencias, en ese contexto, los abogados defensores no sólo tienen que llenar miles de papeles con dogmática y datos forenses, sino que también tienen que recrear la verdad forense para presentarla en juicio y así “convencer” al agente social-juez para que se incline hacia la interpretación social-normativa que los favorece y la asuma como correcta (lo mismo para el fiscal). Ya queda en manos del impartidor de justicia decidir cuál es la hipótesis que hace suya.

A manera didáctica un breve resumen de los pasos para preparar la teoría del caso del agente social-abogado defensor: I. Al asumir la defensa técnica como paso primigenio se debe analizar exhaustivamente el expediente. Los autos y las disposiciones deben ser “atacadas”, si existe algún mecanismo veloz, precedente, como por ejemplo algún medio técnico de defensa y/o alguna nulidad; según sea el caso. Luego y con precisión quirúrgica se debe de seleccionar los medios probatorios directos o indirectos que nos “favorezcan”. II. Otro punto fundamental es la versión de nuestro cliente, lo primordial, es que estén de acuerdo a las constantes forenses. La declaración de nuestro cliente puede ser la más real (nunca sabremos la verdad) pero si no se sostiene en constantes forenses no nos sirve. III. Luego y con sostén en lo que “tenemos”, debemos optar por: 1) Negociar la pena, para no perjudicar a nuestro cliente; únicamente si no existe suficientes constantes forenses a nuestro favor. 2) Defender nuestra verdad forense, si tenemos las suficientes constantes forenses a favor. IV. El resultado es: 1) Nuestra verdad forense. 2) Datos variables (nuestras proposiciones y declaraciones de nuestro defendido). 3) Todo con base a la configuración social (fundamentos de Derecho).

¹⁶⁶ La función del Ministerio Público en: SAN MARTÍN CASTRO, César. “Derecho Procesal Penal”. Grijley. Lima. 2000. pg. 209-220.

juez fundamentada con el Test y en los principios¹⁶⁷ de proporcionalidad¹⁶⁸, razonabilidad, racionalidad, justicia¹⁶⁹, tutela jurisdiccional efectiva¹⁷⁰, debido proceso¹⁷¹, etc., nos asegura la correcta imputación del dolo eventual o la culpa consciente en la práctica judicial.

¹⁶⁷ Los principios son mandatos de optimización que no indican exactamente lo que se debe hacer, sino que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible dentro de las posibilidades jurídicas existentes. Vid.: ALEXY, Robert. "Teoría de los derechos fundamentales". Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Centro de Estudios políticos y Constitucionales. Madrid. 1997. pgs. 86 y 87.

¹⁶⁸ A manera de información académica el resumen y nuestros contenidos del Test de Proporcionalidad: La interpretación social-sistemática de los Derechos Fundamentales y libertades es la base del test de proporcionalidad. IDONEIDAD: Medio-fin, proteger la configuración de la sociedad manteniendo la vigencia de la norma (pena), con la insatisfacción de otro derecho fundamental (Libertad). Fin de la medida principio de lesividad (dañosidad social). NECESIDAD: La injerencia en un Derecho Fundamental es necesario si no existe otro medio alternativo que sea más benigno. Ultima ratio del derecho penal. Carácter fragmentario del derecho penal reservada para las violaciones más intolerables. Se debe tener siempre presente los fines preventivos generales positivos. PROPORCIONALIDAD SENTIDO ESTRICTO PONDERACIÓN: Ponderación: Sopesar Principios y/o Derechos Fundamentales que Entran en Colisión en Cada Caso Concreto. Fin del legislador, la pena, utilidad de la pena, fin de la pena, costes y beneficios de la supresión del derecho fundamental. 1.- Peso: determinar las magnitudes que deben ser ponderadas, es decir la importancia o peso (desventajas) y la importancia del fin perseguido (ventajas). Satisfacción de un principio determinado justifica la afectación de otro. La afectación de un principio o derecho fundamental satisface al otro. Afectación de un principio. 2.- Sopesar: comparar dichas magnitudes y ver si el fin perseguido va con la intervención del otro derecho fundamental. Variables: La seguridad de las premisas empíricas. Importancia de la afectación de uno y satisfacción de otro. Afectación/certeza premisa. Afectación/seguridad de la premisa. Grado de afectación: Leve, medio o intenso; peso abstracto. 3.- Cargas de argumentación: caso concreto subjetivamente limitado. El juez argumenta.- Relación de procedencia condicionada al caso concreto entre derecho fundamental y fin legislativo. Cuando hay "empate" en la ponderación in dubio pro libertate, libertad jurídica o igualdad jurídica. Empate en favor del legislador, define la Constitución. Límites racionales a la ley de ponderación: Margen libertad o autonomía de la Constitución. Límite subjetivos para la ponderación y al intérprete, depende del intérprete: a.- Solución posible: La constitución tienen un orden determinado. b.- Empíricamente cada caso concreto ver cómo está violado el principio y cual prevalece. Límites racionales: Democrático in dubio pro legislatore. In dubio pro libertate graduación de la afectación de los principios determinados de su peso abstracto, la certeza de las premisas empíricas y la elección de la carga de la argumentación apropiada en cada caso conforme al campo que mueve dicha subjetividad. Fuentes: ALEXY, Robert. "Teoría de los derechos fundamentales". Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Centro de Estudios políticos y Constitucionales. Madrid. 1997. BERNAL PULIDO, Carlos. "El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales." Centro de Estudios políticos y constitucionales. Madrid. 2003.

¹⁶⁹ Justicia es la aplicación correcta del Derecho, el Derecho es la estructura de la sociedad, en consecuencia, la Justicia es el valor supremo de una sociedad determinada.

¹⁷⁰ La mencionada garantía se halla positivizada en el art. 139.3 de nuestra Carta Magna. Dentro de la mencionada garantía nos encontramos con sus componentes, que son: a) El derecho que goza cualquier agente social-legitimado de acceder al proceso penal. b) Se garantiza que la sentencia emitida por el agente social-impartidor de justicia sea una resolución fundada en derecho. c) Dentro del proceso o extra proceso se garantiza la posibilidad de recurrir las resoluciones emitidas por los

103 El proceso penal bien conducido respetuoso de los derechos fundamentales sirve para lograr el objetivo máximo: justicia y paz social¹⁷². Es una obligación del juez diligente aplicar e interpretar¹⁷³ el Derecho Penal sustantivo con igualdad¹⁷⁴. El juez debe de seguir los rituales preestablecidos dentro del proceso, sin los enervantes formalismos, para crear seguridad jurídica, confianza en la norma y confianza en el sistema procesal penal. Cuando las resoluciones emanan de un juez probo y éstas se conducen dentro de los principios de legalidad e igualdad, la respuesta que emana de él es siempre atinada, sólo cabe el reconocimiento y la admiración por parte de todos los miembros de la sociedad.

órganos judiciales competentes. d) Para que el derecho penal y el derecho procesal penal no queden en tinta sobre un papel, la resolución del órgano judicial debe de ser ejecutada en su totalidad.

¹⁷¹ Sobre el debido proceso Vid. las siguientes sentencias de nuestro Tribunal Constitucional: Exp. N.º 1014-2007-PHC/TC, Exp. N.º 2521-2005-PHC/TC, Exp. N.º 2928-2002-HC/TC

¹⁷² Vid.: SAN MARTÍN CASTRO, César. "Derecho Procesal Penal". Grijley. Lima. 2000. pgs. 7 y ss.

¹⁷³ A manera pedagógica el resumen de la interpretación de la ley penal: 1.- En relación al origen y por los sujetos que la realizan: a) Interpretación auténtica: es aquella que realiza la propia ley. Otras leyes que interpretan la ley oscura. b) Interpretación judicial: los jueces utilizan la ley. La interpretación de la ley en la doctrina debe ser neutra. c) Interpretación doctrinal y privada: realizada por juristas, estudiosos especialistas, etc., ésta es más flexible, ya que no hay caso en concreto. Existen múltiples criterios, los doctrinarios se fijan en las decisiones judiciales y viceversa. 2.- En Relación al Método utilizado: a) Literal o gramatical: palabra escrita pero no literal; porque al leer todos tenemos un preconceito. Se usan las reglas de la lingüística comunes del lenguaje, salvo términos técnicos jurídicos que merecen otro análisis. b) Interpretación lógica y teleológica: no sólo literal sino la finalidad que ésta busca: b.1) Racional: fines sociales que busca proteger: preventivos, protectores de la sociedad (mantener la vigencia de la norma), etc. b.2) Sistemático: todo el conjunto de leyes principios y orientación doctrinal. b.3) Histórico: discusiones en el congreso antes de promulgación, leyes anteriores y exposición de motivos. b.4) El elemento comparativo extranjero: nuestras disposiciones y otras similares. b.5) El elemento extrapenal: fundamento político-social que motivó la ley, cultura del país, etc. b.5) El elemento extrajurídico: palabras que son extrañas o se explican con otras ciencias usados en nuestro ordenamiento jurídico. 3.- En relación a los resultados: a) La interpretación es declarativas cuando la interpretación literal coincide con la interpretación teleológica. Es la mejor que se desprende del texto; el espíritu de la ley. b) La interpretación restrictiva: surge cuando la palabra de la ley excede la voluntad de la misma, y por tanto se debe reconducir. c) Interpretación extensiva: se amplía el significado natural de las palabras para hacerlas coincidir con la voluntad de las leyes, es decir la ley dice menos de lo que quiere decir. d) Interpretación progresiva: los elementos cambiantes de la sociedad. La norma "aparece" en un determinado tiempo y lugar; y tiene que ir evolucionando.

¹⁷⁴ "Dicho en otras palabras, la ciencia penal y, en especial, la dogmática jurídica, sólo tienen razón de ser si se parte de la premisa teórica según la cual dos casos idénticos sólo pueden tener una solución correcta." En: RAGUÉS I VALLÈS Ramón. "Consideraciones Sobre La Prueba Del Dolo" REJ – Revista de Estudios de la Justicia – N° 4 – Año 2004. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. 2002. pg. 18.

La respuesta que se desprende del Test es una hipótesis incondicional, única y verdadera; provisionalmente vigente. Se entiende que se desprende de un proceso justo con todas las garantías constitucionales inherentes. Es necesario hacer hincapié en que se trata de una verdad provisional, ya que puede ser refutada¹⁷⁵ por medios impugnatorios intra proceso y/o extra proceso¹⁷⁶, pero mientras eso no suceda es nuestra verdad, como hombres de derecho acatamos la decisión del juez probo y competente.

104 Los datos variables son los argumentos o estados mentales que el agente social-imputado y/o su defensa señalan que le “pasaron por la cabeza” al agente social-imputado al momento de comunicar contrariedad a la norma jurídico-penal. Los mencionados datos variables son valorados en juicio por el impartidor de justicia¹⁷⁷. Luego de analizar los datos

¹⁷⁵ Dentro del proceso penal los agentes sociales-jueces pueden errar, son seres humanos que tienen virtudes y defectos. La mencionada falibilidad es uno de los fundamentos de la posibilidad de acudir ante un órgano judicial superior, para que “revise” la resolución; la parte legitimada es la que arguye que fue “agraviada” por algún error. Estos recursos tienen que estar preestablecidos (principio de legalidad), a la vez se sostienen en la intención del agente social para solicitar la revisión de dicha resolución (principio dispositivo). Se encuentra consagrado en el artículo 139.3 de la Constitución Política del Perú que indica: Artículo 139.- Principios de la Administración de Justicia Son principios y derechos de la función judicial: (...) 6. La pluralidad de la instancia. (...). A su vez el principio de instancia plural se encuentra consagrado en el numeral 4 del artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Penal del 2004 que versa: “Artículo I. Justicia Penal.- (...) 4. Las resoluciones son recurribles, en los casos y en el modo previsto por la Ley. Las sentencias o autos que ponen fin a la instancia son susceptibles de recurso de apelación”.

¹⁷⁶ Clasificación de los medios impugnatorios: 1. Extra proceso: revisión, procesos constitucionales, nulidad de cosa juzgada, etc. 2. Medios impugnatorios intra proceso: apelación, casación, nulidades, etc. Clasificación de los recursos: 1.- Por el órgano revisor: Propio, eleva al superior/Impropio resuelve él mismo. 2. Por la atribución del órgano revisor: propia-positiva resuelve/ Negativa reenvía para que resuelvan. 3. Por las formalidades exigidas: ordinarios: no formalidades: ejemplo: apelación /Extraordinarios: no contra cualquier resolución contiene requisitos y causales, ejemplo: casación. Principios que orientan su aplicación: 1. Principio de legalidad. 2. Principio de Formalidad. 3. Principio de adecuación. 4. Principio de especialidad. 5. Principio de transcendencia. Concordancia entre el pedido y lo resuelto. 6. Principio dispositivo: congruencia, adhesión y desistimiento. 7. Principio de instancia plural. 8. Prohibición de reforma in peus. 9. Inmediación. Efectos jurídicos del recurso: 1. Efecto devolutivo-superior. 2. Efecto suspensivo-excepciones. 3. Efecto extensivo: favorabilidad a los demás imputados. 4. Efecto diferido: espera terminación del juicio, por económica procesal.

¹⁷⁷ Estos elementos psicológicos puros no son imputables, hasta ahora no hay solución para este déficit del derecho penal, sin embargo sostenemos que los elementos psicológicos-normativos acá descritos si son imputables en la práctica judicial. Vid.: JAKOBS, Günther. “Derecho Penal Parte General Fundamentos y Teoría de la Imputación”. Marcial Pons. Madrid. 1997. pgs. 375-377.

variables y contrastarlos con las constantes forenses (TEST), el juez imputará en la sentencia¹⁷⁸ si el elemento subjetivo del tipo es dolo eventual o culpa consciente; según cada caso concreto.

105 La probabilidad lógica se desprende de las constantes forenses que nos ayudan a crear la verdad forense del caso concreto y de los datos variables (estados mentales esgrimidos por el agente social-procesado y/o su defensa). En el presente trabajo se va a utilizar la probabilidad lógica que nace del Test, donde las constantes forenses son ordenadas y los estados mentales epistemológicamente irracionales (datos variables) son desechados. Nos desvinculamos de todas las teorías de la probabilidad que señalan la probabilidad desde el punto de vista del agente-social autor, acá esbozaremos la probabilidad lógica de que el hecho normativo podría suceder. En este punto se supera todas las teorías de la probabilidad existentes por ser inaplicables en la práctica judicial.

106 El Test y estas hipótesis ya se utilizan en la práctica judicial, actualmente, en base a la epistemología. No estamos descubriendo la pólvora, sólo usándola para aplicar nuestros conceptos a casos reales sin entrar de lleno al tema procesal¹⁷⁹; que rebasaría este trabajo. Es necesario indicar que el Test se sustenta y asienta en el Derecho Penal. Se busca legitimar la imputación del dolo eventual o culpa consciente, esta validación de la hipótesis es puramente normativo-social¹⁸⁰, ya que no le compete al agente social-imputado señalar en su declaración¹⁸¹ si su conducta es relevante o no para el derecho penal, el competente para

¹⁷⁸ La sentencia no es otra cosa que la valoración normativo-social de la comunicación contraria a la norma jurídico-penal del agente social-imputado. El agente social-juez, luego del proceso, imputa la verdad forense y, lo que nos compete, los estados psíquicos-normativos al agente social-condenado, para luego dictar el respectivo coste y así lograr la estabilización de la norma. En ese instante el pacto social se reafirma.

¹⁷⁹ HABERMAS J. "Indeterminación del derecho y racionalidad de la administración de Justicia", en *Facticidad y Validez*. Trotta. Bogotá. 1998.

¹⁸⁰ "Toda regla de imputación de conocimientos puede ser sometida en abstracto a un indicio de adecuación desde perspectivas de la interacción social." En: RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. "La determinación del conocimiento como elemento del tipo subjetivo (Comentario a la STS de 24 de noviembre de 1995. Ponente Sr. Delgado García)". *Anuario de derecho penal. ADPCP*. Vol. XLIX Fasc. II. 1996. pg. 819.

¹⁸¹ RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. "La determinación del conocimiento como elemento del tipo subjetivo (Comentario a la STS de 24 de noviembre de 1995. Ponente Sr. Delgado García)". *Anuario de derecho penal. ADPCP*. Vol. XLIX Fasc. II. 1996. pg. 818.

decidir es el impartidor de justicia con las atribuciones constitucionales correspondientes. La imputación¹⁸² de si la conducta está dentro del dolo eventual o de culpa consciente se desprende de la hipótesis extraída del Test.

Con el presente Test se logra solucionar en la teoría y la práctica, la “problemática” del dolo eventual y la culpa consciente; la cual nunca fue solucionada por las teorías “antiguas” o las “modernas”. Sólo se arribaba a una solución en la teoría y no se fijaba la posibilidad de la aplicación en los tribunales de justicia penal¹⁸³ o viceversa se encontraba una aplicación práctica pero con conceptos y contenidos del dolo eventual y la culpa consciente improcedentes por ir contra la proscripción de la responsabilidad objetiva. Los conceptos, los elementos, los supuestos y el TEST (Teoría Única Global de la Imputación del Dolo Eventual y la Culpa Consciente) detallados en el presente trabajo sí son aplicables en la labor diaria de nuestros impartidores de justicia, además se respetan los principios básicos fundamentales del derecho penal.

¹⁸² “Se imputa al autor en base a una consideración y valoración conjunta de todas las circunstancias del caso concreto, sometida a la verificación posterior del Tribunal de revisión.” En: PUPPE, Ingeborg. “Comprobar, imputar, valorar: reflexiones semánticas sobre la fundamentación de sentencias penales y la posibilidad de su revisión jurídica”. InDret. Barcelona. 2013.

¹⁸³ JAKOBS, Günther. “Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional”. Traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez. Civitas. España. 1996. pg. 63

a) Componentes del TEST (Test para determinar el Elemento Subjetivo del Tipo)

107 El Test¹⁸⁴ forma parte de la Teoría Única Global de la Imputación del Dolo Eventual y la Culpa Consciente y sirve para la correcta aplicación práctica de nuestros conceptos, supuestos y elementos del dolo eventual y la culpa consciente. El uso debe ser habitual al momento de diferenciar el dolo eventual de la culpa consciente por los impartidores de justicia, abogados defensores y fiscales. Podría haber algún tipo de resistencia para aplicar el mencionado método científico, sin embargo no debe importar el método utilizado ni su ubicación científica; lo rescatable es si dicho método sirve para dar una valoración normativo-social y práctica de hechos relevantes para el derecho penal.

Se necesita: 1) La Hipótesis primigenia, se recaban todas las constantes forenses y datos variables, de esta hipótesis se desprenden: 2) Dos reglas específicas, estas reglas específicas tienen la siguiente aplicación: 2.1) La Primera regla específica sirve para aceptar las constantes forenses que nos sirven para imputar el elemento subjetivo del tipo-dolo eventual. 2.2) Segunda regla específica, acá se ubican las alegaciones del agente social-imputado y/o su defensa, sin embargo estos datos variables sólo son aceptados si coinciden con las constantes forenses. No se aceptarán los datos variables que decaen en epistemológicamente irracionales; pues siendo absurdos deben de ser desechados.

¹⁸⁴ En el presente trabajo se utiliza el método extraído de la tesis doctoral del Doctor PÉREZ BARBERÁ, claro está con matices propios.

a.1 La Hipótesis Base

108 Esta hipótesis es global: 1) Primer momento, recoge todas las constantes forenses y datos variables relevantes que forman parte del proceso (las confesiones, los testimonios, las pericias¹⁸⁵, los careos¹⁸⁶, la prueba documental¹⁸⁷, los reconocimientos¹⁸⁸, las reconstrucciones¹⁸⁹, inspecciones judiciales¹⁹⁰, las pruebas de alcoholemia y todas las pruebas especiales que en cada caso se ameriten¹⁹¹). 2) En segundo lugar, se tiene que dejar muy en claro que los datos variables o estados mentales al momento de la comunicación que nacen de las alegaciones del imputado y/o de la defensa del justiciable sólo son relevantes si son epistemológicamente racionales (si son aceptados los datos variables se imputa el elemento subjetivo del tipo-culpa consciente, al contrario si son desechados se imputa el elemento subjetivo del tipo-dolo eventual). De esta hipótesis base se infiere dos reglas específicas:

a.1.1. Primera regla específica. Son valiosas todas las constantes forenses que justifican la imputación a título de dolo eventual

109 La primera regla específica nos indica que son estimables las constantes forenses que influyen en demostrar la elevada intensidad comunicativa, la alta probabilidad lógica de que el resultado podría suceder y la evitabilidad privilegiada del apartamiento de la norma

¹⁸⁵ Para más detalles: en el Nuevo Código Procesal Penal del 2004 (Decreto Legislativo 957) artículos 172-181.

¹⁸⁶ Para detalles precisos: en el Nuevo Código Procesal Penal del 2004 (Decreto Legislativo 957) artículos 182-183.

¹⁸⁷ Para detalles precisos: en el Nuevo Código Procesal Penal del 2004 (Decreto Legislativo 957) artículos 184-188.

¹⁸⁸ Para detalles concisos: en el Nuevo Código Procesal Penal del 2004 (Decreto Legislativo 957) artículos 189-191.

¹⁸⁹ Para mayor detalles: en el Nuevo Código Procesal Penal del 2004 (Decreto Legislativo 957) artículos 192-194.

¹⁹⁰ Para mayor detalles: en el Nuevo Código Procesal Penal del 2004 (Decreto Legislativo 957) artículos 192-194.

¹⁹¹ Para mayor detalles: en el Nuevo Código Procesal Penal del 2004 (Decreto Legislativo 957) artículos 195-201.

jurídico-penal. Esta regla específica nos ayuda a observar desde un punto objetivo el riesgo prohibido creado por la elevada intensidad comunicativa del agente social-imputado.

a.1.2 Segunda regla específica. Datos variables que proporcionan el agente social imputado y/o su defensa

110 Esta regla específica nos sirve para desechar o aceptar las declaraciones de los agentes sociales-imputados y/o su defensa. El estado mental del agente social-imputado al momento de los sucesos que desestabilizaron la norma jurídico-penal, es decir en el momento que el agente social-imputado provocó un output lesivo en esferas jurídicas ajenas.

Dichos estados mentales (representaciones, conocimientos, falta de conocimientos, errores, confianzas excesivas en los devenires, confianzas valederas, ausencia de representaciones, etc. Todos datos psicológicos-normativos imputables en la práctica judicial)¹⁹² que arguye el agente social y/o el abogado defensor tienen que ser epistemológicamente racionales.

Es fundamental esta regla, porque desecha de antemano determinados conocimientos, representaciones de la situación, desconocimiento, falta de representación, una determinada confianza, error, etc., que son epistemológicamente irracionales. En consecuencia si los datos variables (declaraciones) no se corresponden con la realidad forense (constantes forenses) no son tomados en cuenta para la formulación de la hipótesis del Test con la cual se fundamenta el elemento subjetivo del tipo-dolo eventual.

¹⁹² Estos estados psíquico-normativos únicamente son pasibles de imputación. Jamás sabremos la realidad psicológica del estado mental puro en el momento que el agente social-imputado comunica contrariedad a la norma jurídico penal. Ragués señala al respecto: “La existencia de dichas reglas puede explicar mediante la idea de que el conocimiento es una experiencia estrictamente personal, es decir, de que el ser humano puede experimentar su propio conocimiento, pero nunca aquello que conocen o desconocen los demás. Esta comprensión no está ni mucho menos circunscrita en exclusiva al terreno de la praxis judicial. Al contrario, dicha praxis es el mero reflejo de un modo de proceder totalmente arraigado en la misma interacción social.” en: RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. “La determinación del conocimiento como elemento del tipo subjetivo (Comentario a la STS de 24 de noviembre de 1995. Ponente Sr. Delgado García)”. Anuario de derecho penal. ADPCP. Vol. XLIX Fasc. II. 1996. Pg. 817.

111 El presente trabajo y el Test se centran en solucionar el conflicto de la imputación del dolo eventual y la culpa consciente, sin embargo, sin salir de nuestro objetivo, el Test puede servir para imputar las demás clases de dolo¹⁹³; ejemplifiquemos fugazmente: Dolo de primer grado: el agente social A descarga veinte disparos contra el agente social-sujeto pasivo B a una distancia de dos metros. La primera regla específica nos indica que se deben recoger las constantes forenses para imputar dolo, en este caso las conclusiones forenses que indican que el arma¹⁹⁴ fue disparada por A y los veinte disparos causaron la muerte de B. La segunda regla específica nos ayuda a desechar la declaración del imputado y/o la alegación de la defensa que señala que el agente social A “no quería matar a B” él “sólo quería ver si B podía esquivar los veinte disparos”, este dato variable (declaración del agente social-imputado) es epistemológicamente irracional, ya que no se coincide con las constantes forenses y menos con los comportamientos normales de todos en la sociedad y resulta evidente que su conducta viola la norma jurídico-penal. Por lo tanto la hipótesis del Test se fundamenta exclusivamente en la primera regla específica y se imputa el elemento subjetivo del tipo-dolo directo.

Dolo de consecuencias necesarias: el agente social-autor A coloca un artefacto explosivo en un bus interprovincial para matar a B, era un día feriado y el autobús se encontraba repleto con cuarenta y nueve personas más a bordo. La cantidad de explosivo era alta, mata a las cincuenta personas. La primera regla específica nos recomienda adherir todas las constantes forenses para imputar el dolo. En este caso se logra probar que, el agente social-imputado colocó la bomba, que era una carga suficiente para matar a todos los viajeros y esa explosión fue la causa de las cincuenta muertes. La segunda regla específica nos señala que debemos de observar los alegatos del abogado defensor y/o del imputado, el agente social A declara: que él “quiso matar a B pero que no tenía intención en matar a los otros pasajeros, además no los conocía, recalca que no sabía quiénes eran” y al contrario el “exclusivamente quería matar a B”. El test solo se fundamenta en la primera regla específica, el estado mental

¹⁹³ JAKOBS, Günther. “Derecho Penal Parte General Fundamentos y Teoría de la Imputación”. Marcial Pons. Madrid. 1997. pg. 335-336.

¹⁹⁴ En síntesis, la balística es la ciencia que estudia las armas de fuego, la distancia del disparo, dirección de las balas y los resultados que ocasiona.

alegado es epistemológicamente irracional por lo tanto se imputa el elemento subjetivo del tipo-dolo de consecuencias necesarias.

(EJEMPLO 9-5) El agente social A fabricante de alimentos para niños trabaja sin licencia de salubridad, fabrica el producto en grandes contenedores sin medidas de salubridad donde se mezclan con excremento de insectos y roedores, envasa el producto en unos recipientes de veneno para ratas sin lavarlos (solo cambia la etiqueta), saca el producto al mercado y por la ingesta de este producto mueren cientos de niños. La primera regla específica nos señala que son necesarias las constantes forenses relevantes para imputar dolo eventual, en este caso todas las antes señaladas verificadas en juicio. La segunda regla nos señala que los estados mentales del agente y/o los alegatos del abogado defensor, en este caso el agente social-fabricante-imputado A señala: que él “confiaba en que al llegar el producto a la casa de los consumidores iban a hervir el producto y así desinfectarlo, de esa manera no causaría la muerte de los niños y además que él no sabía que los envases de veneno para ratas sin lavar eran nocivos para la salud”. Los mencionados estados mentales burdos son desechados por ser contrarios a las constantes forenses de la primera regla específica, es decir son epistemológicamente irracionales por lo tanto se configura y se imputa el elemento subjetivo del tipo-dolo eventual.

112 Para observar la utilización práctica, breve y sencilla del TEST en el apartado infra se aplicará el TEST a dos casos emblemáticos, que en la jurisprudencia peruana fueron calificados a título de dolo eventual, pero con la utilización de casi todas las teorías, sin conceptos definidos, sin supuestos y sin contenidos de las mencionadas figuras que limiten mínimamente la imputación del elemento subjetivo del tipo-dolo eventual. Con la aplicación del TEST y con mayor énfasis en cada punto del mismo notará el amable lector que sin necesidad de usar todas las teorías sobre el dolo eventual y la culpa consciente; sino con la única utilización de nuestra Teoría Única Global de la Imputación del Dolo Eventual y la Culpa Consciente el camino es menos intrincado, se convierte en un camino sencillo e igualitario¹⁹⁵ superando a todas las teorías existentes.

¹⁹⁵ “Por esta vía debe evitarse que supuestos idénticos desde el punto de vista objetivo se acaben tratando de forma dispar en el ámbito de la tipicidad subjetiva en función de cuáles sean las

b) Aplicación del Test a dos casos emblemáticos en nuestra jurisprudencia¹⁹⁶ y al caso “globo aerostático”

b.1 Caso “Utopía” (Correcta aplicación del Test)

b.1.1. Introducción:

113 La hipótesis final que se desglosa del Test se traduce en verdad y justicia. En el presente apartado usamos los hechos descritos y probados de los casos “Utopía”¹⁹⁷ e “Ivo Dutra” (no en su totalidad, porque eso rebasaría el presente trabajo). Ambos casos describen homicidios ocurridos dentro de una discoteca ocasionado por un incendio y el otro un homicidio en la vía pública ocasionado por medio de un bus de transporte público, respectivamente.

apreciaciones o intuiciones personales de cada juez. Como se ha dicho antes, la pretensión de que lo igual se trate de igual manera no puede limitarse a la aplicación del Derecho penal sustantivo, sino que debe extenderse también a la valoración de la prueba. Hasta que esto no suceda, la dogmática penal sólo estará alcanzando a medias sus objetivos.” En: RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. “Consideraciones Sobre La Prueba Del Dolo”. REJ – Revista de Estudios de la Justicia – N° 4 – Año 2004. Facultad de Derecho, Universidad de Chile -2002. pg. 26.

¹⁹⁶ En el presente trabajo se utiliza el método extraído de la tesis doctoral del Doctor PÉREZ BARBERÁ, claro está con matices propios. El mismo método que utilicé en la tesina monográfica que se aplicó al caso “Utopía” y al caso “Ivo Dutra” (presentada en setiembre del 2013, trabajada con mi asesor el Doctor Fernando Núñez Pérez desde abril del 2013), con la cual obtuve el título de abogado en la Universidad de San Martín de Porres. Trabajo que nace en noviembre del 2012, con un pequeño trabajo presentado y expuesto en el curso de Seminario de Derecho Penal-Especialidad Penal-Pregrado de la Universidad de San Martín de Porres, dictado por el profesor Felipe Villavicencio Terreros.

¹⁹⁷ Revisar el caso “Alcalá 20” Sentencia del TS del 1 de junio de 1995-Madrid. Con aristas similares al caso “Utopía”. Un análisis de GIMBERNAT sobre el caso “Alcalá 20” en: ROXIN, Claus - DÍAZ ARANDA, Enrique- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique- JÄGER, CHRISTIAN. “Problemas fundamentales de política criminal y derecho penal”. Editor: Enrique Díaz Aranda. Universidad Autónoma de México. 2002. pgs. 55-58. Similar CROMAÑÓN en Argentina y el caso YCUÁ BOLAÑOS en Paraguay.

114 En las citadas sentencias se utilizan instituciones “nuevas” y las “clásicas” teorías, supra, mostrando la debilidad e indefinición de la teoría ecléctica¹⁹⁸. Otro punto relevante del caso “Utopía” es la tragedia social que significó que un grupo de jóvenes asistan a un centro de diversión a departir y celebrar, y que por falta de solidaridad con los demás miembros de la sociedad, por parte de los responsables del funcionamiento de la discoteca, se desencadenó un incendio que ocasionó la muerte de los jóvenes.

La alta intensidad comunicativa, indefendible desde cualquier punto de vista, nos hace pensar si una sanción a título de culpa consciente, en todos los casos similares, es la idónea o si es que resulta necesario una sanción mayor para crear consciencia y fidelidad hacia las normas jurídico-penales en todos los miembros de la sociedad especialmente en los dueños, gerentes y administradores de estos locales. Así poder garantizar que todos organicemos nuestra vida con libertad¹⁹⁹ y confianza²⁰⁰ en las actuaciones de los demás agentes-sociales.

115 En el caso del joven Ivo Dutra, no es posible cerrar los ojos ante la problemática del caos ocasionado por las empresas de transporte público: choferes con más de cien papeletas, choferes sin licencias, caos en las avenidas, competencias por pasajeros, violación de reglas elementales de tránsito, salto de los semáforos, etc., que denotan una contrariedad a la sociedad en general, estos agentes sociales preponderan su esfera económica por encima de los peatones, pasajeros y de los demás choferes de transporte público y privado.

Sancionar siempre, no solo en casos específicos, estas conductas a título de dolo eventual prevendría, de alguna manera, el “abuso” que vemos diariamente ocasionado por estos choferes, que amparados en las empresas grandes que los respaldan y los “grandes” estudios de abogados que los representan permanecen impunes o únicamente son sancionados por

¹⁹⁸ En el marco teórico del presente trabajo se observa como la teoría ecléctica aplicada por nuestros magistrados al caso “Utopía” y al caso “Ivo Dutra” desestabiliza el sistema jurídico, ya que viola principios y a la vez crea inseguridad jurídica.

¹⁹⁹ DWORKIN, Ronald. “La Lectura moral de la constitución y la premisa mayoritaria”. Traducción de Imer B. Flores. Cuestiones Constitucionales Número 7 -2002. pgs. 30-36.

²⁰⁰ Principio de confianza en: JAKOBS, Günther. “La Imputación Objetiva en el Derecho Penal”. Ad-Hoc. Primera reimpresión: septiembre 1997. Argentina. pgs. 29-31.

culpa consciente. De esa manera sigue la cultura del “aquí no pasó nada”²⁰¹, es necesario buscar la justicia y la paz social. Las manos de los abogados deben trabajar día a día para buscar la justicia, la paz social, la igualdad y la correcta aplicación de las leyes.

116 Los datos señalados, infra, divididos en: ex ante, durante y ex post, son un todo. La división tripartita —ex ante, durante y ex post— ayudará a las partes procesales y al juez a recrear un orden cronológico de orden práctico; fundamental.

Por obvias razones, en los casos descritos (“Ivo Dutra”, “Utopía” y “Globo Aerostático”) en el presente trabajo no se suman todas las constantes forenses y datos variables detallados en la sentencia o en el proceso, no cabe traer y señalar toda la carga probatoria a este minúsculo trabajo dogmático. Es imperante conocer el mecanismo, luego en la práctica judicial se agregarán todos los datos sin miramientos espaciales.

b.1.2 La aplicación el test en su plenitud práctica (Caso “Utopía”)

117 Ahora bien, la primera regla específica señala que son útiles las constantes forenses que influyen en determinar la probabilidad lógica que nos indica que el resultado lesivo era altamente probable que sucediera por el riesgo prohibido generado por el agente social-imputado, las constantes forenses que demuestran que el agente social pudo prever y evitar desde un punto privilegiado la contradicción a la norma jurídico-penal y las constantes forenses que demuestren la elevada intensidad comunicativa. Siempre dentro del dolo eventual.

Cuando los datos variables (estados mentales que se desprenden de las declaraciones del imputado y/o alegatos del abogado defensor) de la segunda regla específica sean acordes a las constantes forenses de la primera regla específica se imputará el elemento subjetivo del

²⁰¹ Frase coloquial que se utiliza para describir la impunidad existente en nuestro país, sea por corrupción o incapacidad.

tipo-culpa consciente, ya que se aceptarán e imputarán los estados psíquico-normativos: confianzas, creencias y representaciones erróneas.

Constantes forenses relevantes con soporte en la primera regla específica:

Constantes forenses ex ante: Constante forense 1: Se acondicionó la discoteca “Utopía” sin las mínimas medidas de seguridad para iniciar su funcionamiento. Constantes forenses 2: No se corrigió la elección de los medios de seguridad dentro de la discoteca, pese a las indicaciones realizadas por el Instituto de Defensa Civil en el Informe Técnico en tanto: No se habilitó la discoteca con extintores en una cantidad mínima necesaria (que hubiese prevenido amagos de incendio producido por cualquier motivo), no se estableció un plan estratégico de contingencia que le permitiese prevenir incendios al interior del local o prevenir consecuencias lamentables (lo cual incluye capacitación a empleados), no habilitó las luces de seguridad de las puertas de emergencia y tampoco se habilitó las señalizaciones de emergencia adecuadas; por último, no se habilitaron las bombas contra incendios al interior del local. Constantes forenses 3: Se desistió de continuar con los trámites de la licencia de funcionamiento y optó por iniciar las actividades comerciales de manera informal, pese a no cumplir aún con las medidas de seguridad observadas por el INDECI (Instituto Nacional De Defensa Civil).

Constantes forenses durante: constante forense 1: Se permitió, que el día de la fiesta “ZOO” la discoteca recibiera un número mayor de personas que las que debía albergar, la capacidad aproximada era para mil personas. El día de los hechos concurrieron mil quinientas personas. Constante forense 2: Las puertas de emergencia estuvieron obstruidas por mesas y sillas adicionales, en el momento que debía llevarse a cabo la evacuación. Constante forense 3: Se realiza un juego de entretenimiento con fuego, contratado por el gerente en un espacio mínimo y, además, el techo del local era de un material inflamable, se inicia el incendio.

Constantes forenses ex post: Constantes forenses 1: Las pericias señalan que los jóvenes murieron por las siguientes causas: algunos asfixiados por el humo tóxico y otros aplastados por la estampida. Fueron corroboradas las lesiones graves de otros jóvenes.

La segunda regla específica, nos indica que son útiles las declaraciones del agente social-justiciable y/o los alegatos del abogado defensor que son epistemológicamente racionales y se sostienen en bases forenses.

Las mencionadas representaciones y estados mentales, que arguye el agente social y/o el abogado defensor tienen que ser epistemológicamente racionales; o lo cual es lo mismo que dicha representación o estado mental en cuestión tenga un origen o fuente en las constantes forenses.

Datos variables en base a la segunda regla específica: dato variable sin relevancia 1: el agente social-imputado argumenta que le resultaba excesivamente costoso el implementar las medidas de seguridad que el INDECI había señalado como obligatorias para iniciar sus actividades comerciales. Dato variable sin relevancia 2: El gerente confiaba que no sucedería ningún hecho dañino para los asistentes y que si pasaba algo perjudicial podría evitarlo, pues dedujo que como en la discoteca se venían realizando juegos con fuego en días anteriores al día de la tragedia, y no ocurrió nada fuera de lo normal, confiaba que el día de los hechos no sobrevendría lo que trágicamente aconteció.

La respuesta que nos ofrece el Test únicamente se fundamenta y toma fuerza con los datos recabados de la primera regla específica, porque como observamos los datos variables son muy débiles y epistemológicamente irracionales.

El elemento cognitivo necesario para el dolo eventual, descrito supra, toma consistencia basándonos en que el agente social es competente y tenía un conocimiento situacional (el cual se imputa) del riesgo prohibido. Las constantes forenses que nos indican la elevada entidad del riesgo prohibido creado por el agente social en el caso concreto; intensidad comunicativa elevada. Se nota claramente que el resultado relevante para la normativa jurídico-penal era altamente probable y lógicamente que suceda, además, el autor pudo proveer la contrariedad hacia la norma jurídico-penal desde un punto de vista objetivo y privilegiado. Por lo tanto, la primera regla específica nos dice que el agente actuó con dolo eventual con su elemento cognitivo nítido.

Ahora, la segunda regla específica y la más importante nos ayuda a rechazar los datos variables sin relevancia para el caso, es decir las declaraciones del agente social-justiciable

y/o su defensa que son epistemológicamente irracionales. En el caso concreto todos los datos variables se desechan por no coincidir con la comunicación contraria a la norma jurídico-penal del agente social-autor. No puede argumentar falsas confianzas, representaciones erróneas, ausencia de representaciones, error, etc., ya que claramente contradicen las constantes forenses.

Al momento de desechar estas alegaciones de representaciones erróneas, confianzas, estados mentales erróneos, etc., por no coincidir con la realidad, es cuando el elemento volitivo, a primeras luces escondido o encubierto, salta a la luz. La indiferencia psicológica-normativa que demuestra el desdén por la configuración social, la contrariedad a la norma jurídico-penal y las intenciones de hacer prevalecer su capricho por encima de las normas jurídico-penales sustentan y hacen factible la imputación del elemento volitivo del dolo eventual. Por lo acotado, esta comunicación en su elemento tipicidad específicamente en la imputación subjetiva del tipo es imputada a título de dolo eventual con sus elementos cognitivo y volitivo.

118 Como se observa con la aplicación del Test, ya es clara nuestra Teoría Única Global de la Imputación del Dolo Eventual y la Culpa Consciente. Se demuestra, también, como ésta supera a todas las propuestas anteriores porque: 1) Creamos conceptos que delimitan los criterios de imputación. 2) Explicamos el contenido del dolo eventual (elemento cognitivo y volitivo) y la culpa consciente (cognoscibilidad y previsibilidad atenuada) 3) Nos desenvolvemos en supuestos que encasillan la imputación del dolo eventual (clara orientación contra la norma jurídico-penal y el supuesto cuando se alega desconocimiento o ausencia de representación) y la culpa consciente (visualización errónea del riesgo jurídicamente desaprobado). 4) Usamos un método para que se apliquen los conceptos, los supuestos, los contenidos del dolo eventual y la culpa consciente en la práctica judicial (TEST). Con todo esto se cierra la discusión del dolo eventual y la culpa consciente, ya que se une la teoría y la práctica. Además, se deja de lado todas las teorías antiguas y las nuevas teorías cognitivas que violan principios y son inaplicables en la práctica. Se supera la inseguridad jurídica de la teoría ecléctica, la misma que debe ser abandonada.

b.2 Caso “Ivo Dutra” (Correcta aplicación del Test)

b.2.1 Introducción

119 El presente caso resuelto por nuestros magistrados de igual forma que el caso “Utopía”, en consecuencia también se calificó la comunicación contraria a la norma jurídico-penal con el elemento subjetivo del tipo-dolo eventual. Un hecho rescatable es que se sancionó —con elemento subjetivo del tipo dolo eventual— a un agente social-chofer de servicio público que mató al agente social-Ivo Dutra, ya que normalmente las mencionadas comunicaciones eran catalogadas como culposas (culpa consciente o en otras oportunidades culpa inconsciente) o quedaban impunes por ser catalogadas como meros accidentes.

El chofer en el caso concreto contraría la configuración social y pone en peligro esferas jurídicas ajenas. Las multas no hacen descender el índice de comunicaciones contrarias a la norma jurídico-penal —las multas de tránsito si bien son altas no generan fidelidad en el caso concreto—, es ahí donde el Derecho Penal se muestra en su máxima expresión para sancionar estas conductas con proporcionalidad y así prevenir futuras comunicaciones contrarias a la norma jurídico-penal similares.

En este momento histórico entra a tallar el derecho penal con su función de prevención general positiva, para estabilizar la sociedad y que los contactos sociales se desenvuelvan con normalidad. De esa manera, todos los miembros de la sociedad nos podamos desenvolver e interactuar con los demás miembros de la sociedad en búsqueda de la tan ansiada felicidad o por lo menos un estado de tranquilidad.

El mecanismo es el mismo, el test no cambia, únicamente cambian las constantes forenses y los datos variables para cada caso concreto. El juez argumentará²⁰² su propio

²⁰² Para argumentar la sentencia en su conjunto y la imposición de las consecuencias jurídicas del delito se suman más mecanismos y principios (proporcionalidad, culpabilidad, artículo 45 y 46 del código penal, atenuantes, agravantes, cuestiones de punibilidad, etc.), que acá por obvias razones no se describirán.

test para sostener la imputación del elemento subjetivo del tipo (dolo eventual o culpa consciente).

b.2.2 La aplicación el test en su plenitud (Caso “Ivo Dutra”)

120 En primer lugar, son relevantes todas las constantes forenses y datos variables.

La primera regla específica determina las constantes forenses que son útiles: 1) Las constantes forenses que influyen en determinar la alta probabilidad lógica de que el resultado podría suceder. 2) Las constantes forenses que demuestran que el agente social-imputado pudo prever y evitar —desde un punto privilegiado— la contradicción a la norma jurídico-penal. 3) Las constantes forenses que demuestren la elevada intensidad comunicativa.

Constantes forenses, en base a la primera regla específica: constantes forenses ex ante: Constante forense 1: El vehículo de transporte público estaba circulando a una velocidad no permitida, ya que se encontraba compitiendo por los pasajeros con otra unidad de servicio público. Constante forense 2: El agente social-chofer debía disminuir la velocidad cuando el vehículo se aproximara a los cruces como establece el reglamento de tránsito, lo cual no se realizó. Constante forense 3: El autobús iba por el carril izquierdo violando la regla que señala que los vehículos de servicio público de transporte de pasajeros deben transitar por el carril derecho. Constante forense 4: Omite otra regla de tránsito primordial, cruza la avenida en luz roja.

Constante forense durante: Constante forense 1: Al cruzar la avenida con el semáforo en luz roja, en el paso peatonal, impacta al joven Ivo Dutra con la parte delantera del bus.

Constante forense ex post: Constante forense 1: Luego del impacto, diez metros adelante, frena y no auxilia al agraviado. Constante forense 2: los exámenes médicos determinaron que la causa de la muerte del agente social-Ivo Dutra fue el fuerte impacto con el bus.

La segunda regla específica nos marca que son útiles las declaraciones del agente social-justiciable y/o los alegatos del abogado defensor que son epistemológicamente racionales y armonizan con los datos forenses.

En base a la segunda regla específica: Dato variable sin relevancia 1: El agente social-chofer admite que confió en que el agente social-agraviado por estar en el paradero no estaba al alcance del bus y que no sobrevendría lo que trágicamente aconteció. Dato variable sin relevancia 2: El agente social-chofer argumenta que no sabía que ir por el carril central era infringir una regla de tránsito. Dato variable sin relevancia 3: El agente social-chofer del bus indica que no vio al joven Ivo Dutra.

La hipótesis-respuesta que nos ofrece el Test exclusivamente se fundamenta y toma fuerza con las constante forenses recabadas de la primera regla específica, que nos demuestra el elemento cognitivo del dolo eventual. El sustento está en la elevada entidad del riesgo jurídicamente desaprobado creado por el agente social-chofer en el caso concreto, además, el output lesivo contrario a la norma jurídico-penal era altamente probable y lógico que sucediera. Finalmente, el autor pudo proveer la contrariedad a la norma jurídico-penal desde un punto de vista objetivo y privilegiado. Por lo tanto la primera regla específica nos dice que el agente actuó con el elemento subjetivo del tipo-dolo eventual con su elemento cognitivo.

La segunda regla específica y la más importante, nos ayuda a rechazar los datos variables (declaraciones del agente social-imputado y/o alegatos del abogado defensor) sin relevancia, para hacer posible la imputación del dolo eventual. Es decir, las declaraciones del justiciable donde señala su grado de confianza en que el hecho no suceda o que no pudo evitar el resultado por ser un accidente, etc., todos estos datos variables se desechan por no coincidir con su comunicación contraria a la norma jurídico-penal afirmada en las constantes forenses. Resulta inaceptable el argumentar falsas confianzas, representaciones, ausencia de representaciones o estados mentales erróneos, ya que son epistemológicamente irracionales y se contradicen con las constantes forenses.

Al desechar estas representaciones, confianzas, estados mentales erróneos, etc., por no coincidir con la realidad, el elemento volitivo a primeras luces escondido o encubierto salta a la luz. Se imputa la indiferencia psicológica-normativa, ya que el agente social quiere perennizar su capricho y su desprecio por esferas jurídicas ajenas por encima de la norma jurídico-penal. Por lo acotado, esta comunicación contraria a la norma jurídico-penal en su

estadio tipicidad, específicamente en la imputación subjetiva del tipo, es imputada a título de dolo eventual con sus elementos cognitivo y volitivo.

b.3 Caso “Globo Aerostático”

b.3.1 Introducción

121 El caso globo aerostático no tiene un sustento judicial, sin embargo a manera de ejemplo vamos a describirlo: (EJEMPLO 10) una joven pareja decide comprar vía internet un par de pasajes para participar en un viaje en globo aerostático por el mar de Lima. El viaje se realizaría en un total de cuatro horas, dos horas de ingreso al espacio aéreo del mar y dos horas de retorno. La pareja acude al lugar acordado, al inicio hubo un retraso pero igual partieron. Luego de dos horas de incursión en el mar el globo cae y la pareja fallece. Luego se verifica lo siguiente: la empresa que brindaba el servicio no contaba con licencia de funcionamiento para maniobrar en el espacio aéreo y mucho menos permiso para realizar los viajes con pasajeros, el globo no contaba con localizador satelital, el globo aerostático era antiguo, además no se le había realizado mantenimiento en los últimos años, no contaba con salvavidas para poder cubrir cualquier eventualidad y el piloto no quiso partir pero fue presionado por el gerente de la empresa para que parta de la playa, con el cielo nublado y proclive a tormenta. El agente social-gerente general arguye que él confiaba que la tormenta no ocasionaría la caída del globo, y nunca se representó que esto pudiese ocurrir por ende no acopló al globo aerostático los elementos mínimos de seguridad. Además, señala que no tramitó la licencia porque el trámite era muy largo y habiendo vendido los boletos con anticipación no podía defraudar a sus clientes. En una declaración posterior argumenta que actuó con culpa, ya que jamás hubiera querido el desenlace fatal.

b.3.2) La aplicación del test en su plenitud práctica (Caso “Globo Aerostático”)

122 La primera regla específica señala que son útiles: las constantes forenses que influyen en determinar la probabilidad lógica que nos indica que el resultado lesivo era

altamente probable que sucediera por el riesgo prohibido generado por el agente social-imputado, las constantes forenses que demuestran que el agente social pudo prever y evitar la contradicción a la norma jurídico-penal y las constantes forenses que demuestran la elevada intensidad comunicativa.

Constantes forenses relevantes con fundamento en la primera regla específica: Constantes forenses ex ante: Constante forense relevante 1: La empresa no contaba con licencia de funcionamiento para maniobrar en el espacio aéreo y mucho menos con pasajeros. Constante forense relevante 2: El globo aerostático era muy antiguo para circular, además no contaba con mantenimiento hacía ya varios años. Constante Forense 3: No contaba con salvavidas para poder cubrir cualquier eventualidad. Constante Forense relevante 4: El globo no contaba con GPS.

Constantes forenses durante: Constante Forense relevante 1: El piloto no quiso partir, pero fue presionado por el gerente general de la empresa para que parta de la playa, mediando un cielo nublado y proclive a tormenta. Constante Forense 2: el globo aerostático cae por averías técnicas.

Constantes forenses ex post: Constantes forenses 1: Las pericias señalan que los jóvenes murieron: Uno por ahogamiento y otro por hipotermia, como consecuencia de permanecer mucho tiempo en el agua helada del mar.

La segunda regla específica nos indica que son útiles las declaraciones del agente social justiciable y/o los alegatos del abogado defensor. Estas representaciones y estados mentales que arguye el agente social-imputado y/o el abogado defensor tienen que ser epistemológicamente racionales, o lo cual es lo mismo que dicha representación o estado mental en cuestión tenga origen en las constantes forenses.

Datos variables en base a la segunda regla específica: Dato variable sin relevancia 1: El agente social-gerente general arguye que el confiaba que la tormenta no ocasionaría la caída del globo, además nunca se representó que esto pudiese ocurrir por ende no acopló al globo los elementos mínimos de seguridad. Dato variable sin relevancia 2: Señala que no tramitó la licencia porque el trámite era muy largo y habiendo vendido los boletos antes no podía

defraudar a sus clientes. Dato variable sin relevancia 3: En una declaración posterior argumenta que solo actuó con culpa porque jamás hubiera querido el desenlace fatal.

La respuesta-Hipótesis que nos ofrece el Test únicamente se fundamenta y toma fuerza con los datos recabados en la primera regla específica, porque como observamos los datos variables de la segunda regla específica son muy débiles y epistemológicamente irracionales.

El elemento cognitivo necesario para el dolo eventual, descrito supra, toma consistencia basándonos en primer lugar en el conocimiento situacional (imputado) del riesgo jurídicamente desaprobado. Las constantes forenses nos indican la elevada entidad del riesgo jurídicamente desaprobado creado por el agente social en el caso concreto. Los sucesos contrarios a la norma jurídico-penal eran altamente probables y lógicamente podrían suceder. El agente social-autor pudo proveer la contrariedad a la norma desde un punto de vista objetivo y privilegiado, por lo tanto la primera regla específica nos dice que el agente actuó con dolo eventual con su elemento cognitivo.

Ahora, la segunda regla específica, la más importante, nos ayuda a rechazar los datos variables sin relevancia para el caso, es decir las declaraciones del justiciable y/o alegatos de su abogado defensor. En el presente caso todos los datos variables se desechan por no coincidir con la comunicación que contraviene a la norma jurídico-penal, no puede argumentar falsas confianzas, representaciones erróneas, ausencia de representaciones, etc., que son epistemológicamente irracionales, porque claramente contradicen las constantes forenses. Al desechar estas representaciones, confianzas, estados mentales erróneos, etc., por no coincidir con la realidad, es aquí cuando el elemento volitivo a primeras luces escondido o encubierto salta a la luz (la indiferencia psicológica-normativa, el desdén por la configuración social y la contrariedad a la norma jurídico-penal sustentan el elemento volitivo del dolo eventual). Por lo acotado, esta comunicación en su elemento tipicidad específicamente en la imputación subjetiva del tipo, es imputado a título de dolo eventual con sus elementos cognitivo y volitivo.

123 La Teoría Única Global de la Imputación del Dolo Eventual y la Culpa Consciente abarca la solución integral de la delimitación entre el dolo eventual y la culpa consciente. Cerrando la discusión de una vez por todas. Con nuestros conceptos se cubre la indefinición y el uso excesivo de criterios de valoración esparcidos en todas las teorías antiguas y

modernas. Con los contenidos de ambas figuras se brinda pilares para la correcta imputación de los elementos psicológicos-normativos que sí son imputables en la práctica. Los supuestos delimitan los casos que están dentro del dolo eventual y la culpa consciente. El TEST cierra el círculo al ser un método sencillo para imputar el dolo eventual o la culpa consciente. Hasta este punto todo el trabajo expuesto genera un candado dogmático y práctico para la imputación del dolo eventual y la culpa consciente. Se supera a cualquier otra teoría existente, ya que éstas no cubren todos los requerimientos teóricos y prácticos para zanjar la discusión.

Subcapítulo III Breve reseña de la correcta aplicación de la Teoría Única Global de la Imputación del Dolo Eventual y la Culpa Consciente a temas puntuales

Introducción

124 Dentro de la sociedad el Derecho Penal busca prevenir los conflictos graves existentes dentro de ella y busca crear fidelidad hacia la norma jurídico-penal (Prevención General Positiva). El derecho penal estabiliza el sistema.

Le compete a cada sociedad²⁰³, en un momento histórico determinado, despenalizar o penalizar determinadas conductas. La criminalidad es un coste de la libertad, no se puede eliminar, únicamente contener y prevenir en base a la correcta aplicación²⁰⁴ de las instituciones penales.

En los temas puntuales, infra, se exige a los jueces algo simple y sencillo: que apliquen correctamente²⁰⁵ las figuras penales (Principio de Legalidad), para así generar el coste correspondiente (Principio de Proporcionalidad) a las comunicaciones contrarias a la norma jurídico-penal (Principio de Culpabilidad) y así existirá la posibilidad de generar fidelidad en

²⁰³ SOLIS E., Alejandro. "Criminología: Panorama contemporáneo". 4ta. Edición. Fecat. Lima. 2004.

²⁰⁴ KELSEN, Hans. "La Teoría Pura del Derecho. Introducción a la Problemática Científica del Derecho". Trad. de Jorge G. Tejerían. Tribuna Abierta. Perú. 2011. pg. 32.

²⁰⁵ Aristóteles indicaba: "Cuando visito un país, no me paro a examinar si hay buenas leyes, sino si se cumplen las que haya, pues leyes buenas en todas partes las hay." en: Aristóteles. "Política". Bruguera. 1974.

los demás miembros de la sociedad (Prevención General Positiva). El problema no es la ineficacia de las normas jurídico-penales, sino la mala aplicación de éstas.

Con la correcta aplicación de la Teoría Única Global de la Imputación del Dolo Eventual y la Culpa Consciente, descrita en el presente trabajo, se creará predictibilidad y a la vez se podrá disminuir comunicaciones contrarias a la norma jurídico-penal que son observadas todos los días en los juzgados penales.

1.- Conductores de servicio público

125 Actualmente vivimos en un constante caos vehicular que perturba a todos los que salimos de nuestros hogares a desarrollar nuestras actividades diarias, nos arremete el desconcierto, que es generado por los conductores de transporte público (buses y combis). Éstos infringen un sinnúmero de normas de tránsito. Choferes con licencias vencidas e incluso sin ellas, se realizan competencia por pasajeros, pasan los semáforos en rojo, etc.

Ahora bien, se busca prevenir esta problemática al aplicar correctamente el elemento subjetivo del tipo-dolo eventual para los casos similares al caso “Ivo Dutra” o con aristas similares, ya que actualmente existen casos semejantes que son sancionados con elemento subjetivo-culpa consciente o se quedan impunes porque son catalogados como meros accidentes.

La propuesta es simple, si los impartidores de justicia utilizan correctamente los conceptos, los contenidos, los supuestos y el Test descritos en el presente trabajo, se llegará a calificar, siempre, estas conductas a título de dolo eventual y la pena será la correspondiente.

La correcta aplicación del dolo eventual generará seguridad jurídica e igualdad, que más allá de generar tranquilidad para los justiciables, también, generará fidelidad en los demás miembros de la sociedad hacia la norma jurídico-penal. Así se logrará prevenir o disminuir la tasa de comunicaciones contrarias a la norma jurídico-penal con elemento subjetivo-dolo eventual en las avenidas de la ciudad y carreteras que intercomunican las provincias de todo el país.

2.- Conductores en estado de embriaguez o drogadicción

126 Actualmente en nuestro país se asume una lucha contra las drogas no severa, ya que no se restringe el consumo y la posesión para el consumo de las drogas etiquetadas como ilegales. Cada sociedad determina que droga es legal y cual es ilegal de acuerdo a sus prioridades y en democracia.

Los consumidores de drogas ilegales son etiquetados como personas que se alejan de la sociedad y los consumidores de drogas legales son parte de la sociedad sin mayor etiquetamiento. El consumo de alcohol en nuestro país es un tema cultural, desde la época incaica hasta la actualidad, el alcohol es parte de la vida social diaria sin observar los daños al organismo del agente social-bebedor lo cual no nos importa, en honor a la verdad, lo que sí es relevante para el derecho penal es el accionar en estado de ebriedad o drogadicción atentatorio contra las esferas jurídicas de los demás agentes sociales.

Durante los últimos años se observa la impunidad que disfrutaban los conductores en estado de ebriedad o drogadicción, quienes matan o lesionan a agentes sociales inocentes.

Lo correcto y lo que se tiene que hacer es ser proporcional con las penas e imputar el elemento subjetivo-dolo eventual según cada caso concreto, no se teoriza nada del otro mundo. Con la sola aplicación de la Teoría Única Global de la Imputación del Dolo Eventual y la Culpa Consciente acá diseñada, el juez tendrá una herramienta infalible para hacer justicia.

3.- Organización de eventos abiertos al público

127 Como se observó en el punto referente al caso “Utopía”, supra, la manera en que actualmente, en nuestro país, se organizan eventos en los cuales corre riesgo la vida de los asistentes —discotecas, restaurantes, estadios, coliseos, etc. — son muy notorios. El caso

emblemático, por decir lo menos, único, en donde se imputó el elemento subjetivo del tipo-dolo eventual que se encuentra en la jurisprudencia es el caso “Utopía”.

Ahora bien, proponemos y concordamos con la posibilidad real y manifiesta de imputar dolo eventual cuando se presenten casos similares al caso “Utopía” y, por supuesto, que superen el filtro del TEST.

4.- Construcción inmobiliaria

128 Únicamente lo que es planeado deriva en susceptible de ser controlado, lamentablemente ocurre todo lo contrario en la construcción inmobiliaria. Existe un bajo control por parte de las autoridades y sobre todo desinterés de parte de los constructores — sean empresas grandes o pequeñas—, en ese contexto ocurren un raudal de output lesivos que son imputables penalmente a los responsables de controlar las medidas de seguridad.

En los últimos años se ha incrementado el boom inmobiliario en nuestro país y en la práctica se observan muchas muertes y lesiones en el proceso de construcción, sin embargo en la mayoría de los casos no ingresa a investigación fiscal por los seguros y dádivas que los dueños de las empresas aportan a los familiares de las víctimas. La respuesta penal debe ser simple, se debe de aplicar correctamente la Teoría Única Global de la Imputación del Dolo Eventual y la Culpa Consciente acá explicada, así se generará las sanciones correspondientes en cada caso concreto (dolo eventual).

5.- Productos destinados al consumo humano

129 En el caso de los output lesivos ocasionados por productos alimenticios producidos con estándares de calidad inexistentes (sin los permisos correspondientes, productos vencidos, productos adulterados, sin medidas sanitarias, etc.), se tiene que imputar el elemento subjetivo dolo eventual; claro está según cada caso concreto.

130 La importancia de la delimitación entre dolo eventual y culpa consciente sirve para solucionar casos que, lamentablemente, ocurren a diario. Es por ello que resulta necesario que los jueces sepan discriminar con claridad entre dolo eventual y culpa consciente.

Por todo lo expuesto en el presente trabajo se concluye que la Teoría Única Global de la Imputación del Dolo Eventual y la Culpa Consciente finiquita la discusión de la imputación del dolo eventual y la culpa consciente.



CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES



CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

CONCLUSIONES

1. No existe unanimidad en el tratamiento teórico y práctico de las figuras del dolo eventual y la culpa consciente en nuestro sistema penal, en consecuencia se quebrantan Principios básicos del derecho penal y se desestabiliza la seguridad jurídica.
2. La Teoría Única Global de la Imputación del Dolo Eventual y la Culpa Consciente que se fundamenta en el presente trabajo consta de: 1) Conceptos que delimitan los criterios de imputación. 2) Contenido del dolo eventual. 3) Supuestos que encasillan la imputación del dolo eventual y la culpa consciente. 4) TEST. Se concluye que la citada teoría finiquita la discusión del dolo eventual y la culpa consciente a nivel teórico y práctico.
3. Se entiende por dolo eventual y culpa consciente: Dolo eventual es la especial clase de imputación subjetiva del tipo que contiene elementos cognitivo y volitivo, que se imputa al agente-social autor en base a su comunicación contraria a una determinada norma jurídico-penal, en un contexto social determinado. Dicha comunicación demuestra intensa contrariedad hacia la norma jurídico-penal, por mediar ex-ante la alta probabilidad lógica de que el hecho normativo sucediera, además, el agente social-autor desde un punto de vista objetivo y privilegiado debió prever y evitar la contradicción normativa jurídico-penal. Culpa consciente es la especial clase de imputación subjetiva del tipo, que se imputa al agente-social autor en base a una determinada comunicación errónea con visualización del riesgo prohibido, en un contexto social determinado. Dicha comunicación demuestra sutilmente contrariedad hacia la norma jurídico-penal, por mediar ex-ante una probabilidad lógica mínima que el hecho normativo sucediera, además, el agente-social autor

desde un punto de vista objetivo pero atenuado debió prever y evitar esa contradicción normativa jurídico-penal.

4. El Test es un método simple y práctico que sirve para la transición correcta de nuestros conceptos de dolo eventual y culpa consciente hacia la práctica judicial.
5. Se debe imputar dolo eventual a casos similares ocurridos en determinaos contextos sociales tales como: Conductores de servicio público. Conductores en estado de embriaguez o drogadicción. Organización de eventos abiertos al público. Construcción inmobiliaria. Productos destinados al consumo humano. Según cada caso concreto.



RECOMENDACIONES

1. Por lo expuesto en el presente trabajo se recomienda abandonar íntegramente la teoría ecléctica. Ésta debe de ser desterrada de nuestro sistema penal.
2. Se recomienda la utilización en la práctica diaria judicial nuestra Teoría Única Global de la Imputación del Dolo Eventual y la Culpa Consciente.
3. Los conceptos acá rediseñados limitan los criterios de valoración determinantes para la imputación del dolo eventual o la culpa consciente, de esa forma se crea un seguro que protege el ingreso de cualquier otra teoría. Se recomienda la incorporación de ambos conceptos al sistema penal nacional.
4. El TEST debe ser aplicado en la práctica diaria judicial para diferenciar e imputar el dolo eventual o la culpa consciente.
5. Con la correcta imputación del dolo eventual a comunicaciones contrarias a las normas jurídico-penales ocurridas en determinados contextos sociales (Conductores de servicio público. Conductores en estado de embriaguez o drogadicción. Organización de eventos abiertos al público. Construcción inmobiliaria. Productos destinados al consumo humano.) se prevendría futuros hechos normativos similares.

BIBLIOGRAFÍA

ABANTO VÁZQUEZ, Manuel A: “*¿Normativismo Radical o Normativismo Moderado? Conferencia Dictada En El Marco Del “VI Curso Internacional De Derecho Penal”*”. Ingreso 04/12/2015

En: http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/2008/23-tomo-2/23b_normativismo_radical.pdf

ALEXY, Robert: “*Teoría de los derechos fundamentales*”. Traducción de Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.

ARISTÓTELES: “*Política*”. Editorial Bruguera, Barcelona, 1974.

ARMAZA GALDOS, Jorge y ZAVALA TOYA, Fernando: “*La decisión judicial para leer el Derecho Positivo a través da la Jurisprudencia*”. Gaceta Jurídica, Lima, 1999.

ASENCIO MELLADO, José María: “*Introducción al derecho procesal penal*”. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

BACIGALUPO, Enrique: “*Manual De Derecho Penal*”. Temis, Bogotá, 1996.

BERNAL PULIDO, Carlos: “*El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*”. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu: *“El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado”*. PPU, Barcelona, 1999.

CÓRDOBA, Fernando: *“Dolo y evitabilidad individual”*. Ingreso: 23/11/2015
En: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/1/dolo-y-evitabilidad-individual.pdf>

DWORKIN, Ronald: *“La Lectura moral de la constitución y la premisa mayoritaria”*. Traducción de Imer B. Flores, Cuestiones Constitucionales Número 7, Universidad Autónoma de México, 2002.

E. ESPEC-E. ECHEBURÚA: *“Violencia y trastornos de la personalidad: implicaciones clínicas y forenses”*. Ingreso: 23/11/2015
En: <http://www.ehu.es/echeburua/pdfs/Violencia%20y%20TP.pdf>

FRISCH, Wolfgang: *“Comportamiento típico e imputación del resultado”*. Marcial Pons, Madrid, 2004.

FRISCH, Wolfgang: *“Las medidas de corrección y seguridad en el sistema de consecuencias jurídicas del Derecho Penal.”* InDret, Barcelona, número 3, 2007.
Ingreso: 04/12/2015

En: http://www.indret.com/pdf/450_es.pdf

GACETA JURÍDICA: *“Dialogo con la Jurisprudencia”*. Año 10 N° 76, Lima, 2005.

GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás, RABANAL PALACIOS, Aladino, CASTRO TRIGOSO, William Hamilton: *“El Código Procesal Penal. Comentarios Descriptivos, Explicativos y Críticos.”*. Juristas Editores, Lima, 2012.

GARCÍA AMUCHASTEGUI, Sebastián Félix: *“La delimitación del dolo eventual y la culpa consciente en la jurisprudencia local. Una cuestión de hermenéutica jurídica o de política criminal”*. Revista IN IURE, año 3 Vol. 1.

Ingreso: 23/11/2015

En:

<http://revistaelectronica.unlar.edu.ar/index.php/iniure/article/download/365/263>.

GIMENO SENDRA, Vicente: *“Constitución y proceso”*. Tecnos, Madrid, 1988.

HABERMAS J.: *“Indeterminación del derecho y racionalidad de la administración de Justicia”*. En: Facticidad y Validez, Editorial Trotta, Bogotá 1998.

HOBBS, Thomas: *“Leviatán: la materia, forma y poder de un estado eclesiástico y civil”*. Traducción, prólogo y notas de Carlos Mellizo, Alianza, Madrid, 1996.

HUERTAS DÍAZ, OMAR: *“Dolo eventual en accidentes de tránsito: reflexión sobre el caso colombiano”*

Ingreso: 23/11/2015

En: <https://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/red/article/download/20033/16927>

JAKOBS, Günther: *“Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal”*. Traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez, Edit. Civitas, Madrid, España, 2003.

JAKOBS, Günther: *“Sobre la teoría de la pena”*. Traducción de Manuel Cancio Meliá, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 1998.

JAKOBS, Günther: *“Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional”*. Traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, Editorial Civitas, España, 1996.

JAKOBS, Günther: *“Derecho Penal Parte General Fundamentos y teoría de la imputación”*. Edit. Marcial Pons Ediciones jurídicas, Madrid, 1997.

JAKOBS, Günther y CANCIO MELÍA, Manuel: *“Derecho Penal del enemigo”*. Civitas Ediciones S. L., Madrid, 2003.

JAKOBS, Günther: *“Dolus malus”*. InDret. Barcelona, 2009. Ingreso: 04/12/2015
En: <http://www.indret.com/pdf/674.pdf>

JAKOBS, Günther: *“La Imputación Objetiva en el Derecho Penal”*. Edit. Ad-Hoc, Primera reimpresión, Argentina, 1997.

JAKOBS, Günther: *“La imputación penal de la acción y de la omisión”*. Traducción de: Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 1996;

JAKOBS, Günther: *“Coacción y personalidad. Reflexiones sobre una teoría de las medidas de seguridad complementarias a la pena”*. InDret, Barcelona, número 1, 2009. Ingreso: 04/12/2015
En: <http://www.indret.com/pdf/601.pdf>

JESCHECK, Hans-Heinrich: *“Tratado de derecho penal. Parte general”*. Traducción José Luis Manzanares Samaniego, Comares, Granada, 1993.

- JESCHECK, Hans-Heinrich/WEINGEND, Thomas:** *“Tratado de derecho penal parte general 5° ed. Renovada y ampliada”*. Trad. De Miguel Olmedo Cardenote, Edit. Comares, Granada, 2002.
- KAUFMANN, Armin:** *“El dolo eventual en la estructura del delito”*. Trad. Suárez Montes, ADPCP, Madrid, 1960.
- KELSEN, Hans:** *“La Teoría Pura del Derecho. Introducción a la Problemática Científica del Derecho”*. Traducción, Jorge G. Tejerían, Edit. Tribuna Abierta, Perú, 2011.
- LUHMANN, Niklas:** *“Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general”*. Traducción Silvia Pappé y Brunhilde Erker, CEJA, México, 1998.
- LUHMANN, Niklas:** *“El derecho de las sociedades”*. Herder, México, 2005.
- LUZÓN PEÑA, Diego Manuel:** *“Curso De Derecho Penal Parte General I”*. Editorial Universitas, Madrid, 1999.
- MADRIGAL GARCÍA, Carmelo-RODRÍGUEZ PONZ Juan Luis-Magistrados:** *“Derecho Penal Parte General”*. Carperi, Madrid, 2004.
- MAIER, Julio B.J.:** *“Derecho Procesal Penal”*. Editores del puerto, Buenos Aires, 1996.
- MIR PUIG, Santiago:** *“Derecho Penal Parte General”*. Editorial B de f, Julio César Faira editor, Montevideo, Buenos Aires, 2007.
- MIR PUIG, Santiago:** *“Función de la Pena y Teoría del Delito en el Estado Social y Democrático de Derecho”*. BOSCH Casa Editorial, S. A., Barcelona, 1982.
- MUÑOZ CONDE, Francisco:** *“Derecho Penal”*. IV Edición, Edit. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.

NÚÑEZ, Ricardo C.: *“Manual De Derecho Penal Parte general”*. Marcos Lerner Editora, Córdoba, Argentina, 1999.

ORÉ SOSA, Eduardo: *“Medidas de seguridad”* En: Oré Sosa y Palomino Ramírez. *“Peligrosidad criminal y sistema penal en el estado social y democrático de derecho”*. Reforma, Lima, 2014.

PÉREZ BARBERÁ, Gabriel: *“El Concepto De Dolo En El Derecho Penal Hacia Un Abandono Definitivo De La Idea De Dolo Como Estado Mental”*. Pensar en Derecho N° 1, 2012. Ingreso: 23/11/2015
En: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-enderecho/revistas/1/dolo-como-reproche.pdf>

PÉREZ BARBERÁ, Gabriel: *“El dolo eventual”*. Hammurabi, Buenos Aires, 2010.

PUPPE, Ingeborg: *“Comprobar, imputar, valorar: reflexiones semánticas sobre la fundamentación de sentencias penales y la posibilidad de su revisión jurídica”*. InDret, Barcelona. Ingreso: 04/12/2015
En: <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/268576/356164>

PUPPE, Ingeborg: *“La distinción entre el dolo e imprudencia”*. Trad. Marcelo Sancinetti, Hammurabi, Buenos Aires, 2010.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramón: *“De nuevo, el dolo eventual: un enfoque revolucionario para un tema clásico”*. Revista Para El Análisis Del Derecho, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2012. Ingreso: 04/12/2015
En: <http://www.indret.com/pdf/899.pdf>

RAGUÉS I VALLÈS, Ramón: *“El dolo y su prueba en el proceso penal”*. Bosch, Barcelona, 1999.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramón: *“Consideraciones Sobre La Prueba Del Dolo”* REJ – Revista de Estudios de la Justicia – Nº 4 – Año 2004, Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2002. Ingreso: 04/12/2015

En:

http://web.derecho.uchile.cl/cej/recej/recej4/archivos/PRUEBA%20DEL%20DOLO%20RAGUES%208_.pdf

RAGUÉS I VALLÈS, Ramón; *“La determinación del conocimiento como elemento del tipo subjetivo (Comentario a la STS de 24 de noviembre de 1995. Ponente Sr. Delgado García)”*; Anuario de derecho penal; ADPCP; Vol. XLIX Fasc. II. 1996.

Ingreso: 04/12/2015

En: https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-1996-20079500823_ANUARIO_DE_DERECHO_PENAL_Y_CIENCIAS_PENALES_Comentarios_a_la_Jurisprudencia_del_Tribunal_Supremo._La_determinaci%F3n_del_conocimiento_como_el_elemento_del_tipo_subjetivo

REYNA ALFARO, Luis Miguel: *“Litigación Oral y técnica de persuasión aplicadas al código procesal penal”*. Juristas Editores, Lima, 2010.

RODRÍGUEZ DELGADO, Julio: *“El Tipo Imprudente Una Visión Funcional Desde El Derecho Penal Peruano”*. Editorial Grijley, Lima, Perú, 2007.

ROJAS VARGAS, Fidel: *“Jurisprudencia Penal”*. Gaceta Jurídica, 1997.

ROXIN, Claus: *“Derecho Penal Parte general”*. Tomo I Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Civitas, trad. Diego Luzón Peña, Madrid, 1997.

ROXIN, Claus-DÍAZ ARANDA, Enrique-GIMBERNAT ORDEIG, Enrique-JÄGER, Christian: *“Problemas fundamentales de política criminal y derecho penal”*. Editor Enrique Díaz Aranda, Universidad Autónoma de México, 2002.

ROXIN, Claus: *“La teoría del delito en la discusión actual”*. Traducción Manual A. Abanto Vásquez, Grijley, Lima, 2007.

ROXIN, Claus: *“Política Criminal y Sistema del Derecho Penal”*. Traducción e introducción de Francisco Muñoz Conde, Segunda edición, Hammurabi, Buenos Aires, 2002.

ROXIN, Claus: *“Derecho procesal penal”*. Editores del Puerto, Buenos aires, 2000.

SAN MARTÍN CASTRO, César: *“Derecho Procesal Penal”*. Editorial Grijley, Lima, 2000.

SOLIS E., Alejandro: *“Criminología: Panorama contemporáneo”*. 4ta. Edición, Editora Fecat, Lima, 2004.

UDO EBERT: *“Derecho Penal Parte General”*. Traducción de Said Escudero Irra, Universidad Autónoma Del Estado De Hidalgo, México, 2005.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe: *“Derecho Penal Parte General”*, Grijley, Lima, 2007.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe: *“Introducción a la criminología”*. Grijley, Lima, 2000.

WELZEL, Hans: *“Derecho Penal Parte General”*. Trad. Conrado A. Finzi, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1956.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl: *“Tratado De Derecho Penal Parte General. Tomo III”*. Ediar, Argentina, 1981.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro: *“Derecho Penal Parte general”*. Ediar, Buenos Aires, 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl: *“Criminología, Aproximación Desde Un Margen”*. Tercera reimpresión; editorial Temis, Buenos Aires, 2003.

ZIFFER, Patricia: *“Medidas de seguridad y pronóstico de peligrosidad”*. BRUZZONE (Coord.), Cuestiones penales, Homenaje al profesor doctor Esteban J. A. Rigui, Buenos aires, 2012.



JURISPRUDENCIA

- Exp. N° 10-0681. Del Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional. República Bolivariana De Venezuela.
- Sentencia del 18/08/2005 del Cuarto Juzgado Penal, caso Max Álvarez Miranda homicidio de Carla Fabiana Badaraco. Perú.
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. Sentencia N° 079. 15-05-2000.
- Exp. N° 18707-2011 Corte Superior De Justicia De Lima, Vigésimo Octavo Juzgado Penal. Perú.
- Exp. N° 43-05. Sentencia del veintidós de noviembre del dos mil once, emitida por la Tercera Sala Penal para procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima.
- Ejecutoria Superior del 24 de Noviembre del 2004. Exp. 306-2004. Perú
- Exp. N° 0010-2002-PI/TC. Caso Marcelino Tineo Silva y más de 5000 ciudadanos. Perú.
- Caso “Alcalá 20” Sentencia del TS del 1 de junio de 1995. España.
- Cámara en lo Criminal 2 (Córdoba-Argentina). En auto interlocutorio 04/03/2004.
- Exp. N.° 02022-2008-PHC/TC. Perú.
- Exp. N° 0012-2006-PI/TC. Caso Colegio de Abogados de Lima, fs. 17-26. Perú.

- Sentencia de Cámara de Apelación en lo Penal de Venado Tuerto, 9 de Abril de 2012-Argentina (caso B., W.).
- Caso Rodolfo Sebastián Sánchez Rincón. Corte suprema de justicia sala de casación penal. Colombia. 25/08/2010.
- Exp. 589-94 Ancash 1998. Perú.
- Ejecutoria Suprema del 3-10-97. Exp. 3365-96. Piura. Perú.
- Exp. 3242-94 en Rojjasi Pella. 1997. Perú.
- Sentencia N° 035-98 de la Sala Mixta de Camaná de la Corte Superior de Justicia de Arequipa del 10 de febrero de 1998. Perú.
- Exp. 167-97-P/COR - Camaná. Perú.
- Exp. N° 2758-2004 HC/TC. Caso Castillo Petruzzi y otros. Perú.
- Exp. N° 2050-2002-AA/TC del 16/06/2003. Perú.
- Caso “Colza” sentencia del TS del 23 de marzo de 1992. España.
- Sentencia de la Primera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Lima del 24 de noviembre de 2004. Exp. N° 306-2004.
- Tribunal Supremo del Reino de España, en resolución N° 130/2010, N° de recurso 11363.

- STS 25-3-204 (RC 315/03) Foja 14-España.
- Exp. N.º 1014-2007-PHC/TC. Perú.
- Caso “Castro, Matías Daniel p.s.a homicidio simple, etc.” 09/11/2009 Cámara de acusación de Córdoba-Argentina.
- Exp. N.º 2521-2005-PHC/TC. Perú.
- Exp. N.º 2928-2002-HC/TC. Perú.
- Sentencia de Cámara Nacional de Casación Penal, 8 de Septiembre de 2009-Argentina (caso Rivas, Osvaldo Arturo)

