

CONOCIMIENTO Y SISTEMAS COGNITIVOS.
ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA IMPRUDENCIA

JUAN IGNACIO PIÑA ROCHEFORT*
Pontificia Universidad Católica de Chile

SUMARIO: I. Introducción: Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el tipo penal. II. El objeto de la subjetividad del autor o tipo objetivo. III. La construcción binaria del tipo subjetivo. IV. La presencia transversal del conocimiento en el dolo y la imprudencia. A) El conocimiento en la imprudencia. a) Conocimiento e imprudencia inconsciente. b) El tránsito de la imprudencia inconsciente a la consciente: el sistema cognitivo secundario. c) Conocimiento e imprudencia consciente. V. Conocimiento y Dolo. VI. ¿Y la voluntad?

PALABRAS CLAVE: Imprudencia, sistema cognitivo, objetivo, subjetivo, tipo penal.

I. INTRODUCCIÓN: SOBRE LO OBJETIVO Y LO SUBJETIVO EN EL TIPO PENAL

Las clasificaciones que por razones metodológicas o propedéuticas se utilizan para sistematizar las distintas categorías de la teoría del delito muchas veces hacen olvidar que en realidad se trata, más que de distintos elementos autónomos, de meras perspectivas de observación. Así, cuando de un hecho se predica que es injusto o que es culpable, no se hace referencia a una parte de un hecho (el hecho no tiene una parte injusta y una parte culpable), sino que simplemente se decide observar ese hecho, único, todo, desde la perspectiva del injusto o desde la perspectiva de la culpabilidad. En términos sencillos se trata de decidir, como un observador, un lugar desde el que se va a escrutar ese hecho y no perder de vista que ese hecho es el que observamos y que esa es la perspectiva desde la que lo observamos. Desatender cualquiera de los dos aspectos implica hacer una defectuosa observación, sea por interponer cosas entre nosotros y el objeto, sea porque nos desatendemos nosotros mismos como observadores, olvidando nuestras características y limitaciones. No se pueden hacer observaciones sin observadores¹ y la única conciencia que se nos debe exigir (pues ni sortear nuestros sesgos es exigible) es que no perdamos por un minuto de vista cuál es la operación que estamos realizando.

* Abogado, Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Penal de la Pontificia Universidad Católica de Chile. jipina@uc.cl

¹ VON FOERSTER, Heinz, *Observing Systems*, (Seaside, 1981), *passim*.

En el caso del tipo penal ello es particularmente visible. De hecho, en su formulación más sencilla podríamos decir que el juicio de la tipicidad es la observación del hecho desde la perspectiva de la ley. Mientras el tipo se entendió de un modo exclusivamente descriptivo resultaba sencillo entender que la operación era de “confrontación” de una descripción legal con un suceso, con un caso². Sin embargo, como en realidad no es la ley la que observa, sino que es un observador que usa el prisma de la ley para observar el hecho, el asunto se dificultaba aún más. Los insondables problemas que emanan de esta constatación no pueden ser revisados aquí por ser el centro de la preocupación de la hermenéutica. La *applicatio legis ad factum*³ no es sino la observación del hecho por un observador sirviéndose del prisma de la ley⁴.

Ya desde la inicial formulación de Beling (que se sirvió de la expresión *Tatbestand* literalmente, “supuesto de hecho”), con el concepto de tipo se enunciaba la totalidad de elementos que constituían esa descripción legal y que tenían que ser el objeto de conocimiento y voluntad para afirmar o excluir el dolo⁵. El concepto de Beling tenía dos características fundamentales: era, por una parte, objetivo y, por la otra, carente de toda valoración (no anticipaba desvaloración jurídica alguna). La posterior constatación de innegables elementos subjetivos de la mano de los trabajos de Max Ernst Mayer y Mezger (entre otros)⁶, permitió que ya desde la década del 30 se asentara en la dogmática alemana la asunción incuestionable de que en el tipo coexistían elementos objetivos y subjetivos. Ello se consolidaría con el aporte finalista que situó definitivamente el dolo dentro

² Sobre esto SILVA SÁNCHEZ, José María, Aproximación al Derecho penal contemporáneo, (Barcelona, 1992), pp. 62 ss., 67 ss.

³ HRUSCHKA, Joachim, Reglas de comportamiento y reglas de imputación, en Imputación y Derecho Penal. Estudios sobre la teoría de la imputación, (Aranzadi, 2005), p. 32 y ss.

⁴ Probablemente el proceso de renormativización de los tipos penales fue, con el afán de conseguir una mejor interpretación de ellos, oscureciendo este proceso al punto que poco parece quedar de ese objetivo inicial. Incluso, me atrevería a decir, no ha sido capaz de conseguir una adecuada distinción de los diferentes elementos que lo integran. Cuando el proceso ha terminado por normativizar prácticamente todos los elementos del tipo se incrementan las dificultades para distinguir aquellos elementos cuya perspectiva de observación es distinta de la que se servía del código binario normativo/descriptivo. En el tratamiento de la imprudencia, como elemento subjetivo del tipo, subsisten una serie de episodios más bien referidos a una infracción normativa de carácter objetivo, y a pesar de ello se siguen tratando en el ámbito de la imputación subjetiva. JAKOBS, Günther, La imputación objetiva en derecho penal, en *Estudios de Derecho Penal*, (Madrid, 1997), pp. 164; ROXIN, Derecho penal. Parte general, Tomo I, (Madrid, 1997), pp. 999 ss., 1021 y 1022.

⁵ ROXIN, Derecho penal. Parte general, ob. cit., § 10, I, 1.

⁶ ROXIN, Derecho penal. Parte general, ob. cit., 280; MEZGER, Edmund, Die subjektive Unrechtselemente, *Gerichtssaal* 89, p. 259, cit. por MIR PUIG, Santiago, Introducción a las bases del Derecho penal, (Madrid, 2002), p. 222.

de estos elementos subjetivos, es decir, como parte del tipo, arrancándolo de la categoría de la culpabilidad donde la tradición lo había alojado⁷. Esto modificó fundamentalmente la concepción inicial ofrecida por Beling, consolidando dos fases del tipo, una objetiva y otra subjetiva, cuya estructura permanece, en lo fundamental, hasta nuestros días.

La segunda característica propuesta por Beling también sería prontamente revisada. La idea de un tipo absolutamente neutral chocó con uno de los más relevantes descubrimientos jurídicos del primer cuarto del siglo XX, la de los elementos normativos del tipo⁸. El tipo cumplía con Mayer una función eminentemente denotativa de la antijuridicidad (era indiciaria de ella), lo que la apartaba de una absoluta neutralidad⁹. La constatación de que casi todos los elementos incorporados en los tipos penales son, en cierto sentido, normativos¹⁰, terminó por transformarse en un obstáculo insalvable para la neutralidad. Ello no quiere decir que se trate de una desvaloración en sentido jurídico, pero sí que la necesidad de valorarlos desde la perspectiva jurídica es ineludible. En un ejemplo, para determinar la concurrencia de una apropiación en un hurto hay que hacer una valoración de carácter jurídico, lo que no implica que esa valoración pueda estimarse como antijurídica. Lo mismo para la determinación de la muerte, momento que se construye a partir de una valoración jurídica y siguiendo reglas jurídicas, lo que no significa su declaración como antijurídica. Por eso es posible cuestionar tanto la concepción del tipo como una *ratio cognoscendi* respecto del injusto como la que lo entiende como la *ratio essendi*, aunque sin duda estaría más cerca de esta última. Más allá de estas cuestiones, sobre las que no podemos ahondar aquí, que el tipo penal es una estructura totalmente normativa hoy parece difícil de desconocer.

Los siguientes apartados pretenden aproximarse a esta cuestión desde la perspectiva del tipo subjetivo. Nos serviremos para esto de la ya clásica distinción entre tipo objetivo y tipo subjetivo (la distinción entre los elementos objetivos y los elementos subjetivos del tipo), entendiendo que, como enunciamos recién, esto constituye simplemente una perspectiva de observación. Nos proponemos observar el tipo aplicando como código binario objetivo/subjetivo para observar aspectos de un único hecho típico. Es evidente que respecto de muchos de ellos la aplicación del código es altamente dificultosa, pues se encuentran a tal punto

⁷ WELZEL, Hans, *El Nuevo Sistema del Derecho penal* (Buenos Aires, 2004), pp. 97 y ss.; el mismo, *Teoría de la acción finalista* (Buenos Aires, 1951), p. 29; MIR PUIG, Santiago, ob. cit., p. 222.

⁸ Ya ROXIN, en su *Strafrecht*, AT, (München, 1915), pp. 182-185. Hay versión en castellano: *Derecho Penal Parte General*, (Argentina, 2007).

⁹ CURY, Enrique, *Derecho Penal, Parte General* (Santiago, 2009), pp. 287 y ss.

¹⁰ WOLF, Martin, *Die Typen der Tatbestandsmäßigkeit*, (1931), pp. 56-61.

imbricadas sus dimensiones objetivas y subjetivas que prácticamente se hace imposible adscribir las a uno u otro lado de la distinción¹¹.

II. EL OBJETO DE LA SUBJETIVIDAD DEL AUTOR O TIPO OBJETIVO

Que el tipo objetivo está fundamentalmente compuesto de dos estructuras, la conducta y el resultado, admite escasa controversia. Del mismo modo, que la disposición subjetiva del agente debe referirse a esas dos estructuras resulta palmario. La conducta es observada a través del prisma del tipo y ya hemos enunciado que ese prisma no es neutro. El observador la tematiza y la valora de modo de poder asignarle uno de dos valores (típico/atípico). Que para esto haya de descomponerla en elementos menores, es decir, que deba aproximarse analíticamente para efectos de la exactitud de su observación es un asunto metodológico que no varía el fondo de la cuestión¹². En todos esos casos se trata de optimizar la aplicación del código frente a tipos complejos (compuestos de varios elementos)¹³. Que para determinar si la conducta desplegada corresponde a un robo y que puede constatarse una apropiación por medio de intimidación de una cosa mueble ajena haya que aplicar el código a cada uno de los elementos no es sino la forma de aplicarlo.

Del mismo modo, igualmente es sabido que la incorporación del resultado es una opción contingente del legislador, pero que en aquellas ocasiones en que se incorpora acarrea una serie de problemas de atribución de esos resultados.

Luego, en términos muy sencillos y ya conocidos, existe una primera imputación objetiva de la conducta (imputación objetiva de comportamiento) que no es sino la adscripción jurídica de la conducta desplegada y una segunda imputación objetiva de resultado, que es la adscripción de ese resultado a la conducta desplegada. Como ya se ha anticipado estas son dos observaciones, desde la perspectiva del tipo, de un hecho. O, si se quiere, de dos hechos al menos lógicamente distinguibles, si bien fácticamente muchas veces unidos y casi imposibles de distinguir. El tipo observa la conducta e intenta asignarle uno de los dos valores (típico/atípico) y cuando corresponde lo mismo intenta con el resultado¹⁴.

En el tratamiento habitual de la imprudencia suelen confundirse estos aspectos objetivos con los subjetivos. Es común que se trate como una estructura de imputa-

¹¹ Piénsese, por ejemplo, en la “simulación” que evidentemente está compuesta de una actuación externa pero que lleva insito un engaño. Ello, sin embargo, responde más a problemas propios de la filosofía del lenguaje (incluso en su vertiente del atomismo lógico de Russel) que a la construcción estructural de tal o cual elemento del tipo.

¹² PIÑA, Ignacio, *Rol social y sistema de imputación*, (Barcelona, 2005), pp. 213 ss.

¹³ *Ibid.*, pp. 214-215.

¹⁴ CANCIO, Manuel, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, (Mendoza, 2001), pp. 86 y ss.

ción subjetiva nominalmente, pero que materialmente se objetivice identificándola con infracciones reglamentarias o conductas intensamente descuidadas. En efecto, cuando Welzel definía la acción culposa como “no poner el cuidado debido en el tráfico”¹⁵, o Max Ernst Mayer afirmaba que “corresponde imputar culpa, al que ha empleado menos cuidado del que debía y podía”¹⁶, demuestra lo común que ha sido poner el énfasis en la infracción objetiva de cuidado. Ello puede explicarse –que no justificarse– porque la imputación imprudente afecta ambas faces del tipo, tanto la objetiva como la subjetiva. En otros términos, hay una alteración también del tipo objetivo al que se incorporan elementos normativos adicionales para la determinación de la superación del riesgo permitido. Por una parte, una infracción de un deber de atención o cuidado de gran intensidad (imprudencia temeraria) o bien una infracción de esos deberes acompañados de una infracción reglamentaria (mera imprudencia o negligencia con infracción de reglamentos). Por decirlo de algún modo, se trata simplemente de elementos adicionales del tipo que deben concurrir para la imputación a título imprudente. Bien sea una gradación de la superación del riesgo permitido, bien sea la infracción específica de un reglamento.

A ese tipo objetivo, diferente del tipo objetivo del respectivo delito doloso, debe referirse al conocimiento del autor. Sobre cuál es el contenido de ese conocimiento, nos detendremos a continuación.

III. LA CONSTRUCCIÓN BINARIA DEL TIPO SUBJETIVO

El tipo subjetivo suele entenderse como aquella dimensión interna, propia del fuero invisible del agente, que acompaña la satisfacción objetiva de la conducta prohibida. Como es sabido, su incorporación como una dimensión del tipo penal es más bien tardía, pues dominante e históricamente se estimaba que solo los elementos objetivos pertenecían al tipo¹⁷. Más allá de las vicisitudes de su contenido concreto, se suele entender como una cierta disposición mental capaz de transformar el movimiento externo (o la ausencia de él) en un hecho subjetivamente atribuible. Además de la incorporación de otros elementos subjetivos (también posterior¹⁸), se ha construido fundamentalmente sobre la estructura binaria dolo/imprudencia. Del mismo modo, sin mayores cuestionamientos se ha entendido

¹⁵ WELZEL, Hans, *Teoría de la acción finalista y delito culposo*, (Argentina, 2004), p. 111.

¹⁶ ERNST MAYER, Max, *Derecho Penal Parte General*, (Argentina, 2007), pp. 311 y ss.

¹⁷ ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., § 7.12/10.61.

¹⁸ Que inicialmente fue importada por Fischer desde el Derecho civil y que en los trabajos de MEZGER, Edmund, ob. cit., pp. 205 y ss. Y MEZGER, Edmund, *Vom Sinn des strafrechtlichen Tatbestände*, en *FS für Träger* (1926), pp. 187 y ss. fue fundamentalmente desarrollada. MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal, Parte General* (Barcelona 2007), pp. 280 y ss.

que la imputación dolosa es la regla general, mientras que la imprudente es solo subsidiaria o excepcionalmente incriminada¹⁹. El principal reproche jurídico se dirige al hecho doloso y solo uno secundario a ciertos hechos que manifiestan una disposición descuidada o una desatención en el agente. La necesidad de reflejar esta distinción con pleno respeto al principio de proporcionalidad y, por ende, la notoria distinción entre la cuantía del castigo en uno y otro caso, han consolidado hasta el dogma esta distinción y complejizado al máximo el aparataje teórico para distinguirlas con exactitud²⁰. Sin embargo, precisamente aquí radica la principal fuente de problemas.

Dolo e imprudencia, desde esta perspectiva tradicional se distinguirían más bien en su naturaleza, aun cuando estemos lejos de un acuerdo sobre cuál es el contenido de ella. Puesto en términos simples, podemos discutir si el dolo está compuesto de conocimiento del hecho y voluntad de realización o si es solo conocimiento. Respecto de la imprudencia podemos discutir si está compuesta de un déficit de atención, un déficit de cuidado, o bien ambos. En este sentido, siempre parece haberse intentado una distinción en la esfera del contenido y naturaleza (altamente indexada a la voluntad del agente) del elemento subjetivo *alojado en o atribuido a* una psique. Solo se repara en los elementos comunes cuando trata de distinguirse el dolo eventual de la culpa consciente, y ello es precisamente problemático por la asunción previa de que tiene una diferente naturaleza. Ya hemos anticipado que un primer rasgo distintivo de la imprudencia se encuentra en el tipo objetivo y no en el subjetivo. Si bien obviamente la imputación subjetiva imprudente es diferente de la dolosa por su contenido y características subjetivas, hay una primera base de distinción que es eminentemente objetiva y que pende de la forma que adquiere la superación del riesgo permitido.

Sin embargo, es posible que la principal (e insalvable) dificultad con la que se ha encontrado históricamente nuestro sistema de imputación subjetiva, trascienda con mucho el entendimiento de los elementos subjetivos. Antes de ello, se ha asentado como un dogma y no sólo en el ámbito jurídico, que estos elementos se alojan en un único sistema cognitivo que procesa sus conocimientos racionalmente para su toma de decisiones. De este modo, podría sintetizarse el entendimiento tradicional afirmando que la dimensión subjetiva del hecho está compuesta de unas ciertas operaciones racionales que administran el conocimiento del agente

¹⁹ Presupuesto de la imputación ordinaria de esa infracción de deber, es el conocimiento de las circunstancias fácticas relevantes (imputación a título de dolo), abriéndose aun la puerta a una imputación extraordinaria cuando hay un déficit cognitivo que le incumbe. MAÑALICH, Juan Pablo, El delito como injusto culpable. Sobre la conexión funcional entre el dolo y la consciencia de la antijuridicidad en el Derecho penal chileno, en *Revista de Derecho XXIV* (2011), p. 95.

²⁰ Sobre la distinción entre culpa consciente y dolo eventual vid., por todos, Ragués, Ramón, El dolo y su prueba en el proceso penal, (Barcelona, 1999), pp. 189 y ss.

para la toma de su decisión de conducta. El dolo sería una administración eficaz de sus conocimientos, mientras que la imprudencia sería una falta de conocimiento suficiente o bien una administración defectuosa de estos.

Esta premisa, la que sostiene que los elementos subjetivos del tipo dolo e imprudencia se administran en un único sistema cognitivo, es precisamente la que debe ponerse en cuestión.

IV. LA PRESENCIA TRANSVERSAL DEL CONOCIMIENTO EN EL DOLO Y LA IMPRUDENCIA

Es posible afirmar que el tipo subjetivo está compuesto siempre por alguna forma de conocimiento del autor. Esto resulta indubitado respecto del dolo y solo subsiste controversia respecto de si ese conocimiento es suficiente por sí mismo o si, además, requiere de un elemento volitivo (alguna forma de *voluntad de realización*). Si bien volveremos sobre esto, la base de estas consideraciones sostiene que el tipo subjetivo (y no solo en los delitos dolosos) está compuesto siempre y exclusivamente por una forma de conocimiento cuyo contenido varía según el tipo objetivo de que se trata. Desde luego, la exactitud de ese conocimiento no debe ser la misma para cada uno de los respectivos tipos. Podríamos decir, incluso, que hay una línea continua desde el pleno conocimiento de esa concurrencia al pleno error²¹, desde el máximo conocimiento al máximo desacoplamiento con la realidad en que se actúa.

El tratamiento dominante del error de tipo sobre la base de la “vencibilidad” es prueba suficiente de esa línea continua que se traza desde el pleno conocimiento (dolo) al pleno error no imputable subjetivamente (error de tipo invencible), pasando por el conocimiento imperfecto atribuible como imprudencia (error de tipo vencible).

Pero esta plenitud o déficit de conocimiento también se ha observado desde el código binario dolo/imprudencia. Ello en caso alguno es necesario. Por de pronto, no es forzoso —de hecho, el legislador podría disponerlo de otro modo— que respecto de todos los elementos del tipo objetivo se exija exactamente la misma calidad de conocimiento. A modo de ejemplo, algunas formas de incriminación del *Common Law* (con los problemas que una generalización como esta generan) permiten una fractura de la imputación subjetiva entre los distintos elementos del tipo objetivo²². Así, basta que algunos elementos del tipo estén cubiertos por el dolo del autor, mientras que otros se satisfagan simplemente

²¹ KINDHÄUSER, Urs, ¿Qué es la imprudencia?, en AA.VV. La ciencia penal en la Universidad de Chile (Santiago, 2013), p. 221.

²² ELLIOT, W & WOOD, J.C., *Criminal Law. Cases and Materials* (Londres, 2001), pp. 85 y ss.; SMITH & HOGAN, *Criminal Law*, (Londres, 2002), pp. 88 y ss.; ASHWORTH & HORDER, *Principles on Criminal Law* (Londres, 2013), pp. 186 y ss.

con su imprudencia o descuido²³. De cualquier modo, nuestro sistema no parece permitir distinciones de esta naturaleza y la estructura binaria de los elementos subjetivos genéricos del tipo (dolo/imprudencia) no parece admitir soluciones intermedias o exigencias diferenciadas para los distintos elementos objetivos que lo integran.

Luego, si efectivamente hay una binariedad ineludible en nuestro sistema, de modo que la imputación es totalmente dolosa o totalmente imprudente, cobra sentido preguntarse cómo distinguir una de otra.

Una diferencia inicial entre dolo e imprudencia descansa en el objeto del conocimiento, en *qué* y no en *cuánto* debe conocerse. En otras palabras, no se trata de saber las mismas cosas con más profundidad, sino más bien de saber más cosas. No hay entre ellos, desde esta perspectiva, ni una diferencia cuantitativa ni cualitativa. Dolo y culpa no se distinguen en su naturaleza ni tampoco en la intensidad o exactitud del conocimiento. Se trata más bien de una diferencia en el objeto del conocimiento, que en el tránsito desde la culpa hacia el dolo, va agregando nuevos objetos al conocimiento del autor. Este punto resulta altamente problemático, pues habitualmente el ámbito cognitivo de la imprudencia es tratado como un déficit. En otros términos, suele entenderse que en la imprudencia hay un conocimiento defectuoso o deficitario con respecto al dolo. Sin embargo, esto evidentemente implica tomar el dolo como parámetro. Solo puede haber un déficit si es el dolo la línea de base y la imprudencia se encuentra por debajo de ésta. Sin embargo, más allá de la dificultad nominal, es evidente que el objeto del conocimiento contiene más elementos en el dolo que en la culpa, tratar la segunda de déficit o el primero de conocimiento pleno es un problema del observador y de dónde ubica esa línea de base.

Pero eso no es todo, además de la diferencia en el objeto del conocimiento, es evidente que la operación cognitiva del autor en un delito doloso – el procesamiento de ese conocimiento – es diferente a la de un delito impudente. Del mismo modo, es evidente que dicha operación cognitiva es diferente en una hipótesis de culpa con representación que en una hipótesis de culpa sin representación. De hecho, no pocas veces parece sostenerse respecto de esta última que es precisamente opuesta a este conocimiento o, en otros términos, que la imprudencia inconsciente se opone por su propia naturaleza al conocimiento. Su nota distintiva es la ausencia de representación, su señal es la inconsciencia del autor y ello parecería inconciliable con el conocimiento. Es, por así decirlo, el gran error, no saber lo que

²³ Este es el caso de la violación, en que si bien respecto del acceso carnal ha de haber *intent*, es posible que respecto de la falta de consentimiento de la víctima el autor sea simplemente *Reckless*. Sobre esto ELLIOT, W. & WOOD, J.C., ob. cit., pp. 684 y ss.; SMITH & HOGAN, ob. cit., pp. 471 y ss.

está pasando. Sin embargo, ello evidentemente es inimaginable en un sistema en que a diferencia de otras órbitas jurídicas no se tolera ni la responsabilidad meramente objetiva, ni los delitos de responsabilidad estricta (*strict liability offences*) ni tampoco la responsabilidad por meros estados de cosas (*states of affairs*)²⁴. No cabe duda que la culpa inconsciente no prescinde de todo conocimiento, pero es evidente que el conocimiento que se exige en una hipótesis de imprudencia sin representación dista mucho de aquel que se exige a la imprudencia consciente y mucho más a la del dolo. Sobre la construcción de este conocimiento se refieren las consideraciones siguientes.

A. *El conocimiento en la imprudencia*

El tratamiento de la imprudencia en general sigue siendo un espacio libre donde coexiste tanto una gran proliferación de entendimientos como una fuerte dispersión de conceptos. Uno de los principales problemas ya lo hemos enunciado y consiste en entremezclar elementos propios del tipo objetivo con los del tipo subjetivo. Sin embargo, cualquier intento por situar infracciones de deberes en este ámbito juega un juego con las reglas de otro. Lo mismo ocurre con la incorporación de una supuesta “previsibilidad objetiva” de los elementos del tipo²⁵ como propiedad distintiva de la imprudencia, pues esa previsibilidad objetiva no es sino un juicio normativo sobre la posibilidad de prognosis que, en caso de faltar, niega la infracción de deberes (y por tanto declara objetivamente atípica la conducta). Lejos está ello de la imputación subjetiva del hecho.

En otros términos, no debe perderse de vista que la imprudencia se refiere a algo subjetivo²⁶ y que su anclaje a infracciones objetivas de deber (como nuestra “infracción de reglamentos”) no puede llevar a confundir ambos planos. Esto a pesar del canto de sirena de la teoría de la imputación objetiva que ha tendido a disolver las fronteras entre las categorías de la teoría del delito y, por lo tanto, a objetivizar la imprudencia²⁷. Consecuencia de esto es que los estándares de valoración de ambos injustos (¡como si fueran dos!) son diferentes²⁸. Esta confusión ha sido históricamente alimentada por nuestra jurisprudencia, pues en muchas ocasiones

²⁴ SMITH & HOGAN, ob. cit., pp. 115 y ss.; ELLIOT, W. & WOOD, J.C., ob. cit., pp. 184 y ss.

²⁵ FERNÁNDEZ, José Ángel, El delito imprudente, en *Revista de Derecho XIII* (2002), p. 109.

²⁶ KINDHÄUSER, Urs, ob. cit., pp. 217-218.

²⁷ SCHÜNEMANN, Bernd, Consideraciones sobre la imputación objetiva (trad. Sacher de Köster), en *Teorías actuales del Derecho penal*, (Buenos Aires, 1998); STRUENSEE, Eberhard, Der subjektive Tatbestand des fahrlässigen Delikts, en *JZ 1987*; el mismo, Objektive Zurechnung und Fahrlässigkeit, en *GA* (1987).

²⁸ KINDHÄUSER, Urs, ob. cit., pp. 217-218.

incluso ha desprendido el déficit subjetivo –la imprudencia o negligencia– de la infracción de reglamentos²⁹.

Sin embargo los problemas no solo se anclan en estas distinciones, sino que muchas veces también descansan en el intento por distinguir a través de un componente volitivo (una voluntad de realización) a la imprudencia del dolo. Ello se realiza de dos formas: en primer término, incorporando un elemento volitivo positivo en la imprudencia (el hecho de haber “querido” realizar la conducta descuidada) o incorporando un elemento volitivo negativo (“no haber querido” cometer el hecho resultante)³⁰. Este punto sería, precisamente, el que permitiría distinguir a la imprudencia del dolo, si bien para ello es imprescindible adscribir a una teoría del dolo compuesto tanto por un elemento cognitivo como uno volitivo³¹. De cualquier modo, las necesidades prácticas de distinguir la imprudencia (consciente) del dolo por las severas consecuencias punitivas que ello acarrea, no pueden hacernos perder de vista otras distinciones tanto o más radicales. Ello, porque probablemente nuestra desatención a las diferencias estructurales entre la imprudencia consciente y la inconsciente, han terminado por oscurecer aún más la distinción entre imprudencia y dolo. Luego, es posible que las distinciones sean un poco más complejas y no se funden en un solo factor diferenciador. Tampoco parece que sea la “voluntad” la que aporte mucho a la solución del problema.

a. Conocimiento e imprudencia inconsciente

En un sistema que exige siempre un correlato subjetivo en el agente respecto de los hechos que conforman el tipo penal, la hipótesis de la imprudencia inconsciente naturalmente se aparece como problemática. Entendemos por imprudencia inconsciente aquel despliegue de una conducta infractora de deberes (sean estos reglamentarios o de atención) sin reparar en la existencia de ciertos riesgos que el autor, para llevar a cabo esa conducta conforme a derecho, debería haber bien anticipado, bien conjurado.

²⁹ Una interesante excepción a esto puede encontrarse en la SCS 3562-2008, donde por vía de casación en el fondo por errónea aplicación del Derecho, se anula un fallo que desprendía la imprudencia de la infracción de reglamentos.

³⁰ FERNÁNDEZ, José Ángel, ob. cit., p. 109.

³¹ Y ello no solo encuentra su fuente en concepciones volitivas clásicas, sino incluso en afirmaciones vertidas por cognoscitivistas. El propio Jakobs sigue anclado a estos juegos de lenguaje cuando afirma que el único fundamento político criminal para el diferente tratamiento del dolo y la culpa es que el primero manifiesta un defecto volitivo del autor, mientras que el segundo sólo un defecto cognitivo (un fracaso en la planificación individual). JAKOBS, Günther, El principio de culpabilidad, en *Estudios de Derecho Penal*, (Madrid, 1997), p. 365; El mismo, El concepto jurídico-penal de acción, en *Estudios de Derecho Penal*, (Madrid, 1997), p. 101.

La infracción de deberes ya ha sido constatada en el ámbito del tipo objetivo a través del incumplimiento de un estándar, sea este referido a roles, sea este referido a los deberes ciudadanos emanados del *neminem laedere*.³² En otros términos, ya es posible apreciar una brecha entre la conducta desplegada por el sujeto, entendida esta en sentido amplio, y la que se aparece como exigible a cualquiera que se desempeñare en ese específico ámbito de actividad o a cualquier persona que se encontrare en su posición. La superación de riesgos permitidos, por tanto, se presupone para enfrentar estas cuestiones.

Un conductor que no repara en un peatón que se dispone a cruzar por un paso que le otorga preferencia, un transeúnte que no repara que al indicarle a otro una dirección impactará con su dedo índice en el ojo de un tercero, etc. En casos como estos, para que nos encontremos frente a la hipótesis de imprudencia inconsciente es necesario que el actor no repare en la existencia del riesgo, sea porque no repara en la existencia de él, sea porque no repara en la presencia de un objeto o sujeto expuesto³³.

Sin embargo, afirmar que el sujeto debe ser inconsciente de ese riesgo o ese objeto o que no debe haberse representado ese riesgo o ese objeto, no implica afirmar una total ausencia de conocimiento, sino más bien que su conocimiento se refiere a otra cosa. Ello, pues es necesario a lo menos que el sujeto esté consciente, se represente, conozca, la existencia de los hechos aptos para producir los riesgos³⁴. En los ejemplos que hemos usado es necesario que el sujeto esté consciente de que está conduciendo un vehículo o que está levantando la mano para indicar una dirección. No es necesario que siquiera se represente que esos hechos, tal como los está llevando a cabo generan un riesgo, ni tampoco que existe un objeto o sujeto expuesto a ellos. Precisamente en ello ha consistido el deber infringido y cuya infracción se ha constatado en la esfera del tipo objetivo. Este es, por así decirlo, *el mínimo conocimiento exigido para alguna forma de imputación*. El conocimiento de que el agente (1) se encuentra en el mundo y actúa e incide en él y (2) que se

³² Largamente en PIÑA, Ignacio, Rol social y sistema de imputación, ob. cit., pp. 290 y ss.

³³ El alcance de la expresión “no reparar”, sin embargo, debe precisarse, ya que no se trata de “creer que no existe”, pues a dicha creencia o incluso convicción puede llegarse luego de una rigurosa y compleja reflexión y ponderación. Entiendo que en un caso como ese sí se repara en el riesgo, aunque sea necesario por ahora postergar la explicación del porqué.

³⁴ HEGEL, Friedrich, Fenomenología del Espíritu, (Madrid, 2010), p. 231, diría que “lo verdadero le es a la conciencia algo otro de ella misma” y con esto fija los dos extremos del contenido de esta mínima representación, autoconciencia y verdad o, lo que es lo mismo, sistema psíquico y entorno. Y prosigue después (pp. 232-233): “la conciencia tiene, en cuanto autoconciencia, un objeto doble: uno, el inmediato, el objeto de la certeza sensorial y del percibir, el cual, sin embargo, está marcado para ella con el carácter de lo negativo, y el segundo, a saber, sí misma, que es la esencia verdadera y de primeras, sólo está presente, por ahora, en la oposición del primer objeto”.

está conduciendo. Es, en suma, el conocimiento de la capacidad de modificación o incidencia en el entorno. Solo cuando falta este tipo de conocimiento mínimo podemos afirmar que una conducta aparentemente infractora de deberes es atípica subjetivamente incluso a título de culpa inconsciente. Es, por así decirlo, la mínima autoconciencia exigida para que haya cualquier forma de responsabilidad. En términos simples es una manifiesta falta de atención, pero al menos exige la atención de su propia participación en el mundo. Este es el caso de quien no sabe que al control remoto de la TV se le ha asociado un mecanismo que detona una bomba al cambiar de canal.

Cuando falta este conocimiento es asunto de la teoría del error; sin embargo, es imprescindible para negarlo que lo que falte sea precisamente ese saber de la incidencia (o la forma de incidencia) en el mundo de nuestra conducta. Y, como se puede ver, esto es lo que habitualmente consideraríamos un error de tipo invencible. Cuando subrepticamente a alguien se le modifica el control remoto de su televisor para que mediante éste se detone un artefacto explosivo, resulta evidente que hay conocimiento de la capacidad de incidir en el mundo (de hecho, quiere precisamente hacerlo al usarlo: ¡cambiar el canal de televisión!), sin embargo ignora, a partir de una experiencia compartida por cualquier observador, que la capacidad de incidencia en el mundo de ese artefacto utilizado es lesivo. No es lo mismo cuando se utiliza un cuchillo, o un palillo para tejer o incluso el dedo índice para señalar una dirección a un tercero. Esa misma experiencia compartida enseña que ese tipo de movimientos puede en ciertos casos producir daños, por ejemplo, pasando a llevar un ojo. Luego el contenido del conocimiento tiene, por así decirlo, una doble dimensión. Primero es el conocimiento de la capacidad actualizada de incidir en el mundo y, segundo, de que esa incidencia es potencialmente lesiva.

Evidentemente contar con ese conocimiento no implica estar plenamente consciente de ello al momento de actuar. Aquí viene la segunda condición, que consiste en *mantener ese conocimiento en el sistema cognitivo primario*. Si ya hay una presencia de ese conocimiento en el sistema cognitivo secundario, ya hemos entrado en la esfera de la imprudencia consciente o derechamente del dolo.

*b. El tránsito de la imprudencia inconsciente
a la consciente: el sistema cognitivo secundario*

Toda la teoría del tipo subjetivo se ha construido desde una premisa fundamental y que puede resumirse en que existe un único sistema cognitivo a través del cual el ser humano procesa sus conocimientos y toma sus decisiones. Sea cual sea la aproximación al dolo o a la imprudencia, la diferencia está puesta bien en que o contaba o no con un determinado conocimiento o si lo ponderó o no adecuadamente antes de decidirse a actuar. La ausencia de conocimiento acerca de los riesgos (y, por ende, la imposibilidad de ponderarlos) constituye la culpa inconsciente. La

presencia de dicho conocimiento y la forma en que el individuo los ha ponderado o previsto constituirá bien la culpa consciente o directamente el dolo. Sobre estas operaciones revolotea, en las distintas teorías, la voluntad de realización, apareciendo de diferente modo según a qué teoría se adscriba. Sin embargo existen algunas propuestas que desafían esta premisa fundamental³⁵.

Para la toma de decisiones que entrañan riesgos ha dominado históricamente desde el ensayo de Bernoulli en 1738³⁶ la *teoría de la utilidad esperada*, esto es, aquella que sostiene que el agente racional pondera los beneficios eventuales de su movimiento (u omisión) con sus eventuales riesgos o costos y a partir de dicha ponderación decide. Así, la decisión es una elección de alternativas luego de una ponderación racional que, la mayoría de las veces, según el entendimiento tradicional, se realiza conforme a estas premisas fundamentales. Esta es, por lejos, la forma más difundida de la teoría de la decisión racional. Sin embargo, es altamente dudoso que la teoría de la utilidad esperada sea verdaderamente un *modelo descriptivo* de la decisión racional y, por el contrario, más parece haberse demostrado satisfactoriamente que se trata de un *modelo prescriptivo*. Esto es, más bien da cuenta de cómo debería tomarse la decisión desde un determinado marco de racionalidad y no de cómo se toma esa decisión en la realidad³⁷. En efecto, a partir de la identificación de una serie de sesgos cognitivos ha podido demostrarse que la cantidad de veces que esas reglas de toma de decisiones son contradichas en la práctica no sólo no son triviales, sino que derechamente en la mayoría de las ocasiones no son el mecanismo utilizado para tomar la decisión.

A partir de esto se ha logrado identificar que en nuestra operación subjetiva existen, en realidad, dos sistemas cognitivos con los cuales procesamos nuestros conocimientos y que solo uno de ellos (que como puede anticiparse no es el que usamos con mayor frecuencia) utiliza en sus operaciones la regla de ponderación conforme a la utilidad esperada.

El principal asunto que subyace es que en cuanto sistemas psíquicos, si bien tenemos una sola mente que aloja nuestras operaciones cognitivas, no tenemos una sola forma de realizarlas, sino básicamente dos sistemas cognitivos diferentes. Por así decirlo, dos mecanismos de procesamiento que operan con

³⁵ KAHNEMAN, Daniel, *Pensar rápido, pensar despacio*, (Barcelona, 2012), pp. 33 y ss.

³⁶ BERNOULLI, Daniel, *Specimen Theoriae Novae de Mensura Sortis*, publicada en 1738 por la Academia de San Petersburgo (traducida al inglés y publicada en 1954 en *Econometrica Vol. 22 Nro. 1* como “Exposition of a New Theory on the Measurement of Risk”).

³⁷ KAHNEMAN, Daniel y TVERSKY, Amos, *Prospect theory. An analysis of decision under risk*, en *Econometrica* 47 (2) (1979), pp. 263-291 (hay versión en castellano: *Teoría prospectiva: un análisis de la decisión bajo riesgo*, en *Infancia y Aprendizaje* 30, (1987), pp. 95 y ss., 106 y ss.; GIGERENZER, Gerd, *et al.*, *The empire of chance: How probability change science and everyday life*, (Cambridge, 1989).

distintas reglas y a distintas velocidades. El *sistema cognitivo primario*, es aquel cuya operación carga con un mayor lastre emotivo e intuitivo y que actúa rápida y automáticamente, con pequeño o ningún esfuerzo y sin el sentimiento de un control voluntario. El *sistema secundario* concentra con esfuerzo la atención hacia las actividades mentales que así lo demandan, incluyendo las operaciones o razonamientos más complejos.

<i>Sistema Cognitivo Primario</i>	<i>Sistema Cognitivo Secundario</i>
Rápido	Lento
Paralelo	Consecutivo
Automático	Controlado
Sin esfuerzo	Esforzado
Asociativo	Reglado
De aprendizaje lento	Flexible
Emocional	Neutral

La mayoría de nuestros juicios y decisiones cotidianas se procesan en el sistema cognitivo primario, ocurren de forma automática, intuitiva y emocionalmente³⁸, y lo que es fundamental, nos han proporcionado razonables tasas de éxito en nuestra supervivencia a lo largo de la evolución³⁹. Es evidente, empero, que este sistema también tiene una mayor tasa de errores y opera muchas veces con una serie de intuiciones erróneas. Esto no debe llevarnos a pensar que su operación es solo fuentes de malos resultados. De hecho, este sistema también es capaz de un aprendizaje altamente eficaz y de sacar exhaustivos razonamientos del sistema secundario hasta el sistema primario, haciéndolos operar como intuición⁴⁰. De hecho, la recepción de forma automática del estado de la realidad circundante se realiza casi a modo de *perceptos* y esta es una de sus características fundamentales: su accesibilidad⁴¹. Lo interesante es que algunos atributos del entorno son más accesibles que otros. Y a los juicios producidos automática e intuitivamente sobre

³⁸ KAHNEMAN, Daniel, Mapas de racionalidad limitada: psicología para una economía conductual, en *Revista Asturiana de Economía* 28 (2003), p. 183 con referencias.

³⁹ *Ibíd.*, p. 184.

⁴⁰ El mate a las blancas en 3 de SIMON, A. y CHASE, William, Perception in Chess 1, en *Cognitive Psychology* 4 (1973), pp. 55 y ss. Detrás de esa anticipación hay un cúmulo muy sofisticado de razonamientos y evaluaciones prospectivas, pero en la mente del jugador avezado y experimentado basta una mirada al tablero para anticiparlo casi a modo de intuición.

⁴¹ HIGGINS, E.T., Knowledge activation: accesibility, applicability and salience, en HIGGINS, E.T. y KRUGLANSKI, A.W. (eds.), *Social Psychology*, (1996), pp. 133 y ss.

ellos, se les ha denominado *valoraciones naturales*⁴². Dentro de ellos se incorporan propiedades físicas tales como el tamaño, la distancia y el volumen, e incluso algunos más abstractos como la similitud o la propensión causal⁴³, que sin duda suelen ser los ejemplos de errores más comunes que constituyen la imprudencia inconsciente. La apreciación automática de la distancia entre el automóvil, el paso peatonal, el tamaño y peso que determinan la trayectoria del objeto que se arroja, etc. Solamente cuando se da el paso desde ese sistema primario al secundario, postergando las simples y atractivas propuestas del sistema intuitivo, y con un ingente costo en energía cognitiva, podemos intentar resolver los problemas de mayor complejidad o contraintuitivos.

No es posible transitar aquí el camino para demostrar estas aseveraciones, específicamente en lo que se refiere a los sesgos o errores sistemáticos que afectan el sistema cognitivo primario, pero hay suficiente evidencia científica conocida⁴⁴. Por ello se ha hablado de una racionalidad limitada (*bounded rationality*)⁴⁵. Desde esta perspectiva, la racionalidad es la capacidad para desafiar a la parte más intuitiva y acelerada del pensamiento humano, ella es la que puede hacerse cargo, desvelando y contradiciendo nuestros sesgos cognitivos.

De hecho, las siempre complejas hipótesis de “habitación al riesgo”⁴⁶ o de “comportamientos automáticos” no son sino procesos de racionalidad mecánica azotados por los sesgos cognitivos que afectan el sistema primario. En ellos se realizan, por tanto, valoraciones automatizadas o naturales⁴⁷. Por el otro lado, una vez que ha operado el sistema secundario, ya entramos cuando menos en el ámbito de la culpa consciente, aunque la conclusión de esa ponderación efectuada sea que el riesgo no existe.

⁴² TVERSKY, Amos y KAHNEMAN, Daniel, Judgement under uncertainty: heuristics and biases, en *Science* 185 (1974), pp. 1124-1131; Los mismos, Extensional versus intuitive reasoning: the conjunction fallacy in probabilistic reasoning, en *Psychological Review* 90 (1983), pp. 293 y ss.

⁴³ KAHNEMAN, Daniel y FREDERICK, Shane, Representativeness revisited: attribute substitution in intuitive judgement, en GILOVICH, T., GRIFFIN, D., y KAHNEMAN, D. (eds.), *Heuristics and biases: the psychology of intuitive judgement*, (Nueva York, 2002), pp. 49 y ss.; Kahneman, Daniel, *Mapas de racionalidad limitada: psicología para una economía conductual*, ob. cit., p. 187.

⁴⁴ Baste para ello GILOVICH, T., GRIFFIN, D., y KAHNEMAN, D. (eds.), *Heuristics and biases: the psychology of intuitive judgement*, como en nota anterior.

⁴⁵ KAHNEMAN, Daniel, *Mapas de racionalidad limitada: psicología para una economía conductual*, ob. cit.

⁴⁶ JAKOBS, Günther, El delito imprudente, en *Estudios de Derecho Penal*, (Madrid, 1997), p. 182.

⁴⁷ JAKOBS, Günther, El lado subjetivo del hecho en los delitos de resultado en casos de habitación al riesgo, en *Estudios de Derecho Penal*, (Madrid, 1997), pp. 197-208.

c. Conocimiento e imprudencia consciente

La imprudencia consciente es aquella en que el sujeto que actúa falla en la conjura de un riesgo en que ha reparado. Esto implica que dentro de su conocimiento se incorpora no solo la autoconciencia de su ser en el mundo y su capacidad de incidir en él, sino además la concurrencia de un riesgo del que debe hacerse cargo, sea por la posición que ocupa o por ser un imperativo de sus obligaciones en cuanto persona vinculada por el *neminem laedere*. En el tránsito desde la sola autoconciencia de un ser en el mundo se da otro paso incorporando un conocimiento adicional que es el de la necesidad de conjura de un riesgo existente que le compete. No falla en atender ese riesgo, su atención ha reparado en él, pero no ha detenido su acción a pesar de conocer la existencia de ese riesgo y del deber. Estas operaciones ya no tienen lugar en el sistema cognitivo primario, sino en el secundario. Presuponen un conjunto de ponderaciones más sofisticadas y que sólo se dan en el segundo nivel cognitivo. Desde esta perspectiva culpa consciente y dolo no solo comparten una base de conocimiento, como sostiene prácticamente la unanimidad de la doctrina, sino también el sistema cognitivo que procesa ese conocimiento. Sin embargo, que compartan una base de conocimiento no significa que el componente intelectual coincida por completo con el del dolo⁴⁸.

El médico sabe que la incisión que va a realizar entraña el riesgo de una hemorragia incontenible y que si no pone especial cuidado tanto al verificarla como al suturar se puede concretar ese riesgo. Afirmada la infracción objetiva en la esfera de la imputación de la conducta (el cirujano no alcanzó el estándar de cuidado) si el agente sabía tanto de los hechos que entrañan el riesgo y su capacidad de incidir en ellos, como de la concreta concurrencia del riesgo y de su deber de conjurarlo eficazmente (ahí hasta donde alcance ese deber) ha obrado con imprudencia consciente.

V. CONOCIMIENTO Y DOLO

Sin duda la discusión respecto de los elementos estructurales del dolo ha sido particularmente álgida. El entendimiento tradicional y aun ampliamente dominante en nuestro medio entiende que el dolo está integrado tanto por el conocimiento de la concurrencia de los elementos del tipo como por la voluntad de realización. Si bien los énfasis siempre han estado desplazándose pendularmente entre las teorías de la representación y las teorías de la voluntad, tanto la aplicación práctica de estructuras para la construcción del dolo, como incluso las operaciones deductivas de quienes adscriben a las teorías de la voluntad, más temprano que tarde terminan desprendiendo dicha pseudovoluntad (vertida en expresiones como *aceptar*, *conformarse* o *resignarse*) del hecho de que un agente haya perseverado en una con-

⁴⁸ Sobre esto JAKOBS, Günther, El delito imprudente, en *Estudios de Derecho Penal*, (Madrid, 1997), p. 170.

ducta a pesar de ser consciente de la realización típica que ella acarrea⁴⁹. Esto ha permitido que, en la doctrina comparada, este reconocimiento haya terminado por asentar la idea de un dolo compuesto exclusivamente por un elemento cognitivo.

De cualquier modo, es evidente que ese conocimiento (ese nivel de representación) tiene un contenido adicional a los anteriores. En otros términos, el conocimiento de quien opera con imprudencia consciente no es estructuralmente idéntico al conocimiento de quien obra con dolo. Del mismo modo, es evidente que debe distinguirse entre el conocimiento requerido para los delitos de mera acción y para los delitos de resultado. Así, puede decirse que existe un tercer nivel de conocimiento que es el que satisface la exigencia para la imputación dolosa. En los delitos de mera acción es suficiente que el agente sepa que en su comportamiento concurren todos los elementos que integran el tipo objetivo. En el delito de resultado, es necesario agregar el conocimiento de la concreta aptitud lesiva de su conducta⁵⁰.

Luego, se produce aquí una bifurcación entre el conocimiento necesario para satisfacer aquellos tipos que incorporan un resultado y aquellos que se bastan con la mera acción. Así, en el delito doloso de mera acción el sujeto (1) sabe que está en el mundo y tiene la capacidad de incidir en él, (2) sabe que en su actuar concurren todos los elementos del tipo. Por su parte, en el delito doloso de resultado el sujeto (1) sabe que está en el mundo y tiene la capacidad de incidir en él, (2) sabe que en su actuar concurren todos los elementos del tipo (3) sabe que su conducta tiene en el caso concreto la aptitud de dañar.

De hecho, esta aproximación permite un cruce teórico entre las posibilidades combinatorias de las estructuras binarias dolo/imprudencia y mera acción/resultado.

	<i>Conocimiento en el dolo</i>	<i>Conocimiento en la imprudencia</i>
<i>Delito de mera acción</i>	(1) Sabe que está en el mundo y tiene la capacidad de incidir en él. (2) Sabe que en su actuar concurren todos los elementos del tipo.	(1) Sabe que está en el mundo y tiene la capacidad de incidir en él. (4) Sabe que pueden concurrir (falta de atención) o concurrir riesgos (falta de cuidado) de los que debe hacerse cargo ⁵¹ .

⁴⁹ RAGUÉS, Ramón, Consideraciones sobre la prueba del dolo, en *REJ* 4, (2004), pp. 14-15.

⁵⁰ *Ibid.* FRISCH, Wolfgang, Vorsatz und Risiko, (1983), pp. 95 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, José María, ob. cit., pp. 401 y ss.; COPELLO, Lorenzo, Dolo y conocimiento, (Valencia, 1999), p. 245; FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la naturaleza del dolo, en *CPC* 65 (1998), pp. 269 y ss.

⁵¹ Los delitos imprudentes de mera acción son relativamente escasos, pues el legislador generalmente circunscribe la incriminación de la imprudencia a la producción de resultados. Pero además de una posibilidad teórica, puede encontrarse en las hipótesis de lavado de activos imprudente del inciso 4° del artículo 27 de la Ley N° 19.913.

	<i>Conocimiento en el dolo</i>	<i>Conocimiento en la imprudencia</i>
<i>Delito de resultado</i>	(1) Sabe que está en el mundo y tiene la capacidad de incidir en él. (2) Sabe que en su actuar concurren todos los elementos del tipo. (3) Sabe que su conducta tiene en el caso concreto la aptitud concreta de dañar.	(1) Sabe que está en el mundo y tiene la capacidad de incidir en él. (4) Sabe que pueden concurrir (falta de atención) o concurren riesgos (falta de cuidado) de los que debe hacerse cargo.

Cuando al tipo objetivo, esto es, a la conducta imputada y al resultado imputado se le incorpora este nivel de conocimiento [(1)+(2) en los delitos de mera acción y (1)+(2)+(3) en los delitos de resultado], el autor ha obrado con dolo⁵². Si el autor ha obrado exclusivamente con el primer nivel de conocimiento (1) en los delitos imprudentes de resultado, ha obrado con culpa inconsciente. Si a ese conocimiento suma que pueden concurrir o concurren riesgos de los que debe hacerse cargo [(1)+(4)], ha obrado con imprudencia consciente.

A modo de ejemplo, puede pensarse en tipos muy sencillos de resultado que permiten apreciar que solo el elemento cognitivo es capaz de afirmar la distinción entre la comisión dolosa e imprudente. Así, tomemos algunas hipótesis idénticas desde la perspectiva objetiva, pero cuya dimensión subjetiva (conocimiento) determina el título de imputación:

<i>Imputación de conducta (Infracción del deber)</i>	<i>Imputación de resultado</i>	<i>Imputación de conocimiento</i>	<i>Título de Imputación Subjetiva</i>
Dar marcha atrás a un vehículo a motor para salir de un estacionamiento.	Arrollando a un transeúnte.	Sabiendo que se estaba conduciendo un vehículo a motor (conducta apta para producir riesgos).	Imputación a título de culpa inconsciente.

⁵² Resulta muy interesante la discusión de si con solo este nivel de conocimiento es suficiente, o si se puede incorporar un factor negativo en el caso de la imprudencia, como la conciencia actual de la antijuridicidad del hecho que siempre faltará en el caso de la imprudencia (incluso consciente), pues como ha dicho MAÑALICH, Juan Pablo, ob. cit., p. 101, sólo habría dolo eventual si el destinatario de la norma reconoce con un grado de probabilidad relevante, la posibilidad de que el hecho satisfaga las propiedades primarias de las que pende su antinormatividad (función indiciaria del dolo).

<i>Imputación de conducta (Infracción del deber)</i>	<i>Imputación de resultado</i>	<i>Imputación de conocimiento</i>	<i>Título de Imputación Subjetiva</i>
Dar marcha atrás a un vehículo a motor para salir de un estacionamiento.	Arrollando a un transeúnte.	Sabiendo que se estaba conduciendo un vehículo a motor y había (falta de cuidado) o podía haber (falta de atención) algún transeúnte.	Imputación a título de culpa consciente.
Dar marcha atrás a un vehículo a motor para salir de un estacionamiento.	Arrollando a un transeúnte.	Sabiendo que se estaba conduciendo un vehículo a motor y que por la presencia de un transeúnte su conducta tenía la concreta aptitud de dañarlo.	Imputación a título de dolo.

En la primera línea, la imputación a título de imprudencia inconsciente, el conocimiento se procesa en el sistema cognitivo primario. En las dos siguientes (culpa consciente y dolo), el conocimiento se procesa con el sistema secundario. Por otra parte, también sabemos que en las dos primeras líneas de la tabla (culpa inconsciente y culpa consciente) la aparente identidad con la tercera en el plano objetivo no es tal, pues en las primeras se han incorporado deberes infringidos (de cuidado/atención o reglamentarios) que son superfluos en la imputación dolosa.

VI. ¿Y LA VOLUNTAD?

Razonablemente podría preguntarse entonces si esto implica una definitiva supresión de la voluntad en el marco de la imputación dolosa. Y si bien la respuesta podría ser sí (al menos como se ha entendido habitualmente) es posible que abordarlo resulte un poco más complejo. Pues más que la negación de la voluntad como elemento estructural, el problema es en qué momento la asignamos dado el *quantum* de conocimiento. Esta operación la venían haciendo las teorías de la representación desde antiguo y, por ende, nadie debería sorprenderse.

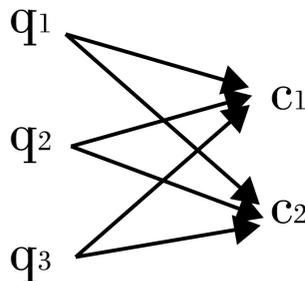
La voluntad es, en realidad, una propiedad emergente⁵³ de un determinado nivel de complejidad del conocimiento. Cuando se alcanza un determinado *quan-*

⁵³ Una propiedad emergente es aquella que surge del proceso interactivo (colaborativo) de un sistema, pero que no pertenece a ninguna parte de él. Sólo cuando se alcanza un cierto nivel de

tum de conocimiento (q) y se procesa a un determinado nivel de complejidad (c) surge la voluntad como estructura (v). La acción u omisión, esto es, la conducta, es la prueba de ella.

$$q(c) = v$$

En cierto sentido, el aforismo escolástico *nihil volitum nisi praecognitum* (nada es querido si no es previamente conocido) puede observarse desde una nueva perspectiva. Si bien originalmente quería poner el énfasis en que no es posible el ejercicio de la voluntad (la libertad) sin adecuado conocimiento, podría releerse ahora en el sentido complementario de que es la voluntad la que exige un cierto nivel de conocimiento *para poder emerger*. Es más, probablemente si pudiésemos trazar una línea continua de conocimiento desde sus niveles inferiores hacia estadios $q(c)$ más complejos ello también implicaría una diferencia en v . En otros términos, las variaciones en la cantidad de conocimiento (q) y en el nivel de complejidad de su procesamiento (c) también impactan en la voluntad, que admitiría una clasificación de cuando menos seis tipos distintos⁵⁴. Pero ello, sin duda, excede de las posibilidades de estos apuntes.



Creo que el alcance de estas consideraciones dista de estar claro o poder anticiparse, pero pareciera que tomarse en serio la imputación subjetiva no puede

complejidad emerge la propiedad, que no se encuentra en los niveles inferiores. El concepto fue acuñado por BROAD, C.D., *The mind and its place in nature*, (Londres, 1925). Ejemplo clásico es el “dulzor” que sólo emerge como propiedad al interactuar el hidrógeno, el oxígeno y el carbono, pero que no se encuentra en ninguno de esos elementos por sí mismo. PRIGOGINE, Ilya y STENGERS, Isabelle, *Entre el tiempo y la eternidad*, (Madrid, 1990), p. 61. Resumidamente ARISTÓTELES, *Nuevas preguntas a viejas respuestas*, (Madrid, 1949), p. 166.

⁵⁴ Así: $q_1(c_1)=v_1$; $q_1(c_2)=v_2$; $q_2(c_1)=v_3$; $q_2(c_2)=v_4$; $q_3(c_1)=v_5$; $q_3(c_2)=v_6$. Sin embargo, resta abierta la pregunta acerca de si los mayores *quántums* de conocimiento son procesables por el sistema primario o conducen forzosamente (salvo tal vez las hipótesis de ceguera voluntaria) al sistema cognitivo secundario. En tal caso la cantidad de (v) posibles se reduciría. Sobre esta última RAGUÉS, Ramón, *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, (Barcelona, 2007), pp. 133 y ss.

descuidar, por enérgico normativismo que se profese, de la forma en que tomamos nuestras decisiones y procesamos nuestros conocimientos al momento de actuar. Explorar nuestros distintos sistemas cognitivos puede ofrecer algunas luces de la históricamente tan compleja relación entre el dolo y la culpa.

BIBLIOGRAFÍA

- ARISTÓTELES, Nuevas preguntas a viejas respuestas, (Madrid, 1949).
- ASHWORTH & HORDER, Principles on Criminal Law (Londres, 2013).
- BROAD, C.D., The mind and its place in nature, (Londres, 1925).
- BERNOULLI, Daniel, Specimen Theoriae Novae de Mensura Sortis (1738).
- CURY, Enrique, Derecho Penal, Parte General (Santiago, 2009).
- CANCIO, Manuel, Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva, (Mendoza, 2001).
- COPELLO, Lorenzo, Dolo y conocimiento, (Valencia, 1999).
- ELLIOT, W. & WOOD, J.C., Criminal Law. Cases and Materials (Londres, 2001).
- ERNST MAYER, Max, Derecho Penal Parte General, (Argentina, 2007).
- FERNÁNDEZ, José Ángel, El delito imprudente, en *Revista de Derecho XIII* (2002).
- FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la naturaleza del dolo, en *CPC 65* (1998).
- FRISCH, Wolfgang, Vorsatz und Risiko, (1983).
- GIGERENZER, Gerd, *et al.*, The empire of chance: How probability change science and everyday life, (Cambridge, 1989).
- HEGEL, Friedrich, Fenomenología del Espíritu, (Madrid, 2010).
- HIGGINS, E.T., Knowledge activation: accesibility, applicability and salience, en HIGGINS, E.T. y KRUGLANSKI, A.W. (eds.), *Social Psychology*, (1996).
- HRUSCHKA, Joachim, Reglas de comportamiento y reglas de imputación, en *Imputación y Derecho Penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, (Aranzadi, 2005).
- JAKOBS, Günther, El principio de culpabilidad, en *Estudios de Derecho Penal*, (Madrid, 1997).
- JAKOBS, Günther, El concepto jurídico-penal de acción, en *Estudios de Derecho Penal*, (Madrid, 1997).
- JAKOBS, Günther, La imputación objetiva en derecho penal, en *Estudios de Derecho Penal*, (Madrid, 1997).
- JAKOBS, Günther, El lado subjetivo del hecho en los delitos de resultado en casos de habituación al riesgo, en *Estudios de Derecho Penal*, (Madrid, 1997).

- JAKOBS, Günther, El delito imprudente, en *Estudios de Derecho Penal*, (Madrid, 1997).
- KAHNEMAN, Daniel, Mapas de racionalidad limitada: psicología para una economía conductual, en *Revista Asturiana de Economía* 28 (2003).
- KAHNEMAN, Daniel y TVERSKY, Amos, Prospect theory. An analysis of decision under risk, en *Econometrica* 47 (2) (1979).
- KAHNEMAN, Daniel, Pensar rápido, pensar despacio, (Barcelona, 2012).
- KAHNEMAN, Daniel y FREDERICK, Shane, Representativeness revisited: attribute substitution in intuitive judgement, en GILOVICH, T., GRIFFIN, D., y KAHNEMAN, D. (eds.), *Heuristics and biases: the psychology of intuitive judgement*, (Nueva York, 2002).
- KINDHÄUSER, Urs, ¿Qué es la imprudencia?, en AA.VV. *La ciencia penal en la Universidad de Chile* (Santiago, 2013).
- MAÑALICH, Juan Pablo, El delito como injusto culpable. Sobre la conexión funcional entre el dolo y la consciencia de la antijuridicidad en el Derecho penal chileno, en *Revista de Derecho* XXIV (2011).
- MEZGER, Edmund, Die subjektive Unrechtselemente, en *Gerichtssaal* 89 (1924).
- MEZGER, Edmund, Vom Sinn des strafrechtlichen Tatbestände, en *FS für Träger* (1926).
- MIR PUIG, Santiago, Introducción a las bases del Derecho penal, (Madrid, 2002).
- MIR PUIG, Santiago, Derecho Penal, Parte General (Barcelona 2007).
- PIÑA, Ignacio, Rol social y sistema de imputación, (Barcelona, 2005).
- PRIGOGINE, Ilya y STRENGERS, Isabelle, Entre el tiempo y la eternidad, (Madrid, 1990).
- RAGUÉS, Ramón, La ignorancia deliberada en Derecho penal, (Barcelona, 2007).
- RAGUÉS, Ramón, El dolo y su prueba en el proceso penal, (Barcelona, 1999).
- RAGUÉS, Ramón, Consideraciones sobre la prueba del dolo, en *REJ* 4, (2004).
- ROXIN, Strafrecht, AT, (München, 1915).
- ROXIN, Derecho penal. Parte general, Tomo I, (Madrid, 1997).
- SILVA SÁNCHEZ, José María, Aproximación al Derecho penal contemporáneo, (Barcelona, 1992).
- SIMON, A. y CHASE, William, Perception in Chess 1, en *Cognitive Psychology* 4 (1973).
- SCHÜNEMANN, Bernd, Consideraciones sobre la imputación objetiva (trad. Sacher de Köster), en *Teorías actuales del Derecho penal*, (Buenos Aires, 1998).
- STRUENSEE, Eberhard, Der subjektive Tatbestand des fahrlässigen Delikts, en *JZ* (1987).

STRUENSEE, Eberhard, Objektive Zurechnung und Fahrlässigkeit, en *GA* (1987).

SMITH & HOGAN, *Criminal Law*, (Londres, 2002).

TVERSKY, Amos y KAHNEMAN, Daniel, Judgement under uncertainty: heuristics and biases, en *Science* 185 (1974).

TVERSKY, Amos y KAHNEMAN, Daniel, Extensional versus intuitive reasoning: the conjunction fallacy in probabilistic reasoning, en *Psychological Review* 90 (1983).

VON FOERSTER, Heinz, *Observing Systems*, (Seaside, 1981).

WELZEL, Hans, *Teoría de la acción finalista y delito culposo*, (Argentina, 2004).

WELZEL, Hans, *El Nuevo Sistema del Derecho penal* (Buenos Aires, 2004).

WELZEL, Hans, *Teoría de la acción finalista* (Buenos Aires, 1951).

WOLF, Martin, *Die Typen der Tatbestandmässigkeit*, (1931).