

ARMANDO SÁNCHEZ-MÁLAGA

**CONCEPTO Y PRUEBA  
DE LOS ASPECTOS SUBJETIVOS  
DEL DELITO EN EL DERECHO  
PENAL ANGLOAMERICANO**

**Una aproximación a los sistemas  
judiciales inglés y estadounidense**

Prólogos de  
Mirentxu Corcoy Bidasolo y Luis E. Chiesa

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO  
2020

# ÍNDICE

	Pág.
<b>PRÓLOGO</b> , por <i>Mirentxu Corcoy Bidasolo</i> .....	11
<b>PRÓLOGO</b> , por <i>Luis E. Chiesa</i> .....	15
<b>ABREVIATURAS</b> .....	21
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	23

## PRIMERA PARTE

### SISTEMA PENAL INGLÉS Y TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DE LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL DELITO

<b>CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN</b> .....	33
<b>CAPÍTULO II. CARACTERÍSTICAS GENERALES DEL SISTEMA PENAL INGLÉS</b> .....	41
1. FUENTES DEL DERECHO .....	41
2. CONCEPCIÓN DE LA PENA Y DEL DELITO.....	44
2.1. William Blackstone (1723-1780) .....	45
2.2. Jeremy Bentham (1748-1832) .....	46
2.3. John Stuart Mill (1806-1873).....	49
2.4. Herbert Lionel Adolphus Hart (1907-1992) .....	51
2.5. Glanville Williams (1911-1977) .....	54
3. SISTEMA BIPARTITO DE DELITO .....	55
3.1. Distinción entre el aspecto objetivo y el aspecto subjetivo de la conducta .....	56
3.2. Enfoques del aspecto subjetivo de la conducta .....	60
3.3. Problemas de justificación y exculpación .....	65
4. PRINCIPIOS GENERALES DE LA INTERVENCIÓN PENAL. ....	66

	Pág.
<b>CAPÍTULO III. PROCESO PENAL INGLÉS Y PRUEBA .....</b>	75
1. BREVE REFERENCIA AL PROCEDIMIENTO PENAL INGLÉS.	75
2. CASO <i>WOOLMINGTON V. DPP</i> (1935).....	78
2.1. Presunción de inocencia y carga de la prueba .....	80
2.2. Presunciones para la inferencia de los estados mentales en el proceso penal .....	84
2.3. Medios de prueba de los estados mentales .....	88
 <b>CAPÍTULO IV. APROXIMACIÓN AL TRATAMIENTO JURISPRU- DENCIAL DE LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL DELITO ....</b>	 89
1. CRITERIOS DE DETERMINACIÓN DE LOS ESTADOS MEN- TALES.....	89
1.1. Intención ( <i>intention</i> ).....	90
1.2. Temeridad ( <i>recklessness</i> ).....	108
1.3. Conocimiento ( <i>knowledge</i> ) y ceguera voluntaria ( <i>willfull         blindness</i> ).....	122
1.4. Tendencia actual de la Corte Suprema inglesa.....	126
1.5. Negligencia ( <i>negligence</i> ).....	127
1.6. Error ( <i>mistake</i> ).....	133
2. SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA .....	139
2.1. Responsabilidad absoluta ( <i>absolute liability</i> ) .....	139
2.2. Responsabilidad estricta ( <i>strict liability</i> ) .....	140
 <b>CAPÍTULO V. SÍNTESIS DE LOS APORTES MÁS RELEVANTES DE LA JURISPRUDENCIA PENAL INGLESA PARA EL TRATA- MIENTO DEL PROBLEMA DEL DOLO .....</b>	 151

SEGUNDA PARTE

**SISTEMA PENAL ESTADOUNIDENSE, CÓDIGO PENAL MODELO  
Y TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DE LOS ELEMENTOS  
SUBJETIVOS DEL DELITO**

<b>CAPÍTULO VI. INTRODUCCIÓN.....</b>	161
 <b>CAPÍTULO VII. EL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL ESTADOUNI- DENSE .....</b>	 173
1. SISTEMA CONSTITUCIONAL.....	173

	Pág.
2. SISTEMA LEGISLATIVO.....	174
3. ÓRGANOS DEL SISTEMA JUDICIAL.....	178
4. DELITOS.....	181
5. ACCIÓN PENAL .....	186
<b>CAPÍTULO VIII. LA EVIDENCIA EN EL DERECHO PENAL ESTADOUNIDENSE .....</b>	<b>189</b>
1. ETAPAS DEL PROCEDIMIENTO PENAL.....	191
2. REGLAS DE EVIDENCIA.....	194
3. DUDA RAZONABLE Y CARGA DE LA PRUEBA.....	206
<b>CAPÍTULO IX. EL CÓDIGO PENAL MODELO.....</b>	<b>217</b>
1. HISTORIA E INFLUENCIA DEL CPM.....	218
2. ESTRUCTURA DEL CPM.....	222
3. FORMAS DE CULPABILIDAD (SECCIÓN 2.02 DEL CPM).....	227
3.1. Subsección 2.02(1): requisitos mínimos de culpabilidad .....	232
3.2. Subsección 2.02(2): definiciones de las formas de culpabilidad.....	234
3.2.1. Propósito.....	235
3.2.2. Conocimiento.....	238
3.2.3. Temeridad .....	240
3.2.4. Negligencia.....	245
3.3. Subsecciones 2.02(3) a (10): criterios de interpretación.....	248
4. ERROR (SECCIÓN 2.04 DEL CPM).....	260
5. RESPONSABILIDAD OBJETIVA (SECCIÓN 2.05 DEL CPM)...	266
<b>CAPÍTULO X. SÍNTESIS DE LOS APORTES MÁS RELEVANTES DEL DERECHO PENAL ESTADOUNIDENSE PARA EL TRATAMIENTO DEL PROBLEMA DEL DOLO .....</b>	<b>273</b>
<b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>277</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>285</b>

## PRÓLOGO

*El extraordinario contenido de la tesis de Armando Sánchez-Málaga, y su relevancia teórica y práctica, se pone de manifiesto en este nuevo libro que, en parte, tiene su origen en ese magnífico trabajo. En esta nueva obra, aun cuando, en un principio, se trataba de desarrollar el sistema subjetivo angloamericano, el autor no se ha conformado con ello y ha ampliado su objeto de investigación hasta construir un libro que no se limita a analizar cómo se determinan y valoran los estados mentales, como contenido de la responsabilidad subjetiva, sino que nos ofrece una panorámica, sintética pero completa, del sistema de justicia penal inglés y estadounidense.*

*Tanto al tratar los estados mentales como al analizar el sistema de justicia, Sánchez-Málaga no se conforma con una descripción de la situación, más o menos exhaustiva, sino que aborda ambas cuestiones desde un análisis objetivo y, al mismo tiempo, crítico, evidenciando tanto las luces como las sombras. Pone de manifiesto así el conocimiento erróneo acerca de los sistemas angloamericanos, por parte de la doctrina mayoritaria del ámbito continental, que considera que el sistema del Common Law es asistemático, careciendo de una base dogmática e incluso de principios, siendo, esencialmente, casuístico. Afirmaciones que se llevan a efecto sin haber llevado a efecto un estudio serio del sistema penal inglés y norteamericano, en particular, de su instrumental más relevante: la jurisprudencia. Análisis que sí se efectúa en este libro de forma pormenorizada.*

*Y es precisamente a través de un estudio en profundidad de la jurisprudencia como Armando Sánchez-Málaga logra extraer los principios y criterios de los que se sirven los operadores jurídicos en el sistema angloamericano, para afirmar o negar la existencia de dolo o de otro de los estados mentales. Su estudio sobre la evolución acerca de cómo se prueban los estados mentales en los sistemas angloamericanos nos demuestra que no es muy diferente de los cambios que se han producido en el sistema continental. Es posible apreciar que, en ambos, aun cuando sea con diferencias relevantes, los elementos subjetivos del delito se han ido objetivando/normativizando. Modificación que se debe más a cuestiones relacionadas con la prueba de estos elementos y el respeto de las garantías constitucionales, en concreto del principio acusatorio y el derecho de defensa, que con el propio concepto de dolo o imprudencia. En el ámbito continental, incluso quienes defienden una concepción clásica de dolo, enten-*

*dido como conocer y querer, en la práctica admiten o reconocen tácitamente su prueba a través de indicadores objetivos. En este sentido, la jurisprudencia española, aun cuando teóricamente concibe el dolo como conocer y querer, afirma que el dolo es un hecho y que, como tal, debe de ser probado en el proceso. Es decir, niega que el dolo suponga exclusivamente una valoración del juez acerca de lo que el sujeto quería cuando cometió el delito.*

*En esta misma dirección, al tratar la distinción entre concepto de dolo y prueba del mismo a través de inferencias, Sánchez-Málaga tiene la necesidad, absolutamente justificada, de adentrarse en el sistema procesal inglés y norteamericano con especial consideración a las implicaciones de la intervención del jurado y la diferente función de los jueces en uno y otro sistema. A partir de ahí, el autor nos ofrece una sintética pero profunda panorámica de ambos sistemas procesales, algo indispensable para poder comprender mejor el tratamiento del dolo, atendiendo a la estrecha vinculación que, en el ámbito angloamericano, existe entre la teoría del delito y el proceso penal. Vinculación que, como se demuestra en este libro, es mayor en el sistema inglés que en el norteamericano, en el que ha ejercido una gran influencia el Código Penal Modelo, cuyo estudio y relevancia práctica también es objeto de estudio por parte de Sánchez-Málaga. Vinculación que también existe en el sistema continental, aun cuando en este último no se haya visualizado suficientemente pese a que algunas veces, cada vez con mayor intensidad, adviertan de que no se puede defender un concepto de dolo que contenga elementos, como el querer, que no puedan ser probados en el proceso.*

*Por consiguiente, desde la perspectiva del Derecho penal continental esta obra nos ofrece dos aportaciones muy relevantes. Por una parte, la importancia de vincular la teoría del delito con el proceso penal, a la que me refería, aun cuando podamos afirmar que no debiera ser tan elevada como la que existe en los sistemas del Common Law. Y ello porque, como se demuestra en este trabajo, el hecho de que en el Common Law la teoría del delito no esté tan desarrollada como en el ámbito continental conlleva un mayor grado de casuismo, que afecta a la seguridad jurídica, inseguridad que se advierte en el estudio de su jurisprudencia. Lo idóneo sería alcanzar el equilibrio entre la teoría del delito y el proceso penal, de forma que no se defiendan conceptos teóricos que sean disfuncionales en el proceso.*

*Existiendo paralelismos entre ambos sistemas como sucede, por ejemplo, con la problemática del error, se advierte que también en este aspecto, íntimamente relacionado con los elementos subjetivos, existe una mayor confusión y ello pese a que la cuestión de fondo es análoga. Con diferente terminología y, como se señalaba, con una menor fundamentación, la eficacia del error depende de su vencibilidad. Elemento que en el sistema angloamericano se denomina «negligencia» o «error razonable». En el mismo sentido, aplican la teoría del error en el ámbito de la justificación, aun cuando, por las deficiencias de base, no diferencian con claridad entre error de tipo y error de prohibición,*

*algo lógico al tratar los elementos subjetivos en la culpabilidad. Sin embargo, sí que tratan el error de prohibición, concebido como «error de derecho» al distinguir entre el error sobre la existencia de una norma penal o de una extrapenal, aceptando un cierto ámbito de aplicación de esta modalidad de error en función, esencialmente, de la dispersión normativa y de que la prohibición pueda estar fundamentada en una resolución judicial, de difícil acceso, por no decir imposible, para el lego.*

*Por otra parte, y desde mi punto de vista de gran actualidad, el estudio de los estados mentales en el sistema angloamericano, en el que se diferencian hasta seis formas de culpabilidad, cuatro en el Código Penal Modelo, nos prueba que aumentar las posibilidades de distinción no soluciona el problema de base: la prueba del dolo o, mejor dicho, la prueba de los diferentes estados mentales. Y ello es relevante por las propuestas, que actualmente se formulan por la doctrina, de crear figuras intermedias entre dolo e imprudencia, así como por la incorporación de la ignorancia deliberada como una forma de dolo, como una solución al problema de la distinción entre dolo e imprudencia. Seguir manteniendo únicamente el dolo y la imprudencia como elementos subjetivos, no excluye que el mayor o menor significado intencional de la conducta pueda tomarse en consideración en la determinación de la pena. Así como que la mayor o menor gravedad de la infracción del deber de cuidado conlleve a la calificación como imprudencia grave, menos grave y leve, con las diferentes consecuencias que ello conlleva.*

*En definitiva, este libro es un trabajo de obligada referencia para todos los operadores jurídicos, ya sean académicos, jueces, fiscales o abogados. Aun cuando Armando Sánchez-Málaga ya ha publicado una obra prima, su libro sobre Una teoría para la determinación del dolo. Premisas teóricas e indicadores procesales, esta segunda obra no desmerece en nada a la primera y consolida lo que, en su momento, auguré como una brillante carrera académica y profesional.*

*En Barcelona, a 6 de diciembre de 2019.*

Mirentxu CORCOY BIDASOLO  
Catedrática de Derecho penal  
Universidad de Barcelona

## PRÓLOGO

*Marv Levy, el famoso entrenador de los Buffalo Bills durante su época dorada en los años noventa, solía decirle a sus jugadores que ganar en fútbol americano «podrá ser sencillo, pero no es fácil». Lo mismo puede decirse de hacer Derecho comparado en general y Derecho penal comparado en particular. En un sentido, se trata de una tarea sencilla. Lo único que hay que hacer es comparar el ordenamiento jurídico de un país, sistema o jurisdicción con el ordenamiento jurídico de otro país, sistema o jurisdicción. Aunque antes podía ser complicado acceder a las fuentes de Derecho y normas jurídicas de otro país, hoy día es tan sencillo como hacer una rápida búsqueda en internet. La lengua también presentaba un obstáculo considerable en el pasado. Aunque aún quedan algunos de estos escollos, son cada vez menos, puesto que muchas de las obras más importantes de las distintas tradiciones jurídicas se encuentran traducidas. Consiguientemente, una tarea que antes requería trasladarse a un país extranjero y aprender un nuevo idioma y cultura hoy puede en muchos de los casos hacerse desde la comodidad del hogar sin necesidad de aprender un nuevo idioma o cultura.*

*Pero, como dijera Marv Levy, que una tarea sea relativamente sencilla no necesariamente implica que la tarea sea fácil. Algo paradójicamente, los mismos cambios que han convertido la tarea de hacer Derecho comparado en una más sencilla también han tenido el efecto de dificultar la producción de un análisis comparado robusto y esclarecedor. El fácil acceso a fuentes jurídicas extranjeras ha naturalmente facilitado el análisis comparado. Eso ha llevado a que más y más académicos incluyan este tipo de análisis en sus escritos, independientemente de si han tenido algún entrenamiento formal o informal en llevar a cabo análisis jurídico comparado.*

*El resultado ha sido la proliferación en años recientes de lo que en otro lugar he llamado «Derecho penal compilado». Lo que llamo Derecho penal compilado consiste en la agrupación o compilación de fuentes jurídico-penales extranjeras. Esta compilación de materiales jurídicos foráneos suele presentarse como si fuera Derecho penal comparado, pero en realidad supone solamente la agrupación temática de fuentes extranjeras. El formato típico es algo como «en Argentina, tal cosa», pero «en los Estados Unidos tal otra cosa» y en España «se hace esta otra cuestión». El problema con este análisis es que representa*



*solamente el punto de partida para hacer análisis comparado y no, contrario a lo que muchas veces parece sugerirse, el producto final de dicho análisis. El verdadero análisis comparado del Derecho no consiste meramente en compilar fuentes, sino en comparar y contrastar distintos ordenamientos jurídicos. El fin principal de esta faena no es tener un listado enciclopédico de normas y doctrinas jurídicas extranjeras y domésticas, sino tener una herramienta adicional con la cual analizar críticamente el sistema jurídico-penal imperante en determinada localidad.*

*En términos prácticos, un cuidadoso y esclarecedor análisis comparado debe proceder en tres etapas. Primero, resulta necesario identificar y agrupar las normas y doctrinas jurídicas extranjeras que sean pertinentes para el análisis comparado en cuestión. Esta es la fase que llamo «Derecho penal compilado» en la que desafortunadamente suelen quedarse la mayor parte de los trabajos comparados en Derecho tanto a uno como a otro lado del Atlántico. Una vez compiladas las normas y doctrinas extranjeras pertinentes, el próximo paso es comparar y contrastar las normas extranjeras con las domésticas con el propósito de identificar similitudes y diferencias. Finalmente, la tercera y más importante fase de un buen análisis comparado es la de identificar los valores y principios de política pública y criminal que subyacen a las normas que están siendo comparadas. El resultado de este análisis permite, por una parte, entender mejor el porqué de las diferencias entre los sistemas jurídicos objeto de comparación. Permite, además, la identificación de valores y principios ordenadores del sistema jurídico-penal extranjero distintos a los nuestros. Una vez identificados, estos valores y principios pueden utilizarse como herramienta para analizar críticamente nuestro propio ordenamiento jurídico. ¿Por qué en nuestro sistema doméstico escogimos estos principios ordenadores del Derecho y en este otro sistema extranjero se escogieron estos otros principios? ¿Hay algo que podamos aprender de estos valores y principios que sirven de base a este otro ordenamiento jurídico? Al ver y entender la manera en que otros sistemas jurídicos están estructurados podemos analizar más críticamente si nuestro ordenamiento jurídico está basado en los valores y principios adecuados o si, por el contrario, debemos reconsiderar los preceptos sobre los cuales está erigido nuestro ordenamiento.*

*Aterrizando finalmente en la obra objeto de este prólogo, Armando Sánchez-Málaga demuestra en esta importante monografía que entiende, al igual que entendía décadas antes en otro contexto Marv Levy, que hacer buen Derecho penal comparado podrá ser sencillo, pero eso no significa que sea fácil. Precisamente por esto, el profesor Sánchez-Málaga optó por hacer una estancia investigativa conmigo en el Centro de Derecho Penal de Búfalo (Buffalo Criminal Law Center), sito en la Universidad Estatal de Nueva York en Búfalo (SUNY Buffalo). Ahí pasamos buenos ratos hablando sobre el dolo continental y las figuras jurídicas afines al dolo que podemos encontrar en el ordenamiento jurídico-penal de los Estados Unidos. Sánchez-Málaga sacó de su valioso tiempo*

*para asistir a mi clase de Derecho penal y para tener largas conversaciones acerca de las maneras sutiles en que la aproximación al tipo subjetivo anglosajona difiere de la aproximación continental a este tema. Previo al tiempo que pasó conmigo como invitado del Centro de Derecho Penal, Sánchez-Málaga hizo una estancia investigativa en Reino Unido con el fin de profundizar su conocimiento del Derecho penal anglosajón.*

*Como puede verse, Sánchez-Málaga supo sumergirse de lleno en sistemas jurídicos extranjeros con el fin de entender mejor los valores y principios sobre los que se fundamentan estos ordenamientos jurídicos. El resultado fue la presente obra, en la cual logró adentrarse en el Derecho penal de los Estados Unidos e Inglaterra no de la manera superficial que desafortunadamente predomina en la mayor parte de los análisis comparados contemporáneos, sino de la forma cuidadosa y profunda que solamente suele encontrarse en estudios serios comparados. El efecto combinado de las estancias investigativas del autor en países extranjeros fue facilitarle la adopción de lo que el filósofo del Derecho H. L. A. Hart famosamente llamó el «punto de vista interno» a la práctica del Derecho en determinada localidad. La adopción de este punto de vista es ideal para hacer Derecho penal comparado, puesto que permite aproximarse al Derecho de una jurisdicción foránea de forma similar a como lo haría un jurista oriundo de la localidad estudiada. Se trata de una perspectiva considerablemente superior al punto de vista que Hart llamo «externo» a la práctica del Derecho en determinado lugar. La adopción de este punto de vista permite identificar las regularidades de un ordenamiento jurídico, mas no facilita la identificación de los valores, principios y motivaciones que llevan a los operadores jurídicos a actuar de cierta forma y no de otra.*

*El siguiente ejemplo sirve para ilustrar las importantes diferencias entre la perspectiva interna y externa. Al examinar sentencias anglosajonas sobre legítima defensa, un jurista extranjero que adopta la perspectiva externa se podría percatar del siguiente patrón: contrario a lo que ocurre en países de tradición europeo-continental, la invocación exitosa de la eximente de legítima defensa en el mundo anglosajón no requiere prueba acerca de la existencia de una agresión actual. Aunque percatarse de este hecho puede ser importante de suyo, el adquirir este conocimiento no arroja luz alguna acerca de las razones por las cuales los anglosajones no requieren una agresión actual como prerequisite para invocar la legítima defensa. Para lograr entender el porqué de esta norma, es necesario ir mas allá de lo que permite la perspectiva externa. Es necesario adoptar el punto de vista interno a la norma<sup>1</sup>.*

---

<sup>1</sup> Según George Fletcher, la aproximación anglosajona a la legítima defensa pone de relieve a la razonabilidad como principio rector del ordenamiento jurídico-penal. En cambio, la aproximación continental sugiere a la autonomía como principio ordenador del Derecho penal. Véase George P. FLETCHER, «The Right and the Reasonable», Harvard Law Review, 1985.

*En la presente obra, el profesor Sánchez-Málaga ha logrado lo que pocos juristas continentales han logrado antes que él: aproximarse al dolo y su prueba en el proceso penal anglosajón desde la perspectiva interna. El mejor ejemplo de ello es la lúcida discusión que se hace en el texto acerca del contenido y alcance de la Sección 2.02 del Código Penal Modelo (en adelante, CPM). Como atinadamente señala Sánchez-Málaga, las formas del tipo subjetivo según se definen en el CPM funcionan de forma muy distinta a como funcionan las formas del tipo subjetivo en países de tradición continental. Mas específicamente, las formas del tipo subjetivo del Código Penal Modelo sugieren una aproximación a la imputación subjetiva que en otro lugar he llamado «multinaria» o «polivalente». A lo que me refiero con esto es que las cuatro formas del tipo subjetivo enumeradas en la Sección 2.02 del CPM funcionan de forma autónoma, por lo que en principio es posible tener hasta un máximo de cuatro esquemas punitivos separados que permiten castigar la misma conducta de forma más o menos punitiva.*

*El ejemplo paradigmático es el delito de homicidio, el cual bajo el CPM puede castigarse muy severamente si se comete a propósito, menos severamente si se comete con recklessness, y aún menos si se comete negligentemente. En cambio, la aproximación estándar al tipo subjetivo en países de tradición jurídica continental puede describirse como «binaria», ya que, de ordinario, suelen haber dos formas básicas de imputación subjetiva en estos países, a saber: dolo y culpa. Existiendo típicamente solo dos formas de imputación subjetiva, los marcos punitivos en el mundo continental suelen ser binarios. Así, por ejemplo, es común distinguir entre homicidio doloso y homicidio culposo, con la diferencia en pena que acarrea ser condenado por uno u otro. En vista de la naturaleza binaria del sistema continental, la distinción entre dolo eventual y culpa consciente cobra una importancia un tanto desproporcionada. Debido a que el homicidio doloso suele castigarse considerablemente más que el homicidio culposo, se han derramado ríos de tinta debatiendo los criterios mediante los cuales debe distinguirse entre dolo eventual y culpa consciente.*

*El problema con la aproximación binaria al tipo subjetivo que predomina en sistemas continentales es dual. Por una parte, puede argumentarse que diferencias tan marcadas en la pena no deberían depender de las finas líneas que hay que trazar para distinguir el dolo eventual de la culpa consciente. Por otra parte, cabe sostener que las sutiles distinciones que sirven para diferenciar entre dolo eventual y culpa consciente son muy difíciles, si no imposibles, de probar en un proceso penal. Las dificultades probatorias inherentes a distinguir entre estos dos estados mentales se multiplican en casos en que la responsabilidad penal del imputado ha de ser determinada por un jurado compuesto de personas legas. Este último asunto es uno que Sánchez-Málaga logra diagnosticar efectivamente cuando indica que «[e]l problema es que muy pocas de [las teorías continentales acerca del dolo y la culpa] han prestado real interés a los aspectos de determinación judicial del dolo». Como consecuencia de ello, se*

*sugiere, correctamente a mi juicio, que «[l]a influencia del Derecho penal anglosajón podría justamente reforzar esta debilidad y dar luces para la creación de reglas de evidencia en esta materia». Esto, a su vez, lleva a Sánchez-Málaga a aducir que debe «aboga[rse] por la necesidad de conciliar la teoría general del delito y su aplicación procesal, permitiendo decantarse en el Derecho penal continental por aquellos planteamientos que postulan la importancia de la determinación del dolo por encima incluso de su conceptualización».*

*Esta conclusión, con la que estoy totalmente de acuerdo, pone de relieve la medida en la que Sánchez-Málaga ha logrado adentrarse de lleno en el Derecho penal anglosajón, adoptando así lo que aquí he llamado, siguiendo a Hart, la «perspectiva interna». Se trata de un gran logro, puesto que adoptar esta postura no es tarea fácil para un extranjero. Menos para uno que, como Sánchez-Málaga, tuvo que pasar un frío diciembre en el invierno implacable de mi querida Búfalo. Pero es que, como indiqué al abrir esta presentación, hacer Derecho penal comparado podrá ser sencillo, pero no es fácil. A veces toma, como le tomó a Sánchez-Málaga, pasar años en tierras extrañas, a veces inaguantablemente frías, y en muchas ocasiones sin mayor compañía que los textos foráneos que prometían el fruto de un buen análisis comparado. Pero al final del camino está el éxito. Y éxito ha encontrado mi amigo y colega Sánchez-Málaga con esta importante obra.*

Luis E. CHIESA

Catedrático de Derecho y Director del Buffalo Criminal Law Center  
Universidad Estatal de Nueva York en Buffalo

## INTRODUCCIÓN

En la construcción del sistema de Derecho penal, un aspecto relevante es el referido a la determinación de los elementos subjetivos de la conducta humana. Ante la visión tradicional del problema que asimila lo subjetivo a elementos internos de la conducta del sujeto, como los pensamientos, los móviles y las intenciones, diversos autores del Derecho penal continental, especialmente alemán y español, han planteado la necesidad de transitar hacia un enfoque normativo del problema. Ello no solo para evitar las dificultades probatorias que plantea un enfoque psicológico, sino para poner fin a problemas de legitimidad de un sistema penal que pretenda ingresar a la intimidad psíquica del autor. Por el contrario, el enfoque normativo de los elementos subjetivos del delito —y, específicamente, del dolo— parte de la imposibilidad de probar en el proceso penal la existencia de un estado mental en el sujeto activo del delito<sup>1</sup>.

A pesar de la intensa discusión sostenida principalmente en Alemania acerca del problema del dolo, no ha podido hasta la fecha hallarse una salida que satisfaga conceptualmente y, al mismo tiempo, proporcione herramientas prácticas de decisión. A nivel conceptual, la discusión se centra en aspectos terminológicos antes que en asuntos de fondo, mientras que, a nivel aplicativo, como bien observa Taylor, los jueces no disponen de un criterio adecuado que proporcione seguridad jurídica, sino que acuden a elementos emocionales de disposición del imputado e indagan cuál fue la actitud del imputado con relación al riesgo creado y a la eventual producción del resultado a efectos de calificar su conducta como dolosa, análisis que ni siquiera encuentra sustento en la psicología, ciencia a cargo del estudio de las emociones<sup>2</sup>.

Frente a este panorama, en esta obra indago acerca de las alternativas de solución que podría proporcionar el Derecho penal anglosajón. Para tal fin,

---

<sup>1</sup> Mi propuesta en SÁNCHEZ-MÁLAGA, *Una teoría para la determinación del dolo. Premisas teóricas e indicadores prácticos*, B de F, 2018.

<sup>2</sup> TAYLOR, «Concepts of Intention in German Criminal Law», *OJLS*, vol. 24, núm. 1, 2004, pp. 99-127. Una perspectiva crítica del estado del Derecho penal alemán en esta materia por parte de una autora alemana en PUPPE, «Perspectivas conceptuales del dolo eventual», *El Derecho penal como ciencia. Método, teoría del delito, tipicidad y justificación*, B de F, 2014, p. 295.

analizaré jurisprudencia representativa del Derecho penal inglés y del Derecho penal estadounidense. Se trata de un ámbito poco conocido para los juristas de países en los que rige el denominado sistema romano o de Derecho civil. Como bien afirma Mannheim, la falta de investigación al respecto ha generado que las comparaciones que la dogmática alemana ha efectuado entre el Derecho penal alemán y el inglés proporcionen una falsa idea de este último<sup>3</sup>. Más allá de ello, una idea defendida con frecuencia en el Derecho penal alemán es la que sostiene que el sistema penal anglosajón o *Common Law*<sup>4</sup> es desorganizado y sin mayor fundamento dogmático. A pesar de ello, autores como Taylor se preguntan qué ventajas podría tener la ausencia de una estructura teórica elaborada y de una tradición de desarrollar conceptos jurídicos de acuerdo con suposiciones académicas *a priori* sobre la naturaleza de las cosas<sup>5</sup>. Una de esas ventajas podría residir en el énfasis que se haga al nivel aplicativo del dolo, lo que a su vez traería como consecuencia la elaboración jurisprudencial de criterios de determinación procesal —inferencia— de los elementos subjetivos de la conducta humana. Este es el punto de partida de la presente investigación.

Dos casos recientes ilustran aquello que el enfoque aplicativo del sistema penal anglosajón podría aportar a la discusión sobre los elementos subjetivos del delito y, específicamente, sobre el dolo. El 11 de julio de 2018, la Corte Suprema de Reino Unido emitió sentencia en el caso *R. v. Sally Lane and John Letts* (2018)<sup>6</sup>. A los apelantes se les imputaba haber incurrido en el delito tipificado en la sección 17 de la Ley Antiterrorista (*Terrorism Act 2000*), que sanciona a quien: *a*) se involucra en un acuerdo como resultado del cual dinero u otros bienes se colocan a disposición de un tercero, y *b*) sabe o tiene una causa razonable para sospechar que dicho dinero o bienes serán o podrán ser usados para propósitos de terrorismo. El asunto analizado entonces por la máxima instancia judicial inglesa fue cuál debía ser el correcto significado de la expresión «tener una causa razonable para sospechar». Se plantearon dos posibilidades de interpretación. Según la primera, el acusado debería haber realmente sospechado que el dinero o los bienes podían ser usados para propósitos de terrorismo, mientras que, de

---

<sup>3</sup> MANNHEIM, «Mens Rea in German and English Law», *JCLIL*, vol. 17, núm. 1, 1935, p. 82.

<sup>4</sup> Considero mejor no traducir el término *Common Law* y utilizarlo para hacer referencia al sistema legal de los países anglosajones, específicamente Reino Unido y Estados Unidos, así como al Derecho creado por la jurisprudencia anglosajona y que no se refiere a estatutos o leyes penales.

<sup>5</sup> TAYLOR, «Concepts of Intention in German Criminal Law», *op. cit.*, pp. 99-127.

<sup>6</sup> [2018] UKSC 36. N. A.: cuando haga referencia a casos de la jurisprudencia inglesa, utilizaré los criterios de citado y referencia de Reino Unido (sistema OSCOLA), a efectos de que el interesado en acceder a la fuente directa, pueda hacerlo con facilidad a través de los registros oficiales de jurisprudencia de Reino Unido. Del mismo modo, cuando haga referencia a casos de la jurisprudencia estadounidense, utilizaré los criterios de citado y referencia de Estados Unidos tanto de fuentes oficiales (U. S. Reports) como no oficiales (Supreme Court Reporter, Lawyer's Edition Supreme Court Reports), según el caso.

acuerdo con la segunda interpretación, sería suficiente que, en la información que el imputado conocía, existiera una causa objetiva y razonable para sospechar que el dinero o los bienes podían ser usados para propósitos de terrorismo. Mientras que el juzgado a cargo del juicio y la división criminal de la corte de apelaciones concluyeron que la segunda interpretación era la correcta, los apelantes sostuvieron ante la Corte Suprema que el principio de *mens rea* exigía que se probara la existencia de una «mente culpable» en el acusado. En este caso se tradujo la discusión acerca de si debía adoptarse un enfoque psicológico del dolo, que exigiera al juez probar aquello que había sucedido en la mente del imputado, o un enfoque normativo, que, a partir de un juicio objetivo, infiriera aquello que debió haber sucedido en la mente del imputado. Para dar una respuesta, la corte inglesa analizó, por un lado, el lenguaje de la ley antiterrorista y concluyó que este adoptaba un juicio objetivo, ya que de lo contrario habría tipificado el elemento subjetivo únicamente en función de la expresión «conoce o sospecha»; y, por otro lado, interpretó el contexto del estatuto, de acuerdo con el cual el legislador había adoptado un cambio deliberado en la norma al modificar la expresión «conoce o sospecha» por la expresión «conoce o tiene causa razonable para sospechar», lo que implicaba la anulación del requisito de probar la existencia de una sospecha actual en el imputado. En la misma línea, afirmaron los jueces ingleses que la expresión «tener causas razonables para sospechar» no podía significar lo mismo que «sospechar efectivamente». Descartaron finalmente que se tratara de un supuesto de responsabilidad penal objetiva. Al respecto, señalaron los jueces que, si bien era cierto que podía imputarse el delito aun cuando el sujeto no hubiera conocido o sospechado efectivamente que el dinero sería usado para propósitos terroristas, sí se tenía en cuenta la información con la que contaba el imputado en el momento de realizar la conducta, y era a partir de dicha información que se formulaba la inferencia de aquello que una persona razonable sospecharía.

El otro caso es *Robert Pérez v. Florida* (2017)<sup>7</sup>. Robert Pérez fue condenado a quince años de prisión por infringir el estatuto de Florida núm. 790.162 (2007) que tipifica como delito la conducta consistente en amenazar con lanzar, proyectar, colocar o descargar un dispositivo destructivo con la intención de causar daño corporal a cualquier persona o con la intención de causar daño a la propiedad ajena. Según los hechos del caso, Robert Pérez, luego de haber estado bebiendo licor con sus amigos, se habría aproximado a una licorería, en la que habría dicho a uno de sus empleados que tenía un cóctel molotov y que podría «volar todo el lugar». Más tarde habría regresado al mismo lugar y afirmado a los presentes que «volaría todo el mundo». La Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica denegó el pedido de *certiorari* del condenado mediante la

---

<sup>7</sup> 580 U. S. (2017).

Sentencia de 6 de marzo de 2017. A pesar de considerar que la condena a Pérez podría colisionar con la Primera Enmienda, que protege la libertad de expresión, la jueza suprema Sonia Sotomayor concurrió «a regañadientes» en la denegatoria del recurso, toda vez que el asunto constitucional no había sido tratado por las cortes inferiores. Sin embargo, redactó una opinión separada, en la que explica la necesidad de que la Corte Suprema aborde las lagunas que existen en su jurisprudencia sobre amenazas. En la opinión de Sotomayor, se narra que la corte a cargo del juicio instruyó al jurado que, para condenar a Pérez, debía probarse el *actus reus*, consistente en la amenaza en sí misma, y el *mens rea*, consistente en haber tenido la intención de realizar la amenaza. De forma circular, la instrucción al jurado definió intención como «la intención manifiesta de causar daños corporales a cualquier persona o daños a la propiedad de cualquier persona»<sup>8</sup>. Esta instrucción permitió al jurado condenar a Pérez basándose únicamente en lo que este había manifestado, independientemente de si sus palabras representaban una broma, las divagaciones de un individuo intoxicado o una amenaza creíble. Explica entonces Sotomayor la necesidad de distinguir entre las amenazas reales de violencia física, que no están cubiertas por la protección de la Primera Enmienda, de los discursos protegidos por la Constitución; distinción que en parte gira en torno a la intención del hablante. A partir de los casos *Watts v. United States* (1969)<sup>9</sup> y *Virginia v. Black* (2003)<sup>10</sup>, sostiene la jueza suprema que, para sustentar una condena por amenazas sin infringir la Primera Enmienda, el Estado debería probar más que la mera expresión de palabras amenazantes y descubrir si el hablante realmente pretendió transmitir una amenaza. No como sucedió en el caso de Robert Pérez, en el que el tribunal de instancia, en lugar de emitir instrucciones para que se sopesara la evidencia que permitiera determinar si el imputado realmente había tenido la intención de transmitir una amenaza, o incluso si una persona razonable hubiera interpretado las palabras de Pérez como una amenaza, ordenó al jurado que condenara únicamente sobre la base de lo que Pérez había manifestado.

Se trata de dos casos en los que el núcleo de la discusión gira en torno a la inferencia del dolo. En el primer caso, el tribunal inglés rechaza un enfoque absolutamente psicológico y propone una solución normativa consistente en no exigir la prueba del estado mental, sino una inferencia válida a partir de la información con la que contaba el imputado en el momento de realizar la conducta (base fáctica de la inferencia). En el segundo caso, la jueza estadounidense cuestiona la absoluta identificación entre el elemento objetivo de la conducta humana (amenaza) y el dolo, frente a lo que plantea

---

<sup>8</sup> La corte inferior utilizó el término *stated intent*, que puede ser traducido como intención manifiesta, expresada, revelada o declarada.

<sup>9</sup> 394 U. S. 705, 707 (1969).

<sup>10</sup> 538 U. S. 343 (2003).



una salida propia de un enfoque psicológico del dolo (probar la intención) y no descarta una alternativa normativa (probar cómo una persona razonable hubiera interpretado las palabras de Pérez).

Esta discusión no es reciente en el mundo anglosajón. En más de una ocasión, los jueces ingleses han resuelto casos de conductores de automóviles que, para evadir un control policial, continuaron su marcha generando peligro o incluso atropellando al agente de policía que les ordenaba detenerse. En un caso en el que el agente de policía resultó muerto —*DPP v. Smith* (1960)—<sup>11</sup> la Cámara de los Lores estimó que el imputado era autor de un delito de homicidio intencional, mientras que en un supuesto similar en el que el agente policial había logrado evadir al automóvil y salvar su vida —*R. v. Mohan* (1975)—<sup>12</sup> la justicia inglesa concluyó que no existía una intención específica del conductor y que debía anularse la condena por tentativa de lesiones dolosas. La discusión en ambos casos no se centró en aspectos conceptuales del dolo, sino en cómo establecer un baremo que permitiera probar la intención. Si bien el tratamiento dogmático de los elementos subjetivos del delito muestra un estado incipiente, veremos que el Derecho penal anglosajón está en condiciones de proporcionar una perspectiva distinta de análisis, la cual consiste en anteponer el nivel aplicativo (de determinación procesal) del dolo al nivel conceptual del mismo. Se atiende así a la necesidad de que toda institución jurídica, además de legítima, sea viable y útil. Ello en la línea expuesta por Corcoy de que no tiene sentido exigir un elemento en el dolo que no pueda ser apreciado<sup>13</sup>.

El Derecho penal anglosajón aparece entonces como fuente de criterios de inferencia y prueba. Stuckenberg<sup>14</sup> destaca la dimensión procesal del Derecho penal inglés y se refiere al hecho de que los estados mentales son notoriamente difíciles de probar. Apunta que la intención puede encontrarse en el comportamiento mismo y que existen algunas acciones que no pueden explicarse sino como intencionales. Sin embargo, quedan aún muchos casos dudosos y, para resolverlos, se recurre a dispositivos procedimentales que facilitan la prueba. En la evolución del Derecho penal inglés, por ejemplo, podremos observar desde el establecimiento de la presunción de que «todo hombre tiene la intención de realizar las consecuencias naturales de sus actos» hasta el desarrollo de criterios más finos para atribuir los estados mentales. Ciertamente es que el Derecho penal anglosajón se caracteriza también por la aplicación de responsabilidad objetiva, situación que merecerá atención en la presente obra.

<sup>11</sup> [1960] 3 WLR 546 [1961] AC 290.

<sup>12</sup> [1975] 2 All ER 193 [1975] 60 Cr App R 272.

<sup>13</sup> CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, 2.ª ed., B de F, 2008, p. 264.

<sup>14</sup> STUCKENBERG, «Problems of Subjective Imputation in Domestic and International Criminal Law», *JICJ* (1478-1387), vol. 12, iss. 2, 2014, pp. 313-314.