

Cuatro anomalías dogmáticas y su superación a través de la concepción de la culpabilidad como vinculación subjetiva con el hecho, con el auxilio de ciertas distinciones aristotélicas

*Jean Pierre Matus Acuña**

RESUMEN

El trabajo describe las anomalías existentes en el tratamiento de los conocimientos especiales, el error sobre los presupuestos objetivos de una causal de justificación, la ignorancia deliberada y la graduación de la culpabilidad y, a partir de ellas, presenta una defensa de los criterios individualizadores para establecer la responsabilidad penal frente a la aplicación de reglas de imputación basadas exclusivamente en consideraciones “objetivas” o “normativas”. Ello se fundamenta en el principio de culpabilidad y las distinciones aristotélicas entre lo involuntario, lo voluntario (intencional y no intencional), lo no involuntario por ignorancia responsable (deliberada o negligente) y lo no voluntario e indiferente, que permiten hacer operativo el sinalagma libertad-responsabilidad y superar de manera coherente las anomalías descritas.

Conocimiento; intención; voluntariedad; responsabilidad

Four dogmatic anomalies and their overcoming through the conception of guilt as a subjective link to the act, with the help of certain Aristotelian distinctions

ABSTRACT

The paper describes the existing anomalies in the treatment of special knowledge, the error on the objective assumptions of a cause of justification, deliberate ignorance, and the graduation of guilt and, based on them, presents a defense of individualizing criteria to establish criminal liability against the application of imputation rules based exclusively on “objective” or “normative” considerations. This is based on the principle of culpability and the Aristotelian distinctions between the involuntary, the voluntary (intentional and non-intentional), the non-involuntary due to responsible ignorance (deliberate or negligent) and the non-voluntary and indifferent, which make it possible to make the freedom-responsibility synallagma operative and overcome the anomalies described in a coherent manner.

Knowledge; intention; voluntariness; responsibility

* Licenciado en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Doctor en Derecho, Universidad de Barcelona, España. Profesor de Derecho Penal, Universidad de Talca, Chile. Ministro de la Corte Suprema de Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6596-5661>. Correo electrónico: jean.matus@gmail.com.

Artículo recibido el 23.7.2021 y aceptado para su publicación el 16.6.2022.

I. INTRODUCCIÓN

Si por anomalía entendemos “el reconocimiento de que la naturaleza ha violado de algún modo las expectativas inducidas por el paradigma que gobierna la ciencia normal”¹, es posible identificar al menos cuatro casos cuya solución viola de algún modo las expectativas inducidas por los presupuestos objetivos, sistemáticos y generalizadores de la responsabilidad penal que sostienen las doctrinas funcionalistas dominantes: la postfinalista de Roxin y la sociológica de Jakobs. Estos son: (i) el rol de los conocimientos especiales; (ii) el tratamiento del error en los presupuestos objetivos de una causal de justificación; (iii) la ignorancia deliberada; y (iv) la graduación de la culpabilidad atendiendo a la psicología del agente. En todas ellas, el criterio que define la afirmación de la responsabilidad penal o su graduación es individualizador, esto es, hace referencia a aspectos de la psicología y capacidades individuales del agente y no a la valoración del hecho por un “observador objetivo”, los resultados de la ordenación sistemática, una concepción normativa del dolo como atribución de conocimiento, o la de la culpabilidad en general como no evitación de la infracción objetiva de la norma, respectivamente.

En consecuencia, se procurará ofrecer un planteamiento que supere dichas anomalías con el auxilio de las categorías y distinciones que expone Aristóteles en su *Ética Nicomáquea*². Este planteamiento integra el tratamiento de los cuatro problemas analizados bajo un punto de partida individualizador que considera como fundamento de la responsabilidad penal el principio de culpabilidad entendido como responsabilidad penal personal, basada en la prueba de la existencia de una vinculación subjetiva del hecho con el agente, con exclusión del *versari in re illicita* y de la responsabilidad objetiva.

En consecuencia, el texto se organizará como sigue: En el primer apartado se describirán las anomalías mencionadas y algunas de las propuestas para su reducción;

¹ KUHN, 1996, pp. 52-53.

² Las ideas de Aristóteles acerca de la responsabilidad personal aparecen también en la *Ética Eudemia* y en la *Gran Ética*. Sin embargo, se ha preferido aquí seguir únicamente los planteamientos de la *Ética Nicomáquea*, por ser más acabados en lo que interesa (la concepción de la voluntariedad y su distinción de la elección). Para una comparación del alcance y diferencias entre los textos del Estagirita en la materia, v. Rossi, 2012. Aunque en el texto se cita la traducción de la *Ética Nicomáquea* de Pallí (Madrid, 1977), se ha tenido a la vista también las de M. Araujo y J. Marías (Madrid, 1959), y E. Sinnott (Buenos Aires, 2007).

Sin embargo, se advierte que la lectura que aquí se hace de Aristóteles no pretende introducir en la discusión jurídica sus argumentos relativos a la virtud o el vicio ni a la calificación de los caracteres de las personas acerca de tales bases. Es más, a nuestro juicio, a partir de las propias distinciones del Estagirita se puede, como aquí se hace, dejar a los moralistas las discusiones morales tanto respecto de la calificación del hecho como por el carácter de las personas. De este modo, para lo que aquí se plantea resulta más o menos irrelevante el debate acerca de la consideración de la virtud y el vicio como presupuestos de la responsabilidad penal entre DUFF, 2002 y HUIGENS, 2004.

Tampoco se trata de sostener la autoridad de Aristóteles *per se* en estas materias, basada exclusivamente en la permanencia del interés por su obra en el transcurso de los siglos; que la lectura que se ofrece de la *Ética Nicomáquea* sea la correcta (desde luego no, pues carezco del dominio del idioma griego); o que de alguna manera Aristóteles haya formulado alguna “proto” teoría del delito, errores comunes cuando se hace referencia a la obra del Estagirita, según advierte TAMAHANA, 2004.

en el segundo, las categorías aristotélicas relevantes; en el tercero, se aplicarán esas categorías a la superación de dichas anomalías, y, finalmente, se expondrán unas breves conclusiones generales.

II. ANOMALÍAS EN LA DOGMÁTICA DOMINANTE

1. *Los conocimientos especiales*

Frente a la sistemática de Welzel, en que la finalidad de la acción se entendía como fundamento de la responsabilidad penal³, Roxin ofrece la versión actualmente dominante de la teoría de la imputación objetiva en los delitos de resultado, según esta, no es esa finalidad lo que determina la responsabilidad, sino el hecho de realizar una conducta que sea imputable objetivamente, esto es, que cree un riesgo no permitido para un bien jurídico que se realiza en el resultado lesivo⁴. Ese riesgo, de conformidad con la denominación de esta teoría, ha de ser, por cierto, objetivo, esto es, previsible *ex ante* por un “observador objetivo”⁵.

Sin embargo, respecto del socorrido ejemplo del que aconseja a otro dar un paseo, sabiendo que en el camino hay un asesino al acecho, se afirma sin más que la muerte del paseante sería objetivamente imputable al que lo induce a tomar ese camino⁶. Y ello, a pesar de que, objetivamente, los conocimientos especiales del que aconseja ni crean ni aumentan el peligro creado por el tercero que acecha en el camino, si no se han concertado previamente para ello.

De este modo, se genera una anomalía en esta versión de la teoría de la “imputación objetiva”, pues la expectativa que genera es violada por el reconocimiento del valor que ha de darse a la “subjetividad” del agente para establecer si su conducta creó o no un “peligro objetivo” que se realiza en un resultado lesivo.

Quienes defienden esta versión de la teoría de la imputación objetiva estiman que esa anomalía sería solo aparente, esto es un “problema entre comillas”, ofreciendo argumentos dentro del marco teórico general en que se desarrolla para su reducción. Así, Greco sostiene que, en el sistema teleológico de Roxin, basado en consideraciones político-criminales, es necesario tomar en cuenta los conocimientos y otros aspectos subjetivos, en la medida que sean relevantes para determinar lo prohibido por el sistema jurídico, por cuanto “no es posible juzgar la existencia de un peligro sin tener en

³ WELZEL, 1976, p. 51.

⁴ ROXIN, 2006, p. 372.

⁵ ROXIN, 2006, p. 378. Luego, en la perspectiva de este autor, los conocimientos, capacidades e intenciones del agente forman parte de otro nivel de análisis, el de la tipicidad subjetiva (dolo y culpa), mientras la culpabilidad, como categoría dentro de la teoría del delito, mantiene un carácter principalmente normativo, cuya exposición y análisis en profundidad escapa al propósito de este texto.

⁶ ROXIN, 2006, p. 378.

cuenta lo que el delincuente sabe”, y ello debe hacerse antes de la pregunta acerca de la imputación a título de dolo o culpa⁷.

Sin embargo, esta respuesta solo deja en claro que el problema que ofrece la consideración de los conocimientos especiales del agente dentro de la “imputación objetiva” solo puede superarse alterando el punto de partida (que ya no es el del “observador objetivo”) o introduciendo otros puntos de partida (“el peligro subjetivo” como determinación de “lo prohibido”, desde el punto de vista político criminal).

En el extremo, si se considera que esta anomalía es tan relevante que no puede superarse ni reducirse en la forma propuesta por sus partidarios, sino mediante el abandono del “observador objetivo” y el traslado de la valoración de los conocimientos especiales al examen de los conocimientos exigidos para afirmar el dolo o la culpa, como propone Kindhäuser⁸, lo único que se hace es trasladar de lugar la anomalía. En efecto, para llegar a esta conclusión, se debe abandonar la idea de que la norma de comportamiento es una norma general, “válida” para “cualquiera”, que “se deja extraer” de la ley penal que sanciona su infracción⁹ y, en su lugar, afirmar que “la norma que prohíbe arrojar piedras que pueden alcanzar la cabeza de la víctima y causarle la muerte (homicidio imprudente) es distinta a la que prohíbe hacer lo mismo contra un hemofílico, por lo que es necesario, en el segundo caso, que el autor sepa de la enfermedad de la víctima”¹⁰. En cambio, otros afirman que tal anomalía solo podría superarse ofreciendo para la constelación de casos que normalmente abarca la “imputación objetiva” otra ubicación sistemática, pero siempre considerando la valoración de las capacidades y conocimientos especiales del agente, sea en la tipicidad o en la antijuridicidad, como paso previo a la imputación subjetiva a título de dolo o culpa¹¹.

En lo que aquí interesa, más allá de las anomalías que genera el tratamiento de los conocimientos especiales, lo relevante es que su carácter anómalo surge de la contradicción entre las ideas sistemáticas generalizadoras con las exigencias del principio de culpabilidad o responsabilidad personal por el hecho, que impone la necesidad recurrir a criterios individualizadores para su afirmación, incluyendo en algún punto del análisis la consideración de los conocimientos y capacidades individuales de cada cual al momento del hecho.

⁷ GRECO, 2005, pp. 520 y 537.

⁸ Este parece ser el sentido de la crítica de KINDHÄUSER, 2008, p. 29.

⁹ KINDHÄUSER, 2013, p. 35. Desde esta perspectiva, solo los “delitos especiales” tendrían una especificación normativa tal que sus normas de conducta estarían destinadas a “determinadas personas”. Sin embargo, esta especificación no considera los conocimientos y capacidades especiales de cada integrante de ese círculo determinado de personas.

¹⁰ CUELLO, 2020, p. 567.

¹¹ V., por todos, ROJAS, 2010, pp. 247-252, quien expone los planteamientos de Bustos y Frisch, acogiendo el de este último a base de la distinción entre normas de conducta y normas de sanción que adopta.

2. *El error sobre los presupuestos objetivos de una causal de justificación*

Desde el punto de vista original de la teoría normativa de la culpabilidad desarrollada por Welzel, si la imputación a título de dolo y la culpa es un asunto propio de la “faz subjetiva del tipo”, entonces los casos de error de prohibición quedan excluidos del tratamiento del error de tipo (que excluye el dolo, pero deja subsistente la culpa en caso de ser vencible). En esta “teoría extrema de la culpabilidad”, los efectos del error de prohibición serían únicamente la exclusión de la culpabilidad, en caso de ser invencible, otorgando solo una atenuación al error vencible. Este error de prohibición puede recaer en el hecho institucional de estar o no prohibida (tipificada) una conducta o de encontrarse o no permitida por una causal de justificación, pero también en la presencia en el hecho de los presupuestos objetivos de una causal de justificación¹². Luego, en el caso del padre que abate a su hijo que llega tarde confundiéndolo con un ladrón, solo correspondería excluir su culpabilidad si el error fuese invencible; pero si fuese vencible, porque bastarían unas palabras o “abrir un poco más los ojos” para salir de la confusión, correspondería sancionar por el delito doloso consumado de homicidio o parricidio (allí donde dicha figura subsiste), pues “solo es libre la elección del punto de partida (dentro de un determinado ámbito); todo lo demás se sigue forzosamente, aun cuando ciertas consecuencias a uno lo espanten”¹³.

Sin embargo, y a pesar de que la mayor parte de la dogmática postfinalista sigue considerando como “principio fundamental” y “piedra angular de la teoría del delito”¹⁴ la estricta distinción entre un injusto personal (donde radicaría el juicio acerca del dolo y la culpa) y una culpabilidad “normativizada” (donde se determinarían los efectos del desconocimiento de la ilicitud, sin atención a la psiquis del agente sino únicamente a su exigibilidad o no), sus propuestas frente al problema específico del tratamiento del error de prohibición indirecto distan mucho de seguirse forzosamente de ese punto de partida.

En efecto, como sostiene Roxin, cuando se llega a este punto, surge un auténtico “caos de las teorías”¹⁵. De entre ellas destaca la llamada teoría limitada de la culpabilidad, que distingue del tratamiento del error de prohibición el que recae sobre los presupuestos objetivos en una causal de justificación, sosteniendo que los efectos de la teoría estricta solo serían aplicables al error directo y al indirecto, salvo en este último caso, donde el hecho de “no abrir más los ojos” debería imputarse a título de culpa y no de dolo, por razones de política criminal¹⁶. A la misma conclusión, aunque con diferente fundamento, llega la teoría de la culpabilidad que remite sus efectos al error de tipo, según esta, no hay razón para no seguir considerando el hecho como doloso, pues el agente no yerra en ningún elemento del tipo y ello sería necesario para valorar la participación de terceros en el hecho (lo que no podría hacerse de considerarse imprudente,

¹² WELZEL, 1976, p. 235s.

¹³ WELZEL, 1944, p. 116.

¹⁴ JESCHECK y WEIGEND, 2002, p. 456.

¹⁵ ROXIN, 2006, p. 626, nota 88.

¹⁶ ROXIN, 2006, p. 626.

como en la teoría limitada), pero se debe tratar conforme con la regla del error de tipo atendido el menor desvalor de una conducta que no expresaría contrariedad al derecho y su contenido de culpabilidad, al recaer en una circunstancia fáctica, no se diferenciaría del de la imprudencia¹⁷.

Luego, cualquiera que sea el fundamento esgrimido y su plausibilidad, lo cierto es que estas soluciones tienden a considerar el error como un fenómeno individual que se debe valorar desde la perspectiva del agente y teniendo en cuenta “su” culpabilidad, y de allí que difieran de un modo tan significativo de las expectativas inducidas por el paradigma de la “normativización” de la culpabilidad, la consecuente tripartición de la teoría del delito y sus forzosas consecuencias, validando con ello las protestas de Welzel frente a esta desviación teórica, que considera tanto un efecto de la “falsa alternativa de error de derecho y de hecho” proveniente del Derecho romano como de la “tesis equivocada de que las causales de justificación son características negativas del tipo y que su presencia excluye al tipo”¹⁸.

3. *La ignorancia deliberada*

Hoy son dominantes las ideas de que para afirmar la existencia del dolo basta la prueba del conocimiento de la probabilidad de realización del resultado, o en términos de la Sentencia del Tribunal Supremo en el caso de *La Colza*, “obrará con dolo el autor que haya tenido conocimiento del peligro concreto que deriva de su acción para los bienes jurídicos”¹⁹. Esta comprensión ha ido a parejas de la llamada “normativización del dolo”, doctrina que en una de sus variantes principales sostiene que sería imposible o poco confiable la prueba de los hechos o estados mentales volitivos (intención, aceptación o indiferencia) y que, por tanto, tales exigencias deberían abandonarse para la imputación a título de dolo, bastando para ello la atribución o adscripción del conocimiento del riesgo creado y la imputación de las consecuencias que de ello deriva el tribunal, según su apreciación de los hechos *ex re*, es decir, objetivamente. De este modo la calificación de una conducta como dolosa o imprudente sería solo consecuencia de su imputación como tal por parte del juez, para efectos de su penalidad, sin que se exija prueba alguna del hecho mental o subjetividad del agente que la justificaría²⁰.

Luego, de esta forma de concebir la imputación a título de dolo surge la expectativa de que ante la imposibilidad de imputar el conocimiento, por haberse constatado la “ignorancia”, no existiría posibilidad de la imputación subjetiva a título doloso.

Sin embargo, cuando se presentan supuestos de ignorancia deliberada, en el sentido de intencionalmente buscada para evitar una potencial responsabilidad penal, parte importante de la doctrina que afirma el dolo como conocimiento y rechaza sus aspectos

¹⁷ JESCHECK y WEIGEND, p. 500.

¹⁸ WELZEL, 1976, p. 236.

¹⁹ Tribunal Supremo de España, 23.4.1992 (Ponente: Magistrado D. Enrique Bacigalupo), Rol 3654-1992.

²⁰ RAGUÉS, 2004, p. 19.

volitivos termina afirmando la imputación a título de dolo. Para ello se recurre, en algunos casos, a su asimilación con el dolo eventual, argumentando que “dado que si se tiene intención de ignorar es porque, en realidad, se sabe lo que se ignora”²¹. Otros afirman que, si la ignorancia no puede reconducirse a un caso de dolo eventual, porque el sujeto, de “manera intencionada”, ha “evitado adquirir incluso aquellos conocimientos mínimos que requiere el dolo eventual”, se debe aplicar una regla de imputación diferenciada, con las mismas consecuencias penales que las atribuidas al dolo. Y ello significaría que “la inclusión de semejantes casos en el concepto de dolo impedirá seguir definiendo esta figura a partir del conocimiento”²². Incluso Jakobs, en un contexto más amplio, considera que el desconocimiento atribuible a la “indiferencia” puede fundamentar la imposición de una pena a título de dolo, frente a la imputación culposa de quien ignorando lo que hace infringe una norma, resultado de ello padece el dolor de una *poena naturalis*²³.

De este modo, se reintroduce en la teoría del dolo aquello que tanta tinta había costado extraer: la *intención* y la *indiferencia*, esto es, dos estados mentales que, como tales, pertenecen a la *psiquis* del autor y a la necesaria determinación de su responsabilidad personal, en el sentido de individual y como persona de “carne y hueso” en las circunstancias vitales en que actúa, pero nada tienen que ver con la imputación del dolo solo a partir del conocimiento, acreditado, atribuido o esperado en su “rol” de persona “en derecho”²⁴.

²¹ JAÉN, 2021, p. 307.

²² RAGUÉS, 2013, pp. 18

²³ JAKOBS, 1991, p. 259.

²⁴ Por cierto, también la aceptación de la “ignorancia deliberada” como categoría asimilable al dolo sería anómala si este se concibe como conocimiento más voluntad (finalidad o aceptación), en la forma tradicional (p. ej., ROXIN, 2006, p. 437), pues sin conocimiento, no hay aceptación ni intención de realizar el tipo que se trate. Por eso, algunos autores que sostienen esta posición evitan la anomalía concluyendo que “la ignorancia deliberada en sentido estricto solo pueda ser considerada imprudencia” (GRECO, 2014, p. 76). Sin embargo, lo que aquí interesa no es dar cuenta de las múltiples respuestas posibles ante este problema, sino destacar el aspecto anómalo de su aceptación como figura asimilable al dolo si se sostiene que este exige aspectos cognitivos, aquí ausentes de entrada, pues como señala RAGUÉS, 2014, p. 143, “la ignorancia deliberada también incluye un factor subjetivo —a saber, el carácter intencionado del desconocimiento— cuya prueba no debe de resultar precisamente menos compleja que la del propio conocimiento”.

En cambio, para las variantes de las teorías “normativas” del dolo que lo estiman exclusivamente como regla de imputación, esto es, de valoración del hecho para establecer las consecuencias penales a imponer al responsable, no existiría anomalía alguna en afirmar que los supuestos de “ignorancia deliberada” deban pensarse como dolosos por las razones que se señalen al efecto. Así, p. ej., PÉREZ BARBERÁ, 2012, p. 171, sostiene que si bien, en su concepto, “dolo no es ni voluntad ni conocimiento”, “ello, sin embargo, no significa que voluntad y conocimiento, así como sus ausencias correspondientes, no jueguen papel alguno respecto de estas categorías”, pues “tales estados mentales, en tanto datos fácticos que son, pueden, llegado el caso y junto con otros, ser relevantes para la conformación de los supuestos de hecho individuales que deban ser considerados dolosos o imprudentes”.

4. *La graduación de la culpabilidad*

Una última anomalía en la actual dogmática de la teoría del delito que aquí esbozaremos tiene que ver con la arraigada idea de que la culpabilidad en sentido estricto sería una categoría exclusivamente normativa, liberada de las referencias psicológicas de su formulación clásica que incluía en ella el dolo como intención y la culpa como un déficit de actualización de las capacidades personales para prever y evitar lo evitable. Según esta conceptualización, recurrir a criterios psicológicos para establecer la existencia de la culpabilidad o su graduación sería sino contradictorio, al menos irrelevante.

Sin embargo, la necesidad de recurrir a criterios psicológicos, esto es, individualizadores y, al mismo tiempo, la imposibilidad de hacer operativas las eximentes de inexigibilidad de otra conducta sobre la base exclusiva de un criterio generalizador es aceptada ahora incluso por Jakobs, quien afirma que “poder graduar la declaración de culpabilidad del autor, solo lo puede llegar a permitir una culpabilidad psicologizada”, limitando con ello el dogma funcionalista de la identificación de la persona en derecho (y de su culpabilidad), exclusivamente como “competente por la evitación de la realización de un tipo penal”²⁵. En efecto, en el texto citado, Jakobs enfrenta la cuestión de la posibilidad de que en una teoría funcional de la culpabilidad, esta pueda regularse en *grados*, como cuando en la “criminalidad política” se discute el cambio el título de autor a cómplice u otra reducción de la pena de los que ejecutan los hechos materialmente en el marco de una orden de un Estado totalitario en el que se encuentran “adoctrinados” —como en el caso Staschinskij o en los juicios a los criminales nazis o a los tiradores del muro—; o en la criminalidad “no política” se discute aceptar “motivos de atenuación” en ciertos asesinatos motivados o “justificados” por la costumbre islámicas —órdenes de comunidades, venganza de sangre, “derechos” sobre las mujeres—. El problema —según Jakobs— se reduciría a una sola pregunta: ¿Se debe proceder en la constatación de la culpabilidad o de un “motivo de atenuación” psicológicamente, tratando de comprender al acusado o normativamente, constatando la correspondencia de la conducta con la norma? En los extremos abstractos, la respuesta sería siempre errada: o bien se cae en el puro psicologismo (“disociado de la configuración normativa de la comunidad”) donde el *tout comprendre* llevaría necesariamente al *tout pardonner* y entonces la culpabilidad como tal perdería sentido; o se cae en el puro normativismo (“disociado del bienestar” de los miembros “de carne y hueso” de la sociedad), donde no existiría posibilidad alguna de graduación: la misma culpabilidad se constataría en un hurto famélico y en un homicidio en un ataque de furia, “pues el hecho debía evitarlo tanto el ladrón como el homicida, ya que la norma como tal no conoce otra cosa que su evitabilidad o no”. Por tanto, señala el ex-Profesor de Bonn que “una solución solo puede encontrarse en un punto intermedio, que ofrezca una superación de los puntos de partida abstractos: la estructura de la comunidad en su concreta realidad, su bienestar configurado por medio

²⁵ JAKOBS, 2006, p. 840.

del Derecho. Lo que esa comunidad psicológicamente ‘tolera’, puede tener lugar, y lo que esa sociedad normativamente ‘requiere’, debe exigirse”²⁶.

De nuevo, la introducción de elementos psicológicos en el desarrollo de una teoría cuyos fundamentos rechazan explícitamente toda consideración del ser humano como entidad psicofísica y cuyo bienestar material no sería relevante para el Derecho, contraría abiertamente la teoría en que se introducen. Y ello no se ve compensado por la autoridad de quien de este modo renuncia a las consecuencias de su propio desarrollo teórico, pues ello solo significa eso: que uno de los presupuestos teóricos fundamentales que se predicán para construir el sistema dogmático que se trata (la responsabilidad penal se fundamenta exclusivamente en la no evitación de la infracción normativa por la persona en derecho) no es sostenible cuando se trata de graduar la culpabilidad y se debe renunciar a él y reintroducir la prueba y apreciación de aspectos psicológicos solo predicables de ser humano “de carne y hueso” y no de la “persona en derecho”.

III. LAS CATEGORÍAS Y DISTINCIONES ARISTOTÉLICAS RELEVANTES PARA LA SUPERACIÓN DE LAS ANOMALÍAS DESCRITAS

En los cuatro casos planteados, las doctrinas dominantes superan las anomalías presentadas reconociendo en algún punto del desarrollo de los problemas presentados que, tratándose de personas naturales, solo puede ser responsable penalmente un ser humano concreto, de “carne y hueso”, con sus capacidades, conocimientos, decisiones y constreñimientos internos y externos²⁷. Ello es una buena noticia para quienes entendemos que el derecho penal es derecho de la culpabilidad personal –entendida como la vinculación subjetiva del agente con el hecho como presupuesto de su responsabilidad–, garantizada por las constituciones democráticas occidentales y los tratados internacionales sobre derechos humanos. En efecto, a pesar de sus diferentes puntos de partida, las doctrinas funcionalistas actualmente dominantes se alejan en los casos complejos de las potenciales desviaciones hacia la *versari in re illicita* y la responsabilidad penal objetiva a que podrían conducir criterios puramente objetivos, sistemáticos y generalizadores, prefiriendo, para el problema concreto planteado, una solución que remite a criterios individualizadores²⁸.

²⁶ JAKOBS, 2006, pp. 834-839. Acerca de otras desviaciones hacia la “realidad” y la aceptación de criterios “individualizadores” dentro de la teoría funcionalista de JAKOBS, v. SILVA-SÁNCHEZ, 2006, p. 377.

²⁷ En consecuencia, todo lo que aquí se dirá no es aplicable a los criterios para determinar la responsabilidad penal de las personas jurídicas que, al no ser de “carne y hueso”, careen de psiquis y no son susceptibles de actuar por motivaciones individuales, pasiones o temores.

²⁸ Por criterio individualizador se entiende aquí tanto la consideración de la vinculación subjetiva del hecho con la persona responsable como sus conocimientos especiales, sus capacidades cognitivas, su intencionalidad y su capacidad para enfrentar estímulos externos o internos, establecidos mediante las inferencias forenses al uso. Tratándose de conocimientos e intención, esa vinculación es llamada aquí “estado mental”. En cambio, un criterio objetivo, sistemático y generalizador sostiene que basta para afirmar la responsabilidad del agente la aplicación de una regla “normativa” o de “valoración” del hecho –establecido mediante las inferencias

A nuestro juicio, la mejor explicación de por qué las anomalías descritas se resuelven de este modo, se encuentra en las diferentes distinciones que realiza Aristóteles a propósito del estudio de la responsabilidad individual como presupuesto para distribuir premios y castigos, en la forma que aquí se expondrán.

Estas distinciones, que el Estagirita estima podrían ser útiles “para los legisladores, con vistas a los honores y castigos”²⁹, son las siguientes: i) la distinción de lo involuntario frente a lo voluntario, lo mixto, lo no voluntario y no involuntario como límite y presupuestos de la responsabilidad individual; ii) la distinción de lo intencional frente a lo voluntario no intencional y las otras formas de responsabilidad personal; iii) la distinción entre la responsabilidad por el hecho y su justicia o injusticia; y iv) la distinción entre la justicia e injusticia del hecho por el que se es responsable y el juicio ético del carácter de la persona.

La primera distinción establece uno de los presupuestos y límites fundamentales de la responsabilidad personal: se es responsable de lo voluntario y no de lo involuntario. Voluntario “podría parecer que es aquello cuyo principio está en el mismo agente que conoce las circunstancias concretas en las que radica la acción”, esto es, “lo que hace uno estando en su poder hacerlo y sabiendo, y no ignorando, a quién, con qué y para qué lo hace; por ejemplo, a quién golpea, con qué y para qué, y todo ello no por accidente ni por fuerza (como si alguien, cogiendo la mano de otro y contra la voluntad de este, golpea a un tercero, porque, entonces, no depende de la mano que golpea)”³⁰. En consecuencia, son involuntarias las cosas “que se hacen por fuerza o por ignorancia; es forzoso aquello cuyo principio es externo y de tal clase que en él no participa ni el agente ni el paciente”³¹.

Desde esta perspectiva, la ignorancia o el error es uno solo: un hecho mental que consiste en desconocer o tener una falsa representación de la realidad material o institucional en que se desarrolla la conducta y que depende de las capacidades y conocimientos individuales o especiales de cada cual en tanto “poder” para hacer o no hacer (conocer o no), esto es ser principio de o tomar parte en lo que se hace o deja de hacer³². En consecuencia, también debiera ser único su efecto: exclusión de la responsabilidad, siempre que ese error no tenga su origen en ni dependa del agente.

forenses al uso—, pero solo en su aspecto objetivo (sin atender a los “conocimientos” ni “intenciones” del agente), como resultado de una aproximación sistemática (en el caso del “error de prohibición”) y de general aplicación (sin tomar en cuenta las condiciones personales del agente para la determinación de la pena).

²⁹ ARISTÓTELES, 1977, 1109b, 35.

³⁰ ARISTÓTELES, 1977, 1111b, 20, y 1135a, 20. Nótese que aquí el “para qué” no significa finalidad, sino más bien un conocimiento general de la causalidad originada por el hecho, pues el Estagirita, como se verá enseguida, distingue con claridad entre los hechos voluntarios y los intencionales, producto de la elección y deliberación.

³¹ ARISTÓTELES, 1977, 1110a.

³² GARCÍA, 2008, p. 1, destaca esta idea de poder como capacidad personal para calificar el hecho de voluntario o “no involuntario”, sobre la base de la idea de “poder hacerlo y sabiendo”, expresada en ARISTÓTELES, 1977, 1135a, 20.

De aquí se desprende que la voluntariedad (*bekousion*), entendida estrictamente como la realización de una conducta libre de fuerza o error, es un presupuesto de la responsabilidad por la acción u omisión que se trate. Esta voluntariedad en nuestros sistemas democráticos no puede sino identificarse con la libertad jurídica de actuación³³. En efecto, ella es uno de los presupuestos generales de la responsabilidad personal y hace operativo en el sistema jurídico el sinalagma libertad-responsabilidad, pues su comprobación permite hacer responsable al agente por su conducta jurídicamente libre y su ausencia, eximirlo de ello. En este sentido, para el derecho penal de la culpabilidad, voluntariedad y libertad jurídica son conceptos indistinguibles del de responsabilidad o, más precisamente, de las condiciones personales y sociales, legalmente determinadas, que hacen posible atribuirle al agente las consecuencias jurídicas de un hecho. De este modo, afirmar la existencia de la libertad jurídica como fundamento de la culpabilidad no importa admitir la existencia del libre albedrío como concepto moral o metafísico³⁴, ni negar la determinación causal de la existencia humana³⁵, sino únicamente establecer las condiciones para hacer efectiva, jurídicamente, la responsabilidad personal. Esta es la misma idea de libertad jurídica que legitima la elección de autoridades y el ejercicio de su autoridad así como los llamados derechos de libertad que las constituciones democráticas occidentales garantizan, como, p. ej., libertad de conciencia, personal, de enseñanza, libertad de emitir opinión e informar, de trabajo, para adquirir el dominio de las cosas y para crear y difundir las artes, etc. Desde el punto de vista de sus consecuencias, esta es la clase de libertad que legitima hacer valer en juicio los contratos, atribuir la autoría e invención de las obras intelectuales y de la propiedad industrial³⁶ y, por cierto, la imposición de penas por las conductas que, en ejercicio o abusando de tales libertades, suponen una afectación a otros intereses constitucionalmente reconocidos.

Luego, si lo voluntario es uno de los presupuestos de la responsabilidad, lo involuntario será de la indulgencia; y si lo voluntario importa libertad de actuación, lo involuntario no, pues se hace por fuerza, “por ejemplo, si uno es llevado por el viento o por hombres que nos tienen en su poder”³⁷, o por ignorancia.

³³ Desde la teoría de la agencia, se define esta libertad jurídica como el “sentimiento subjetivo de ser causalmente responsable de sus actos y de sus consecuencias” (BIGENWALD y CHAMBON, 2019, p. 3).

³⁴ Como el DE AQUINO, 1994, p. 37, para quien la libertad es una facultad de voluntad y de razón cuyo objeto propio es el fin –Dios, en un sentido teologal– y el bien.

³⁵ En efecto, bien se puede postular que, desde el punto de vista sociológico o causal, la sola existencia de un ordenamiento jurídico, en la medida que se emplea como instrumento para la dirección de las conductas humanas, demuestra que las personas se encuentran sujetas a estímulos externos que se espera las motiven o, al menos, hagan reaccionar a su gran mayoría, como sostiene KELSEN, 1979, p. 105.

³⁶ Es interesante destacar que, en estos casos, el sinalagma libertad-responsabilidad importa como consecuencias del ejercicio de la libertad no una sanción sino un “honor” o, más precisamente, el reconocimiento en todo caso de la “paternidad” de una obra intelectual o de la calidad de “inventor” de un objeto de propiedad industrial (art. 6bis del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, 1886; y art. 4ter Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, 1883).

³⁷ ARISTÓTELES, 1977, 1110a.

Sin embargo, en la doctrina aristotélica no todo lo que se hace por fuerza o ignorando puede considerarse involuntario y, en consecuencia, libre de responsabilidad.

En efecto, respecto de lo primero, habría que distinguir entre la fuerza física de los ejemplos del viento incontrolable y el secuestro, de aquellos otros estímulos externos, como la coerción y la necesidad. Señala Aristóteles que frente a tales estímulos el hecho puede ser relativamente voluntario, porque está en el agente hacer o no lo que se exige o lo que la necesidad requiera para evitar el mal que se enfrenta, pero también absolutamente no voluntario, porque “uno hace lo que no debe por causas que sobrepasan la naturaleza humana y que nadie podría soportar”³⁸, y por eso los llama mixtos. El Estagirita cita como tales causas cometer un delito bajo amenaza de que si no lo hace se dará muerte a un familiar que se tiene retenido³⁹ o arrojar al mar la carga de un navío en caso de tempestad para salvarse y salvar a los demás; pero rechaza que se puedan alegar como causas para obtener indulgencia el temor a una maldición y otras razones “ridículas”⁴⁰. Es decir, siendo voluntaria la conducta, la excusa radica en la naturaleza de la causa, esto es, en el carácter socialmente aceptable o no –noble o vergonzoso, en los términos del Estagirita– del motivo particular que la impulsa⁴¹. En consecuencia, la actuación motivada por el placer, la pasión, el apetito o el deseo no pueden considerarse excusadas por ese solo hecho, pues “es ridículo culpar a la causa externa, y no a nosotros mismos, cuando hemos sido tan fácilmente cazados por estas cosas, y atribuirnos las acciones hermosas, pero imputar las vergonzosas al placer”, al tiempo que “las pasiones irracionales no son menos humanas, de manera que las acciones que proceden de la ira y el apetito también son propias del hombre” y “es absurdo considerarlas involuntarias”⁴².

Lo más interesante de esta distinción es que, contrario al ejercicio de la fuerza física como hecho comprobable mediante las inferencias forenses al uso, determinar lo que se considere “sobrepasa la naturaleza humana” depende no solo de comprobar la voluntariedad del hecho y la existencia de los motivos de la actuación, sino de la valoración social del motivo que lo impulsa la conducta, esto es, si se estima noble o ridículo. Luego, aunque esos motivos no sean abstracciones sino realidades comprobables que impactan la psiquis de las personas o se originan en sus pasiones o emociones, para aceptar la excusa o la atenuación debe distinguirse entre aquellos que hacen el hecho socialmente tolerable o no. Según Aristóteles, solo los motivos nobles permitirían una excusa o atenuación, como el interés de salvar a los parientes de una muerte a manos de quien los amenaza (lo que hoy denominaríamos fuerza moral irresistible, *duress* en el derecho anglosajón) o la salvación de un barco y sus pasajeros para evitar su naufragio (estado de necesidad

³⁸ ARISTÓTELES, 1977, 1110a, 25.

³⁹ Este es el argumento del filme *Nick of time*, de John Badham, 1995.

⁴⁰ ARISTÓTELES, 1977, 1110a, 5 y 25.

⁴¹ ARISTÓTELES, 1977, 1110a, 20: “soportar las mayores vergüenzas sin un motivo noble o por uno mediocre es propio de un miserable”. No obstante, debe distinguirse aquí el juicio a la persona del juicio al hecho. Lo que importa, a efectos jurídicos, es que el motivo que no sea noble, esto es, aceptable jurídicamente por la comunidad, no excusa.

⁴² ARISTÓTELES, 1977, 1110b, 15 y 1111b.

o *necessity*). En cambio, las motivaciones ridículas, como las pasiones, apetitos, deseos y otros motivos psicológicos no menos humanos para el actuar, en ningún caso alcanzan a constituir una excusa, esto es, una razón suficiente –desde el punto de vista social– para perdonar al agente⁴³.

En cuanto a la falta de voluntariedad por la ignorancia en el actuar, señala Aristóteles que, primero, se debe distinguir entre la actuación “por” ignorancia propiamente tal de la que se hace “con” ella. “Por ignorancia” se actuaría cuando el error no tiene un principio en ni depende de uno mismo y recae sobre las circunstancias particulares en las que se desarrolla la conducta y a las que esta se refiere (como cuando se actúa engañado por un tercero o por un defecto físico que altera la percepción de la realidad). Solo cuando se actúa “por ignorancia” el hecho es involuntario, destinatario de “compasión y perdón”⁴⁴. Así, en los casos en que el agente cree que “su hijo es un enemigo”, “o que la punta de hierro de la lanza tenía un botón; o que una piedra cualquiera era una piedra pómez; o dando una bebida a alguien para salvarlo, matarlo por el contrario; o queriendo a uno darle una palmadita, noquearlo como en el pugilato”, si el error que no tiene su origen ni depende del agente, se actúa por ignorancia y ello hace involuntaria la conducta y, por tanto, irresponsable al agente⁴⁵. Además, el Estagirita no desconoce la posibilidad de errar sobre el hecho institucional de la licitud o ilicitud de la conducta (y, por tanto, actuar involuntariamente a causa de ese error), advirtiendo solamente que en tales casos no parece razonable, en general, considerar involuntaria la conducta de quienes “ignoran ciertas materias legales que deben saberse y que no son difíciles”⁴⁶, como las reglas sociales básicas que se transmiten mediante la escolarización, los medios de comunicación masivos y la socialización del sujeto (*ignorantia crassa et supina*).

En cambio, cuando se actúa “con ignorancia”, el hecho no sería involuntario, si la causa de la ignorancia está en uno mismo: “el término “involuntario” tiende a ser usado no cuando alguien desconoce lo conveniente, pues la ignorancia en la elección no es causa de lo involuntario” y por ello los “legisladores” “castigan y toman represalias de los que han cometido malas acciones sin haber sido llevados por la fuerza o por una ignorancia de la que ellos mismos no son responsables”, esto es, “castigan el mismo hecho de ignorar, si el delincuente parece responsable de la ignorancia” por su propia

⁴³ Se manifiesta aquí, entonces, ya desde Aristóteles, el aspecto normativo de las causales de inexigibilidad de otra conducta, dentro de la culpabilidad como elemento del delito: su aceptación está limitada por lo que la sociedad considera tolerable (noble, en los términos del Estagirita) en cada momento histórico.

⁴⁴ ARISTÓTELES, 1977, 1111a.

⁴⁵ ARISTÓTELES, 1977, 1111a, 10. Se anticipa así el Estagirita a la solución dominante respecto del error de tipo vencible (responsable, pero no elegido, en los términos aristotélicos), pues la mayor parte de los ejemplos propuestos parecen de negligencia atribuible al carácter vencible del error. Sin embargo, el propósito de su exposición en este lugar no es fundamentar la regla de imputación de la negligencia entendida como error vencible, sino destacar el punto del caso de su invencibilidad, en que, por no ser el agente responsable del error, no es responsable de la conducta que ejecuta “por ignorancia”. En cambio, si el error es vencible, actuará “con ignorancia”, será responsable de ella y de su conducta y, en nuestro sistema, lo consideraremos negligente; salvo que la ignorancia sea deliberada, caso en el que se tiende a asimilar al actuar doloso.

⁴⁶ ARISTÓTELES, 1977, 1113a, 30.

elección o deliberación o “en los casos en los que la ignorancia parece tener por causa la negligencia, porque estaba en su poder no ser ignorantes, ya que eran dueños de poner atención”⁴⁷. En consecuencia, también habrá responsabilidad en los hechos “no involuntarios”, realizados “con ignorancia” responsable, deliberada o negligente.

Además, el Estagirita da cuenta de la existencia de otro grupo de conductas que, no siendo involuntarias, tampoco califica como voluntarias, sino como “no voluntarias”, por lo que también pueden dar origen a responsabilidad personal: se trata de los casos de quienes actúan por ignorancia, pero sin “desagrado”, “dolor” o “pesar” por lo realizado, por lo que, por esa indiferencia en la actuación, no estaría justificada a su respecto la conmiseración o la indulgencia⁴⁸.

Solo una vez que se ha presentado y resuelto la distinción fundamental entre lo involuntario y lo voluntario, “no involuntario” o “no voluntario” y, por tanto, afirmada la responsabilidad del agente por el hecho, Aristóteles aborda el problema de la elección o intención, señalando que existen “acciones hechas impulsivamente” que “llamamos voluntarias, pero no elegidas”, y “es evidente que la elección es algo voluntario, pero no es lo mismo que ello, dado que lo voluntario tiene más extensión”, pues “de los actos voluntarios, unos los realizamos con intención y otros sin ella; con intención, cuando son objeto de una previa deliberación; sin intención, cuando no van precedidos de deliberación”⁴⁹.

En resumen, sobre la base de estas distinciones, es posible ofrecer un panorama más amplio de las conductas de las que cada uno puede ser responsable: i) los hechos voluntarios e intencionales, producto de la elección y deliberación; ii) los hechos voluntarios no intencionales, sino repentinos o espontáneos; iii) los hechos “no involuntarios”, realizados con ignorancia deliberada; iv) los hechos “no involuntarios”, realizados con ignorancia negligente; y v) los hechos “no voluntarios”, realizados por ignorancia, pero que no causan “desagrado”, “dolor” ni “pesar”⁵⁰.

Sin embargo, el Estagirita no nos ofrece criterios para una eventual valoración jurídica diferenciada de esos cinco tipos de conducta, aunque admite que ello es posible cuando hace ver que, en casos de ignorancia deliberada, como la del ebrio voluntario, los

⁴⁷ ARISTÓTELES, 1977, 1110b, 30, 1113b, 20 y 30 y 1114a. La referencia que en 1110b, 30 se hace a la “maldad” como causa de la elección de la ignorancia puede suprimirse en este contexto, pues el hombre “malvado” en el sentido aristotélico es quien hace del vicio y lo injusto un hábito o costumbre y, por tanto, la maldad es un juicio al carácter de la persona y no a un hecho concreto o la motivación que se tenga para decidir su realización. En ese caso, es mejor hablar de una elección por lo injusto en el caso concreto, esto es, lo que solo es conveniente para uno, sin provecho o aprobación de la comunidad.

⁴⁸ ARISTÓTELES, 1977, 1111a, 20. En el texto, se califica este grupo de conductas como “no voluntarias”, pero sin alcanzar a ser *involuntarias*.

⁴⁹ ARISTÓTELES, 1977, 1111b, 10 y 1135b, 10.

⁵⁰ Como las categorías aristotélicas están orientadas a determinar la responsabilidad por lo que se hace, su aplicación a las omisiones debe referirse a la responsabilidad de lo que se hace en vez de lo debido, pues lo debido en cada caso no depende del agente. Sin embargo, un estudio acabado de las omisiones desde esta perspectiva no es posible en este lugar.

legisladores incluso imponen el doble de la pena⁵¹, e insiste que, para los efectos de la calificación de las conductas como virtuosas o no, lo relevante es su carácter voluntario e intencional, pues “siempre que está en nuestro poder el hacer, lo está también el no hacer, y siempre que está en nuestro poder el no, lo está el sí, de modo que si está en nuestro poder el obrar cuando es bello, lo estará también cuando es vergonzoso, y si está en nuestro poder el no obrar cuando es bello, lo estará, asimismo, para obrar cuando es vergonzoso”⁵².

Finalmente, Aristóteles nos recuerda que existe una diferencia entre la calificación del hecho como virtuoso o vicioso y la del carácter de las personas, pues “las acciones no son voluntarias del mismo modo que los modos de ser”⁵³. En efecto, en su perspectiva, el juicio ético se refiere a la virtud como costumbre o hábito y, por esta razón, al carácter de las personas. En ese juicio, las conductas particulares pueden no tener mayor relevancia, una vez que ese carácter se ha formado, de modo que el malvado puede realizar aisladamente un hecho virtuoso y el prudente cometer alguna injusticia, sin que ello altere el juicio ético a su persona, pues siendo la virtud y el vicio costumbres o hábitos, “una golondrina no hace verano”⁵⁴.

En consecuencia, si lo que importa a efectos de determinar la responsabilidad jurídica por el hecho no es calificar a las personas por su carácter virtuoso o malvado, sino su vinculación subjetiva con las conductas que realizan, podemos prescindir completamente del enjuiciamiento moral de su carácter.

IV. UTILIDAD DE LAS CATEGORÍAS ARISTOTÉLICAS PARA SUPERAR LAS ANOMALÍAS ANTES DESCRITAS

Aristóteles no podría en modo alguno haberse ocupado de la teoría del delito, concepto inexistente en la época de la transcripción de sus enseñanzas. Sin embargo, dejando de lado el enjuiciamiento del carácter de los agentes; las categorías y distinciones que presenta para diferenciar aquellos hechos de lo que somos responsables de lo que no, antes de realizar sobre esos hechos un juicio moral, parecen plenamente compatibles con la idea del principio de culpabilidad, entendido como responsabilidad personal por la conducta propia, con exclusión del *versari in re illicita* y de la responsabilidad objetiva. Y, sobre todo, permiten hacer plenamente operativo el sinalagma libertad-responsabilidad, que se encuentra en las bases de las constituciones y sistemas jurídicos democráticos occidentales.

Y por ello resultan aplicables para ordenar las ideas que permitan una exposición coherente de las respuestas que la dogmática actual ha presentado para superar las

⁵¹ ARISTÓTELES, 1977, 1113b, 30: “a los embriagados, se les impone doble castigo; pues el origen está en ellos mismos, ya que eran dueños de no embriagarse, y la embriaguez fue la causa de su ignorancia”.

⁵² ARISTÓTELES, 1977, 1113b, 5-10.

⁵³ ARISTÓTELES, 1977, 1114b, 30.

⁵⁴ ARISTÓTELES, 1977, 1135b, 20 y 1098a, 15.

anomalías que generan el tratamiento de los conocimientos especiales, el error de los presupuestos objetivos de las causales de justificación, la ignorancia deliberada y la graduación de la culpabilidad.

Ese reordenamiento ha de partir por la aceptación de que en nuestros sistemas occidentales la responsabilidad personal tiene como presupuesto la libertad jurídica y como límite aquello que socialmente se considera tolerable⁵⁵.

Pero la libertad jurídica no es un concepto abstracto, sino que remite a la idea de que somos responsables por aquello que tiene su origen o depende de uno y, por tanto, a la del establecimiento de un criterio individualizador para todos aquellos aspectos que inciden en determinar si lo que se hace o deja de hacer tiene su origen en o depende de uno. En ese sentido, la comprobación en juicio de las capacidades y conocimientos especiales, esto es, particulares del agente, resulta fundamental para determinar de qué puede ser o no personalmente responsable, como presupuesto tanto para la imputación objetiva de la conducta a un tipo penal como para su imputación subjetiva, a título doloso o culposo, pues serán nuestros conocimientos y capacidades personales los que determinarán el ámbito de nuestra libertad. Y para ello es irrelevante que esos conocimientos sean generales, predicables de un “observador objetivo”, o individuales, producto de la educación y experiencia “especiales” de cada uno. De otro modo, ya que no cualquiera tiene los conocimientos y capacidades de Einstein, deberíamos decir que él no es responsable del desarrollo de la teoría de la relatividad ni atribuirle por ello el reconocimiento que le corresponde, lo que es absurdo. En consecuencia, el “problema” de los conocimientos especiales no es, efectivamente, un problema real: todos concuerdan en considerarlos para afirmar la responsabilidad o no en los casos concretos. El “problema” es que ello no es coherente con una teoría que asume como punto de partida un criterio objetivo y generalizador, referido a las exigencias aplicables a todas las personas por igual. Luego, solo desde el punto de vista individualizador, atento a la prueba de los conocimientos que posee el agente en el caso concreto, que para él son siempre “especiales” o “individuales” –y que bien pueden coincidir en muchos aspectos con los “generales” de su grupo social– es posible una explicación coherente de la aplicación del sinalagma libertad-responsabilidad en todos los casos relevantes.

En cuanto al error acerca de los presupuestos objetivos de una causal de justificación, la respuesta aristotélica es igual de coherente con sus presupuestos y el principio de culpabilidad: toda ignorancia involuntaria excluye la responsabilidad penal, recaiga en los medios, modo de ejecución y circunstancias concretas en que se realiza la conducta y, entre ellas, el hecho institucional de su prohibición (siempre que sea arduo su

⁵⁵ De este modo, se admite que la aceptación de los criterios individualizadores no excluye los normativos: los primeros permiten fundamentar la responsabilidad personal, los segundos, limitan las excusas o defensas, como sucede, p. ej., en el caso de las acciones “mixtas”, donde se distingue entre motivos de actuación nobles, que permiten el perdón, de aquellos ridículos, que no excusan. La sola prueba de la condición individual no es suficiente para eximir de responsabilidad, pues si era voluntaria, dependerá de la valoración social del motivo eximirlo o no de pena. En este aspecto, la propuesta aristotélica también da cuenta de la idea de la normativización de la culpabilidad, al menos respecto de las defensas vinculadas a la inexigibilidad de otra conducta.

conocimiento). Y aunque los presupuestos objetivos de una causal de justificación pueden contar tanto entre el hecho institucional de su prohibición como entre las circunstancias materiales concretas en las que se desarrolla la conducta, un error involuntario a su respecto excluye la responsabilidad.

Por si se ha actuado con ignorancia de la que se es responsable, entonces podremos atender la causa de esa ignorancia para determinar el grado de responsabilidad del agente, ya que estuvo en él conocer o no, esto es, actualizar o no sus capacidades: si esa ignorancia fue deliberada, con la intención de evitar la responsabilidad, será “deliberada”, asimilable al dolo directo o intencional; pero si solo proviene de la falta de actualización de sus capacidades personales, una “ignorancia culpable”, asimilable a la imprudencia⁵⁶. De aquí se sigue otra consecuencia de la aceptación de las distinciones aristotélicas: la posibilidad de distinguir, como en este caso, entre la responsabilidad personal por la conducta como requisito de la culpabilidad en un sentido amplio y su calificación a título doloso o culposo, apareciendo así el dolo y la culpa como reglas de imputación o valoración de esa conducta responsable.

Finalmente, en cuanto a la graduación de la culpabilidad, poco se podrá agregar para reconocer aquí que ella, en cuanto se permite por un sistema jurídico determinado, solo puede hacer referencia a criterios que tomen en cuenta al ser humano que se juzga en tanto tal, esto es, la forma en que le afectan los estímulos externos para afirmar que se encuentra o no superado por una fuerza o necesidad que exceden la naturaleza humana, así como la valoración de las emociones que motivan su actuar.

V. CONCLUSIONES

1. Las teorías funcionalistas actualmente dominantes, en las versiones de Roxin y Jakobs, recurren en ciertos casos a criterios individualizadores e incluso psicológicos para determinar la responsabilidad penal, como sucede especialmente en el tratamiento de los conocimientos especiales, el error sobre presupuestos objetivos de una causal de justificación y la ignorancia deliberada, así como para la graduación de la culpabilidad. Ello es compatible con el principio de culpabilidad, entendido como responsabilidad personal que afirma la existencia de una vinculación subjetiva del agente con el hecho, rechaza el *versari in re illicita* y la responsabilidad objetiva. Sin embargo, tales soluciones pueden considerarse también como anomalías de dichas doctrinas, pues esas soluciones individualizadoras no son esperables a partir de los criterios objetivos, sistemáticos y generalizadores que ellas proponen para el establecimiento de la responsabilidad penal y su graduación.

⁵⁶ A la constatación fáctica del Estagirita acerca de este tratamiento diferenciado pueden sumarse las razones de peligrosidad y necesidad de pena que ofrece RAGUÉS (2013), pp. 28-30, y la observación de SPANGENBERG, 2017, p. 69, en el sentido de que la ignorancia deliberada podría “sancionarse más gravemente que la que proviene de la negligencia”.

2. Una propuesta teórica para la superación coherente de tales anomalías pasa por reemplazar esos puntos de partida objetivos, normativos y generalizadores por otros que no generen expectativas que deban ser contradichas o abandonadas en su aplicación a los casos difíciles que se ha analizado: tratamiento de los conocimientos especiales, del error sobre los presupuestos objetivos de las causales de justificación, de la ignorancia deliberada y de la graduación de la culpa.
3. En lo que no están referidas al juicio ético del hecho o del carácter de las personas, las distinciones propuestas por Aristóteles son útiles para intentar una reconstrucción del tratamiento de los problemas expuestos, coherente y respetuosa del principio de culpabilidad.
4. En consecuencia, se propone, en primer lugar, distinguir entre las reglas o criterios para considerar a una persona responsable por un hecho de aquellas destinadas a su calificación como constitutiva de la realización de un tipo penal determinado y estas de las que valoran la subjetividad subyacente como “dolosa” o “culposa”, según las reglas de imputación subjetiva aplicables en los sistemas de derecho continental.
5. Una persona es responsable de un hecho cuando este tiene su origen en o depende de ella su realización o no, es decir, cuando es jurídicamente libre en el momento de su realización, porque actúa u omite sin mediación de la fuerza externa o ignorancia de la que no es responsable, sea que recaiga sobre las circunstancias concretas del hecho como sobre la de su prohibición o no. Ello debe determinarse respetando el principio de culpabilidad, esto es, con atención a criterios individualizadores que atiendan al poder o capacidad de cada cual para resistir la fuerza externa o conocer la realidad material e institucional en que el hecho se realiza o se omite.
6. Aristóteles propone los siguientes casos en que una persona puede ser responsable de un hecho, por su actuación libre de fuerza externa e ignorancia no responsable: i) los hechos voluntarios e intencionales, producto de la elección y deliberación; ii) los hechos voluntarios no intencionales, sino repentinos o espontáneos; iii) los hechos “no involuntarios”, realizados con ignorancia deliberada; iv) los hechos “no involuntarios”, realizados con ignorancia negligente; y v) los hechos “no voluntarios”, realizados por ignorancia, pero que no causan “desagrado”, “dolor” ni “pesar”.
7. Determinada la responsabilidad y que el hecho está descrito como delito en la ley, su valoración para efectos de asignarle una pena diferenciada o no es también materia de la legislación. En nuestros sistemas continentales las reglas generales de imputación subjetiva tradicionales suelen asignar el valor de “dolo” a los hechos voluntarios, intencionales (dolo directo) o no (dolo eventual); reservándose el valor de “culpa” para lo que se hace con ignorancia culpable. A la ignorancia deliberada, en cambio, se le suele imputar el valor de “dolo”. Y a los hechos no voluntarios pero respecto de los cuales hay indiferencia, se discute si deben ser tratados como dolosos o culposos⁵⁷. En todos los casos la regla de imputación ha

⁵⁷ HUIGENS, 1998, p. 453 identifica este grupo de casos con lo que se entiende hoy por negligencia o culpa; mientras JAKOBS, 1992, p. 259 lo reconduce a un supuesto de dolo.

- de considerar como hechos sobre los que se aplica la subjetividad real del agente: su intención o falta de, la deliberación o falta de y el desagrado o indiferencia ante su realización⁵⁸.
8. No obstante, también es posible que el legislador establezca reglas especiales de asignación de valor a la subjetividad del agente, como sucede con las infracciones a las leyes de tránsito relativas al manejo en estado de ebriedad que se elevan a la calidad de delitos autónomos, sancionándolos con una pena similar a la del delito doloso de homicidio y que, sin esa especial tipificación se deberían considerar, en caso de que a la infracción siguiese un resultado de muerte particular, cuasidelitos o delitos culposos de homicidio, con la pena inferior asignada por regla general a tales hechos.
 9. El error sobre los presupuestos objetivos de una causal de justificación se puede considerar como uno que recae sobre el hecho institucional de su prohibición o sobre las concretas circunstancias de la acción. En ambos casos, su tratamiento penal ha de ser el mismo: si es inevitable no hay responsabilidad, por ser el acto involuntario, cometido por ignorancia. Pero si es responsable o evitable, su pena dependerá de la regla de imputación subjetiva que se aplique por su carácter deliberado o negligente.
 10. Determinada la responsabilidad penal del agente y aplicada la regla de imputación subjetiva (dolo o culpa), todavía es posible plantearse si al agente se le impondrá o no una pena y el grado que ha de tener, atendida la consideración de los motivos individuales de la actuación, que las leyes suelen regular en relación con las eximentes relativas a la inexigibilidad de otra conducta (coerción o *duress* y necesidad o *necessity*) y la introducción de diferentes circunstancias atenuantes. En estos casos, la imposición y medida de la pena está condicionada a la comprobación de ciertos aspectos de la subjetividad del agente, esto es, la existencia del miedo y el efecto en su conducta de la necesidad y los estímulos y pasiones alegados. Pero ello no es suficiente: aquí es donde los aspectos “normativos” de la culpabilidad, esto es, las consideraciones sociales acerca de lo tolerable o no, operan como límite para la admisión o no de la excusa o la atenuación alegadas.

⁵⁸ VAN WEEZEL, 2021, p. 206, sostiene desde un punto de vista funcionalista sociológico un procedimiento similar, esto es, que previo a la adscripción de valor “dolo” o “culpa” a un hecho, debe acreditarse la “representación referencial” a valorar, destacando el carácter fáctico de esta y el normativo de aquellas. La diferencia con lo que aquí se plantea es que el autor, desde el punto de vista de la doctrina dominante, concibe el dolo principalmente como “conocimiento” y, por tanto, ofrece parámetros normativos donde se confunden las exigencias para la atribución del hecho a la persona de aquellas necesarias para darle el valor de “dolo” o “culpa” a la actuación que se trate.

BIBLIOGRAFÍA

- AQUINO, Tomás, 1994: *Suma Teológica, Parte I-II* (Ed. Regentes de Estudios Provincias Dominicanas de España), Madrid.
- ARISTÓTELES, 1977: *Ética Nicomáquea* (trad. J. Pallí), Madrid: Gredos.
- BIGENWALD, Ariane y CHAMBON, Valerian, 2019: "Criminal responsibility and neuroscience: Not revolution yet", *Frontiers in Psychology*, volumen 10.
- CUELLO Contreras, Joaquín, 2020: "¿Tipicidad sin tipo subjetivo? Sobre lo inescindible del tipo objetivo y el tipo subjetivo en teoría del delito", *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, volumen 36.
- DUFF, Anthony, 2002: "Virtue, Vice, and Criminal Liability: Do We Want an Aristotelian Criminal Law?", *Buffalo Criminal Law Review*, volumen 6, Nº 1.
- GARCÍA, N., Antonio, 2008: "Aristóteles: El concepto de elección y su relación con el determinismo de su Ética", *A Parte Rei. R. de Filosofía*, Nº 60.
- GRECO, Luis, 2005: "Das Subjektive an der objektiven Zurechnung: Zum 'Problem' des Sonderwissens", *ZStW*, volumen 117, Nº 3.
- GRECO, Luis, 2014: "Comentario al artículo de Ramón Ragués", *Discusiones: ignorancia deliberada y Derecho Penal*, número 13.
- HUIGENS, Kyron, 2004: "On Aristotelian Criminal Law: A Reply to Duff", *Notre Dame J.L. Ethics & Pub. Pol'y*, volumen 18, Nº 2.
- JAÉN V., Manuel, 2021: "Evolución del concepto del dolo", *Cuadernos de Política Criminal*, Nº 133-I, Época II.
- JAKOBS, Günther, 1991: *Strafrecht. Allgemeiner Teil, 2.ª ed.*, Bonn: De Gruyter.
- JAKOBS, Günther, 2006: "Die Schuld der Fremden", *ZStW*, volumen 118, Nº 4.
- JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas, 2002: *Tratado de Derecho penal*, 5.ª ed. (Trad. M. Olmedo), Granada: Comares.
- KELSEN, Hans, 1979: *Teoría Pura del Derecho*, 2.ª Ed. (Trad., R. Vernengo), México: UNAM.
- KINDHÄUSER, Urs, 2008: "El tipo subjetivo en la construcción del delito. Una crítica a la teoría de la imputación objetiva" (trad. J. P. Mañalich), *InDret*, Nº 4/2008.
- KINDHÄUSER, Urs, 2013: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Baden-Baden: Nomos.
- KUHN, Thomas, 1996: *The Structure of Scientific Revolutions*, Chicago: The University of Chicago Press, 1996, pp. 52-53.
- PÉREZ Barberá, Gabriel, 2012: "Dolo como reproche. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental", *Pensar en Derecho*, número 1.
- RAGUÉS, Ramón, 2004: "Consideraciones sobre la prueba del dolo", *Revista de Estudios de la Justicia*, Nº 4.
- RAGUÉS, Ramón, 2013: "Mejor no saber. Sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho penal", *Discusiones*, volumen 13, Nº 2.
- RAGUÉS, Ramón, 2014: "A modo de contrarréplica: la ignorancia deliberada y su difícil encaje en la teoría dominante de la imputación subjetiva", *Discusiones: ignorancia deliberada y Derecho Penal*, número 13.
- ROJAS, Luis Emilio, 2010: "Lo subjetivo en el juicio de imputación objetiva: ¿aporía teórica?", *Revista de Derecho (Valdivia)*, volumen XXIII, Nº 1.
- ROSSI, Gabriela, 2012: "Los tratamientos de lo involuntario en las éticas de Aristóteles: una cuestión de métodos", en *Ideas y Valores (Bogotá)*, volumen 41, Nº 150.
- ROXIN, Claus, 2006: *Strafrecht Allgemeiner Teil, T. I, 4.ª ed.*, Múnich: C.H. Beck.
- SILVA-SÁNCHEZ, Jesús M.ª, 2006: "Del Derecho abstracto al Derecho 'real'". Recensión a Günther Jakobs, La pena estatal: significado y finalidad (traducción y estudio preliminar de M.

- Cancio Meliá y B. Feijóo Sánchez), Thomson-Civitas, Madrid, 2006, 182 págs., *InDret*, N° 4/2006.
- TAMAHANA, Brian, 2004: "Aristotle and modern law", by Richard O. Brooks and James Bernard Murphy (eds.). Ashgate Publishing Company, 2003. 722 pp., *Law & Courts*, volumen 14, N° 3.
- VAN WEEZEL, Alex, 2021: "Intención, azar e indiferencia. El dolo no intencional en la dogmática penal chilena del siglo XXI", *Ius et Praxis*, volumen 27, N° 1.
- WELZEL, Hans, 1944: "Über den substantiellen Begriff des Strafrechts", en Bockelmann, Paul *et al.*: *Probleme der Strafrechtserneuerung. Eduard Koblrausch zum 70 Geburtstag*, Berlín: De Gruyter.
- WELZEL, Hans, 1976: *Derecho penal alemán*, 11.^a ed. (trad. J. Bustos y S. Yáñez), Santiago: Editorial Jurídica.

