

Lo súbito como desafío a la imputación penal*

The Sudden as a Challenge to Criminal Imputation

Rodrigo Coloma Correa y Juan Luis Modolell González**

No importa de cuantas maneras lo intentes, no podrás encontrar el límite de la conciencia, tan profundamente se prolonga en todas las direcciones.

Heráclito

Autores:

Rodrigo Coloma Correa
Universidad Alberto Hurtado, Chile
rcoloma@uahurtado.cl
<https://orcid.org/0000-0003-3347-7625>

Juan Luis Modolell González
Universidad Alberto Hurtado, Chile
jmodolell@uahurtado.cl
<https://orcid.org/0000-0002-8253-3729>

Recibido: 28-1-2021

Aceptado: 13-6-2021

Citar como:

Coloma Correa, Rodrigo y Modolell González, Juan Luis (2022). Lo súbito como desafío a la imputación penal. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 45, pp. 277-305. <https://doi.org/10.14198/DOXA2022.45.10>

Licencia:

Este trabajo se publica bajo una Licencia Creative Commons Atribución 4.0 Internacional.



© Rodrigo Coloma Correa y Juan Luis Modolell González

Resumen

A partir de un accidente en una competencia ciclística, se realiza un ejercicio de reconstrucción acerca de la posible representación mental y de la voluntad presentes en el participante que lo provocó. El texto propone seis microhistorias de las que se profundiza en las dos más plausibles. Una de ellas pone el foco en las categorías estándar de la teoría del delito (imputación objetiva y subjetiva), y la otra en las particularidades de la reconstrucción psicológicamente más afinada. La primera se reconoce como propia de una perspectiva mecanicista y la segunda, de una contextualista. El mecanicismo constituye una aproximación que al prescindir de ciertos detalles facilita la inserción de nuevos casos dentro de un marco preestablecido y, por tanto representa bien ciertas concepciones de la dogmática penal; el contextualismo, en cambio privilegia construcciones que se hacen cargo de todos los matices y, por tanto, estimula una labor crítica de las categorías asentadas. El análisis es enriquecido con algunos hallazgos recientes en los campos de la psicología y la economía, esto es, las metáforas del pensamiento esforzado v/s automático, junto a las de visión de túnel v/s ancho de banda. Ambas contribuyen a una mejor comprensión del papel de nuestras intenciones en la imputación, por la vía de

* Este texto es realizado en el marco de las investigaciones de «*Imputatio*: Centro de Análisis sobre la atribución de intenciones y la imputación de responsabilidades» de la Universidad Alberto Hurtado.

** Agradecemos a Rubén Arias e Ignacio Coloma por contarnos del accidente y revisar la reconstrucción que ofrecemos, asumiendo la perspectiva de quienes practican el ciclismo con toda la seriedad que se merece. Agradecemos, además, los valiosos comentarios de Alejandro Calzetta y de Luis Emilio Rojas que nos han ayudado a afinar algunos puntos oscuros de las versiones preliminares. Agradecemos también la importante colaboración de Renato Lira en la revisión del texto. Por último y no por ello menos importante, agradecemos las agudas observaciones de los dos árbitros anónimos que nos obligaron a poner en funcionamiento nuestro sistema de pensamiento esforzado en aquellos espacios donde nos habíamos abandonado al embrujo del pensamiento automático. Los errores y faltas de prolijidad que aún subsisten son, por cierto, de nuestra responsabilidad.

reconocer relevancia al autocontrol, como al rango temporal a considerar en el análisis. Los problemas detectados invitan a revisar algunos aspectos de las teorías sobre la imputación en el derecho penal.

Palabras clave: Autocontrol; Decisiones automáticas; Dolo; Imputación; Relaciones entre palabras y pensamiento

Abstract

From an accident in a cycling competition, a reconstruction exercise is carried out on the possible mental representation in the participant that caused it. The text proposes six micro-stories, of which the two most plausible are explored. One of them focuses on the standard categories of theory of crime (objective and subjective imputation), and the other focuses on the particularities of the psychologically refine reconstruction. The first is recognized as belonging to a mechanistic perspective and the second, a contextualist one. The mechanism is an approach that by dispensing certain details, facilitates the insertion of new cases within a pre-established framework and, therefore, represents well certain conceptions of criminal dogmatics. Contextualism, on the other hand, privileges constructions that take care of all the nuances and, therefore, stimulates a critical work of the established categories. The analysis is enriched with recent findings in the fields of psychology and economics: the metaphors of strained thinking v/s automatic, and tunnel vision v/s bandwidth. Both contribute to a better understanding of the role of our intentions in the imputation, by recognizing the relevance of self-control, as well as the temporal range to be considered in the analysis. The problems detected invite us to review some aspects of the theories on imputation in criminal law.

Keywords: Self-control; Automatic decisions; Mens rea; Imputation; Words and thought relationship

1. EL CASO

Es mediodía del 5 de agosto de 2020 en Katowice. Parte de la población se ha volcado hacia las calles de la ciudad a la caza de un buen lugar para observar el desenlace de la primera etapa del Tour de Polonia. El recorrido a cubrir por los ciclistas es de 195,8 km. A las 12:27 horas, un pelotón de avanzada se aproxima a la meta. Dado que el punto de llegada se encuentra al final de una bajada, la velocidad de desplazamiento promedio es de aproximadamente 80 km/h. El holandés Dylan Gronewegen va en primer lugar. Solo le restan 40 metros para llegar a la meta. La gloria está al alcance de su mano, pero su compatriota Fabio Jakobsen viene muy cerca y podría arrebatarse el triunfo. Gronewegen circula próximo a las vallas publicitarias situadas al lado derecho de la calle. Jakobsen trata de introducirse por un estrecho espacio que ha quedado libre entre el líder y las aludidas barreras. Gronewegen se carga hacia su derecha y Jakobsen no frena sino que persevera en su embalaje final. El espacio resultante se torna demasiado estrecho y la bicicleta de Jakobsen se desestabiliza y cae cuando solo restaban dos metros para llegar a la meta. Varios de los que conforman el compacto pelotón de ciclistas cercano a los punteros caen también, incluso, el propio

Gronewegen. El accidente es grave y hay múltiples lesionados. A Jakobsen se le induce un coma y, luego de algunos días, sale de este. Las lesiones son de consideración, sobre todo, a nivel maxilo-facial, lo cual le afecta entre otras funciones, el habla.

El lapso que medió entre el intento de Jakobsen de introducirse por el espacio que quedaba libre entre Gronewegen y la barrera de contención, y el momento en que Jakobsen cayó fue inferior a 5 segundos. ¿Qué movió a Gronewegen a cambiar repentinamente su línea de desplazamiento generando con ello el referido accidente? El asunto es relevante a los efectos de analizar jurídicamente el caso. Como se sabe para la imposición de cualquier sanción es necesario adscribirse o, más precisamente, imputárselo. En lo que inmediatamente sigue realizaremos un ejercicio hipotético acerca de lo que, probablemente, pensó y decidió Gronewegen al ejecutar la peligrosa maniobra. Comenzaremos descartando dos hipótesis que se sitúan en los extremos del universo de posibilidades y que exhiben un bajo nivel de plausibilidad.

- a) *Ignorancia absoluta.* Gronewegen cambió de pista inadvertidamente: no se dio cuenta de lo que estaba haciendo. Esta opción será descartada ya que él es un ciclista profesional acostumbrado a participar en competencias internacionales, lo que requiere un alto nivel de concentración. Gronewegen sabe que reglamentariamente no está permitido cambiar su línea de desplazamiento en circunstancias en que cerca de él circulen otros ciclistas a alta velocidad, pues es posible provocar un accidente. Por cierto, Gronewegen pudo haber sufrido una momentánea pérdida de conciencia por deshidratación u otra causa, y con ello haber dejado de controlar el curso de los acontecimientos, pero no hay alegación ni prueba alguna que apunte en tal sentido.
- b) *Conocimiento pleno.* Gronewegen planificó cuidadosamente el accidente: él quería lesionar severamente a Jakobsen, como también a otros participantes del Tour de Polonia. Esta opción será descartada también, pues es altamente improbable que Gronewegen haya previsto que en el momento del embalaje final, sería precisamente Jakobsen quien intentaría sobrepasarlo por un estrecho espacio que quedaba libre entre él y la barrera de contención (y a sabiendas de lo anterior, dirigió su conducta agresiva hacia Jakobsen para causarle la grave lesión).

Descartadas esas hipótesis, analicemos otras opciones que parecen más plausibles, pero no por ello, especialmente probables.

- c) *Aprovechamiento de las circunstancias.* Gronewegen está próximo a la meta. Percibe que alguien amenaza sobrepasarlo: mira hacia el costado derecho y reconoce a Jakobsen. Gronewegen tiene cuentas pendientes con Jakobsen, y la situación se presenta inmejorable para provocar un accidente en que este último resulte severamente lesionado, pues sabe que difícilmente renunciará a

usar el pequeño espacio que queda entre él y la barrera. ¡La ocasión la pintan calva! Gronewegen desvía ligeramente el manubrio y Jakobsen cae.

- d) *Confianza de que el otro evitará el accidente.* Gronewegen advirtió que un ciclista estaba próximo a sobrepasarlo. Él no identifica quién es (o quizás, sí, pero da lo mismo quien sea). Conoce a los demás competidores del tour. Todos ellos (él mismo también) frenarían si se les obstruye la pista por la que se están introduciendo, pues saben que si llegan a caer podrán resultar seriamente lesionados o, incluso, morir. Gronewegen sabe que arriesga ser descalificado si se cambia de pista, pero está seguro de que no provocará ningún accidente con su accionar. Algo inexplicable sucede, Jakobsen no se detiene y cae¹.

Las hipótesis de las letras c) y d) seguramente capturan bien las circunstancias de algunos accidentes, pero no parecen apropiadas para dar cuenta de una competencia como el Tour de Polonia. Por una parte, la coincidencia que se propone en la letra c) supondría un dilema que difícilmente sería resuelto en un par de segundos; y por la otra, todo ciclista profesional sabe que muchas veces se juega al límite y que Jakobsen, a su vez, podría pensar que el cambio de pista de Gronewegen constituye solo un amago y que de inmediato retomará su línea. Sigamos acercándonos más a lo que podría haber pensado Gronewegen y que le llevó a cambiar de línea:

- e) *Asunción del riesgo.* Gronewegen advierte que otro ciclista está próximo a arrebatarse el primer lugar: sabe que si se cambia ligeramente de su línea, aquel no podrá sobrepasarlo. Gronewegen no sabe, en cambio, si su rival frenará o perseverará en su intento, lo cual podría provocar la caída de este, de sí mismo, o de ambos. Por supuesto, él desea que su rival frene, pero no está del todo seguro que lo hará. Hay un riesgo de accidente y él está dispuesto a asumirlo.
- f) *Descontrol de la conducta propia.* Gronewegen advierte que otro ciclista está próximo a sobrepasarlo. Para sus adentros exclama: ¡Maldición, estoy tan cerca de ganar esta etapa y es posible que me pasen en el último segundo! Sin tener claridad respecto a qué es lo que el mismo pretende –¡lleva pedaleando 195 km a un ritmo agotador!– empieza a cargarse a su derecha cerrándole la pista a Jakobsen. De alguna manera, está consciente de que está haciendo algo incorrecto, pero sus manos realizan la acción sin recibir una orden terminante de su cerebro respecto a lo que de ellas se espera (pareciera que no comanda plenamente sus actos). Es todo tan rápido que no alcanza a representarse el efecto que su maniobra llegará a producir. Cuando ya varios están en el suelo

1. Al observar la filmación de los metros finales se advierte que otro ciclista que va un poco más atrás extiende su codo para impedir ser sobrepasado por otro participante y, este último baja la velocidad para evitar un accidente.

se lamenta: ¡cómo he provocado este desastre!, ¡si pudiera tan solo retroceder algunos segundos y revertirlo!²

2. ¿CUÁN LEJOS PODEMOS LLEGAR EN NUESTRAS EXPLICACIONES? ANÁLISIS PROBATORIO Y DOGMÁTICO

En esta parte se presentarán distintas formas de argumentar en favor o en contra de las dos últimas micro-historias que hemos calificado como las más plausibles. Para el análisis tendremos en cuenta la tensión que suele producirse entre una perspectiva especialmente deferente hacia los datos disponibles y de las inferencias que nos encontramos en condiciones de hacer; y otra que presta particular atención a las categorías jurídicas asentadas en la dogmática para, desde ahí, abordar casos como los señalados. La primera aproximación, a la que llamaremos contextualista, presenta la ventaja de que la conducta que finalmente será adscrita a Gronewegen debiera resultar suficientemente legitimada desde una perspectiva epistémica estándar; en otras palabras, hay una apertura teórica hacia que los hechos podrían no ajustarse cabalmente a distintas categorías preestablecidas acerca del comportamiento humano, pero sí a las pruebas rendidas. Esta perspectiva suele traer aparejado, eso sí, el problema de que los hechos probados podrían no calzar del todo bien con lo normativamente regulado y, a la vez, la reconstrucción de la conducta atribuida podría quedar abierta a la concurrencia de más de una posibilidad y, por tanto, precisaría clausurar una o más de ellas mediante la aplicación de un estándar de prueba³ cuyos contornos –como se sabe– siempre resultan difusos. La segunda aproximación a la que llamaremos mecanicista⁴ presenta, por su parte, ventajas y desventajas en una dirección opuesta a las recién señaladas. Por una parte, la conducta atribuida es relativamente fácil de relacionar con lo normativamente estipulado lo cual suele propender a un elevado nivel de fineza analítica (el análisis conceptual depura y profundiza las categorías seleccionadas); pero, por la otra, la reconstrucción de lo sucedido puede no resultar suficientemente consistente con las

2. Un factor interesante de considerar –y que daría mayor plausibilidad a esta última opción– es que el Tour de Polonia se realizó en un año de pandemia en que el entrenamiento de los ciclistas no fue en ruta, sino con la bicicleta montada en un rodillo frente una pantalla que simula circuitos. Aquello, al parecer, incidió en una pérdida de fineza en las maniobras de muchos ciclistas, lo que se vio reflejado en una mayor cantidad de accidentes en distintas competencias.

3. La concepción mecanicista, por cierto, reconoce también el papel la relevancia de los estándares de prueba, pero no suele llegar tan lejos en la dimensión constructiva a ellos asociada.

4. STEPHEN PEPPER (1942: 186-279) propone el contextualismo y mecanicismo (junto al formismo y organicismo) como trasfondo de distintas maneras de formular hipótesis acerca del mundo y de corroborarlas. Su perspectiva, por supuesto es mucho más amplia de la que aquí se explora, no obstante lo cual hay algunas importantes coincidencias que propician la elección de dichas nociones para representar distintas maneras de enfrentar la construcción de conocimiento (o prueba de los hechos) en un proceso judicial.

pruebas disponibles, ya que nuestras categorías nos predisponen a situar los datos en los puntos de llegada más estudiados⁵.

Ahondando un poco más, podría decirse que la perspectiva contextualista recién anunciada está poco dispuesta a dividir el problema que tenemos enfrente en múltiples elementos estereotipados, sino intenta abordarlo como un todo que, perfectamente, podría no ajustarse a patrones pre-establecidos. En otras palabras, trata de relacionar todo aquello que forma parte del acontecimiento intentando una explicación que se haga cargo de la interacción entre diferentes variables que lo componen⁶. Por cierto, el contextualismo hace un juicio de relevancia acerca de algunos elementos que *prima facie* resulta discutible afirmar que deban ser considerados en el análisis, pero una vez que acepta su relevancia buscará cómo articularlos reconociendo interacciones recíprocas. Por su parte, la perspectiva mecanicista está llana a la fragmentación, a evaluar cada elemento de manera independiente, lo que la impulsa a encontrar puntos en común con acontecimientos que nada tendrían que ver entre sí, en la medida que no renunciemos a los detalles. De esta manera, construirá categorías comunes como lo son las de imputación objetiva o dolo —a lo más diferenciándolas en unas pocas sub-categorías— las que le permitirán comparar situaciones tan disímiles como el mencionado accidente del Tour de Polonia, el atentado al archiduque Francisco Fernando en Sarajevo, o el robo de La Gioconda el año 1911.

Acorde a lo indicado, la perspectiva contextualista tiende a prestar atención a todo aquello que participa del caso concreto, y a la dispersión de casos semejantes aun cuando compartan elementos comunes. La perspectiva mecanicista, por su parte, tiende a la fragmentación del evento en concreto y busca, en cambio, lo que une casos diferentes⁷.

5. A propósito de los mecanicistas en el campo de la historiografía, observa HAYDEN WHITE (2014: 27) que: «Para él, las entidades individuales son menos importantes como evidencia que las clases de fenómenos a los que puede demostrarse que pertenecen; pero esas clases a su vez son menos importantes para él que las leyes que supuestamente sus regularidades ponen en evidencia».

ón de nuestros puntos de vista y argumentaciones—y que, a la vez, se sitúa en lo que ocurre en el mundo de los tribunales de justicia— puede verse en ÁMSTERDAM y BRUNER (2000: 19 y ss.).

6. Nuevamente HAYDEN WHITE (2014: 27), indica al respecto: «[L]os contextualistas insisten en que “lo que sucedió” en el campo puede ser explicado por la especificación de las interrelaciones funcionales existentes entre los agentes y las agencias que ocupan el campo en cualquier momento determinado».

7. DAVID BOHM (2018: 20-21) ha llamado la atención acerca de la tendencia a fragmentar las cosas y que, en ciertos casos, derivaría en excesos. Dice textualmente: «Siempre ha sido necesario para el hombre, y propio de su pensamiento el dividir las cosas hasta cierto punto, y el de separarlas para reducir sus problemas a unas proporciones manejables, porque, es evidente que, si intentáramos tratar con toda la realidad a la vez en nuestra técnica práctica, nos estancaríamos en ella... (El ser humano) ha perdido la consciencia de lo que está haciendo y, por tanto, ha extendido el proceso de división más allá de los límites dentro de los cuales funciona correctamente».

2.1. Decidir hechos desde las pruebas disponibles. Un guiño al contextualismo

La perspectiva contextualista reconoce que cada conducta humana –pese a los innegables parecidos de familia que se presentan entre algunas de ellas– es de cierta manera única, y vale la pena esforzarse por identificar diferencias, sobre todo si de ello se derivan ventajas explicativas o de otra naturaleza. Se trata de una perspectiva que huye de las regularidades propias de una concepción mecanicista (o, si se prefiere, integrativa⁸) del mundo. Acorde a ello, pone en entredicho una serie de presupuestos desde los cuales solemos operar, como lo son, la racionalidad económica u otras maneras de reducir la diversidad que –huelga decirlo– han favorecido decididamente el impresionante desarrollo tecnológico de los últimos siglos⁹. ISAAH BERLIN (2017: 54) da buena cuenta de la perspectiva contextualista a propósito de la tarea de los historiadores:

[...] lo que el historiador quiere destacar es lo que es particular, único, de un carácter o de una serie de acontecimientos o una circunstancia histórica determinada, de manera que el lector, ante tal relación, sea capaz de comprender la situación en lo que se denomina su ‘concreción’, es decir, cómo ocurrió en ese tiempo particular, en el lugar particular, en el marco general de los acontecimientos particulares en el que la misma, y solo ella misma, se dio [...]

Por cierto la perspectiva contextualista no reniega la posibilidad de clasificar diferentes conductas dentro de categorías comunes, es decir, no hay problemas en sostener que Gronewegen provocó un accidente: lo mismo que Francesco Schettino cuando desvía la trayectoria del crucero Costa Concordia, o que la activista por el voto femenino, Emily Davison, cuando se interpone en la trayectoria del caballo del rey Jorge V en el Derby de Epsom de 1913; pero, a la vez, llamará la atención respecto a que cada uno de los accidentes mencionados son muy diferentes. Para los contextualistas incurriríamos en un reduccionismo imperdonable, entonces, si no prestamos la atención a los matices¹⁰.

8. Según PEPPER (1942: 141-146) tanto las hipótesis mecanicistas como organicistas, tienden a ser integrativas, antes que dispersivas. Esta preferencia se traduce en una tendencia de las hipótesis mecanicistas hacia la abstracción.

9. KOYRÉ (1994: 117-145) ante la pregunta de por qué la ciencia griega no sirvió de base a una tecnología acorde a sus notables avances, sugiere que quienes la practicaban no creían que esta última fuere posible. Para disponer de una tecnología debemos reducir los fenómenos a regularidades, lo cual supone simplificarlos y ser capaces de medirlos. En otras palabras, debemos adaptar la realidad a nociones rígidas. Aquello ha funcionado en disciplinas como la física, la biología o la química, pero resulta bastante complejo si lo que queremos encasillar es el comportamiento humano, más allá del éxito de algunas teorías en psicología, economía o historia que, por lo demás, debemos revisar constantemente. El concepto de dolo al reducir creencias e intenciones a unas pocas categorías, ayuda a estandarizar, pero requiere constantes revisiones si pretende hacerse cargo de lo que efectivamente creen y desean los individuos.

10. La exigencia de singularización de cada conducta no solo tiene sentido en el caso de la historia, sino también para disciplinas que tratan de la normatividad, como lo es el derecho. Esto fue argumentado ya a fines de la década del '50 por HART y HONORÉ (1985: 9-129). Los autores sostienen que las disciplinas que llamamos ciencias sociales, siendo la historia y el derecho los casos paradigmáticos, usan un concepto propio de causalidad el cual, a diferencia del de las «ciencias duras», no se ocupa de

Un punto importante a enfatizar para la adecuada comprensión del contextualismo, se relaciona con que no constituye, propiamente, una forma de radical de relativismo, ni tampoco la renuncia a la capacidad de abstraer. Respecto a lo primero son ilustrativos algunos de los planteamientos de MICHAEL WILLIAMS (2007: 99 y ss.) a partir de fragmentos de Wittgenstein en su postrera obra, *Sobre la certeza*. Es cierto que su preocupación es eminentemente epistémica, pero contribuye a mitigar el impacto de un pesimismo desbordado, a propósito de la posibilidad de construir categorías requeridas por las disciplinas para diferenciar familias de problemas. Para el contextualismo es importante identificar adecuadamente sobre qué estamos realmente discutiendo y resolver los problemas metodológicos que trae aparejada toda propuesta de respuesta que aspire a ser aceptada como justificada sin incurrir en alguna forma de fundacionalismo¹¹.

Teniendo en cuenta las categorías del contextualismo y mecanicismo, regresemos al accidente en el Tour de Polonia. Disponemos como dato –desde el cual es posible construir un relato relevante– una filmación de la parte final de la etapa que termina en Katowice¹². En ella se puede observar los cambios de posición de los participantes y la caída de varios de los ciclistas que formaban parte del pelotón de avanzada. Podemos detener las imágenes y repetirlas cuantas veces queramos. También contamos con la declaración de otro participante acerca de la velocidad de desplazamiento¹³, de la magnitud de la lesión sufrida por Jakobsen¹⁴, y del trazado de la llegada de la etapa que finaliza en Katowice. No disponemos, en cambio, de información fidedigna acerca de aquello que habría pensado, creído y decidido Gronewegen cuando Jakobsen se le acercaba. Según se indicó al anunciar el problema, es posible que ni el propio Gronewegen tuviese mucha claridad acerca de estos últimos datos, tanto por que el pensamiento, la

determinar todos los eventos que pueden ser entendidos como causas de un efecto, sino que se ocupa de tratar de determinar si es posible imputarle a un sujeto la realización de un evento determinado. Esto independientemente de toda la cadena causal tal cual se la entiende en las «ciencias duras». En la medida que la reconstrucción de una conducta se haga cargo de la mayor cantidad de matices posibles, la reacción que se asocie a ella podrá ser más específica (no olvidemos que aparte de las distinciones que ofrecen los códigos y la dogmática que permiten distintos niveles de especificación, los jueces suelen estar autorizados para fijar penas dentro de un rango temporal relativamente amplio). Así las cosas, una perspectiva contextualista podría asociarse a una concepción de justicia según la cual *cada uno debe recibir o soportar lo que le corresponde según han sido sus méritos o deméritos*. Sobre distintas concepciones de justicia puede verse, entre otros (ROSS, 1994: 261 y ss.); (KYMLICKA, 2002); (SANDEL, 2011); (GARGARELLA, 1999).

11. Recientemente, FLORENCIA RIMOLDI (2020: 74 y ss.) ha propuesto el uso de las distinciones de Michael Williams para entender mejor los intercambios epistémicos entre jueces y peritos.
12. Entre otras <https://www.youtube.com/watch?v=j2ZnLyLTVi8> Última revisión el 10 de noviembre de 2020.
13. Eduard Prades, otro de los ciclistas que cae, indica que revisó la velocidad al momento de su caída e iba a 81km/h. https://as.com/ciclismo/2020/08/08/mas_ciclismo/1596875676_108193.html Última revisión el 20 de diciembre de 2020.
14. El día 24 de diciembre de 2020, Jakobsen concede entrevista a *The Algemeen Dagblad* en que cuenta de su actual estado de salud. Ver en <https://www.emol.com/noticias/Deportes/2020/12/25/1007651/Crudo-relato-de-Fabio-Jakobsen.html> Última visita 28 de diciembre de 2020.

creencia y la decisión probablemente fueron poco nítidos para él, como también porque la información posterior recibida y la reflexión que hace de su comportamiento podrían modificar el recuerdo de aquello que realmente experimentó (LOFTUS, 1996: 52 y ss.). Tampoco tenemos un historial de Gronewegen que nos permita calificarlo como impulsivo, descuidado, irresponsable o con escasa aversión al riesgo¹⁵. Así las cosas, podríamos inventar un personaje que calce bien con aquella conducta que es observable en los últimos metros de la etapa de Katowice. Desde una perspectiva contextualista aquello podría ser interesante, pero no autorizaría a dotar de definitividad a la versión que proponíamos. Y, como bien sabemos, en una sentencia no deben permanecer abiertos ciertos asuntos relevantes como aquellos de los que estamos tratando.

En cuanto al juicio de posibilidades respecto de lo que pudo pensar, creer y decidir Gronewegen, pareciera que aplica bien lo que MULLAINATHAN y SHAFIR (2016: 9 y ss.) han llamado «visión de túnel», en contraposición a una perspectiva según la cual el ciclista enfrentado a la toma de una decisión muy rápida habría conservado un suficiente «ancho de banda». La visión de túnel de Gronewegen sería consistente con un estado que estos mismos autores llamarían de «escasez» en lo que atañe a la energía que está en condiciones de imprimir al embalaje, pocos metros antes de llegar a la meta¹⁶. De lo que se trata, es que la ínfima diferencia de tiempo que separa a Gronewegen de sus rivales lo lleva a desentenderse de cualquier circunstancia que pudiera conspirar en contra del logro de su objetivo. Claramente el análisis moral y jurídico respecto de una conducta que se habrá de decidir en un par de segundos (cambiar su línea de desplazamiento) representa una distracción para su logro y lo haría salirse del túnel en el cual ha puesto todas sus energías (*llegar antes que los demás a la meta*). Por cierto, la visión de túnel no trae consigo que la única opción sea modificar ligeramente su trayectoria, pues Gronewegen podría intentar imprimir un poco más de energía a su ya agotado cuerpo, pero cambiar de línea de desplazamiento está dentro de las muy humanas posibilidades¹⁷ que se le ofrecen para alcanzar su objetivo¹⁸.

15. El historial de aversión al riesgo, impulsividad, etc. podrían tener interés en la medida que apunten a que Gronewegen tiene una mayor propensión a la realización de conductas riesgosa que la media de los ciclistas. Hay, en todo caso, algunas declaraciones que califican a Gronewegen como un ciclista agresivo. Ver (SCHAUER, 2003: 10 y ss.)

16. En situaciones de escasez los individuos tienden a confiar más en los valores que han ido internalizando, antes que en un análisis más amplios del contexto al que se están viendo enfrentados (SHA, SHAFIR Y MULLAINATHAN, 2015: 403, 409 y 410). La metáfora de la visión de túnel ha sido usada en el ámbito jurídico para dar cuenta de sesgos que afectarían la gestión de pruebas y toma de decisiones en los procesos criminales. Una de sus expresiones más palmarias es el sesgo de la confirmación que propende a favorecer la información en favor de un punto de vista tempranamente adoptado y a minimizar la que lo pone en duda. El problema no sería solo de los intervinientes, sino también sería impulsado por el diseño institucional. Ver (FINDLEY y SCOTT, 2006: 291-397) y recientemente (BELTRÁN, 2021: 17-58).

17. En entrevista ya referida en nota 15, Jakobsen indica que si Gronewegen le hubiera cerrado el paso un poco antes habría alcanzado a frenar.

18. La visión de túnel afecta la capacidad cognitiva, es decir «la capacidad de pensar lógicamente, y analizar y resolver problemas nuevo independientemente del conocimiento previo» y el control ejecutivo, es

Acorde a lo señalado y no disponiendo de más información, la reconstrucción propuesta en la letra f) pareciera funcionar medianamente bien. Gronewegen ha hecho un gran esfuerzo por alcanzar el liderato de la primera etapa del Tour de Polonia, las energías que le quedan son escasas, pero su propósito de obtener el primer lugar lo hacen perseverar en su tarea (la visión de túnel le ayuda a no desfallecer), ve que en los últimos metros puede ser superado por un rival que se aproxima aprovechando un espacio muy estrecho que queda a su lado derecho, no hay tiempo para la deliberación y cambia –sin tener mucha claridad ni escrúpulos acerca de lo que podrá pasar– su línea de desplazamiento¹⁹. En condiciones normales (holgura), difícilmente haría una maniobra tan peligrosa ya que van a 80km/h y una caída podría ser fatal. Así las cosas, la maniobra realizada no es fácil de encasillar ya sea, como intencional o como imprudente. Él está jugando al límite del riesgo. En el pasado otros han realizado conductas parecidas y no han provocado daño alguno; en cambio, otros que han realizado lo mismo han causado graves daños. ¿En cuál grupo quedará su acción? Sencillamente no lo sabe. Antes de seguir en ello, pasemos a la reconstrucción que calza mejor con el punto de vista mecanicista.

2.2. Decidir hechos desde las normas aplicables. Sobre el mecanicismo o la responsabilidad penal dependiente de las categorías preestablecidas

Para abordar un problema como el que ha sido esbozado, los juristas aspiran a encontrar una forma de acoplamiento que se haga cargo, por una parte, de las disposiciones jurídicas válidas (fuentes del derecho) y, por la otra, de las pruebas disponibles. Ya que la brecha entre ambas es muy extensa deberán realizar un esfuerzo de acercamiento entre los extremos señalados; ello en términos que confluyan en un enunciado que obedezca a una forma tan simple como podría serlo «la conducta de Gronewegen constituye un caso particular (X_s) del caso genérico (X), cuya consecuencia es la pena (S)». Si aquello se logra se podría entender como un éxito argumentativo, pues la sanción que se impondría sobre Gronewegen deriva de lo que, en su momento, dijo el legislador y de aquello que se ha probado que realizó el propio Gronewegen.

La tarea creativa de los tribunales de justicia, de las abogadas, testigos y peritos quedará invisibilizada, por aquello que podríamos llamar, por una parte, la depuración de un significado de las disposiciones que se hace aparecer como determinada por estas²⁰

decir la capacidad de abstenerse o simplemente, el autocontrol. (MULLAINATHAN y SHAFIR, 2016: 69 y ss.)

19. En su cuenta de Twitter, Gronewegen habría escrito: «Odio lo que pasó ayer. No puedo encontrar las palabras para describir cuánto lo siento por Fabio y otros que han sido arrojados o golpeados. Por el momento, la salud de Fabio es lo más importante. Pienso en él constantemente».

20. Pese a que es un punto de vista escasamente persuasivo, la tarea interpretativa intenta ocultar toda la imaginación que hay tras de ella haciendo mención a que lo que se hace es descubrir el verdadero

y, por la otra, la construcción de un discurso eminentemente inferencial extraíble desde las pruebas y que se hace calzar con el significado de las disposiciones. Esto último no es a costa de renunciar a lo que podría llamarse el «efecto realidad», es decir de una clase de representación que estamos dispuestos a reconocer como lo que *verdaderamente* sucedió²¹. Pero, como Ud. seguramente advertirá, las cosas son mucho más complicadas de lo que nos gusta hacer aparecer.

De las dos microhistorias propuestas como las más plausibles nos focalizaremos ahora en la de la letra e) pues, en principio, resulta sencilla a los efectos de hacerla calzar con las soluciones disponibles desde la dogmática penal: *Gronewegen advierte que otro ciclista está próximo a sobrepasarlo. Sabe que si se cambia ligeramente de su línea, aquel no podrá sobrepasarlo. Gronewegen no sabe si su rival frenará o perseverará en su intento, lo cual podría provocar la caída de este, de él mismo, o de ambos. Por supuesto, él desea que su rival frene, pero no está del todo seguro que lo hará. Hay un riesgo de accidente y él está dispuesto a asumirlo.* Se puede, incluso, asumir como variante del caso: *Gronewegen confía que al achicarle el espacio de adelantamiento a Jakobsen, este desistirá de su intento ya que se produciría un grave accidente. Por lo tanto, mentalmente descarta la posibilidad del accidente.*

Según hemos adelantado, la dogmática penal se preocupa no solo de depurar las normas desde las cuales se extraen conductas genéricas prohibidas, obligatorias o permitidas, sino también de legitimar formas de adscribir conductas concretas a sujetos específicos (imputación). Para ello, la ciencia jurídico-penal ha creado categorías abstractas para el análisis y agrupación de los hechos comunes, facilitando al intérprete la labor de aplicación de la ley a los casos concretos²². En tal sentido, una de las características de la dogmática penal moderna, de «cuño germánico» como se la ha denominado, es haber creado un sofisticado arsenal de conceptos y categorías, ordenados lógicamente, con el fin de simplificar la subsunción en el supuesto de hecho legal²³. Además, se supone que una forma de análisis semejante garantizaría el principio de justicia, según el cual los casos «jurídicamente iguales» son tratados de forma similar²⁴.

sentido y alcance de los textos del legislador. Así las cosas el nuevo texto se presenta como equivalente al original. Ver por todos CHIASSONI (2011: 56 y ss.; 138 y ss.)

21. La expresión «efecto realidad» la tomamos de BARTHES (1987: 174-175).

22. El concepto abstracto-general es imprescindible para la ciencia jurídica ya que «allí donde el legislador ha empleado sólo, por ejemplo, representaciones, subsana la indeterminación legal y hace más fácil la tarea de averiguar qué es lo que rige en base al Derecho» (GIMBERNAT, 2009: 90). Este método de subsunción representa una de las manifestaciones de la llamada interpretación sistemática: adecuar los sucesos concretos en el sistema dogmático previamente establecido (GIMBERNAT, 2009: 59 y ss.).

23. Sobre la dogmática y su rol creativo se ha escrito mucho. Solo, a modo de ejemplo, NINO (1991: 321-347).

24. Señala GIMBERNAT (2009: 90 y ss.): «Pues sólo por medio de la abstracción es posible –determinando dónde están los rasgos esenciales y dónde los accidentales de los supuestos de hechos concretos– identificar los acontecimientos jurídicamente iguales que exigen un tratamiento igual. La falta de abstracción, por el contrario implica la imposibilidad de distinguir dónde se hallan las características comunes que

En el desarrollo precedente se ha deslizado la idea de que la dogmática penal presenta una forma de elaboración y de validación que parece calzar con una forma de comprensión del mundo de carácter mecanicista. Por cierto, la afirmación podría no ser del todo certera para dar cuenta de los distintos textos calificables como de dogmática penal, pero sí habría una tendencia general en esa dirección, esto es, se trataría de un trasfondo común de la disciplina, y salirse de aquel podría redundar en pasar a ocupar una posición fuera del *mainstream*, aunque no por ello de escaso interés. Siguiendo la propuesta de PEPPER (1942: 82 y ss., 186), la metáfora base que aplica al mecanicismo es la de una máquina, como es el caso de un reloj o de una dínamo. Más ilustrativo que dicha imagen con la que PEPPER trata de acercar a las hipótesis sobre el mundo al sentido común, son las características que asocia al mecanicismo, esto es, de ser analítico (las partes constituyen la base y el todo es un derivado), e integrativo (se asume que los hechos se encuentran relacionados y el orden es categorial) (HAYES ET. AL. 1988: 98).

La metáfora de la máquina con la que se da cuenta del mecanicismo, por cierto, parece demasiado exigente si se quiere referir a ciertos presupuestos desde lo que se parte en la dogmática, sobre todo en la teoría del delito. Si se tiene en consideración los esfuerzos por los dogmáticos para afrontar diferentes desafíos que les son planteados, se advierte que hay una tendencia en salvar las categorías, incluso si los casos planteados resultan anómalos. Solo en algunas escasas excepciones la dogmática, de alguna manera renuncia a hacer calzar el problema dentro de las casillas preestablecidas, como ocurre, por ejemplo, cuando habla de excusas absolutorias. Se trata, por cierto, de problemas incómodos, pero que en razón de que operan en casos excepcionales, no parece necesario revisar toda la teoría. Se advierte, entonces, una primacía de la precisión (que todo calce dentro de la teoría y si no calza lo dejamos fuera, hasta que algo se nos ocurra), por sobre el foco, es decir, hacerse cargo del problema en toda su complejidad, sin renunciar a que algo sencillamente no calce con nuestras categorías (PEPPER 1942: 146). Por ejemplo, los amplios espacios de penumbra que afectan a un concepto como el de dolo tratan de ser domesticados con distintos niveles de éxito. Así, hablar de dolo directo o de las consecuencias necesarias, pareciera poner mucho menos en riesgo la metáfora de una máquina a la cual se introducen ciertos inputs y desde la cual se extraen ciertos outputs, que o que ocurre con la escurridiza noción de dolo eventual. Pero tomarse demasiado en serio la complejidad del dolo eventual podría poner en riesgo el carácter integrativo de la teoría.

En sistemas que podríamos calificar como más toscos, menos elaborados, no habría reparos en que el nexo causal trazable entre la realización de ciertos movimientos (o la ausencia de ellos) y un cierto resultado indeseable sea suficiente para resolver el problema de la imputación y una posible responsabilidad. Pero en el mundo de lo penal, la

permiten subsumir bajo un concepto general toda un serie de casos concretos; su consecuencia es una práctica contradictoria que trata desigualmente supuestos de hecho jurídicamente iguales».

responsabilidad objetiva (responsabilidad por la sola causación) no es bien vista, de allí que se hayan creado una serie de baremos objetivos y subjetivos, para la determinación de dicha responsabilidad.

2.2.1. Imputación objetiva del resultado

A los fines de atribuirle a Gronewegen el resultado causado (grave lesión de Jakobsen), el primer aspecto a tratar sería analizar si su maniobra infringió alguna norma deportiva, o si socialmente sería adecuada a la competencia ciclística. Si bien lo relativo al incumplimiento del reglamento deportivo parece evidente, lo segundo no es tan claro. En efecto, la arriesgada maniobra de Gronewegen podría interpretarse como una forma de intimidación contra Jakobsen para evitar ser desplazado, lo cual acostumbra a realizarse en competencias similares. Así, por ejemplo, en las carreras de caballos los jinetes que van en la punta faltando pocos metros para la llegada, suelen cambiar levemente su línea de carrera para evitar que otros ejemplares les rebasen. De esta forma, el jinete que intenta pasar al puntero se verá en la obligación de contener un poco su cabalgadura perdiendo una preciosa fracción de segundo que podría incidir en no alcanzar la victoria. Esta maniobra debe hacerse de manera que los jueces de la competencia no la aprecien como «falta», por obstaculizar la trayectoria del otro ejemplar, ya que ello acarrearía la descalificación del puntero que mantuvo la delantera al traspasar la meta. Los jinetes en las competencias equinas tienen asumido que estos actos pueden ocurrir y saben cómo reaccionar ante ellos (no dejándose intimidar), asimismo ellos también están dispuestos a utilizarlos para «defender la punta» y triunfar en la prueba. En el ámbito hípico, incluso, se vería mal que un jockey no haga todo lo posible para ganar, incluso al límite del reglamento. No hacerlo despertaría sospechas de deshonestidad (¡no quería ganar!). Otro ejemplo: en las carreras de Fórmula 1 los conductores suelen aproximar sus autos a otros competidores para amedrentarlos, ya sea cerrándoles el espacio de adelantamiento en una curva, o directamente acelerando para tomarla antes que el rival, aun cuando a pocos metros tengan que bajar la velocidad para mantener el control del automóvil (la aceleración será suficiente para disuadir a su rival).

Desde cierta perspectiva, los espectáculos deportivos se asemejan a una obra de teatro donde los participantes interpretan roles y viven en un mundo lúdico y fantástico. Aun siendo una profesión para muchas personas, es innegable que al participar del juego los intervinientes se trasladan a «otro mundo», de cierta forma ficticio, que se rige por sus propias reglas. Este especial contexto debe tenerse en cuenta, desde nuestro punto de vista, a la hora de imputar determinados resultados a los participantes de una competencia (MODOLELL, 2021: 421 y ss).

Las maniobras riesgosas para la vida e integridad física de los rivales en una competencia deportiva²⁵ podrían caer en lo que la doctrina penal llama «conductas toleradas penalmente» (MODELELL, 2021: 420 y ss.)²⁶. Se trataría de comportamientos realizados al límite de los reglamentos, o incluso en contra, que ponen en riesgo bienes jurídicos pero que forman parte de la propia competición. Castigar penalmente dichas conductas riesgosas a título de tentativa (vgr. de lesiones), haría poco viable la práctica del deporte (MODELELL, 2021: 427)²⁷. Así las cosas, un partido de fútbol donde todos los participantes se comporten con un nivel de cuidado equiparable al que es de esperar cuando nos desplazamos por una vereda o en un centro comercial (cuidando de no topar a nadie, etc.), sería seguramente el partido más aburrido de la historia. Desde la antigüedad, los deportes practicados entre equipos o jugadores rivales se consideran duelos, luchas, en la cual el triunfo como objetivo implica la derrota del contrario. Resulta obvio que en una actividad semejante, desempeñarse en la frontera difusa que separa lo permitido de lo prohibido forme parte natural de ella²⁸.

Igualmente, la ponderación entre el castigo penal y el desarrollo de la libertad obliga a la impunidad de los daños que no acarrear consecuencias graves para los deportistas (MODELELL, 2021: 423). En efecto, la referida tolerancia social se extendería a la propia lesión de bienes jurídicos distintos a la vida o la salud individual (e incluso dentro de la afectación a esta última, cuando no tiene carácter grave) (MODELELL, 2021: 424 y ss.). De esta manera, las injurias entre jugadores rivales durante la competencia, una patada al contrario en el partido de fútbol sin mayores consecuencias, serán indudablemente

-
25. No deja de ser ilustrativo que las maniobras, en ocasiones, podrían incluso ser auto-destructivas, es decir, el propio competidor es el que se pone en riesgo en su intento de alcanzar la punta, evitar un gol, etc. Esto nos da algunas luces de lo excepcional que puede llegar a ser el comportamiento de los participantes, quienes se ven afectados de lo que hemos llamado «escasez» o «visión de túnel».
26. En el ámbito del Derecho penal, los hechos tolerados socialmente se caracterizan porque si bien no son beneficiosos para la sociedad, y se subsumen literalmente en la descripción penal de las conductas prohibidas, dicho colectivo social los soporta («deja pasar») en razón de su escasa trascendencia. Al respecto: (ROXIN, 1997: 1034); ya antes, (ROXIN, 2002: 73 y ss.); (MIR PUIG, 2015: 536).
27. Desde cierta perspectiva, podría sostenerse que la imputación objetiva de conductas en las prácticas deportivas, en cuanto se desentiende de la relevancia penal de la realización de conductas peligrosas en las que no se produce un resultado dañoso, constituyen un incentivo para que los participantes pongan todo de su parte para obtener la victoria; es decir, se coloquen en una situación propia de «escasez» en la que el propósito casi exclusivo sea la superación a sus rivales.
28. Es ilustrativo que una de las jugadas más famosas de la historia del fútbol es la conocida como «la mano de Dios» en la que Diego Armando Maradona supera al portero Peter Shilton de Inglaterra, tocando el balón con la mano, pero en una posición en que el árbitro no alcanza a ver la infracción y considera que el gol es válido. Aparte de que el acto representa una manifestación de la actitud de ganar como sea, presente en gran parte de los deportistas, dicha jugada es vista por muchos con un cierto nivel de simpatía, como el triunfo de la astucia y no como una conducta prohibida que merece el reproche social. Incluso, en el fútbol ha habido insultos, mordidas, tocamientos, etcétera, que no son reprochadas por los espectadores, sino defendidas desde la pasión que el deporte es capaz de generar (ver https://www.espn.cl/futbol/uruguay/nota/_/id/7337255/la-noche-en-que-mujica-espero-a-luis-suarez-nunca-voy-a-dejar-a-un-botija-como-el-solo). Lo expresado no obsta a que haya conductas que superan lo que hasta los más fanáticos son capaces de defender.

hechos sancionables por la autoridad deportiva. Sin embargo, los espectadores y los propios participantes consideran esas acciones como connaturales al evento deportivo, aun cuando literalmente podrían ser subsumidas en una ley penal. La aceptación de dichas conductas como parte de la actividad explicaría por qué no lleguen a ventilarse en un juicio penal (MODELELL, 2021: 420 y ss.). Ellas no configurarían el aspecto objetivo del tipo de lesiones, por mencionar alguno.

No obstante, desde el punto de vista jurídico-penal, consideramos que la tolerancia social de las conductas antirreglamentarias en el ámbito deportivo se condiciona por las consecuencias que acarrea. Así, cuando un deportista practica su actividad al margen del reglamento que la rige, su actuación adquiriría relevancia penal en función del resultado causado. La tolerancia penal de conductas deportivas antirreglamentarias riesgosas pero inocuas en sus efectos, lleva como contrapartida que el jugador cargue con las consecuencias penales de su acto infractor si llega a producir una lesión grave de la integridad física del rival o afecte su vida. Actuar de forma antideportiva coloca al infractor en situación que ameritaría la imputación de la lesión (grave), aunque la producción del resultado dependa del azar. Quien confía en su suerte al jugar antirreglamentariamente debe contar con que la diosa fortuna no siempre le sonría y pueda ocasionar un perjuicio grave que exija una contundente reacción penal por parte del Estado. Por lo tanto, competir al margen de las normas deportivas confiando en un aleatorio destino favorable sería un acto irracional (MODELELL, 2021: 428).

Sin embargo, ¿supeditar la posible responsabilidad penal del deportista que actúa de forma antirreglamentaria a la causación del resultado grave, no implicaría precisamente dar relevancia a la suerte para la determinación de aquella? Piénsese en el supuesto de que el acto de Gronewegen solo hubiese causado la caída de los ciclistas sin mayores consecuencias que lamentar, ¿se hubiese formado el mismo escándalo, o sería una simple anécdota deportiva del Tour del Polonia? Resulta obvio que el azar tiene que ver tanto en la causación como en la gravedad del resultado lesivo (MODELELL, 2021: 426)²⁹. El asunto, en todo caso, no debiera sorprendernos en demasía, pues la suerte suele estar presente en la forma en que nuestra conducta es evaluada en distintos ámbitos de la vida. Como se sabe, el tema fue puesto y permanece sobre el tapete, especialmente, a partir de la depuración de la noción de suerte moral por BERNARD WILLIAMS (2013: 27-80)³⁰, dando lugar a un enjundioso contrapunto de ideas con THOMAS NAGEL. Para

29. No tener en cuenta la producción efectiva del resultado como variable clave para el reproche de una conducta típica, nos haría incurrir en una forma de perfeccionismo moral que no es propio de un Derecho Penal liberal. Un análisis riguroso, en tal sentido, es el que se plantea en NINO (1980: 269 y ss.; 324 y ss.; 432 y ss.); ello sobre todo en su propuesta de incorporación del principio de enantiotelidad como sustituto de la antijuricidad que es considerada por él como un principio vacío. En contra de considerar el resultado como elemento conformador del injusto penal, precisamente porque su realización está sujeta al azar, por todos, ZIELINSKI (1990: 143) y SANCINETTI (2001: 90).

30. En castellano, ver WILLIAMS y NAGEL (2013: 27-80). La discusión de la suerte moral es muy relevante para la filosofía. Aludir a ella en un caso así, es solo un reconocimiento a que su ámbito de aplicación es muy amplio, y claramente excede las pretensiones de este artículo.

ilustrar mejor lo que se quiere decir con suerte moral, considérese el siguiente ejemplo de NAGEL (2013: 100 y ss.):

Si negligentemente, alguien deja el grifo del baño abierto con su bebé dentro, y, cuando sube las escaleras hacia el baño, se da cuenta de que el bebé se ha ahogado, habrá hecho algo horroroso; pero, si al bebé no le ocurre nada, solo habrá sido un descuido. Quien lanza una revolución violenta contra un régimen autoritario sabe que si fracasa será responsable de mucho sufrimiento inútil, pero si triunfa estará justificado por el resultado... ¿Por qué no es irracional basar la evaluación moral en lo que las personas hacen, en este sentido amplio? Esto supone considerarlas tan responsables por la contribución del destino como por las suyas propias, siempre que hayan realizado alguna contribución.

Según lo señalado, la suerte sería relevante no solo en la justificación *ex post* de una decisión mediante la cual alguien obtiene un fin loable con acciones moralmente censurables, sino igualmente en el ámbito penal³¹ para la posible irresponsabilidad de una persona que persigue un fin ilícito que no logra por circunstancias aleatorias (MODELELL, 2021: 427).

Volviendo a nuestro caso, ciertamente al producirse la grave lesión de Jakobsen, la conducta de Gronewegen deja de ser tolerada penalmente. Su carácter antirreglamentario pareciera claro considerando que la meta está al final de una bajada, lo cual –según ya hemos dicho– aumenta la velocidad de desplazamiento de los ciclistas a unos 80 km/h, sumado a la poca protección del cuerpo de un ciclista en caso de un impacto a esa velocidad, el estrecho espacio entre las bicicletas de Gronewegen y Jakobsen, y la barrera de contención, así como lo compacto del pelotón que viene detrás de ellos.

Sin embargo, como parte de la determinación de la imputación objetiva de la grave lesión de Jakobsen, aún cabe la pregunta de si este no actuó igualmente de forma temeraria al intentar pasar por el estrecho espacio que le dejó Gronewegen. Dicho de otra manera, ¿no podría imputarse el hecho a la actividad de la propia víctima, Jakobsen, por haber forzado un adelantamiento imposible?³² En el caso, resulta evidente que el riesgo ilícito lo crea Gronewegen, aun cuando se admita que Jakobsen pudo haber desistido de pasar por un espacio por el cual era fácil que se produjese un accidente ante el más leve cambio de línea de quien lideraba la carrera. Debe concluirse entonces que objetivamente el riesgo de provocar un grave accidente mediante la maniobra realizada por Gronewegen era altamente probable y previsible: la imputación objetiva del resultado a Gronewegen pareciera ser indudable.

Como puede observarse, este primer nivel de imputación del resultado causado se basa en la comparación de la conducta del causante con un modelo ideal de

31. Si la pena no es entendida como un medio de expiación por el pecado cometido, sino como una herramienta conducente al logro de ciertas metas que favorecen una convivencia relativamente armónica, no es aconsejable desentenderse de estas intuiciones acerca de cómo hacerse cargo de lo que está fuera del control del individuo.

32. Sobre las condiciones para la imputación de un hecho a la propia víctima, por todos, CANCIO MELIÁ (1998: 284 y ss.).

comportamiento esperado. Por lo tanto, se prescinde de los mínimos detalles y se recurre al uso de baremos de atribución.

2.2.2. Problemas de imputación subjetiva

Al afirmarse la imputación objetiva del grave resultado sucedido en el Tour de Polonia, automáticamente concurriría, al menos, un delito culposo por parte de Gronewegen. En efecto, las legislaciones de Derecho continental que prevén el delito imprudente suelen partir del castigo de la llamada culpa inconsciente, es decir, aquella que no requiere que el autor se haya representado el posible resultado. Esta circunstancia conduce a que dicha modalidad delictiva se castigue únicamente en razón de elementos objetivos: infracción del deber objetivo de cuidado e imputación objetiva del resultado. La representación o no de un posible resultado lesivo sería irrelevante para la mencionada atribución delictiva. En los delitos culposos, el análisis del aspecto subjetivo del tipo tendría como único fin descartar o confirmar la presencia del dolo del autor (MODELELL, 2014: 129 y ss.).

Sin embargo, la cuestión sobre la concurrencia de un posible dolo en el autor del accidente depende precisamente del contenido de dicho elemento del tipo delictivo. En este sentido, en la doctrina penal se puede apreciar desde un método de análisis totalmente psicológico-concreto para definirlo, hasta una forma de determinación exclusivamente normativa-abstracta del dolo. En efecto, si se comparte con la doctrina tradicional que el dolo se configura con la *voluntad* (querer) y el *conocimiento* de los elementos del tipo, el autor debe al menos aceptar el resultado representado para que pueda afirmarse la concurrencia del dolo (WELZEL, 1993: 78 y ss.). En principio, no podría negarse que esta forma de entender el dolo pareciera asumir el detalle de la decisión psicológica del autor (y con ello no entraría en tensión con el contextualismo), pues conllevaría probar en el proceso penal *aquellos que efectivamente conocía y perseguía en concreto el causante del resultado lesivo*. Desde esta óptica, el llamado dolo eventual se explicaría a través de la *teoría del consentimiento*: existirá el mismo cuando el agente se representa el resultado posible y *acepta* de antemano su ocurrencia (aunque no necesariamente pueda suceder) (MODELELL, 2014: 98). El problema es que quedan abiertas dificultades probatorias, aparentemente insalvables, como ocurre con la fórmula hipotética de v. Hippel, la que invita a preguntarnos:

¿Cómo se habría comportado el autor, si hubiese sabido con seguridad que con el resultado perseguido se produce necesariamente el resultado antijurídico? Si, a pesar de ello, hubiese actuado [...] existe *dolus eventualis*; en caso contrario, imprudencia consciente (GIMBERNAT, 1990: 246)³³.

33. Al respecto, ver MODELELL (2014: 99). En este texto no abordamos el espinudo problema de que el reproche por el dolo eventual sea equiparado al del dolo directo, más allá de llamar indirectamente la

En cambio, si el sujeto considera que de presentarse la eventual situación riesgosa cesaría inmediatamente su actividad, habría culpa consciente (con representación) de suceder el resultado (MODELELL, 2014: 99).

En el caso de estudio, Gronewegen habría actuado con dolo eventual de haberse representado el alto riesgo de poder ocasionar un grave accidente si Jakobsen no redujese la marcha, *y aun así no importarle la ocurrencia de aquel*. Siguiendo lo expresado en una de las hipótesis, «hay un riesgo de accidente y él (Gronewegen) está dispuesto a asumirlo». Después del gran esfuerzo físico desplegado, el principal objetivo de Gronewegen es ganar la carrera como sea posible, de allí que se juegue su última carta para lograr la tan ansiada victoria. Por el contrario, segunda hipótesis planteada: si Gronewegen está convencido de que Jakobsen se intimidará ante la maniobra de cerrarle el espacio de adelantamiento, por tanto desistirá del intento de adelantarlo ya que el riesgo de un accidente es evidentemente muy alto para todos, en caso de que sorpresivamente Jakobsen insista en su actitud y se produzca el grave suceso, Gronewegen solo actuaría con culpa consciente (culpa con representación) ya que confió en que el resultado no iba a producirse. En esta última hipótesis, en modo alguno Gronewegen llega a aceptar la real posibilidad del mismo en razón de que incluso su propia integridad física estaba en juego por la maniobra, por lo tanto solo existirían unas lesiones culposas en el caso mencionado. Aplicando la fórmula de v. Hippel, si Gronewegen hubiera sabido lo que iba a suceder con toda seguridad habría desistido de su conducta, bien porque no acepta de antemano un grave accidente como el ocurrido o porque su maniobra iba a significar su descalificación, el oprobio, el cargo de conciencia, etc.

Como puede apreciarse claramente, esta forma clásica de entender el dolo, y determinar su concurrencia, toma en cuenta circunstancias concretas tales como el conocimiento actual del riesgo creado, la posibilidad del resultado, la aceptación del mismo, etc. Sin embargo, estos detalles referidos a aspectos psicológicos que debieron suceder cuando el autor llevo a cabo su conducta pueden ser de muy difícil prueba. Además, en lo relativo al dolo eventual, esta concepción sería injusta ya que si la probabilidad de causar el resultado lesivo es baja pero el sujeto acepta de antemano su posible realización, se le imputaría a título de dolo eventual; mientras que si el hecho es de alta peligrosidad pero su autor lo ejecuta contando con que dicho riesgo no se materializará en un resultado indeseado, por ejemplo porque él podría evitarlo, habría la llamada culpa con representación si la lesión sucede (MIR PUIG, 2015: 92 y 273; MODELELL, 2014: 99).

Estas dificultades advertidas han conducido a que un sector cada vez más creciente de la doctrina penal prescindiera de la voluntad (querer) como elemento del dolo, restringiendo su contenido al simple conocimiento del riesgo creado (MODELELL, 2014:

atención al respecto en las conclusiones. Un análisis agudo sobre ese punto puede verse en MANRIQUE (2007: 415-434).

95 y ss.)³⁴. Su existencia solo requeriría que el autor se represente el riesgo típico que conlleva la conducta efectivamente realizada, en modo alguno que quiera o acepte, la lesión o el peligro del bien jurídico (MODELELL, 2014: 96). Según esta forma de concebir el dolo, la posible representación del accidente por parte de Gronewegen haría factible su imputación de lesiones dolosas por el hecho realizado, aunque en cualquier caso debería demostrarse que efectivamente conocía el riesgo de su maniobra. Esta corriente doctrinal exige un conocimiento actual del riesgo para la afirmación del dolo, y al prescindir de la voluntad se facilitaría su prueba.

Estas dos maneras de entender el dolo –ambas entramadas con elementos psicológicos– apuntan fundamentalmente a hechos concretos, esto es, tratan de reproducir acontecimientos históricos que ocurren «en la cabeza» de los intervinientes en el delito. Así, aunque la justificación de una y otra parte de razones valorativas es justo castigar solo por aquello que el autor quiso, o en razón de lo que efectivamente se representó aunque no lo haya querido. En suma, aunque se trate de una especie de visión originariamente contextualista que indaga en elementos propios de situaciones en que la voluntad es borrosa, se van creando categorías en que lo común va ganando en protagonismo y tendiendo hacia el mecanicismo imperante en la ciencia jurídica. Como diría acertadamente MIR PUIG (2005: 18), la teoría del delito no constituye solamente:

una construcción jurídico-normativa, sino un hecho del mundo empírico físico y social al que el Derecho asigna un significado valorativo específico. Hay en el delito una mezcla de componentes fácticas (brutas e institucionales) y de valoraciones jurídicas normativas. Esta combinación de lo fáctico y lo normativo se da en todos los elementos del delito [...]

Incluso, podemos dar *otra vuelta de tuerca*: modernamente destaca una tendencia que entiende el dolo como concepto adscriptivo. Así, se afirma que «el dolo, más que un fenómeno psíquico a comprobar empíricamente, es una atribución, un conocimiento y una voluntad que se atribuyen» (HERNÁNDEZ, 2011: 79)³⁵. En este sentido, el dolo implicaría una estandarización de conocimientos que prescinde de examinar lo que efectivamente el autor sabía y se proponía (MODELELL, 2017: 278), considerando para dicha imputación dolosa únicamente *lo que el autor debió representarse al momento de la realización de la conducta*³⁶. Esta corriente, que podría ser calificada como teoría del

34. Entre los autores que sostienen desde hace algún tiempo la configuración del dolo únicamente con el conocimiento del riesgo, podemos mencionar, por todos, a FRISCH (1983: 346 y ss.); GIMBERNAT (1990: 254 y ss.); JAKOBS (1993: 261); LESCH (1997: 809); FEIJÓO SÁNCHEZ (1998: 271 y ss.); RAGUÉS (1999: 189 y ss.).

35. Paradigmáticos representantes de esta teoría, por toda la doctrina, PUPPE (2011: 112 y ss.); y PAWLK 2012: 387 y ss.; 2016: 142 y ss.).

36. Al respecto, expresa PAWLK (2016: 144): «...la cuestión (sc. concurrencia del dolo) no puede depender de la valoración del riesgo efectuada por el propio autor. Una representación de posibilidades suficientemente substanciada no puede operar en descargo del autor por el hecho de que éste, o bien no reflexione en absoluto sobre la magnitud del riesgo, o bien considere irreflexivamente su realización como improbable. Lo decisivo es solo si su conducta, interpretada como conducta de un ser racional, expresa la máxima de que la lesión del otro debe ser o incluso puede ser...». Y agrega dicho autor

dolo no psicológico o teoría normativa estricta del dolo, responde tanto a la necesidad de resolver los problemas probatorios de ese elemento, como a la búsqueda de una argumentación coherente que explique el llamado dolo eventual (MODELELL, 2017: 278). Por lo tanto, si el dolo se relaciona con aquello que el autor debía tener en cuenta al momento de su conducta, según su rol, prescindiendo de lo que efectivamente se representó, Gronewegen indudablemente respondería a título doloso por el hecho causado. Incluso, aunque se sostenga que la tentativa de graves lesiones en el ámbito deportivo debería quedar impune (MODELELL, 2021: 424 y 427), dado el grave resultado producido no sobraría la pregunta de si Gronewegen podría responder por una tentativa de homicidio doloso ya que el riesgo de su conducta fue excesivamente alto. Dicho de otra manera, *¿debía* Gronewegen contar con que una maniobra como la realizada pondría en grave riesgo no solo la integridad física de los competidores, sino hasta sus propias vidas? Recordemos los hechos antes de responder: a) La meta está al final de una bajada, lo cual conduce a una velocidad de desplazamiento de 80 km/h; b) Gronewegen reduce el espacio de circulación a Jakobsen para evitar un posible adelantamiento, al punto de que el lapso que transcurrió entre el intento de Jakobsen de avanzar a través del espacio libre entre Gronewegen y la barrera de contención, y el momento en que Jakobsen cae es inferior a 5 segundos; c) El resto del pelotón de ciclistas viene muy cerca. La posible respuesta afirmativa a la pregunta planteada en modo alguno resulta descabellada, sino pertinente. Nótese que según esta última corriente la estandarización del dolo implica prescindir de los detalles psicológicos que existieron cuando el autor ejecutó su conducta. Solo habría que comparar lo que el autor efectivamente se representó con aquello que debió tener en cuenta en el momento de su conducta infractora.

2.2.3. *¿Es realmente mecanicista la solución de la dogmática penal?*

La dogmática penal opera bajo presupuestos que potencian ciertas propiedades lógicas de los sistemas normativos de los que se hacen cargo y que con sus textos aparentemente descriptivos (o si se prefiere interpretativos) contribuye a re-crear. Las virtudes a las cuales nos referimos son fundamentalmente la completitud y la coherencia. De lo que se trata, en pocas palabras, es que distintos casos por muy complejos que aparezcan cuenten siempre con una solución (completitud) y esta debe ser consistente

(2016: 145), aludiendo a Puppe: el «cambio de paradigma del estado psicológico-fáctico del autor al valor expresivo de su conducta en el seno de una comunicación entre seres racionales» solo puede producirse... si se enjuicia la situación de hecho in toto por medio de un baremo objetivo [...]». En Latinoamérica, la doctrina se ha hecho eco de opiniones semejantes. Por ejemplo, según PÉREZ BARBERÁ (2011: 663), el dolo se funda «en un estándar general, no en un parecer subjetivo-individual». Similar, sostiene MAÑALICH (2020: 15): «hay que afirmar el carácter doloso de la realización del tipo respectivo si el potencial autor contaba con una representación de las circunstancias que habría llevado a una persona racional y razonable, preocupada por ajustar su comportamiento a las exigencias del derecho, a evitar comportarse de la manera en que el potencial autor efectivamente se comportó».

con otras que en el pasado ya han sido sugeridas (coherencia). Sin embargo, el desafío parece monumental si se asume que la conducta humana resulta difícilmente reducible a regularidades y que existe una cantidad innumerable de matices de los cuales no parece posible hacerse cargo de manera cabal. Según lo visto, tanto a nivel de imputación objetiva como subjetiva, se trata de simplificar al máximo las posibilidades, no existiendo mayores remilgos a recurrir a contra-fácticos que, en la práctica, carecen de respuestas: ¿qué habría hecho Gronewegen si hubiera sabido que Jakobsen no iba a abandonar su intento por sobrepasarlo a través del estrecho espacio que quedaba entre él y la barrera, incluso si Gronewegen se seguía cargando a la derecha haciendo muy improbable que no se cayera y se lesionare severamente? La respuesta que puede darse no es la del propio Gronewegen, sino de una clase de sujetos estándar que imaginamos actuarían de cierta manera.

Si lo anterior es correcto, el sistema queda en pie a costa de desentenderse de las situaciones concretas reemplazándolas por representaciones acerca de cómo esperamos que actúen los seres humanos, lo que, por cierto, no resulta del todo satisfactorio cuando de lo que se trata es precisamente de juzgar conductas concretas³⁷. El precio no sería exagerado si no contamos con otras opciones³⁸. Es momento, entonces, de volver hacia lo que nos podría ofrecer el contextualismo.

3. CONSIDERACIONES ADICIONALES SOBRE EL ASPECTO SUBJETIVO DEL DELITO (DOLO). ALGUNAS POSIBILIDADES DESDE EL CONTEXTUALISMO

Al inicio de este acápite vale la pena añadir algunas breves consideraciones acerca de lo que hemos de entender por contextualismo. Como el origen del uso de la palabra lo hemos remontado al trabajo de Pepper haremos algunas precisiones en el sentido en que este lo entiende, pero sobre todo estamos interesados en hacer algunas complementaciones con algunos avances más o menos recientes en otros campos del saber. STEPHEN PEPPER (1942: 232) aclara que en razón de su carácter sintético antes que

37. De alguna manera lo que hacemos se asemeja a lo que realizan los economistas cuando construyen sus modelos recurriendo a un ser humano racional, baremo que ha sido desafiado en muchas ocasiones, pues en realidad muchos de nuestros comportamientos distan mucho del presupuesto de que tomamos decisiones que tienden a optimizar nuestros recursos. Ver, entre otros, ARROW (1986: 385-399).

38. En rigor, varias comunidades dogmáticas se preocupan de ir ajustando sus categorías a partir de lo que le ofrecen ciertos casos que son abordados por los tribunales de justicia. Así, por ejemplo, la dogmática penal alemana está constantemente preocupada de lo que se trata en las sentencias más recientes, cautelando, de esa manera que no ocurra un desfase entre teoría y práctica. Piénsese en la conocida teoría de la imputación objetiva del resultado la cual ha surgido precisamente del estudio de casos concretos. Así las cosas, la dogmática tampoco cabría calificarla como mecanicista en un sentido puro, sino que tiene aproximaciones hacia el contextualismo, cuando debe hacerse cargo de estos desafíos que se le van imponiendo *desde fuera*.

analítico, la metáfora de base no resulta tan prístina, decantándose finalmente por la de «evento histórico». Incluso algunos de quienes lo han estudiado y a la luz de lo que en su libro se dice prefieren hablar de «acto en curso en un contexto» (HAYES ET AL., 1988: 100). El contextualismo mantiene, entonces, las distintas categorías bajo sospecha, ello a los efectos de que el acto que interesa sea convenientemente explicado. A propósito de su aproximación dispersiva y no integrativa, PEPPER (1942: 234) sostiene que el desorden es una característica categorial particularmente distintiva del contextualismo, y lo es tan radicalmente que el orden tampoco está excluido. Para dar cuenta del mundo el contextualismo pone especial atención en dos variables, estas son, la calidad y la textura, respecto de las cuales hace un análisis pormenorizado acerca de cómo funcionan (PEPPER, 1942: 235 y ss.). De lo que se trata, principalmente, es de aislar algún elemento como objeto de estudio, para luego ir enriqueciéndolo con los elementos contextuales que contribuyen a explicarlo (en realidad las dos operaciones no son plenamente diferenciables). En otras palabras:

El impulso no es a integrar todos los sucesos y tendencias que pueden identificarse [...], sino más bien a vincularlos en una cadena de caracterizaciones provisionales y restringidas de provincias del acontecer manifiestamente 'significativo' (WHITE, 2014: 29)

En conformidad a lo señalado, un caso como el que nos ocupa supone identificar eventos tales como, «Gronewegen desvía su línea de desplazamiento», «Jakobsen se va contra las barreras y cae» y «Jakobsen resulta severamente lesionado». Tales eventos requieren ser enriquecidos por la vía de proveerles de contexto: «estamos en los metros finales de la 1.^a etapa del Tour de Polonia», « Gronewegen va en el primer lugar y arriesga ser superado por Jakobsen», « Gronewegen lleva tiempo preparándose para el Tour y es muy importante ganar una etapa», «en el embalaje final la velocidad alcanza 80 km/h», «las bicicletas se bambolean en los embalajes», «el año 2019 el ciclista belga Bjorg Lambrech murió al caer de su bicicleta en el Tour de Polonia», etc.

A diferencia de lo que ocurre con las teorías mecanicistas que a nivel de verdad tiene sentido afinar concepciones correspondentistas (PEPPER, 1942: 221 y ss.) en cuanto propósito último de un análisis bien realizado, el papel de la verdad en el contextualismo (y de manera consistente con su tinte pragmatista) es más bien secundario y lo que importa, en último término, es que el trabajo resulte exitoso (PEPPER 1942: 268-279). Así, si ponemos el asunto que analizamos en perspectiva, de lo que se trata es de dar una respuesta adecuada al problema del accidente en el Tour de Polonia, esto es, que la decisión que eventualmente se tomaría en un juicio penal estaría justificada, y que la pena que pudiera ser aplicada, resulte consistente con una teoría que legitime dicha respuesta estatal. Para explorar una respuesta más afinada prestaremos atención a algunos desarrollos recientes en psicología (y también en economía), pues de lo que se trata es de abordar de una manera que no haga perder complejidad a una conducta como la desplegada por Gronewegen.

Una feliz metáfora construida hace un par de décadas es la del pensamiento automático y pensamiento esforzado. El pensamiento automático resulta de gran utilidad ya que nos permite tomar decisiones, o simplemente generar respuestas, sin necesidad de tener que sumirnos en una fatigosa tarea deliberativa. Este modo de actuar es especialmente valioso si el tiempo con el cual contamos es escaso. Por su parte, el pensamiento esforzado es importante para optimizar el potencial explicativo de los datos disponibles. De otra forma, nos dejaremos arrastrar por lo que nos resulta intuitivo, abriendo la puerta al uso de una serie de sesgos o heurísticas que no arrojan las mejores respuestas, habida cuenta de la disponibilidad de herramientas como el cálculo probabilístico, etcétera (KAHNEMAN, 2012: 33 y ss.)³⁹.

En la cotidianeidad solemos ser perezosos. Nos conformamos con el pensamiento automático, pero de seguro que si así lo hiciéramos siempre no habríamos llegado demasiado lejos como humanidad (al menos, en lo que a auto-comprensión se refiere). Dado que tampoco podríamos operar todo el tiempo bajo el influjo del pensamiento esforzado, la sabiduría pareciera exigirnos distinguir cuando se debe operar con uno u otro. En el caso de Gronewegen no debiera exigírsele que en el momento en que Jakobsen está introduciéndose por el estrecho espacio que ha quedado entre él y la barrera, inicie un proceso de deliberación sofisticado. Sencillamente no hay tiempo para eso. Claramente deberá pensar automáticamente. Sin embargo, aquello no implica que Gronewegen nunca esté obligado a pensar esforzadamente, sobre todo si se tiene en consideración que está ejecutando una actividad peligrosa como lo es el ciclismo profesional. A Gronewegen le sería exigible que previamente a participar en una situación riesgosa, haya deliberado acerca cómo debería reaccionar. En otras palabras, él debía mientras disfrutaba de momentos de holgura y no de escasez (mental), explorar las distintas situaciones a las cuales podría verse enfrentado aprovechando su capacidad cognitiva disponible y, así, afinar y entrenar su capacidad de actuar de una manera jurídica en caso de verse a futuro expuesto a una decisión difícil como la que estamos analizando (porque esa es la que aquí interesa), en cada oportunidad en la que pudiera requerirse.

Acorde a lo señalado una reconstrucción como la que se sugiere en la letra f) es perfectamente consistente con los datos disponibles y, a la vez, no se escapa de las respuestas que el sistema jurídico ofrece. La solución no depende, entonces, de una conducta que se gatilla en un par de segundos, sino hay que vincularla con una larga preparación mental previa. Es cierto que, esos segundos serán claves a los efectos de determinar el peligro que efectivamente se generará, pues los intentos de autocontrol

39. También se habla de sistema 1 y 2. Esta última denominación se encuentra en STANOVICH (2000: 645-665). Respecto al problema del uso de heurísticas en asuntos en los cuales el cálculo probabilístico es posible, el artículo clásico es TVERSKY y KAHNEMAN (1974). Hay versión castellana disponible: TVERSKY y KAHNEMAN (2012: 545-567).

se podrán revelar en ese instante como fallidos⁴⁰. Tal vez nunca podamos desentendernos del todo de la suerte moral, pero al menos contamos con la oportunidad de auto-controlarnos si llegamos a conocernos lo suficiente a nosotros mismos. En otras palabras, a Gronewegen no lo estamos evaluando solo por ese par de segundos, sino por su falta de prolijidad en el desarrollo de su autocontrol requerido para participar en una competencia riesgosa.

La categoría del dolo en un caso como el planteado debiera enfrentar el desafío que le impone analizar el comportamiento no como fruto de un instante, sino como la consecuencia de una serie de circunstancias de más larga duración⁴¹. De otra manera, resultaría difícil atribuirle responsabilidad a Gronewegen, esto es imputarle la conducta. Es cierto que para los sistemas jurídicos la exigencia de pensamiento esforzado como condición para determinar las consecuencias de una conducta, pareciera ser excepcional: un ejemplo puede verse en la exigencia de premeditación para imponer una pena más elevada a quien comete un homicidio, o por el contrario, reconocer en el arrebato una causal para disminuir la penalidad. Así las cosas, no importa demasiado si he actuado de manera automática o bien si mi conducta ha sido el producto de una cuidadosa planificación. Sin embargo, instituciones de imputación en virtud de la actitud de la persona durante una etapa previa a la consumación del delito, no son ajenas al Derecho penal, como sería el caso de la llamada *actio libera in causa*. Por ejemplo, cuando concurre un supuesto de inconsciencia en el ejecutor del delito, debe analizarse su conducta voluntaria anterior a los fines de determinar si él dio origen al supuesto referido de ausencia de conducta (MODELELL, 2014: 49 y ss.)⁴²: el conductor del auto que se queda dormido mientras maneja ocasionando un grave accidente, realiza el hecho de forma involuntaria, no obstante debe examinarse si previamente se percató del sueño y sus posibles efectos durante la conducción; de ser afirmativa la respuesta, existiría un comportamiento para el Derecho penal (MODELELL, 2014: 49 y ss.; MIR PUIG, 2015: 213). ¿No cabría entonces la aplicación de un método similar para afirmar la existencia del dolo en un delito? En todo caso, esta forma de análisis implica igualmente una estandarización del dolo, su determinación según lo que el autor debió haber considerado al realizar su actividad riesgosa.

Como contra-argumento a lo anterior, podría decirse que desde un punto de vista moral, la circunstancia de que la conducta sea el producto de una deliberación cuidadosa

40. Una variable que, tal vez, incidiría en que en este momento de escaso control de sus impulsos, Gronewegen haya optado por cortar la línea de desplazamiento de Jakobsen, y no simplemente conservar la que llevaba, podría vincularse a la circunstancia de que en situaciones de pérdida somos mucho más propensos a asumir riesgos que cuando buscamos aumentar ganancias. Dado que Gronewegen viene delante de alguna forma podría haber internalizado psicológicamente que el triunfo era suyo y que la proximidad de Jakobsen podría arrebatarlo. Ver TVERSKY y KAHNEMAN (2012: 586-590)

41. Sobre las distintas miradas que son producto de la mayor o menor amplitud del tiempo que se tiene en cuenta: BRAUDEL (1986: 25-26 y 64-65).

42. Expresa BACIGALUPO (1997: 171) que debe verificarse si la conducta inmediatamente anterior era evitable. Igual, por todos, ZAFFARONI (1997: 361); MIR PUIG (2015: 213).

constituiría una variable relevante. Así, la clásica excusa «fue sin querer» da cuenta de que nos tomamos seriamente la alegación de que no se puede tratar con igual dureza a quien ha provocado un daño asumiendo a cabalidad lo que probablemente sucedería si ejecutaba cierta conducta, respecto de quien actuó sin tener en consideración lo que podría llegar a pasar. Quien actúa recurriendo a su pensamiento esforzado merece mucho mayor reproche que quien lo hizo desde su pensamiento automático. En el primero de los casos hay un deprecio evidente de los bienes jurídicos amenazados, lo que no necesariamente ocurre en el segundo de los casos.

Aun cuando el vínculo no siempre ocurre, hay una relación relativamente estrecha entre el pensamiento automático y (nuevamente) la suerte moral. Esto, por cierto, no lleva a que en el pensamiento automático no se deba reprochar severamente a quien ha provocado un daño como efecto de su conducta. Así, si hay un resultado indeseable se castiga por la pereza propia de no anticipar escenarios. Si yo realizo una actividad peligrosa como es el ciclismo profesional debo mentalizarme de que cualquiera sea la situación, debo cumplir con ciertas reglas. No me castigan por mis intenciones, sino por mi pereza mental y falta de autocontrol. Si finalmente no hay daño, he tenido suerte y no será castigado⁴³.

Incluso, podemos problematizar más el examen del caso: Gronewegen con su pensamiento en un objetivo fijo (ganar la competencia), no cuenta con recursos suficientes para lograrlo, medios que pudo haber tenido en una holgada primera parte de la carrera. Se supone que pedalear varias horas, con la tensión y esfuerzo propios de una competencia ciclística de alto nivel, conlleva un gran cansancio que puede dificultar los movimientos y la toma de decisiones. Entonces, la maniobra equivocada contra el adelantamiento de Jakobsen, ¿no podría constituir un acto reflejo, el cual se caracteriza precisamente por la falta de conciencia, y por ende de voluntad, que imposibilita al sujeto de actuar de forma distinta? (MODELELL, 2014: 51; MIR PUIG, 2015: 220 y ss.). Dichos actos reflejos deben distinguirse de los llamados actos impulsivos, como esquivar la cabeza cuando se intenta golpearla, o cerrar los ojos ante un resplandor (MODELELL, 2014: 51; KÜHL, 2017: 14 y ss.). Con relación a estos últimos, se ha afirmado su voluntariedad ya que son procesados por el cerebro, aunque de forma muy rápida (MAURACH y ZIPF, 1992: 194 y ss.; MODELELL, 2014: 51). Si bien en su inicio el acto impulsivo puede que sea casi imposible de conducción, la persona sería capaz de controlar las reacciones inmediatamente posteriores al impulso inicial con un adecuado entrenamiento o autocontrol (LUZÓN PEÑA, 1990: 18; JESCHECK Y WEIGEND, 1996: 224, nota 34; MODELELL, 2014: 52 y ss.). En nuestro caso, es indudable que Gronewegen debió contar con la suficiente preparación para evitar reacciones como la que llevó a cabo, la cual coincide perfectamente, en el mejor de los casos, con el referido acto impulsivo.

43. Sobre la falta de relevancia penal cuando la suerte favorece al deportista que actúa de forma antirreglamentaria: MODELELL (2021: 426 y ss.)

4. CONCLUSIONES

La teoría del delito se ha erigido como un modelo para la imputación que ha alcanzado un elevado nivel de sofisticación. Ello ha permitido a sus cultores construir y profundizar en múltiples categorías desde las cuales parece posible enfrentar, de manera racional, los problemas que aquejan a la vida cotidiana. Como todo modelo –claro está– precisa ser revisado frecuentemente para así evitar que la teoría se vaya distanciando de los progresos que van ocurriendo en otras disciplinas.

En este artículo hemos realizado un análisis respecto a lo que pudo haber creído y decidido el responsable (entendido como factor causal, siguiendo las categorías de H.L.A. Hart) de un grave accidente en una competencia ciclística. Lo interesante es que si nos tomamos en serio los avances en disciplinas tales como la psicología y economía conductual, las categorías más asentadas en la teoría del delito parecieran no funcionar todo lo bien según se pudiera esperar. La razón es simple: el autor del accidente probablemente no tuvo claridad ni en lo que estaba haciendo, ni en lo que podía pasar, ni en lo que quería. Para tales efectos hemos llamado la atención en metáforas exitosas en otros campos disciplinarios, como lo son la «visión de túnel», o el «sistema automático». Tenerlas en cuenta fuerzan a repensar asuntos tales como si el dolo puede hacerse depender de las creencias o representaciones de los seres humanos. Estas última dudas, por cierto, no son novedosas, pero creemos que el diálogo interdisciplinario provee de algunos puentes para abordar de mejor manera aquello que se encuentra en juego.

Un punto importante es que la identificación de ciertas particularidades que afectarían a algunos comportamientos que provocan resultados dañosos –en este caso conductas o movimientos muy rápidos que se configuran como reacción a un estímulo que se produce en una situación de «escasez» en la que no hay espacio a la deliberación– y que dan cuenta de una falta de autocontrol que debió haberse entrenado en momentos de holgura mental, pueden acoplarse con categorías que tienen asociadas penas elevadas (conductas dolosas). ¿Es eso lo que queremos mediante un análisis desde la teoría del delito?⁴⁴ ¿O es que el esquema binario doloso/culposo colapsa en casos como el señalado y es preciso considerar un análisis más complejo, como el que proviene de una lógica que no se escabulla de los matices?

Por último, una mención especial merecen las perspectivas del «contextualismo» y del «mecanicismo». Al hablar de ellas, la atención se vuelca hacia lo que nos provee una clase de análisis que parece más propio de la filosofía y de la metahistoria. En el caso de la teoría del delito las exigencias de abstracción parecen dialogar especialmente bien con concepciones mecanicistas; sin embargo, el precio pagado es el alejamiento de los

44. Un punto importante y difícil al momento repensar una categoría como la del dolo, es la de asignar valor a variables tales como, *aquello que se encuentra empíricamente legitimado de ser sostenido, o las expectativas ciudadanas acerca de la relevancia que se da tanto al conocimiento como a la voluntad para la reprochabilidad de su autor*; ello en razón de que la teoría del delito posee un estatus eminentemente prescriptivo (ORTIZ DE URBINA, 2013: 360 y ss., 384, 385).

detalles, es decir no propicia una reconstrucción suficiente fidedigna de nuestras conductas. Podríamos transitar, entonces, hacia un universo que preste también atención a lo que ofrece el contextualismo, en lo que atañe a la formulación de críticas a un modelo teórico asentado. Esto, por cierto, pone en jaque algunos de los conocimientos que se consideran asentados en las sofisticadas teorías dogmáticas. Tomar en serio la tensión entre estos dos puntos de vista –no necesariamente, uno mejor que el otro– podría incidir en avances importantes en lo que atañe a los niveles de acoplamiento entre los problemas de la vida cotidiana y las soluciones que ofrecen las teorías.

BIBLIOGRAFÍA

- AMSTERDAM, A. y BRUNER, J., 2000: *Minding the Law*, Harvard University Press, Cambridge.
- ARROW, K., «Rationality of Self and Others in an Economic System», *The Journal of Business* 59 (4): 385-399. <https://doi.org/10.1086/296376>
- BACIGALUPO, E., 1997: *Principios de Derecho penal*, Akal-Iure, Madrid.
- BARTHES, R., 1987: «El discurso de la historia», *El susurro del lenguaje. Más allá de la palabra y la escritura*, Paidós, Barcelona.
- BELTRÁN, V., 2021: «Visión de túnel: Notas sobre el impacto de sesgos cognitivos y otros factores en la toma de decisiones en la justicia criminal», *Revista de Estudios de la Justicia*, 34: 17-58. <https://doi.org/10.5354/0718-4735.2021.60210>
- BERLIN, I., 2017: *El sentido de la realidad. Sobre las ideas y su historia*, Taurus, Barcelona.
- BOHM, D., 2018: *La totalidad y el orden implicado*, Kairós, Barcelona.
- BRAUDEL, F., 1986: *La Historia y las Ciencias Sociales*, Madrid, Alianza.
- CANCIO MELIÁ, M., 1998: *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*, Barcelona.
- CHIASSONI, P., 2011: *Técnicas de interpretación jurídica*, Marcial Pons, Madrid.
- FEIJÓO SÁNCHEZ, B., 1998: «La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo», *Cuadernos de Política Criminal*, 65: 269-364.
- FINDLEY, K., y SCOTT, M., 2006: «The Multiple Dimensions of Tunnel Vision in Criminal Cases», *Wisconsin Law Review*, 2: 291-397
- FRISCH, W., 1983: *Vorsatz und Risiko*, Carl Heymanns, Berlin.
- GARGARELLA, R., 1999: *Las teorías de la justicia después de Rawls*, Paidós, Barcelona.
- GIMBERNAT, E., 1990: *Estudios de Derecho Penal*, Tecnos, Madrid.
- GIMBERNAT, E., 2009: *Concepto y método de la ciencia del Derecho penal*, Tecnos, Madrid.
- HART, H.L.A., y HONORÉ T., 1985: *Causation in the Law, 2nd Edition*, Oxford University Press, Oxford.
- HAYES, S., HAYES, L. y REESE, H., 1988: «Finding the philosophical core: A review of Stephen c. Pepper's World hypotheses: a study in evidence», *Journal of The Experimental Analysis of Behavior*, 50 (1): 97-111. <https://doi.org/10.1901/jeab.1988.50-97>
- HERNÁNDEZ, H., 2011: «Comentarios al art. 1» *Código penal comentado*, Abeledo Perrot, Santiago.
- JAKOBS, G., 1993: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, WdeG, Berlin-New York.

- JESCHECK, H., y WEIGEND, T., 1996: *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Duncker&Humblot, Berlin.
- KAHNEMAN, D., 2012: *Pensar rápido, pensar despacio*, Debate, Buenos Aires.
- KOYRÉ, A., 1994: *Pensar la ciencia*, Paidós: Barcelona.
- KÜHL, K., 2017: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Vahlen, München.
- KYMLICKA, W., 2002: *Contemporary Political Philosophy*, Oxford University Press, Oxford.
- LESCH, H., 1997: «Dolus directus, indirectus und eventualis», *Juristische Arbeitsblätter*, 29 (10): 802-809.
- LOFTUS, E., 1996: *Eyewitness Testimony*, Harvard University Press, Cambridge.
- LUZÓN PEÑA, D., 1990: *Derecho penal de la circulación*, PPU, Barcelona.
- MAÑALICH, J., 2020: «El dolo como creencia predictiva», *Revista de Ciencias Penales* 47 (1): 13-42.
- MANRIQUE, M., 2007: «Responsabilidad, dolo eventual y doble efecto», *DOXA* 30: 415-434. <https://doi.org/10.14198/DOXA2007.30.41>
- MAURACH, R., y ZIPF, H., 1992: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, C.F. Müller, Heidelberg, Tomo I.
- MIR PUIG, S., 2005: «Límites del normativismo en Derecho penal», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (Criminet)* 07-18: 1-18.
- MIR PUIG, S., 2015: *Derecho Penal. Parte General*, Reppertor, Barcelona.
- MODELELL, J., 2014: *Teoría del delito*, UCAB, Caracas.
- MODELELL, J., 2017: «Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el tipo penal», *Libertas. Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales* 6, (julio): 273-287.
- MODELELL, J., 2021: «Hechos punibles en el ámbito de las prácticas deportivas. A su vez, un ejemplo de la relevancia del resultado lesivo para la configuración del injusto penal», *Política Criminal* 16 (31): 408-436.
- MULLAINATHAN, S., y SHAFIR, E., 2016: *Escasez*, Fondo de Cultura Económica, México D. F.
- NINO, C., 1980: *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*, Astrea, Buenos Aires.
- NINO, C., 1991: *Introducción al análisis del derecho.*, Ariel, Barcelona.
- ORTIZ DE URBINA, I., 2013: «¿Dolo como reproche? Observaciones sobre método y axiología en la propuesta de abandono de la idea de dolo como estado mental», *Revista Pensar en Derecho* 1 (1): 357-385.
- PAWLIK, M., 2012: *Das Unrecht des Bürgers*, Mohr Siebeck, Tübingen.
- PAWLIK, M., 2016: «La lesión del deber ciudadano de cooperación» en: *Ciudadanía y Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 125-164.
- PEPPER, S., 1942: *World Hypotheses*, University of California Press, Berkeley.
- PÉREZ BARBERÁ, G., 2011: *El dolo eventual*, Hammurabi, Buenos Aires.
- PUPPE, I., 2011: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Nomos, Berlín.
- RIMOLDI, F., 2020: «Comunidad y contexto epistémico en la prueba pericial», *Discusiones* 24 (1): 61-85. <https://doi.org/10.52292/j.dsc.2020.2205>
- RAGUÉS, R., 1999: *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Bosch, Barcelona.
- ROSS, A., 1994: *Sobre el derecho y la justicia*, Eudeba, Buenos Aires.
- ROXIN, C., 1997: *Derecho penal. Parte general*, Civitas, Madrid.
- ROXIN, C., 2002: *Política criminal y sistema del derecho penal*, Hammurabi, Buenos Aires.
- SANCINETTI, M., 2001: *Teoría del delito y disvalor de acción*, Hammurabi, Buenos Aires.
- SANDEL, M., 2011: *Justicia ¿Hacemos lo que debemos?*, Debate, Barcelona.

- SCHAUER, F., 2003: *Profiles, probabilities and stereotypes*. The Belknap Press of Harvard University Press. Cambridge & London.
- SHAH, A., SHAFIR, E., y MULLAINATHAN, S., 2015: «Scarcity Frames Value», *Psychological Science* 26 (4): 402-412. <https://doi.org/10.1177/0956797614563958>
- STANOVICH, K., y WEST, R., 2000: «Individual differences in reasoning: Implications for the rationality debate?», *Behavioral and Brain Sciences* 23 (5): 645-665. <https://doi.org/10.1017/S0140525X00003435>
- TVERSKY, A., y KAHNEMAN, D., 1974: «*Judgment Under Uncertainty: Heuristics and Biases*», *Science* 185 (4157): 1124-1131. <https://doi.org/10.1126/science.185.4157.1124>
- TVERSKY, A., y KAHNEMAN, D., 2012: «El juicio bajo incertidumbre: heurísticas y sesgos», *Pensar rápido, pensar despacio*, Debate, Buenos Aires: 545-567.
- TVERSKY, A., y KAHNEMAN, D., 2012: «Elecciones, valores y marcos», *Pensar rápido, pensar despacio*, Debate, Buenos Aires: 569-592.
- WELZEL, H., 1993: *Derecho penal alemán*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- WHITE, H., 2014: *Metahistoria*, Fondo de Cultura Económica, México D.F.
- WILLIAMS, B., y NAGEL, T., 2013: *La suerte moral*, KRK ediciones, Oviedo.
- WILLIAMS, M., 2007: «Why (Wittgensteinian) Contextualism is not Relativism», *Episteme: A Journal of Social Epistemology*, 4 (1): 93-114.
- ZAFFARONI, E., 1997: *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires.
- ZIELINSKI, D., 1990: *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*, Hammurabi, Buenos Aires.

