

Algunos datos empíricos sobre la atribución de estados mentales: ¿fracaso del principio de responsabilidad subjetiva o de un determinado concepto de dolo? *

Mercedes Pérez Manzano

Universidad Autónoma de Madrid

PÉREZ MANZANO, MERCEDES. Algunos datos empíricos sobre la atribución de estados mentales: ¿fracaso del principio de responsabilidad subjetiva o de un determinado concepto de dolo? *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2021, núm. 23-15, pp. 1-22.

<http://criminet.ugr.es/recpc/23/recpc23-15.pdf>

RESUMEN: La investigación da cuenta de algunos estudios empíricos del campo de la Filosofía experimental, el Derecho Penal y las Neurociencias sobre la atribución de estados mentales. A partir de los resultados de estos estudios en este trabajo se plantea en qué medida los datos aportados estarían cuestionando la propia vigencia social del principio de responsabilidad subjetiva. En el estudio se concluye que las dificultades en la asignación de estados mentales derivan del criterio que se utiliza en los estudios para diferenciar las distintas categorías -la representación de una cierta probabilidad de producción del resultado-, y se sugiere que la solución reside en las teorías volitivas del dolo.

PALABRAS CLAVE: culpabilidad, dolo, dolo eventual, estados mentales, imprudencia, imputación subjetiva, intencionalidad, neurociencias, responsabilidad.

TITLE: Some empirical data about the attribution of mental states: failure of the subjective responsibility principle or of the *mens rea* concept?

ABSTRACT: This research relates some empirical studies in the field of the experimental Philosophy, the Criminal Law and the Neurosciences concerning mental states attribution. Based on its results, this paper set out if these data are questioning the social validity of the subjective responsibility principle. It is concluded that the difficulties in assigning mental states come from the criterion that it is used to distinguish among the different categories -the subjective awareness of a certain risk level-. Therefore it is suggested instead to stand by the volitive theories of intention.

KEYWORDS: culpability, intention, knowledge, *mens rea*, negligence, neurosciences, purpose, recklessness.

Fecha de recepción: 15 mayo 2021

Fecha de publicación en RECPC: 4 octubre 2021

Contacto: mercedesp.manzano@uam.es

SUMARIO: I. Introducción. II. La atribución intuitiva de intenciones y la responsabilidad. 1. La valoración moral del evento cuenta. 2. Los deseos y motivos cuentan. 3. Primeras valoraciones. III. Algunas aportaciones de la neurociencia sobre la atribución de intención y responsabilidad. 1. La capacidad del ser humano de inferir estados mentales de otros. 2. Sistema emocional y valoración moral. 3. Valoración intuitiva inicial y revaloración posterior. 4. Recapitulación. IV. Los estudios empíricos sobre las clases de mens rea en el Model Penal Code. 1. Los cuatro estados mentales del Model Penal Code y sus definiciones. 2. Los estudios realizados. 3. ¿No habremos errado en la identificación del criterio de distinción entre los estados mentales intermedios? V. Algunas conclusiones. Bibliografía.

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación- Programa I+D+i orientada a los retos de la sociedad «Derecho penal y comportamiento humano» (RTI2018-097838-B-I00) concedido por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades de España [IP: Prof. Dr. Eduardo Demetrio Crespo] y está dedicado al profesor Luis Arroyo Zapatero.

I. Introducción

Del principio de responsabilidad subjetiva deriva un doble requisito: que solo es legítimo atribuir responsabilidad penal e imponer una pena a quien actuó con dolo o imprudencia; y que se ha de sancionar con mayor pena la conducta dolosa que la imprudente en la medida en que el dolo representa una forma de vinculación subjetiva con el hecho objetivamente típico más grave que la imprudencia. No es necesario detenerse en la trascendencia de este principio como pilar de un Derecho penal comprometido con la libertad y los valores del Estado de Derecho, pues solo quien actuó con dolo o imprudencia pudo evitar el delito haciéndose merecedor, por ello, de la pena, que, paralelamente, solo podrá cumplir su función de regulación de conductas socialmente dañosas precisamente si el sujeto actuó con dolo o imprudencia.

Sí necesita algo más de reflexión la cuestión atinente a en qué medida este principio tiene y puede tener una suficiente vigencia en la sociedad. Dos son las cuestiones que voy a intentar responder. La primera y principal es en qué medida los seres humanos atribuimos intenciones y estados mentales a nuestros semejantes de forma compatible con la exigencia de dolo o imprudencia. Adelanto que las conclusiones dejan en un mal lugar tanto al principio de responsabilidad subjetiva como a las disquisiciones dogmáticas sobre las distintas clases de dolo; como veremos, de un lado, en la asignación de estados mentales, el propio estado mental del sujeto es tan solo uno entre otro de los factores que inciden en el proceso, y, probablemente, no es el más relevante; y, de otro, no parece que los ciudadanos seamos capaces de efectuar el tipo de diferenciaciones que requieren ciertas graduaciones de la responsabilidad penal a partir de los distintos niveles -clases- de imputación subjetiva (el dolo y sus clases y la imprudencia). La segunda cuestión que plantearé, y que deriva de la primera, es si esta conclusión debe valorarse como fracaso del principio de responsabilidad subjetiva debido a la incapacidad de los seres humanos de atribuir correctamente dolo e imprudencia, o se debe a un déficit del criterio que parece haber ganado

partidarios en los últimos veinte años en España y se utiliza en dicha distinción en el marco de la doctrina angloamericana, y al que se refieren los estudios empíricos que fundamentan esta investigación: la representación del nivel de riesgo de producción del resultado. Si esta fuera la conclusión, existiría un remedio: para la dogmática penal continental bastaría con mantenerse en las teorías volitivas del dolo, que siguen siendo mayoritarias, haciendo residir el peso de la distinción entre el dolo y la imprudencia en el elemento volitivo del dolo; para la doctrina angloamericana sería necesario un cambio de rumbo incorporando para la distinción el elemento volitivo del dolo.

II. La atribución intuitiva de intenciones y la responsabilidad¹

El punto de partida de las investigaciones reside en que en la asignación de culpabilidad, la intencionalidad atribuida cumple un papel enormemente relevante². Sin embargo, como veremos, en la propia atribución intuitiva de este estado mental se toman en cuenta factores ajenos al propio estado mental.

1. *La valoración moral del evento cuenta*

Un filósofo experimental, Joshua Knobe, y su grupo, idearon un experimento³, con caso escenario, sobre el que se pregunta a un grupo de personas acerca de si el protagonista actuó con intención o no. El supuesto es el siguiente: el vicepresidente de una empresa propone al presidente de la compañía un plan de actividad para la empresa que maximizará los beneficios de la misma, pero que, paralelamente, causará daños al medio ambiente. El presidente se manifiesta a favor de ejecutar el plan afirmando expresamente que le da igual si se producen los efectos dañinos colaterales en el medio ambiente. En el segundo escenario el vicepresidente de la compañía

¹ Los estudios, cuyos resultados se describen a continuación, así como los referidos en el epígrafe IV, se han realizado sobre ciudadanos legos. Si bien podría pensarse que ello constituye un déficit de calado para que puedan extraerse conclusiones válidas de estos estudios para el modelo de imputación subjetiva continental, en particular, para el Derecho penal español, sin embargo, no lo creo así. En primer lugar, porque esta suele ser una objeción habitual respecto de los estudios experimentales en el ámbito jurídico que ha sido refutada con contundencia, por ejemplo, en relación con los sesgos cognitivos en la toma de decisiones que afectan igualmente a los expertos (por todos ALONSO, 2006, pp. 41 y ss.; ALONSO, 2011, pp. 21 y ss.; DROR, 2020, pp. 7998 y ss.). Y, en segundo lugar, porque no puede olvidarse que en España rige un sistema de jurado mixto desde 1995 siendo competencia de dichos tribunales el enjuiciamiento de los delitos de homicidio (art. 1.2.a)) que constituye, sin duda, el ámbito en el que se plantea en toda su dificultad la distinción entre los distintos estados mentales cuya prueba forma parte de la atribución a título de dolo o imprudencia. Este tipo de estudios experimentales podría considerarse irrelevante para quienes defienden un concepto de dolo absolutamente normativizado; pero, incluso en este caso, estos estudios son un punto de partida relevante para la comparación, pues si se concluyera que los resultados de la adscripción de dolo son similares en ese modelo y, por ejemplo, el del sistema del Model Penal Code americano, deberíamos reflexionar si, bajo la apariencia de un sistema dogmático altamente sofisticado y preciso, en realidad dominan la adscripción de responsabilidad a título de dolo e imprudencia el mismo tipo de razones o criterios que revelan estos estudios.

² Cfr. FINKEL/GROSCUP, 1997, pp. 65 y ss., 101.

³ KNOBE, 2003, pp. 190-194; KNOBE, 2004, pp. 181-187. Previamente, HARMAN, 1976, pp. 43 y ss.

comunica el mismo mensaje al presidente, el plan para maximizar beneficios de la empresa, pero afirma que, junto a los beneficios económicos, esta vez, el plan tendrá un impacto positivo en el medio ambiente. La respuesta del presidente es la misma a favor del plan propuesto, expresando su indiferencia respecto de los efectos colaterales en el medio ambiente.

Pues bien, los resultados de las encuestas fueron los siguientes: en el primer caso, el 82% de los encuestados sostuvieron que los daños medioambientales se habían causado intencionalmente, mientras que en el segundo caso, cuando se preguntó si las mejoras o beneficios medioambientales eran intencionales para el presidente, solo en torno al 23% de los preguntados consideró este resultado producido de manera intencional, negándolo el 77%. Knobe defendió, a partir de ahí, que la atribución de intención depende de la valoración moral intuitiva que tenemos los seres humanos sobre el efecto colateral, sobre el evento mismo.

En 2005 H.J. McCann realizó un experimento similar⁴, introduciendo variaciones en las preguntas que se realizaban. Se hicieron tres preguntas distintas: ¿dañó intencionadamente el presidente el medio ambiente?; ¿intentó dañar el medio ambiente el presidente?; ¿tuvo intención el presidente de dañar el medio ambiente?. El resultado de las encuestas fue que en el primer caso más del 64% de los sujetos contestaron afirmativamente (el presidente dañó intencionadamente); en el segundo solo en torno al 40% contestó positivamente (el presidente intentó dañar); y solo en torno al 27% contestó afirmativamente en el tercer caso (el presidente tuvo la intención de dañar). Estos resultados evidenciarían no solo que la atribución de intención en sentido estricto es menor que el resto de atribuciones, sino que el juicio moral no tiene la misma incidencia en la asignación de los tres conceptos: intencionadamente; intentar; tener la intención.

A partir de las variaciones en las preguntas de McCann, Knobe repitió el experimento formulando estas mismas tres preguntas pero sobre las dos variaciones iniciales de su caso, la producción de efectos colaterales positivos y negativos en el medio ambiente, resultando de nuevo que el nivel de acuerdo sobre si el presidente de la compañía tenía la intención de provocar el resultado o había intentado producir el resultado es mayor cuando la valoración de su acción es moralmente negativa. Es decir, aunque hay variaciones en el sentido hallado por McCann, todas las respuestas en cada modalidad de pregunta reflejan un mayor acuerdo en que el presidente tenía intención de provocar el *daño* medioambiental que respecto de que el presidente tenía la intención de *mejorar* el medio ambiente.

Estos mismos resultados se alcanzaron en otros estudios similares que indagaron sobre otros estados mentales como los deseos o la existencia de la decisión misma⁵.

⁴ MCCANN, 2006, pp. 737-748. El objetivo principal de este estudio no era analizar la atribución de intenciones en general sino ver la relación entre la intención y la tentativa.

⁵ PETIT/KNOBE, 2009, pp. 586 y ss.; KNOBE/BUCKWALTER y otros, 2012, pp. 81 y ss., 83.

Por ello Knobe concluye en sus investigaciones que la asignación de un estado mental referido a un determinado resultado depende de la valoración moral que asignemos intuitivamente al evento. Y esta conclusión se ha convertido en una tesis ampliamente aceptada y respaldada por otros estudios similares⁶.

Pero no son estos los únicos datos que tenemos sobre los factores que intuitivamente nos afectan a los seres humanos al adscribir intenciones. Veamos.

2. *Los deseos y motivos cuentan*

En un estudio llevado a cabo por Woolfolk y otros⁷ el caso escenario utilizado es el siguiente. Dos matrimonios viajan en avión rumbo al Caribe a pasar unas vacaciones; el marido de la primera pareja -Frank- había tenido una relación sentimental con la esposa de la segunda pareja -Susan-, relación que había sido descubierta por el marido de Susan -Bill-, quien a partir de ahí desea matar a Frank y, tras reflexionar, toma la decisión de hacerlo. Durante el vuelo el avión es secuestrado y redirigido a Bermudas donde aterriza. Los secuestradores ordenan a Bill matar a Frank bajo la amenaza de matarle a él y a diez pasajeros más si no obedece, de modo que Bill mata a Frank. El caso se presenta con variaciones de tal manera que en la segunda el marido ya no desea matar al amante, desiste de su decisión, porque lo ha perdonado. La comparación de resultados evidencia que se atribuye mayor responsabilidad por el evento a Bill en el primer caso que en el segundo; es decir, se atribuye mayor responsabilidad al marido respecto de la muerte del amante de su mujer a partir de la existencia del deseo firme de matarlo y menos responsabilidad en el segundo caso.

En otro estudio realizado por Alicke⁸ se evidencia que no solo los deseos tienen relevancia en los juicios de atribución de responsabilidad moral, sino que también los motivos cuentan. El caso utilizado en este estudio es el siguiente: un sujeto conduciendo a más velocidad de la permitida produce un accidente en el que el otro conductor resulta con varias heridas; en la primera variante, la razón por la que conduce a más velocidad de la permitida reside en ir a su casa para esconder la droga que había dejado en ella; en el segundo caso la razón estriba en esconder un regalo de aniversario para sus padres. En el experimento se preguntaba cuál era la causa principal del accidente, intentando averiguar en qué caso se atribuía una mayor vinculación entre el accidente y el resultado dañoso y el sujeto. Los resultados del

⁶ En el mismo sentido por todos, MELE, 2006. p. 293. Se ha llegado a resultados similares a los de Knobe en muchos estudios; por todos, CUSHMAN/MELE, 2008, pp. 171 y ss.; NADELHOFFER, 2005, pp. 343 y ss.; NICHOLS/ULATOWSKI, 2007, pp. 346 y ss.. El resultado de los estudios es el mismo cambiando los escenarios (CUSHMAN/MELE, op. ult. cit.; NADELHOFFER, op. cit.), e incluso en diferentes culturas (KNOBE/BURRA, 2006, pp. 113 y ss.). Aunque sobre este último punto parece haber discrepancia, cfr. LEVISON, 2005, p. 24.

⁷ WOOLFOLK/DORIS/DARLEY, 2006, pp. 283 y ss., 299. Los resultados son válidos sin que les afecte el "error de atribución" detectado en múltiples experimentos referidos a personas que actúan bajo variados tipos de coacción o compulsión externa y en los que los encuestados, a pesar de dichos condicionantes/determinantes externos, atribuyen responsabilidad y agencia por la acción a quienes actúan en dichas situaciones

⁸ ALICKE, 1992, pp. 367 y ss., 369.

estudio mostraron la asignación de mayor responsabilidad en el primer caso que en el segundo. Es decir, que se atribuye mayor vinculación del sujeto con el evento cuando los motivos de su actuación se valoran negativamente.

3. *Primeras valoraciones*

Estos estudios demuestran que, aunque a la hora de asignar responsabilidad por los eventos, los seres humanos tomamos en consideración elementos de carácter subjetivo y personal, los estados mentales -intención, deseos y motivos-, sin embargo, estos elementos no reflejan en modo alguno los parámetros subjetivos requeridos por el principio de responsabilidad subjetiva.

Empezando por lo último, tomar en cuenta motivos y deseos en la atribución de responsabilidad moral parece suponer que ésta se rige por parámetros subjetivos relativamente similares a los que fundamentan la responsabilidad penal, pues, ciertamente, la intención, el deseo, o los motivos son elementos que en algún momento se toman en consideración de cara a la imposición de la pena⁹. Sin embargo, esta primera conclusión es engañosa. En realidad, a los efectos de la responsabilidad penal, ninguna relevancia deben tener los deseos si estos no han tenido ninguna incidencia en la configuración del hecho, pues el respeto al principio de responsabilidad por el hecho lo impide. En efecto, en el primer caso de los estudios de Woolfolk, los deseos de matar al amante no han tenido ninguna repercusión ni en la toma de decisión de la ejecución en ese momento de la acción, que ha sido externamente coaccionada, ni en la forma de configurar el hecho: el deseo y la decisión previa de matar no han constituido el motivo primordial de la ejecución de la acción de matar en el momento y circunstancias concretas en que esta se produce. A una conclusión distinta se llegaría si se evidenciara que, llevado por su deseo de matar al amante, Bill anticipara el momento de la ejecución o la llevara a cabo de una forma que produjera, por ejemplo, un dolor mayor, inhumano e innecesario a la víctima. En estos casos, el hecho podría tener una vinculación personal con su autor y la responsabilidad penal podría ser mayor, pero no debido a los deseos o intenciones de su autor sino a que la configuración objetiva del hecho revela un mayor desvalor objetivo y una desviación respecto de lo necesario para ejecutar lo coaccionado -en ninguno de los casos se estaría rigiendo por la coacción-, por lo que el hecho es atribuible a su decisión y deseo en mayor medida que a la coacción de los terroristas.

En el escenario del accidente del estudio de Alicke, tampoco los motivos, en principio, tendrían ninguna relevancia jurídico-penal ni siquiera de cara a la exculpación, pues en la ponderación efectuada por el legislador penal dicha clase de motivos carece de peso suficiente en la comparación con los eventuales efectos negativos que

⁹ No voy a entrar en el debate, solo dejaré constancia de la existencia de agravantes basadas en los motivos en los Códigos penales y de que la intención de cometer un hecho delictivo forma parte de los elementos del dolo para un sector amplio de la doctrina.

una conducción a mayor velocidad que la permitida puede ocasionar. Y esto tanto si los motivos son valorados positivamente como negativamente. Solo si el exceso de velocidad se debiera a un intento de salvaguardar un bien que, desde la perspectiva del Derecho penal, se considera de mayor o igual relevancia que el daño previsible, solo entonces, el motivo podría tener relevancia de cara a la apreciación de una causa de justificación, estado de necesidad. Así que, motivos y deseos de cualquier tipo, en realidad, no siempre se tienen en cuenta a los efectos de la asignación de una mayor pena y responsabilidad penal¹⁰.

Pero es que, además, estos estudios demuestran que cuando se construye el caso-escenario de modo que es el encuestado quien tiene que responder sobre la asignación de intención y esta no se afirma como elemento de la descripción del caso, entonces aparece como factor relevante de la misma la valoración moral del evento mismo. Es decir, que, aunque pudiéramos establecer una correlación entre la asignación de responsabilidad y los elementos subjetivos -como los deseos, motivos e intenciones-, sin embargo, esta correlación en realidad no tiene por qué significar que los estados mentales reales del sujeto tengan un peso notable en la imputación de responsabilidad, pues como los estudios de Knobe evidencian, la atribución de la intención, deseo o decisión de acción dependen de la valoración moral del evento en sí y no del estado mental real del sujeto.

III. Algunas aportaciones de la neurociencia sobre la atribución de intención y responsabilidad

1. *La capacidad del ser humano de inferir estados mentales de otros*

Estas primeras conclusiones conducen a indagar por las razones o causas de esta situación. La primera razón podría consistir en que el ser humano carece de capacidad para efectuar esta clase de atribución precisa de estados mentales. Sin embargo, los estudios refutan esta carencia. En efecto, los seres humanos adquirimos la capacidad de asignar estados mentales a otros seres humanos -intenciones y conocimientos-, en nuestro desarrollo neuronal. Así, se habría evidenciado que la capacidad de representarse las distintas finalidades de un agente se adquiere por el ser humano en torno a los diez-doce meses de vida¹¹; que a los dos años se desarrolla el concepto de deseo y los niños reconocen que las personas pueden tener deseos distintos de los suyos propios¹² y son capaces de inferirlos de acciones incompletas o intentadas¹³;

¹⁰ Una valoración más profunda de las cuestiones planteadas debería conducir a efectuar diferenciaciones sobre el papel de los deseos y motivos en la atribución del dolo típico y/o en la atribución de culpabilidad por la realización de la conducta típica y antijurídica. Profundización que no se va a realizar. Sobre el papel de los motivos en el dolo, cfr. SÁNCHEZ-VERA, 2016.

¹¹ CSIBRA, 2003, p. 455.

¹² REPACHOLI/GOPNIK, 1997, pp. 12-21.

¹³ MELTZOFF, 1995, pp. 838-850; MALLE/GUGLIEMO/MONROE, 2011, p. 317.

que en torno a los 5 años los seres humanos somos capaces de formular predicciones del comportamiento de terceros a partir de las inferencias sobre la concurrencia de creencias e intenciones de otras personas¹⁴. Es decir, que en torno a los cinco años los seres humanos ya tenemos desarrollada de forma completa esta habilidad o capacidad cognitiva de inferir estados mentales de otras personas (intenciones, pensamientos, deseos,...) incluida la presencia o ausencia del conocimiento en otros¹⁵. Ello, no obstante, la recalificación, o integración conforme a la experiencia, de las valoraciones previas sobre los eventos requeriría una mayor maduración o esfuerzo cognitivo que no estaría disponible hasta los siete años¹⁶ y sería también en torno a esta edad -seis o siete años- cuando los niños son capaces de diferenciar creencias e intenciones¹⁷. Así que, entonces, no es esta la razón. En realidad, de acuerdo con los estudios científicos, nuestro cerebro funciona como *acusador intuitivo* buscando evidencias del estado mental de los demás, y esta función del cerebro tendría dos objetivos: serviría como instrumento para evaluar moralmente el evento -de modo que si se juzga el evento como accidental la valoración moral del sujeto involucrado es menos negativa que si se juzga el evento como cometido de manera intencional-¹⁸; y como vía de formulación de predicciones del comportamiento de los demás.

2. *Sistema emocional y valoración moral*

Ahora bien, los estudios neurocientíficos han puesto de relieve, también, que los seres humanos tendemos a reaccionar de manera emocional a la hora de adscribir responsabilidad moral. Los estudios con resonancia magnética funcional muestran que en el proceso de asignación de responsabilidad por los actos de otros se produce la activación o la mayor activación de ciertas zonas del cerebro cuyo funcionamiento se correlaciona con o es el responsable de las emociones, el sistema límbico¹⁹. Diferencias individuales en la disposición para procesar de manera más racional o emocional pueden explicar las diferentes respuestas que dan los sujetos a ciertos dilemas morales clásicos. Así, un patrón de activación más cognitivo-racional parece relacionarse con la ética utilitarista y una mayor activación del córtex prefrontal²⁰. Este patrón explicaría la atribución de penas más moderadas respecto de las conductas imprudentes, pero otros patrones afectivo-emocionales explicarían la tendencia a asignar una mayor pena en estas conductas al reaccionar automáticamente -

¹⁴ SAXE, 2013, pp. 107 y ss.

¹⁵ DÍAS DE MATOS/CARDOSO, 2018, pp. 950-951.

¹⁶ KLIEMANN, y otros, 2008, pp. 2949 y ss. Se refieren a la revisión de la primera o intuitiva predicción del comportamiento conforme a la asignación de intenciones, esta revisión conforme a nuevos conocimientos, nuevas experiencias, como la propia comprobación de si la predicción se cumple en la realidad o no, es un razonamiento más complejo que requiere una mayor maduración cerebral.

¹⁷ ASTINGTON, 2001, pp. 85-103; BAIRD/MOSES, 2001, pp. 413-448.

¹⁸ SCHOLZ/SAXE/YOUNG, 2011, pp. 302-315.

¹⁹ GREENE, y otros, 2001, p. 2105-2108.

²⁰ GREENE, y otros, 2004, p. 389-400.

emocionalmente- ante los resultados²¹. La relevancia del sistema límbico en el desempeño de las funciones cognitivas ha sido confirmada por múltiples estudios neurocientíficos. Todos ellos revelan que la imagen de un procesamiento racional, en tanto que ajeno a las emociones, es incorrecta. Así, por ejemplo, G. Roth en sus investigaciones sobre el sistema límbico, llega a la conclusión de que los procesos cognitivos de toma de decisiones se llevan a cabo mediante la continua interacción entre el sistema límbico o emocional, que trabaja sin que tengamos consciencia de ello, y la corteza cerebral, centro de la actividad cognitiva consciente²². Es más, sostiene que, aunque el circuito neuronal de la toma de decisiones implica innumerables idas y venidas desde el sistema límbico a la corteza cerebral y viceversa, el sistema límbico tendría la primera y la última palabra en todo el proceso, es decir, parece asignarle una función especialmente relevante²³.

3. *Valoración intuitiva inicial y revaloración posterior*

Pero los estudios neurocientíficos también nos aportan otros datos significativos. De un lado, se ha constatado que también se produce actividad neuronal *a posteriori*, esto es, una vez realizado el juicio moral sobre las acciones, interpretándose esta actividad en el sentido de que, en realidad, los seres humanos hacemos juicios intuitivos, una valoración previa de las acciones, que luego justificamos *a posteriori*, es decir, racionalizamos buscando explicaciones²⁴. De otro lado, estos estudios nos revelan además que, al atribuir intenciones, se activa cierta zona del cerebro, el lóbulo temporal-parietal, lo que significa que se produce una respuesta inicial que no depende de la valoración moral de la creencia o intención; pero, posteriormente, se completa la valoración en atención a la valoración positiva o negativa del resultado, produciéndose una mayor activación de otras áreas cerebrales²⁵. De conformidad con estos estudios, el razonamiento moral parece ser el fruto de dos distintos procesos que a veces compiten entre sí: uno conforme al cual se asigna mayor responsabilidad al sujeto en función de la gravedad y valoración del resultado dañoso que causa; y otro en el que la asignación se realiza en función de la representación misma de las creencias e intenciones²⁶.

²¹ GREENE/JOHNS/BOWMAN, 1999, pp. 675–693; y GREENE/JOHNS/SMITH, 2001, pp. 228–237. También, YOUNG/SAXE, 2009, p. 2070.

²² ROTH, 2001, p. 553; El mismo, 2003, pp. 43 y ss., 53.

²³ MERKEL/ROTH, 2008, p. 62. Critica la interpretación que se ha hecho de estos estudios en el sentido del dominio de la actividad no consciente, PÉREZ MANZANO, 2012, p. 487.

²⁴ HAIDT, 2007, p. 998; CUSHMAN/YOUNG/HAUSER, 2006, pp. 1082–1089; KLIEMANN/ YOUNG/ SCHOLZ / SAXE, 2008, p. 2956.

²⁵ YOUNG y otros, 2007, p. 8239.

²⁶ Ibidem nota anterior.

4. *Recapitulación*

De acuerdo con todo lo expuesto, parece que si bien los seres humanos tenemos la capacidad o habilidad de adscribir estados mentales, intenciones o conocimientos a otros seres humanos, sin embargo, en dicho proceso intervienen los circuitos neuronales encargados de las emociones y, además, parece que nuestros juicios son relativamente intuitivos, de manera que tendemos a justificar o racionalizar *a posteriori* la valoración previa realizada. De otra parte, los estudios evidencian que en la asignación de responsabilidad pugnan dos procesos que a veces conducirían a consecuencias distintas, pues, de un lado, tendemos a atribuir mayor responsabilidad en atención a la entidad o valoración del resultado producido y, de otro, tomamos en consideración si este resultado se vincula con un estado mental determinado -la intención, la voluntad, el deseo, o finalmente, en función de los motivos para actuar-. La cuestión que resta por dilucidar es, entonces, qué peso tiene cada uno de ellos en la asignación de responsabilidad, en concreto, qué peso tiene la atribución misma de intenciones en la atribución de responsabilidad. Pues si los estudios de Knobe son correctos, aunque en la atribución de responsabilidad incida la atribución inicial de intenciones u otros estados mentales, como la atribución misma de éstas depende de la valoración moral del evento, entonces, la atribución de intenciones o estados mentales carecería de autonomía como factor relevante de carácter subjetivo en la atribución de responsabilidad. Conclusión esta, que, como ya anticipábamos, no deja en buen lugar la vigencia social del principio de responsabilidad subjetiva.

IV. Los estudios empíricos sobre las clases de *mens rea* en el *Model Penal Code*

1. *Los cuatro estados mentales del Model Penal Code y sus definiciones*

Esta incómoda situación del principio de responsabilidad subjetiva resulta avalada por otros estudios empíricos realizados en el ámbito angloamericano sobre las dificultades que tiene el ciudadano medio para distinguir los distintos estados mentales recogidos en el Código penal tipo de EEUU²⁷. Como es sabido, el MPC distingue cuatro estados mentales²⁸: actuar *purposely*, *knowingly*, *recklessly* y *negligently*, es decir, actuar intencionadamente, con conocimiento, con manifiesto desprecio hacia el riesgo o imprudentemente. Conforme a las definiciones del Código penal tipo²⁹, actúa intencionadamente en relación con un resultado quien tiene el deseo consciente

²⁷ *Model Penal Code*, en adelante MPC. A este estudio no podrá oponerse que este problema afecta solo al ciudadano medio, a los jurados, y no a los tribunales profesionales, pues otros estudios empíricos han demostrado que los jueces profesionales incurren en los mismos sesgos y déficits de razonamiento en el enjuiciamiento de los delitos (cfr. por todos, BEATTEY/FONDACARO, 2018, p. 460) y que en la atribución de estados mentales también se ven influenciados por la valoración moral del evento y por la gravedad del resultado (KNEER/BOURGEOIS-GIRONDE, 2017, pp. 139-146).

²⁸ Sección 2.02 MPC, 1985.

²⁹ Cfr. Pár. 2 a), b), c) y d) de la sección 2.02 del MPC.

de producir el resultado; actúa con conocimiento quien es consciente de que a consecuencia de su conducta la producción del resultado es prácticamente segura; actúa *recklessly* quien desatiende de manera consciente un riesgo sustancial e injustificable de producir el resultado, de modo que el riesgo debe ser de tal naturaleza y grado que su desprecio hacia él implica una desviación manifiesta del estándar de conducta que una persona *respectuosa* con el Derecho hubiera observado en la situación del autor³⁰; y, finalmente, actúa imprudentemente quien crea inconscientemente un riesgo sustancial e injustificable del que debería haber sido consciente, de modo que el riesgo creado es de tal naturaleza y grado que no haberlo percibido supone una desviación manifiesta del estándar de cuidado que hubiera observado una persona *razonable* en la situación del autor³¹. Se ha sostenido que este modelo permite una graduación más adecuada de la responsabilidad penal que el modelo continental que solo contempla dos modalidades, dolo e imprudencia³², y que hace de la responsabilidad imprudente un título de imputación excepcional. La corrección de esta afirmación depende de la validez de un doble presupuesto: que las definiciones contenidas en el MPC permitan establecer nítidas y justificadas diferencias; que los juzgadores, en este caso los jurados, sean capaces de identificar con claridad las distintas situaciones que pueden dar lugar a los cuatro estados mentales. En lo que sigue me ocuparé de la segunda cuestión, dejando para más adelante una valoración de la primera.

2. *Los estudios realizados*

Desde los años noventa del pasado siglo se han venido realizando en EEUU distintos estudios que concluyen que el ciudadano medio no es capaz de diferenciar entre las categorías intermedias de los estados mentales, esto es, entre actuar con conocimiento, con manifiesto desprecio del riesgo e, incluso, con imprudencia, a pesar de que sí se comparte, en general, la jerarquizada asignación de responsabilidad y pena del MPC³³. En efecto, los primeros estudios³⁴ concluyeron que los encuestados solo distinguían de forma clara las categorías extremas, es decir, el

³⁰ La determinación de esta clase de estado mental no se decide en atención solo al índice de probabilidades o al riesgo generado, pues, según la doctrina, es posible calificar de *recklessly* la conducta incluso aunque las probabilidades de producir el resultado sean menores del cincuenta por ciento, pues el Código penal tipo habla de riesgo injustificado. De modo que, por ejemplo, disparar una pistola con una sola bala en el cargador se podría calificar de actuación *recklessly* pues el riesgo generado es sustancial e injustificado, aunque solo sea del diecisiete por ciento. En todo caso además del tipo de riesgo generado es necesario que el sujeto sea consciente, se represente correctamente el riesgo. Cfr. CHIESA, 2018, pp. 577, 580.

³¹ Para entender el sistema ha de tenerse en cuenta que la imprudencia se sanciona excepcionalmente y que cuando la disposición penal no menciona ningún estado mental requerido para la comisión del delito, se establece como culpabilidad por defecto, el actuar *recklessly*.

³² Cfr. CHIESA, 2018, p. 578. Sostiene que “distinciones bipartitas como esta entre el dolo y la culpa fracasan en capturar las muchas formas en las que el reproche mismo se manifiesta en nuestro imaginario moralmente rico”. Cfr. también pp. 585 y ss.

³³ Sobre esto último, LEVISON, 2005, pp. 19 y ss., si bien no se evidencia claramente la jerarquía entre actuar con conocimiento y con *recklessness*.

³⁴ SEVERANCE/GODMAN/LOFTUS, 1992, pp. 107 y ss.

comportamiento intencionado de la actuación negligente, pero no conseguían diferenciar con claridad entre los estados intermedios, ni entre los estados mentales colindantes: no se distinguía el comportamiento intencionado del realizado con conocimiento, ni la actuación con conocimiento de la realizada con *recklessness*, ni el actuar imprudente del realizado con *recklessness*; pero también concluyeron la imposibilidad de distinguir la actuación intencionada de la actuación con *recklessness*, a pesar de no ser categorías contiguas. Las conclusiones de estos estudios se han avalado por otros que se han ido repitiendo a lo largo del tiempo³⁵. De los estudios que confirman el inicial, me voy a referir solo a tres de ellos debido a su singular interés.

El primero de los estudios al que me voy a referir es el realizado por Shen y su equipo en 2011 que fue replicado con alguna variación en 2014³⁶. En ambos se llega a conclusiones similares: el ciudadano medio puede diferenciar estados mentales, pero no las precisas distinciones que incorpora el MPC, pues los sujetos del experimento no alcanzaron una asignación de pena correcta en los estados mentales intermedios, según la jerarquización del MPC; en concreto, no la alcanzaron respecto del conocimiento y el manifiesto desprecio hacia el riesgo. El primer estudio concluyó que, frente al 78% que identificaban correctamente los escenarios del actuar intencional o de propósito, solo el 50% identificaba correctamente actuar con conocimiento, un 40% actuar con *reckless* y un 48% la actuación imprudente. En el estudio se afirma que, aunque las razones de esta incorrecta atribución de pena pueden ser varias, una de ellas es la imposibilidad de diferenciar los estados mentales, las categorías intermedias contiguas, siendo especialmente difícil la diferenciación del actuar con conocimiento y el actuar con manifiesto desprecio del riesgo³⁷. En las conclusiones del estudio se dejó abierta la posibilidad de que modificando la formulación

³⁵ Por ejemplo, entre los más recientes, cfr. BEATTY/FONDACARO, 2018, pp. 457 y ss. A veces se cita el estudio de P. ROBINSON Y J. M. DARLEY, 1995, p. 87, como uno que llega a resultados diferentes, pues los encuestados asignaban responsabilidad y pena de manera similar a la gradación del MPC. Sin embargo, se ha de tener en cuenta que en este estudio no se da un caso que tiene que calificar desde la perspectiva subjetiva los encuestados, sino que en los casos se afirma la concurrencia de uno de los cuatro estados mentales del MPC, de manera que solo se les pregunta por la pena que merecen (op. cit. p. 86).

³⁶ SHEN/HOFFMAN/JONES/GREENE/MAROIS, 2011, pp. 1306 y ss.; GINTHER/SHEN/BONNIE/HOFFMAN/JONES/MAROIS/SIMONS, 2014, pp. 1327 y ss. El mismo grupo realizó un tercer estudio en 2018 (GINTHER/SHEN/BONNIE/HOFFMAN/JONES/SIMONS, 2018, pp. 241–283), que se refiere a los estados mentales en relación con circunstancias o elementos concretos exigidos por los delitos. En este estudio si bien se concluye que los ciudadanos tenemos capacidad para diferenciar de la forma jerarquizada que exige el MPC los estados mentales, en particular, entre conocimiento y manifiesto desprecio hacia el riesgo de que se dé el concreto elemento o circunstancia, sin embargo, hay una amplia tendencia a admitir como suficiente la actuación con manifiesto desprecio del riesgo en casos en los que la ley requiere conocimiento. Se dejan abiertas las razones de esta conclusión, aunque probablemente se debe a que los ciudadanos consideran que el tipo de estado mental suficiente para la intervención penal en estos casos debería ser la *recklessness* y no el conocimiento.

³⁷ SHEN, y otros, 2011, pp. 1042 y ss. Aunque los estudios muestran la incorrecta asignación de pena a los estados mentales intermedios, también evidencian que se asigna la misma pena al conocimiento y la *recklessness* habiéndolos identificado correctamente (p. 1348).

de las preguntas se pudiera llegar a una atribución más correcta de estos estados mentales intermedios, siendo este el objeto del segundo estudio. Para identificar el conocimiento, la *recklessness* y la imprudencia, en el estudio original se utilizaron los términos del MPC (práctica seguridad; riesgo substancial e injustificado, no percibir un riesgo ...) y además se mencionaron tanto los estados mentales en relación con el resultado como respecto de las circunstancias existentes, como hace el MPC³⁸. En la nueva versión se eliminaron las referencias al carácter injustificado del riesgo en la *recklessness* y en la imprudencia y la mención a las circunstancias existentes, de modo que la investigación se centró así solo en el estado mental que se conecta con el resultado partiéndose de una diferenciación puramente cuantitativa del riesgo³⁹. La conclusión obtenida en este estudio residió en que la identificación de las tres categorías intermedias de estados mentales mejoraba, pues aumentaba el porcentaje de personas que asignaban correctamente la pena conforme al modelo jerarquizado del MPC. Sin embargo, como se expone gráficamente en el cuadro, no se observa una mejora significativa global en la asignación de responsabilidad y pena, pues los datos siguen arrojando resultados muy preocupantes: las tasas de acierto en las tres categorías intermedias son bajas, o no lo son en la medida requerida por los principios aplicables al proceso penal; y las *ratios* de incorrecta asignación de pena ubicando los casos en las categorías colindantes son significativas⁴⁰.

| | Intención | Conocimiento | Reckless | Imprudencia |
|---|--------------------|---------------------|-------------------|--------------------|
| Sujeto que elige propósito | 81 % 78% | 7% | 6% | 2% |
| Sujeto que elige conocimiento | 10% | 53% 50% | 36% | 7% |
| Sujeto que elige <i>recklessness</i> | 5% | 27% | 47% 40% | 18% |
| Sujeto que elige imprudencia | 4% | 9% | 10% | 63% 48% |

El segundo estudio que quiero exponer es el realizado en 2012 por P. Muller, L.M. Solan & J.M. Darley⁴¹; estudio que, a pesar de tener por objeto la responsabilidad

³⁸ SHEN, y otros, 2011, pp. 1345 y ss. y 1353.

³⁹ GINTHER, y otros, 2014, pp. 1339-1342.

⁴⁰ GINTHER, y otros, 2014, pp. 1352 y ss., 1360. En la diagonal aparecen los casos de correcta asignación. En verde oscuro aparecen los datos del segundo estudio, en verde claro los del primer estudio. Y en rojo he resaltado los casos de desacierto elevado de las categorías colindantes.

⁴¹ MULLER/SOLAN/DARLEY, 2012, pp. 871, 875 y ss.

civil y no la penal, resulta enormemente ilustrativo. En el estudio se parte de un caso en el que un trabajador se electrocuta cuando realizaba unos trabajos de reparación, preguntándose sobre el estado mental del empleador. El estudio evidenció la incapacidad de asignar correctamente los estados mentales conocimiento, *recklessness* e imprudencia y que la electrocución del empleado se atribuía a título de intención a pesar de que técnicamente solo podría atribuirse a título de *recklessness*. Es más, al efectuarse variaciones del caso introduciendo datos precisos sobre los porcentajes de riesgo de electrocución del operario (3, 20, 50, 80, 97, 100%), los resultados evidenciaron que incluso con probabilidades escasas de que el resultado se produjera, de un 3%, un 35% de los encuestados sostenían que el empleador había actuado intencionalmente⁴². Es decir, que, en la misma línea ya expuesta en los epígrafes previos, la atribución de intencionalidad, del mayor grado de responsabilidad subjetiva, no depende del grado de riesgo percibido por el autor, pues, probablemente, el resultado - la propia electrocución del operario- se valora como un factor especialmente relevante. O, dicho de otro modo, el ciudadano medio no cree que deba sancionarse con menor pena la causación de un evento por el hecho de que la representación del riesgo de producción del resultado sea menor, incluso tan baja como la que refleja la percepción de un porcentaje del tres por ciento. Seguramente ello se debe, como concluyen los estudios de Knobe, a que los encuestados valoraron muy negativamente el resultado producido, la electrocución de una persona durante el desempeño de su trabajo, de manera que en la atribución de responsabilidad le asignaron un peso mayor a esta circunstancia que al estado mental mismo. La valoración moral negativa del resultado tuvo el efecto, al menos, de anclar al alza la atribución de responsabilidad penal. Esta es la conclusión general a la que llegan los autores del estudio: la atribución de intenciones depende más de un juicio global de culpabilidad que de frías y explícitas categorizaciones del estado mental del autor; en concreto, la distinción entre grados de riesgo y conocimiento tiene poca incidencia en la asignación de responsabilidad⁴³.

Por último, me referiré a los resultados del estudio de Beatty y Fondacaro⁴⁴, quienes confirmaron otros estudios previos que concluían que uno de los errores en la asignación de estados mentales más habitual es la atribución de un estado mental más grave que el real. En este estudio se parte de los estudios de Shen y su grupo, pero a los encuestados se les pide que respondan si la acusación habría probado que el sujeto actuó con intención, cuando en los escenarios se describían casos de conocimiento, *recklessness* e imprudencia, habiéndoseles presentado a los encuestados las definiciones del MPC y las instrucciones habituales. Pues bien, los resultados fueron que en el 66.4% de los casos se atribuyó intención erróneamente, apareciendo

⁴² Op. cit. p. 881.

⁴³ Op. cit. p. 889.

⁴⁴ BEATTY, y otro, 2018, pp. 457 y ss.

porcentajes de error menores cuanto más se alejaba el caso de la intención y cuanto menos grave era el resultado que se producía. Así, el porcentaje más bajo de asignación errónea de intención se dio en un caso de negligencia y causación de daños leves (23% de errores) y el porcentaje más elevado de asignación errónea de intención se dio en un caso de *recklessness* con un resultado muy grave (90,4% de errores). De media (sin tomar en consideración el grado de riesgo) en un 35% de las respuestas de los casos que representaban imprudencia y en un 75% de los casos que representaban *recklessness* se atribuyó erróneamente intención. La conclusión que extrajeron los autores del estudio es la escasa fiabilidad y validez de los requisitos relativos a los estados mentales del MCP, pues siempre se atribuye mayor responsabilidad que la técnicamente correcta y esta aumenta gradualmente en atención a la gravedad del resultado⁴⁵.

3. *¿No habremos errado en la identificación del criterio de distinción entre los estados mentales intermedios?*

Este bloque de estudios, cuyos resultados acabo de exponer, coinciden en concluir las dificultades del ciudadano medio a la hora de asignar una pena mayor o menor en atención a las concretas distinciones entre estados mentales del sujeto juzgado de acuerdo con los estándares técnicos del MPC. Estas dificultades se relacionan con las dificultades de efectuar las precisas diferenciaciones que el Código penal tipo establece entre los distintos estados mentales. Pero más allá de indicar que la incorporación en las preguntas de los elementos valorativos utilizados por las definiciones del MCP para adjetivar la clase de riesgo o representación necesaria dificulta la correcta identificación del estado mental, los estudios solo señalan que la forma en que se definan los estados mentales y se presenten estos a los ciudadanos influye en la correcta identificación de los estados mentales, por eso afirman la necesidad de revisar las instrucciones dadas a los jurados en esta materia. No me cabe ninguna duda de que estas conclusiones son acertadas, pero quizás se puede llegar más lejos en las conclusiones si conectamos los resultados de estos estudios con las conclusiones expuestas en la primera parte de este trabajo: en la atribución de responsabilidad y pena los seres humanos tomamos en consideración el propio resultado causado y no solo la forma en la que el sujeto se conecta psíquicamente con él. De hecho, los estudios evidencian también una tendencia a punir más gravemente que lo que se corresponde con los estados mentales y a considerar suficiente para la intervención penal estados mentales menos graves que los requeridos por las concretas figuras delictivas.

Pero dejando de lado este tema, la cuestión que emerge de los resultados de estos estudios es en qué sentido se deben revisar dichas instrucciones a los jurados y si solo se deben modificar éstas, pues puede suceder que las dificultades en la

⁴⁵ Op. cit. p. 466.

identificación de los estados mentales no deriven solo de la forma en que se formulan las instrucciones o preguntas sobre ellas al jurado sino que puede tratarse de un déficit intrínseco a las propias definiciones de los estados mentales, o del criterio que subyace a las mismas: la representación del riesgo. Si este fuera el caso, sería necesaria una revisión a fondo de las instrucciones a los jurados y no solo una reformulación de la forma en que se expresa la definición⁴⁶.

Hace ya tiempo que, en España, Fernando Molina puso de relieve las dificultades para distinguir el dolo y la imprudencia debido a su carácter gradual⁴⁷, proponiendo un sistema de marcos de penas graduales solapados, es decir, un campo de sanción que pudiera ser aplicable tanto a casos límites de dolo como a casos límite de imprudencia consciente. Siempre pensé que si bien la propuesta podía contribuir en cierta medida a mejorar la aplicación práctica, no funcionaría bien en un sistema de *numerus clausus* de tipificación de la imprudencia, pues en este modelo para establecer un marco solapado de pena hay que tomar primero la decisión de sancionar penalmente la modalidad imprudente del delito y, dado que es muy excepcional la tipificación de modalidades delictivas imprudentes, el modelo solo funcionaría si aumentáramos el número de delitos tipificados en su modalidad imprudente. Es decir, que es un modelo que para ser operativo acaba ocasionando una inflación de infracciones imprudentes en el Código penal, cuando la tendencia político-criminal debería ser la contraria. Y si no la produjera, sería inoperante, pues no se pueden solapar marcos inexistentes. En todo caso, este sistema de marcos solapados podría funcionar en los delitos contra la vida y la integridad física, respecto de los cuales sí se sancionan ambas modalidades delictivas.

Con todo, lo que me preocupa es que los estudios expuestos vienen a avalar mi intuición: la única diferenciación que los ciudadanos somos capaces de identificar con claridad es la que existe entre actuar con intención y actuar con o sin consciencia del riesgo de producir el resultado. De acuerdo con los estudios, los ciudadanos distinguen con bastante claridad las dos modalidades de estados mentales situadas en los extremos y los errores en la calificación del actuar con conocimiento no redundan en una mala identificación de la actuación intencional⁴⁸, sino en una incorrecta identificación de la actuación con manifiesto desprecio del riesgo. Es decir, que en cuanto se intenta efectuar la distinción en atención a los niveles de representación que el autor tenía del riesgo de producción del evento, las distinciones devienen inaccesibles, pues no otra cosa evidencia que las tasas de acierto de las dos categorías intermedias -conocimiento y *recklessness*- rondan el cincuenta por ciento en el segundo

⁴⁶ Si bien al eliminar el carácter injustificado del riesgo se pretendió eliminar un elemento valorativo impreciso sujeto a múltiples interpretaciones, la cuestión es si con dicha eliminación no se está modificando sustancialmente la clase de estado mental por la que se pregunta.

⁴⁷ MOLINA, 2005, p. 738.

⁴⁸ Cfr. GINTHER, y otros, 2014, p. 1352. Los errores se mueven en este caso entre el siete y el diez por ciento.

estudio del equipo de Shen y su equipo y estuvieran entre el cuarenta y el cincuenta por ciento en el primero. Como hemos visto, los mayores problemas de identificación diferenciada se producen entre estas dos categorías.

Trasladando los resultados a las categorías continentales podríamos concluir que parece que se identifica con una precisión aceptable la diferencia entre dolo directo de primer grado y el dolo de consecuencias necesarias, pero que no se distingue con claridad entre dolo de consecuencias necesarias y el dolo eventual, ni entre este y la imprudencia consciente⁴⁹. Lo que nos enseñan los estudios es que la representación del grado de riesgo de producción del resultado no es un criterio certero para la asignación de responsabilidad, probablemente, porque como el sistema emocional cumple una función relevante en el desempeño de las funciones cognitivas, pretender que un criterio que responde a fríos parámetros racionales -el grado de riesgo con el que se representó un sujeto el resultado- sirva para establecer las diferencias entre los estados mentales y la correspondiente asignación de responsabilidad y pena, constituye una tarea condenada de antemano al fracaso⁵⁰.

Además, en la medida en que se admite que una cosa es la tasa de probabilidad de producción de un evento y otra distinta la representación de la misma que tiene quien actúa, habrá que preguntarse conforme a qué criterios -indicios- se va a considerar acreditada dicha representación, ya que no se puede esgrimir una máxima de experiencia del tipo de que todo sujeto adulto, en normalidad de capacidad y circunstancias habría percibido el riesgo real, porque los estudios indican lo contrario⁵¹: de un lado, al actuar, tendemos a minusvalorar las probabilidades de producción de eventos negativos; de otro, cuando preguntamos si un sujeto concreto se representó un resultado y afirmamos que este se ocasionó, la asignación de conocimiento preciso de las probabilidades se eleva⁵². Así que la máxima de experiencia juega en contra de declarar probada la representación del riesgo a partir exclusivamente de la probabilidad objetiva de producción del evento: aplicando la máxima de experiencia habría que concluir que lo más probable es que un sujeto normal se haya representado el riesgo generado con su actuación como insuficientemente peligroso para generar el resultado delictivo. Por tanto, si no queremos que todo juicio acabe en absolución por falta de dolo, habrá que indagar en otro sentido: buscar otros indicios y otras máximas de experiencia u otra forma de probar la representación del sujeto; o de forma más radical, habrá que modificar el concepto de dolo.

Esta negativa conclusión podría ser contrarrestada con una idea manejada en este

⁴⁹ Parto de que la *recklessness* puede abarcar tanto casos de dolo eventual como de imprudencia consciente.

⁵⁰ Sobre los sesgos en la asignación y representación de probabilidades, KAHNEMAN/TVERSKY, 1973, pp. 237-251.

⁵¹ En la doctrina española sostienen la existencia de una máxima de experiencia de este tipo por ej. LAURENZO, (1999, p. 149) quien entiende que si una conducta es altamente peligrosa, las circunstancias que fundamentan ese peligro son perceptibles por cualquiera, o RAGUÉS, (1999, pp. 468 y ss., 482 y ss.) para quien sería perceptible por cualquier adulto normal que tiene sus capacidades intactas.

⁵² KAHNEMAN/TVERSKY, 1973, pp. 237-251.

trabajo: dicha masiva absolución no parece que se vaya a producir pues, aunque los ciudadanos minusvaloramos el riesgo real de producción de eventos negativos cuando somos nosotros quienes estamos implicados en la generación del riesgo, sin embargo, no tomamos en cuenta esta minusvaloración cuando atribuimos a terceros responsabilidad por el evento -cuando juzgamos la conducta de terceros-, porque, como hemos visto, entonces el carácter negativo del evento en sí ancla al alza la atribución de responsabilidad.

Quizás por todo lo acabado de apuntar, en el sistema angloamericano la doctrina y la jurisprudencia dejan claro que la diferencia entre actuar con conocimiento y con *recklessness* no reside solo en el *grado* de riesgo que la conducta genera, pues, de un lado, en todo caso el sujeto ha de representarse precisamente esa *cantidad* de riesgo, y, de otro, es necesario ponderar otros criterios *cualitativos* sobre la *clase* de riesgo creado y percibido, esto es, su carácter injustificado. Este último criterio permite que en los casos de baja probabilidad de producción del resultado, como el de la ruleta rusa -en el que la probabilidad de disparar la bala es tan sólo de un 17%-, no se excluya la calificación de *recklessness*⁵³. Solución esta que suele ser también la mayoritaria en el marco de la doctrina continental del dolo eventual para estos casos, o para otros similares como el caso Thyren en el que se duda de si tan baja probabilidad de producción del resultado puede dar lugar a conducta dolosa solo porque el sujeto actuó con intención: si el resultado llega a producirse a pesar de la existencia de un riesgo bajo, se afirma la concurrencia de dolo y, si no se produce, se califica de tentativa⁵⁴.

V. Algunas conclusiones

Las conclusiones alcanzadas, como adelanté al comienzo, dejan en una preocupante situación de falta de validez social al principio de responsabilidad subjetiva, pues, aunque los seres humanos tenemos capacidad para inferir los estados mentales y también para hacerlo de manera jerarquizada, sin embargo, su atribución se produce de manera intuitiva y emocional tomando en consideración otros parámetros distintos al propio estado mental del sujeto. Las razones de esta situación podrían residir en la propia imposibilidad de diferenciar ciertos estados mentales colindantes, probablemente porque el criterio sobre el que descansa la diferenciación -la probabilidad de un evento- no es apto para ello. De modo que, ante la imposibilidad de juzgar correctamente con base en el riesgo y su representación y la necesidad de atribuir estados mentales en atención a la representación del riesgo, los jurados

⁵³ Por todos CHIESA, 2018, p. 580.

⁵⁴ Por todos, ROXIN, 2018, p. 1596. Naturalmente en estos casos el primer filtro es el carácter no permitido del riesgo generado lo que permitirá la afirmación de la tipicidad objetiva de la conducta, la imputación objetiva del comportamiento. Esto se produce, sin duda, en los casos de utilización de armas; pero puede no darse en otros.

acuden a otros factores que se utilizan para evaluar moralmente los eventos con carácter general en la vida social o determinan los procesos cognitivos a través de una preponderante evaluación emocional de los mismos.

En estas condiciones, la pretendida mejor disposición de las teorías de la representación para generar certeza en la prueba del dolo es bastante dudosa así como también lo es la mayor adecuación del modelo tripartito de estados mentales o títulos de atribución subjetiva del MPC frente al bipartito continental⁵⁵: si hacer radicar la diferencia entre el dolo y la imprudencia en la falta de consciencia del riesgo parece mejorar la distinción entre estas categorías, las dificultades se desplazan a las dos clases de estados mentales que toman en cuenta la representación del riesgo generado (conocimiento y *recklessness*). Por ello, en mi criterio, se deberían explorar las posibilidades que puedan brindar las teorías volitivas. Pues no podemos perder de vista que la distinción más clara en la atribución de estados mentales es la que toma en cuenta el elemento volitivo, la intención. Alguna tímida propuesta hacen Shen y su equipo en este sentido al sostener que si en la definición del estado mental *conocimiento* se enfatizara sobre el elemento volitivo y su conexión con el efecto colateral – por ejemplo, señalando, que si bien el sujeto *no desea* el daño, sin embargo, *está dispuesto a* causarlo en orden a alcanzar *otro propósito*-, los resultados mejorarían, de modo que se facilitaría a los ciudadanos la distinción entre los estados mentales mencionados en el MPC, en particular la relativa a actuar con conocimiento y actuar con manifiesto desprecio del riesgo⁵⁶. Sin perjuicio de que probablemente haya que afinar algo más para establecer esta distinción, estos estudios aportan un argumento relevante a la hora de trazar el camino a seguir: si queremos seguir diferenciando entre distintos estados mentales de cara a establecer consecuencias para la atribución de responsabilidad penal y pena, el grado de conocimiento del sujeto al actuar no es criterio suficiente para lograrlo.

En suma, estos estudios aportan argumentos complementarios para la defensa de las teorías volitivas del dolo que deben añadirse a los que han estado tradicionalmente en el debate continental. Además, deberían servir para modificar el rumbo del debate angloamericano sobre la configuración correcta de los estados mentales.

Bibliografía

ALICKE, M. D. (1992), Culpable causation, *Journal of Personality and Social Psychology*, nº 63, pp. 368 y ss.

⁵⁵ De otra opinión, CHIESA, 2018, p. 602, quien sostiene que la diferenciación de los estados mentales con base en la representación del riesgo de producción del resultado es más apta para los jurados que las teorías del consentimiento que al requerir la acreditación de elementos de la actitud que tienen carácter normativo serían más adecuados para los tribunales profesionales.

⁵⁶ SHEN, y otros, 2011, p. 1352.

- ALONSO, J., Errores y sesgos cognitivos en la expansión del Derecho penal, en *Derecho y Justicia Penal en el siglo XXI, Liber amicorum en homenaje al profesor Antonio González-Cuellar García*, Madrid, pp. 31 y ss.
- ALONSO, J. (2011), Las decisiones en condiciones de incertidumbre y el Derecho penal, *Indret*, nº 4.
- ASTINGTON, J. W. (2001), The paradox of intention: Assessing children's metarepresentational understanding, en MALLE, B.F./MOSES, L.J./BALDWIN, D.A., (eds.), *Intentions and intentionality: Foundations of social cognition*, Massachussettes, pp. 85 y ss.
- BAIRD, J. A. / MOSES, L. J. (2001), Do preschoolers appreciate that identical actions may be motivated by different intentions?, *Journal of Cognition & Development*, nº 2, pp. 413 y ss.
- BEATTEY, R. A. / FONDACARO, M.R. (2018), The misjudgment of criminal responsibility, *Behavioral Science Law* nº 36, pp. 457 y ss.
- CSIBRA, G. (2003), Teleological and referential understanding of action in infancy, *Philosophical Transactions of the Royal Society Biological Sciences*, vol. 358, nº 1431, pp. 447 y ss.
- CUSHMAN, F. / MELE, A. (2008), Intentional Action: two-and-a-half folk concepts?, en KNOBE, J. / NICHOLS, S., *Experimental Philosophy*, pp. 171 y ss.
- CUSHMAN, F. / YOUNG, L. / HAUSER, M. (2006), The role of conscious reasoning and intuition in moral judgment: Testing three principles of harm, *Psychological Science*, vol. 17, nº12, pp. 1082 y ss.
- CHIESA, L. (2018), *Mens Rea* in comparative Perspective, *Marquette Law Review* 102 (2), pp. 575 y ss..
- DARLEY, J. M. / COOPER, J. (1998) (Eds.), *Attribution and social interaction: The legacy of Edward E. Jones*. Washington, DC, American Psychological Association. <https://doi.org/10.1037/10286-000>.
- DÍAS DE MATOS, T. / CARDOSO, R.C. (2018), A intuição do dolo em direito penal: correlatos neurais da teoria da mente, raciocínio indutivo e a garantia da convicção justificada, *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, vol. 8, nº 2, pp. 946 y ss.
- DROR, I. E. (2020), Cognitive and Human Factors in Expert Decision Making: Six Fallacies and the Eight Sources of Bias, *Anal. Chem.*, nº 92, pp. 7998 y ss.
- FINKEL, N.J. / GROSCUP, J.L. (1997), When Mistakes Happen: Commonsense Rules of Culpability, *Psychology, Public Policy and Law*, vol. 3, nº 1, pp. 65 y ss.
- GINTHER, M.R. / SHEN, F.X. / BONNIE, R.J. / HOFFMAN, M.B. / JONES, O.D. / MAROIS, R. / SIMONS, K.W. (2014), The language of Mens Rea, *Vanderblit Law Review* nº 67, pp. 1327 y ss.
- GINTHER, M. R. / SHEN, F. X. / BONNIE, R. J. / HOFFMAN, M. B. / JONES, O. D. / SIMONS, K. W. (2018), Decoding guilty minds: How jurors attribute knowledge and guilt, *Vanderbilt Law Review*, nº 71, pp. 241 y ss.
- GREENE, J. D. / SOMMERVILLE, R.B. / NYSTROM, L.E. / DARLEY, J.M. / COHEN, J.D., (2001), An fMRI Investigation of Emotional Engagement in Moral Judgment, en *Science*, 2001, pp. 2105 y ss.
- GREENE, J. D. / NYSTROM, L.E. / ENGELL, A.D. / DARLEY, J.M., COHEN, J.D., (2004), The Neural Bases of Cognitive Conflict and Control in Moral Judgment, *Neuron*, vol. 44, p. 389 y ss.
- GREENE, E. / JOHNS, M. / BOWMAN, J. (1999), The effects of defendant conduct on jury damage awards, *Law and Human Behavior*, nº 23, pp. 675 y ss.

- GREENE, E. / JOHNS, M. / SMITH, A. (2001), The effects of defendant conduct on jury damage awards, *Journal of Applied Psychology*, vol. 86-2, pp. 228 y ss.
- HAIDT, J. (2007), The new synthesis in moral psychology, *Science*, vol. 316, pp. 998 y ss.
- HARMAN, G. (1976), Practical reasoning, *Review of Metaphysics* n° 29, pp. 43 y ss.
- KAHNEMAN, D. / TVERSKY, A. (1973), The psychology of prediction, *Psychological Review*, vol. 80 n° 4, pp. 237 y ss.
- KLIEMANN, D. / YOUNG, L. / SCHOLZ, J. / SAXE, R. (2008), The influence of prior record on moral judgment, *Neuropsychologia*, vol. 46, pp. 2949 y ss.
- KNEER, M. / BOURGEOIS-GIRONDE, S. (2017), *Mens rea* ascription, expertise and outcome effects: Professional judges surveyed, en *Cognition* n° 169, pp. 139 y ss.
- KNOBE, J. (2003), Intentional action and side effects in ordinary language, *Analysis* 63, pp. 190 y ss.
- KNOBE, J. (2004), Intention, intentional action, and moral considerations, *Analysis* 64, pp. 181–187.
- KNOBE, J. / BUCKWALTER, W. / NICHOLS, S. / ROBINS, P., / SARKISSIAN, H. / TAMLER, S. (2012), Experimental Philosophy, *The Annual Review of Philosophy*, vol. 63, pp. 81 y ss.
- KNOBE, J. / BURRA, A. (2006), Intention and intentional action: a cross-cultural study, *Journal of Culture and Cognition*, n° 6, pp. 113 y ss.
- LAURENZO, P. (1999), *Dolo y conocimiento*, Valencia.
- LEVISON, J. (2005), Mentally Misguided: How State of Mind Inquiries Ignore Psychological Reality and Overlook Cultural Differences, *Howard Law Journal*, vol. 49-1, pp. 1 y ss.
- MALLE, F. / GUGLIELMO, S. / MONROE, A. E., (2011), Moral, Cognitive and Social: The nature of blame, en FORGAS, J. et al. *Social Thinking and interpersonal behaviour*, p. 313 y ss.
- MCCANN, H.J. (2006), Intentional Action and Intending: Recent empirical Studies, *Psychology*, 18-6, pp. 737 y ss.
- MELE, A.R. (2006), The Folk Conception of Intentional Action: A commentary, *Journal of Cognition and Culture*, vol. 6, 1-2, pp.277 y ss.
- MELTZOFF, A. N. (1995), Understanding the intentions of others: Re-enactment of intended acts by 18-month-old children, *Developmental Psychology*, n° 31, pp. 838 y ss.
- MERKEL, GR. / ROTH, G. (2008), Freiheitsgefühl, Schuld und Strafe, en GRÜN, K.-J. / FRIEDMAN, M. / ROTH, G., *Entmoralisierung des Rechts. Maßstäbe der Hirnforschung für das Strafrecht*, Göttingen.
- MOLINA, F. (2005), La cuadratura del dolo. Problemas irresolubles, sorites y Derecho penal, en Bajo y otros, *Homenaje al profesor Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Cizur Menor, pp. 691 y ss.
- MULLER, P. / SOLAN, L.M. / DARLEY, J.M., (2012), When Does Knowledge Become Intent?: Perceiving the Minds of Wrongdoers, *Journal of Empirical Legal Studies*, vol. 9-4, pp. 859 y ss.
- NADELHOFFER, T. (2005), Skill, luck, control and folk ascriptions of intentional action, *Philosophical Psychology*, n° 18, pp. 343 y ss.
- NICHOLS, S. / ULATOWSKI, J. (2007), Intuitions and individual differences: The Knobe effect revisited, *Mind and Language*, n° 22, pp. 346 y ss..
- PETIT, D. / KNOBE, J. (2009), The Pervasive Impact of Moral Judgment, *Mind & Language*, vol. 24-5, pp. 586 y ss.
- PÉREZ BARBERÁ, G. (2011), *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*, Hammurabi, Buenos Aires.

- PÉREZ MANZANO, M. (2012), El tiempo de la consciencia y la libertad de decisión. Bases para una reflexión sobre Neurociencia y responsabilidad penal, *Doxa*, pp. 470 y ss.
- RAGUÉS, R. (1999), *El dolo y su prueba* en el proceso penal, Barcelona.
- REPACHOLI, B. M. / GOPNIK, A. (1997), Early reasoning about desires: Evidence from 14- and 18-month-olds, *Developmental Psychology*, nº 33, 1997, pp. 12 y ss.
- ROBINSON, P. / DARLEY, J.M. (1995), *Justice, Liability and Blame*, Boulder.
- ROTH, G. (2001), *Fühlen, Denken, Handeln, Wie das Gehirn unser Verhalten steuert*, Frankfurt am Main.
- ROTH, G. (2003), Willensfreiheit, Verantwortlichkeit und Verhaltensautonomie des Menschen aus Sicht der Hirnforschung, en *Jus humanum. Grundlagen des Rechts und Strafrecht, Fest. für E.-J. Lampe zum 70 Geburtstag*, Berlin.
- ROXIN, C. (2018), Sobre la delimitación del dolo y la imprudencia. Especialmente en los delitos de homicidio, en Jiménez Díaz y otros (coord.), *Estudios jurídico-penales y criminológicos en homenaje al prof. Dr. Mult. H.C. Lorenzo Morillas*, Madrid, pp. 1579 y ss.
- SÁNCHEZ-VERA GOMÉZ TRELLES, J. (2016), Un reto para el dolo: los motivos del autor, en Maqueda y otros, *Derecho penal para un Estado social y democrático de Derecho. Estudios penales en homenaje al profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieta*, Madrid, pp. 339 y ss.
- SAXE, R. (2013), The new puzzle of Theory of Mind Development, en BANAJI, M. R., / GELMAN, S. A. (eds.), *Navigating the social world: what infants, children, and other species can teach us*, Oxford pp. 107 y ss.
- SEVERANCE, J. / GODMAN, J. / LOFTUS, E.F. (1992), Inferring the Criminal Mind: Toward a Bridge Between Legal Doctrine and Psychological Understanding, *Journal of Criminal Justice* vol. 20, pp. 107 y ss.
- SCHOLZ, J. / SAXE, R. / YOUNG, L. (2011), Neural evidence for “intuitive prosecution”: the use of mental state information in negative verdict, *Social Neuroscience*, vol 6-3, pp. 302 y ss.
- SHEN, F.X. / HOFFMAN, M.B. / JONES, O.D. / GREENE, J.D. / MAROIS, R. (2011), Sorting Guilty Minds, *New York University Law Review*, nº 86, pp. 1306 y ss.
- WOOLFOLK, R. L. / DORIS, J.M. / DARLEY, J.M., (2006), Identification, situational constraint, and social cognition: Studies in the attribution of moral responsibility, *Cognitio*, vol. 100, n. 2, pp. 283 y ss..
- YOUNG, L. / SAXE, R., (2009), Innocent intentions: A correlation between forgiveness for accidental harm and neural activity, *Neuropsychologia*, vol. 47, nº10, pp. 2065 y ss.
- YOUNG, L. / CUSHMAN, F. / HAUSER, M. / SAXE, R. (2007), The neural basis of the interaction between theory of mind and moral judgment, *PNAS*, vol. 104, nº 20, 2007, pp. 8235 y ss.