

Lorena Varela

# Dolo y error

Una propuesta para  
una imputación  
*auténticamente*  
subjetiva



La creciente normativización de las categorías del delito es una tendencia incuestionable. Con este trabajo se pretende aportar una visión alternativa de dicho fenómeno en el ámbito de los elementos subjetivos del tipo, en concreto, del dolo y la imprudencia. El enfoque dogmático escogido para el estudio de estos elementos subjetivos será el de la teoría de las normas y de la imputación, abordado desde los aportes de las ciencias sociales.

Desde la teoría de las normas se pondrá en evidencia la conexión que existe entre el autor del delito y sus conocimientos necesarios para la infracción del deber (contenido en la norma de conducta). Desde la doctrina de la imputación se advertirá la dimensión exclusivamente subjetiva que ha de someterse al juicio de desvalor y de atribución. Los aportes de las ciencias sociales revelarán los aspectos no estrictamente jurídicos que deben considerarse en la elaboración dogmática de los elementos del delito.

El trabajo se estructura en dos cuestiones capitales: la definición y clasificación cognitiva del elemento subjetivo y su valoración e imputación.



LORENA VARELA

# **DOLO Y ERROR**

Una propuesta para una imputación  
*auténticamente* subjetiva

2016



BOSCH EDITOR

© SEPTIEMBRE 2016 LORENA VARELA

© SEPTIEMBRE 2016



**Librería Bosch, S.L.**

<http://www.jmboscheditor.com>

<http://www.librieriabosch.com>

E-mail: [editorial@jmboscheditor.com](mailto:editorial@jmboscheditor.com)

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Dirijase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra ([www.conlicencia.com](http://www.conlicencia.com); 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

ISBN papel: 978-84-945803-7-6

ISBN digital: 978-84-945803-8-3

D.L.: B19579-2016

Diseño y maquetación: Cristina Payà ([cspaya@sbeditorialdesign.com](mailto:cspaya@sbeditorialdesign.com))

*Printed in Spain* – Impreso en España

# Índice

Nota preliminar.....	9
Principales abreviaturas y siglas utilizadas.....	17
Introducción.....	19

## Parte Primera

### Premisas teóricas

#### Capítulo Introductorio

Puntos de partida.....	25
1. Consideraciones generales.....	25
2. Sobre los fines del Derecho penal y los principios de lesividad y culpabilidad.....	32
2.1. Sobre los fines del Derecho penal.....	32
2.2. Sobre los principios de lesividad y culpabilidad.....	42
3. Persona y responsabilidad.....	52
4. Breve mención de las posturas desde las cuales abordar el hecho punible.....	68
4.1. Teoría del delito desde la teoría de las normas.....	76
4.2. Teoría del delito desde la doctrina de la imputación.....	83
4.3. Toma de postura: teoría del delito desde una tesis mixta.....	93
4.3.1. Modelo bipartito del delito.....	97

4.3.2. Teoría de las normas como normas de conducta y de sanción .....	104
4.3.3. Doctrina de la imputación como reglas de imputación .....	117
4.3.4. Teoría de las incumbencias como presupuestos de cumplimiento del deber.....	124
4.3.4.1. Concepto y función de las incumbencias.....	130
4.3.4.2. Efectos de la inobservancia de las incumbencias .....	143
4.3.4.3. Clases de incumbencias .....	150

## Parte Segunda

### Conocimiento y error

#### Capítulo Primero

Definición del conocimiento y error.....	165
1. Consideraciones generales.....	165
2. Conocimiento y error.....	166
2.1. Definiciones próximas al conocimiento: representación y consciencia .....	166
2.2. Definición de conocimiento .....	177
2.2.1. ¿Conocimiento como estado mental o como acto mental? .....	179
2.2.2. Conocimiento como proposición .....	188
2.2.3. Conocimiento y creencia.....	196
2.2.4. Teorías de la verdad.....	201
2.3. Definiciones de desconocimiento y error .....	215
2.4. Modelo de la racionalidad humana limitada.....	219
3. Conocimiento típico .....	228
3.1. Planos empírico y normativo del conocimiento típico .	231
3.2. Objeto del conocimiento típico .....	239

3.2.1. Dimensiones fáctica y expresiva de los hechos típicos	245
4. Error típico .....	253
4.1. Error de tipo sobre la dimensión fáctica .....	258
4.2. Error de tipo sobre la dimensión expresiva .....	264

**Capítulo Segundo**

Clasificación del conocimiento .....	269
1. Consideraciones generales.....	269
2. ¿Lógica binaria o paradoja sorites? versus <i>fuzzy logic</i> .....	269
3. Aportes de otras disciplinas en la clasificación del conocimiento.....	280
3.1. Juicios de certeza e incerteza versus juicios de probabilidad e improbabilidad .....	281
3.2. Cálculo de probabilidades.....	291
4. Clases de conocimiento y error .....	301
4.1. Propuesta de clasificación (o graduación) de las modalidades subjetivas.....	303
4.1.1. Conocimiento consciente y coconsciente .....	308
4.1.2. Conocimiento cierto e incierto .....	317
4.1.3. Error, ceguera e ignorancia.....	320

**Parte Tercera**

Imputación y clases de imputación del conocimiento y error

**Capítulo Tercero**

Imputación del conocimiento y error .....	327
1. Consideraciones generales.....	327
1.1. Consideraciones generales sobre la estructura objetiva de los tipos doloso e imprudente .....	332
1.2. Consideraciones generales sobre la estructura subjetiva de los tipos doloso e imprudente.....	341

2.	Juicio de imputación subjetiva.....	344
2.1.	Dimensión temporal del juicio de imputación: perspectivas <i>ex ante</i> y <i>ex post</i> .....	352
2.2.	Dimensiones objetiva y subjetiva de los juicios de atribución e imputación: baremos de medición....	354
2.2.1.	¿Baremo de la persona limitadamente razonable en la atribución objetiva y en la imputación subjetiva? .....	360
2.2.1.1.	Concepto de persona promedio como baremo objetivo .....	365
2.2.1.2.	Concepto de autor individual como baremo subjetivo .....	373
2.2.2.	¿Baremo objetivo o baremo subjetivo en la imputación subjetiva? .....	374
2.2.2.1.	Toma de postura a favor del modelo diferenciador intersubjetivista-subjetivista .....	392
2.3.	Dimensión valorativa del juicio de imputación.....	404
2.4.	Dimensión de sentido del juicio de imputación: el reconocimiento .....	410
3.	Resulta: un modelo de imputación moderado .....	417
3.1.	Fundamento del modelo de imputación moderado: exigibilidad como criterio regulativo.....	427
3.1.1.	Exigibilidad e infracción del deber en el conocimiento y en el error .....	436
3.1.2.	Exigibilidad según la evitabilidad en el conocimiento y en el error .....	442
3.2.	Teoría de la verdad en el modelo de imputación moderado.....	451
3.3.	Reglas de prueba y reglas de imputación .....	458
3.4.	El modelo moderado de la imputación.....	471
4.	Casos problemáticos de la imputación dolosa e imprudente	496

4.1. Conocimientos coconscientes o marginales: ¿imputación dolosa? .....	497
4.2. Conocimientos especiales: ¿imputación dolosa? .....	509
4.3. Asunción de riesgos extravagantes: ¿imputación dolosa? .....	532
4.4. Asunción de riesgos controlables: ¿imputación imprudente? .....	548
4.5. Breves consideraciones valorativas sobre los casos problemáticos .....	564

**Capítulo Cuarto**

Clases de imputación del conocimiento y error.....	567
1. Consideraciones generales.....	567
2. Clases de imputación: ordinaria y extraordinaria.....	574
2.1. Fundamento común a las clases de imputación .....	578
2.2. Objeto de la imputación .....	582
2.2.1. Incumbencia subjetiva de conocer .....	588
2.2.1.1. Incumbencia subjetiva de conocer según el grado de conocimiento o creencia.....	593
2.3. Reglas de operación: consecutivas y adversativo-consecutivas.....	597
3. Imputación ordinaria ( <i>libera in se</i> ) .....	601
3.1. Clases de imputación ordinaria.....	602
3.1.1. Imputación ordinaria grave .....	603
3.1.1.1. Conocimiento cierto .....	603
3.1.1.2. Ceguera instantánea cierta.....	603
3.1.2. Imputación ordinaria leve .....	612
3.1.2.1. Conocimiento incierto.....	613
3.1.2.2. Ceguera instantánea incierta.....	617
4. Imputación extraordinaria ( <i>non libera in se pero sí in [sua] causa</i> ) .....	618

4.1. Modelos explicativos de la imputación extraordinaria	620
4.2. Clases de imputación extraordinaria.....	630
4.2.1. Imputación extraordinaria grave.....	632
4.2.1.1. Ceguera provocada .....	636
4.2.1.2. Ceguera no-evitada.....	654
4.2.1.3. Imputación extraordinaria grave y deber cualificado de conocer.....	654
4.2.2. Imputación extraordinaria leve.....	662
4.2.2.1. Error de tipo vencible .....	669
4.2.2.2. Ceguera evitable .....	674
Bibliografía citada.....	677
Jurisprudencia citada.....	729

---

# Introducción

La cuestión sobre la definición del dolo, su posible clasificación, su valoración e imputación forma parte de uno de los temas, que desde las primeras épocas ha suscitado entre filósofos y juristas un innegable interés y apasionado debate. A decir verdad, ya la sola discusión sobre la definición podría llenar una modesta biblioteca, de modo que plantear un trabajo en donde, además, se analice dicha discusión desde la teoría de las normas y de las reglas de imputación hace todavía más interesante y compleja la labor. Como en todos los planos de la vida, también en la discusión científica, existen temas sobre los cuales siempre se habla, opina y teoriza, quizá no porque se tenga nada nuevo por aportar o algo por resolver inmediatamente, sino, simplemente, porque hablar de esos temas causa una curiosa fascinación. Y esto es lo que caracteriza al dolo, una especie de atracción irresistible sobre su teoría y no sólo por su innegable trascendencia práctica, sino también porque, en sí, el debate teórico va abriendo nuevos frentes de argumentación de una serie de cuestiones bien distintas, que en ocasiones se resuelven del mismo modo sin mayores razones<sup>1</sup>.

Lo cierto es que la teoría y práctica del dolo son dos mundos diferentes, que han de complementarse en la medida de lo posible, porque el primero no ha de reducirse al segundo, ni éste a aquél. Soy de la idea de que la teorización del dolo no ha de ser vista como la apología de una dogmática sin consecuen-

---

1 Hace pocos años atrás PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, 2011, pp. 52, 55 defendió la relevancia práctica de una investigación sobre el dolo basada en un «imperativo de corrección teórica», pero al servicio de la práctica, en donde además se destacó que es a través de las precisiones conceptuales desde las cuales se logra mayor plausibilidad en el encuadramiento de casos.

cias, sino, en todo caso, como una constante en el proceso de reflexión<sup>2</sup> sobre una serie de cuestiones –que con tiempo y esfuerzo– hacen posible propuestas de solución a nuevas realidades delictivas, a la vez que una asignación más razonable de la responsabilidad penal. Por otro lado la práctica del dolo no debe conducir a una prueba tasada desde meras reglas de experiencia, suplantando el «dolo del autor» por el «dolo social» o el «dolo del juez».

El trabajo se organiza en tres partes. La Parte Primera intitulada *Premisas teóricas* cuenta con un *Capítulo Introductorio* en el cual se exponen las principales premisas del trabajo, tomando postura sobre conceptos y teorías generales que dan fundamento a la propuesta personal. En la Parte Segunda bajo la rúbrica *Conocimiento y error* se trabajan dos capítulos. En el *Capítulo Primero* (Definición del conocimiento y error) se reseña sobre los conceptos de conocimiento y error desde la filosofía y psicología, y sobre los conceptos de conocimiento y error típicos desde la dogmática jurídica. En el *Capítulo Segundo* (Clasificación del conocimiento y error) se propone desde una postura cognitivista una graduación del conocimiento y error. En la Parte Tercera intitulada *Imputación y clases de imputación del conocimiento y error* trabajo dos capítulos. En el *Capítulo Tercero* (Imputación del conocimiento y error) se desarrollan los diferentes aspectos del juicio de imputación subjetiva y se propone un modelo moderado de imputación planteado desde la subjetividad del autor –de allí el título de esta obra. En el *Capítulo Cuarto* (Clases de imputación del conocimiento y error) se abordan las clases y subclases (leve y grave) de la imputación ordinaria y extraordinaria del conocimiento y error.

Para finalizar: este trabajo no hubiese sido posible sin la concurrencia de muchas condiciones de variada índole. Si las suprimiera mentalmente, con total certeza, no estaría escribiendo estas palabras. Académicamente debo gratitud a muchas instituciones y personas. Al Departamento de Derecho de la Universitat Pompeu Fabra de Barcelona por la beca de Docto-

---

2 Se aprecia este proceso de reflexión en la obra de RAGUÉS I VALLÈS, como se verá a lo largo del texto. En su monografía sobre la imputación del dolo (1999) parece negar la utilidad práctica de la tripartición del dolo, pero, posteriormente, en su libro sobre la ignorancia deliberada (2007) considera necesario replantearse las clases de dolo, a la luz de otras formas de criminalidad (narcotráfico, blanqueo de capitales, terrorismo, estafa).

rado-UPF (que me permitieron combinar tareas de investigación y docencia), al Ministerio de Educación, Cultura y Deporte español (MECD), al *Deutscher Akademischer Austausch Dienst* (DAAD) y al *Max-Planck-Gesellschaft* (MPG) alemanes por las ayudas económicas recibidas para estadias de investigación en Alemania y España durante la elaboración de esta texto. Un recuerdo especial a la «mejor versión» del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Jesús-María Silva Sánchez que, desde el inicio de mi doctorado en el 2005 hasta pocos meses antes del depósito de mi tesis en el 2015, fue un maestro. También un agradecimiento especial al Prof. em. Dr. Dres. h.c. Wolfgang Frisch por tutorizar mis dos estancias de enero a marzo de 2009 y de septiembre de 2009 a marzo de 2010 en el *Institut für Strafrecht und Strafprozessrecht, Albert-Ludwigs-Universität Freiburg*; así como al Prof. Dr. Marco Mansdörfer por toda la colaboración científica prestada durante mis estancias en el mencionado Instituto; al Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Ulrich Sieber del *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht de Freiburg im Breisgau*, a los Dres. Pablo Galain Palermo y Teresa Manso Porto y al Jefe de Sección de América Latina Jan-M. Simon, quienes tan desinteresadamente me ayudaron en la búsqueda bibliográfica en mi paso por el instituto en el caluroso julio y agosto de 2012. Asimismo, mi reconocimiento al Prof. Dr. Pablo Sánchez-Ostiz, quien compartió interesantes observaciones a mis primeras exploraciones sobre la doctrina de la imputación durante una estancia en la Universidad de Navarra en el verano de 2013; al Prof. Dr. Fernando Molina Fernández en mi paso estival de 2014 en la Universidad Autónoma de Madrid por respaldar científicamente mi formación en teoría de las normas y teoría del delito; así también, a todos los profesores de la misma universidad por incluirme en sus debates diarios y permitirme ensayar mis ideas en un seminario en pleno calor seco de julio; finalmente, al Prof. Dr. Bernardo Feijoo Sánchez por darme a entender que en el cultivo de la ciencia penal «mejor saber... saber más».

No puedo dejar de mencionar al personal del Departamento de Derecho de la Universitat Pompeu Fabra por la eficiente gestión en todo lo atinente al doctorado y, en particular, por la amabilidad y paciencia que han mantenido con mis idas y vueltas en la elaboración de esta tesis. Igualmente, al personal de biblioteca que me ha facilitado sin condiciones, cotidianamente durante una década, los recursos necesarios para elaborar este texto.

Indudablemente, en el plano personal radica mi más gravosa deuda de gratitud. El amor de mi familia, de mis amigos más o menos cercanos y de

mis amigos-hermanos han significado esa base compleja sin la cual, derechamente, no somos nada o somos algo sin mucho sentido. Por pudor sentimental prefiero mantenerlas en reserva.

Mención individual, como Dios manda, merece el apoyo intelectual y académico del Prof. Dr. David Felip i Saborit, que ha sido brindado en el momento más amargo pero, a la vez –no sé por qué–, el más feliz de la culminación de mi tesis doctoral.

En último lugar, quiero agradecer muy especialmente a Javier Bosch Bolibar, administrador de la Editorial J.M. Bosch Editor, por la confianza depositada en la publicación de esta obra y por la profesionalidad de su trato y trabajo.